

T-2178-00
2003 FCT 782

T-2178-00
2003 CFPI 782

Treaty Eight Grand Chief Halcrow, Treaty Seven Grand Chief Shade, and Treaty Six Grand Chief Eric Gadwa (Applicants)

Le grand chef Halcrow du traité n° 8, le grand chef Shade du traité n° 7 et le grand chef Eric Gadwa du traité n° 6 (demandeurs)

v.

c.

The Attorney General of Canada and The Minister of Indian Affairs and Northern Development (Respondents)

Le Procureur général du Canada et Le Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien (défendeurs)

INDEXED AS: HALCROW v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T.D.)

RÉPERTORIÉ: HALCROW c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (1^{re} INST.)

Trial Division, Dawson J.—Edmonton, December 4, 5, 2002 and May 6, 7, 2003; Ottawa, June 25, 2003.

Section de première instance, juge Dawson—Edmonton, 4, 5 décembre 2002 et 6, 7 mai 2003; Ottawa, 25 juin 2003.

Constitutional Law — Aboriginal and Treaty Rights — Application for declaration Regulations Amending Indian Bank Election and Referendum Regulations contravene Aboriginal, treaty rights guaranteed by Constitution Act, 1982, s. 35(1) — Amendment necessitated by S.C.C. decision in Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs) — Consultation process, government funded, discussed — Indian Grand Chiefs say genuine consultations mandatory due to: (1) S.C.C. direction in Corbiere; (2) legitimate expectation; (3) always duty to consult Aboriginal groups in making decisions affecting their interests — Application denied — Crown's fiduciary duty to Indians discussed — Steps in s. 35(1) claim analysis — No evidentiary basis to find duty to consult as treaty right — Aboriginal rights claim must not be overly broad — Applicants' claim of right to control own society, government, community matters, insufficiently precise identification of Aboriginal right — Right to self-government not Aboriginal right asserted in notices of application, constitutional question — No evidentiary basis for Aboriginal right to consultation arising from culturally significant practice, custom, tradition going back to pre-contact times — Applicants not meeting onus to adduce evidence on which to find Aboriginal right infringed by manner in which Regulations enacted — Crown's judiciary duty does not exist at large, only in relation to specific Indian interests — Applicants impermissibly asserting fiduciary duty at large — No basis for concluding Governor in Council, in amending Regulations, exercised discretion in way to invoke responsibility in nature of private law duty — Even if there was fiduciary duty to consult, it was met — Breach of duty to consult First Nations not independent ground of challenge to law, government action — Corbiere did not impose duty to consult, just afforded opportunity to do so.

Droit constitutionnel — Droits ancestraux ou issus de traités — Demande de jugement déclarant que les Règlements modifiant le Règlement sur les élections au sein des bandes d'Indiens et le Règlement sur les référendums des Indiens portent atteinte aux droits ancestraux et issus de traités garantis par l'art. 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982 — Modification exigée par l'arrêt Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien) prononcé par la C.S.C. — Analyse du processus de consultation, financé par le gouvernement — Les grands chefs indiens affirment qu'il aurait fallu procéder à de véritables consultations pour les raisons suivantes: 1) la C.S.C. a donné des directives en ce sens dans Corbiere; 2) il y a eu création d'une attente légitime; 3) le gouvernement a l'obligation de consulter les groupes autochtones lorsqu'il envisage de prendre des décisions qui touchent leurs droits — Demande rejetée — Examen de l'obligation de fiduciaire de la Couronne à l'égard des Autochtones — Étapes de l'analyse des demandes fondées sur l'art. 35(1) — Absence de preuve permettant de conclure à l'existence d'une obligation de consulter découlant d'un droit issu de traités — La revendication du droit ancestral ne doit pas être trop large — La revendication des demandeurs concernant le droit d'exercer un contrôle sur leur propre société, sur leurs affaires gouvernementales, sur les affaires communautaires ne précise pas suffisamment le droit ancestral revendiqué — Le droit à l'autonomie gouvernementale n'est pas un droit ancestral invoqué dans les avis de demande et de question constitutionnelle — Absence de preuves démontrant l'existence d'un droit ancestral découlant d'une pratique, d'une coutume ou d'une tradition ayant une importance culturelle antérieure aux premiers contacts — Les demandeurs ne se sont pas acquittés de leur fardeau d'établir que la façon dont les règlements ont été adoptés portait atteinte à un droit ancestral — La Couronne n'assume aucune obligation

fiduciaire générale, mais uniquement des obligations qui touchent des droits indiens particuliers — Les demandeurs invoquent à tort une obligation fiduciaire générale — Absence d'éléments permettant de conclure que le gouverneur en conseil a, en modifiant les règlements, exercé son pouvoir discrétionnaire de façon à mettre en jeu une responsabilité assimilable à une obligation de nature privée — Même en supposant qu'il existait une obligation fiduciaire de consulter les intéressés, celle-ci a été respectée — La violation de l'obligation de consulter les Premières Nations ne constitue pas un motif indépendant permettant de contester une loi ou une mesure gouvernementale — Corbiere n'a pas imposé d'obligation en matière de consultation; il a simplement permis de telles consultations.

Native Peoples — Elections — Indian Grand Chiefs seeking declaration Regulations amending Indian Band Election, Referendum Regulations contravene Aboriginal treaty rights — Regulations amended due to S.C.C. decision (Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)) holding words "and is ordinarily resident on the reserve" in Indian Act, s. 77(1) contravened Charter, s. 15(1) — Off-reserve members no longer excluded from voting at band elections — Corbiere adding 190,000 to electorate — Judicial review application denied.

Peuples autochtones — Élections — Certains grands chefs indiens sollicitaient un jugement déclarant que les Règlements modifiant le Règlement sur les élections au sein des bandes d'Indiens et le Règlement sur les référendums des Indiens portent atteinte aux droits ancestraux et issus de traités — Règlements modifiés à cause de l'arrêt de la C.S.C. (Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)) selon lequel les mots «et réside ordinairement sur la réserve» qui figurent à l'art. 77(1) de la Loi sur les Indiens contrevenaient à l'art. 15(1) de la Charte — Les membres vivant hors-réserve pouvaient désormais participer aux élections de la bande — Corbiere a eu pour effet d'ajouter 190,000 électeurs — Demande de contrôle judiciaire rejetée.

Administrative Law — Judicial Review — Declarations — Indian Grand Chiefs seeking declaration Regulations amending Indian Band Election, Referendum Regulations contravene constitutionally guaranteed Aboriginal, treaty rights — One of arguments: legitimate expectation of meaningful consultations due to Minister's speech — Legitimate expectation doctrine part of procedural fairness rules governing administrative bodies — Has no application to process of primary or delegated legislation — F.C.A. questioning whether doctrine applies to Cabinet in exercising regulation-making power — Minister cannot bind Governor in Council in exercise of regulation-making power.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Jugements déclaratoires — Certains grands chefs indiens sollicitaient un jugement déclarant que les Règlements modifiant le Règlement sur les élections au sein des bandes d'Indiens et le Règlement sur les référendums des Indiens portent atteinte aux droits ancestraux et issus de traités garantis par la Constitution — Un des arguments avancés: le discours du ministre a créé une attente légitime en matière de consultation — La notion d'attente légitime fait partie des règles d'équité procédurale régissant les organismes administratifs — Ne s'applique pas au processus législatif, qu'il soit primaire ou délégué — La C.A.F. s'est interrogée sur l'applicabilité de cette notion au Cabinet dans l'exercice de ses pouvoirs réglementaires — Le ministre n'a pas le pouvoir de lier le gouverneur en conseil lorsque celui-ci exerce son pouvoir réglementaire.

In this application for judicial review, three Indian Grand Chiefs sought a declaration that the recently adopted *Regulations Amending the Indian Band Election Regulations* and *Regulations Amending the Indian Referendum Regulations* contravene Aboriginal and treaty rights guaranteed by *Constitution Act, 1982*, subsection 35(1). These Regulations were brought into force following the judgment of the Supreme Court of Canada in *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)* in which it was held that the words "and is ordinarily resident on the reserve" in *Indian Act*, subsection

Dans la présente demande de contrôle judiciaire, trois grands chefs indiens sollicitent un jugement déclarant que le *Règlement modifiant le Règlement sur les élections au sein des bandes d'Indiens* et le *Règlement modifiant le Règlement sur les référendums des Indiens* contreviennent aux droits ancestraux et issus de traités garantis par le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Ces règlements sont entrés en vigueur suite à la décision de la Cour suprême du Canada, *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, dans laquelle la Cour a déclaré que les termes

77(1) contravened Charter, subsection 15(1) (equality rights). The effect of the Court's declaration was to remove the restriction excluding off-reserve members from voting in band elections.

After the Supreme Court's decision in *Corbiere* was handed down, the Minister contacted the First Nations and Aboriginal organizations and attended a meeting of the Assembly of First Nations Confederacy at which a two-stage strategy for dealing with both the short- and long-term implications of the decision was announced. An information package was mailed to all First Nations communities. This package noted that *Corbiere* could add some 190,000 people to the electorate. At the meeting with the Assembly, the Minister gave a commitment to fund and conduct a consultation process on *Corbiere*. In fact, four national Aboriginal organizations were funded as were regional consultations. A condition of the funding was that the organizations try to reach as many of their members as possible within the time and monetary limits. A Technical Working Group was created and it undertook a series of meetings which resulted in the draft of a "Minimum Requirements Paper", a discussion paper intended to encourage further analysis. It suggested that the Regulations be amended in certain specified respects. In June, 2000, a "Corbiere Day" took place in Winnipeg, attended by some 1,800 people representing most of the First Nations. The Minimum Requirements Paper was handed out at this day-long session. Draft regulations were prepared in July and in the following month DIAND conducted a meeting in Calgary at which the draft regulations were reviewed clause by clause. In September, the Regulations were pre-published in the *Canada Gazette* together with a notice soliciting input within 30 days. They were also faxed to First Nations, including the three Chiefs who are the applicants herein. An electoral officers training session was also held.

The applicants asserted that genuine consultations with the native peoples prior to enactment of the Regulations was mandatory in that: (1) the Supreme Court had so directed in *Corbiere*; (2) a legitimate expectation of such had arisen; (3) there is always a duty to consult with Aboriginal groups when making decisions that will affect their interests. The issues for determination were whether a duty to consult existed and if so,

«et réside ordinairement sur la réserve» qui figurent au paragraphe 77(1) de la *Loi sur les Indiens*, n'étaient pas compatibles avec le paragraphe 15(1) (droits à l'égalité). Cette déclaration a eu pour effet de supprimer la restriction qui empêchait les membres d'une bande indienne qui ne résidaient pas sur une réserve de voter aux élections de la bande.

Suite à l'arrêt *Corbiere* de la Cour suprême, le ministre a contacté les Premières nations et les organismes autochtones et il a annoncé, au cours d'une réunion de la Confédération de l'Assemblée des Premières nations, une stratégie en deux étapes visant à répondre aux répercussions à court et à long terme de la décision. Une trousse d'information a été envoyée par courrier à toutes les collectivités des Premières nations. Il était mentionné dans cette trousse d'information que l'arrêt *Corbiere* pourrait avoir pour effet d'ajouter quelque 190 000 électeurs aux listes électorales. Au cours de la réunion de l'Assemblée, le ministre s'est engagé à procéder à des consultations au sujet de l'arrêt *Corbiere* et de les financer. En fait, quatre organismes autochtones nationaux ont reçu des fonds et des consultations régionales ont également été financées par le gouvernement. Selon une des conditions du financement, les organisations devaient s'efforcer de rejoindre le plus grand nombre de membres possible, compte tenu des contraintes financières et de temps. Un groupe de travail technique a été constitué et ce groupe a tenu une série de réunions qui ont débouché sur un projet de document intitulé «Étude sur les exigences minimales». Il s'agissait d'un document de discussion destiné à approfondir l'analyse de la question. Il indiquait qu'il serait prudent de modifier les règlements, au moins sur un certain nombre d'aspects précis. En juin 2000, à Winnipeg, quelque 1 800 personnes représentant la plupart des Premières nations ont assisté à une journée désignée «Journée de l'arrêt Corbiere». Au cours de la session d'une journée, les participants ont reçu une copie de l'Étude sur les exigences minimales. Des projets de règlement ont été préparés en juillet et le mois suivant, le MAINC a tenu une réunion à Calgary afin d'en faire l'étude article par article. En septembre, les règlements ont été publiés au préalable dans la *Gazette du Canada* et les lecteurs étaient invités à faire parvenir leurs commentaires dans les 30 jours. Les règlements ont également été envoyés, par télécopieur, aux Premières nations, notamment aux trois chefs demandeurs en l'espèce. En outre, une session de formations des agents électoraux a été tenue.

Les demandeurs affirment qu'il était obligatoire de tenir de véritables consultations avec les groupes autochtones avant l'adoption des règlements pour les raisons suivantes: 1) la Cour suprême a donné des directives en ce sens dans *Corbiere*; 2) le gouvernement a créé une attente légitime en matière de consultation; 3) le gouvernement a toujours l'obligation de consulter les groupes autochtones lorsque les décisions qu'il

had it been breached.

Held, the application should be dismissed.

There was no doubting that the Crown has a responsibility, arising from the trust relationship created by history, treaties and legislation, to protect Indian rights. Aboriginal rights were affirmed by *Constitution Act, 1982*, subsection 35(1). That the Government had to act in a fiduciary capacity with respect to Aboriginal peoples was made clear by the Supreme Court in its judgment in *R. v. Sparrow*. The honour of the Crown is implicated. The fiduciary relationship was incorporated into the Constitution by the wording of subsection 35(1). In a subsection 35(1) claim analysis, a court has first to determine whether claimant has demonstrated that he acted pursuant to an Aboriginal right. If so, and if the right has not been extinguished, the court moves on to determine whether the right has been infringed. The final question is whether the infringement was justified.

There being no evidentiary basis upon which to find a duty to consult as a treaty right, the Court went on to consider Aboriginal rights. These flow from the customs and traditions of the Aboriginal people. A fundamental aspect of the court's inquiry is to precisely identify the nature of the activity claimed to constitute a right. The claimed right must not be overly broad. Applicants argued that they had a right to control "their own society, governmental matters, local and community matters" but this was an insufficiently precise identification of a claimed Aboriginal right. Furthermore, the right to self-government was not the Aboriginal right which the applicants asserted in their amended notice of application and of constitutional question. A more fundamental problem for applicants was the absence of an evidentiary basis for an Aboriginal right to consultation arising out of a practice, custom or tradition of cultural significance to their society going back to pre-contact times. Grand Chief Halcrow said that he relied on a government news release along with a speech by the Minister in forming the belief that he would be consulted directly and in a meaningful way. Grand Chief Gadwa's affidavit indicated that the consultation process and timelines imposed by the government prevented meaningful consultation with Treaty No. 6 members. Applicants had not met the onus of adducing evidence upon which the Court could determine that these Aboriginal communities possess an Aboriginal right infringed by the manner in which the Regulations were enacted.

envisage risquent de toucher leurs droits. Les questions à trancher étaient de savoir s'il existait une obligation de procéder à des consultations et, le cas échéant, si celle-ci avait été violée.

Jugement: la demande est rejetée.

Il est indubitable que la Couronne est tenue de protéger les droits des Indiens en raison de la relation fiduciaire qui découle de l'histoire, des traités et des dispositions législatives. Les droits ancestraux ont été reconnus par le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Dans l'arrêt *R. c. Sparrow*, la Cour suprême a dit que le gouvernement avait la responsabilité d'agir en qualité de fiduciaire à l'égard des peuples autochtones et qu'il y allait de l'honneur de la Couronne. Les termes utilisés au paragraphe 35(1) font référence aux rapports de fiduciaire. Dans le cadre d'une analyse des demandes fondées sur le paragraphe 35(1), le tribunal doit déterminer, en premier lieu, si le demandeur a prouvé qu'il avait agi en vertu d'un droit ancestral. Si c'est le cas, et si ce droit n'a pas été éteint, le tribunal doit alors déterminer s'il y a eu atteinte à ce droit. Enfin, le tribunal doit décider si l'atteinte était justifiée.

Les preuves ne permettant pas de conclure à l'existence d'une obligation de consulter découlant d'un droit issu de traités, la Cour a alors examiné la question des droits ancestraux. Ces droits découlent des coutumes et des traditions des peuples autochtones. Il est essentiel que, dans son analyse, le tribunal définisse avec précision la nature de l'activité dont il est allégué qu'elle constitue un droit. Le droit invoqué ne doit pas être trop large. Les demandeurs ont tenté d'établir l'existence du droit d'exercer un contrôle «sur leur propre société, sur leurs affaires gouvernementales, sur les affaires locales et communautaires». Cependant, cette formulation ne précisait pas suffisamment le droit ancestral revendiqué. En outre, le droit à l'autonomie gouvernementale n'était pas le droit ancestral invoqué par les demandeurs dans leur avis modifié de demande et de question constitutionnelle. Les demandeurs ont fait face à une difficulté encore plus grande, savoir l'absence de preuve permettant d'affirmer qu'ils avaient le droit ancestral d'être consultés, en raison d'une pratique, d'une coutume ou d'une tradition ayant une importance culturelle dans leur société et qui existait avant les contacts avec les Européens. Le grand chef Halcrow affirme qu'il s'est fondé sur le communiqué de presse du gouvernement ainsi que sur le discours du ministre pour en arriver à penser qu'il serait consulté directement, et de façon efficace. L'affidavit du grand chef Gadwa mentionne que le processus de consultation et les délais imposés par le gouvernement ont fait en sorte qu'il n'y a pas eu de véritables consultations avec les membres du Traité n° 6. Les demandeurs ne se sont pas acquittés du fardeau de présenter des preuves qui permettraient à la Cour de déterminer si les collectivités autochtones possèdent un droit ancestral auquel le processus d'adoption des règlements a porté atteinte.

