

A-29-15  
2016 FCA 311

A-29-15  
2016 CAF 311

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

**Le gouverneur général en conseil, le ministre des Affaires autochtones et du Développement du Nord canadien, le ministre des Finances, le ministre de l'Environnement, le ministre des Pêches et des Océans, le ministre des Transports et le ministre des Ressources naturelles** (*appelants*)

v.

c.

**Chief Steve Courtoreille on Behalf of Himself and the Members of the Mikisew Cree First Nation** (*Respondent*)

**Le chef Steve Courtoreille, en son nom et au nom de tous les membres de la Première nation crie Mikisew** (*intimés*)

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

**RÉPERTORIÉ : CANADA (GOUVERNEUR GÉNÉRAL EN CONSEIL) c. PREMIÈRE NATION CRIE MIKISEW**

Federal Court of Appeal, Pelletier, Webb and de Montigny J.J.A.—Edmonton, May 12; Ottawa, December 7, 2016.

Cour d'appel fédérale, juges Pelletier, Webb et de Montigny, J.C.A.—Edmonton, 12 mai; Ottawa, 7 décembre 2016.

*Aboriginal Peoples — Duty to consult — Appeal, cross-appeal from Federal Court decision granting in part respondent's application for judicial review claiming appellants breaching duty to consult Mikisew Cree First Nation (Mikisew Cree) on development, introduction of omnibus bills affecting their treaty rights — Omnibus bills resulting in legislative changes relating to environment, navigable waters — Mikisew Cree arguing, inter alia, Crown having duty to consult during development, introduction of omnibus bills in Parliament — Federal Court finding, inter alia, application not precluded by Federal Courts Act, s. 2(2) — Declaring Crown having duty to consult with the Mikisew Cree at time each omnibus bill introduced in Parliament by giving notice, opportunity to provide submissions — Appeal allowed, cross-appeal dismissed — Appellant ministers' source of power legislative, deriving from status as members of Parliament — Therefore, matter not proper subject for judicial review under Act — Federal Court erring in declaring notice be given to Mikisew Cree in respect of provisions impacting their rights upon introduction of omnibus bills — Legislative process matter solely within purview of Parliament — Imposing duty to consult at any stage of process as legal requirement impractical, cumbersome, fettering ministers in their law-making capacity — Courts cannot, should not intervene before statute actually adopted.*

*Peuples autochtones — Obligation de consulter — Appel et appel incident d'une décision de la Cour fédérale ayant accueilli en partie la demande de contrôle judiciaire présentée par l'intimé au motif que les appelants ont manqué à leur obligation de consulter la Première nation crie Mikisew au sujet de l'élaboration et du dépôt de projets de loi omnibus susceptibles d'avoir une incidence sur leurs droits issus de traités — Les projets de loi omnibus ont entraîné des modifications législatives liées à l'environnement et aux eaux navigables — La Première nation crie Mikisew a fait valoir, entre autres, que la Couronne avait le devoir de consulter au sujet de l'élaboration et du dépôt des projets de loi omnibus au Parlement — La Cour fédérale a conclu, entre autres, que la demande n'était pas interdite par l'art. 2(2) de la Loi sur les Cours fédérales — La Cour fédérale a déclaré que la Couronne avait effectivement l'obligation de consulter la Première nation crie Mikisew lorsque chaque projet de loi omnibus a été déposé au Parlement en avisant la Première nation crie Mikisew et en lui donnant la possibilité raisonnable de présenter des observations — Appel accueilli, appel incident rejeté — La source du pouvoir que les ministres, appelants en l'espèce, ont exercé était de nature législative et découlait de leur qualité à titre de parlementaires — Par conséquent, l'objet de la demande ne se prêtait pas à un contrôle judiciaire effectué aux termes de la Loi — La Cour fédérale a commis une erreur en déclarant que la Première nation crie Mikisew aurait dû être avisée des dispositions qui avaient des incidences sur ses droits au moment du dépôt des projets de loi omnibus au Parlement — La filière législative ressortit entièrement au*

*Administrative Law — Judicial Review — Federal Court granting in part respondent's application for judicial review claiming appellants breaching duty to consult Mikisew Cree First Nation (Mikisew Cree) on development, introduction of omnibus bills affecting their treaty rights — Federal Court finding, inter alia, application not precluded by Federal Courts Act, s. 2(2) — Whether Federal Court conducting judicial review of legislative action contrary to Federal Courts Act — Per de Montigny J.A. (Webb J.A. concurring): Appellant ministers' source of power legislative, derived from status as members of Parliament — Therefore, matter not proper subject for judicial review under Act — To be subject to judicial review, impugned decision or order must be made by "federal board, commission or other tribunal" — Here, to extent ministers, Governor in Council acting in their legislative capacity, judicial review not available — Ministers engaged in law-making process not acting as statutory decision makers but as legislators; actions, decisions thereof immune from judicial review — Per Pelletier J.A. (concurring reasons): Mikisew Cree's notice of application, although procedurally flawed, justiciable as claim for relief against Crown pursuant to Act, s. 17 — Nature of relief sought by Mikisew Cree declaratory with ancillary orders in support thereof — Declaration sought in application against someone other than federal board, commission or tribunal not dooming it to failure — Such proceeding may be granted remedy by Federal Court under Act, s. 17 — Because declaration (and injunction) available by way of action against Crown, characterization of respondent as federal board, commission or tribunal not critical to success or failure of proceeding seeking declaration — Mikisew Cree's application not doomed as result of simple procedural irregularity.*

*Constitutional Law — Fundamental Principles — Separation of powers — Federal Court granting in part*

*Parlement — L'imposition, à quelque étape du processus que ce soit, de l'obligation de consulter comme condition à toute loi non seulement se révélerait peu pratique et lourde, mais entraverait également les ministres dans leur capacité législative — Les tribunaux ne peuvent pas et ne doivent pas intervenir avant que la mesure législative soit effectivement adoptée.*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — La Cour fédérale a accueilli en partie la demande de contrôle judiciaire présentée par l'intimé au motif que les appelants ont manqué à leur obligation de consulter la Première nation crie Mikisew au sujet de l'élaboration et du dépôt de projets de loi omnibus susceptibles d'avoir une incidence sur leurs droits issus de traités — La Cour fédérale a conclu, entre autres, que la demande n'était pas interdite par l'art. 2(2) de la Loi sur les Cours fédérales — Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en procédant à un contrôle judiciaire d'une mesure législative, ce que ne permet pas la Loi sur les Cours fédérales — Le juge de Montigny, J.C.A. (le juge Webb, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : La source du pouvoir que les ministres, appelants en l'espèce, ont exercé était de nature législative et découlait de leur qualité à titre de parlementaires — Par conséquent, l'objet de la demande ne se prêtait pas à un contrôle judiciaire effectué aux termes de la Loi — Pour faire l'objet d'un contrôle judiciaire, il faut que la décision ou l'ordonnance contestée émane d'un « office fédéral » — En l'espèce, dans la mesure où les ministres et le gouverneur en conseil agissaient en leur capacité législative, le contrôle judiciaire n'était pas possible — Les ministres participent à la filière législative et ils n'agissent pas à titre de décideurs, mais à titre de législateurs, et leurs actes et décisions sont à l'abri du contrôle judiciaire — Le juge Pelletier, J.C.A. (motifs concordants) : l'avis de demande présenté par la Première nation crie Mikisew peut appeler l'intervention judiciaire, comme demande de réparation contre la Couronne, en vertu de l'art. 17, même s'il peut être entaché d'un vice de procédure — La réparation demandée par la Première nation crie Mikisew consistait principalement en jugements déclaratoires et ordonnances accessoires au soutien des jugements déclaratoires — Le fait qu'un jugement déclaratoire soit sollicité par voie de demande (et non par voie d'action) à l'encontre d'une personne autre qu'un office fédéral ne voue pas la demande à l'échec — Une telle procédure peut se voir accorder une réparation par la Cour fédérale en vertu de l'art. 17 de la Loi — Parce que le jugement déclaratoire (et l'injonction) peut être rendu à l'issue d'une action contre la Couronne, la question de savoir si le défendeur est un office fédéral ou non n'est pas cruciale pour l'instance visant à obtenir un jugement déclaratoire — La demande de la Première nation crie Mikisew n'était pas vouée à l'échec en raison de ce qui pourrait se révéler n'être qu'une simple irrégularité procédurale.*

*Droit constitutionnel — Principes fondamentaux — Séparation des pouvoirs — La Cour fédérale a accueilli en*

*respondent's application for judicial review claiming that appellants breached duty to consult Mikisew Cree First Nation (Mikisew Cree) on development, introduction of omnibus bills affecting their treaty rights — Mikisew Cree arguing, inter alia, Crown having duty to consult during development of legislation — Federal Court declaring Crown having duty to consult with the Mikisew Cree at time each omnibus bill introduced in Parliament by giving notice, opportunity to provide submissions — Issue whether Federal Court erring by failing to respect doctrine of separation of powers or principle of parliamentary privilege — Per de Montigny J.A. (Webb J.A. concurring): Federal Court erring in declaring that notice should be given to Mikisew Cree in respect of provisions impacting their rights, together with opportunity to make submissions, upon introduction of omnibus bills — Declaration inconsistent with Federal Court's previous findings that courts shall not intervene in law-making process as it would be an undue interference with Parliament's process, sovereignty — Also failing to recognize that no court has ever claimed jurisdiction over introduction of legislation in Parliament — Legislative process matter solely within purview of Parliament — Imposing duty to consult at any stage of process as legal requirement impractical, cumbersome, fettering ministers in their law-making capacity — Courts cannot, should not intervene before statute adopted — Per Pelletier J.A. (concurring reasons): — Argument that relief sought by Mikisew Cree barred by doctrine of separation of powers conflating questions of whether duty to consult arising, effect to be given if it did — Duty to consult not triggered by legislation of general application whose effects not specific to particular Aboriginal peoples — Duty to consult cannot render effective government impossible — Duty must be found in the decisions by which legislation operationalized.*

This was an appeal and cross-appeal from a decision of the Federal Court granting in part the respondent's application for judicial review claiming that the appellants breached their duty to consult the Mikisew Cree First Nation (Mikisew Cree) on the development and introduction in Parliament of two

*partie la demande de contrôle judiciaire présentée par l'intimé au motif que les appelants ont manqué à leur obligation de consulter la Première nation crie Mikisew au sujet de l'élaboration et du dépôt de projets de loi omnibus susceptibles d'avoir une incidence sur leurs droits issus de traités — La Première nation crie Mikisew a fait valoir, entre autres, que la Couronne avait le devoir de consulter au sujet de l'élaboration et du dépôt des projets de loi — La Cour fédérale a déclaré que la Couronne avait effectivement l'obligation de consulter la Première nation crie Mikisew lorsque chacun des projets de loi omnibus a été déposé au Parlement en avisant la Première nation crie Mikisew et en lui donnant la possibilité raisonnable de présenter des observations — Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en ne respectant pas le principe de la séparation des pouvoirs ou celui du privilège parlementaire — Le juge de Montigny, J.C.A. (le juge Webb, J.C.A. souscrivant à ses motifs) : la Cour fédérale a commis une erreur en déclarant que la Première nation crie Mikisew aurait dû être avisée des dispositions qui avaient des incidences sur ses droits, et avoir la possibilité de présenter des observations, au moment du dépôt de chaque projet de loi omnibus — Le jugement déclaratoire était incompatible avec les conclusions antérieures de la Cour fédérale selon lesquelles le judiciaire ne doit pas intervenir dans la filière législative, car il s'agirait d'une immixtion indue dans les travaux et la souveraineté du Parlement — Le jugement déclaratoire ne tient pas compte non plus du fait qu'aucun tribunal ne s'est jamais dit compétent à l'égard du dépôt d'un projet de loi au Parlement — La filière législative ressortit entièrement au Parlement — L'imposition, à quelque étape du processus que ce soit, de l'obligation de consulter comme condition à toute loi non seulement se révélerait peu pratique et lourde, mais entraverait également les ministres dans leur capacité législative — Les tribunaux ne peuvent pas et ne doivent pas intervenir avant que la mesure législative soit effectivement adoptée — Le juge Pelletier, J.C.A. (motifs concordants) : L'argument selon lequel la réparation demandée par la Première nation crie Mikisew était exclue par l'application de la doctrine de la séparation des pouvoirs confond deux questions, soit celle de savoir s'il y a obligation de consulter et comment on doit y donner effet — L'obligation de consulter ne peut découler d'une loi d'application générale dont les effets ne sont pas limités à certains peuples autochtones — L'obligation de consulter ne peut être interprétée de manière à empêcher l'action gouvernementale efficace — L'obligation de consulter doit se trouver dans les décisions de mise en œuvre d'une telle loi.*

Il s'agissait d'un appel et d'un appel incident d'une décision de la Cour fédérale ayant accueilli en partie la demande de contrôle judiciaire présentée par l'intimé au motif que les appelants ont manqué à leur obligation de consulter la Première nation crie Mikisew au sujet de l'élaboration et du

omnibus bills that might affect their treaty rights under Treaty No. 8 to hunt, fish and trap.

The appellant Minister of Finance's omnibus bills resulted in legislative changes related to the environment and navigable waters. The Mikisew Cree alleged that those omnibus bills reduced the types of projects that were subject to federal environmental assessment, the navigable waters that required federal approval to build obstructing works on them, the protection of fish habitat, and the requirements to approve effects on species at risk. The Mikisew Cree argued, *inter alia*, that the Crown should have consulted with it during the development of that legislation and upon its introduction in Parliament.

The Federal Court found, *inter alia*, that the application was not precluded by subsection 2(2) of the *Federal Courts Act* (Act), which states that a "federal board, commission or other tribunal" does not include, amongst others, "the Senate, the House of Commons, [or] any committee or member of either House". The Federal Court was of the view that the Mikisew Cree sought judicial review of the actual process undertaken by ministers "before legislation has been drafted and presented to Parliament". The Federal Court also found that that if there was a duty to consult, it could not trigger any judicial intervention before a bill was introduced into Parliament by virtue of the separation of powers doctrine; and that the provisions which triggered a duty to consult could have been triggered when the omnibus bills were introduced to Parliament. The Federal Court went on to declare that the Crown had a duty to consult with the Mikisew Cree at the time each omnibus bill was introduced in Parliament by giving notice and an opportunity to provide submissions.

The main issues were whether the Federal Court erred in conducting a judicial review of legislative action contrary to the Act, and by failing to respect the doctrine of separation of powers or the principle of parliamentary privilege.

*Held*, the appeal should be allowed; the cross-appeal should be dismissed.

*Per de Montigny J.A. (Webb J.A. concurring)*: The source of the power that the appellant ministers exercised and which is the true object of the respondent's complaint was legislative in nature and derived from their status as members of Parliament. Therefore, the matter was not a proper subject for an application for judicial review under the Act.

dépôt de deux projets de loi omnibus au Parlement susceptibles d'avoir une incidence sur leurs droits de chasse, de pêche et de piégeage issus du Traité n° 8.

Les projets de loi omnibus du ministre des Finances appelant ont entraîné des modifications législatives liées à l'environnement et aux eaux navigables. La Première nation crie Mikisew a fait valoir que les projets de loi omnibus ont limité les types de projets devant faire l'objet d'une évaluation environnementale fédérale, restreint les eaux navigables à l'égard desquelles la construction d'un ouvrage est subordonnée à l'approbation fédérale, diminué la protection de l'habitat du poisson et réduit les exigences relatives à l'approbation des effets sur les espèces en péril. La Première nation crie Mikisew a fait valoir, entre autres, que la Couronne aurait dû la consulter durant les travaux menant à la rédaction du texte législatif et dès son dépôt au Parlement.

La Cour fédérale a conclu, entre autres, que la demande n'était pas interdite par le paragraphe 2(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*, lequel prévoit que sont exclus de la définition d'« office fédéral » « le Sénat, la Chambre des communes [et] tout comité ou membre de l'une ou l'autre chambre ». La Cour fédérale était d'avis que la Première nation crie Mikisew sollicitait le contrôle judiciaire du processus suivi par les ministres « avant qu'un projet de loi soit rédigé et déposé au Parlement ». La Cour fédérale a également conclu que, s'il y avait obligation de consulter, aucune intervention judiciaire n'était possible avant le dépôt d'un projet de loi au Parlement, et ce en raison de la doctrine de la séparation des pouvoirs et que les dispositions qui font jouer l'obligation de consulter auraient pu entrer en jeu lorsque les projets de loi omnibus ont été déposés au Parlement. La Cour fédérale a en outre déclaré que la Couronne avait l'obligation de consulter la Première nation crie Mikisew au moment où chaque projet de loi omnibus a été présenté au Parlement, en donnant un avis et la possibilité de présenter des observations.

Il s'agissait principalement de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en procédant à un contrôle judiciaire d'une mesure législative, ce que ne permet pas la Loi, et en ne respectant pas le principe de la séparation des pouvoirs ou celui du privilège parlementaire.

*Arrêt* : l'appel doit être accueilli; l'appel incident doit être rejeté.

Le juge de Montigny, J.C.A. (le juge Webb, J.C.A. souscrit à ses motifs) : La source du pouvoir que les ministres, appelants en l'espèce, ont exercé et qui est le véritable objet de la plainte de l'intimé était de nature législative et découlait de leur qualité à titre de parlementaires. Par conséquent, l'objet de la demande ne se prêtait pas à un contrôle judiciaire effectué aux termes de la Loi.

On a plain reading of sections 18 and 18.1 of the Act, along with the definition provided for “federal board, commission or other tribunal” at paragraph 2(1) and the exclusion from that definition of the Senate and House of Commons at paragraph 2(2), two requirements are needed for the Federal Court of Appeal and the Federal Court to be validly seized of an application for judicial review: (1) there must be an identifiable decision or order in respect of which a remedy is sought; (2) the impugned decision or order must be made by a “federal board, commission or other tribunal”. In the case at bar, the second of these conditions was not met. It was difficult to conceive of any discrete decision made by the Governor in Council or the various ministers that were the subject of this application for judicial review. The language of subsections 18.1(3) and (4) of the Act is permeated with notions that partake to administrative law. It is not the kind of language used in relation to legislative action. To the extent that the ministers and the Governor in Council were acting in their legislative capacity in developing the two omnibus bills, judicial review would not be available. Various statutes provide for the appointment of ministers, establish the scope of their mandates, and provide a basic framework of powers, duties and functions. Nowhere, however, do those statutes refer even implicitly to the ministers’ roles as policy makers or to the development of legislation for introduction into Parliament. This is not to say that such a responsibility is not part of their mandate as ministers; but it flows from the Constitution itself and from Canada’s system of parliamentary democracy, and not from a delegation of powers from Parliament to the executive. The exercise of such powers is not reviewable by way of judicial review. The legislative process is a fluid exercise involving many players, both at the political and at the government officials level. It would be artificial to parse out the elements of a minister’s functions associated to either its executive or legislative functions for the purpose of drawing a red line between the dual roles of the members of Cabinet. The Federal Court correctly found that the power exercised by the ministers in the entire course of the law-making process was legislative in nature. The Supreme Court in *Ontario v. Criminal Lawyers’ Association of Ontario* referred to the “legislative branch” as opposed to the “legislature”, thereby implicitly recognizing that the legislative function is not under the exclusive purview of parliamentarians in Canada’s system of government, where Cabinet ministers are by convention elected members of Parliament. In that context, it was difficult to understand why the Federal Court adopted a restrictive interpretation of subsection 2(2) of the Act. When read in its historical perspective, and bearing in mind the true nature of judicial review, the exclusion of the Senate and of the House of Commons in that subsection is not only meant to protect the existing function of parliamentary privilege by ensuring that judicial review is not extended to ministers acting in their capacity as members of Parliament or Senators, but more broadly to preclude judicial review of the legislative process at large. When ministers are engaged in the

Suivant le sens ordinaire des termes des articles 18 et 18.1 de la Loi, et selon la définition de « office fédéral » prévue au paragraphe 2(1) et de l’exclusion du Sénat et de la Chambre des communes de cette définition aux termes du paragraphe 2(2) de cette même Loi, deux conditions doivent être réunies pour que la Cour d’appel fédérale ou la Cour fédérale puisse être valablement saisie d’une demande de contrôle judiciaire : 1) il faut qu’il y ait une décision ou une ordonnance pour laquelle une réparation est demandée; 2) il faut que la décision ou l’ordonnance contestée émane d’un « office fédéral ». Dans le cas présent, il n’était pas satisfait à la deuxième de ces conditions. Il était difficile de circonscrire la décision émanant du gouverneur en conseil ou de divers ministres à l’origine de la présente demande de contrôle judiciaire. Le libellé des paragraphes 18.1(3) et (4) de la Loi est imprégné de notions qui participent du droit administratif. Ce ne sont manifestement pas des termes qui renvoient à une mesure législative. En conséquence, si les ministres et le gouverneur en conseil ont agi en leur capacité législative lorsqu’ils ont élaboré les deux projets de loi omnibus, le contrôle judiciaire ne sera pas possible. Diverses lois prévoient la nomination de ministres, définissent la portée de leur mandat et fournissent un cadre général de pouvoirs, obligations et fonctions. Toutefois, ces lois ne renvoient aucunement, même implicitement, au rôle des ministres dans l’orientation politique ou l’élaboration des projets de loi pour dépôt au Parlement. Or, cela signifie non pas qu’une telle responsabilité ne fait pas partie de leur mandat de ministres, mais plutôt qu’elle découle de la Constitution même et de notre système de démocratie parlementaire, et non d’une délégation de pouvoirs du Parlement à l’exécutif. L’exercice de ces pouvoirs n’est pas susceptible de contrôle judiciaire. La filière législative constitue un exercice évolutif faisant intervenir de nombreux acteurs, tant des politiciens que des fonctionnaires. Il serait artificiel de catégoriser les fonctions d’un ministre selon qu’elles ressortissent soit au législatif, soit à l’exécutif, en vue de discriminer les deux rôles des membres du Cabinet. La Cour fédérale a conclu à bon droit que le pouvoir exercé par les ministres dans l’ensemble de l’exercice d’élaboration des lois ressortissait au législatif. La Cour suprême dans l’arrêt *Ontario c. Criminal Lawyers Association of Ontario* a fait référence à la « fonction législative » par opposition à la « législature », reconnaissant donc implicitement que la fonction législative n’est pas du ressort exclusif des parlementaires dans le système de gouvernement du Canada, où les ministres du Cabinet sont, par convention, des députés élus. À la lumière de ce qui précède, il était difficile de comprendre pourquoi le juge a adopté une interprétation restrictive du paragraphe 2(2) de la Loi. Si on replace l’exclusion du Sénat et de la Chambre des communes prévue dans la disposition dans un contexte historique, compte tenu de la véritable nature du contrôle judiciaire, cette exclusion vise non seulement à protéger l’objet du privilège parlementaire en veillant à ce que le contrôle judiciaire ne soit pas étendu aux actes des ministres — en leur qualité de parlementaires — ou des sénateurs, mais

law-making process, they are not acting as statutory decision makers but as legislators, and their actions and decisions are immune from judicial review.

With respect to the doctrine of separation of powers and the principle of parliamentary privilege, the Federal Court erred in declaring that notice should have been given to the Mikisew Cree in respect of those provisions that might have reasonably been expected to impact their rights, together with an opportunity to make submissions, upon the introduction of each omnibus bill into Parliament. This declaration was inconsistent with the Federal Court's previous findings that courts shall not intervene in the law-making process as it would be an undue interference with Parliament's process and sovereignty, and failed to recognize that no court has ever claimed jurisdiction over the introduction of legislation in Parliament. The legislative process, from its very inception where policy options are discussed and developed to the actual enactment of a bill following its adoption by both Houses and the granting of royal assent by the Governor General, is a matter solely within the purview of Parliament. Imposing a duty to consult at any stage of the process, as a legal requirement, would not only be impractical and cumbersome and potentially grind the legislative process to a halt, but would also fetter ministers and other members of Parliament in their law-making capacity. The respondent and other First Nations are not without any recourse: Ministers are free to consult before introducing legislation into Parliament; First Nations and band representatives may lobby government officials and members of Parliament to ensure that their interests and grievances are taken into account, and may seek to be heard before parliamentary committees. To the extent that the impugned decisions directly derive from the policy choices embedded in a statute, the validity of such a statute may be called into question, and consultation prior to the adoption of that statute will be a key factor in determining whether the infringement of an Aboriginal or treaty right is justified. But courts cannot and should not intervene before a statute is actually adopted. To come to the opposite conclusion would stifle parliamentary sovereignty and would cause undue delay in the legislative process.