It has been held that relief by fiduciary remedies is not restricted to situations analogous to those recognized in *Sparrow* and *Guerin et al. v. The Queen et al.* but can be called upon “to facilitate supervision of the high degree of discretionary control gradually assumed by the Crown over the lives of aboriginal peoples”. Even so, the Supreme Court made it clear in *Wewaykum Indian Band v. Canada* that the Crown’s fiduciary duty does not exist at large but in relation to specific Indian interests. In his reasons for judgment in that case, Binnie J. noted that our courts have had to deal with a flood of fiduciary duty claims by Indian bands since *Guerin* and added that the creation of a fiduciary relationship depends upon the identification of a cognizable Indian interest along with the Crown’s undertaking of discretionary control in relation thereto in a way that invokes responsibility in the nature of a private law duty. Applicants’ submissions on this issue impermissibly asserted a fiduciary duty at large. The observation of Lamer C.J. in *Delgamuukw v. British Columbia*, that there is always a duty of consultation, ought not to be taken out of context. If a fiduciary duty exists, a failure to consult may breach that duty. The question was whether, by the Regulation-amending process, the Crown undertook discretionary control in a way that invoked responsibility in the nature of a private law duty. Given the public law nature of the duty (the proclamation of regulations) and the lack of evidence of the degree of discretionary control assumed in the past, there was no basis upon which to conclude that, in amending the Regulations following *Corbiere*, the Governor in Council had exercised a discretion in such a way as to invoke responsibility in the nature of a private law duty. A fiduciary obligation to consult had not been established. But even if there was such an obligation, it had been met by the steps taken by government herein.

Applicants had asserted a free-standing ground upon which government action may be challenged. But it has been held that breach of a duty to consult with First Nations is not an independent ground on which a law or government action can be challenged: Ontario Court of Appeal decision in *TransCanada Pipelines Ltd. v. Beardmore (Township)*.

Nor could the Court accept applicants’ arguments based on the doctrine of legitimate expectation. That doctrine forms part

Il a été dit que la réparation fondée sur l’existence d’une obligation fiduciaire n’était pas limitée aux situations comparables à celles qui ont été reconnues dans les arrêts *Sparrow* et *Guerin et al. c. La Reine et al.*, mais que l’obligation fiduciaire visait à «faciliter le contrôle de l’exerce par la Couronne de l’autorité et des pouvoirs discrétionnaires considérables qu’elles a graduellement assumés à l’égard de divers aspects de la vie des peuples autochtones». Malgré cela, la Cour suprême a pris soin de déclarer dans *Bande indienne Wewaykum c. Canada* que l’obligation de fiduciaire de la Couronne ne pouvait exister seule mais uniquement en rapport avec des droits précis des Indiens. Dans ses motifs dans cette affaire, le juge Binnie a dit que, depuis l’arrêt *Guerin*, les tribunaux canadiens sont inondés de demandes présentée par des bandes indiennes et fondées sur l’obligation de fiduciaire. Il a ajouté que, pour que naisse un tel rapport fiduciaire, il faut qu’il existe un droit ancestral identifiable et que la Couronne exerce, à l’égard de ce droit, des pouvoirs discrétionnaires selon un processus entraînant une responsabilité assimilable à une obligation de droit privé. Sur cette question, les arguments des demandeurs sont fondés sur une obligation fiduciaire générale, ce qui n’est pas possible. Il ne faut pas sortir de son contexte l’observation qu’a faite le juge en chef Lamer dans *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, selon laquelle il y a toujours une obligation de consultation. Lorsqu’il y a une obligation de fiduciaire, l’omission de procéder à des consultations peut constituer une violation de cette obligation. La question était de savoir si, lorsqu’elle a procédé à la modification des Règlements, la Couronne a exercé des pouvoirs discrétionnaires d’une manière qui entraîne une responsabilité de la nature d’une obligation de droit privé. Compte tenu de la nature de droit public de l’obligation qui est exercée (la proclamation des règlements) et de l’absence de preuve précisant le degré de contrôle discrétionnaire assumé antérieurement, il n’existait aucune preuve permettant de conclure qu’en modifiant les règlements pour tenir compte de *Corbiere*, le gouverneur en conseil avait exercé un pouvoir discrétionnaire d’une façon qui mettait en jeu une responsabilité de la nature d’une obligation de droit privé. L’existence d’une obligation de fiduciaire de consulter les intéressés n’a pas été établie. Cependant, en supposant qu’une telle obligation existe, la façon dont le gouvernement a agi dans ce domaine était conforme à cette obligation.

Les demandeurs avaient invoqué un motif indépendant pour contester les mesures prises par le gouvernement. Cependant, il a été décidé que l’obligation de consulter les Premières nations n’est pas un motif indépendant permettant de contester une disposition législative ou mesure gouvernementale: décision de la Cour d’appel de l’Ontario dans l’affaire *TransCanada Pipelines Ltd. v. Beardmore (Township)*.

La Cour n’a pas non plus retenu les arguments des demandeurs fondés sur la notion d’attente légitime. Cette

of the rules of procedural fairness which govern administrative bodies but has no application to the process of legislation, primary or delegated. The Federal Court of Appeal has expressed serious reservations as to whether the doctrine applies to Cabinet in the exercise of its regulation-making power. Applicants say that their legitimate expectation arose from the Minister's conduct but the Federal Court of Appeal has held that a minister cannot bind the Governor in Council in the exercise of its regulation-making power.

The Court could not agree with the submission that the *Corbiere* decision imposed a positive duty upon the Minister to consult with First Nations peoples. The Supreme Court was simply affording to the government an opportunity to consult by suspending the declaration of invalidity. The Court's intention was not to create a legally enforceable obligation to consult.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 15(1).
Constitution Act, 1982, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 35(1).
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 57 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19).
Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, Tariff B.
Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 76(1), 77(1) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 14).
Indian Band Election Regulations, C.R.C., c. 952.
Indian Referendum Regulations, C.R.C., c. 957.
Regulations Amending the Indian Band Election Regulations, SOR/2000-391.
Regulations Amending the Indian Referendum Regulations, SOR/2000-392.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

FOLLOWED:

Apotex Inc. v. Canada (Attorney General), [2000] 4 F.C. 264; (2000), 24 Admin. L.R. (3d) 179; 6 C.P.R. (4th) 165; 255 N.R. 319 (C.A.).

APPLIED:

R. v. Sparrow, [1990] 1 S.C.R. 1075; (1990), 70 D.L.R. (4th) 385; [1990] 4 W.W.R. 410; 46 B.C.L.R. (2d) 1; 56

notion fait partie des règles d'équité procédurale régissant les organismes administratifs qui ne touchent pas le processus législatif, qu'il soit primaire ou délégué. La Cour d'appel fédérale a exprimé de sérieuses réserves au sujet de l'applicabilité de la notion d'attente légitime au Cabinet lorsqu'il exerce son pouvoir réglementaire. Les demandeurs soutiennent que la conduite du ministre a suscité chez eux une attente légitime mais la Cour d'appel fédérale a dit que le ministre ne peut pas lier le gouverneur en conseil dans l'exercice de son pouvoir réglementaire.

La Cour a rejeté l'argument selon lequel l'arrêt *Corbiere* imposait au ministre l'obligation positive de consulter les membres des Premières nations. En ordonnant la suspension de la déclaration d'invalidité, la Cour suprême voulait simplement donner au gouvernement la possibilité de procéder à des consultations. La Cour n'avait pas l'intention de créer une obligation juridique en matière de consultation.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 15(1).
Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 35(1).
Loi sur la cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 57 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19).
Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 76(1), 77(1) (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 32, art. 14).
Règlement modifiant le Règlement sur les élections au sein des bandes d'Indiens, DORS/2000-391.
Règlement modifiant le Règlement sur les référendums des Indiens, DORS/2000-392.
Règlement sur les élections au sein des bandes d'Indiens, C.R.C., ch. 952.
Règlement sur les référendums des Indiens, C.R.C., ch. 957.
Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, tarif B.

JURISPRUDENCE

DÉCISION SUIVIE:

Apotex Inc. c. Canada (Procureur général), [2000] 4 C.F. 264; (2000), 24 Admin. L.R. (3d) 179; 6 C.P.R. (4th) 165; 255 N.R. 319 (C.A.).

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

R. c. Sparrow, [1990] 1 R.C.S. 1075; (1990), 70 D.L.R. (4th) 385; [1990] 4 W.W.R. 410; 46 B.C.L.R. (2d) 1; 56

C.C.C. (3d) 263; [1990] 3 C.N.L.R. 160; 111 N.R. 241; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; (1996), 137 D.L.R. (4th) 289; [1996] 9 W.W.R. 1; 80 B.C.A.C. 81; 23 B.C.L.R. (3d) 1; 109 C.C.C. (3d) 1; [1996] 4 C.N.L.R. 177; 50 C.R. (4th) 1; 200 N.R. 1; 130 W.A.C. 81; *R. v. Pamajewon*, [1996] 2 S.C.R. 821; (1996), 138 D.L.R. (4th) 204; 109 C.C.C. (3d) 275; [1996] 4 C.N.L.R. 164; 50 C.R. (4th) 216; 199 N.R. 321; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; (1997), 153 D.L.R. (4th) 193; 99 B.C.A.C. 161; [1998] 1 C.N.L.R. 14; 220 N.R. 161; *Wewaykum Indian Band v. Canada*, [2002] 4 S.C.R. 245; (2002), 220 D.L.R. (4th) 1; [2003] 1 C.N.L.R. 341; 297 N.R. 1; *Squamish Indian Band v. Canada* (2000), 207 F.T.R. 1 (F.C.T.D.); *TransCanada Pipelines Ltd. v. Beardmore (Township)* (2000), 186 D.L.R. (4th) 403; [2000] 3 C.N.L.R. 153; 137 O.A.C. 201 (Ont. C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, [2000] 2 S.C.R. xiv; *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525; (1991), 83 D.L.R. (4th) 297; [1991] 6 W.W.R. 1; 58 B.C.L.R. (2d) 1; 127 N.R. 161; *Bates v Lord Hailsham of St Marylebone*, [1972] 3 All ER 1019 (Ch. D.).

DISTINGUISHED:

Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests) (2002), 216 D.L.R. (4th) 1; [2002] 10 W.W.R. 587; 172 B.C.A.C. 75; 5 B.C.L.R. (4th) 33; [2002] 4 C.N.L.R. 117 (B.C.C.A.); *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; (1997), 153 D.L.R. (4th) 193; 99 B.C.A.C. 161; [1998] 1 C.N.L.R. 14; 220 N.R. 161 (on existing Aboriginal title issue).

CONSIDERED:

Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs), [1999] 2 S.C.R. 203; (1999), 173 D.L.R. (4th) 1; [1999] 3 C.N.L.R. 19; 239 N.R. 1; *Ross River Dena Council Band v. Canada*, [2002] 2 S.C.R. 816; (2002), 213 D.L.R. (4th) 193; [2002] 9 W.W.R. 391; 168 B.C.A.C. 1; 3 B.C.L.R. (4th) 201; [2002] 3 C.N.L.R. 229; 289 N.R. 233.

REFERRED TO:

Guerin et al. v. The Queen et al., [1984] 2 S.C.R. 335; (1984), 13 D.L.R. (4th) 321; [1984] 6 W.W.R. 481; 59 B.C.L.R. 301; [1985] 1 C.N.L.R. 120; 20 E.T.R. 6; 55 N.R. 161; 36 R.P.R. 1; *R v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771; (1996), 181 A.R. 321; 133 D.L.R. (4th) 324; [1996] 4 W.W.R. 457; 37 Alta. L.R. (3d) 153; 105 C.C.C. (3d) 289; [1996] 2 C.N.L.R. 77; 195 N.R. 1; 116 W.A.C. 321.

C.C.C. (3d) 263; [1990] 3 C.N.L.R. 160; 111 N.R. 241; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; (1996), 137 D.L.R. (4th) 289; [1996] 9 W.W.R. 1; 80 B.C.A.C. 81; 23 B.C.L.R. (3d) 1; 109 C.C.C. (3d) 1; [1996] 4 C.N.L.R. 177; 50 C.R. (4th) 1; 200 N.R. 1; 130 W.A.C. 81; *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821; (1996), 138 D.L.R. (4th) 204; 109 C.C.C. (3d) 275; [1996] 4 C.N.L.R. 164; 50 C.R. (4th) 216; 199 N.R. 321; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; (1997), 153 D.L.R. (4th) 193; 99 B.C.A.C. 161; [1998] 1 C.N.L.R. 14; 220 N.R. 161; *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, [2002] 4 R.C.S. 245; (2002), 220 D.L.R. (4th) 1; [2003] 1 C.N.L.R. 341; 297 N.R. 1; *Bande indienne de Squamish c. Canada* (2000), 207 F.T.R. 1 (C.F. 1^{re} inst.); *TransCanada Pipelines Ltd. v. Beardmore (Township)* (2000), 186 D.L.R. (4th) 403; [2000] 3 C.N.L.R. 153; 137 O.A.C. 201 (C.A. Ont.), autorisation d'appel devant la C.S.C. refusée, [2000] 2 R.C.S. xiv; *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525; (1991), 83 D.L.R. (4th) 297; [1991] 6 W.W.R. 1; 58 B.C.L.R. (2d) 1; 127 N.R. 161; *Bates v Lord Hailsham of St Marylebone*, [1972] 3 All ER 1019 (Ch. D.).

DISTINCTION FAITE D'AVEC:

Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests) (2002), 216 D.L.R. (4th) 1; [2002] 10 W.W.R. 587; 172 B.C.A.C. 75; 5 B.C.L.R. (4th) 33; [2002] 4 C.N.L.R. 117 (C.A.C.-B.); *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; (1997), 153 D.L.R. (4th) 193; 99 B.C.A.C. 161; [1998] 1 C.N.L.R. 14; 220 N.R. 161 (sur la question des droits ancestraux existants).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien), [1999] 2 R.C.S. 203; (1999), 173 D.L.R. (4th) 1; [1999] 3 C.N.L.R. 19; 239 N.R. 1; *Conseil de la bande dénée de Ross River c. Canada*, [2002] 2 R.C.S. 816; (2002), 213 D.L.R. (4th) 193; [2002] 9 W.W.R. 391; 168 B.C.A.C. 1; 3 B.C.L.R. (4th) 201; [2002] 3 C.N.L.R. 229; 289 N.R. 233.

DÉCISIONS CITÉES:

Guerin et autres c. La Reine et autre, [1984] 2 R.C.S. 335; (1984), 13 D.L.R. (4th) 321; [1984] 6 W.W.R. 481; 59 B.C.L.R. 301; [1985] 1 C.N.L.R. 120; 20 E.T.R. 6; 55 N.R. 161; 36 R.P.R. 1; *R c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; (1996), 181 A.R. 321; 133 D.L.R. (4th) 324; [1996] 4 W.W.R. 457; 37 Alta. L.R. (3d) 153; 105 C.C.C. (3d) 289; [1996] 2 C.N.L.R. 77; 195 N.R. 1; 116 W.A.C. 321.

APPLICATION for judicial review seeking a declaration that the amended *Indian Band Election Regulations* and *Indian Referendum Regulations* contravened constitutionally guaranteed Aboriginal and treaty rights in having been drafted without meaningful consultation with First Nations peoples. Application dismissed.

APPEARANCES:

Robert W. Hladun, Q.C. and *David N. Kamal* for applicants.
Michele E. Annich and *Rose Marie Zanin* for respondents.

SOLICITORS OF RECORD:

Hladun & Company, Edmonton, for applicants.
Deputy Attorney General of Canada for respondents.

The following are the reasons for order and order rendered in English by

[1] DAWSON J.: On May 20, 1999, the Supreme Court of Canada declared the words “and is ordinarily resident on the reserve” found in subsection 77(1) [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 14] of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5 (Act) to be inconsistent with subsection 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.¹ The effect of this declaration was to remove the restriction which had excluded off-reserve members of an Indian band from the right to vote in band elections conducted pursuant to subsection 77(1) of the Act. In order to permit the development of an electoral process which would balance the rights of off-reserve and on-reserve band members, the Supreme Court suspended the implementation of the declaration of invalidity for 18 months. The decision of the Supreme Court is reported as *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203.

[2] Subsequently, on October 20, 2000 regulations were brought into force amending both the *Indian Band*

DEMANDE de contrôle judiciaire et de jugement déclarant que le *Règlement sur les élections au sein des bandes d’Indiens* et le *Règlement sur les référendums des Indiens* contrevenaient aux droits ancestraux et issus de traités garantis par la Constitution parce qu’ils avaient été rédigés sans qu’il y ait eu de véritables consultations avec les Premières nations. Demande rejetée.

ONT COMPARU:

Robert W. Hladun, c.r. et *David N. Kamal* pour les demandeurs.
Michele E. Annich et *Rose Marie Zanin* pour les défendeurs.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Hladun & Company, Edmonton pour les demandeurs.
Le sous-procureur général du Canada pour les défendeurs.

Ce qui suit est la version française des motifs de l’ordonnance et ordonnance rendus par

[1] LE JUGE DAWSON: Le 20 mai 1999, la Cour suprême du Canada a déclaré que les termes «et réside ordinairement sur la réserve» qui figurent au paragraphe 77(1) [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 32, art. 14] de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5 (Loi) n’étaient pas compatibles avec le paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹. Cette déclaration a eu pour effet de supprimer la restriction qui empêchait les membres d’une bande indienne qui ne résidaient pas sur une réserve de voter aux élections de la bande tenues conformément au paragraphe 77(1) de la Loi. La Cour suprême a suspendu la prise d’effet de la déclaration d’invalidité pour une période de 18 mois, de façon à permettre la mise sur pied d’un processus électoral qui concilierait les droits des membres de la bande résidant sur la réserve et ceux des membres qui vivent à l’extérieur de la réserve. La décision de la Cour suprême est rapportée sous l’intitulé *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203.

[2] Par la suite, le 20 octobre 2000, des règlements modifiant le *Règlement sur les élections au sein des*

Election Regulations, C.R.C., c. 952 and the *Indian Referendum Regulations*, C.R.C., c. 957 in light of the decision in *Corbiere*. The amendments were contained in *Regulations Amending the Indian Band Election Regulations*, SOR/2000-391 and *Regulations Amending the Indian Referendum Regulations*, SOR/2000-392 (together the Regulations).

[3] In this application for judicial review the applicants seek, among other relief, a declaration that the Regulations contravene Aboriginal and treaty rights guaranteed under subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]], because they were drafted and passed into law without full and meaningful consultation first being conducted with First Nations peoples, particularly without full and meaningful consultation being conducted with the applicants. The applicants seek an order in the nature of *certiorari* quashing the Regulations.

BACKGROUND FACTS

[4] Each applicant is a Grand Chief of a confederacy of Alberta First Nations. Treaty No. 8 comprises 23 First Nations, of which four conduct their elections under the Act. Treaty No. 7 comprises seven First Nations, one of which conducts its elections under the Act. Treaty No. 6 comprises 16 First Nations, of which five conduct their elections under the Act.

[5] On June 16, 1999, following the decision of the Supreme Court, the then Minister of Indian Affairs and Northern Development sent a letter to all First Nations, national Aboriginal organizations, friendship centres, native women's groups, Aboriginal media, and provincial government counterparts informing them of the *Corbiere* decision. Thereafter, on December 9, 1999 at a meeting of the Assembly of First Nations Confederacy, the Minister of Indian Affairs, announced a two-stage strategy to deal with both the short- and the long-term implications of the *Corbiere* decision. An information package was distributed at this meeting, which was also mailed out to all First Nations communities. The information package noted that the

bandes d'Indiens, C.R.C., ch. 952 et le *Règlement sur les référendums des Indiens*, C.R.C., ch. 957 ont été adoptés pour mettre en œuvre l'arrêt *Corbiere*. Ces modifications figuraient dans le *Règlement modifiant le Règlement sur les élections au sein des bandes d'Indiens*, DORS/2000-391 et dans le *Règlement modifiant le Règlement sur les référendums des Indiens*, DORS/2000-392 (ensemble, les Règlements).

[3] Dans la présente demande de contrôle judiciaire, les demandeurs sollicitent, entre autres, un jugement déclarant que les Règlements contreviennent aux droits ancestraux et issus de traités garantis par le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] parce qu'ils ont été rédigés et adoptés sans qu'on ait préalablement procédé à une consultation véritable des membres des Premières nations, en particulier sans que les demandeurs aient été véritablement consultés. Les demandeurs demandent une ordonnance de *certiorari* annulant les Règlements.

LE CONTEXTE FACTUEL

[4] Tous les demandeurs sont des grands chefs d'une confédération regroupant des Premières nations de l'Alberta. Le Traité n° 8 vise 23 Premières nations, dont quatre tiennent leurs élections aux termes de la Loi. Le Traité n° 7 s'applique à sept Premières nations, dont une tient ses élections aux termes de la Loi. Le Traité n° 6 vise 16 Premières nations, dont cinq tiennent leurs élections aux termes de la Loi.

[5] Le 16 juin 1999, suite à la décision de la Cour suprême, le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien de l'époque a envoyé à toutes les Premières nations, aux organismes autochtones nationaux, aux centres d'amitié, aux groupes de femmes autochtones, aux médias autochtones et à ses homologues des gouvernements provinciaux une lettre les informant de l'arrêt *Corbiere*. Par la suite, le 9 décembre 1999, le ministre des Affaires indiennes a annoncé, au cours d'une réunion de la Confédération de l'Assemblée des Premières nations, une stratégie en deux étapes visant à répondre aux répercussions à court et à long terme de l'arrêt *Corbiere*. Une trousse d'information a été distribuée au cours de cette réunion, et cette trousse a

Corbiere decision could add in the order of 190,000 individuals to the electorate. Thus, the need for extensive consultations with national and regional Aboriginal organizations, their members, and other interested parties was expressly referenced in the information package.

[6] Stage one of the two-stage process was described in the following terms:

On November 20, 2000, off-reserve members will have the same right to vote in section 77(1) elections as on-reserve members. Therefore, the first, interim stage will require amending the *Indian Band Election Regulations* and *Indian Band Referendum Regulations* to facilitate voting in elections by off-reserve members. (At the time these regulations were originally put into place, voting by off-reserve Band members was not contemplated.) Consultations will begin immediately with the Assembly of First Nations, the Native Women's Association of Canada, the Congress of Aboriginal Peoples, and the National Association of Friendship Centres regarding amendments to these regulations. Equal funding will be provided to allow these organizations to consult with their members. Funding will also be provided to regional Aboriginal organizations to conduct consultations at the grassroots level.

It can be seen that at this stage, Aboriginal organizations were relied upon to conduct the consultations.

[7] Stage two was described as follows:

Stage two will involve moving forward with more substantive consultations with First Nations partners and other Aboriginal organizations on integrated and sustainable electoral reform. In proceeding with Stage Two, the Court's view that Band election systems can distinguish between on- and off-reserve interests provided these systems are *Charter*-compliant, will be a major consideration. The electoral regime developed as a result of Stage Two consultations may therefore entail further adjustments to voting rights.

également été envoyée par courrier à toutes les collectivités des Premières nations. Il était mentionné dans la trousse d'information que l'arrêt *Corbiere* pourrait avoir pour effet d'ajouter quelque 190 000 électeurs aux listes électorales. C'est pourquoi la trousse d'information faisait expressément mention de la nécessité de procéder à des consultations approfondies avec les organismes autochtones nationaux et régionaux, avec leurs membres et avec les autres parties intéressées.

[6] La première étape du processus était décrite de la façon suivante:

Le 20 novembre 2000, les membres de bande vivant hors réserve disposeront des mêmes droits de vote que les membres vivant à l'intérieur des réserves aux élections tenues en vertu du paragraphe 77(1). Par conséquent, la première étape provisoire consistera à apporter des modifications au *Règlement sur les élections au sein des bandes d'Indiens* et au *Règlement sur les référendums des Indiens* afin de faciliter le vote des membres vivant hors réserve lors des élections. (Au moment où ces règlements ont initialement été mis en vigueur, le droit de vote des membres des bandes vivant hors réserve n'avait pas été considéré.) Les consultations au sujet des modifications qui seront apportées à ces règlements s'amorceront dès maintenant auprès de l'Assemblée des premières nations, de l'Association des femmes autochtones du Canada, du Congrès des peuples autochtones et de l'Association nationale des centres d'amitié. Des fonds seront versés de façon équitable pour permettre à chaque organisation de consulter leurs membres respectifs [*sic*]. Du financement sera également offert aux organisations autochtones régionales pour mener des consultations à tous les niveaux.

Il est possible de constater qu'à cette étape, on invitait les organismes autochtones à procéder à des consultations.

[7] La seconde étape était décrite de la façon suivante:

La deuxième étape du processus consistera à aller de l'avant avec des consultations plus approfondies portant sur une réforme électorale intégrée et durable. Ces consultations seront menées auprès de nos partenaires des Premières nations et d'autres organisations autochtones. Dans le cas de la deuxième étape, on considérera largement le point de vue de la Cour qui traite de la distinction pouvant être établie entre les droits de vote des membres de bande vivant dans les réserves et ceux des membres vivant hors réserve, à condition que les régimes électoraux soient conformes à la *Charte*. Le régime électoral élaboré à la suite des consultations menées lors de la deuxième

At the December 9, 1999 meeting, the Minister made a commitment to conduct, and to fund, a consultation process on *Corbiere*.

[8] In addition to funding the four national Aboriginal organizations referred to above to conduct consultations (each in the amount of \$200,000), a number of the regional offices of the Department of Indian Affairs and Northern Development (DIAND), including the Alberta regional office, were engaged to undertake consultations on a more grassroots level. The Alberta regional office of DIAND received \$160,000 for the purpose of funding regional consultations. Regionally funded consultation reports were to be submitted by May 31, 2000 (although Mr. Eyahpaise, who was DIAND's "Special Adviser on Corbiere", swore in an affidavit in this proceeding that consultation reports continue to be received after the deadline).

[9] While the adequacy of the consultation process is at issue in this proceeding, the following is a brief description of some of the steps taken in the process which led to the making of the Regulations.

[10] In January of 2000, a document entitled "Parameters Document" was distributed to the four national Aboriginal organizations referenced above. This document set out a number of conditions which formed part of the contract between DIAND and each national organization funded to conduct the *Corbiere* consultations. One condition was that the organizations conducting the consultations must endeavour to reach as many of their members as possible within existing time and monetary limits.

[11] A Technical Working Group (TWG) was formed, comprised of representatives from the Assembly of First Nations (AFN), Native Women's Association of Canada (NWAC), National Association of Friendship Centres (NAFC) and DIAND. This group was formed to

étape peut donc apporter d'autres modifications aux droits de vote.

Au cours de la réunion du 9 décembre 1999, le ministre s'est engagé à procéder à des consultations au sujet de l'arrêt *Corbiere* et à les financer.

[8] En plus de fournir des fonds (un montant de 200 000 \$ pour chaque organisation) aux quatre organismes autochtones nationaux mentionnés ci-dessus pour qu'ils conduisent des consultations, un certain nombre de bureaux régionaux du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien (MAINC), notamment le bureau régional de l'Alberta, devaient procéder à des consultations au niveau local. Le bureau régional albertain du MAINC a reçu 160 000 \$ pour financer ces consultations régionales. Les rapports des consultations régionales devaient être présentés avant le 31 mai 2000 (M. Eyahpaise, qui était le «conseiller spécial sur Corbiere» du MAINC, a toutefois déclaré dans un affidavit déposé dans la présente instance que les rapports de consultations avaient été acceptés même après la date prévue).

[9] Le caractère suffisant du processus de consultation est en litige en l'espèce mais voici une brève description de quelques-unes des étapes du processus qui a débouché sur l'adoption des règlements.

[10] En janvier 2000, un document intitulé «Parameters Document» (Document énonçant les paramètres) a été distribué aux quatre organismes autochtones nationaux mentionnés ci-dessus. Ce document énumérait un certain nombre de conditions qui faisaient partie du contrat conclu entre le MAINC et chacune des organisations nationales qui avaient reçu des fonds pour conduire des consultations au sujet de l'arrêt *Corbiere*. Selon une de ces conditions, les organisations qui procédaient à ces consultations devaient s'efforcer de rejoindre le plus grand nombre de membres possible, compte tenu des contraintes financières et de temps.

[11] Un groupe de travail technique (GTT) qui comprenait des représentants de l'Assemblée des premières nations (APN), de l'Association des femmes autochtones du Canada (AFAC), de l'Association nationale des centres d'amitié (ANCA) et du MAINC a

supplement the national and regional consultations. The TWG had its first meeting on April 19, 2000.

[12] The TWG engaged in a series of meetings which resulted in the draft of a document entitled “Minimum Requirements Paper”. This document described itself to be a discussion paper to promote further analysis. It contained a summary of the *Corbiere* decision, a discussion of the immediate impact of the decision on the existing regulations, and proposed that it would be prudent to amend the regulations, at minimum, in a number of specified respects.

[13] On June 9, 2000, a day-long special session entitled “Corbiere Day” was held as part of a four-day national Aboriginal gathering in Winnipeg, Manitoba. Approximately 1,800 people from most First Nations attended. Attendees were provided with a copy of the Minimum Requirements Paper and breakout sessions were chaired by group facilitators in order to obtain feedback from participants. On cross-examination, each applicant confirmed that the Minimum Requirements Paper was received by them. Grand Chief Halcrow and Grand Chief Gadwa confirmed their receipt of the document in June or July 2000.

[14] Draft regulations were prepared at the end of July 2000.

[15] On August 28 and 29, 2000, DIAND conducted a meeting in Calgary to introduce and complete a clause-by-clause review of the draft *Indian Band Election Regulations* and to provide a general overview of the *Indian Referendum Regulations*. Participants included representatives from DIAND, the AFN, NAFC and the Congress of Aboriginal Peoples (CAP).

[16] On September 2, 2000, the Regulations were pre-published in the *Canada Gazette*, Part I (pre-published Regulations). A notice accompanied the pre-published Regulations which called for input on the Regulations within 30 days.

été formé. Ce groupe a été constitué pour compléter les consultations nationales et régionales. Le GTT a tenu sa première réunion le 19 avril 2000.

[12] Le GTT a tenu une série de réunions qui ont débouché sur un projet de document intitulé «Étude sur les exigences minimales». Il était mentionné dans ce document qu’il s’agissait d’un document de discussion destiné à approfondir l’analyse de la question. Il contenait un résumé de l’arrêt *Corbiere* et une analyse de l’effet immédiat de la décision sur les règlements en vigueur et il indiquait qu’il serait prudent de modifier les règlements, au moins sur un certain nombre d’aspects précis.

[13] Le 9 juin 2000, une des quatre journées de l’assemblée des organismes autochtones nationaux qui se tenait à Winnipeg, au Manitoba, a été spécialement désigné «Journée de l’arrêt Corbiere». Près de 1 800 personnes représentant la plupart des Premières nations y ont assisté. On a remis aux participants une copie de l’Étude sur les exigences minimales et des facilitateurs ont tenu des réunions en petits groupes pour obtenir les commentaires des participants. Au cours du contre-interrogatoire, tous les demandeurs ont confirmé avoir reçu l’Étude sur les exigences minimales. Le grand chef Halcrow et le grand chef Gadwa ont confirmé avoir reçu le document au mois de juin ou juillet 2000.

[14] Les projets de règlement ont été préparés à la fin du mois de juillet 2000.

[15] Les 28 et 29 août 2000, le MAINC a tenu une réunion à Calgary dans le but de présenter un projet de *Règlement sur les élections au sein des bandes d’Indiens*, d’en faire l’étude article par article, et de présenter un aperçu général du *Règlement sur les référendums des Indiens*. Les participants comprenaient des représentants du MAINC, de l’APN, de l’ANCA et du Congrès des Peuples Autochtones (CPA).

[16] Les règlements ont été publiés au préalable dans la *Gazette du Canada*, Partie I, (Règlements proposés) du 2 septembre 2000. Les Règlements proposés étaient suivi d’un avis qui invitait les lecteurs à faire parvenir leurs commentaires au sujet des règlements dans les 30 jours.

[17] On or about September 12, 2000, a copy of the pre-published Regulations, with request for comments, was faxed to First Nations across the country, including the respective Chiefs of Treaties Nos. 6, 7 and 8.

[18] Thereafter, DIAND began to receive comments on the pre-published Regulations. Mr. Eyahpaise swore that these comments were reviewed and some of them were incorporated into the final version of the Regulations.

[19] On September 18 and 19, 2000, a clause-by-clause review of the pre-published *Indian Referendum Regulations* was completed in Ottawa with the First Nations Land Manager's Association, individual First Nations, and representatives from the national Aboriginal organizations. Mr. Eyahpaise swore that some of the resulting feedback was incorporated into the final Regulations.

[20] An electoral officers training session was held in Winnipeg, Manitoba during the week of September 18, 2000. Mr. Eyahpaise swore that this session was held to provide First Nations and DIAND an opportunity to discuss the draft election Regulations and to provide training with respect to how upcoming elections could be conducted in order to reflect the draft Regulations. During this session comments were received on the draft Regulations, some of which, Mr. Eyahpaise swore, were incorporated into the final version of the Regulations.

[21] As noted above, the Regulations came into force on October 20, 2000. While the applicants assert that the "Regulations came into force as published in the Canada Gazette on September 2, 2000" a clause-by-clause review of the pre-published Regulations and the Regulations shows that a number of changes were made.

PROCEDURAL HISTORY OF THIS APPLICATION

[22] This matter first came on for hearing over two days in December of 2002. On the morning of the second

[17] Le 12 septembre 2000 ou vers cette date, une copie des Règlements projetés, accompagnée d'une invitation à transmettre des commentaires, a été envoyée par télécopieur aux Premières nations du Canada, notamment aux chefs respectifs des Traités n^{os} 6, 7 et 8.

[18] Par la suite, le MAINC a commencé à recevoir des commentaires au sujet des Règlements projetés. M. Eyahpaise a déclaré sous serment que ces commentaires avaient été examinés et que certains d'entre eux avaient été incorporés à la version définitive des Règlements.

[19] Les 18 et 19 septembre 2000, l'examen article par article du projet de *Règlement sur les référendums des Indiens* a été effectué à Ottawa avec la participation de la First Nations Land Manager's Association, d'un certain nombre de Premières nations et de représentants des organismes autochtones nationaux. M. Eyahpaise a déclaré sous serment que certains des commentaires présentés ce jour-là avaient été incorporés à la version définitive des Règlements.

[20] Une session de formation des agents électoraux a été tenue à Winnipeg, au Manitoba, pendant la semaine du 18 septembre 2000. M. Eyahpaise a déclaré sous serment que cette session avait pour but de fournir aux Premières nations et au MAINC la possibilité de discuter du projet de Règlement sur les élections et de fournir une formation sur la façon de conduire les prochaines élections en tenant compte du projet de Règlement. Au cours de cette session, le Ministère a reçu des commentaires concernant le projet de Règlement, et certains de ces commentaires, comme l'a déclaré M. Eyahpaise sous serment, ont été inclus dans la version définitive du Règlement.