*Per Pelletier J.A. (concurring reasons):* Even if the Mikisew Cree's notice of application fails as an application for judicial review, it is nonetheless justiciable as a claim for relief against the Crown pursuant to section 17 of the Act, even though it may be procedurally flawed. This is because of the nature of the relief sought by the Mikisew Cree, which is primarily declaratory with ancillary orders in support of the

aussi à empêcher le contrôle judiciaire de la filière législative en général. Lorsque les ministres participent à la filière législative, à quelque étape que ce soit, ils n'agissent pas à titre de décideurs qui tirent leur pouvoir d'une loi, mais à titre de législateurs, et leurs actes et décisions sont à l'abri du contrôle judiciaire.

Quant au principe de la séparation des pouvoirs et celui du privilège parlementaire, la Cour fédérale a commis une erreur en déclarant que la Première nation crie Mikisew aurait dû être avisée des dispositions dont on aurait pu raisonnablement s'attendre qu'elles aient des incidences sur ses droits, et avoir la possibilité de présenter des observations, au moment du dépôt de chaque projet de loi omnibus au Parlement. Ce jugement déclaratoire était incompatible avec les conclusions antérieures de la Cour fédérale selon lesquelles le judiciaire ne doit pas intervenir dans la filière législative, car il s'agirait d'une immixtion indue dans les travaux et la souveraineté du Parlement, et ne tenait pas compte du fait qu'aucun tribunal ne s'est jamais dit compétent à l'égard du dépôt d'un projet de loi au Parlement. La filière législative — et ce dès le début, de l'analyse des possibilités d'action à l'édiction d'une loi à la suite de son adoption par les deux chambres et l'octroi de la sanction royale par le gouverneur général — ressortit entièrement au Parlement. L'imposition, à quelque étape du processus que ce soit, de l'obligation de consulter comme condition à toute loi non seulement se révélerait peu pratique et lourde et risquerait de paralyser la filière législative, mais entraverait également les ministres et d'autres parlementaires dans leur capacité législative. L'intimé et d'autres Premières Nations ne sont pas dépourvus de recours pour autant : les ministres sont libres de procéder à des consultations, et il est bon sur le plan politique de discuter avec les acteurs du domaine, comme les groupes autochtones, des initiatives législatives susceptibles d'avoir une incidence sur eux ou qui les intéressent particulièrement, avant de déposer un projet de loi au Parlement. Si les décisions contestées découlent directement des choix politiques qui sous-tendent la loi, la validité de cette dernière peut être remise en question et la tenue de consultations avant son adoption constituera un facteur clé dans l'analyse servant à décider si la violation d'un droit ancestral ou issu d'un traité est justifiée. Or, les tribunaux ne peuvent pas et ne doivent pas intervenir avant que la mesure législative soit effectivement adoptée. Conclure le contraire aurait pour effet d'entraver la souveraineté du Parlement et d'entraîner un retard indu dans la filière législative.

Le juge Pelletier, J.C.A. (motifs concordants) : Même si l'avis de demande présenté par la Première nation crie Mikisew ne saurait aboutir à un contrôle judiciaire, il peut néanmoins appeler l'intervention judiciaire, comme demande de réparation contre la Couronne, en vertu de l'article 17 de la Loi, même s'il peut être entaché d'un vice de procédure. Et ce, en raison de la nature de la réparation

declarations. A declaration can be obtained by application or by action. A declaration that is sought in an application (as opposed to an action) against someone other than a federal board, commission or tribunal does not doom it to failure. While such a proceeding may not be an application for judicial review, it may nonetheless seek a remedy which the Federal Court has the power to grant under section 17 rather than section 18 of the Act. Because declaration (and injunction) is available by way of action against the Crown, the characterization of the respondent as a federal board, commission or tribunal is not critical to the success or failure of a proceeding seeking a declaration. The Mikisew Cree's application was not doomed to fail as a result of what may be a simple procedural irregularity. The appellants' argument that the relief sought by the Mikisew Cree was barred by the doctrine of the separation of powers conflates the questions of whether the duty to consult arises, and the effect it is to be given if it does. The honour of the Crown vis-à-vis Aboriginal peoples was not engaged by the amendments because the duty to consult is not triggered by legislation of general application whose effects are not specific to particular Aboriginal peoples or to the territories in which they have or claim an interest. The origin and development of the duty to consult does not support the view that it requires the Crown to consult with Aboriginal peoples in cases where the governmental action is aimed at the whole of the territory of Canada and all of its peoples. The question of whether governmental action giving rise to the duty to consult includes legislative action, a question left open by the Supreme Court in *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, must be answered in the negative insofar as the legislation in issue is of general application. The duty to consult cannot be conceived in such a way as to render effective government impossible. The threshold at which the duty to consult arises cannot be set so low that it is triggered by legislative action which is not aimed at specific Aboriginal groups or to territories in which they have, or claim, an interest. The duty must be found in the decisions by which such legislation is operationalized. Given that there is no duty to consult with respect to laws of general application, the question of where in the legislative process that consultation might occur did not arise. To that extent, the distinction which the Mikisew Cree sought to draw between policy development and the legislative process did not assist them in this case. If the duty to consult did not arise, the question of the modalities of that consultation did not arise either.

demandée par la Première nation crie Mikisew, qui consiste principalement en jugements déclaratoires et ordonnances accessoires au soutien des jugements déclaratoires. Un jugement déclaratoire peut être obtenu par voie de demande ou d'action. Un jugement déclaratoire qui est sollicité par voie de demande (et non par voie d'action) à l'encontre d'une personne autre qu'un office fédéral ne voue pas la demande à l'échec. S'il ne s'agit pas d'une demande de contrôle judiciaire, l'acte introductif d'instance peut néanmoins demander une réparation que la Cour fédérale a le pouvoir d'accorder, et ce en vertu de l'article 17 plutôt que de l'article 18 de la Loi. Mais parce que le jugement déclaratoire (et l'injonction) peut être rendu à l'issue d'une action contre la Couronne, la question de savoir si le défendeur est un office fédéral ou non n'est pas cruciale pour l'instance visant à obtenir un jugement déclaratoire. La demande de la Première nation crie Mikisew n'était pas vouée à l'échec en raison de ce qui pourrait se révéler n'être qu'une simple irrégularité procédurale. L'argument des appelants selon lequel la réparation demandée par la Première nation crie Mikisew était exclue par l'application de la doctrine de la séparation des pouvoirs confond deux questions, soit celle de savoir s'il y a obligation de consulter et comment on doit y donner effet. Les modifications n'ont pas fait jouer le principe de l'honneur de la Couronne envers les peuples autochtones, car l'obligation de consulter ne peut découler d'une loi d'application générale dont les effets ne sont pas limités à certains peuples autochtones ou aux territoires sur lesquels ils ont ou revendiquent un droit. L'origine et l'évolution de l'obligation de consulter ne permettent pas d'affirmer que, pour s'en acquitter, la Couronne doit consulter les peuples autochtones dans les cas où la mesure gouvernementale vise l'ensemble du territoire du Canada et de ses habitants. La question de savoir si on peut assimiler une mesure législative à une mesure gouvernementale faisant jouer l'obligation de consulter, à laquelle n'avait pas répondu l'arrêt de la Cour suprême dans *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, doit recevoir une réponse négative dans la mesure où la loi en question est d'application générale. L'obligation de consulter ne peut être interprétée de manière à empêcher l'action gouvernementale efficace. Le critère ne saurait être si peu strict que la mesure législative qui ne vise pas des groupes autochtones particuliers ou des territoires à l'égard desquels ceux-ci ont un intérêt ou des revendications ferait jouer l'obligation de consulter. L'obligation de consulter doit se trouver dans les décisions de mise en œuvre d'une telle loi. Étant donné qu'une loi d'application générale ne fait pas jouer l'obligation de consulter, la question de savoir à quelle étape de la filière législative la consultation doit intervenir ne se pose pas. Ainsi, la distinction que la Première nation crie Mikisew cherchait à établir entre l'élaboration des politiques et la filière législative comme telle n'est d'aucun secours en l'espèce. Si l'obligation de consulter ne jouait pas, la question des modalités de la consultation ne se posait pas non plus.

## STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Bill C-38, *An Act to implement certain provisions of the budget tabled in Parliament on March 29, 2012 and other measures*, 41st Parl., 1st Sess., 2012.
- Bill C-45, *A second Act to implement certain provisions of the budget tabled in Parliament on March 29, 2012 and other measures*, 41st Parl., 1st Sess., 2012.
- Canadian Bill of Rights*, S.C. 1960, c. 44, [R.S.C., 1985, Appendix III], s. 1(a).
- 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], ss. 1, 2(d).
- Canadian Environmental Assessment Act*, S.C. 1992, c. 37 (rep. by S.C. 2012, c. 19, s. 66).
- Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, S.C. 2012, c. 19, s. 52, art. 5(1).
- Canadian Environmental Protection Act, 1999*, S.C. 1999, c. 33.
- Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], Part IV, s. 91(24).
- Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 35.
- Department of Fisheries and Oceans Act*, R.S.C., 1985, c. F-15.
- Department of Indian Affairs and Northern Development Act*, R.S.C., 1985, c. I-6.
- Department of Natural Resources Act*, S.C. 1994, c. 41.
- Department of the Environment Act*, R.S.C., 1985, c. E-10.
- Department of Transport Act*, R.S.C., 1985, c. T-18.
- Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2 “federal board, commission or other tribunal”, 17, 18, 18.1, 28.
- Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 56, 57, 58, 59, 60.
- Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11.
- Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14.
- Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5.
- Jobs, Growth and Long-Term Prosperity Act*, S.C. 2012, c. 19.
- Jobs and Growth Act, 2012*, S.C. 2012, c. 31.
- Navigation Protection Act*, R.S.C., 1985, c. N-22.
- Royal Proclamation, 1763 (The)*, R.S.C., 1985, Appendix II, No. 1.
- Species at Risk Act*, S.C. 2002, c. 29.
- Water Act*, R.S.A. 2000, c. 3, s. 9.

## LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- 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. 1, 2d).
- Déclaration canadienne des droits*, L.C. 1960, ch. 44 [L.R.C. (1985), appendice III], art. 1a).
- Loi canadienne sur la protection de l’environnement (1999)*, L.C. 1999, ch. 33.
- Loi canadienne sur l’évaluation environnementale*, L.C. 1992, ch. 37 (abrogée par L.C. 2012, ch. 19, art. 66).
- Loi canadienne sur l’évaluation environnementale (2012)*, L.C. 2012, ch. 19, art. 52, art. 5(1).
- Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], partie IV, art. 91(24).
- 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.
- Loi de 2012 sur l’emploi et la croissance*, L.C. 2012, ch. 31.
- Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11.
- Loi sur la protection de la navigation*, L.R.C. (1985), ch. N-22.
- Loi sur l’emploi, la croissance et la prospérité durable*, L.C. 2012, ch. 19.
- Loi sur le ministère de l’Environnement*, L.R.C. (1985), ch. E-10.
- Loi sur le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien*, L.R.C. (1985), ch. I-6.
- Loi sur le ministère des Pêches et des Océans*, L.R.C. (1985), ch. F-15.
- Loi sur le ministère des Ressources naturelles*, L.C. 1994, ch. 41.
- Loi sur le ministère des Transports*, L.R.C. (1985), ch. T-18.
- Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2 « office fédéral », 17, 18, 18.1, 28.
- Loi sur les espèces en péril*, L.C. 2002, ch. 29.
- Loi sur les indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5.
- Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14.
- Proclamation royale (1763)*, L.R.C. (1985), appendice II, n° 1.
- Projet de loi C-38, *Loi portant exécution de certaines dispositions du budget déposé au Parlement le 29 mars 2012 et mettant en œuvre d’autres mesures*, 41<sup>e</sup> lég., 1<sup>re</sup> sess., 2012.
- Projet de loi C-45, *Loi n° 2 portant exécution de certaines dispositions du budget déposé au Parlement le 29 mars 2012 et mettant en œuvre d’autres mesures*, 41<sup>e</sup> lég., 1<sup>re</sup> sess., 2012.
- Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 56, 57, 58, 59, 60.
- Water Act*, R.S.A. 2000, ch. 3, art. 9.



## TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

Treaty No. 3 (1873).  
Treaty No. 8 (1899).

## CASES CITED

## APPLIED:

*Ontario v. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3; *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525, (1991), 83 D.L.R. (4th) 297; *Galati v. Canada (Governor General)*, 2015 FC 91, [2015] 4 F.C.R. 3.

## DISTINGUISHED:

*Tsuu T'ina Nation v. Alberta (Environment)*, 2010 ABCA 137 (CanLII), 482 A.R. 198; *Native Women's Assn. of Canada v. Canada*, [1992] 3 F.C. 192, (1992), 95 D.L.R. (4th) 106 (C.A.), rev'd [1994] 3 S.C.R. 627, (1994), 119 D.L.R. (4th) 224.

## CONSIDERED:

*Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650; *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511; *Canada (Attorney General) v. TeleZone Inc.*, 2010 SCC 62, [2010] 3 S.C.R. 585; *Hupacasath First Nation v. Canada (Foreign Affairs and International Trade Canada)*, 2015 FCA 4, 379 D.L.R. (4th) 737; *Air Canada v. Toronto Port Authority*, 2011 FCA 347, [2013] 3 F.C.R. 605; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, (1990), 70 D.L.R. (4th) 385; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, (1997), 153 D.L.R. (4th) 193; *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388; *R. v. Lefthand*, 2007 ABCA 206 (CanLII), [2007] 10 W.W.R. 1; *Ross River Dena Council v. Government of Yukon*, 2012 YKCA 14, 358 D.L.R. (4th) 100; *Authorson v. Canada (Attorney General)*, 2003 SCC 39, [2003] 2 S.C.R. 40; *Re: Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753, (1981), 34 Nfld. & P.E.I.R. 1; *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391; *Ward v. Samson Cree Nation No. 444*, 1999 CanLII 8641, 247 N.R. 254 (F.C.A.); *Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)*, 2013 FC 6, [2013] 2 F.C.R. 268; *Krause v. Canada*, [1999] 2 F.C. 476, (1999), 19 C.C.P.B. 179 (C.A.).

## REFERRED TO:

*Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257; *Grassy Narrows First Nation v.*

## TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Traité n° 3 (1873).  
Traité n° 8 (1899).

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3; *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525; *Galati c. Canada (Gouverneur général)*, 2015 CF 91, [2015] 4 R.C.F. 3.

## DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

*Tsuu T'ina Nation v. Alberta (Environment)*, 2010 ABCA 137 (CanLII), 482 A.R. 198; *Native Women's Assn. of Canada c. Canada*, [1992] 3 C.F. 192 (C.A.), inf. par [1994] 3 R.C.S. 627.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650; *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511; *Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.*, 2010 CSC 62, [2010] 3 R.C.S. 585; *Première Nation des Hupacasath c. Canada (Affaires étrangères et Commerce international Canada)*, 2015 CAF 4; *Air Canada c. Administration portuaire de Toronto*, 2011 FCA 347, [2013] 3 R.C.F. 605; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *Première nation Crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388; *R. v. Lefthand*, 2007 ABCA 206 (CanLII), [2007] 10 W.W.R. 1; *Ross River Dena Council v. Government of Yukon*, 2012 YKCA 14, 358 D.L.R. (4th) 100; *Authorson c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 39, [2003] 2 R.C.S. 40; *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753; *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391; *Ward c. Samson Cree Nation No. 444*, 1999 CanLII 8641 (C.A.F.); *Daniels c. Canada (Affaires Indiennes et du Nord canadien)*, 2013 CF 6, [2013] 2 R.C.F. 268; *Krause c. Canada*, [1999] 2 C.F. 476 (C.A.).

## DÉCISIONS CITÉES :

*Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257; *Première Nation de Grassy*

*Ontario (Natural Resources)*, 2014 SCC 48, [2014] 2 S.C.R. 447; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *MiningWatch Canada v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2010 SCC 2, [2010] 1 S.C.R. 6; *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752, (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; *Canada v. Tremblay*, 2004 FCA 172, [2004] 4 F.C.R. 165; *Anisman v. Canada (Border Services Agency)*, 2010 FCA 52, 400 N.R. 137; *Southam Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1990] 3 F.C. 465, (1990), 73 D.L.R. (4th) 289 (C.A.); *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319, (1993), 118 N.S.R. (2d) 181; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601, (1994), 117 Nfld. & P.E.I.R. 269; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3; *Newfoundland (Treasury Board) v. N.A.P.E.*, 2004 SCC 66, [2004] 3 S.C.R. 381; *Canada (House of Commons) v. Vaid*, 2005 SCC 30, [2005] 1 S.C.R. 667; *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44; *Chartrand v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2015 BCCA 345, 95 Admin. L.R. (5th) 229, sub nom. *Kwakiutl First Nation v. North Island Central Coast Forest District*, [2015] B.C.J. No. 1605 (QL); *Squamish Nation v. British Columbia (Community, Sport and Cultural Development)*, 2014 BCSC 991, [2014] 8 W.W.R. 742; *Fort Nelson First Nation v. British Columbia (Environmental Assessment Office)*, 2015 BCSC 1180, 88 Admin. L.R. (5th) 100; *Dene Tha' First Nation v. Canada (Minister of Environment)*, 2006 FC 1354, 25 C.E.L.R. (3d) 247; *Sambaa K'e Dene First Nation v. Duncan*, 2012 FC 204, [2012] 2 C.N.L.R. 369; *Da'naxda'xw/Awaetlala First Nation v. British Columbia (Environment)*, 2011 BCSC 620, [2011] 3 C.N.L.R. 188; *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199, (1999), 180 Nfld. & P.E.I.R. 269; *Meredith v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 2, [2015] 1 S.C.R. 125; *Beauchamp v. Canada (Attorney General)*, 2009 FC 350, 189 C.R.R. (2d) 269; *Canada (Attorney General) v. Campbell*, 1999 CanLII 6139, 4 B.C.T.C. 110 (B.C.S.C.); *Chief Mountain v. Canada*, 2000 BCCA 260.

## AUTHORS CITED

*Aboriginal Consultation and Accommodation: Updated Guidelines for Federal Officials to Fulfill the Duty to Consult*, March 2011.

Bagehot, Walter. *The English Constitution*, 2nd ed. London and Edinburgh: Thomas Nelson & Son, 1872.

Brown, Donald J.M. and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, looseleaf, Toronto: Thomson Reuters Canada, 2016.

*Guide to Making Federal Acts and Regulations*, 2nd ed. Ottawa: Privy Council Office, 2001.

*Narrows c. Ontario (Ressources naturelles)*, 2014 CSC 48, [2014] 2 R.C.S. 447; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Mines Alerte Canada c. Canada (Pêches et Océans)*, 2010 CSC 2, [2010] 1 R.C.S. 6; *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752; *Canada c. Tremblay*, 2004 CAF 172, [2004] 4 R.C.F. 165; *Anisman c. Canada (Agence des services frontaliers)*, 2010 CAF 52; *Southam Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1990] 3 C.F. 465 (C.A.); *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3; *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, 2004 CSC 66, [2004] 3 R.C.S. 381; *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, 2005 CSC 30, [2005] 1 R.C.S. 667; *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44; *Chartrand v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2015 BCCA 345, 95 Admin. L.R. (5th) 229, sub nom. *Kwakiutl First Nation v. North Island Central Coast Forest District*, [2015] B.C.J. No. 1605 (QL); *Squamish Nation v. British Columbia (Community, Sport and Cultural Development)*, 2014 BCSC 991, [2014] 8 W.W.R. 742; *Fort Nelson First Nation v. British Columbia (Environmental Assessment Office)*, 2015 BCSC 1180, 88 Admin. L.R. (5th) 100; *Première Nation Dene Tha' c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, 2006 CF 1354; *Première Nation des Dénés de Sambaa K'e c. Duncan*, 2012 CF 204; *Da'naxda'xw/Awaetlala First Nation v. British Columbia (Environment)*, 2011 BCSC 620, [2011] 3 C.N.L.R. 188; *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199; *Meredith c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 2, [2015] 1 R.C.S. 125; *Beauchamp c. Canada (Procureur général)*, 2009 CF 350; *Canada (Attorney General) v. Campbell*, 1999 CanLII 6139, 4 B.C.T.C. 110 (C.S. C.-B.); *Chief Mountain v. Canada*, 2000 BCCA 260.

## DOCTRINE CITÉE

Bagehot, Walter. *The English Constitution*, 2<sup>e</sup> éd. London and Edinburgh : Thomas Nelson & Son, 1872.

Brown, Donald J.M. et John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, feuilles mobiles, Toronto : Thomson Reuters Canada, 2016.

*Consultation et accommodement des Autochtones : Lignes directrices actualisées à l'intention des fonctionnaires fédéraux pour respecter l'obligation de consulter*, mars 2011.

*Lois et règlements : l'essentiel*, 2<sup>e</sup> éd. Ottawa : Bureau du Conseil Privé, 2001.

Newman, Dwight G. *Revisiting The Duty to Consult Aboriginal Peoples*, Saskatoon: Purich Publishing, 2014.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a decision of the Federal Court (*Courtoreille v. Canada (Aboriginal Affairs and Northern Development)*, 2014 FC 1244, 93 C.E.L.R. (3d) 199) granting in part the respondent's application for judicial review claiming that the appellants breached their duty to consult the Mikisew Cree First Nation on the development and introduction in Parliament of two omnibus bills that reduced federal regulatory oversight on works and projects that might affect their treaty rights to hunt, fish and trap. Appeal allowed; cross-appeal dismissed.

#### APPEARANCES

*Kathleen Kohlman and Cynthia Dickins* for appellants.  
*Robert Janes, Q.C., Karey Brooks and Estella Charleson* for respondent.

#### SOLICITORS OF RECORD

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant.  
*JFK Law Corporation*, Vancouver, for respondent.

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

[1] DE MONTIGNY J.A.: This is an appeal and cross-appeal of a judgment rendered on December 19, 2014 [*Courtoreille v. Canada (Aboriginal Affairs and Northern Development)*, 2014 FC 1244, 93 C.E.L.R. (3d) 199] (the reasons for judgment) by Justice Hughes of the Federal Court (the Judge) granting in part the application for judicial review of Chief Steve Courtoreille of the Mikisew Cree First Nation (Mikisew Cree), claiming that the Governor General in Council, the Minister of Aboriginal Affairs and Northern Development, the Minister of Finance, the Minister of the Environment, the Minister of Fisheries and Oceans, the Minister of Transport and the Minister of Natural Resources (collectively the appellants) breached their duty to consult the Mikisew Cree on the development and introduction in Parliament of two omnibus bills that

Newman, Dwight G. *Revisiting The Duty to Consult Aboriginal Peoples*, Saskatoon : Purich Publishing, 2014.

APPEL et APPEL INCIDENT interjetés à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale (*Courtoreille c. Canada (Affaires autochtones et Développement du Nord)*, 2014 CF 1244) ayant accueilli en partie la demande de contrôle judiciaire présentée par l'appelant au motif que les intimés avaient manqué à leur obligation de consulter la Première nation crie Mikisew au sujet de l'élaboration et du dépôt de deux projets de loi omnibus au Parlement, qui avaient pour objet la réduction des pouvoirs réglementaires fédéraux de surveillance à l'égard des travaux et projets susceptibles d'avoir une incidence sur ses droits de chasse, de pêche et de piégeage. Appel accueilli et appel incident rejeté.

#### ONT COMPARU

*Kathleen Kohlman et Cynthia Dickins* pour les appellants.  
*Robert Janes, c.r., Karey Brooks et Estella Charleson* pour l'intimé.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'appelant.  
*JFK Law Corporation*, Vancouver, pour l'intimé.

*Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par*

[1] LE JUGE DE MONTIGNY, J.C.A. : La Cour est saisie d'un appel et d'un appel incident d'un jugement rendu le 19 décembre 2014 [*Courtoreille c. Canada (Affaires autochtones et Développement du Nord)*, 2014 CF 1244] (motifs du jugement) par le juge Hughes de la Cour fédérale (le juge) et ayant accueilli en partie la demande de contrôle judiciaire présentée par le chef Steve Courtoreille, de la Première nation crie Mikisew (Première nation crie Mikisew), au motif que le gouverneur général en conseil, le ministre des Affaires autochtones et du Développement du Nord canadien, le ministre des Finances, le ministre de l'Environnement, le ministre des Pêches et des Océans, le ministre des Transports et le ministre des Ressources naturelles (collectivement, les appelants) avaient manqué à leur obligation de consulter la Première nation crie Mikisew

reduced federal regulatory oversight on works and projects that might affect their treaty rights to hunt, fish and trap.