[21] Les Règlements sont entrés en vigueur le 20 octobre 2000. Les demandeurs affirment que «les Règlements sont entrés en vigueur tels que publiés dans la Gazette du Canada du 2 septembre 2000», mais une étude article par article des Règlements projetés et des Règlements adoptés indique qu'un certain nombre de changements ont été apportés.

HISTOIRE PROCÉDURALE DE LA PRÉSENTE DEMANDE

[22] Cette affaire a fait l'objet d'une première instruction répartie sur deux jours au mois de décembre

day, counsel for the applicants was asked whether a notice of constitutional question had been served. Counsel confirmed that no notice had been served. Counsel for the applicant was then asked if, in his view, that posed any difficulty in light of the requirement of section 57 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19] of the *Federal Court Act*, [R.S.C., 1985, c. F-7] that where the constitutional validity, applicability or operability of regulations under an Act of Parliament are put in issue, the regulations shall not be adjudged to be invalid, inapplicable or inoperable unless a notice of constitutional question has been served.

[23] After a brief adjournment to consider the matter, and particularly whether a constitutional question was raised in this proceeding, counsel sought and obtained an adjournment of the matter for the purpose of serving a notice of constitutional question.

[24] Such a notice was subsequently duly served, the notice of application was amended to include the claim for declaratory relief (in addition to the existing claim for *certiorari*) and the matter came on again for hearing in May of 2003.

THE ISSUES

[25] From the outset, the applicants have asserted that meaningful and genuine consultations with First Nations' members prior to the enactment of the Regulations was mandatory for at least three reasons:

- (i) directions to do so were given by the Supreme Court in *Corbiere*;
- (ii) a legitimate expectation of such consultation arose; and
- (iii) there is always a duty to consult with Aboriginal groups when making decisions that will affect First Nations' interests.

[26] The notice of constitutional question which was served framed the basis of the constitutional question to be:

2002. Le matin du second jour, l'avocat des demandeurs s'est vu demander s'il avait signifié un avis de question constitutionnelle. L'avocat a confirmé qu'il n'avait pas signifié un tel avis. La Cour a alors demandé à l'avocat des demandeurs s'il estimait que cette omission faisait problème, compte tenu des dispositions de l'article 57 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19] de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7] selon lesquelles les textes d'application des lois fédérales dont la validité, l'applicabilité ou l'effet, sur le plan constitutionnel, est en cause ne peuvent être déclarés invalides, inapplicables ou sans effet, à moins qu'un avis de question constitutionnelle n'ait été signifié.

[23] Après une brève suspension d'audience destinée à permettre aux parties d'examiner cette question, et en particulier, celle de savoir si l'instance soulevait une question constitutionnelle, l'avocat a demandé et obtenu l'ajournement de l'audience pour signifier un avis de question constitutionnelle.

[24] Cet avis a été régulièrement signifié par la suite, l'avis de demande a été modifié pour y insérer une demande de jugement déclaratoire (qui venait s'ajouter à la demande de *certiorari*) et la reprise de l'instruction a été fixée pour le mois de mai 2003.

LES QUESTIONS EN LITIGE

[25] Dès le départ, les demandeurs ont affirmé qu'il était obligatoire de tenir de vastes consultations avec les membres des Premières nations avant l'adoption des Règlements pour au moins trois raisons:

- (i) la Cour suprême a donné des directives en ce sens dans l'arrêt *Corbiere*;
- (ii) une attente légitime en matière de consultation a été créée;
- (iii) il existe toujours l'obligation de consulter les groupes autochtones lorsque des décisions risquent de toucher les droits des Premières nations.

[26] L'avis de question constitutionnelle qui a été signifié formulait de la façon suivante la question constitutionnelle soulevée:

That the failure of the Government of Canada to fully and meaningfully consult in this matter with First Nations peoples, and specifically with the members and representatives of Treaties 6, 7, and 8, is an abrogation of the fiduciary duty owed by the Government of Canada to First Nations peoples and thereby violates Aboriginal and Treaty rights guaranteed under section 35 of the Constitution Act, 1982.

[27] Accordingly, the issues to be determined on this application are, in my view:

1. Did a duty to consult exist arising out of:
 - (i) a constitutional obligation recognized or affirmed by subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982*?
 - (ii) a fiduciary obligation or duty?
 - (iii) the doctrine of legitimate expectation?; or
 - (iv) the directions given by the Supreme Court of Canada in *Corbiere*?
2. If so, was the duty to consult breached?

ANALYSIS

(i) Was there a duty to consult?

[28] There is an undoubted responsibility on the Crown to protect the rights of Indians. This arises from the special trust relationship created by history, treaties and legislation: see *Guerin et al. v. The Queen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 335. Aboriginal rights are recognized and affirmed in subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982* which provides:

35. (1) The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

[29] In *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, at page 1108 the Supreme Court of Canada articulated the general guiding principle applicable to subsection 35(1)

Que l'omission du gouvernement du Canada de consulter véritablement sur cette question les membres des Premières nations, et plus précisément, les membres des représentants des Traités n^{os} 6, 7 et 8 constitue une violation de l'obligation fiduciaire qu'a le gouvernement fédéral envers les membres des Premières nations et viole dès lors les droits ancestraux et issus de traités garantis par l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982.

[27] Par conséquent, voici quelles sont, d'après moi, les questions à trancher dans le cadre de la présente demande:

1. L'obligation de consulter les intéressés découle-t-elle:
 - (i) d'une obligation constitutionnelle reconnue ou confirmée par le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*?
 - (ii) d'une obligation fiduciaire?
 - (iii) de la notion d'attente légitime?
 - (iv) des directives fournies par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Corbiere*?
2. S'il existait une obligation de procéder à des consultations, celle-ci a-t-elle été violée?

ANALYSE

(i) L'existence d'une obligation de procéder à des consultations

[28] Il est indubitable que la Couronne est tenue de protéger les droits des Indiens. Cela découle de la relation fiduciaire spéciale qui découle de l'histoire, des traités et des dispositions législatives: voir *Guerin et autres c. La Reine et autre*, [1984] 2 R.C.S. 335. Les droits ancestraux sont reconnus et confirmés par le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui énonce:

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

[29] Dans l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, à la page 1108, la Cour suprême du Canada a énoncé le principe directeur général applicable au paragraphe

of the *Constitution Act, 1982*. That guiding principle is that the Government has a responsibility to act in a fiduciary capacity with respect to Aboriginal peoples. Thus, the relationship between the Government and Aboriginal peoples was expressed to be trust-like, rather than adversarial, and to implicate the honour of the Crown. It followed, in the words of the Court, that contemporary recognition and affirmation of Aboriginal rights must be defined in light of this historic relationship.

[30] In *Sparrow* the Court also observed that the words used in subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982* incorporate the fiduciary relationship. The Court conveyed this as follows at page 1109:

There is no explicit language in [subsection 35(1)] that authorizes this Court or any court to assess the legitimacy of any government legislation that restricts aboriginal rights. Yet, we find that the words “recognition and affirmation” incorporate the fiduciary relationship referred to earlier and so import some restraint on the exercise of sovereign power. Rights that are recognized and affirmed are not absolute. Federal legislative powers continue, including, of course, the right to legislate with respect to Indians pursuant to s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*. These powers must, however, now be read together with s. 35(1). In other words, federal power must be reconciled with federal duty and the best way to achieve that reconciliation is to demand the justification of any government regulation that infringes upon or denies aboriginal rights. Such scrutiny is in keeping with the liberal interpretive principle enunciated in *Nowegijick, supra*, and the concept of holding the Crown to a high standard of honourable dealing with respect to the aboriginal peoples of Canada as suggested by *Guerin v. The Queen, supra*.

[31] In *Sparrow*, the Court established the basis upon which claims advanced pursuant to subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982* are to be analysed. In *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, at paragraph 2 this test was cited with approval as follows. First, a court must determine whether an applicant has demonstrated that he or she was acting pursuant to an Aboriginal right. If so, the court must move to consider whether that right has been extinguished. If not extinguished, the court must determine whether the right was infringed. Finally,

35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Selon ce principe directeur général, le gouvernement a la responsabilité d’agir en qualité de fiduciaire à l’égard des peuples autochtones. Ainsi, la relation entre le gouvernement et les peuples autochtones a été qualifiée de quasi fiduciaire, plutôt que de contradictoire, et la reconnaissance et la confirmation des droits ancestraux doivent être définies en fonction de ces rapports historiques.

[30] Dans l’arrêt *Sparrow*, la Cour a fait remarquer que les termes utilisés au paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* font référence à ces rapports de fiduciaire. La Cour s’explique ainsi à la page 1109:

Le paragraphe [35(1)] ne contient aucune disposition explicite autorisant notre Cour ou n’importe quel autre tribunal à apprécier la légitimité d’une mesure législative gouvernementale qui restreint des droits ancestraux. Nous estimons pourtant que l’expression «reconnaissance et confirmation» comporte les rapports de fiduciaire déjà mentionnés et implique ainsi une certaine restriction à l’exercice du pouvoir souverain. Les droits qui sont reconnus et confirmés ne sont pas absolus. Les pouvoirs législatifs fédéraux subsistent, y compris évidemment le droit de légiférer relativement aux Indiens en vertu du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Toutefois, ces pouvoirs doivent maintenant être rapprochés du par. 35(1). En d’autres termes, le pouvoir fédéral doit être concilié avec l’obligation fédérale et la meilleure façon d’y parvenir est d’exiger la justification de tout règlement gouvernemental qui porte atteinte à des droits ancestraux. Une telle vérification est conforme au principe d’interprétation libérale énoncé dans l’arrêt *Nowegijick*, précité, et avec l’idée que la Couronne doit être tenue au respect d’une norme élevée—celle d’agir honorablement—dans ses rapports avec les peuples autochtones du Canada, comme le laisse entendre l’arrêt *Guerin c. La Reine*, précité.

[31] Dans *Sparrow*, la Cour a formulé les grandes lignes du cadre d’analyse des demandes fondées sur le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Dans *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, au paragraphe 2, la Cour a cité, en l’approuvant, ce critère de la façon suivante. Premièrement, le tribunal doit déterminer si le demandeur a prouvé qu’il avait agi en vertu d’un droit ancestral. Si c’est le cas, le tribunal doit décider s’il y a eu extinction de ce droit. S’il n’a pas été éteint, le tribunal doit alors déterminer s’il y a eu atteinte

if satisfied that an existing right has been infringed, the Court must determine whether the infringement is justified.

[32] The starting point for the analysis is the demonstration of an Aboriginal right. I turn therefore to consider whether the applicants in the case at bar have demonstrated the existence of an Aboriginal right so as to ground the subsection 35(1) analysis. I will consider first whether any treaty or Aboriginal right was demonstrated, and then whether any broader right founded on the fiduciary nature of the relationship was established.

(A) Treaty Rights

[33] Treaty rights are those rights contained in official agreements between the Crown and the Aboriginal people. See: *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771, at paragraph 76.

[34] In the case at bar none of Treaty No. 6, 7 or 8 was before the Court, and no specific provision of those treaties was relied upon by the applicants to assert that a treaty right had been infringed. In the words of counsel for the applicants in oral argument “[t]here is no treaty that’s been referenced and pointed to in terms of that as being a right within the treaty”.

[35] In the result there is no basis in the evidence upon which to find a duty to consult as a treaty right.

(B) Aboriginal Rights

[36] Aboriginal rights flow from the customs and traditions of the Aboriginal people. In order to be an Aboriginal right “an activity must be an element of a practice, custom or tradition integral to the distinctive culture of the aboriginal group claiming the right”. See: *R. v. Van der Peet*, *supra*, at paragraph 46.

[37] In *Van der Peet*, the Supreme Court of Canada described the nature of the inquiry a court must undertake when considering a claim to an Aboriginal right. Fundamental is the need to precisely identify the nature of the activity claimed to be a right. In the words

à ce droit. Enfin, s’il est convaincu qu’une atteinte a été portée à ce droit, le tribunal doit décider si l’atteinte est justifiée.

[32] Le point de départ de l’analyse est l’existence d’un droit ancestral. Je vais donc commencer par examiner si, en l’espèce, les demandeurs ont démontré l’existence d’un droit ancestral, de façon à fonder l’analyse prévue pour le paragraphe 35(1). Je vais d’abord examiner si l’existence de droits ancestraux ou issus de traités a été démontrée et ensuite, si celle d’un droit plus large fondé sur le caractère fiduciaire de la relation a été établie.

(A) Les droits issus de traités

[33] Les droits issus de traités sont les droits qui figurent dans les ententes officielles conclues entre la Couronne et un peuple autochtone: voir *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, au paragraphe 76.

[34] En l’espèce, les Traités n^{os} 6, 7 et 8 n’ont pas été soumis au tribunal, et les demandeurs n’ont invoqué aucune disposition précise de ces traités pour soutenir qu’il y avait eu atteinte à un droit issu de traité. Pour reprendre les termes utilisés au cours de sa plaidoirie par l’avocat des demandeurs: «nous n’avons pas cité de traité pour affirmer l’existence d’un droit qui y serait contenu».

[35] Par conséquent, les preuves ne permettent pas de conclure à l’existence d’une obligation de consulter les intéressés découlant d’un droit issu de traité.

(B) Les droits ancestraux

[36] Les droits ancestraux découlent des coutumes et des traditions des peuples autochtones. Pour qu’il y ait droit ancestral, «une activité doit être un élément d’une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit en question». Voir: *R. c. Van der Peet*, précité, au paragraphe 46.

[37] Dans *Van der Peet*, la Cour suprême du Canada a décrit la nature de l’analyse à laquelle le tribunal doit procéder lorsqu’il examine une demande fondée sur un droit ancestral. Il est essentiel de définir avec précision la nature de l’activité dont il est allégué qu’elle constitue

of the then Chief Justice Lamer writing for the majority (at paragraph 52) “[t]he nature of an applicant’s claim must be delineated in terms of the particular practice, custom or tradition under which it is claimed”.

[38] In *R. v. Pamajewon*, [1996] 2 S.C.R. 821 the Supreme Court considered a claim to an Aboriginal right to a broad right to manage the use of reserve lands. All of the judges concluded that such a claimed right was overly broad. Chief Justice Lamer, writing for the majority, discussed the broad nature of the right claimed at paragraph 27 in the following terms:

The appellants themselves would have this Court characterize their claim as to “a broad right to manage the use of their reserve lands”. To so characterize the appellants’ claim would be to cast the Court’s inquiry at a level of excessive generality. Aboriginal rights, including any asserted right to self-government, must be looked at in light of the specific circumstances of each case and, in particular, in light of the specific history and culture of the aboriginal group claiming the right. The factors laid out in *Van der Peet*, and applied, *supra*, allow the Court to consider the appellants’ claim at the appropriate level of specificity; the characterization put forward by the appellants would not allow the Court to do so.

[39] In *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, at paragraph 170, Chief Justice Lamer, writing again for the majority, noted that to advance a right to self-government in broad terms was to advance a claim in “a manner not cognizable under s. 35(1)”.

[40] To correctly characterize a claimed right, a court is to consider factors such as the nature of the action which the applicant is claiming is, or should be, done pursuant to an Aboriginal right, the nature of the impugned government action, and the practice, custom or tradition relied upon to establish the right. The practices, customs and traditions which constitute Aboriginal rights are those which have continuity with the practices, customs and traditions that existed prior to European contact. Where a practice, custom or tradition arose solely as a response to European influences, such

un droit. Pour reprendre les termes du juge Lamer, juge en chef à l’époque, parlant au nom de la majorité (au paragraphe 52) «[l]a nature de la revendication du demandeur doit être définie en fonction de la coutume, pratique ou tradition particulière invoquée au soutien de celle-ci».

[38] Dans *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821, la Cour suprême du Canada examinait la revendication d’un droit ancestral portant sur un droit général de gérer l’utilisation des terres de leurs réserves. Tous les juges ont conclu que le droit invoqué était beaucoup trop large. Le juge en chef Lamer, parlant au nom de la majorité, a examiné l’étendue du droit revendiqué au paragraphe 27, dans les termes suivants:

Les appelants eux-mêmes demandent à notre Cour de caractériser leur revendication de [TRADUCTION] «droit général de gérer l’utilisation des terres de leurs réserves». Caractériser ainsi la revendication des appelants aurait pour effet d’assujettir l’examen de la Cour à un degré excessif de généralité. Les droits ancestraux, y compris toute revendication du droit à l’autonomie gouvernementale, doivent être examinés à la lumière des circonstances propres à chaque affaire et, plus particulièrement, à la lumière de l’histoire et de la culture particulières du groupe autochtone qui revendique le droit. Les facteurs énoncés dans *Van der Peet*, et appliqués plus haut en l’espèce, permettent à la Cour d’examiner la revendication des appelants suivant le degré de spécificité approprié, ce que ne permettrait pas la caractérisation proposée par les appelants.

[39] Dans *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, au paragraphe 170, le juge en chef Lamer, parlant encore au nom de la majorité, note que le fait d’invoquer un droit à l’autonomie gouvernementale en des termes très larges revenait à invoquer ce droit «d’une manière incompatible avec le par. 35(1)».

[40] Pour qualifier correctement le droit invoqué, le tribunal doit tenir compte de facteurs comme la nature de l’action qui est, d’après le demandeur, visée par un droit ancestral, ou devrait l’être, la nature de l’action gouvernementale contestée, ainsi que la pratique, la coutume et la tradition invoquées pour établir ce droit. Les pratiques, coutumes et traditions qui constituent des droits ancestraux sont celles qui prolongent les pratiques, coutumes et traditions qui existaient avant les premiers contacts avec les Européens. Lorsqu’une pratique, une coutume ou une tradition est apparue uniquement en

practice, custom or tradition will not support recognition of an Aboriginal right. See: *Van der Peet*, at paragraphs 53-73.

[41] The onus of proving an Aboriginal right lies upon the person challenging the government action.

[42] Turning to the application of those principles to the case at bar, the applicants, in oral submissions, attempted to establish an Aboriginal right to governance by alluding to the right to control “their own society, governmental matters, local and community matters”.²

[43] I am not satisfied that this represents a proper and sufficiently precise identification of a claimed Aboriginal right. Aboriginal rights are not to be determined on a general basis. Moreover, the right to self-government is not the Aboriginal right which the applicants asserted in their amended notice of application, notice of constitutional question and written materials. Rather, in those materials the applicants simply argued they were denied the right to be meaningfully consulted prior to the amendment of the Regulations.

[44] However, in my view, a more fundamental difficulty faces the applicants. That is the absence of an evidentiary basis to support a claim that these Grand Chiefs or the organizations they represent have an Aboriginal right to consultation arising out of a practice, custom or tradition of cultural significance to their society, which practice custom or tradition has continuity with pre-contact practices, customs or traditions.

[45] The evidence before the Court relied upon by the applicants consists of the affidavits sworn by each applicant. Each swore to his belief that the Minister and DIAND would consult with the First Nations directly before amending the Regulations.

réponse à une influence européenne, cette pratique, coutume ou tradition ne permet pas de conclure à l'existence d'un droit ancestral. Voir: *Van der Peet*, aux paragraphes 53 à 73.

[41] Le fardeau de prouver l'existence du droit ancestral incombe à la personne qui conteste l'action du gouvernement.

[42] Si l'on applique ces principes à la présente espèce, les demandeurs ont tenté d'établir, dans leurs plaidoiries orales, l'existence d'un droit ancestral à la gouvernance en faisant allusion au droit d'exercer un contrôle «sur leur propre société, sur leurs affaires gouvernementales, sur les affaires locales et communautaires»².

[43] Je ne suis pas convaincue que cette formulation précise suffisamment le droit ancestral revendiqué. Les droits ancestraux ne peuvent être déterminés de façon générale. En outre, le droit à l'autonomie gouvernementale n'est pas le droit ancestral que les demandeurs ont invoqué dans leur avis modifié de demande, dans leur avis de question constitutionnelle ni dans leurs plaidoiries écrites. En fait, les demandeurs soutiennent tout simplement dans ces documents qu'ils ont été privés du droit d'être véritablement consultés avant la modification des Règlements.

[44] J'estime cependant que les demandeurs font face à une difficulté encore plus grave. C'est l'absence de preuve permettant d'affirmer que ces grands chefs ou les organismes qu'ils représentent ont le droit ancestral d'être consulté, en raison d'une pratique, d'une coutume ou d'une tradition ayant une importance culturelle dans leur société, et que cette pratique, coutume ou tradition n'est que le prolongement des pratiques, coutumes et traditions qui existaient avant les contacts avec les Européens.

[45] Les preuves soumises au tribunal par les demandeurs sont contenues dans les affidavits qui ont été préparés par chacun des demandeurs. Chacun d'entre eux a déclaré sous serment qu'il pensait que le ministre et le MAINC allaient consulter les Premières nations directement avant de modifier les Règlements.

[46] Grand Chief Halcrow says he relied upon the representations in the federal government's news release dated December 9, 1999, entitled "First Nation Voting Regulations to be Amended after Consultations", and the speech made by the Honourable Robert Nault, Minister of Indian Affairs and Northern Development of the same day, in forming his belief that he would be consulted directly in a meaningful way with respect to amendments to the Regulations. Both of these sources promised two-phase consultations with First Nations, dealing first with the amendments to the Regulations under the *Indian Act*, and eventually with amendments to the *Indian Act* itself. The balance of Grand Chief Halcrow's evidence deals with the nature of the consultation process, or lack thereof.

[47] Grand Chief Halcrow takes particular exception to not being consulted and not agreeing to those portions of the Regulations which deal with mail-in ballots, phone-in nominations and the circumstances surrounding the compilation of voter lists. Each of those subjects is said to be a source of vote fraud.

[48] Grand Chief Halcrow exhibits to his affidavit numerous documents that provide evidence that the federal government did undertake to consult First Nations with respect to the amendment of the Regulations. He also provides documents along with the answers to undertakings given at the cross-examination on his affidavit that show members of Treaty No. 8 were dissatisfied with the consultation process that the federal government eventually implemented, particularly with regard to the manner in which funding was distributed.

[49] Chief Grand Halcrow provides no evidence with respect to the issue of treaty rights or Aboriginal rights to consultation. Treaty No. 8 is not in evidence, nor is any document or testimony regarding custom, tradition or practice that would support the claim to Aboriginal right to be consulted when the federal government and the Governor in Council amends regulations enacted pursuant to the *Indian Act*.

[46] Le grand chef Halcrow affirme qu'il s'est fondé sur les déclarations contenues dans le communiqué de presse du gouvernement fédéral daté du 9 décembre 1999, intitulé «Le règlement sur les élections des Premières nations sera modifié après la tenue de consultations» et le discours prononcé par l'honorable Robert Nault, ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien le même jour, pour en arriver à penser qu'ils seraient consultés directement, et de façon efficace, au sujet des modifications aux Règlements. Ces deux sources de renseignements annonçaient des consultations avec les Premières nations en deux étapes, la première portant sur la modification des Règlements pris aux termes de la *Loi sur les Indiens*, et éventuellement, sur celle de la *Loi sur les Indiens* elle-même. Le reste du témoignage du grand chef Halcrow porte sur la nature du processus de consultation, ou sur son absence.

[47] Le grand chef Halcrow insiste particulièrement sur le fait qu'il n'a pas été consulté au sujet des parties des Règlements qui traitent du vote postal, des nominations par téléphone et des modalités d'établissement de la liste des électeurs et qu'il ne les a pas approuvées. D'après lui, chacun de ces sujets est une source potentielle de fraude électorale.

[48] Le grand chef Halcrow joint à son affidavit de nombreux documents qui démontrent que le gouvernement fédéral s'est engagé à consulter les Premières nations au sujet de la modification des Règlements. Il contient également des documents, accompagnés des réponses aux engagements fournis lors de son contre-interrogatoire sur son affidavit, qui montrent que les membres du Traité n° 8 n'étaient pas satisfaits du processus de consultation mis en œuvre par le gouvernement fédéral, en particulier de la façon dont les fonds avaient été répartis.

[49] Le grand chef Halcrow ne fournit aucune preuve touchant la question des droits issus de traités ou des droits ancestraux en matière de consultation. Le Traité n° 8 n'a pas été déposé en preuve, ni aucun document ou témoignage concernant la coutume, la tradition ou la pratique qui permettrait d'invoquer le droit ancestral d'être consulté lorsque le gouvernement fédéral et le gouverneur en conseil modifient les règlements adoptés aux termes de la *Loi sur les Indiens*.

[50] The affidavit of Grand Chief Chris Shade is similar in content to that of Grand Chief Halcrow. Chief Shade swears that, in addition to receiving the *Corbiere* December 9, 1999 news release, he attended the meeting where the Honourable Robert Nault promised to consult the First Nations. Minister Nault personally assured Grand Chief Shade that the Chiefs, as leaders, would be included in consultations with respect to the proposed amendments to the Regulations. Grand Chief Shade indicates in his affidavit that neither he nor his Band was meaningfully consulted in the amendment process, and had no input with respect to the draft amendments.

[51] Grand Chief Shade expresses the identical concern about mail-in ballots, phone-in nominations, and the compilation of voter lists.

[52] Treaty No. 7 is not in evidence through the affidavit of Grand Chief Shade. There is also no evidence of practice, tradition, or custom to support the contention that Treaty No. 7 members have a treaty, Aboriginal, or inherent right to be consulted by the federal government and the Governor in Council when amendments are made to the regulations enacted pursuant to the *Indian Act*.

[53] Grand Chief Gadwa's affidavit is very similar to those of Grand Chief Halcrow and Grand Chief Shade. He swears that the consultation process and timelines imposed by the federal government resulted in no meaningful consultation between the federal government and Treaty No. 6 members with respect to the amendments to the Regulations.

[54] As the Supreme Court of Canada noted in *Van der Peet*, *supra*, at paragraph 69:

Courts considering a claim to the existence of an aboriginal right must focus specifically on the practices, customs and traditions of the particular aboriginal group claiming the right. In the case of *Kruger*, *supra*, this Court rejected the notion that claims to aboriginal rights could be determined on a general basis. This position is correct; the existence of an aboriginal right will depend entirely on the practices, customs and traditions of the particular aboriginal community claiming the

[50] Le contenu de l'affidavit du grand chef Chris Shade est semblable à celui du grand chef Halcrow. Le chef Shade affirme sous serment qu'après avoir reçu le communiqué de presse sur l'arrêt *Corbiere* publié le 9 décembre 1999, il a assisté à une réunion au cours de laquelle l'honorable Robert Nault a promis de consulter les Premières nations. Le ministre Nault a personnellement affirmé au grand chef Shade que les chefs, en tant que dirigeants, seraient consultés au sujet des projets de modification des Règlements. Le grand chef Shade mentionne dans son affidavit que ni lui ni sa bande n'ont été véritablement consultés au cours du processus de modification et qu'ils n'ont aucunement participé à l'élaboration des projets de modifications.

[51] Le grand chef Shade exprime les mêmes préoccupations au sujet du vote postal, des nominations par téléphone et de l'établissement de la liste électorale.

[52] Le Traité n° 7 n'a pas été déposé en preuve dans l'affidavit du grand chef Shade. Il n'existe aucune preuve démontrant l'existence d'une pratique, tradition ou coutume qui permettrait de soutenir que les membres du Traité n° 7 ont un droit inhérent, ancestral ou issu de traité d'être consultés par le gouvernement fédéral et le gouverneur en conseil lorsque ces derniers adoptent des modifications aux règlements pris aux termes de la *Loi sur les Indiens*.

[53] L'affidavit du grand chef Gadwa est très semblable à ceux des grands chefs Halcrow et Shade. Il déclare sous serment que le processus de consultation et les délais imposés par le gouvernement fédéral ont fait en sorte qu'il n'y a pas eu de véritables consultations entre le gouvernement fédéral et les membres du Traité n° 6 au sujet de la modification des Règlements.

[54] Comme la Cour suprême du Canada l'a noté dans *Van der Peet*, précité, au paragraphe 69:

Le tribunal saisi d'une revendication fondée sur l'existence d'un droit ancestral doit s'attacher spécifiquement à l'examen des coutumes, pratiques et traditions du groupe autochtone qui revendique ce droit. Dans *Kruger*, précité, notre Cour a rejeté l'idée que les revendications de droits ancestraux pouvaient être tranchées de manière générale. Cette position est bien fondée. L'existence d'un droit ancestral dépend entièrement des coutumes, pratiques et traditions de la collectivité

right. As has already been suggested, aboriginal rights are constitutional rights, but that does not negate the central fact that the interests aboriginal rights are intended to protect relate to the specific history of the group claiming the right. Aboriginal rights are not general and universal; their scope and content must be determined on a case-by-case basis. The fact that one group of aboriginal people has an aboriginal right to do a particular thing will not be, without something more, sufficient to demonstrate that another aboriginal community has the same aboriginal right. The existence of the right will be specific to each aboriginal community.

[55] In the present case, the applicants have failed to meet the onus upon them to adduce evidence which would allow the Court to determine whether these Aboriginal communities have an Aboriginal right which was infringed by the manner in which the Regulations were enacted.

(C) Fiduciary Duty

[56] In *Wewaykum Indian Band v. Canada*, [2002] 4 S.C.R. 245, at paragraphs 78 and 79, the Supreme Court of Canada considered the *sui generis* fiduciary duty owed by the federal Crown. The Court noted that in *Sparrow*, the *sui generis* fiduciary duty recognized in *Guerin* was expanded to include protection of Aboriginal and treaty rights within subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. The Court further noted that in *Ross River Dena Council Band v. Canada*, [2002] 2 S.C.R. 816 it was accepted that potential relief by way of fiduciary remedies is not limited to situations analogous to those recognized in *Sparrow* and *Guerin*, but that the fiduciary duty “where it exists, is called into existence to facilitate supervision of the high degree of discretionary control gradually assumed by the Crown over the lives of Aboriginal peoples”.

[57] Notwithstanding the scope of the fiduciary duty owed by the Crown, the Supreme Court took care in *Wewaykum* to state that the Crown’s fiduciary duty does not exist at large, but rather exists in relation to specific Indian interests. The duty does not, in the words of the Court [at paragraph 81], exist “as a source of plenary

autochtone qui revendique le droit. Comme il a été dit plus tôt, même si les droits ancestraux sont des droits constitutionnels, cela n’enlève rien au fait capital que les intérêts que les droits ancestraux sont censés protéger se rapportent à l’histoire spécifique du groupe qui revendique le droit. Les droits ancestraux n’ont pas un caractère général et universel. Leur portée et leur contenu doivent être déterminés au cas par cas. Le fait qu’un groupe autochtone possède le droit ancestral de faire une chose donnée ne permet pas, à lui seul, d’établir qu’une autre collectivité autochtone a le même droit. L’existence du droit en question dépendra de la situation spécifique de chaque collectivité autochtone.

[55] En l’espèce, les demandeurs ne se sont pas acquittés du fardeau de présenter des preuves qui permettraient à la Cour de déterminer si les collectivités autochtones en question possèdent un droit ancestral auquel le processus d’adoption des règlements a porté atteinte.

(C) Le devoir de fiduciaire

[56] Dans *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, [2002] 4 R.C.S. 245, aux paragraphes 78 et 79, la Cour suprême du Canada a examiné le devoir fiduciaire *sui generis* qui incombe à la Couronne fédérale. La Cour a noté que dans *Sparrow*, la portée de la notion d’obligation de fiduciaire *sui generis* énoncée dans *Guerin* avait été élargie à la protection des droits existants—ancestraux et issus de traités—des peuples autochtones au sens du paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La Cour a ensuite noté que dans l’arrêt *Conseil de la bande dénée de Ross River c. Canada*, [2002] 2 R.C.S. 816, la Cour avait reconnu que la réparation fondée sur l’existence d’une obligation fiduciaire n’était pas limitée aux situations comparables à celles qui ont été reconnues dans les arrêts *Sparrow* et *Guerin*, mais que «[l]orsqu’elle existe, l’obligation de fiduciaire vise à faciliter le contrôle de l’exercice par la Couronne de l’autorité et des pouvoirs discrétionnaires considérables qu’elle a graduellement assumés à l’égard de divers aspects de la vie des peuples autochtones».

[57] Malgré l’étendue de l’obligation de fiduciaire assumée par la Couronne, la Cour suprême a pris soin de déclarer dans *Wewaykum* que l’obligation de fiduciaire de la Couronne ne pouvait exister seule mais uniquement en rapport avec des droits précis des Indiens. Cette obligation n’impose donc pas, pour reprendre les termes

Crown liability covering all aspects of the Crown-Indian band relationship”.

[58] In order to determine whether a fiduciary obligation exists in any particular case, a reviewing court is to consider the asserted obligation and then consider whether the Crown has assumed discretionary control in relation to that obligation in a fashion which grounds a fiduciary obligation. This was expressed in the following way by Mr. Justice Binnie writing for the Court at paragraphs 82, 83 and 85 in *Wewaykum*:

Since *Guerin*, Canadian courts have experienced a flood of “fiduciary duty” claims by Indian bands across a whole spectrum of possible complaints, for example:

(i) to structure elections (*Batchewana Indian Band (Non-resident members) v. Batchewana Indian Band*, [1997] 1 F.C. 689 (C.A.), at para. 60; subsequently dealt with in this Court on other grounds);

(ii) to require the provision of social services (*Southeast Child & Family Services v. Canada (Attorney General)*, [1997] 9 W.W.R. 236 (Man. Q.B.));

(iii) to rewrite negotiated provisions (*B.C. Native Women's Society v. Canada*, [2000] 1 F.C. 304 (T.D.));

(iv) to cover moving expenses (*Paul v. Kingsclear Indian Band* (1997), 137 F.T.R. 275); *Mentuck v. Canada*, [1986] 3 F.C. 249 (T.D.); *Deer v. Mohawk Council of Kahnawake*, [1991] 2 F.C. 18 (T.D.));

(v) to suppress public access to information about band affairs (*Chippewas of the Nawash First Nation v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)* (1996), 116 F.T.R. 37, aff'd (1999), 251 N.R. 220 (F.C.A.); *Montana Band of Indians v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1989] 1 F.C. 143 (T.D.); *Timiskaming Indian Band v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)* (1997), 132 F.T.R. 106);

(vi) to require legal aid funding (*Ominayak v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)*, [1987] 3 F.C. 174 (T.D.));

(vii) to compel registration of individuals under the *Indian Act* (rejected in *Tuplin v. Canada (Indian and Northern Affairs)*

de la Cour [au paragraphe 81], «à la Couronne une responsabilité totale à l'égard de tous les aspects des rapports entre la Couronne et les bandes indiennes».