[2] This case raises an issue that has not yet been dealt with by any appeal court: does the Crown have an obligation to consult when contemplating changes to legislation that may adversely impact treaty rights, and if so, to what extent? Indeed, the Supreme Court explicitly went out of its way in *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650 (*Rio Tinto*), at paragraph 44, to decline addressing that issue, “leav[ing] for another day the question of whether government conduct includes legislative action” for the purpose of triggering the duty to consult and, where appropriate, to accommodate Aboriginal groups. The Judge below recognized, for the first time, that the Crown had such a duty to consult with the Mikisew Cree when the two omnibus bills were introduced in Parliament. The content of the duty included the giving of notice to the Mikisew Cree of the portions of each of those bills that could potentially have an impact on their treaty rights, as well as the provision of a reasonable opportunity to make submissions.

[3] Having carefully considered the submissions made by the parties, both orally and in writing, I am of the view that this appeal should be granted. In particular, I find that legislative action is not a proper subject for an application for judicial review under the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [the Act], and that importing the duty to consult to the legislative process offends the separation of powers doctrine and the principle of parliamentary privilege.

au sujet de l’élaboration et du dépôt de deux projets de loi omnibus au Parlement. Ces textes avaient pour objet la réduction des pouvoirs réglementaires fédéraux de surveillance à l’égard des travaux et projets susceptibles d’avoir une incidence sur les droits de chasse, de pêche et de piégeage de la Première nation.

[2] La présente affaire soulève une question qui n’a pas encore été tranchée par une cour d’appel : la Couronne a-t-elle une obligation de consultation lorsqu’elle envisage des modifications législatives susceptibles d’avoir des effets préjudiciables sur les droits issus de traités et, dans l’affirmative, quelle est la portée de cette obligation? En effet, la Cour suprême a expressément, dans l’arrêt *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650 (*Rio Tinto*), au paragraphe 44, refusé d’examiner cette question, estimant qu’il valait mieux trancher dans une affaire ultérieure « [l]a question de savoir si une mesure gouvernementale s’entend aussi d’une mesure législative » et fait jouer l’obligation de consulter les groupes autochtones et, le cas échéant, de prendre des mesures d’accommodement. Le juge de première instance a reconnu, pour la première fois, que la Couronne avait effectivement l’obligation de consulter la Première nation crie Mikisew lorsque les deux projets de loi omnibus ont été déposés au Parlement. Cette obligation consiste à aviser la Première nation crie Mikisew au sujet des dispositions des projets de loi susceptibles d’avoir une incidence sur les droits issus de traités de ses membres, ainsi qu’à donner à la Première nation la possibilité raisonnable de présenter des observations.

[3] Après avoir soigneusement examiné les arguments avancés par les parties, à l’audience et par écrit, je suis d’avis d’accueillir le présent appel. En particulier, je conclus que la mesure législative ne se prête pas au contrôle judiciaire en vertu de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [Loi], et qu’introduire l’obligation de consulter dans la filière législative va à l’encontre de la doctrine de la séparation des pouvoirs et du principe du privilège parlementaire.

## I. Facts

[4] The facts leading to this case are not complex and can be briefly summarized. The Mikisew Cree is a band within the meaning of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, whose traditional territory is located in northeastern Alberta, and whose ancestors adhered to Treaty No. 8, which guarantees their right to hunt, trap and fish throughout the territory covered by that treaty.

[5] In 2012, the Minister of Finance introduced Bill C-38 [*An Act to implement certain provisions of the budget tabled in Parliament on March 29, 2012 and other measures*], enacted as the *Jobs, Growth and Long-Term Prosperity Act*, 41st Parl., 1st Sess., 2012 (assented to 29 June 2012), S.C. 2012, c. 19 and Bill C-45 [*A second Act to implement certain provisions of the budget tabled in Parliament on March 29, 2012 and other measures*], enacted as the *Jobs and Growth Act, 2012*, 41st Parl., 1st Sess., 2012 (assented to 14 December 2012), S.C. 2012, c. 31. These two omnibus bills resulted in the repeal of the *Canadian Environmental Assessment Act*, S.C. 1992, c. 37; the enactment of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, S.C. 2012, c. 19, s. 52 (CEAA, 2012); as well as in amendments to the *Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14, the *Species at Risk Act*, S.C. 2002, c. 29, the *Canadian Environmental Protection Act, 1999*, S.C. 1999, c. 33 and the *Navigable Waters Protection Act*, renamed the *Navigation Protection Act*, R.S.C., 1985, c. N-22 (NPA).

[6] Mikisew Cree alleges that the omnibus bills reduced the types of projects that were subject to federal environmental assessment, reduced the navigable waters that required federal approval to build obstructing works on them, diminished the protection of fish habitat, and reduced the requirements to approve effects on species at risk. Since environmental assessments and other federal approval mechanisms typically allow First Nations to voice their concerns about effects on its treaty rights to hunt, fish and trap, and have those rights accommodated, the Mikisew Cree argue that this reduction in

## I. Faits

[4] Les faits qui sont à l'origine de la présente affaire sont simples. En voici le résumé. La Première nation crie Mikisew est une bande au sens de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, dont le territoire traditionnel se trouve dans le Nord-Est de l'Alberta et dont les ancêtres ont adhéré au Traité n° 8. Ce texte leur garantit le droit de chasser, de piéger et de pêcher dans tout le territoire visé par ce traité.

[5] En 2012, le ministre des Finances a déposé le projet de loi C-38 [*Loi portant exécution de certaines dispositions du budget déposé au Parlement le 29 mars 2012 et mettant en œuvre d'autres mesures*], édicté sous le titre *Loi sur l'emploi, la croissance et la prospérité durable*, 41<sup>e</sup> lég., 1<sup>re</sup> sess., 2012 (sanctionnée le 29 juin 2012), L.C. 2012, ch. 19, et le projet de loi C-45 [*Loi n° 2 portant exécution de certaines dispositions du budget déposé au Parlement le 29 mars 2012 et mettant en œuvre d'autres mesures*], édicté sous le titre *Loi de 2012 sur l'emploi et la croissance*, 41<sup>e</sup> lég., 1<sup>re</sup> sess., 2012 (sanctionnée le 14 décembre 2012), L.C. 2012, ch. 31. Ces deux projets de loi omnibus ont entraîné l'abrogation de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, L.C. 1992, ch. 37; l'adoption de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*, L.C. 2012, ch. 19, art. 52 (la LCEE de 2012); ainsi que la modification de la *Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14, de la *Loi sur les espèces en péril*, L.C. 2002, ch. 29, de la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement (1999)*, L.C. 1999, ch. 33 et de la *Loi sur la protection des eaux navigables*, renommée la *Loi sur la protection de la navigation*, L.R.C. (1985), ch. N-22 (LPN).

[6] La Première nation crie Mikisew fait valoir que les projets de loi omnibus ont limité les types de projets devant faire l'objet d'une évaluation environnementale fédérale, restreint les eaux navigables à l'égard desquelles la construction d'un ouvrage est subordonnée à l'approbation fédérale, diminué la protection de l'habitat du poisson et réduit les exigences relatives à l'approbation des effets sur les espèces en péril. Le régime d'évaluation environnementale et d'autres mécanismes d'approbation fédérale permettent habituellement aux Premières Nations d'exprimer leurs préoccupations au

oversight may affect their treaty rights and accordingly, the Crown should have consulted with it during the development of that legislation and upon its introduction in Parliament. The Mikisew Cree sought declaratory and injunctive relief against the Crown before the Federal Court.

## II. The impugned decision

[7] On the standard of review, the Judge noted that the application required a *de novo* consideration of the circumstances, and as such there was no standard of review.

[8] First, the Judge found that the application was not precluded by subsection 2(2) of the *Federal Courts Act*, which states that a “federal board, commission or other tribunal” does not include, amongst others, “the Senate, the House of Commons, [or] any committee or member of either House”. While he took issue with the applicant’s characterization of the matter as “executive” rather than “legislative” in nature, the Judge noted that the applicant was not seeking judicial review of the content of the bills, of decisions of committees or members upon their introduction in Parliament, or of any particular decision of a minister in implementing legislation. Rather, it was his view that judicial review of the actual process undertaken by ministers “before legislation has been drafted and presented to Parliament” was being sought (reasons for judgment, at paragraph 22).

[9] Second, the Judge found that the matter was justiciable, entailing the determination of whether a legal and enforceable duty to consult existed, and that the matter was not premature (reasons for judgment, at paragraph 29).

[10] Third, the Judge found that if there was a duty to consult, it could not trigger any judicial intervention before a bill was introduced into Parliament by virtue of

sujet des effets sur leurs droits de chasse, de pêche et de piégeage issus de traités et d’obtenir des accommodements à ces droits. Ainsi, la Première nation crie Mikisew fait valoir que cette réduction de la surveillance risque d’avoir une incidence sur ses droits issus de traités. Par conséquent, elle prétend que la Couronne aurait dû la consulter durant les travaux menant à la rédaction du texte législatif et dès son dépôt au Parlement. La Première nation crie Mikisew a sollicité devant la Cour fédérale un jugement déclaratoire et une injonction contre la Couronne.

## II. Décision contestée

[7] Au sujet de la norme de contrôle, le juge a noté que la demande exigeait un examen *de novo* des circonstances. La question de la norme de contrôle ne se posait donc pas.

[8] En premier lieu, le juge a conclu que la demande n’était pas interdite par le paragraphe 2(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*, lequel prévoit que sont exclus de la définition d’ « office fédéral » « le Sénat, la Chambre des communes [et] tout comité ou membre de l’une ou l’autre chambre ». Si le juge n’était pas d’accord avec le demandeur pour dire que l’affaire était « de nature exécutive » plutôt que « de nature législative », il a noté que ce dernier ne sollicitait pas le contrôle judiciaire de la teneur des projets de loi, de décisions de comités ou de députés au moment du dépôt au Parlement, ou de toute décision d’un ministre dans l’élaboration des textes législatifs. Le juge était d’avis que c’était plutôt le contrôle judiciaire du processus suivi par les ministres « avant qu’un projet de loi soit rédigé et déposé au Parlement » qui était demandé (motifs du jugement, au paragraphe 22).

[9] Deuxièmement, le juge a conclu que l’affaire était justiciable, qu’elle soulevait la question de savoir s’il existe une obligation de consultation juridique et exécutoire, et que l’affaire n’était pas prématurée (motifs du jugement, au paragraphe 29).

[10] Troisièmement, le juge a conclu que, s’il y avait obligation de consulter, aucune intervention judiciaire n’était possible avant le dépôt d’un projet de loi au

the separation of powers doctrine. The Judge acknowledged the tension between the traditional reluctance of courts to impose any procedural requirements upon the legislative process, and the constitutional duty to consult arising from section 35 of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]. He found that neither *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257 (*Tsilhqot'in*) nor *Grassy Narrows First Nation v. Ontario (Natural Resources)*, 2014 SCC 48, [2014] 2 S.C.R. 447 (*Grassy Narrows*) stood for the proposition that legislation constitutes Crown conduct for the purposes of the duty to consult, and that certain passages of *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511 (*Haida Nation*) and *Rio Tinto* suggest the contrary, since in both such cases, the Court refused to dictate a particular regulatory scheme that Parliament should adopt to comply with the duty to consult. On that reasoning, the Judge found that the duty to consult was not triggered by legislative provisions that made “procedural changes”, such as the provisions of the CEEA, 2012 and of the *Fisheries Act* that allow the Crown to transfer its duty to consult to provincial authorities; public notification requirements in the NPA; time-limits and restrictions on public participation in environmental assessments as found under the CEEA, 2012; and the transfer of responsibilities for pipeline and powerline regulations and species at risk certifications to the National Energy Board.

[11] In response to the applicant’s argument that the duty to consult and judicial review could nonetheless attach to the policy development occurring prior to the decision to draft legislation, the Judge found that restraints on the executive’s policy choices to develop legislation is a restraint on the legislative branch itself, relying mainly on *Ontario v. Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3 (*Criminal Lawyers’ Association*) and *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525 (*re Canada Assistance Plan*). He found that the ministers

Parlement, et ce en raison de la doctrine de la séparation des pouvoirs. Le juge a reconnu la tension qui s’opère entre, d’une part, la réticence traditionnelle des tribunaux à imposer des exigences procédurales à la filière législative et, d’autre part, l’obligation de consultation constitutionnelle découlant de l’article 35 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]. Il estimait que ni l’arrêt *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257 (*Tsilhqot'in*) ni l’arrêt *Première Nation de Grassy Narrows c. Ontario (Ressources naturelles)*, 2014 CSC 48, [2014] 2 R.C.S. 447 (*Grassy Narrows*) ne permettaient de conclure que la mesure législative constitue une mesure de la Couronne faisant jouer l’obligation de consulter. Selon lui, certains passages des arrêts *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511 (*Nation haïda*) et *Rio Tinto* donnent à penser le contraire, étant donné que, dans les deux cas, la Cour a refusé de dicter au législateur le régime réglementaire qui permettrait le respect de l’obligation de consulter. Suivant ce raisonnement, le juge est arrivé à la conclusion que l’obligation de consulter ne joue pas à l’égard des dispositions législatives apportant des « changements à la procédure », comme les dispositions de la LCEE de 2012 et de la *Loi sur les pêches* qui délèguent cette obligation aux autorités provinciales, les exigences relatives aux avis publics de la LPN, les délais et restrictions applicables à la participation publique aux évaluations environnementales prévus à la LCEE de 2012 et les dispositions déléguant à l’Office national de l’énergie la responsabilité de réglementation des pipelines et lignes électriques ainsi que la délivrance des certificats à l’égard d’espèces en péril.

[11] En réponse à l’argument du demandeur selon lequel l’obligation de consulter et le contrôle judiciaire pouvaient néanmoins intervenir à l’étape de l’élaboration de politiques préalable à la rédaction d’un projet de loi, le juge a conclu qu’entraver les orientations législatives du pouvoir exécutif revient à entraver le pouvoir législatif même, principalement sur le fondement des arrêts *Ontario c. Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3 (*Criminal Lawyers’ Association*) et *Renvoi relatif au Régime d’assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991]

acted in their legislative capacity in reaching the decision at issue in the application, and that the above-noted cases applied in the Aboriginal context since the result of applying the duty to consult to the law-making process would equally place procedural constraints on Parliament (reasons for judgment, at paragraphs 65–67). He further noted that the law-making process requires flexibility, and that having the duty to consult apply to this process would constrain it.

[12] The Judge then considered whether the honour of the Crown in its dealings with Aboriginal peoples mandated a departure from the traditional separation of powers doctrine with respect to the legislative process. On this point, he noted that Treaty No. 8 contained no special provisions that would “allow the Mikisew, in preference to other Canadians, to intervene in the legislative process before a bill that may, in some arguable way, interfere with the Mikisew’s treaty rights of fishing and trapping” (reasons for judgment, at paragraph 71). Although the Judge qualified this proposition by indicating that “[t]his does not mean that all legislative conduct will automatically fail to constitute Crown conduct for the purpose of triggering a duty to consult”, he found that intervention in the law-making process in this case would compromise parliamentary sovereignty. He therefore concluded that if there was a duty to consult, it could not trigger any judicial intervention prior to the introduction of a bill in Parliament.

[13] Fourth, the Judge applied the test from *Haida Nation* to establish whether a duty to consult exists, which asks whether (1) the Crown has knowledge, real or constructive, of the potential existence of an Aboriginal or treaty right, and (2) contemplates conduct that (3) might adversely affect it (*Haida Nation*, at paragraph 35). Regarding knowledge of the Aboriginal or treaty right, the Judge acknowledged the Crown’s concession that it has knowledge of Mikisew Cree’s treaty rights. With respect to the requirement of Crown conduct, the Judge proceeded on the assumption that the

2 R.C.S. 525 (*Renvoi relatif au Régime d’assistance publique du Canada*). Il a conclu que les ministres avaient agi en leur capacité législative pour en arriver à la décision en litige dans la demande, et que les affaires susmentionnées s’appliquaient dans le contexte autochtone. En effet, en subordonnant la filière législative à l’obligation de consulter, on imposerait des contraintes procédurales aux travaux du législateur (motifs du jugement, aux paragraphes 65 à 67). Il a en outre fait remarquer que la filière législative requiert de la souplesse, et que l’assujettir à l’obligation de consulter l’entraverait.

[12] Le juge a ensuite examiné la question de savoir si le principe de l’honneur de la Couronne dans ses rapports avec les peuples autochtones justifiait une dérogation à la doctrine traditionnelle de la séparation des pouvoirs en ce qui concerne la filière législative. Sur ce point, il a noté que le Traité n° 8 ne contenait aucune disposition spéciale qui permettrait « aux Mikisew, en priorité sur les autres Canadiens, d’intervenir dans le processus législatif avant qu’un projet de loi puisse, censément, empiéter sur les droits de pêche et de piégeage qui leur ont été conférés par traité » (motifs du jugement, au paragraphe 71). Bien que le juge ait nuancé cette proposition en indiquant que « [c]ela ne veut pas dire que toutes les mesures législatives ne constitueront pas, de manière automatique, une mesure de la Couronne pour les besoins du déclenchement d’une obligation de consultation », il a conclu qu’une intervention dans la filière législative en l’espèce compromettrait la souveraineté parlementaire. Il était donc d’avis que s’il existait une obligation de consulter, elle ne pouvait pas donner lieu à une intervention judiciaire avant le dépôt d’un projet de loi au Parlement.

[13] Quatrièmement, le juge a appliqué le critère issu de l’arrêt *Nation haïda* pour décider s’il existe une obligation de consulter. Ce critère consiste à se demander si 1) la Couronne a connaissance, concrètement ou par imputation, de l’existence potentielle du droit ancestral ou issu de traités, 2) envisage des mesures 3) susceptibles d’avoir un effet préjudiciable (*Nation haïda*, au paragraphe 35). En ce qui concerne la connaissance du droit ancestral ou issu d’un traité, le juge a retenu la concession de la Couronne selon laquelle elle a connaissance des droits issus de traités de la Première nation



steps ministers take prior to the introduction of a bill in Parliament constitute Crown conduct that can give rise to the duty to consult (reasons for judgment, at paragraph 84). As for the potential adverse effects, the Judge found that the reduction of navigable waters that are protected under the NPA and the reduction of protection to fish habitat under the *Fisheries Act* constitute a sufficient potential risk to fishing and trapping rights to trigger the duty to consult. He emphasized that potential harm is sufficient under the *Haida Nation* test. However, with respect to the CEAA, 2012, the Judge found that the narrower scope of consideration of environmental effects should not affect Aboriginal peoples given subsection 5(1) of the CEAA, 2012, and that the amendments to the *Species at Risk Act* would not allow individuals to engage in activities that affect listed wildlife species. The Judge concluded that for the provisions which triggered a duty to consult (i.e., those found in the NPA and in the *Fisheries Act*), it could have been triggered when the omnibus bills were introduced to Parliament (reasons for judgment, at paragraph 99).

[14] The Judge went on to discuss the extent of that duty, concluding that the amendments to the NPA and the *Fisheries Act* triggered a duty to give notice and a reasonable opportunity to make submissions, but did not result in a duty to accommodate, because the provisions had not yet been applied to any specific situations that would trigger the higher end of the spectrum of consultation described in *Haida Nation*.

[15] Fifth, the Judge found that the appropriate remedy was a declaration to the effect that the Crown had a duty to consult with the Mikisew Cree at the time each omnibus bill was introduced in Parliament by giving notice and an opportunity to provide submissions. On injunctive relief, he found that there would be no value in such an order, which would be impossible to define and would unduly fetter the workings of government

crie Mikisew. En ce qui a trait à l'élément du critère portant sur les mesures envisagées par la Couronne, le juge est parti du principe que les travaux des ministres avant le dépôt d'un projet de loi au Parlement constituent une mesure de la Couronne qui peut donner lieu à l'obligation de consulter (motifs du jugement, au paragraphe 84). Quant au risque d'effet préjudiciable, le juge a conclu que la réduction des eaux navigables protégées par la LPN et la réduction de la protection de l'habitat du poisson par la *Loi sur les pêches* constituent un risque suffisant pour les droits de pêche et de piégeage pour que joue l'obligation de consulter. Il a souligné que le risque d'un effet préjudiciable suffit pour qu'il soit satisfait au critère énoncé dans l'arrêt *Nation haida*. Toutefois, en ce qui concerne la LCEE de 2012, le juge était d'avis que la portée plus restreinte des évaluations environnementales ne devrait avoir aucune incidence sur les peuples autochtones, compte tenu du paragraphe 5(1) de la LCEE de 2012, et que les modifications apportées à la *Loi sur les espèces en péril* ne permettraient pas à un particulier de se livrer à des activités qui touchent les espèces sauvages inscrites. Le juge a conclu, dans le cas des dispositions qui font jouer l'obligation de consulter (c'est-à-dire celles prévues dans la LPN et dans la *Loi sur les pêches*), que cette obligation aurait pu entrer en jeu lorsque les projets de loi omnibus ont été déposés au Parlement (motifs du jugement, au paragraphe 99).

[14] Le juge a poursuivi en examinant la portée de cette obligation et a conclu que les modifications apportées à la LPN et à la *Loi sur les pêches* avaient fait intervenir l'obligation de donner un préavis et une possibilité raisonnable de présenter des observations, mais n'avaient pas entraîné une obligation d'accommodement, parce que les dispositions en question n'avaient pas encore été appliquées à des situations précises qui commanderaient les consultations approfondies décrites dans l'arrêt *Nation haida*.

[15] Cinquièmement, le juge a conclu que la réparation qui convenait consistait en une déclaration que la Couronne avait l'obligation de consulter la Première nation crie Mikisew au moment où chaque projet de loi omnibus avait été présenté au Parlement, en donnant un avis et la possibilité de présenter des observations. À propos de l'injonction demandée, il estimait qu'une telle ordonnance ne vaudrait rien, car elle serait impossible

(reasons for judgment, at paragraph 106). The Judge found that the constitutional nature of the duty to consult allowed the Court to review the conduct at issue, but that in deciding on a remedy, it should grant no relief beyond a declaration in recognition of the constitutional responsibilities of the legislative branch (reasons for judgment, at paragraph 107). Since the omnibus bills had already been enacted, a declaration that the Crown should consult would be pointless; however, the Judge found that a declaration on the existence of the duty to consult would have practical value for the parties' future obligations in implementing Treaty No. 8.

### III. Issues

[16] I agree with the respondent that the issues on the appeal and cross-appeal overlap, and that there is no use in parsing them out. Overall, the case raises the following questions:

- A. Did the Judge err in conducting a judicial review of legislative action contrary to the *Federal Courts Act*?
- B. Did the Judge err by failing to respect the doctrine of separation of powers or the principle of parliamentary privilege?
- C. Did the Judge err in concluding that the duty to consult had been triggered?
- D. Did the Judge err in determining the appropriate remedy?

[17] As I dispose of this appeal on the basis of issues A and B, issues C and D will not be addressed in my analysis below.

### IV. Analysis

[18] There is no dispute between the parties that the issues raised on this appeal are subject to the standard

à définir et entraverait indûment les travaux du gouvernement (motifs du jugement, au paragraphe 106). Le juge est arrivé à la conclusion qu'en raison de la nature constitutionnelle de l'obligation de consulter, la Cour pouvait examiner la mesure en question, mais ne devait accorder aucune réparation mis à part un jugement déclaratoire reconnaissant les responsabilités constitutionnelles du pouvoir législatif (motifs du jugement, au paragraphe 107). Étant donné que les projets de loi omnibus avaient déjà été adoptés, un jugement déclaratoire portant que la Couronne aurait dû consulter serait inutile; cependant, le juge a conclu qu'un jugement déclarant l'existence de l'obligation de consulter aurait une valeur pratique pour les obligations futures des parties dans la mise en œuvre du Traité n° 8.

### III. Questions en litige

[16] Je suis d'accord avec l'intimé pour dire que les questions en litige dans l'appel et l'appel incident se chevauchent, et qu'il n'est pas nécessaire de les analyser séparément. Dans l'ensemble, la présente affaire soulève les questions suivantes :

- A. Le juge a-t-il commis une erreur en procédant à un contrôle judiciaire d'une mesure législative, ce que ne permet pas la *Loi sur les Cours fédérales*?
- B. Le juge a-t-il commis une erreur en ne respectant pas le principe de la séparation des pouvoirs ou celui du privilège parlementaire?
- C. Le juge a-t-il commis une erreur en concluant que l'obligation de consulter entrainait en jeu?
- D. Le juge a-t-il commis une erreur dans la détermination de la réparation?

[17] Comme je tranche le présent appel sur le fondement des questions A et B, l'analyse n'abordera pas les questions C et D.

### IV. Analyse

[18] Les parties s'entendent pour dire que les questions soulevées dans le présent appel commandent

of correctness as questions of law (*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235), except for any factual findings underlying the existence of the duty to consult, which are reviewable on palpable and overriding error (*Haida Nation*, at paragraph 61), and the Judge's discretionary decision regarding the remedy to grant, which is also subject to deference (*MiningWatch Canada v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2010 SCC 2, [2010] 1 S.C.R. 6, at paragraph 43). I shall therefore proceed with my analysis, keeping in mind these various standards of review.

A. *Did the Judge err in conducting a judicial review of legislative action contrary to the Federal Courts Act?*

[19] The first hurdle that an applicant must surmount when filing a proceeding in the Federal Court is jurisdictional. As a statutory court, the Federal Court must have been granted jurisdiction by Parliament to deal with the subject matter of the proposed application or action (*ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752, at page 766; *Canada (Attorney General) v. TeleZone Inc.*, 2010 SCC 62, [2010] 3 S.C.R. 585 (*TeleZone*), at paragraph 43).

[20] When the *Federal Courts Act* was adopted in 1971, an important consideration was the need for a national and coherent perspective on judicial review of federal public bodies; as a result, the jurisdiction of the former Exchequer Court was expanded to confer on the Federal Court and the Federal Court of Appeal the exclusive supervisory function to review the decisions of federal decision makers (see *Hupacasath First Nation v. Canada (Foreign Affairs and International Trade Canada)*, 2015 FCA 4, 379 D.L.R. (4th) 737, at paragraph 52; *Canada v. Tremblay*, 2004 FCA 172, [2004] 4 F.C.R. 165).

l'application de la norme de la décision correcte, puisqu'il s'agit de questions de droit (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235), sauf pour ce qui est des conclusions de fait qui sous-tendent l'existence de l'obligation de consulter, qui appellent l'application de la norme de l'erreur manifeste et dominante (*Nation haïda*, au paragraphe 61), et la décision discrétionnaire du juge de première instance au sujet de la réparation à accorder, qui commande aussi la retenue (*Mines Alerte Canada c. Canada (Pêches et Océans)*, 2010 CSC 2, [2010] 1 R.C.S. 6, au paragraphe 43). Je vais donc procéder à mon analyse, tout en gardant à l'esprit ces diverses normes de contrôle.

A. *Le juge a-t-il commis une erreur en procédant à un contrôle judiciaire d'une mesure législative, ce que ne permet pas la Loi sur les Cours fédérales?*

[19] Le premier obstacle que le demandeur doit surmonter lors du dépôt d'un avis introductif d'instance devant la Cour fédérale en est un de compétence. À titre de cour créée par une loi, la Cour fédérale doit s'être vu attribuer la compétence voulue par le législateur pour connaître de l'objet de la demande ou de l'action proposée (*ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752, à la page 766; *Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.*, 2010 CSC 62, [2010] 3 R.C.S. 585 (*TeleZone*), au paragraphe 43).

[20] L'une des considérations importantes ayant présidé à l'adoption de la *Loi sur les Cours fédérales*, en 1971, était la nécessité d'une perspective nationale et cohérente à l'égard du contrôle judiciaire des décisions issues d'organismes publics fédéraux. Par conséquent, la compétence de l'ancienne Cour de l'Échiquier a été élargie à la Cour fédérale et à la Cour d'appel fédérale de manière à leur conférer une fonction de surveillance exclusive leur permettant de procéder au contrôle des décisions rendues par des décideurs fédéraux (voir *Première Nation des Hupacasath c. Canada (Affaires étrangères et Commerce international Canada)*, 2015 CAF 4, au paragraphe 52; *Canada c. Tremblay*, 2004 CAF 172, [2004] 4 R.C.F. 165).

[21] By its very nature, judicial review is concerned with the rule of law and the objective of ensuring that government officials, from the highest ranking representatives to those operating at the lower echelons, act within the boundaries of the law. As the Supreme Court stated in *TeleZone*, “[j]udicial review is directed at the legality, reasonableness, and fairness of the procedures employed and actions taken by government decision makers” (at paragraph 24). It is concerned with government action, and not with legislation.

[22] This rationale is reflected in the wording of sections 18 and 18.1 of the *Federal Courts Act*, along with the definition provided for “federal board, commission or other tribunal” at paragraph 2(1) and the exclusion from that definition of the Senate and House of Commons at paragraph 2(2) of that same Act. These provisions read as follows:

#### Definitions

2 (1) In this Act,

...

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

...

#### Senate and House of Commons

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

[21] De par sa nature même, le contrôle judiciaire concerne la primauté du droit et a pour objectif de veiller à ce que les représentants de l’État, des premiers aux derniers échelons, n’outrepassent pas les limites de la loi. Ainsi que l’écrit la Cour suprême dans l’arrêt *TeleZone*, « [l]e contrôle judiciaire s’intéresse à la légalité, à la raisonnable et à l’équité du processus suivi et des mesures prises par l’administration publique » (au paragraphe 24). Il s’intéresse aux mesures gouvernementales, et non aux mesures législatives.

[22] Ce raisonnement est reflété dans le libellé des articles 18 et 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, ainsi que dans la définition du terme « office fédéral » au paragraphe 2(1) et l’exclusion du Sénat et de la Chambre des communes de cette définition aux termes du paragraphe 2(2) de cette même Loi. Ces dispositions sont ainsi libellées :

#### Définitions

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

[...]

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

[...]

#### Sénat et Chambre des communes

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

...

[...]

**Extraordinary remedies, federal tribunals**

**18 (1)** Subject to section 28, the Federal Court has exclusive original jurisdiction

(a) to issue an injunction, writ of *certiorari*, writ of prohibition, writ of *mandamus* or writ of *quo warranto*, or grant declaratory relief, against any federal board, commission or other tribunal; and

(b) to hear and determine any application or other proceeding for relief in the nature of relief contemplated by paragraph (a), including any proceeding brought against the Attorney General of Canada, to obtain relief against a federal board, commission or other tribunal.

**Extraordinary remedies, members of Canadian Forces**

(2) The Federal Court has exclusive original jurisdiction to hear and determine every application for a writ of *habeas corpus ad subjiciendum*, writ of *certiorari*, writ of prohibition or writ of *mandamus* in relation to any member of the Canadian Forces serving outside Canada.

**Remedies to be obtained on application**

(3) The remedies provided for in subsections (1) and (2) may be obtained only on an application for judicial review made under section 18.1.

**Application for judicial review**

**18.1 (1)** An application for judicial review may be made by the Attorney General of Canada or by anyone directly affected by the matter in respect of which relief is sought.

**Time limitation**

(2) An application for judicial review in respect of a decision or an order of a federal board, commission or other tribunal shall be made within 30 days after the time the decision or order was first communicated by the federal board, commission or other tribunal to the office of the Deputy Attorney General of Canada or to the party directly affected by it, or within any further time that a judge of the Federal Court may fix or allow before or after the end of those 30 days.

**Recours extraordinaires : offices fédéraux**

**18 (1)** Sous réserve de l'article 28, la Cour fédérale a compétence exclusive, en première instance, pour :

a) décerner une injonction, un bref de *certiorari*, de *mandamus*, de prohibition ou de *quo warranto*, ou pour rendre un jugement déclaratoire contre tout office fédéral;

b) connaître de toute demande de réparation de la nature visée par l'alinéa a), et notamment de toute procédure engagée contre le procureur général du Canada afin d'obtenir réparation de la part d'un office fédéral.

**Recours extraordinaires : Forces canadiennes**

(2) Elle a compétence exclusive, en première instance, dans le cas des demandes suivantes visant un membre des Forces canadiennes en poste à l'étranger : bref d'*habeas corpus ad subjiciendum*, de *certiorari*, de prohibition ou de *mandamus*.

**Exercice des recours**

(3) Les recours prévus aux paragraphes (1) ou (2) sont exercés par présentation d'une demande de contrôle judiciaire.

**Demande de contrôle judiciaire**

**18.1 (1)** Une demande de contrôle judiciaire peut être présentée par le procureur général du Canada ou par quiconque est directement touché par l'objet de la demande.

**Délai de présentation**

(2) Les demandes de contrôle judiciaire sont à présenter dans les trente jours qui suivent la première communication, par l'office fédéral, de sa décision ou de son ordonnance au bureau du sous-procureur général du Canada ou à la partie concernée, ou dans le délai supplémentaire qu'un juge de la Cour fédérale peut, avant ou après l'expiration de ces trente jours, fixer ou accorder.

### Powers of Federal Court

(3) On an application for judicial review, the Federal Court may

(a) order a federal board, commission or other tribunal to do any act or thing it has unlawfully failed or refused to do or has unreasonably delayed in doing; or

(b) declare invalid or unlawful, or quash, set aside or set aside and refer back for determination in accordance with such directions as it considers to be appropriate, prohibit or restrain, a decision, order, act or proceeding of a federal board, commission or other tribunal.

### Grounds of review

(4) The Federal Court may grant relief under subsection (3) if it is satisfied that the federal board, commission or other tribunal

(a) acted without jurisdiction, acted beyond its jurisdiction or refused to exercise its jurisdiction;

(b) failed to observe a principle of natural justice, procedural fairness or other procedure that it was required by law to observe;

(c) erred in law in making a decision or an order, whether or not the error appears on the face of the record;

(d) based its decision or order on an erroneous finding of fact that it made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it;

(e) acted, or failed to act, by reason of fraud or perjured evidence; or

(f) acted in any other way that was contrary to law.

### Defect in form or technical irregularity

(5) If the sole ground for relief established on an application for judicial review is a defect in form or a technical irregularity, the Federal Court may

(a) refuse the relief if it finds that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred; and

### Pouvoirs de la Cour fédérale

(3) Sur présentation d'une demande de contrôle judiciaire, la Cour fédérale peut :

a) ordonner à l'office fédéral en cause d'accomplir tout acte qu'il a illégalement omis ou refusé d'accomplir ou dont il a retardé l'exécution de manière déraisonnable;

b) déclarer nul ou illégal, ou annuler, ou infirmer et renvoyer pour jugement conformément aux instructions qu'elle estime appropriées, ou prohiber ou encore restreindre toute décision, ordonnance, procédure ou tout autre acte de l'office fédéral.

### Motifs

(4) Les mesures prévues au paragraphe (3) sont prises si la Cour fédérale est convaincue que l'office fédéral, selon le cas :

a) a agi sans compétence, outrepassé celle-ci ou refusé de l'exercer;

b) n'a pas observé un principe de justice naturelle ou d'équité procédurale ou toute autre procédure qu'il était légalement tenu de respecter;

c) a rendu une décision ou une ordonnance entachée d'une erreur de droit, que celle-ci soit manifeste ou non au vu du dossier;

d) a rendu une décision ou une ordonnance fondée sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont il dispose;

e) a agi ou omis d'agir en raison d'une fraude ou de faux témoignages;

f) a agi de toute autre façon contraire à la loi.

### Vice de forme

(5) La Cour fédérale peut rejeter toute demande de contrôle judiciaire fondée uniquement sur un vice de forme si elle estime qu'en l'occurrence le vice n'entraîne aucun dommage important ni déni de justice et, le cas échéant, valider la décision ou l'ordonnance entachée du vice et donner effet à celle-ci selon les modalités de temps et autres qu'elle estime indiquées.

(b) in the case of a defect in form or a technical irregularity in a decision or an order, make an order validating the decision or order, to have effect from any time and on any terms that it considers appropriate.

[23] On a plain reading of these provisions, there would appear to be two requirements for this Court or the Federal Court to be validly seized of an application for judicial review. First, that there be an identifiable decision or order in respect of which a remedy is sought. Second, that the impugned decision or order be made by a “federal board, commission or other tribunal”. In the case at bar, the second of these conditions is clearly not met.

[24] It is difficult to conceive of any discrete decision made by the Governor in Council or the various ministers that would be the subject of this application for judicial review. Indeed, the relief requested by the respondent is of a declaratory and injunctive nature with respect to the development of the omnibus bills. The Judge found as much at paragraph 16 of his reasons, where he stated explicitly that “[t]his is not a review of any decision or order of a federal board”. He did say, later on in his reasons, that “there is a sufficient legal basis for the Court to review the matter judicially: namely, whether the legal and enforceable duty to consult applies to the decisions at issue” [emphasis added] (reasons for judgment, at paragraph 29), and that “the [m]inisters acted in their legislative capacity to make decisions that were legislative in nature” [emphasis added] (reasons for judgment, at paragraph 66). It is not clear, however, what particular decisions he was referring to in the above-referenced passages. If it is the decision to move forward with a policy initiative with a view to bringing proposed legislation to Cabinet for approval and eventually, to Parliament for adoption, it would presumably not meet the requirement for a formal decision as it would be inchoate in nature and not formally recorded.

[25] Be that as it may, this is not the argument put forward by the respondent. Instead, it argues that the *Federal Courts Act* does not require that there be a “decision”, but only a “matter” triggering rights to

[23] Suivant le sens ordinaire des termes de ces dispositions, il semble que deux conditions doivent être réunies pour que notre Cour ou la Cour fédérale puisse être valablement saisie d’une demande de contrôle judiciaire. En premier lieu, il faut qu’il y ait une décision ou une ordonnance pour laquelle une réparation est demandée. En second lieu, il faut que la décision ou l’ordonnance contestée émane d’un « office fédéral ». Dans le cas qui nous occupe, il n’est manifestement pas satisfait à la deuxième de ces conditions.

[24] Il est difficile de circonscrire la décision émanant du gouverneur en conseil ou de divers ministres à l’origine de la présente demande de contrôle judiciaire. En effet, la réparation demandée par l’intimé est de la nature d’un jugement déclaratoire et d’une injonction en ce qui a trait à l’élaboration des projets de loi omnibus. C’est ce que le juge a conclu au paragraphe 16 de ses motifs, où il a déclaré qu’« [i]l ne s’agit pas du contrôle d’une décision ou d’une ordonnance d’un office fédéral ». Il a précisé plus loin que « le fondement juridique de la question posée est suffisant pour que la Cour procède à un contrôle judiciaire : l’obligation légale et exécutoire de consultation s’applique-t-elle aux décisions en litige? » [non souligné dans l’original] (motifs du jugement, au paragraphe 29) et que « les ministres ont agi en leur capacité législative de prendre des décisions qui étaient de nature législative » [non souligné dans l’original] (motifs du jugement, au paragraphe 66). Il n’est pas clair, toutefois, à quelles décisions précises il faisait référence dans les passages susmentionnés. Si c’était la décision de poursuivre une initiative stratégique en vue de présenter un projet de loi au Cabinet pour approbation et, par la suite, au Parlement en vue de son adoption, dont il était question, celle-ci ne respecte pas la condition exigeant l’existence d’une décision en bonne et due forme en raison de son état embryonnaire et du fait qu’elle n’est pas consignée officiellement.

[25] Quoi qu’il en soit, ce n’est pas l’argument avancé par l’intimé. Il soutient plutôt que la *Loi sur les Cours fédérales* n’exige pas qu’il y ait une « décision », mais seulement un « objet », pour qu’il y ait droit au contrôle

judicial review. They rely for that proposition on the reasons of this Court in *Air Canada v. Toronto Port Authority*, 2011 FCA 347, [2013] 3 F.C.R. 605 (*Air Canada*) (per Stratas J.), which the Judge quoted at length and purportedly applied. The crux of the Court’s reasoning can be grasped from the following excerpt:

Subsection 18.1(1) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the *Federal Courts Act* provides that an application for judicial review may be made by the Attorney General of Canada or by anyone directly affected by “the matter in respect of which relief is sought.” A “matter” that can be subject of judicial review includes not only a “decision or order”, but any matter in respect of which a remedy may be available under section 18 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26] of the *Federal Courts Act*: *Krause v. Canada*, [1999] 2 F.C. 476 (C.A.). Subsection 18.1(3) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] sheds further light on this, referring to relief for an “act or thing”, a failure, refusal or delay to do an “act or thing”, a “decision”, an “order” and a “proceeding”. Finally, the rules that govern applications for judicial review apply to “applications for judicial review of administrative action”, not just applications for judicial review of “decisions or orders”: rule 300 [as am. by SOR/2002-417, s. 18(E); 2004-283, s. 37] of the *Federal Courts Rules* [SOR/98-106, r. 1 (as am. *idem*, s. 2)].

*Air Canada*, at paragraph 24.

[26] Assuming that the focus of the inquiry is whether the decision maker has done anything which may have triggered rights on the part of the aggrieved party to bring a judicial review, the respondent still has to establish that the Federal Court is empowered to act and to provide a remedy. Typically, the kind of remedies available on an application for judicial review are couched with a view to ensuring that the legal framework within which the executive branch of the government must act is complied with. The language of subsections 18.1(3) and (4) is permeated with notions that partake to administrative law (consider, for instance, the following terms used in these subsections: “unlawfully”, “unreasonably delayed”, “invalid or unlawful”, “quash, set aside or set aside and refer back for redetermination”, “prohibit or restrain”, “acted without jurisdiction, acted beyond its

judiciaire. Il invoque au soutien de cette thèse les motifs de la Cour dans l’arrêt *Air Canada c. Administration portuaire de Toronto*, 2011 CAF 347, [2013] 3 R.C.F. 605 (*Air Canada*) (le juge Stratas), que le juge a cité longuement et aurait suivi. L’essentiel du raisonnement de la Cour peut être tiré de l’extrait suivant :

Le paragraphe 18.1(1) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la *Loi sur les Cours fédérales* énonce qu’une demande de contrôle judiciaire peut être présentée par le procureur général du Canada ou par quiconque est « directement touché par l’objet de la demande ». La question qui peut faire l’objet d’une demande de contrôle judiciaire ne comprend pas seulement une « décision ou ordonnance », mais tout objet susceptible de donner droit à une réparation aux termes de l’article 18 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26] de la *Loi sur les Cours fédérales* : *Krause c. Canada*, [1999] 2 C.F. 476 (C.A.). Le paragraphe 18.1(3) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2000, ch. 8, art. 27] apporte d’autres précisions à ce sujet, indiquant que la Cour peut accorder une réparation à l’égard d’un « acte », de l’omission ou du refus d’accomplir un « acte », ou du retard mis à exécuter un « acte », une « décision », une « ordonnance » et une « procédure ». Enfin, les règles qui régissent les demandes de contrôle judiciaire s’appliquent aux « demandes de contrôle judiciaire de mesures administratives », et non pas aux seules demandes de contrôle judiciaire de « décisions ou ordonnances » : règle 300 [mod. par DORS/2002-417, art. 18(A); 2004-283, art. 37] des *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106, règle 1 (mod., *idem*, art. 2)].

*Air Canada*, au paragraphe 24.

[26] En supposant que l’analyse porte sur la question de savoir si le décideur a accompli un acte susceptible de faire intervenir les droits de la partie s’estimant lésée de présenter une demande de contrôle judiciaire, le défendeur doit quand même démontrer que la Cour fédérale a le pouvoir d’agir et d’ordonner une réparation. Habituellement, les réparations possibles dans le cadre d’une demande de contrôle judiciaire sont formulées dans l’optique d’assurer le respect du cadre juridique qui circonscrit les actes de l’exécutif. Le libellé des paragraphes 18.1(3) et (4) est imprégné de notions qui participent du droit administratif (prenons, à titre d’exemple, les termes qui y sont employés : « illégalement », « retardé [...] de manière déraisonnable », « nul ou illégal », « annuler, ou infirmer et renvoyer pour jugement », « prohiber ou [...] restreindre », « a agi sans



jurisdiction or refused to exercise its jurisdiction”, “failed to observe a principle of natural justice”, “erred in law”, “erroneous finding of fact”, “acted in any other way that was contrary to law”). This is clearly not the kind of language used in relation to legislative action. To the extent, therefore, that the ministers and the Governor in Council were acting in their legislative capacity in developing the two omnibus bills, as argued by the appellants, judicial review would clearly not be available. This brings me to the second requirement for the Federal Court (and this Court) to have jurisdiction pursuant to sections 18 and 18.1 of the *Federal Courts Act*.

[27] Sections 18 and 18.1 of the *Federal Courts Act* make it clear that it is only those decisions made and actions taken by a “federal board, commission or other tribunal” that can be the subject of the supervisory jurisdiction of the Federal Court (and of the Federal Court of Appeal pursuant to section 28 of the *Federal Courts Act*). It is well established that the test for determining whether a person or body falls within the definition of those words as found in subsection 2(1) involves two questions. First, what is the particular jurisdiction or power that is being exercised, and second (and more importantly), what is the source of that jurisdiction or power (see *Anisman v. Canada (Border Services Agency)*, 2010 FCA 52, 400 N.R. 137, at paragraphs 29–31; *Air Canada*, at paragraph 47). As Donald J.M. Brown and John M. Evans put it in *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, looseleaf (Toronto: Thomson Reuters Canada, 2016), at paragraph 2:4310:

In the result, the *source* of a tribunal’s authority, and not the *nature* of either the power exercised or the body exercising it, is the primary determinant of whether it falls within the definition. The test is simply whether the body is empowered by or under federal legislation or by an order made pursuant to a prerogative power of the federal Crown. [Emphasis in the original; references omitted.]

[28] The respondent argues that ministers are not acting as members of Parliament empowered to legislate by Part IV of the *Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [reprinted in R.S.C., 1985, Appendix

compétence, outrepassé celle-ci ou refusé de l’exercer », « n’a pas observé un principe de justice naturelle », « décision [...] entachée d’une erreur de droit », « conclusion de fait erronée », « a agi de toute autre façon contraire à la loi ». Ce ne sont manifestement pas des termes qui renvoient à une mesure législative. En conséquence, si les ministres et le gouverneur en conseil agissaient en leur capacité législative lorsqu’ils ont élaboré les deux projets de loi omnibus, comme le prétendent les appelants, le contrôle judiciaire ne sera manifestement pas possible. Ce qui m’amène à la deuxième condition à laquelle est subordonnée la compétence de la Cour fédérale (et de la Cour) en vertu des articles 18 et 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*.

[27] Les articles 18 et 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales* prévoient expressément que ce ne sont que les décisions et mesures prises par un « office fédéral » qui peuvent faire l’objet du contrôle par la Cour fédérale (et par la Cour d’appel fédérale en vertu de l’article 28 de la *Loi sur les Cours fédérales*). Il est bien établi que le critère applicable pour décider si une personne ou un organisme est visé par la définition que l’on trouve au paragraphe 2(1) emporte deux questions. Premièrement, il faut cerner la compétence ou le pouvoir particulier qui est exercé et — plus important encore —, la source de cette compétence ou pouvoir (voir l’arrêt *Anisman c. Canada (Agence des services frontaliers)*, 2010 CAF 52, aux paragraphes 29 à 31; *Air Canada*, au paragraphe 47). Comme le disent Donald J.M. Brown et John M. Evans dans *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, feuilles mobiles (Toronto : Thomson Reuters Canada, 2016), au paragraphe 2:4310 :

[TRADUCTION] En fin de compte, la *source* de la compétence d’un tribunal — et non pas la *nature* du pouvoir exercé ou de l’organisme l’exerçant — est le premier facteur déterminant pour savoir s’il est visé par la définition. Le critère consiste simplement à savoir si l’organisme tire ses pouvoirs d’une loi fédérale ou d’un décret pris en vertu d’une prerogative de la Couronne fédérale. [Renvois omis; caractères italiques dans l’original.]

[28] L’intimé fait valoir que les ministres n’agissaient pas en tant que parlementaires investis du pouvoir de légiférer en vertu de la partie IV de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.)