[58] Pour déterminer s'il existe une obligation de fiduciaire dans un cas particulier, le tribunal doit examiner l'obligation invoquée et considérer ensuite si la Couronne a exercé un contrôle discrétionnaire à l'égard de cette obligation, d'une façon qui donne naissance à une obligation de fiduciaire. C'est ce qu'a exprimé de la façon suivante le juge Binnie, parlant au nom de la Cour, aux paragraphes 82, 83 et 85 de *Wewaykum*:

Depuis l'arrêt *Guerin*, les tribunaux canadiens sont inondés de demandes de tous ordres présentées par des bandes indiennes et fondées sur l'«obligation de fiduciaire», par exemple:

(i) action en matière de règles électorales (*Bande indienne de Batchewana (membres non-résidents) c. Bande indienne de Batchewana*, [1997] 1 C.F. 689 (C.A.), par. 60, examinée plus tard par notre Cour sur d'autres fondements);

(ii) action concernant la fourniture de services sociaux (*Southeast Child & Family Services c. Canada (Attorney General)* (1997), 9 W.W.R. 236 (B.R. Man.));

(iii) action en modification de dispositions négociées (*B.C. Native Women's Society c. Canada*, [2000] 1 C.F. 304 (1^{re} inst.));

(iv) demandes d'indemnisation de frais de déménagement (*Paul c. Kingsclear Indian Band* (1997), 137 F.T.R. 275); *Mentuck c. Canada*, [1986] 3 C.F. 249 (1^{re} inst.); *Deer c. Conseil Mohawk de Kahnawake*, [1991] 2 C.F. 18 (1^{re} inst.));

(v) action visant à interdire l'accès par le public aux renseignements concernant les affaires des bandes (*Première nation Chippewas de Nawash c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1996] A.C.F. n° 991 (QL) (1^{re} inst.), conf. par [1997] A.C.F. n° 1822 (QL), (C.A.); *Bande indienne de Montana c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1989] 1 C.F. 143 (1^{re} inst.); *Bande indienne de Témiscamingue c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1997] A.C.F. n° 676 (QL) (1^{re} inst.));

(vi) action relative au financement de procédures judiciaires (*Ominayak c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1987] 3 C.F. 174 (1^{re} inst.));

(vii) demande visant à contraindre l'inscription de certaines personnes sous le régime de la *Loi sur les Indiens* (rejetée dans

(2001), 207 Nfld. & P.E.I.R. 292 (P.E.I.T.D.);

(viii) to invalidate a consent signed by an Indian mother to the adoption of her child (rejected in *G. (A.P.) v. A. (K.H.)* (1994), 120 D.L.R. (4th) 511 (Alta. Q.B.)).

I offer no comment about the correctness of the disposition of these particular cases on the facts, none of which are before us for decision, but I think it desirable for the Court to affirm the principle, already mentioned, that not all obligations existing between the parties to a fiduciary relationship are themselves fiduciary in nature (*Lac Minerals, supra*, at p. 597), and that this principle applies to the relationship between the Crown and Aboriginal peoples. It is necessary, then, to focus on the particular obligation or interest that is the subject matter of the particular dispute and whether or not the Crown had assumed discretionary control in relation thereto sufficient to ground a fiduciary obligation.

...

I do not suggest that the existence of a public law duty necessarily excludes the creation of a fiduciary relationship. The latter, however, depends on identification of a cognizable Indian interest, and the Crown's undertaking of discretionary control in relation thereto in a way that invokes responsibility "in the nature of a private law duty", as discussed below.

[59] Turning again to the application of those principles to the evidence before me, the applicants assert in their written argument that:

22. The roots of the obligation to consult lie in the trust-like relationship which exists between the Crown and the Aboriginal peoples. This relationship is usually expressed as a fiduciary duty owed by both the federal and Provincial Crown to the Aboriginal people, and grounds a general guiding principle of section 35 of the *Constitution Act, 1982*. It would be contrary to that principle to interpret s.35(1) to mean that before an Aboriginal or treaty right could be recognized and affirmed, it had to be made the subject of legal proceedings.

R. v. Sparrow, [1990] 1 S.C.R. 1075 [Tab 17]

Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests), [2002] 2 C.N.L.R. 121

Tuplin c. Canada (Indian and Northern Affairs) (2001), 207 Nfld. & P.E.I.R. 292 (C.S. Î.-P.-É. 1^{re} inst.);

(viii) demande d'invalidation de consentement écrit signé par une mère autochtone relativement à l'adoption de son enfant (rejetée dans *G. (A.P.) c. A. (K.H.)* (1994), 120 D.L.R. (4th) 511 (B.R. Alb.)).

Je ne ferai aucun commentaire sur le bien-fondé, eu égard aux faits qui leur sont propres, des décisions rendues dans les affaires susmentionnées, dont aucune ne fait actuellement l'objet d'un pourvoi devant nous, mais il convient selon moi que la Cour confirme le principe, mentionné plus tôt, selon lequel les obligations liant des parties ayant des rapports fiduciaires n'ont pas toutes un caractère fiduciaire (*Lac Minerals*, précité, p. 597), et que ce principe s'applique aux rapports entre la Couronne et les peuples autochtones. Par conséquent, il est nécessaire de s'attacher à l'obligation ou droit particulier qui est l'objet du différend et de se demander si la Couronne exerçait ou non à cet égard un pouvoir discrétionnaire suffisant pour faire naître une obligation de fiduciaire.

[. . .]

Je ne prétends pas que l'existence d'une obligation de droit public exclut nécessairement la création de rapports fiduciaires. Toutefois, pour que naissent de tels rapports, il faut qu'il existe un droit indien identifiable et que la Couronne exerce, à l'égard de ce droit, des pouvoirs discrétionnaires d'une manière entraînant une responsabilité «de la nature d'une obligation de droit privé», comme nous le verrons plus loin.

[59] Je reviens à l'application de ces principes aux preuves qui m'ont été présentées; les demandeurs affirment ce qui suit dans leurs plaidoiries écrites:

22. La source de l'obligation de consulter est la relation quasi fiduciaire qui existe entre la Couronne et les peuples autochtones. Cette relation est habituellement qualifiée de devoir de fiduciaire qui incombe à la Couronne fédérale et à la Couronne provinciale envers les peuples autochtones et qui constitue le principe directeur général gouvernant l'application de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il serait contraire à ce principe d'interpréter le par. 35(1) comme s'il exigeait qu'avant de pouvoir reconnaître et confirmer un droit ancestral ou issu de traité, il fallait l'invoquer dans le cadre d'une instance judiciaire.

R. c. Sparrow, [1990] 1 R.C.S. 1075 [onglet 17]

Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests), [2002] 2 C.N.L.R. 121

23. The fiduciary duty of the Crown, federal or provincial, is a duty to behave towards the Indian people with utmost good faith and put the interests of the Indian people under protection of the Crown.

Guerin v. The Queen, [1984] 2 S.C.R. 335

Halfway River First Nation v. British Columbia (Minister of Forests) (1999), 178 D.L.R. (4th) 666 (B.C.C.A.)

Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests) [2002] B.C.J. No. 1882

[60] In oral argument, in response to the question “what gives rise to a fiduciary obligation to consult?” counsel for the applicants responded that “[t]he fiduciary duty to consult is simply because there is a constitutional right to governance and land. This impacts First Nations”.

[61] Reliance was placed upon the observation of Chief Justice Lamer in *Delgamuukw* at paragraph 168 that “[t]here is always a duty of consultation”.

[62] With respect, however, the submissions appear to impermissibly assert a fiduciary duty at large. Chief Justice Lamer’s remark in *Delgamuukw* cannot be taken out of its context. In *Delgamuukw* there was an existing Aboriginal title and one issue was the test for justification of an infringement of that title. After noting that Aboriginal title encompasses a right to choose to what ends a piece of land could be put, Chief Justice Lamer wrote [at paragraph 168]:

This aspect of aboriginal title suggests that the fiduciary relationship between the Crown and aboriginal peoples may be satisfied by the involvement of aboriginal peoples in decisions taken with respect to their lands. There is always a duty of consultation. Whether the aboriginal group has been consulted is relevant to determining whether the infringement of aboriginal title is justified, in the same way that the Crown’s failure to consult an aboriginal group with respect to the terms by which reserve land is leased may breach its fiduciary duty at common law: *Guerin*. The nature and scope of the duty of consultation will vary with the circumstances. [Underlining added.]

23. L’obligation de fiduciaire de la Couronne, fédérale ou provinciale, est une obligation qui exige qu’elle se comporte avec la plus entière bonne foi à l’égard des Indiens et qu’elle place les intérêts des Indiens sous la protection de la Couronne.

Guerin c. La Reine, [1984] 2 R.C.S. 335

Halfway River First Nation v. British Columbia (Minister of Forests) (1999), 178 D.L.R. (4th) 666 (C.A. C.-B.)

Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests) [2002] B.C.J. No. 1882

[60] Au cours des plaidoiries, en réponse à la question «Quel est l’élément qui donne naissance à l’obligation fiduciaire de procéder à des consultations?», l’avocat des demandeurs a répondu: «L’obligation fiduciaire de procéder à des consultations découle simplement du droit constitutionnel à se gouverner et à posséder des terres. Cela touche les Premières nations».

[61] La remarque du juge en chef Lamer dans *Delgamuukw* au paragraphe 168 selon laquelle «Il y a toujours obligation de consultation» a été citée.

[62] J’estime néanmoins que ces arguments semblent être fondés sur une obligation de fiduciaire générale, ce qui n’est pas possible. Il ne faut pas sortir de son contexte l’observation qu’a faite le juge en chef Lamer dans *Delgamuukw*. Dans cette affaire, il s’agissait d’un titre aborigène existant et une des questions portait sur le critère permettant de justifier une atteinte à ce titre. Après avoir noté que le titre aborigène comprend le droit de choisir les utilisations qui peuvent être faites d’une parcelle de territoire, le juge en chef Lamer a déclaré [au paragraphe 168]:

Cet aspect du titre aborigène indique qu’il est possible de respecter les rapports de fiduciaire entre la Couronne et les peuples autochtones en faisant participer les peuples autochtones à la prise des décisions concernant leurs terres. Il y a toujours obligation de consultation. La question de savoir si un groupe autochtone a été consulté est pertinente pour décider si l’atteinte au titre aborigène est justifiée, au même titre que le fait pour la Couronne de ne pas consulter un groupe autochtone au sujet des conditions auxquelles des terres d’une réserve sont cédées à bail peut constituer un manquement à l’obligation de fiduciaire de celle-ci en common law: *Guerin*. La nature et l’étendue de l’obligation de consultation dépendront des circonstances. [Nos soulignés.]

[63] The point to be made was that consultation is required where an existing Aboriginal right is infringed in order to determine if such infringement was justified. Similarly, where a fiduciary duty exists, a failure to consult may breach that duty.

[64] In *Guerin*, the Court recognized that the existence of a public law duty is not mutually exclusive to undertaking, in the discharge of the public law duty, an obligation in the nature of a private law duty. Mr. Justice Dickson, as he then was, explained this as follows at page 385:

It should be noted that fiduciary duties generally arise only with regard to obligations originating in a private law context. Public law duties, the performance of which requires the exercise of discretion, do not typically give rise to a fiduciary relationship. As the “political trust” cases indicate, the Crown is not normally viewed as a fiduciary in the exercise of its legislative or administrative function. The mere fact, however, that it is the Crown which is obligated to act on the Indians’ behalf does not of itself remove the Crown’s obligation from the scope of the fiduciary principle. As was pointed out earlier, the Indians’ interest in land is an independent legal interest. It is not a creation of either the legislative or executive branches of government. The Crown’s obligation to the Indians with respect to that interest is therefore not a public law duty. While it is not a private law duty in the strict sense either, it is nonetheless in the nature of a private law duty. Therefore, in this *sui generis* relationship, it is not improper to regard the Crown as a fiduciary.

[65] This explains the requirement in *Wewaykum* that the Crown must undertake discretionary control over the interest at issue in a way that invokes responsibility in the nature of a private law duty.

[66] Turning now to the requirement in *Wewaykum* that there be a particular obligation or interest and the assumption by the Crown of discretionary control in relation thereto, in response to the question as to what the specific interest or obligation was said to be, counsel

[63] Il y a lieu de faire remarquer que la consultation est obligatoire lorsqu’une atteinte a été portée à un droit ancestral existant et qu’il s’agit de déterminer si cette atteinte était justifiée. Parallèlement, lorsqu’il y a une obligation de fiduciaire, l’omission de procéder à des consultations peut constituer une violation de cette obligation.

[64] Dans *Guerin*, la Cour a reconnu que l’existence d’une obligation de droit public n’exclut pas l’existence d’une obligation de droit privé pour ce qui est de l’exécution de l’obligation de droit public. Le juge Dickson, tel était alors son titre, s’est expliqué à ce sujet de la façon suivante à la page 385:

Il nous faut remarquer que, de façon générale, il n’existe d’obligations de fiduciaire que dans le cas d’obligations prenant naissance dans un contexte de droit privé. Les obligations de droit public dont l’acquiescement nécessite l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire ne créent normalement aucun rapport fiduciaire. Comme il se dégage d’ailleurs des décisions portant sur les «fiducies politiques», on ne prête pas généralement à Sa Majesté la qualité de fiduciaire lorsque celle-ci exerce ses fonctions législatives ou administratives. Cependant, ce n’est pas parce que c’est à Sa Majesté qu’incombe l’obligation d’agir pour le compte des Indiens que cette obligation échappe à la portée du principe fiduciaire. Comme nous l’avons souligné plus haut, le droit des Indiens sur leurs terres a une existence juridique indépendante. Il ne doit son existence ni au pouvoir législatif ni au pouvoir exécutif. L’obligation qu’a Sa Majesté envers les Indiens en ce qui concerne ce droit n’est donc pas une obligation de droit public. Bien qu’il ne s’agisse pas non plus d’une obligation de droit privé au sens strict, elle tient néanmoins de la nature d’une obligation de droit privé. En conséquence, on peut à bon droit, dans le contexte de ce rapport *sui generis*, considérer Sa Majesté comme un fiduciaire.

[65] Cela explique que la Cour ait déclaré dans *Wewaykum* que la Couronne devait exercer, à l’égard d’un tel droit, ses pouvoirs discrétionnaires d’une manière entraînant une responsabilité de la nature d’une obligation de droit privé.

[66] J’en viens maintenant à la condition énoncée dans l’arrêt *Wewaykum*, selon laquelle il doit exister une obligation ou un droit particulier et la Couronne doit exercer des pouvoirs discrétionnaires à l’égard de ce droit; en réponse à une question portant sur la nature du

for the applicants responded:

I believe in the affidavits of the three grand chiefs, they discuss the phone-in, mail-in, and the membership lists so that matters of consultation dealt with a variety of subjects, some of which, again, were highlighted by Madam Justice L'Heureux-Dubé. And the failing of the consultation and the fiduciary duty was that there wasn't a meeting of the minds in terms of Treaty 6, 7, and 8 on specifically what those amendments would entail to change the election and referendum regulations as they then sat.

[67] It seems to me that the interest asserted by the applicants is an interest in the content of the Regulations, as the content of those Regulations touched upon allowing band members who lived off-reserve to vote in elections and referenda. Having articulated that interest, the analysis then turns to whether in respect of the process of amending the Regulations, the Crown undertook discretionary control in a way that invokes responsibility in the nature of a private law duty.

[68] There was no historic evidence before the Court as to the circumstances surrounding the proclamation of the original regulations, or the circumstances surrounding any other amendments to the regulations. There was no historic evidence adduced at all.

[69] It is conceded by the applicants that the proclamation of regulations is a public law duty. As such, as a matter of law, the Crown is subject to supervision by the courts through the exercise of public law remedies. For example, regulations may be challenged on the basis that they are *ultra vires* the jurisdiction of the maker, or inconsistent with a provision of the Constitution.

[70] Given the public law nature of the duty here being exercised by the Governor in Council and the absence of any evidence of the degree of discretionary control assumed in the past, I find that there is no basis in the evidence before me from which I am able to conclude that in amending the Regulations in light of the decision of the Supreme Court in *Corbiere*, the Governor in

droit ou de l'obligation particulière en jeu, l'avocat des demandeurs a répondu:

[TRADUCTION] Je pense que dans les affidavits des trois grands chefs, ils parlent de téléphone, de courrier, et de listes des membres de sorte que les sujets de consultation étaient très divers, certains ayant d'ailleurs été mentionnés par M^{me} le juge L'Heureux-Dubé. L'omission de procéder à des consultations et l'obligation de fiduciaire font qu'il n'y a pas eu une véritable entente pour ce qui est des Traités n^{os} 6, 7 et 8 sur la nature exacte des modifications visant à changer les règlements sur les élections et les référendums en vigueur à cette époque.

[67] Il me semble que le droit invoqué par les demandeurs est un droit concernant le contenu des Règlements, étant donné que le contenu de ces Règlements visait à autoriser les membres de la bande vivant à l'extérieur de la réserve à voter aux élections et aux référendums. Une fois ce droit qualifié, il faut ensuite analyser si la Couronne a exercé des pouvoirs discrétionnaires d'une manière qui entraîne une responsabilité de la nature d'une obligation de droit privé, lorsqu'elle a procédé à la modification de ces Règlements.

[68] Aucune preuve historique n'a été présentée à la Cour au sujet des circonstances ayant entouré l'entrée en vigueur des règlements originaux, ni au sujet des circonstances ayant entouré les autres modifications apportées aux règlements. Aucune preuve portant sur les aspects historiques n'a été présentée.

[69] Les demandeurs reconnaissent que l'adoption de ces règlements correspond à une obligation de droit public. À ce titre, la Couronne est, en droit, soumise à la surveillance des tribunaux au moyen des recours de droit public. Par exemple, il est possible de contester les règlements en soutenant qu'ils excèdent les pouvoirs de l'autorité qui les a adoptés ou qu'ils sont incompatibles avec une disposition de la Constitution.