II, No. 5] during the policy development phase of law making, but rather, they are exercising their executive powers as Cabinet ministers responsible for their departments pursuant to various departmental acts (see *Department of Indian Affairs and Northern Development Act*, R.S.C., 1985, c. I-6; *Department of the Environment Act*, R.S.C., 1985, c. E-10; *Department of Fisheries and Oceans Act*, R.S.C., 1985, c. F-15; *Department of Transport Act*, R.S.C., 1985, c. T-18; *Department of Natural Resources Act*, S.C. 1994, c. 41; *Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11). These various statutes provide for the appointment of ministers; establish the scope of their mandates; provide a basic framework of powers, duties and functions they may exercise in delivering on their mandates and for which they are accountable; create departments over which they preside; and organize resources to support them in the discharge of their responsibilities. Nowhere, however, do these acts refer even implicitly to their role as policy makers or to the development of legislation for introduction into Parliament. This is not to say that such a responsibility is not part of their mandate as ministers; but it flows from the Constitution itself and from our system of parliamentary democracy, and not from a delegation of powers from Parliament to the executive. The exercise of such powers is not reviewable by way of judicial review (*Southam Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1990] 3 F.C. 465 (C.A.), at paragraphs 27–29).

[29] The respondent proposes that a distinction be drawn between ministers acting as policy makers and ministers acting as legislators. Indeed, the respondent argued that the law-making process can be neatly split between the consultation part, on the one hand, and the various steps following the approval by the relevant Cabinet policy committee of the memorandum through which policy approval and authority to draft a bill is sought, on the other. But as shown by a document describing the law-making process at the federal level published by the Privy Council Office and to which the Judge referred at length in paragraphs 31 to 36 of his reasons (see *Guide to Making Federal Acts and Regulations*, 2nd ed., 2001, affidavit of Douglas Nevison, Exhibit H, appeal book, Vol. 19, at page 5752

[réimprimée dans L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], au cours de la phase d'élaboration des projets de loi, mais exerçaient plutôt leurs pouvoirs exécutifs à titre de ministres du Cabinet responsables de leurs ministères respectifs en vertu de diverses lois habilitantes (voir *Loi sur le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien*, L.R.C. (1985), ch. I-6; *Loi sur le ministère de l'Environnement*, L.R.C. (1985), ch. E-10; *Loi sur le ministère des Pêches et des Océans*, L.R.C. (1985), ch. F-15; *Loi sur le ministère des Transports*, L.R.C. (1985), ch. T-18; *Loi sur le ministère des Ressources naturelles*, L.C. 1994, ch. 41; *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11). Ces diverses lois prévoient la nomination de ministres, définissent la portée de leur mandat, fournissent un cadre général de pouvoirs, obligations et fonctions qu'ils peuvent exercer en vertu de leur mandat et dont ils doivent rendre compte, créent les ministères qu'ils dirigent et organisent les ressources nécessaires à l'exercice de leurs responsabilités. Toutefois, ces lois ne renvoient aucunement, même implicitement, au rôle des ministres dans l'orientation politique ou l'élaboration des projets de loi pour dépôt au Parlement. Or, cela signifie non pas qu'une telle responsabilité ne fait pas partie de leur mandat de ministres, mais plutôt qu'elle découle de la Constitution même et de notre système de démocratie parlementaire, et non d'une délégation de pouvoirs du Parlement à l'exécutif. L'exercice de ces pouvoirs n'est pas susceptible de contrôle judiciaire (*Southam Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1990] 3 C.F. 465 (C.A.), aux paragraphes 27 à 29).

[29] L'intimé propose qu'une distinction soit établie entre ministres agissant à titre de décideurs et ministres agissant à titre de législateurs. En effet, l'intimé a soutenu que la filière législative pouvait être scindée en deux : d'une part la consultation et d'autre part les diverses étapes suivant l'approbation par le comité d'orientation du Cabinet du mémoire au moyen duquel l'approbation politique et l'autorisation de rédiger un projet de loi sont demandées. Toutefois, comme il ressort d'un document décrivant le processus législatif fédéral publié par le Bureau du Conseil privé et abondamment cité par le juge aux paragraphes 31 à 36 de ses motifs (voir *Lois et règlements : l'essentiel*, 2<sup>e</sup> éd., 2001, affidavit de Douglas Nevison, pièce H, dossier d'appel, vol. 19, à la page 5752 et suiv.), la filière législative

and ff.), the legislative process is a fluid exercise involving many players, both at the political and at the government officials level. It would be artificial to parse out the elements of a minister's functions associated to either its executive or legislative functions for the purpose of drawing a red line between the dual roles of the members of Cabinet.

[30] In that respect, I am of the view that the Judge correctly found that the power that the ministers exercised in the entire course of the law-making process was legislative in nature. He rightly came to that conclusion after quoting from the decision of the majority of the Supreme Court in *Criminal Lawyers' Association*, at paragraph 28 (*per* Karakatsanis J.):

Over several centuries of transformation and conflict, the English system evolved from one in which power was centralized in the Crown to one in which the powers of the state were exercised by way of distinct organs with separate functions. The development of separate executive, legislative and judicial functions has allowed for the evolution of certain core competencies in the various institutions vested with these functions. The legislative branch makes policy choices, adopts laws and holds the purse strings of government, as only it can authorize the spending of public funds. The executive implements and administers those policy choices and laws with the assistance of a professional public service. The judiciary maintains the rule of law, by interpreting and applying these laws through the independent and impartial adjudication of references and disputes, and protects the fundamental liberties and freedoms guaranteed under the *Charter*.

[31] I shall return in the next section of these reasons to the concept of the separation of powers and its consequences in the case at bar. Suffice it to say, for the moment, that making policy choices and adopting laws are explicitly recognized as functions of the legislative branch. It is also worth noting that Justice Karakatsanis, in the above-quoted excerpt, refers to the “legislative branch” as opposed to the “legislature”; she thereby implicitly recognized that the legislative function is not under the exclusive purview of parliamentarians in our system of government, where Cabinet ministers are by convention elected members of Parliament and are “a *hyphen* which joins, a *buckle* which fastens, the legislative part of the state to the executive part of the state” (emphasis in the original), to use the words of Walter

constitue un exercice évolutif faisant intervenir de nombreux acteurs, tant des politiciens que des fonctionnaires. Il serait artificiel de catégoriser les fonctions d'un ministre selon qu'elles ressortissent soit au législatif, soit à l'exécutif, en vue de discriminer les deux rôles des membres du Cabinet.

[30] À cet égard, je suis d'avis que le juge de première instance a conclu à bon droit que le pouvoir exercé par les ministres dans l'ensemble de l'exercice d'élaboration des lois ressortissait au législatif. Il est arrivé à cette conclusion après avoir cité la décision des juges majoritaires de la Cour suprême au paragraphe 28 de l'arrêt *Criminal Lawyers' Association* (la juge Karakatsanis) :

Au fil de plusieurs siècles de transformation et de conflits, le système anglais est passé d'un régime où la Couronne détenait tous les pouvoirs à un régime où des organes indépendants aux fonctions distinctes les exercent. L'évolution de fonctions exécutive, législative et judiciaire distinctes a permis l'acquisition de certaines compétences essentielles par les diverses institutions appelées à exercer ces fonctions. Le pouvoir législatif fait des choix politiques, adopte des lois et tient les cordons de la bourse de l'État, car lui seul peut autoriser l'affectation de fonds publics. L'exécutif met en œuvre et administre ces choix politiques et ces lois par le recours à une fonction publique compétente. Le judiciaire assure la primauté du droit en interprétant et en appliquant ces lois dans le cadre de renvois et de litiges sur lesquels il statue de manière indépendante et impartiale, et il défend les libertés fondamentales garanties par la *Charte*.

[31] Je reviendrai dans la section suivante des présents motifs à la notion de la séparation des pouvoirs et à ses conséquences en l'espèce. Il suffit de dire pour l'instant que faire des choix politiques et adopter des lois sont reconnus comme étant les fonctions du pouvoir législatif. Il convient également de souligner que la juge Karakatsanis, dans l'extrait précédent, fait référence à la « fonction législative » par opposition à la « législature »; elle reconnaît donc implicitement que la fonction législative n'est pas du ressort exclusif des parlementaires dans notre système de gouvernement, où les ministres du Cabinet sont, par convention, des députés élus et servent comme [TRADUCTION] « un trait d'union ou une boucle, à rattacher la partie législative à la partie exécutive du gouvernement » (caractères italiques

Bagehot, *The English Constitution*, 2nd ed. (London and Edinburgh: Thomas Nelson & Son, 1872), at page 14.

[32] In that context, it is difficult to understand why the Judge adopted a restrictive interpretation of subsection 2(2) of the *Federal Courts Act*. While admitting that this provision would preclude the intervention of the Court if the proceedings could be said to engage the parliamentary process, he emphasized that it was the process undertaken by the ministers before any piece of legislation had been drafted and presented to Parliament that was at stake here. Not only does this finding appear to run counter to his view that the ministers acted in their legislative capacity when they made the decisions leading to the formulation and introduction of the omnibus bills to Parliament (see reasons for judgment, at paragraph 66), but it also seems at odds with a contextual and purposive construction of subsection 2(2) of the *Federal Courts Act*. When read in its historical perspective, and bearing in mind the true nature of judicial review, the exclusion of the Senate and of the House of Commons in that subsection is not only meant to protect the existing function of parliamentary privilege by ensuring that judicial review is not extended to ministers acting in their capacity as members of Parliament or Senators, as the respondent would have it, but more broadly to preclude judicial review of the legislative process at large. When ministers are engaged in the law-making process, at whatever stage, they are not acting as statutory decision makers but as legislators, and their actions and decisions are immune from judicial review.

[33] Finally, the respondent relied on two cases in support of its argument that a distinction must be drawn between ministers acting in their parliamentary roles, that is, after a bill has received Cabinet approval and is introduced in Parliament, and ministers acting as members of the executive in the process of developing the policy and recommendations leading up to the decision to formulate and introduce a bill. The first is *Tsuu T'ina Nation v. Alberta (Environment)*, 2010 ABCA 137 (CanLII), 482 A.R. 198 (*Tsuu T'ina Nation*) where the

dans l'original), pour reprendre les termes employés par Walter Bagehot dans son ouvrage *The English Constitution*, 2<sup>e</sup> éd. (London and Edimbourg : Thomas Nelson & Son, 1872), à la page 14.

[32] À la lumière de ce qui précède, il est difficile de comprendre pourquoi le juge a adopté une interprétation restrictive du paragraphe 2(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*. Tout en admettant que cette disposition empêche l'intervention de la Cour si on pouvait affirmer que l'instance concernait le processus parlementaire, il a souligné que c'était le processus entrepris par les ministres avant la rédaction et le dépôt de tout texte législatif au Parlement qui était en jeu en l'espèce. Non seulement cette conclusion semble aller à l'encontre de son point de vue selon lequel les ministres ont agi en leur capacité législative lorsqu'ils ont pris les décisions qui ont mené à la rédaction des projets de loi omnibus et à leur dépôt au Parlement (voir les motifs du jugement, au paragraphe 66), mais elle semble également en contradiction avec une interprétation contextuelle et téléologique du paragraphe 2(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*. Si on replace l'exclusion du Sénat et de la Chambre des communes prévue dans la disposition dans un contexte historique, compte tenu de la véritable nature du contrôle judiciaire, cette exclusion vise non seulement à protéger l'objet du privilège parlementaire en veillant à ce que le contrôle judiciaire ne soit pas étendu aux actes des ministres — en leur qualité de parlementaires — ou des sénateurs, comme le voudrait l'intimé, mais aussi à empêcher le contrôle judiciaire de la filière législative en général. Lorsque les ministres participent à la filière législative, à quelque étape que ce soit, ils n'agissent pas à titre de décideurs qui tirent leur pouvoir d'une loi, mais à titre de législateurs, et leurs actes et décisions sont à l'abri du contrôle judiciaire.

[33] Enfin, l'intimé a invoqué deux décisions à l'appui de son argument selon lequel il faut établir une distinction entre, d'une part, ministres agissant dans leur rôle parlementaire, c'est-à-dire après qu'un projet de loi a reçu l'approbation du Cabinet et est présenté au Parlement, et, d'autre part, ministres agissant à titre de membres de l'exécutif dans l'élaboration de politiques et de recommandations précédant la décision de formuler et de déposer un projet de loi. La première décision, *Tsuu T'ina Nation v. Alberta (Environment)*, 2010 ABCA

First Nation applied for judicial review and sought a declaration that Alberta had a duty to consult with and accommodate its claimed treaty and Aboriginal rights and failed to discharge that duty in adopting a water management plan. I do not find this case of particular relevance, if only because the Cabinet and the ministers were acting as delegates pursuant to legislative authority. Section 9 of the *Water Act*, R.S.A. 2000, c. 3, allowed the Minister of Environment to require that a water management plan be developed by a Director or another person; the Director was also required to engage in such public consultation as the Minister considered appropriate. This is clearly a very different situation from the case at bar, where the ministers are acting as legislators and not as administrative decision-makers.

[34] The second case relied upon by the respondent is the decision of this Court in *Native Women's Assn. of Canada v. Canada*, [1992] 3 F.C. 192 (C.A.) (*Native Women's Association*, F.C.A.) in which the Native Women's Association of Canada (NWAC) challenged the government's refusal to grant them equal funding to other, allegedly male-dominated, Aboriginal organizations for the purpose of participating in the inquiry of a parliamentary committee on constitutional reform in the wake of the upcoming 1995 referendum in Québec. After finding that the refusal to grant funding violated the NWAC members' freedom of expression, the Federal Court of Appeal [at page 215] distinguished between the "formulation and introduction of a bill" occurring at the policy development stage from the process occurring once a policy has been decided upon and which sees steps being taken to implement it by way of legislation. In light of this distinction, the Court concluded that it could interfere with the committee's process at the policy-making stage. The Supreme Court of Canada reversed the Federal Court of Appeal on the finding that the NWAC's freedom of expression had been violated. Accordingly, it did not discuss whether the Court could have interfered with the committee's process (see *Native Women's Assn. of Canada v. Canada*, [1994] 3 S.C.R. 627).

137 (CanLII), 482 A.R. 198 (*Tsuu T'ina Nation*), porte sur une demande de contrôle judiciaire présentée par la Première Nation, cherchant à obtenir un jugement déclaratoire portant que l'Alberta avait l'obligation de la consulter et d'accommoder les droits ancestraux et issus de traités qu'elle revendique et portant que la Province ne s'était pas acquittée de cette obligation en adoptant un plan de gestion des eaux. Je ne crois pas que cette affaire soit particulièrement pertinente, ne serait-ce que parce que le Cabinet et les ministres agissaient en qualité de délégués, exerçant un pouvoir qui leur était conféré par voie législative. L'article 9 de la *Water Act*, R.S.A. 2000, ch. 3, permet au ministre de l'Environnement d'exiger qu'un plan de gestion des eaux soit élaboré par un directeur ou une autre personne; le directeur est également tenu de mener les consultations publiques que le ministre juge indiquées. Il s'agit manifestement d'une situation très différente de la présente affaire, où les ministres agissaient comme législateurs et non comme décideurs administratifs.

[34] La deuxième décision invoquée par l'intimé est celle rendue par la Cour dans l'arrêt *Native Women's Assn. of Canada c. Canada*, [1992] 3 C.F. 192 (C.A.) (*Native Women's Association*, C.A.F.), dans laquelle l'Association des femmes autochtones du Canada (AFAC) avait contesté le refus du gouvernement de lui accorder un financement égal à celui d'autres organisations autochtones, selon elle à prédominance masculine, pour lui permettre de participer aux travaux du Comité parlementaire sur la réforme constitutionnelle, qui ont précédé le référendum de 1995 au Québec. Après avoir conclu que le refus d'accorder le financement violait la liberté d'expression des membres de l'AFAC, la Cour d'appel fédérale [à la page 215] a établi une distinction entre, d'une part, la « rédaction et le dépôt d'un projet de loi » au stade de l'élaboration et, d'autre part, le processus qui s'enclenche une fois la politique arrêtée et qui concerne sa mise en œuvre par voie législative. Compte tenu de cette distinction, la Cour a conclu qu'elle ne pouvait s'immiscer dans le processus du comité, au stade de l'élaboration des politiques. La Cour suprême du Canada a infirmé la décision de la Cour d'appel fédérale, rejetant sa conclusion que la liberté d'expression de l'AFAC avait été bafouée. Par conséquent, elle n'a pas traité de la question de savoir si la Cour aurait pu s'immiscer dans le processus du comité

[35] The *Native Women's Association*, F.C.A. decision does not strike me as particularly helpful for a number of reasons. First, as just mentioned, the distinction drawn by the Court between the “preparation of a bill for introduction after it has been decided that the subject-matter is to be dealt with” and the “consultation, public or private, by Parliamentary Committee or otherwise, which the government may choose to undertake after deciding that it might be desirable that a matter be dealt with by legislation but before it has decided how it wishes the legislature to deal with it or whether a legislative proposal is politically acceptable” (*Native Women's Association*, F.C.A., at page 217), has not been endorsed by the Supreme Court.

[36] Second, the process that was at stake in that case was of a constitutional nature and involved the formulation of a constitutional resolution for the purposes of amending the fundamental law of the country, as opposed to the normal legislative process. While this crucial distinction was not discussed by either the Federal Court of Appeal or the Supreme Court of Canada in *Native Women's Association*, F.C.A., it is not a given that the same considerations apply to both of these processes. In fact, there the courts were not commenting on the scope of the definition of a federal board for the purposes of filing an application for judicial review under section 18 of the *Federal Courts Act*, but rather on the broader issue of justiciability and the separation of powers which may arise in any form of judicial proceeding.

[37] Finally, it appears that the availability of a section 18 remedy rested on the assumption that the decision to invite some designated Aboriginal organizations to engage in a process parallel to that of the Parliamentary Committee tasked to make recommendations on proposals for constitutional amendments, as well as the decision to allocate federal funding to those organizations, had been made by an authorized emanation of the federal government and that the

(voir *Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627).

[35] La décision *Native Women's Association*, C.A.F. ne me semble pas particulièrement utile pour plusieurs raisons. Premièrement, comme je viens de le mentionner, la distinction établie par la Cour entre « la préparation d'un projet de loi en vue de son dépôt une fois qu'il a été décidé que la question doit être examinée » et le « processus de consultation, public ou privé, par comité parlementaire ou autrement, que le gouvernement peut choisir d'entreprendre après avoir décidé qu'il serait peut-être préférable qu'une question fasse l'objet d'une loi, mais avant d'avoir choisi la façon dont il souhaite que la législature s'y prenne ou d'avoir décidé si une proposition législative est politiquement acceptable » (*Native Women's Association*, C.A.F., à la page 217), n'a pas été approuvée par la Cour suprême.

[36] Deuxièmement, le processus en litige dans cette affaire était de nature constitutionnelle et devait mener à la rédaction d'une résolution constitutionnelle ayant pour objet la modification de la loi fondamentale du pays. Il ne s'agissait pas du processus législatif normal. Bien que cette distinction cruciale n'ait été examinée ni par la Cour d'appel fédérale ni par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Native Women's Association*, C.A.F., on ne peut présumer que les mêmes considérations s'appliquent à ces deux processus. En fait, ces deux arrêts n'analysaient pas la définition d'office fédéral dans le contexte d'une demande de contrôle judiciaire présentée en vertu de l'article 18 de la *Loi sur les Cours fédérales*. Ils portaient plutôt sur la question plus générale de la justiciabilité et de la séparation des pouvoirs, susceptible d'être soulevée dans toute instance, quelle qu'elle soit.

[37] Enfin, il semble que, pour que soit possible la réparation prévue à l'article 18, il aurait fallu que la décision d'inviter certaines organisations autochtones désignées à participer à un processus parallèle à celui du comité parlementaire chargé de faire des recommandations sur les propositions de modification constitutionnelle, ainsi que la décision de verser des fonds publics à ces organisations, aient été prises par une source autorisée du gouvernement fédéral et que le

funding must have been made by a federal board. As stated by this Court:

.... As I understand our Constitution, the expenditure of funds must have been authorized by Act of Parliament. If, as it appears, the invitation to join in the process was not authorized by Act or regulation, it must have been an exercise of Crown prerogative.

*Native Women's Association*, F.C.A., at page 214.

[38] For all of the above reasons, I find this case manifestly insufficient to support the proposition put forward by the respondent and to depart from the well-established principles governing the jurisdiction of the Federal Court pursuant to sections 18 and 18.1 of the *Federal Courts Act*. The source of the power that the appellant ministers exercised and which is the true object of the respondent's complaint was, in my opinion, legislative in nature and derived from their status as members of Parliament. Therefore, the matter is not a proper subject for an application for judicial review under the *Federal Courts Act*.

[39] The matter could come to an end here, since the foregoing reasoning is sufficient to dispose of the matter. There is, however, a more fundamental and principled reason why the application for judicial review brought by the respondent cannot be entertained, to which I shall now turn.

B. *Did the Judge err by failing to respect the doctrine of separation of powers or the principle of parliamentary privilege?*

[40] As previously alluded to, there is a clear tension in the case law between the doctrine of the separation of powers and the duty to consult that has been developed as a result of the enactment of section 35 of the *Constitution Act, 1982*. While the separation of powers doctrine is not explicitly entrenched in the Canadian Constitution, courts have frequently recognized the normative value of that principle (see, for example, *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319, at page 389; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601, at

financement ait été versé par un office fédéral. Comme la Cour l'a affirmé :

[...] Selon mon interprétation de la Constitution, le versement des deniers doit avoir été autorisé par une loi du Parlement. Si, comme il paraît, l'invitation à se joindre au processus n'a pas été autorisée par une loi ou un règlement, il doit s'agir de l'exercice de la prérogative royale.

*Native Women's Association*, C.A.F., à la page 214.

[38] Pour les motifs qui précèdent, j'estime que cet arrêt n'étaye pas la thèse avancée par l'intimé qui voudrait que l'on s'écarte des principes bien établis régissant la compétence de la Cour fédérale en vertu des articles 18 et 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*. La source du pouvoir que les ministres, appelants en l'espèce, ont exercé et qui est le véritable objet de la plainte de l'intimé était, à mon avis, de nature législative et découlait de leur qualité à titre de parlementaires. Par conséquent, l'objet de la demande ne se prête pas à un contrôle judiciaire effectué aux termes de la *Loi sur les Cours fédérales*.

[39] L'affaire pourrait prendre fin, étant donné que le raisonnement qui précède permet de trancher le litige. Toutefois, une autre raison de principe, plus fondamentale, fait obstacle à la demande de contrôle judiciaire présentée par l'intimé. Je m'explique.

B. *Le juge a-t-il commis une erreur en ne respectant pas le principe de la séparation des pouvoirs ou celui du privilège parlementaire?*

[40] J'ai fait allusion précédemment au conflit dans la jurisprudence entre le principe de la séparation des pouvoirs et l'obligation de consultation qui découle de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Bien que la séparation des pouvoirs ne soit pas prévue expressément dans la Constitution canadienne, les tribunaux en ont souvent reconnu la valeur normative (voir, par exemple, l'arrêt *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319, à la page 389; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601, aux pages 620 et 621; *Doucet-Boudreau*

pages 620 and 621; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, at paragraphs 33 and 34; *Newfoundland (Treasury Board) v. N.A.P.E.*, 2004 SCC 66, [2004] 3 S.C.R. 381, at paragraphs 104 and 105; *Canada (House of Commons) v. Vaid*, 2005 SCC 30, [2005] 1 S.C.R. 667, at paragraph 21; *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44). The duty to consult, on the other hand, is now more firmly established, but its contours are still imprecise, both with respect to the extent of its application and with regard to its variable requirements.

[41] The source of the modern duty to consult is said to be the “honour of the Crown”, a concept linked to section 35 of the *Constitution Act, 1982* and sometimes to *The Royal Proclamation, 1763* [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 1], and more generally to the objective of reconciliation following Canada’s colonial history with Aboriginal peoples.

[42] The duty to consult first appeared in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075 (*Sparrow*), where the Court laid out the approach to establish a section 35 violation. First, the person invoking the section 35 right must show that (1) it holds an “existing” Aboriginal or treaty right that was not extinguished in 1982, and (2) there has been a *prima facie* infringement of that right in the sense of an unreasonable limitation, an undue hardship or a denial of the preferred means of exercising the Aboriginal or treaty right. Then, the burden is on the Crown to justify the interference based on a valid legislative objective, and to show that the interference is consistent with the honour of the Crown and its fiduciary duty to Aboriginal peoples. At the justification stage regarding the honour of the Crown, consultation with Aboriginal peoples was recognized (along with the issue of minimization of the infringement and fair compensation) as a factor that might justify an infringement of an Aboriginal fishing right caused by fishing regulations.

[43] In *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, the Supreme Court elaborated on the justification test for an infringement of Aboriginal title. Noting that Aboriginal title entailed the right to choose

*c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l’Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3, aux paragraphes 33 et 34; *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, 2004 CSC 66, [2004] 3 R.C.S. 381, aux paragraphes 104 et 105; *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, 2005 CSC 30, [2005] 1 R.C.S. 667, au paragraphe 21; *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44). En revanche, l’obligation de consulter est maintenant mieux établie qu’elle ne l’était, mais ses contours demeurent flous, qu’il s’agisse de la portée de son application ou des divers critères à respecter.

[41] L’obligation moderne de consulter tire sa source de « l’honneur de la Couronne », une notion que l’on associe à l’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et parfois à la *Proclamation royale (1763)* [L.R.C. (1985), appendice II, n° 1] et, de façon plus générale, à l’objectif visant la réconciliation avec les peuples autochtones, en raison du passé colonial du Canada.

[42] L’obligation de consulter est mentionnée pour la première fois dans l’arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075 (*Sparrow*), où la Cour suprême énonce la démarche permettant de décider s’il y a eu violation de l’article 35. Premièrement, la personne revendiquant le droit prévu à l’article 35 doit démontrer 1) qu’elle détient un droit ancestral ou issu d’un traité « existant » qui n’a pas été éteint en 1982, et 2) qu’il y a eu *a priori* une atteinte à ce droit, sous la forme d’une restriction déraisonnable, d’un règlement indûment rigoureux ou d’un refus aux titulaires du droit ancestral ou issu d’un traité du recours à leur moyen préféré de l’exercer. Ensuite, il incombe à la Couronne de justifier l’atteinte par un objectif législatif régulier et de démontrer que l’atteinte ne compromet pas l’honneur de la Couronne et son obligation fiduciaire envers les peuples autochtones. À l’étape de la justification, quant à l’honneur de la Couronne, il a été reconnu que la tenue de consultations auprès des peuples autochtones (tout comme l’atteinte minimale aux droits et le versement d’une indemnité juste) pouvait justifier la violation d’un droit de pêche ancestral par un règlement en matière de pêches.

[43] Dans l’arrêt *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, la Cour suprême donne des précisions au sujet du critère de justification d’une atteinte au titre aborigène. Soulignant que le titre



how the land would be used, the Court found that there was a duty of consultation, particularly when enacting hunting and fishing regulations relating to Aboriginal lands. More recently, the Supreme Court revisited the test for justification of an infringement to proven Aboriginal title in the decision of *Tsilhqot'in*. The Court found that the Crown, to justify an infringement, would have to show that the procedural duty to consult had been complied with, that there was a compelling and substantial objective for the infringement, and that the benefit to the public was proportionate to the adverse effect on Aboriginal interest. As such, the duty to consult evolved from a factor to be considered, amongst others, in the justification stage of the infringement analysis, to a necessary condition of a finding of justification of infringement.

[44] The duty to consult was also applied outside of the justification context in *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388, a decision which involved the interpretation of the “taking up” clause in Treaty No. 8. Mikisew Cree objected to Canada’s decision to take up land alongside its reserve to run a winter road, which incidentally cut through a number of its band members’ family traplines. The Supreme Court found that when contemplating a proposed taking up of lands under Treaty No. 8, the honour of the Crown imposes a distinct, procedural right to consultation. In other words, the Crown could not invoke the *Sparrow* test to show that regardless of consultation, the infringement of the Mikisew Cree’s treaty rights was justifiable. The Crown had to first meet its duty to consult, and absent adequate consultation, the infringement was unjustifiable regardless of the substantive reasons that might justify running a road by the reserve. The same obligations attach to taking up lands under Treaty No. 3 (see generally *Grassy Narrows*).

[45] In 2004, the duty to consult was recognized in the context of asserted, but unproven claims to Aboriginal rights. The Supreme Court of Canada found in *Haida*

aborigène entraîne le droit de choisir la façon dont les terres sont utilisées, la Cour conclut à l’existence d’une obligation de consultation, tout particulièrement lorsqu’il s’agit de prendre des règlements sur la chasse et la pêche visant des territoires autochtones. Plus récemment, la Cour suprême réexamine, à l’occasion de l’arrêt *Tsilhqot'in*, le critère applicable à la justification d’une atteinte à un titre aborigène démontré. La Cour conclut que la Couronne, pour justifier une atteinte, doit démontrer que l’obligation procédurale de consulter a été respectée, qu’un objectif impérieux et réel existe et que l’avantage pour le public est proportionnel à l’effet préjudiciable sur l’intérêt autochtone. Par conséquent, l’obligation de consulter a évolué, passant d’un des facteurs à prendre en considération à l’étape de la justification à une condition nécessaire à la justification de l’atteinte.

[44] L’obligation de consulter a également joué un rôle à une autre étape que celle de la justification, dans l’affaire *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388. La décision portait sur l’interprétation du terme « prise » contenu dans le Traité n° 8. La Première nation crie Mikisew a attaqué la décision du Canada de prendre des terres longeant sa réserve pour construire une route d’hiver qui se trouvait à sectionner les sentiers de piégeage appartenant à plusieurs familles de la bande. La Cour suprême conclut que, dans les cas où l’on envisage un projet visant la prise de terres en vertu du Traité n° 8, le principe de l’honneur de la Couronne impose un droit procédural distinct à la consultation. En d’autres termes, la Couronne ne pouvait pas invoquer le critère énoncé dans l’arrêt *Sparrow* pour démontrer que l’atteinte aux droits issus de traités de la Première nation crie Mikisew était justifiée, sans égard aux consultations tenues. La Couronne devait d’abord s’acquitter de son obligation de consultation. À défaut d’une consultation adéquate, l’atteinte n’était pas justifiée, quels que soient les motifs sous-tendant la construction d’une route près de la réserve. Les mêmes obligations s’attachent à la prise de terres en vertu du Traité n° 3 (voir, de façon générale, *Grassy Narrows*).

[45] En 2004, on a reconnu le rôle de l’obligation de consulter dans le contexte de droits ancestraux revendiqués, mais non prouvés. La Cour suprême du Canada

*Nation* that it was inconsistent with the honour of the Crown for the province to allow continued logging over territories in a manner that might leave the Haida Nation with meaningless rights over lands of cultural significance once they managed to prove them in court. The Court found that when the Crown contemplates conduct that may adversely affect an asserted Aboriginal or treaty right, a duty to consult arises.

[46] In *Rio Tinto*, the Supreme Court noted that the duty to consult attaches not only to decisions that directly result in adverse impacts on resources, but also to “strategic, higher level decisions” (at paragraph 44). This has generally involved decisions relating to the management of a specific resource on the First Nations’ traditional territory. Examples of such strategic planning decisions that have given rise to a duty to consult include the following:

- The approval of a forest stewardship plan: *Chartrand v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2015 BCCA 345, 95 Admin. L.R. (5th) 229, *sub nom. Kwakiutl First Nation v. North Island Central Coast Forest District*, [2015] B.C.J. No. 1605 (QL);
- A municipal land use plan: *Squamish Nation v. British Columbia (Community, Sport and Cultural Development)*, 2014 BCSC 991, [2014] 8 W.W.R. 742;
- An order-in-council enacting a regional water management plan: *Tsuu T’ina Nation*;
- A decision to designate a project as subject to environmental assessment: *Fort Nelson First Nation v. British Columbia (Environmental Assessment Office)*, 2015 BCSC 1180, 88 Admin. L.R. (5th) 100;
- The design of the process for the environmental assessment of a gas pipeline: *Dene Tha’ First*

conclut dans l’arrêt *Nation haïda* qu’il était contraire à l’honneur de la Couronne pour la Province de permettre que l’exploitation forestière se poursuive sur le territoire, de sorte que la Nation haïda finirait par posséder des droits vides de sens sur des terres d’importance culturelle une fois qu’elle aurait réussi à en prouver l’existence en justice. La Cour dit que lorsque la Couronne envisage des mesures susceptibles de nuire à un droit ancestral ou issu d’un traité revendiqué, elle a une obligation de consulter.

[46] Dans l’arrêt *Rio Tinto*, la Cour suprême fait remarquer que l’obligation de consulter s’applique non seulement aux décisions qui ont directement un effet préjudiciable sur les ressources, mais aussi à une « “décision stratégique prise en haut lieu” » (au paragraphe 44). C’est généralement le cas de décisions relatives à la gestion d’une ressource précise sur le territoire traditionnel des Premières Nations. Suivent des exemples de ce genre de décisions de planification stratégique qui ont donné lieu à une obligation de consulter :

- L’approbation d’un plan de gestion forestière (*Chartrand v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2015 BCCA 345, 95 Admin. L.R. (5th) 229), *sub nom. Kwakiutl First Nation v. North Island Central Coast Forest District*, [2015] B.C.J. No. 1605 (QL);
- Un plan d’aménagement du territoire municipal (*Squamish Nation v. British Columbia (Community, Sport and Cultural Development)*, 2014 BCSC 991, [2014] 8 W.W.R. 742);
- Un décret portant sur l’adoption d’un plan de gestion des eaux régionales (*Tsuu T’ina Nation*);
- La décision de subordonner un projet à une évaluation environnementale (*Fort Nelson First Nation v. British Columbia (Environmental Assessment Office)*, 2015 BCSC 1180, 88 Admin. L.R. (5th) 100);
- La conception du processus d’évaluation environnementale d’un gazoduc (*Première Nation Dene*

*Nation v. Canada (Minister of Environment)*, 2006 FC 1354, 25 C.E.L.R. (3d) 247;

- A non-binding agreement-in-principle between the Crown and another First Nation with overlapping land claims: *Sambaa K'e Dene First Nation v. Duncan*, 2012 FC 204, [2012] 2 C.N.L.R. 369;
- A minister's refusal to recommend a change to a conservancy boundary prior to its legislative enactment by the lieutenant governor-in-council: *Da'naxda'xw/Awaetlala First Nation v. British Columbia (Environment)*, 2011 BCSC 620, [2011] 3 C.N.L.R. 188.

[47] When it comes to whether Crown conduct having the potential of triggering the duty to consult includes legislative action (as opposed to being limited to decisions purely administrative in nature), this matter has been expressly left open by the Supreme Court in *Rio Tinto*. In the first appellate case where the issue was squarely raised and addressed, the Alberta Court of Appeal concluded that the duty to consult does not apply to the legislative process (see *R. v. Lefthand*, 2007 ABCA 206 (CanLII), [2007] 10 W.W.R. 1 (*Lefthand*)). Slatter J. found that there is no obligation to consult prior to the passage of legislation because this would be an interference with the functioning of the legislature:

The duty to consult is of course a duty to consult collectively; there is no duty to consult with any individual. There can however be no duty to consult prior to the passage of legislation, even where aboriginal rights will be affected: *Authorson v. Canada (Attorney General)*, 2003 SCC 39 (CanLII), [2003] 2 S.C.R. 40. It cannot be suggested there are any limits on Parliament's right to amend the *Indian Act*. It would be an unwarranted interference with the proper functioning of the House of Commons and the Provincial Legislatures to require that they engage in any particular processes prior to the passage of legislation. The same is true of the passage of regulations and Orders in Council by the appropriate Executive Council. Enactments must stand or fall based on their compliance with the constitution, not based on the processes used to enact them. Once enactments are in place, consultation only becomes an issue if a *prima facie*

*Tha' c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, 2006 CF 1354);

- Une entente de principe non contraignante entre la Couronne et une Première Nation dont les territoires revendiqués chevauchent ceux d'autres Premières Nations (*Première Nation des Dénés de Sambaa K'e c. Duncan*, 2012 CF 204);
- Le refus du ministre de recommander la modification aux bornes d'une aire protégée avant l'édiction par le lieutenant-gouverneur en conseil de la loi l'établissant (*Da'naxda'xw/Awaetlala First Nation v. British Columbia (Environment)*, 2011 BCSC 620, [2011] 3 C.N.L.R. 188).

[47] Or, la Cour suprême dans l'arrêt *Rio Tinto* refuse expressément de répondre à la question de savoir si les actes de la Couronne susceptibles de faire jouer l'obligation de consulter s'entendent aussi d'une mesure législative (et ne se limitent pas aux décisions de nature purement administrative). À l'occasion de la première affaire dans laquelle la question a été directement soulevée et examinée en appel, la Cour d'appel de l'Alberta a conclu que l'obligation de consulter ne s'applique pas à la filière législative (voir *R. v. Lefthand*, 2007 ABCA 206 (CanLII), [2007] 10 W.W.R. 1 (*Lefthand*)). Selon le juge Slatter, aucune obligation de consulter n'existe avant l'adoption d'une loi, car elle constituerait une ingérence dans le fonctionnement des assemblées législatives :

[TRADUCTION] L'obligation de consulter vise évidemment une collectivité; il n'existe aucune obligation de consulter tel ou tel particulier. Cependant, il n'y a aucune obligation de consulter avant l'adoption d'une loi, même lorsque des droits ancestraux seront touchés (*Authorson c. Canada (Procureur général)*, [2003] 2 R.C.S. 40). On ne saurait laisser entendre que le droit du législateur de modifier la *Loi sur les Indiens* est limité. Assujettir la Chambre des communes et les assemblées législatives provinciales à un certain processus avant qu'elles adoptent des lois équivaldrait à une immixtion injustifiée dans leurs travaux. Il en va de même pour la prise de règlements et décrets par le conseil exécutif. Les textes législatifs doivent passer par le crible de la Constitution, et non celui des processus qui ont présidé à leur adoption. Une fois que les textes législatifs sont adoptés, la question de la consultation ne se pose que s'il faut justifier une atteinte

breach of an aboriginal right is sought to be justified: *Mikisew Cree* at para. 59.

*Lefthand*, at paragraph 38.

[48] Slatter J. added that consultation might be relevant to justification, but that it was not a threshold validity issue (*Lefthand*, at paragraph 49). Watson J. endorsed these comments, and added that courts should be wary of declaring justiciable a legislative process when the result of that process is already sufficiently vulnerable to constitutional evaluation and the consequences of the legislation are capable of remedy under law if need be. In her concurring reasons, Conrad J. approached the case from a different angle, framing the issue as a conflict between the *Sparrow* framework and the approach adopted in both *Haida Nation* and *Mikisew*. She concluded that since the regulation at issue was already enacted and the treaty rights proven, the circumstances more closely resembled those which arose in *Sparrow*; as such, Conrad J. found that consultation should be considered as a factor in the justification analysis.

[49] The Alberta Court of Appeal revisited the issue in *Tsuu T'ina Nation*, where two First Nations submitted that they were not consulted nor accommodated by the Province of Alberta with respect to the development of the Water Management Plan for the South Saskatchewan River Basin (SSRB). As previously mentioned, section 9 of the *Water Act* allows the Minister of Environment to require that a water management plan be developed by a Director or another person. The Minister accordingly asked a Director to develop such a plan for the SSRB. The Director was required to engage in such public consultation as the Minister considered to be appropriate, in accordance with paragraph 9(2)(f) of the *Water Act*. Commenting on the Crown's argument that legislation cannot be invalidated because of a failure to consult, the Court relied on a passage from Slatter J. in *Lefthand* recognizing that whether a duty to consult arises beyond the passage of legislation and regulations is not yet clear. Therein, Justice Slatter provided examples of the duty being recognized for administrative decision makers whose orders may impact Aboriginal rights and in the case of study groups tasked with making recommendations

*prima facie* à un droit ancestral (*Première nation crie Mikisew*, au par. 59).

*Lefthand*, au paragraphe 38.

[48] Le juge Slatter précise que la consultation pourrait se révéler pertinente à l'étape de la justification, mais qu'elle n'est pas déterminante pour la validité (*Lefthand*, au paragraphe 49). Le juge Watson souscrit à ces propos et ajoute que les tribunaux doivent se garder de déclarer justiciable le processus législatif; son résultat étant déjà suffisamment évalué sur le plan constitutionnel, et les effets des dispositions législatives pouvant donner lieu à des réparations au besoin. Dans ses motifs concordants, la juge Conrad aborde l'affaire sous un autre angle, estimant qu'il y avait conflit entre le cadre établi dans l'arrêt *Sparrow* et celui découlant des arrêts *Nation haïda* et *Mikisew*. Selon elle, étant donné que le règlement en litige était déjà pris, et les droits issus de traités démontrés, les circonstances ressemblaient davantage à celles de l'affaire *Sparrow*. Selon la juge Conrad, la consultation doit constituer un élément dans l'analyse de la justification.

[49] La Cour d'appel de l'Alberta a réexaminé la question dans l'arrêt *Tsuu T'ina Nation*. Dans cette affaire, deux Premières Nations ont fait valoir qu'elles n'avaient pas été consultées et qu'aucune mesure d'accommodement n'avait été prise par la province d'Alberta en ce qui a trait à l'élaboration du plan de gestion des eaux pour le bras sud de la rivière Saskatchewan. Comme je l'ai déjà mentionné, l'article 9 de la *Water Act* permet au ministre de l'Environnement d'exiger qu'un directeur ou une autre personne élabore un plan de gestion des eaux. Le ministre a donc demandé à un directeur de mettre au point un tel plan pour le bassin sud de la rivière Saskatchewan. Le directeur était tenu de mener les consultations publiques jugées indiquées par le ministre, conformément à l'alinéa 9(2)(f) de la *Water Act*. La Cour d'appel, commentant la thèse de la Couronne selon laquelle les lois ne peuvent être invalidées pour cause d'absence de consultation, a renvoyé à un extrait des motifs du juge Slatter dans l'arrêt *Lefthand* selon qui, après l'adoption d'une loi ou la prise d'un règlement, la question de l'obligation de consulter est encore floue. Dans cette affaire, le juge Slatter a donné des exemples où l'existence de cette obligation avait été

which may affect Aboriginal interests. The Court then stated the following:

Accordingly, even if the Legislature itself does not have a duty to consult prior to passing legislation, the duty may still fall upon those assigned the task of developing the policy behind the legislation, or upon those who are charged with making recommendations concerning future policies and actions. Here, the Director and the Department of the Environment were directed to develop a water management plan for the purpose of making recommendations to the Lieutenant Governor in Council for his approval. The *Water Act* requires consultation with stakeholders in developing a plan. The situation appears similar to that spoken of by Slatter J.A. above, where he recognized that consultation may be appropriate in the case of a study group established to make regulations respecting the fisheries covered in Treaty 7.

*Tsuu T'ina Nation*, at paragraph 55.

[50] Despite the seemingly broad language of the first sentence of this excerpt, I am of the view that it cannot be used by the respondent in support of its argument. First of all, I note that the *Water Act* itself required consultation with stakeholders (which included First Nations) to take place in developing a water plan and before making recommendations to the executive branch of government. Second, the consultations in *Tsuu T'ina Nation* occurred outside the legislative context, as they were to be conducted well after the enactment of the legislation. This is obviously much different from the type of consultation that the respondent has in mind in the case at bar, which would arise as part of the process leading up to the enactment of legislation by Parliament.

[51] This is not to say that a statutory regime that would not allow for consultation and that would fail to provide any other equally effective means to acknowledge and accommodate Aboriginal claims would be immune from a constitutional challenge. As the Court of Appeal for Yukon found in *Ross River Dena Council v. Government of Yukon*, 2012 YKCA 14, 358 D.L.R. (4th) 100, at paragraph 37, such a statute would probably be

reconnue dans le cas de décideurs administratifs dont les ordres risquent d'affecter les droits ancestraux et dans celui de groupes d'étude chargés de faire des recommandations susceptibles d'avoir une incidence sur les intérêts autochtones. La Cour a poursuivi ainsi :

[TRADUCTION] Par conséquent, même si le législateur lui-même n'a pas l'obligation de consulter avant de légiférer, cette obligation peut tout de même incomber à ceux qui ont pour tâche d'élaborer les politiques qui sous-tendent la législation, ou qui sont chargés de faire des recommandations au sujet des orientations et mesures futures. En l'espèce, le directeur et le ministère de l'Environnement étaient tenus d'élaborer un plan de gestion des eaux en vue de recommander au lieutenant-gouverneur en conseil son approbation. La *Water Act* exige la tenue de consultations avec les acteurs du domaine en vue de l'élaboration d'un plan. La situation ressemble à celle que mentionne le juge Slatter où il a reconnu que des consultations menées par un groupe d'étude convoqué pour prendre des règlements concernant les pêches visées par le Traité n° 7 pouvaient être opportunes.

*Tsuu T'ina Nation*, au paragraphe 55.

[50] Malgré le libellé apparemment général de la première phrase de cet extrait, je suis d'avis qu'il ne peut étayer l'argument de l'intimé. Tout d'abord, je constate que la *Water Act* elle-même prévoit la tenue de consultations avec les acteurs du domaine (y compris des Premières Nations) dans l'élaboration du plan de gestion des eaux et avant la présentation de recommandations à l'exécutif. Deuxièmement, les consultations dont il est question dans l'arrêt *Tsuu T'ina* sont intervenues en marge de la filière législative; elles devaient être effectuées bien après l'entrée en vigueur de la mesure législative. La situation diffère évidemment énormément du genre de consultations que l'intimé demande dans le cas qui nous occupe et qui se tiendraient dans le cadre de la filière menant à l'édiction d'une loi par le législateur.

[51] Je ne veux pas dire par là qu'un cadre législatif qui ne permettrait pas les consultations ni ne prévoirait d'autre moyen tout aussi efficace d'écouter les revendications autochtones et d'y trouver des accommodements serait à l'abri d'une contestation constitutionnelle. Comme le dit la Cour d'appel du Yukon dans l'arrêt *Ross River Dena Council v. Government of Yukon*, 2012 YKCA 14, 358 D.L.R. (4th) 100, au paragraphe 37, une

defective and vulnerable if relied upon to justify a decision susceptible to impede or prevent the enjoyment of some Aboriginal rights. But this is a far cry from saying that governments are constitutionally required to consult with First Nations before introducing legislation.

[52] The self-restraint that courts have so far shown when called upon to impose a duty to consult in the context of the legislative process rests on solid, principled grounds. Parliamentary sovereignty and the separation of powers doctrine are well-established pillars of our Constitution and have been recognized by the Supreme Court on numerous occasions, most recently in *Criminal Lawyers' Association*. It is in recognition of these unwritten constitutional principles that the Supreme Court found in *Authorson v. Canada (Attorney General)*, 2003 SCC 39, [2003] 2 S.C.R. 40 (*Authorson*) (admittedly in a different context) that the due process protections found in paragraph 1(a) of the *Canadian Bill of Rights*, S.C. 1960, c. 44, reprinted in R.S.C., 1985, Appendix III do not require that veterans receive notice and a hearing before Parliament prior to the passage of expropriative legislation. As the Court stated, “[l]ong-standing parliamentary tradition makes it clear that the only procedure due any citizen of Canada is that proposed legislation receive three readings in the Senate and House of Commons and that it receive Royal Assent” (at paragraph 37).

[53] That courts will only come into the picture after legislation is enacted and not before (except when their opinion is sought by a government on a reference) is a well-established principle (see *Re: Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753, at page 785; *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199, at paragraph 59). It was probably best captured by Sopinka J., writing for a unanimous court in *re Canada Assistance Plan*. In that case, the Supreme Court was asked to consider whether a procedural duty of fairness prevented Parliament from enacting legislation that cut spending on provincial programs which had been promised under a number of federal-provincial agreements. In that context, the Court found that no duty of fairness attached to the

telle loi serait probablement jugée lacunaire et vulnérable si elle était invoquée pour justifier une décision susceptible d’entraver ou d’empêcher la jouissance de certains droits ancestraux. Or, ce n’est pas du tout la même chose qu’affirmer que la Couronne est tenue par la Constitution de consulter les Premières Nations avant le dépôt d’un projet de loi.