[70] Compte tenu de la nature de droit public de l'obligation qui est exercé ici par le gouverneur en conseil et de l'absence de preuve précisant le degré de contrôle discrétionnaire assumé antérieurement, je constate qu'il n'existe aucune preuve me permettant de conclure que, lorsque le gouverneur en conseil a modifié les Règlements pour tenir compte de l'arrêt *Corbiere* de

Council exercised a discretion in a way that invokes responsibility “in the nature of a private law duty”. As Madam Justice Simpson of this Court observed in *Squamish Indian Band v. Canada* (2000), 207 F.T.R. 1 (F.C.T.D.), at paragraph 521:

It cannot be the case that each time legislation gives the Crown discretion to act, a Private Law Fiduciary Duty or even a *sui generis* fiduciary duty applies. This must be so because, in matters of public law, there will generally not be a reasonable expectation that the Crown is acting for the sole benefit of the party affected by the legislation. For this reason, it is my conclusion that, in matters of public law, discretion and vulnerability can exist without triggering a fiduciary standard. There would have to be special circumstances, other than those created by the legislation, to justify the imposition of a fiduciary duty on the Crown.

[71] Accordingly, I conclude that the applicants failed to establish the fiduciary obligation to consult that they assert. A different conclusion might be reached on a different evidentiary record.

[72] If I am wrong in this conclusion, and there was a fiduciary obligation to consult with the applicants, I will consider briefly whether a breach of that duty has been established.

[73] I begin from the premise that not all fiduciary obligations are identical. The content of the duty will vary with the nature and importance of the interest to be protected. This has been noted to be particularly important where the fiduciary is the government and where it may owe fiduciary obligations to a number of entities whose interests may not coincide, and whose interests may in fact be opposed.

[74] In order to determine the content of the fiduciary duty, should it exist in the present circumstance, I note that the Governor in Council was carrying out its regulation-making powers specifically conferred by subsection 76(1) of the Act. At issue was the need to balance the rights of both on-reserve and off-reserve band members in elections, in accordance with the

la Cour suprême, il a exercé un pouvoir discrétionnaire d’une façon qui met en jeu une responsabilité «de la nature d’une obligation de droit public». Comme M^{me} le juge Simpson de notre Cour l’a fait remarquer dans l’arrêt *Bande indienne de Squamish c. Canada* (2000), 207 F.T.R. 1 (C.F. 1^{re} inst.), au paragraphe 521:

Chaque fois qu’une loi confère à la Couronne le pouvoir discrétionnaire d’agir, il n’en résulte pas toujours une obligation fiduciaire de droit privé ou même une obligation fiduciaire *sui generis*. Il doit en être ainsi parce que, dans les affaires de droit public, il n’existe généralement aucune attente raisonnable que la Couronne agisse au seul profit de la personne touchée par la législation. Pour ce motif, je conclus que dans les affaires de droit public, le pouvoir discrétionnaire et la vulnérabilité peuvent exister sans imposer au fiduciaire une norme de conduite. Il doit y avoir des circonstances particulières, à part celles qui sont créées par la législation, pour que l’imposition d’une obligation fiduciaire à la Couronne soit justifiée.

[71] Par conséquent, je conclus que les demandeurs n’ont pas établi l’existence d’une obligation fiduciaire en matière de consultation, comme ils le soutiennent. La Cour aurait pu en arriver à une conclusion différente si le dossier avait contenu des preuves différentes.

[72] Si ma conclusion est erronée et qu’il existait bien une obligation de fiduciaire de consulter les demandeurs, je vais examiner rapidement la question de savoir s’il a été démontré qu’il y avait eu violation de cette obligation.

[73] Je pars du principe que les obligations fiduciaires ne sont pas toutes semblables. Le contenu de l’obligation varie selon la nature et l’importance du droit à protéger. L’importance particulière de cet aspect a été signalé lorsque le fiduciaire est le gouvernement et lorsque celui-ci assume des obligations de fiduciaire envers un certain nombre d’entités dont les intérêts ne coïncident pas toujours et qui peuvent même parfois être opposés.

[74] Pour déterminer le contenu de l’obligation de fiduciaire, dans le cas où une telle obligation existerait en l’espèce, je note que le gouverneur en conseil a exercé les pouvoirs réglementaires qui lui sont expressément attribués par le paragraphe 76(1) de la Loi. Il s’agissait de concilier les droits en matière d’élections des membres des bandes vivant dans les réserves avec ceux

decision of the Supreme Court of Canada in *Corbiere*.

[75] By analogy with *Wewaykum*, I conclude that in that circumstance, the imposition of a fiduciary duty would attach obligations of loyalty, good faith, full-disclosure appropriate to the matter at hand, reasonable diligence, impartiality between the interests of those to whom the duty is owed, and acting with a view to the best interest of the beneficiaries.

[76] As to whether that duty was met, the evidence establishes that:

(i) The government gave notice by letter dated July 16, 1999 to all First Nations, and to other Aboriginal groups, informing them of the *Corbiere* decision, stating it was vital that First Nations and the Government of Canada work together to determine the full implications of the ruling and to find the best way to implement the decision, and expressing the commitment of the Government of Canada to work in partnership and consultation with First Nations.

(ii) In the time available the Government took steps to inform itself of the views of the affected parties. Funding was provided to four national Aboriginal organizations to conduct consultations and to report back, and regional DIAND offices were engaged to conduct consultation at a more grassroots level. The TWG was formed to supplement the national and regional consultations.

(iii) The Minimum Requirements Paper was prepared by the TWG and distributed as a discussion paper to promote further feedback. The document listed a number of specific respects in which the existing regulations should be amended. The document concluded by stating it was drafted with the intention of providing stakeholders with an opportunity to focus the discussion on amendments to the Regulations. Each applicant received a copy of this document.

(iv) Draft regulations were prepared on the basis of the consultation reports received by the Government and

des membres vivant hors des réserves, conformément à l'arrêt *Corbiere* de la Cour suprême du Canada.

[75] Par analogie avec *Wewaykum*, je conclus qu'en l'espèce, l'imposition d'une obligation de fiduciaire entraîne des obligations de loyauté, de bonne foi, de divulgation intégrale des éléments en jeu, de diligence raisonnable, d'impartialité entre les intérêts des créanciers de l'obligation et enfin le devoir d'agir dans l'intérêt des bénéficiaires.

[76] Pour ce qui est de savoir si cette obligation a été respectée, les preuves indiquent ce qui suit:

(i) Le gouvernement a, dans une lettre datée du 16 juillet 1999, informé toutes les Premières nations et tous les groupes autochtones de l'arrêt *Corbiere*, et il a déclaré qu'il était essentiel que les Premières nations et le gouvernement du Canada collaborent en vue d'examiner toutes les implications de jugement et de trouver la meilleure façon de mettre en œuvre la décision; le gouvernement du Canada s'engageait également à travailler en partenariat et en consultation avec les Premières nations.

(ii) Le gouvernement a pris des mesures, dans le délai dont il disposait, pour prendre connaissance des points de vue des parties concernées. Il a attribué des fonds à quatre organismes autochtones nationaux pour qu'ils procèdent à des consultations et fassent rapport; les bureaux régionaux du MAINC ont été chargés d'effectuer des consultations au niveau local. Il a constitué le GTT qui était chargé de compléter les consultations nationales et régionales.

(iii) L'Étude sur les exigences minimales a été préparée par le GTT et distribuée, à titre de document de discussion, dans le but de susciter d'autres commentaires. Le document énumérait un certain nombre de points précis sur lesquels les règlements en vigueur devaient être modifiés. Le document mentionnait en conclusion qu'il avait été rédigé dans l'intention de fournir aux intéressés la possibilité de centrer la discussion sur le projet de modification des Règlements. Tous les demandeurs ont reçu une copie de ce document.

(iv) Des projets de règlements ont été préparés en se fondant sur les rapports de consultation reçus par le

upon the Minimum Requirements Paper.

(v) A clause-by-clause review of the draft *Indian Band Election Regulations* was conducted with representatives of three national Aboriginal organizations on August 28 and 29, 2000.

(vi) The draft regulations were pre-published for comment and were faxed to First Nations across the country. Each applicant was sent a copy.

(vii) A clause-by-clause review of the *Indian Referendum Regulations* was conducted on September 18 and 19, 2000 with the First Nations Land Manager's Association, individual First Nations and representatives from national organizations.

(viii) The Crown made changes to the proposed regulations following the clause-by-clause review on August 28 and 29; following the receipt of comments on the pre-published Regulations; following the clause-by-clause review of the *Indian Referendum Regulations*; and following an electoral officer's training session held during the week of September 18, 2000.

[77] In so acting, the Crown provided notice that it intended to amend the existing regulations, gathered and shared relevant information, funded and afforded an opportunity for consultations, and made changes to the proposed regulations based on information obtained through consultations. The Crown was operating within the 18-month period of suspension ordered by the Supreme Court of Canada and this was the first-stage of a two-stage process.

[78] If a fiduciary obligation to consult existed, I find that in so acting the Crown's conduct complied with the obligations imposed upon it.

(D) Conclusion on the duty to consult

[79] For the reasons set out above, I have concluded that the applicants have not established that the Crown

gouvernement et sur l'étude sur les conditions minimales.

(v) Le représentant des trois organismes autochtones nationaux ont participé à l'étude article par article du projet de *Règlement sur les élections au sein des bandes d'Indiens* les 28 et 29 août 2000.

(vi) Les projets de règlements ont été publiés au préalable pour commentaires et ont été transmis par télécopie aux Premières nations du Canada. Tous les demandeurs ont reçu une copie.

(vii) Les représentants de la First Nations Land Manager's Association, de certaines Premières nations et d'organisations nationales ont participé à l'examen article par article du *Règlement sur les référendums des Indiens*, les 18 et 19 septembre 2000.

(viii) La Couronne a apporté des changements aux projets de règlements à la suite de l'examen article par article effectué les 28 et 29 août, après la réception des commentaires concernant les Règlements ayant fait l'objet d'une publication préalable, après l'examen article par article du *Règlement sur les référendums des Indiens*, et après la session de formation des agents électoraux qui s'est tenue au cours de la semaine du 18 septembre 2000.

[77] La Couronne a ainsi fait connaître aux intéressés le fait qu'elle avait l'intention de modifier les règlements en vigueur, a recueilli et diffusé les éléments pertinents, a financé et effectué des consultations, et a modifié les règlements projetés en se fondant sur les renseignements obtenus grâce aux consultations. La Couronne a pris ces mesures au cours de la période de 18 mois fixée par la Cour suprême du Canada et cela représentait la première étape d'un processus en comprenant deux.

[78] Dans l'hypothèse où la Couronne assumait une obligation de fiduciaire en matière de consultation, je conclus que la façon dont la Couronne a agi dans ce domaine était conforme aux obligations qu'elle assumait.

(D) Conclusion au sujet de l'obligation de consultation

[79] Pour les motifs énumérés ci-dessus, j'en suis arrivée à la conclusion que les demandeurs n'ont pas

owed a legal duty to consult with them. In my view, the case as framed by the applicants asserts a free-standing ground upon which government action may be challenged. Such a free-standing ground is not, in my view, supported by the jurisprudence and was rejected by the Ontario Court of Appeal in *TransCanada Pipelines Ltd. v. Beardmore (Township)* (2000), 186 D.L.R. (4th) 403; October 19, 2000 leave to appeal dismissed, [2000] 2 S.C.R. xiv. Particularly apposite are the comments of the Court at paragraphs 112 and 120 as follows:

In my view, O'Driscoll J. incorrectly applied the concept of the Crown's duty to consult with First Nations in setting aside the restructuring proposal on the ground of loss of jurisdiction. As I will explain, he elevated the Crown's duty to consult with First Nations from merely being one, of several, justifiable requirements to be met by the Crown when a challenge is mounted to a law, or government action, on the ground that it unduly interferes with Aboriginal rights or treaty rights recognized and affirmed by s. 35(1) of the Constitution Act, 1982, to an independent ground on which such a law, or government action, may be challenged.

...

As Lawrence and Macklem point out at p. 262, "in most cases involving the assertion of Aboriginal or treaty rights, the First Nation in question is simultaneously attempting to establish the existence of its rights and prevent interference with those rights by the Crown or a third party". As the decisions of the Supreme Court illustrate, what triggers a consideration of the Crown's duty to consult is a showing by the First Nation of a violation of an existing Aboriginal or treaty right recognized and affirmed by s. 35(1) of the Constitution Act, 1982. It is at this stage of the proceeding that the Crown is required to address whether it has fulfilled its duty to consult with a First Nation if it intends to justify the constitutionality of its action. [Underlining added.]

[80] While the applicants rely upon the decision of the British Columbia Court of Appeal in *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)* (2002), 216 D.L.R. (4th) 1 to argue that "you don't have to prove infringement in the context of these consultation cases", in *Haida* what was at issue was whether there is an

démontré que la Couronne avait l'obligation juridique de les consulter. J'estime que dans leur demande telle que formulée, les demandeurs invoquent un motif indépendant pour contester les mesures prises par le gouvernement. J'estime que ce motif indépendant n'est pas reconnu par la jurisprudence et qu'il a été rejeté par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *TransCanada Pipelines Ltd. v. Beardmore (Township)* (2000), 186 D.L.R. (4th) 403; 19 octobre 2000, autorisation d'appeler refusée, [2000] 2 R.C.S. xiv. Les commentaires qu'a formulés la Cour aux paragraphes 112 et 120 sont particulièrement appropiés:

[TRADUCTION] J'estime que le juge O'Driscoll a mal appliqué la notion d'obligation de consulter les Premières nations qu'avait la Couronne lorsqu'il a annulé le projet de restructuration pour le motif qu'il y avait eu excès de pouvoir. Comme je vais l'expliquer, il a fait de l'obligation qu'avait la Couronne de consulter les Premières nations, une obligation qui ne constituait qu'un des éléments permettant à la Couronne de justifier son action lorsqu'une disposition législative ou une mesure gouvernementale est contestée pour le motif qu'elle porte atteinte à des droits ancestraux ou issus de traités reconnus et confirmés par le par. 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982, un motif indépendant permettant de contester une telle disposition législative ou mesure gouvernementale.

[...]

Comme Lawrence et Macklem le font remarquer à la p. 262, «dans la plupart des affaires où l'on invoque les droits ancestraux ou issus de traités, la Première nation en question tente parallèlement de démontrer l'existence de ses droits et d'empêcher que la Couronne ou une tierce partie leur porte atteinte». Comme l'illustrent les arrêts de la Cour suprême, ce qui déclenche l'examen de l'obligation de consultation assumée par la Couronne, c'est la démonstration par la Première nation qu'il y a eu violation d'un droit existant, ancestral ou issu de traité, reconnu et confirmé par le par. 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982. C'est à cette étape de l'instance que la Couronne est tenue de montrer qu'elle a respecté son obligation de consulter la Première nation si elle souhaite justifier la constitutionnalité de la mesure qu'elle a prise. [Nos soulignés.]

[80] Les demandeurs s'appuient sur l'arrêt qu'a prononcé la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)* (2002), 216 D.L.R. (4th) 1, pour soutenir qu'[TRADUCTION] «il n'est pas nécessaire de prouver qu'il y a eu atteinte dans le contexte de ces

obligation on the Crown to consult with an Aboriginal people, who specifically claim an Aboriginal right, about potential infringements, before the Aboriginal right has been determined by a court of competent jurisdiction. The decision did not, in my view, create a new obligation to consult when Aboriginal title or Aboriginal rights or some other right affirmed by subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982* is not at issue.

(ii) Doctrine of legitimate expectation

[81] The applicants say that through the Minister's pronouncements in the December 9, 1999 news release and speech, the Minister declared a process of procedural fairness that would involve a full and meaningful consultation with the stakeholders. The Minister is said to have acknowledged that he understood his responsibilities and would follow the directions out of the Supreme Court and consult with First Nations members. The applicants say, as a result, that the Minister thereby gave a legitimate expectation of consultation to the applicants that the process would be fair and open to all those reasonably affected by the proposed amendments to the regulations.

[82] In my view, this argument must fail for the following reasons.

[83] First, in *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525 the Supreme Court of Canada characterized the doctrine of legitimate expectation as being part of the rules of procedural fairness which govern administrative bodies, and noted that the rules governing procedural fairness do not apply to a body exercising purely legislative functions. While the Supreme Court had before it a challenge to legislation introduced into the House of Commons, in reaching its conclusion the Court relied upon the comments of Mr. Justice Megarry in *Bates v Lord Hailsham of St Marylebone*, [1972] 3 All ER 1019 (Ch. D.). There, Mr. Justice Megarry wrote at page 1024:

Let me accept that in the sphere of the so-called quasi-judicial the rules of natural justice run, and that in the administrative or

affaires de consultation». Dans l'arrêt *Haida*, la question en litige était de savoir si la Couronne avait l'obligation de consulter un peuple autochtone, qui revendiquait expressément un droit ancestral, au sujet des risques d'atteinte, avant que le tribunal compétent ait reconnu l'existence d'un tel droit ancestral. À mon avis, cette décision n'a pas eu pour effet de créer une nouvelle obligation de consultation lorsqu'un titre aborigène ou des droits ancestraux ou autres reconnus par le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne sont pas en litige.

(ii) La notion d'attente légitime

[81] Les demandeurs affirment que, dans le communiqué de presse et dans le discours qu'il a prononcé le 9 décembre 1999, le ministre s'est engagé à respecter l'équité procédurale et à procéder à des consultations approfondies auprès des intéressés. Ils affirment que le ministre a reconnu qu'il comprenait ses responsabilités et qu'il suivrait les directives fournies par la Cour suprême et consulterait les membres des Premières nations. Les demandeurs affirment que, par conséquent, le ministre a suscité chez eux l'attente légitime d'être consultés selon un processus équitable et ouvert à toutes les personnes directement touchées par le projet de modification des règlements.