[52] L’hésitation des tribunaux à imposer une obligation de consulter dans le cadre de la filière législative repose sur des principes solides. La souveraineté du Parlement et la séparation des pouvoirs sont des piliers bien établis de notre Constitution. Elles ont été reconnues par la Cour suprême à de nombreuses reprises, dont récemment dans l’arrêt *Criminal Lawyers' Association*. C’est en reconnaissance de ces principes constitutionnels non écrits que la Cour suprême conclut dans l’arrêt *Authorson c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 39, [2003] 2 R.C.S. 40 (*Authorson*) (certes, dans un contexte différent) que les garanties d’application régulière de la loi que l’on trouve à l’alinéa 1a) de la *Déclaration canadienne des droits*, L.C. 1960, ch. 44, reproduite dans L.R.C. (1985), appendice III, n’empotent pas le droit, pour les anciens combattants, à un préavis et à une audience devant le Parlement avant l’adoption de la loi expropriatrice. Comme la Cour l’affirme, « [s]elon notre longue tradition parlementaire, il est clair que tout ce qu’un citoyen canadien peut exiger, sur le plan procédural, c’est qu’un projet de loi fasse l’objet de trois lectures à la Chambre des communes et au Sénat et qu’il reçoive la sanction royale » (au paragraphe 37).

[53] Il est un principe bien établi selon lequel les tribunaux n’interviennent qu’après l’adoption d’une loi et non avant (sauf lorsque leur avis est sollicité par un gouvernement dans le cadre d’un renvoi) (voir *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, à la page 785; *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199, au paragraphe 59). C’est probablement le juge Sopinka, s’exprimant au nom d’une Cour unanime dans le *Renvoi relatif au Régime d’assistance publique du Canada*, qui a résumé le mieux cette conclusion. Dans cette affaire, la Cour suprême était appelée à examiner la question de savoir si une obligation d’équité procédurale empêchait le législateur de légiférer pour réduire les dépenses consacrées aux programmes

formulation and introduction of a bill in Parliament, and that courts would not “meddle” with the exercise of legislative functions:

The formulation and introduction of a bill are part of the legislative process with which the courts will not meddle. So too is the purely procedural requirement in s. 54 of the *Constitution Act, 1867*. That is not to say that this requirement is unnecessary; it must be complied with to create fiscal legislation. But it is not the place of the courts to interpose further procedural requirements in the legislative process. I leave aside the issue of review under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* where a guaranteed right may be affected.

*re Canada Assistance Plan*, at page 559.

[54] It is not entirely clear what Justice Sopinka meant by his last sentence, beyond the recognition that statutes are always reviewable for constitutional infirmity. What is certain, however, is that the dichotomy between the executive and Parliament that the respondent seeks to draw here in order to contend that the government is constrained by the obligation to consult is devoid of any merit. In Sopinka J.’s view, such a submission “ignores the essential role of the executive in the legislative process of which it is an integral part” (*re Canada Assistance Plan*, at page 559). He added that “[a] restraint on the executive in the introduction of legislation is a fetter on the sovereignty of Parliament itself” (*re Canada Assistance Plan*, at page 560). It is hard to conceive of a more explicit statement.

[55] The scope of the courts’ power to impose procedural restraints on the legislative process was discussed in the Charter context in *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391 (*Health Services*). In that case, health care sector workers challenged legislation that effectively invalidated portions

provinciaux qui avaient été promis par voie d’ententes fédérales-provinciales. Dans ce contexte, la Cour conclut qu’il n’existe aucune obligation d’équité à l’égard de la rédaction et du dépôt d’un projet de loi au Parlement, et que les tribunaux ne « s’immiscent » pas dans l’exercice des fonctions de nature législative :

La rédaction et le dépôt d’un projet de loi font partie du processus législatif dans lequel les tribunaux ne s’immiscent pas. C’est le cas également de l’exigence purement procédurale que l’on trouve à l’art. 54 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cela ne veut toutefois pas dire que cette exigence est inutile; il faut la respecter en légiférant en matière fiscale. Mais il n’appartient pas aux tribunaux judiciaires d’intercaler dans le processus législatif d’autres exigences procédurales. Je ne traiterai pas de la question de l’examen en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans le cas d’atteinte possible à un droit garanti.

*Renvoi relatif au Régime d’assistance publique du Canada*, à la page 559.

[54] On ne sait pas avec certitude ce que le juge Sopinka entendait par sa dernière phrase, mis à part rappeler que les lois sont toujours susceptibles de contrôle sur le plan de la constitutionnalité. Ce qui est certain, toutefois, c’est que la dichotomie entre l’exécutif et le législatif que l’intimé invoque pour prétendre que le gouvernement est lié par l’obligation de consulter est un argument dénué de tout fondement. De l’avis du juge Sopinka, une telle présentation « fait abstraction du rôle essentiel que joue l’exécutif dans le processus législatif dont il fait partie intégrante » (*Renvoi relatif au Régime d’assistance publique du Canada*, à la page 559). Il ajoute que « [t]oute restriction imposée au pouvoir de l’exécutif de déposer des projets de loi constitue une limitation de la souveraineté du Parlement lui-même » (*Renvoi relatif au Régime d’assistance publique du Canada*, à la page 560). Il est difficile de concevoir une déclaration plus explicite.

[55] Le pouvoir des cours d’imposer des restrictions procédurales à la filière législative a été analysé dans le contexte de la Charte dans l’arrêt *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391 (*Health Services*). Dans cette affaire, les travailleurs de la santé attaquaient une loi qui avait pour

of their collective agreements without consulting their unions, on the basis that it violated their collective bargaining rights under paragraph 2(d) of the *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]. The majority found that paragraph 2(d) protected the procedural right to collective bargaining and that the legislation substantially interfered with that right, but took care to note the following:

Legislators are not bound to consult with affected parties before passing legislation. On the other hand, it may be useful to consider, in the course of the s. 1 justification analysis, whether the government considered other options or engaged consultation with the affected parties, in choosing to adopt its preferred approach.

*Health Services*, at paragraph 157. See also, in a similar collective bargaining setting, *Meredith v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 2, [2015] 1 S.C.R. 125, at paragraph 45.

[56] In other words, there is no free-standing right to be consulted on legislation that may affect one's Charter rights, but that legislation might be harder for the government to justify under section 1 in the absence of consultation. This approach mirrors the development in Aboriginal Law of the duty to consult, as previously discussed in relation to *Sparrow*.

[57] Justice Hughes properly distilled in his reasons the consequences flowing from the separation of powers principle. After quoting extensively from the Supreme Court in *Criminal Lawyers' Association* (at paragraph 23) and *re Canada Assistance Plan* (at paragraphs 26 and 27), and stating that "respect for the principle of separation of powers ensures the preservation of the integrity of Canada's constitutional order" (reasons for judgment, at paragraph 24), he found that the ministers were acting in their legislative capacity when they made a set of policy choices that led them to create a legislative proposal for Cabinet that led to the formulation and introduction of the omnibus bills in Parliament (reasons for judgment, at paragraph 66). He

effet d'invalider certaines clauses de leurs conventions collectives sans consultation des syndicats, au motif qu'elle violait le droit à la négociation collective qu'ils tirent de l'alinéa 2d) de la *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]. Les juges majoritaires, concluant que l'alinéa 2d) protège le droit procédural à la négociation collective et que la loi portait une atteinte considérable à ce droit, prennent la peine de faire la remarque suivante :

Le législateur n'est pas tenu de consulter les parties visées avant d'adopter une mesure législative. Par contre, il peut être utile de se demander, dans le cadre de l'analyse de la justification fondée sur l'article premier, si le gouvernement a envisagé d'autres solutions ou consulté les parties visées, en choisissant d'adopter la méthode qu'il privilégiait.

*Health Services*, au paragraphe 157. Voir aussi une affaire semblable en matière de négociations collectives, *Meredith c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 2, [2015] 1 R.C.S. 125, au paragraphe 45.

[56] Autrement dit, il n'existe pas de droit distinct d'être consulté au sujet de lois susceptibles d'enfreindre des droits garantis par la Charte, mais cette loi pourrait être plus difficile à justifier au regard de l'article premier en l'absence de consultation. Cette démarche va dans le même sens que l'obligation de consulter qui a été élaborée en droit autochtone, comme nous l'avons vu précédemment dans notre discussion de l'arrêt *Sparrow*.

[57] Le juge Hughes a distillé dans ses motifs les conséquences découlant du principe de la séparation des pouvoirs. Après avoir cité de larges extraits de l'arrêt *Criminal Lawyers' Association* de la Cour suprême (au paragraphe 23) et du *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada* (aux paragraphes 26 et 27), il affirme que « le principe de la séparation des pouvoirs permet de préserver l'intégrité de l'ordre constitutionnel du Canada » (motifs du jugement, au paragraphe 24). Il conclut que les ministres agissaient en leur capacité législative lorsqu'ils ont fait des choix stratégiques qui les ont amenés à formuler une proposition législative au Cabinet, qui a entraîné la rédaction des projets de loi omnibus et leur dépôt au Parlement (motifs du jugement,



also emphatically stated that “a restraint on the Executive’s policy choice to formulate and introduce a bill into Parliament is a restraint on the sovereignty of Parliament itself” (reasons for judgment, at paragraph 65).

[58] Having concluded that the duty to consult cannot trigger judicial intervention before a bill is introduced into Parliament, the Judge then proceeded to issue a declaration requiring the Crown to consult upon introduction of the bills in Parliament. This is based on his assumption “that the steps that Cabinet Ministers undertake during the law-making process prior to introducing a bill into Parliament do indeed constitute Crown conduct that can give rise to the duty to consult” (reasons for judgment, at paragraph 84). Having found that the bills in question triggered the duty to consult because they had the potential to harm fishing and trapping rights protected by Treaty No. 8, he therefore inferred that notice should have been given to the Mikisew Cree in respect of those provisions that might have reasonably been expected to impact their rights, together with an opportunity to make submissions, upon the introduction of each omnibus bill into Parliament.

[59] With all due respect, the Judge erred by issuing that declaration. Not only is it inconsistent with his previous findings that courts shall not intervene in the law-making process as it would be an undue interference with Parliament’s process and sovereignty, but it also fails to recognize that no court has ever claimed jurisdiction over the introduction of legislation in Parliament. If there is one principle that is beyond any doubt, it is that courts will not supervise the legislative process and will provide no relief until a bill has been enacted (see, for example, *Beauchamp v. Canada (Attorney General)*, 2009 FC 350, 189 C.R.R. (2d) 269, at paragraph 19; *Canada (Attorney General) v. Campbell*, 1999 CanLII 6139, 4 B.C.T.C. 110 (B.C.S.C.), at paragraphs 28 and 29; *Chief Mountain v. Canada*, 2000 BCCA 260, at paragraphs 5–9). This principle has recently been most forcefully reiterated by Rennie J. (as he then was) in *Galati v. Canada (Governor General)*, 2015 FC 91,

au paragraphe 66). Il déclare catégoriquement qu’ « une restriction imposée au choix de politique que fait l’exécutif de rédiger [...] un projet de loi et de le déposer au Parlement est une restriction imposée à la souveraineté du Parlement même » (motifs du jugement, au paragraphe 65).

[58] Ayant conclu que l’obligation de consulter ne peut justifier l’intervention du judiciaire avant le dépôt d’un projet de loi au Parlement, le juge a rendu ensuite un jugement déclarant que la Couronne avait l’obligation de consulter à l’époque du dépôt des projets de loi au Parlement. Cet argument est fondé sur son hypothèse « que les mesures que prennent les ministres du Cabinet lors du processus législatif qui précède le dépôt d’un projet de loi au Parlement constituent effectivement une mesure de la Couronne qui donne naissance à l’obligation de consultation » (motifs du jugement, au paragraphe 84). Ayant conclu que les projets de loi en question avaient fait jouer l’obligation de consultation parce qu’ils étaient susceptibles de porter atteinte aux droits de pêche et de piégeage protégés par le Traité n° 8, il en déduit que la Première nation crie Mikisew aurait dû être avisée des dispositions dont on aurait pu raisonnablement s’attendre qu’elles aient des incidences sur ses droits, et avoir la possibilité de présenter des observations, au moment du dépôt de chaque projet de loi omnibus au Parlement.

[59] Soit dit en tout respect, le juge a commis une erreur en rendant ce jugement déclaratoire. Non seulement il est incompatible avec ses conclusions antérieures selon lesquelles le judiciaire ne doit pas intervenir dans la filière législative, car il s’agirait d’une immixtion indue dans les travaux et la souveraineté du Parlement, mais il ne tient pas compte du fait qu’aucun tribunal ne s’est jamais dit compétent à l’égard du dépôt d’un projet de loi au Parlement. S’il est un principe qui ne fait aucun doute, c’est que les cours de justice ne sauraient superviser le processus législatif et ordonner une réparation tant qu’un projet de loi n’aura pas été adopté (voir, par exemple, *Beauchamp c. Canada (Procureur général)*, 2009 CF 350, au paragraphe 19; *Canada (Attorney General) v. Campbell*, 1999 CanLII 6139, 4 B.C.T.C. 110 (C.S. C.-B.), aux paragraphes 28 et 29; *Chief Mountain v. Canada*, 2000 BCCA 260, aux paragraphes 5 à 9). Ce principe a récemment été clairement réitéré

[2015] 4 F.C.R. 3. Asked to set aside the decision of the Governor General to grant royal assent to a bill, he wrote (at paragraphs 34–36):

The courts cannot intervene in the legislative process. The Supreme Court of Canada explained in *Re: Resolution to Amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753, at page 785, that courts “come into the picture when legislation is enacted and not before (unless references are made to them for their opinion on a bill or a proposed enactment).” Courts respect the right of Parliament to exercise unfettered freedom in the formulation, tabling, amendment, and passage of legislation.

The courts exercise a supervisory jurisdiction once a law has been enacted. Until that time, a court cannot review, enjoin or otherwise engage in the legislative process unless asked by way of a reference framed under the relevant legislation. To conclude otherwise would blur the boundaries that necessarily separate the functions and roles of the legislature and the courts....

.... If the decision to grant royal assent was justiciable so too would the decision to introduce legislation, to introduce a bill in the Senate as opposed to the House, or to invoke closure. No principled line would limit the reach of judicial scrutiny into the legislative process....

[60] I am therefore of the view, for all the foregoing reasons, that the legislative process, from its very inception where policy options are discussed and developed to the actual enactment of a bill following its adoption by both Houses and the granting of royal assent by the Governor General, is a matter solely within the purview of Parliament. Imposing a duty to consult at any stage of the process, as a legal requirement, would not only be impractical and cumbersome and potentially grind the legislative process to a halt, but would also fetter ministers and other members of Parliament in their law-making capacity. As Justice Hughes astutely observed, “intervention into the law-making process would constitute undue judicial interference on Parliament’s law-making function, thus compromising

par le juge Rennie (tel était alors son titre) dans la décision *Galati c. Canada (Gouverneur général)*, 2015 CF 91, [2015] 4 R.C.F. 3. Appelé à décider d’annuler ou non la décision du gouverneur général d’octroyer la sanction royale à un projet de loi, il observe (aux paragraphes 34 à 36) :

Les tribunaux ne peuvent pas intervenir dans le processus législatif. Dans le *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, à la page 785, la Cour suprême du Canada explique que les tribunaux « interviennent quand une loi est adoptée et non avant (à moins qu’on ne leur demande leur avis sur un projet de loi par renvoi) ». Les tribunaux respectent le droit du Parlement d’exercer une liberté absolue pour ce qui est de la formulation, du dépôt, de la modification et de l’adoption d’une loi.

Les tribunaux exercent un pouvoir de surveillance une fois qu’une loi a été adoptée. Mais avant ce moment-là, un tribunal ne peut pas soumettre le processus législatif à un contrôle ou s’y immiscer, sauf si on lui en fait la demande par un renvoi formulé conformément à la loi pertinente. Conclure le contraire brouillerait les limites qui séparent obligatoirement les fonctions et les rôles du pouvoir législatif et des tribunaux [...]

[...] Si la décision d’octroyer la sanction royale était justiciable, il en serait également de même de la décision de présenter une loi, de déposer un projet de loi au Sénat plutôt qu’à la Chambre, ou d’invoquer la clôture. Aucune limite fondée sur des principes ne limiterait la portée d’un examen judiciaire sur le processus législatif [...]

[60] Je suis donc d’avis, pour les motifs qui précèdent, que la filière législative — et ce dès le début, de l’analyse des possibilités d’action à l’édiction d’une loi à la suite de son adoption par les deux chambres et l’octroi de la sanction royale par le gouverneur général — ressortit entièrement au Parlement. L’imposition, à quelque étape du processus que ce soit, de l’obligation de consulter comme condition à toute loi non seulement se révélerait peu pratique et lourde et risquerait de paralyser la filière législative, mais entraverait également les ministres et d’autres parlementaires dans leur capacité législative. Ainsi que le juge Hughes le fait judicieusement observer, « une intervention dans le processus législatif serait une ingérence judiciaire indue dans la fonction législative du Parlement, ce qui compromettrait

the sovereignty of Parliament” (reasons for judgment, at paragraph 71).

[61] This does not leave the respondent and other First Nations without any recourse. First, ministers are free to consult, and it is good politics to engage stakeholders such as Aboriginal groups on legislative initiatives which may affect them or regarding which they have a keen interest, before introducing legislation into Parliament. Indeed, the Government of Canada (as well as most provinces) has developed the *Aboriginal Consultation and Accommodation: Updated Guidelines for Federal Officials to Fulfill the Duty to Consult* (March 2011), a consultative process which is to be followed by federal departments in their dealings with Aboriginal communities. This document [at page 11] refers to changes “in regulation or policy that may restrict land use” as a form of governmental conduct which may call for consultation.

[62] Moreover, it is open to First Nations and band representatives to lobby government officials and members of Parliament to ensure that their interests and grievances are taken into account. They may also seek to be heard before parliamentary committees once a bill is introduced in the House of Commons or the Senate. While these various forums may not be sufficient to meet the obligations deriving from the duty to consult, they can, at the very least, serve to alert parliamentarians and inform the public of any objections a group may have with a proposed course of legislative action. Voicing concerns in such a way may lead to amendments being adopted within the various stages of review of a bill which occur before a statute has been formally enacted.

[63] Of course, consultation and accommodation may be necessary in carrying out a statutory regime. It is at that stage that strategic planning decisions are made

donc sa souveraineté » (motifs du jugement, au paragraphe 71).

[61] L’intimé et d’autres Premières Nations ne sont pas dépourvus de recours pour autant. Premièrement, les ministres sont libres de procéder à des consultations, et il est bon sur le plan politique de discuter avec les acteurs du domaine, comme les groupes autochtones, des initiatives législatives susceptibles d’avoir une incidence sur eux ou qui les intéressent particulièrement, avant de déposer un projet de loi au Parlement. En effet, le gouvernement du Canada a élaboré un document intitulé *Consultation et accommodement des Autochtones : Lignes directrices actualisées à l’intention des fonctionnaires fédéraux pour respecter l’obligation de consulter* (mars 2011), un processus de consultation qui doit être suivi par les ministères fédéraux dans leurs rapports avec les communautés autochtones. La plupart des provinces ont créé un outil semblable. Ce document mentionne [à la page 11] les changements « apportés à des règlements ou à des politiques susceptibles de limiter l’utilisation des terres » comme exemple de mesure gouvernementale pouvant exiger la tenue de consultations.

[62] De plus, il est loisible aux Premières Nations et aux représentants des bandes de faire du lobbying auprès des fonctionnaires et des députés pour veiller à ce que leurs intérêts et leurs griefs soient pris en compte. Ils peuvent également demander une audience devant un comité parlementaire une fois qu’un projet de loi est déposé à la Chambre des communes ou au Sénat. Bien que ces divers forums puissent ne pas suffire à satisfaire aux obligations qui découlent de l’obligation de consulter, ils peuvent, à tout le moins, servir à alerter les parlementaires et à informer le public de toute objection d’un groupe à propos d’une mesure législative envisagée. Si des préoccupations sont exprimées de cette manière, il se peut que des amendements puissent être apportés au cours des travaux législatifs avant l’édiction de la loi.

[63] Évidemment, des consultations et des mesures d’accommodement pourraient se révéler nécessaires dans l’exécution d’un régime législatif. C’est à cette

which may adversely impact asserted treaty or Aboriginal rights. To the extent that the impugned decisions directly derive from the policy choices embedded in a statute, the validity of such a statute may be called into question and consultation prior to the adoption of that statute will be a key factor in determining whether the infringement of an Aboriginal or treaty right is justified. But courts cannot and should not intervene before a statute is actually adopted. To come to the opposite conclusion would stifle parliamentary sovereignty and would cause undue delay in the legislative process. This is the very vehicle through which many reform initiatives, including those necessary for the proper development and recognition of Aboriginal rights and interests, are adopted.

#### V. Conclusion

[64] For all of the foregoing reasons, I am therefore of the view that the appeal should be granted and that the declaration made by the Federal Court should be struck, with costs in the Federal Court and in this Court. As a result, the cross-appeal should also be dismissed without costs.

W. WEBB J.A.: I agree.

\*\*\*

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

[65] PELLETIER J.A. (concurring reasons): I come to the same conclusion as my colleague but for different reasons.

[66] The Attorney General objects to the Mikisew Cree First Nation's (the Mikisew Cree) proceeding on the ground that it does not meet the procedural constraints imposed by sections 2, 18 and 18.1 of the *Federal Courts Act*, specifically that it does not challenge a decision of a federal board, commission or tribunal. She also argues that the relief sought by the

étape que des décisions d'orientation stratégique pourraient être prises et avoir un effet préjudiciable sur les droits ancestraux ou issus de traités revendiqués. Si les décisions contestées découlent directement des choix politiques qui sous-tendent la loi, la validité de cette dernière peut être remise en question. Dans ce cas, la tenue de consultations avant son adoption constituera un facteur clé dans l'analyse servant à décider si la violation d'un droit ancestral ou issu d'un traité est justifiée. Or, les tribunaux ne peuvent pas et ne doivent pas intervenir avant que la mesure législative soit effectivement adoptée. Conclure le contraire aurait pour effet d'entraver la souveraineté du Parlement et d'entraîner un retard indu dans la filière législative. C'est par le truchement de ce véhicule que de nombreuses initiatives de réforme, y compris celles qui sont nécessaires pour la définition et la reconnaissance de droits et intérêts ancestraux, sont adoptées.

#### V. Conclusion

[64] Pour les motifs qui précèdent, je suis donc d'avis que l'appel devrait être accueilli et que la déclaration faite par la Cour fédérale devrait être radiée, le tout avec dépens devant la Cour fédérale et devant notre Cour. Par conséquent, l'appel incident devrait également être rejeté, et ce sans dépens.

LE JUGE W. WEBB, J.C.A. : Je suis d'accord.

*Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par*

[65] LE JUGE PELLETIER, J.C.A. (motifs concordants) : J'arrive à la même conclusion que mon collègue, mais pour des motifs différents.

[66] Le procureur général s'oppose à la demande présentée par la Première nation crie Mikisew (la Première nation crie Mikisew) au motif qu'elle ne satisfait pas aux exigences procédurales prévues par les articles 2, 18 et 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, à savoir qu'elle ne conteste pas la décision d'un office fédéral. Le procureur général soutient également que la

Mikisew Cree amounts to an impermissible encroachment on Parliament's right to legislate as it sees fit, without any procedural constraints other than those specifically provided for in the Constitution. The Attorney General therefore asks that her appeal be allowed and that the Mikisew Cree's notice of application be dismissed with costs.

[67] The Mikisew Cree take issue with the Attorney General's characterization of their proceeding. They say that they are simply seeking a declaration that the Ministers and public officials who prepared the policy statements which were put before the Cabinet as a basis for the environmental legislation contained in Bills C-38 and C-45 had a duty to consult with them in the process of elaborating the policy positions which ultimately became the basis for the amended environmental legislation. They ask that the Federal Court's decision be set aside and that their claim for relief should be allowed in full.

[68] I would allow the appeal, set aside the decision of the Federal Court and dismiss the Mikisew Cree's notice of application with costs in the Federal Court and one set of costs in this Court. As a result, I would also dismiss the cross-appeal.