[82] J'estime que cet argument ne peut être retenu pour les raisons suivantes.

[83] Tout d'abord, dans le *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, la Cour suprême du Canada a déclaré que la notion d'attente légitime faisait partie des règles d'équité procédurale régissant les organismes administratifs et a noté que les règles en matière d'équité procédurale ne s'appliquaient pas à un organisme exerçant des fonctions purement législatives. La Cour suprême était saisie d'une contestation touchant un projet de loi présenté à la Chambre des communes mais elle a fondé sa conclusion sur les observations du juge Megarry formulées dans *Bates v Lord Hailsham of St Marylebone*, [1972] 3 All ER 1019 (Ch. D.). Dans cette affaire, le juge Megarry a écrit à la page 1024:

[TRADUCTION] Tenons donc pour acquis que dans le domaine de ce qu'on appelle les règles quasi judiciaires de la justice

executive field there is a general duty of fairness. Nevertheless, these considerations do not seem to me to affect the process of legislation, whether primary or delegated. [Underlining added]

[84] This suggests that the conclusion of the Supreme Court of Canada that the rules governing procedural fairness do not apply to the process of legislation extends to delegated legislation.

[85] More recently, the majority of the Federal Court of Appeal expressed serious reservations as to the applicability of the doctrine of legitimate expectation to the Cabinet in the exercise of its regulation-making power. See: *Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*, [2002] 4 F.C. 264 (C.A.), at paragraph 21.

[86] The second reason for rejecting the applicants' arguments with respect to legitimate expectation is that while the legitimate expectation here asserted is said to arise from the conduct of the Minister, the action challenged is that of the Governor in Council in making the Regulations. In *Apotex*, the majority of the Court wrote as follows at paragraph 18:

A minister can make an undertaking having some legal consequences only with respect to a decision which is his, and his alone to make. Absent statutory authority such as that found in subsection 101(2) of the Act or, arguably, absent authority expressly delegated to a minister by the Governor in Council, a minister cannot bind the Governor in Council in the exercise of its regulation-making power. It may be useful to recall that the Governor in Council, as defined by section 35 of the *Interpretation Act*, is "the Governor General of Canada acting by and with the advice of . . . the Queen's Privy Council for Canada", an obvious reference to sections 11, 12 and 13 of the *Constitution Act, 1867*. [Footnotes omitted and underlining added.]

[87] I am bound by this decision, and counsel for the applicants was unable to distinguish it. The Minister could not bind the Governor in Council in the exercise of its regulation-making power. The claim founded upon legitimate expectation must therefore fail.

naturelle et dans le domaine administratif ou exécutif il existe une obligation générale d'agir de façon équitable. Néanmoins, ces considérations ne semblent pas, d'après moi, toucher le processus législatif, qu'il soit primaire ou délégué. [Nos soulignés.]

[84] Il semble possible d'en déduire que l'affirmation de la Cour suprême du Canada selon laquelle les règles de l'équité procédurale ne s'appliquent pas au processus législatif vise également le domaine des règlements.

[85] Plus récemment, la majorité des juges de la Cour d'appel fédérale ont exprimé de sérieuses réserves au sujet de l'applicabilité de la notion d'attente légitime au Cabinet lorsqu'il exerce son pouvoir réglementaire. Voir *Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*, [2002] 4 C.F. 264 (C.A.), au paragraphe 21.

[86] Le deuxième motif pour lequel il convient de rejeter les arguments des demandeurs au sujet de l'attente légitime est que l'attente légitime qui est invoquée ici découle apparemment de la conduite du ministre mais que la mesure contestée est l'adoption de règlements par le gouverneur en conseil. Dans *Apotex*, la majorité de la Cour a déclaré ce qui suit au paragraphe 18:

Un ministre ne peut prendre un engagement ayant certaines conséquences juridiques qu'à l'égard d'une décision qu'il lui appartient de prendre et qu'il appartient à lui seul de prendre. En l'absence d'un pouvoir tel que celui qui est prévu au paragraphe 101(2) de la Loi, ou peut-être en l'absence d'un pouvoir expressément délégué au ministre par le gouverneur en conseil, le ministre ne peut pas lier le gouverneur en conseil dans l'exercice de son pouvoir de réglementation. Il peut être utile de rappeler que le gouverneur en conseil, telle que cette expression est définie à l'article 35 de la *Loi d'interprétation* est «[l]e gouverneur général du Canada agissant sur l'avis [. . .] du Conseil privé de la Reine pour le Canada», ce qui se rapporte de toute évidence aux articles 11, 12 et 13 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. [Notes de bas de page omises et soulignés ajoutés.]

[87] Je suis liée par cette décision et l'avocat des demandeurs n'a pas démontré qu'elle ne s'appliquait pas ici. Le ministre n'a pas le pouvoir de lier le gouverneur en conseil lorsque celui-ci exerce son pouvoir réglementaire. L'argument fondé sur la notion d'attente légitime ne peut donc être retenu.

(iii) The comments of the Supreme Court in *Corbiere*

[88] The applicants argue that the *Corbiere* decision placed a positive duty on the Minister to consult with First Nations peoples in arriving at a reasonable and practical solution to the required amendments to the Regulations in order to be Charter compliant.

[89] I have not been persuaded that the decision of the Supreme Court created an enforceable duty to consult for the following reasons.

[90] First, it was not suggested by the applicants that the Court formally or expressly ordered such consultation. Rather, reliance was placed on certain passages in the Court's reasons for judgment, particularly passages in the reasons of Madam Justice L'Heureux-Dubé writing for herself.

[91] Second, in my view, a proper reading of the reasons for judgment reveals that the Court was simply affording to the government an opportunity to consult. The Court expressly recognized that the opportunity to consult, given by the suspension of the declaration of invalidity, might not be followed up. This is reflected in the reasons of the majority at paragraph 23:

Where there is inconsistency between the *Charter* and a legislative provision, s. 52 of the *Constitution Act, 1982* provides that the provision shall be rendered void to the extent of the inconsistency. We would declare the words "and is ordinarily resident on the reserve" in s. 77(1) of the *Indian Act* to be inconsistent with s. 15(1) but suspend the implementation of this declaration for 18 months. We would not grant a constitutional exemption to the Batchewana Band during the period of suspension, as would normally be done according to the rule in *Schachter*. The reason for this is that in the particular circumstances of this case, it would appear to be preferable to develop an electoral process that will balance the rights of off-reserve and on-reserve band members. We have not overlooked the possibility that legislative inaction may create new problems. Such claims will fall to be dealt with on their merits should they arise. [Underlining added.]

(iii) Les commentaires de la Cour suprême dans l'arrêt *Corbiere*

[88] Les demandeurs soutiennent que l'arrêt *Corbiere* impose au ministre l'obligation positive de consulter les membres des Premières nations pour trouver une solution raisonnable et pratique aux modifications qu'il y a lieu d'apporter aux Règlements concernés pour qu'ils respectent la Charte.

[89] Je ne suis pas convaincue que la décision de la Cour suprême a eu pour effet de créer une obligation en matière de consultation pour les raisons suivantes.

[90] Tout d'abord, les demandeurs n'ont pas affirmé que la Cour avait officiellement ou expressément ordonné que l'on procède à ce type de consultation. Ils invoquent plutôt certains extraits des motifs du jugement de la Cour, en particulier des passages des motifs de M^{me} le juge L'Heureux-Dubé, parlant en son seul nom.

[91] Deuxièmement, j'estime que la lecture des motifs du jugement permet de constater que la Cour voulait simplement donner au gouvernement la possibilité de procéder à des consultations. La Cour a expressément reconnu que la possibilité de procéder à des consultations, aménagée par la suspension de la déclaration d'invalidité, pourrait ne pas être exercée. C'est ce que reflète les motifs de la majorité au paragraphe 23:

En cas d'incompatibilité entre la *Charte* et une disposition législative, l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* a pour effet de rendre cette disposition inopérante. Nous sommes donc d'avis de déclarer les mots «et réside ordinairement sur la réserve» employés au par. 77(1) de la *Loi sur les Indiens* incompatibles avec le par. 15(1), et de suspendre pour 18 mois la prise d'effet de cette déclaration. Nous ne sommes pas d'avis d'accorder une exemption constitutionnelle à la bande de Batchewana pendant la durée de la suspension de la prise d'effet, contrairement à ce qui est normalement le cas suivant la règle établie dans *Schachter*. La raison de cette décision est que, eu égard aux circonstances particulières du présent cas, il semble préférable d'élaborer un système électoral qui mettra en équilibre les droits des membres vivant hors des réserves et ceux des membres qui y résident. Nous avons tenu compte de la possibilité que l'inaction du législateur puisse créer de nouveaux problèmes. En cas de litiges de cette nature, ils seront tranchés à la lumière des faits qui leur sont propres. [Nos soulignés.]

and is reflected as well in the reasons of Madam Justice L'Heureux-Dubé at paragraph 119:

I recognize that suspending the effect of the declaration, combined with the extension of the suspension for such a long period is, in the words of the Chief Justice in *Schachter, supra*, at p. 716, "a serious matter from the point of view of the *Charter*. A delayed declaration allows a state of affairs which has been found to violate standards embodied in the *Charter* to persist for a time despite the violation". However, this best embodies the principles of respect for *Charter* rights and respect for democracy that should guide remedial considerations. Should Parliament decide to change the scheme, it will have an extended period of time in which to consult with those affected by the legislation and balance the affected interests in a manner that respects Aboriginal rights and all band members' equality interests. Should Parliament not change the scheme, off-reserve band members will gain voting rights within the existing scheme. [Underlining added.]

[92] Therefore, it is not reasonable to conclude that the Supreme Court of Canada through its reasons created a legally enforceable obligation to consult.

CONCLUSION AND COSTS

[93] For these reasons, the application for judicial review will be dismissed.

[94] The respondents seeks their costs, and counsel for the applicants did not seriously argue that costs should not follow the event. Therefore, the applicants shall pay one set of costs to the respondents. If not agreed, such costs should be assessed on the basis more particularly set out in the order which follows.

ORDER

[95] IT IS HEREBY ORDERED THAT:

1. The application for judicial review is dismissed.
2. The applicants shall pay to the respondents one set of costs. If not agreed, such costs shall be assessed in accordance with the middle of column III of the table to

ainsi que dans les motifs de M^{me} le juge L'Heureux-Dubé au paragraphe 119:

Je reconnais que la suspension de la prise d'effet de la déclaration pour une période aussi longue constitue, suivant les termes utilisés par le Juge en chef dans l'arrêt *Schachter*, précité, à la p. 716, «une question sérieuse du point de vue de l'application de la *Charte*, car on se trouve alors à permettre que se perpétue pendant un certain temps une situation qui a été jugée contraire aux principes consacrés dans la *Charte*». Toutefois, il s'agit de la réparation qui incarne le mieux le principe du respect des droits garantis par la *Charte* et celui du respect de la démocratie qui doivent guider le choix de la réparation. Si le Parlement décidait de modifier le régime, il disposerait d'un délai convenable pour consulter les personnes touchées par la loi et pour concilier les intérêts en cause d'une manière qui respecte les droits ancestraux ainsi que les droits à la dignité et à l'égalité de l'ensemble des membres des bandes. Si le Parlement décidait de ne pas modifier le régime, les membres vivant hors réserve des bandes indiennes obtiendraient alors le droit de voter dans le cadre du régime actuel. [Nos soulignés.]

[92] Il n'est donc pas raisonnable de conclure que la Cour suprême du Canada a créé dans ses motifs une obligation juridique en matière de consultation.

CONCLUSION ET DÉPENS

[93] Pour ces motifs, la demande de contrôle judiciaire sera rejetée.

[94] Les défendeurs demandent les dépens et l'avocat des demandeurs ne s'est pas vraiment opposé à ce que les dépens suivent l'issue de la cause. Par conséquent, les demandeurs verseront une série de dépens aux défendeurs. À défaut d'entente, ces dépens seront taxés conformément à la disposition de l'ordonnance qui suit.

ORDONNANCE

[95] LA COUR ORDONNE:

1. La demande de contrôle judiciaire est rejetée.
2. Les demandeurs sont condamnés à verser aux défendeurs une série de dépens. À défaut d'entente, ces dépens seront taxés selon le montant moyen de la

Tariff B of the *Federal Court Rules, 1998* [SOR/98-106].

¹ Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].

² In oral argument the Aboriginal right claimed to be infringed was described as follows by counsel for the applicants:

THE COURT: What, first of all, is the precise nature of any Aboriginal right that is claimed to be infringed?

MR. HLADUN: Governance. And governance in a context that it's recognized prior to 1982, and it could under the heading of *sui generis*, being that whole bundle of rights.

THE COURT: Well, *sui generis* means unique.

MR. HLADUN: Unique to the extent that the *Indian Act* recognizes chief and council in a form of governance that has a chief and council unique to Aboriginal people. And that, in *Corbiere*, was looked to and addressed as well in the context of governance, and that being community, local. And I understood that to be in the context of cultural, societal—cultural, societal, things which are peculiar and particular and perhaps *sui generis* to First Nations and Aboriginal people. Governance.

THE COURT: So more specifically, though, the nature of the Aboriginal right that is claimed to be infringed is what aspect of governance?

MR. HLADUN: The aspect on how off-reserve First Nations people will balance their right, new right to vote on reserve with on-reserve First Nation members. And those portions of *Corbiere*, in particular Madam Justice L'Heureux-Dube, that recognizes the sort of context. And by "context" I mean the sort of issues as to you now have the communal [*sic*] affairs of Aboriginal people influenced by the rights of a whole other group of people that now will join in and have a right to vote that they otherwise did not. Words such as "local matters" or "community matters" were referenced by the Court. So those would obviously be impacted and affected, because clearly, they did not have the right to vote before, recognized under Section 77. In the amendments now they do.

colonne III du tableau du tarif B des *Règles de la Cour fédérale (1998)* [DORS/98-106].

¹ Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].

² Au cours des plaidoiries, l'avocat des demandeurs a décrit de la façon suivante le droit ancestral ayant été apparemment violé:

[TRADUCTION]

LE TRIBUNAL: Tout d'abord, quelle est la nature exacte du droit ancestral qui a été, d'après vous, violé?

M. HLADUN: La gouvernance. Et la gouvernance dans le contexte où elle a été reconnue avant 1982, et cela pourrait aussi faire partie de la rubrique *sui generis*, c'est-à-dire de cet ensemble de droits.

LE TRIBUNAL: Eh bien, *sui generis* veut dire unique.

M. HLADUN: Unique dans la mesure où la *Loi sur les Indiens* reconnaît le chef et son conseil sous une forme de gouvernance qui a un chef et un conseil unique pour un peuple autochtone. Et cela a été examiné et étudié dans *Corbiere*, ainsi que dans le contexte de la gouvernance, c'est-à-dire un gouvernement local et communautaire. Et je pense que cela se situe dans un contexte culturel et social—culturel, social, des choses qui sont particulières et peut-être *sui generis* aux Premières nations et aux Autochtones. La gouvernance.

LE TRIBUNAL: Plus précisément, la nature du droit ancestral qui a été, d'après vous, violé est quel aspect de la gouvernance?

M. HLADUN: L'aspect qui concerne la façon dont les membres des Premières nations qui vivent à l'extérieur des réserves vont pouvoir concilier leur droit, leur nouveau droit de voter sur les réserves avec les membres des Premières nations qui y résident. Et les passages de *Corbiere*, en particulier de M^{me} le juge L'Heureux-Dubé, qui reconnaissent ce genre de contexte. Et par «contexte», je veux dire le genre de questions que soulève maintenant le fait que les affaires communautaires des Autochtones sont influencées par les droits d'un tout nouveau groupe de personnes qui va maintenant se joindre à l'électorat et aura le droit de participer au vote, droit qu'ils n'avaient pas auparavant. La Cour a fait référence à des expressions comme «questions locales» et «questions communautaires». De sorte que ces aspects seront bien évidemment touchés et concernés, parce qu'il est évident, qu'ils n'avaient pas le droit de vote auparavant, celui que reconnaissait l'article 77. Avec les modifications, ils ont maintenant ce droit.

...

THE COURT: So again, what is the precise nature of the Aboriginal right enjoyed by Treaty 6, 7, and 8 that is claimed to be infringed?

MR. HLADUN: The right to control their own society, governmental matters, local and community matters are now impacted by people living off the reserve. But the reserve and the land in *Delgamuukw* and *Corbiere* being recognized as the parameter, and it's always discussed. I mean, there's rights, of course, that are rights that travel, and then there's rights attached to the land. And in this discussion the referendum amendments, of course, clearly do impact, because now the referendum on surrender of land or those issues around that under Section 39 are now affected and impacted by off-reserve First Nation members being entitled to vote.

[...]

LE TRIBUNAL: Encore une fois, quelle est la nature exacte du droit ancestral que possèdent les Traités n^{os} 6, 7 et 8 et qui aurait été violé?

MR. HLADUN: Le droit de contrôler leur propre société, leurs affaires gouvernementales, leurs affaires locales et communautaires qui sont maintenant touchées par les personnes qui vivent à l'extérieur de la réserve. Mais la réserve et la terre ont été reconnues dans les arrêts *Delgamuukw* et *Corbiere* comme un paramètre, et cela fait toujours l'objet de discussions. Je veux dire, il y a des droits bien sûr, des droits de nature personnelle, il y a également des droits qui sont reliés à la terre. Et dans cette discussion, les modifications au référendum, bien sûr, ont évidemment un impact, parce que maintenant le référendum sur la cession de terres ou sur les questions qui touchent cela aux termes de l'article 39 vont être désormais influencées par les membres des Premières nations qui vivent hors des réserves et qui ont le droit de vote.