[69] For ease of reference, I will refer to the amendments to environmental legislation which the Mikisew Cree say triggered the Crown's duty to consult them as the Amendments. More specifically, the Amendments refer to amendments to the *Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14, the *Species at Risk Act*, S.C. 2002, c. 29, the *Navigable Waters Protection Act* (renamed the *Navigation Protection Act*), R.S.C., 1985, c. N-22 and to the repeal of the *Canadian Environmental Assessment Act*, S.C. 1992, c. 37 and the enactment of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, S.C. 2012, c. 19, s. 52.

[70] The Attorney General's argument with respect to section 18 depends upon her view that the Mikisew Cree

réparation sollicitée par la Première nation crie Mikisew équivaut à une atteinte inadmissible au droit du Parlement de légiférer comme bon lui semble sans contraintes procédurales autres que celles qui sont expressément prévues par la Constitution. Le procureur général voudrait que son appel soit accueilli et que la demande de la Première nation crie Mikisew soit rejetée avec dépens.

[67] La Première nation crie Mikisew n'est pas d'accord sur la caractérisation par le procureur général de sa demande. Elle dit vouloir simplement obtenir un jugement déclaratoire portant que les ministres et fonctionnaires qui ont préparé les énoncés de politique présentés au Cabinet et ayant fondé les mesures législatives de nature environnementale contenues dans les projets de loi C-38 et C-45 avaient l'obligation de la consulter au moment d'arrêter les objets stratégiques qui ont mené à la modification de la législation environnementale. Elle voudrait que la décision de la Cour fédérale soit annulée et que sa demande de réparation soit accueillie intégralement.

[68] J'accueillerais l'appel, j'annulerais la décision de la Cour fédérale et je rejetterais la demande présentée par la Première nation crie Mikisew avec dépens devant la Cour fédérale et un seul mémoire de frais devant notre Cour. En conséquence, je rejetterais également l'appel incident.

[69] Par souci de commodité, je désignerai par le terme « modifications » les modifications apportées à la législation environnementale qui, selon la Première nation crie Mikisew, auraient fait jouer l'obligation de consulter de la Couronne. Plus précisément, les modifications renvoient à celles apportées à la *Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14, à la *Loi sur les espèces en péril*, L.C. 2002, ch. 29, à la *Loi sur la protection des eaux navigables* (renommée la *Loi sur la protection de la navigation*), L.R.C. (1985), ch. N-22, à l'abrogation de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, L.C. 1992, ch. 37 et à l'adoption de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*, L.C. 2012, ch. 19, art. 52.

[70] L'argument du procureur général en ce qui a trait à l'article 18 découle de son avis selon lequel la Première

have drawn an invalid distinction between the executive portion of the legislative process and the purely legislative part of that process. The Attorney General's position is that the legislative process is indivisible, relying upon jurisprudence such as *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525 (*Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*), at paragraph 63. The Attorney General concludes from this that every step that precedes the introduction of a bill into Parliament is an aspect of the Parliamentary process and as such is immune to challenge pursuant to section 18 of the *Federal Courts Act* because Parliament is specifically excluded from the definition of a "federal board, commission or other tribunal" in section 2 of the *Federal Courts Act*.

[71] In my view, even if the Mikisew Cree's notice of application fails as an application for judicial review, it is nonetheless justiciable as a claim for relief against the Crown pursuant to section 17 of the *Federal Courts Act*, even though it may be procedurally flawed. This is because of the nature of the relief sought by the Mikisew Cree.

[72] At this point, it is useful to refer to the prayer for relief in the Mikisew Cree's notice of application.

The Applicant makes application for:

1. A declaration that all or certain of the Ministers have a duty to consult with Mikisew Cree First Nation regarding the development of environmental policies described in detail below:
2. A declaration that all or certain of the Ministers had and continue to have a duty to consult with Mikisew Cree First Nation regarding the development and introduction of Bill C-38 and Bill C-45, to the extent that the legislation addressed or implemented the environmental policies;
3. A declaration that all or certain of the Ministers breached and continue to breach their duty to consult Mikisew Cree First Nation regarding the federal

nation crie Mikisew a établi une distinction insoutenable au sein de la filière législative entre les tâches d'ordre exécutif et celles d'ordre purement législatif. La thèse du procureur général est que le processus législatif est indivisible. Elle s'appuie sur la jurisprudence, comme le *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525 (*Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*), au paragraphe 63. Le procureur général en conclut que chaque étape qui précède le dépôt d'un projet de loi au Parlement représente un aspect du processus parlementaire et, à ce titre, est à l'abri d'une contestation fondée sur l'article 18 de la *Loi sur les Cours fédérales* parce que le législateur fédéral est expressément exclu de la définition de ce qui constitue un « office fédéral », prévue à l'article 2 de cette loi.

[71] Selon moi, l'avis de demande présenté par la Première nation crie Mikisew ne saurait aboutir à un contrôle judiciaire, mais il peut appeler l'intervention judiciaire, comme demande de réparation contre la Couronne, en vertu de l'article 17 de la *Loi sur les Cours fédérales*, même s'il peut être entaché d'un vice de procédure. Et ce, en raison de la nature de la réparation demandée par la Première nation crie Mikisew.

[72] À ce stade, il est utile de se référer à la demande de réparation formulée dans l'avis de demande déposé par la Première nation crie Mikisew.

[TRADUCTION] Le demandeur cherche à obtenir :

1. Un jugement déclaratoire portant que tous les ministres, ou certains d'entre eux, ont l'obligation de consulter la Première nation crie Mikisew au sujet de l'établissement de politiques environnementales décrites en détail plus loin :
2. Un jugement déclaratoire portant que tous les ministres, ou certains d'entre eux, avaient et continuent d'avoir l'obligation de consulter la Première nation crie Mikisew au sujet de l'élaboration et du dépôt des projets de loi C-38 et C-45, dans la mesure où la mesure législative porte sur des politiques environnementales ou les met en œuvre;
3. Un jugement déclaratoire portant que tous les ministres, ou certains d'entre eux, ont manqué et continuent de manquer à leur obligation de consulter

environmental policies, including Bill C-38 and Bill C-45;

4. A declaration that the Ministers and the Governor in Council are required to consult with Mikisew Cree First Nation regarding the matters set out above to ensure that the Government of Canada (“Canada”) implements whatever measures are necessary for it to fulfill its obligations under Treaty 8;
5. An order that the Ministers not take any further steps or action that would reduce, remove, or limit Canada’s role in any environmental assessment that is being carried out, or that may be carried out in the future, in Mikisew Cree First Nation’s traditional territory until adequate consultation is complete;
6. Such directions as may be necessary to make this order effective;
7. An order that any party may apply to the Court for further directions with respect to the conduct of the consultation as may be necessary;

[73] The relief sought is primarily declaratory with ancillary orders in support of the declarations. The order sought at paragraph 5 of the prayer for relief could be characterized as injunctive relief but the drafters of the application chose not to do so. Declaration and judicial review are not coterminous. As this Court said in *Ward v. Samson Cree Nation No. 444*, 1999 CanLII 8641, 247 N.R. 254 (F.C.A.), at paragraphs 35 and 36:

.... Actions for declarations of right have been recognized in the law long before the notion of judicial review of administrative action was ever conceived. To contend, as the appellants do, that whenever a party seeks a declaration, that party is seeking judicial review, is to place a limitation on the jurisdiction of this Court that is not only unwarranted, but is wrong in law.

Rule 64 of the *Federal Court Rules 1998*, clearly recognizes the jurisdiction of this Court to grant a declaration of right *simpliciter*. That Rule reads:

la Première nation crie Mikisew au sujet des politiques environnementales fédérales, y compris les projets de loi C-38 et C-45;

4. Un jugement déclaratoire portant que les ministres et le gouverneur en conseil sont tenus de consulter la Première nation crie Mikisew au sujet des questions énoncées ci-dessus pour veiller à ce que le gouvernement du Canada (le « Canada ») prenne les mesures nécessaires pour s’acquitter des obligations que lui impose le Traité n° 8;
5. Une ordonnance interdisant aux ministres de prendre d’autres mesures ou actions qui auraient pour effet de réduire, de supprimer ou de restreindre le rôle du Canada dans toute évaluation environnementale actuelle ou future dans le territoire traditionnel de la Première nation crie Mikisew jusqu’à la tenue d’une consultation adéquate;
6. Les directives nécessaires pour l’exécution de l’ordonnance;
7. Une ordonnance permettant à toute partie de demander à la Cour des directives supplémentaires au sujet du déroulement de la consultation au besoin;

[73] La réparation demandée consiste principalement en jugements déclaratoires et ordonnances accessoires au soutien des jugements déclaratoires. L’ordonnance sollicitée au paragraphe 5 de la demande de réparation pourrait être qualifiée d’injonction, mais les rédacteurs de la demande n’ont pas employé ce terme. Jugement déclaratoire et contrôle judiciaire ne sont pas synonymes. Comme la Cour le dit dans l’arrêt *Ward c. Samson Cree Nation No. 444*, 1999 CanLII 8641 (C.A.F.), aux paragraphes 35 et 36 :

[...] Les actions demandant des déclarations de droit existent dans notre droit depuis bien longtemps avant que l’on invente le concept du contrôle judiciaire des décisions administratives. Prétendre, comme le font les appelants, qu’une partie qui demande une déclaration vise un contrôle judiciaire équivaut à limiter la compétence de cette Cour de façon non seulement inacceptable, mais erronée en droit.

La règle 64 des *Règles de la Cour fédérale de 1998* fait clairement état de la compétence de cette Cour d’accorder une déclaration de droit *simpliciter*. Cette règle est rédigée ainsi :

64. No proceeding is subject to challenge on the ground that only a declaratory order is sought, and the Court may make a binding declaration of right in a proceeding whether or not any consequential relief is or can be claimed.

Il ne peut être fait opposition à une instance au motif qu'elle ne vise que l'obtention d'un jugement déclaratoire, et la Cour peut faire des déclarations de droit qui lient les parties à l'instance, qu'une réparation soit ou puisse être demandée ou non en conséquence.

64. Il ne peut être fait opposition à une instance au motif qu'elle ne vise que l'obtention d'un jugement déclaratoire, et la Cour peut faire des déclarations de droit qui lient les parties à l'instance, qu'une réparation soit ou puisse être demandée ou non en conséquence.

No proceeding is subject to challenge on the ground that only a declaratory order is sought, and the Court may make a binding declaration of right in a proceeding whether or not any consequential relief is or can be claimed.

[74] A declaration can be obtained by application or by action. One example among many of an action seeking a declaration in the Aboriginal Law context is *Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)*, 2013 FC 6, [2013] 2 F.C.R. 268, where a group of Métis brought an action seeking a declaration confirming their status as Indians, within the meaning of subsection 91(24) of the *Constitution Act, 1867*, as well as declarations confirming the Crown's fiduciary obligations to them and their right to be consulted about decisions affecting their rights and interests as an Aboriginal people. The action was not challenged on procedural grounds, nor could it have been.

[74] Un jugement déclaratoire peut être obtenu par voie de demande ou d'action. La décision *Daniels c. Canada (Affaires Indiennes et du Nord canadien)*, 2013 CF 6, [2013] 2 R.C.F. 268, donne un exemple d'une action en jugement déclaratoire dans le contexte du droit autochtone. Dans cette affaire, un groupe de Métis avait intenté une action pour obtenir des jugements déclaratoires confirmant leur qualité d'Indiens au sens du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, confirmant les obligations fiduciaires de la Couronne à leur égard et leur droit d'être consulté au sujet de décisions touchant leurs droits et intérêts à titre de peuple autochtone. L'action n'a pas été contestée pour des motifs d'ordre procédural. Elle n'aurait pas pu l'être non plus.

[75] If a declaration can be obtained in an action as well as in an application, then the fact that a declaration is sought in an application (as opposed to an action) against someone other than a federal board, commission or tribunal does not doom it to failure. While such a proceeding may not be an application for judicial review—it does not challenge the exercise of executive power derived from Crown prerogative or an Act of Parliament—it may nonetheless seek a remedy which the Federal Court has the power to grant under section 17 rather than section 18 of the *Federal Courts Act*.

[75] Si un jugement déclaratoire peut être obtenu à l'issue tant d'une action que d'une demande, le fait qu'un jugement déclaratoire soit sollicité par voie de demande (et non par voie d'action) à l'encontre d'une personne autre qu'un office fédéral ne voue pas la demande à l'échec. S'il ne s'agit pas d'une demande de contrôle judiciaire — l'exercice du pouvoir exécutif découlant de la prérogative royale ou d'une loi fédérale n'étant pas contesté —, l'acte introductif d'instance peut néanmoins demander une réparation que la Cour fédérale a le pouvoir d'accorder, et ce en vertu de l'article 17 plutôt que l'article 18 de la *Loi sur les Cours fédérales*.

[76] This can be seen when one examines relevant portions of sections 17, 18 and 18.1:

[76] C'est ce qui ressort des passages pertinents des articles 17, 18 et 18.1 :

#### Relief against the Crown

**17 (1)** Except as otherwise provided in this Act or any other Act of Parliament, the Federal Court has concurrent

#### Réparation contre la Couronne

**17 (1)** Sauf disposition contraire de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, la Cour fédérale a compétence



original jurisdiction in all cases in which relief is claimed against the Crown.

...

#### Extraordinary remedies, federal tribunals

**18 (1)** Subject to section 28, the Federal Court has exclusive original jurisdiction

(a) to issue an injunction, writ of *certiorari*, writ of prohibition, writ of *mandamus* or writ of *quo warranto*, or grant declaratory relief, against any federal board, commission or other tribunal; and

(b) to hear and determine any application or other proceeding for relief in the nature of relief contemplated by paragraph (a), including any proceeding brought against the Attorney General of Canada, to obtain relief against a federal board, commission or other tribunal.

...

#### Remedies to be obtained on application

(3) The remedies provided for in subsections (1) and (2) may be obtained only on an application for judicial review made under section 18.1.

#### Application for judicial review

**18.1 (1)** An application for judicial review may be made by the Attorney General of Canada or by anyone directly affected by the matter in respect of which relief is sought.

[77] It may be that relief in the nature of a writ *certiorari*, a writ of prohibition, a writ of *mandamus* or writ of *quo warranto* does not lie against anyone other than a federal board, commission or tribunal so that a proceeding which seeks that relief against anyone else cannot succeed. But because declaration (and injunction) is available by way of action against the Crown, the characterization of the respondent as a federal board, commission or tribunal is not critical to the success or failure of a proceeding seeking a declaration.

[78] Section 18 does not constrain the jurisdiction of the Federal Courts granted by section 17. Rather, section 18 is a constraint on the jurisdiction of the provincial superior courts: *Canada (Attorney General) v. TeleZone*

concurrente, en première instance, dans les cas de demande de réparation contre la Couronne.

[...]

#### Recours extraordinaires : offices fédéraux

**18 (1)** Sous réserve de l'article 28, la Cour fédérale a compétence exclusive, en première instance, pour :

a) décerner une injonction, un bref de *certiorari*, de *mandamus*, de prohibition ou de *quo warranto*, ou pour rendre un jugement déclaratoire contre tout office fédéral;

b) connaître de toute demande de réparation de la nature visée par l'alinéa a), et notamment de toute procédure engagée contre le procureur général du Canada afin d'obtenir réparation de la part d'un office fédéral.

[...]

#### Exercice des recours

(3) Les recours prévus aux paragraphes (1) ou (2) sont exercés par présentation d'une demande de contrôle judiciaire.

#### Demande de contrôle judiciaire

**18.1 (1)** Une demande contrôle judiciaire peut être présentée par le procureur général du Canada ou par quiconque est directement touché par l'objet de la demande.

[77] Il se peut qu'une réparation de la nature d'un bref de *certiorari*, de prohibition, de *mandamus* ou de *quo warranto* ne puisse être ordonnée qu'à l'encontre d'un office fédéral, de sorte qu'une demande qui sollicite cette mesure de redressement contre quelqu'un d'autre sera vouée à l'échec. Mais parce que le jugement déclaratoire (et l'injonction) peut être rendu à l'issue d'une action contre la Couronne, la question de savoir si le défendeur est un office fédéral ou non n'est pas cruciale pour l'instance visant à obtenir un jugement déclaratoire.

[78] L'article 18 ne limite pas la compétence que l'article 17 confère aux cours fédérales, mais limite plutôt celle des cours supérieures provinciales (*Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.*, 2010 CSC 62,

*Inc.*, 2010 SCC 62, [2010] 3 S.C.R. 585, at paragraph 5. Combined with section 18.1, it restricts the availability of certain remedies against federal boards, commissions and tribunals to applications to the Federal Court for judicial review. Though declarations are listed as one of the types of relief, section 18 does not restrict the availability of declaratory relief in proceedings other than judicial review of federal boards, commissions and tribunals.

[79] It may be that the Mikisew Cree’s proceeding was not properly commenced as an application but rule 57 of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 provides that “[a]n originating document shall not be set aside only on the ground that a different originating document should have been used.” The result is an irregularity which could have been corrected at an earlier point in these proceedings pursuant to rules 56 and 58–60. While it remains a procedural irregularity, it is not determinative of the outcome.

[80] On the other hand, if I were to accept the Mikisew Cree’s characterization of the actions taken by public servants and Ministers leading up to the introduction of a bill (what the Mikisew Cree refer to as steps 1 to 3 in the process) as actions in their roles as members of the Executive, then the federal board, commission or tribunal requirement in section 18 would be met. Whether these actions constitute an identifiable “decision” is not a bar to judicial review. In *Krause v. Canada*, [1999] 2 F.C. 476 (C.A.) (*Krause*), this Court held that the exercise of jurisdiction under section 18 does not depend upon the existence of a decision or order. The word “matter” in subsection 18.1(1) is wide enough to cover a variety of administrative actions: *Krause*, at paragraphs 21–24.

[81] This Court recently relied on *Krause* in *Air Canada v. Toronto Port Authority*, 2011 FCA 347, [2013] 3 F.C.R. 605, to the same effect.

[82] As a result, I do not believe that their application is doomed to fail as a result of what may be a simple procedural irregularity. In my view, this simply means

[2010] 3 R.C.S. 585, au paragraphe 5). Conjuguée à l’article 18.1, cette disposition limite les recours contre les offices fédéraux aux demandes de contrôle judiciaire interjetées à la Cour fédérale. Bien que le jugement déclaratoire y soit l’un des types de réparation mentionnés, l’article 18 ne limite pas la possibilité de l’obtenir à l’issue d’une instance autre que le contrôle judiciaire de la décision d’un office fédéral.

[79] Il se peut que l’instance intentée par la Première nation crie Mikisew n’ait pas été introduite par voie de demande, comme il se doit. Or, la règle 57 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 [Règles], prévoit que la Cour « n’annule pas un acte introductif d’instance au seul motif que l’instance aurait dû être introduite par un autre acte introductif d’instance ». Il en résulte une irrégularité qui aurait pu être corrigée plus tôt dans le cadre de la présente instance en vertu des règles 56 et 58 à 60 des Règles. Bien que l’irrégularité demeure, elle n’est pas déterminante quant à l’issue de l’affaire.

[80] D’autre part, si je retenais l’argument de la Première nation crie Mikisew selon lequel les mesures prises par les fonctionnaires et les ministres avant le dépôt d’un projet de loi (qu’elle qualifie d’étapes 1 à 3) l’avaient été en leur qualité de membres de l’exécutif, il serait satisfait au critère de l’office fédéral prévu à l’article 18. Que ces mesures équivalent à une « décision » ou non ne constitue pas un critère déterminant pour la recevabilité de la demande de contrôle judiciaire. Dans l’arrêt *Krause c. Canada*, [1999] 2 C.F. 476 (C.A.) (*Krause*), notre Cour a décidé que l’exercice du pouvoir discrétionnaire prévu à l’article 18 ne dépend pas de l’existence d’une décision ou d’une ordonnance. Le mot « objet » au paragraphe 18.1(1) est suffisamment large pour renvoyer à diverses mesures administratives (*Krause*, aux paragraphes 21 à 24).

[81] Notre Cour, appuyant son raisonnement sur l’arrêt *Krause*, est récemment arrivée à la même conclusion dans l’arrêt *Air Canada c. Administration portuaire de Toronto*, 2011 CAF 347, [2013] 3 R.C.F. 605.

[82] Par conséquent, je ne crois pas que la présente demande est vouée à l’échec en raison de ce qui pourrait se révéler n’être qu’une simple irrégularité procédurale.

that the Mikisew Cree's entitlement to the declarations they seek must be decided on the merits.

[83] The Attorney General raised a second objection to the Mikisew Cree's application, saying that the relief they sought was barred by the doctrine of the separation of powers, recognized in cases such as *Ontario v. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3, at paragraphs 27–31. One of the incidents of this doctrine is that the courts cannot and will not interfere with the work of the federal and provincial legislatures. This principle has been articulated in *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, at paragraphs 60–65, and in the other cases cited by my colleague. A further consequence of this doctrine is that courts will only “come into the picture” once the legislature's work has been done: *Re: Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753, at page 785.

[84] In my view, the argument as to separation of powers conflates two questions. Does the duty to consult arise? If it does arise, how is it to be given effect? If there is a right, it is not beyond the ingenuity of the Courts to craft an appropriate remedy.

[85] In drafting their application, the Mikisew Cree have been careful to limit the duty to consult to the policy development stage, asserting that this is a separate and distinct activity in the legislative process to which the duty to consult may apply. This was a carefully considered choice, one of the consequences of which is that the Mikisew Cree have not directly challenged the validity of the Amendments.

[86] While the Mikisew Cree did not dwell on the scope of the legislation under contemplation in the policy development process, it may be that their proposition looks rather different depending upon the scope of the legislation. A single purpose law which authorizes a particular project affecting a particular First Nation's interest in a specific territory may give rise to different considerations than a law of general application which

À mon avis, le droit de la Première nation crie Mikisew aux jugements déclaratoires qu'elle sollicite doit tout simplement être décidé sur le fond.

[83] Le procureur général a soulevé une deuxième objection à la demande interjetée par la Première nation crie Mikisew, estimant que la réparation demandée était exclue par l'application de la doctrine de la séparation des pouvoirs, reconnue notamment dans l'arrêt *Ontario c. Criminal Lawyers's Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3, aux paragraphes 27 à 31. Il découle de cette doctrine que les tribunaux ne peuvent pas intervenir et n'interviennent pas dans les travaux des assemblées législatives, fédérale ou provinciales. Ce principe a été énoncé dans le *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, aux paragraphes 60 à 65, et dans les autres affaires citées par mon collègue. Il découle aussi de cette doctrine que les tribunaux n'« interviennent » qu'une fois que le travail du législateur est achevé (*Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, à la page 785).

[84] À mon avis, l'argument concernant la séparation des pouvoirs confond deux questions. Y a-t-il obligation de consulter? Si oui, comment doit-on y donner effet? Si l'existence du droit est reconnue, les tribunaux ont l'ingéniosité qu'il faut pour concevoir la réparation qui convient.

[85] Dans sa demande, la Première nation crie Mikisew a pris soin de limiter l'obligation de consultation à l'étape d'élaboration de politiques, affirmant qu'il s'agit d'une activité distincte dans la filière législative à laquelle l'obligation de consultation peut s'appliquer. Il s'agissait d'un choix mûrement réfléchi, dont il découle que la Première nation crie Mikisew n'a pas directement attaqué la validité des modifications.

[86] Bien que la Première nation crie Mikisew n'a pas insisté sur la portée de la législation en question au cours de son élaboration, il se peut que sa proposition est susceptible de différer grandement selon la portée de la mesure législative. Une loi ayant un objet unique qui autorise un projet donné touchant l'intérêt d'une Première Nation donnée sur un territoire donné peut entraîner des considérations différentes qu'une loi

affects the whole of Canada's territory and all of its occupants, albeit in varying degrees.

[87] Putting the matter another way, the duty to consult would undoubtedly be triggered by the executive's approval of a project which adversely affected a First Nation's interest in a given territory. Can it be said that the duty to consult would not be triggered if the same project were approved and set in motion in a special law passed for that purpose? While this is not the case we have to decide, it does highlight the point that the argument that the legislative process is indivisible, from policy development to vice-regal approval, may be problematic in other circumstances.

[88] In this case, we are faced with two omnibus bills which, upon being enacted, resulted in the Amendments which are in issue here. The legislative changes are of general application across Canada and affect all Canadians to a greater or lesser extent. The Attorney General conceded that the effect of these legislative changes upon the Mikisew Cree's territory was not speculative. These effects are not limited to the Mikisew Cree's territory and will undoubtedly affect other similarly situated Aboriginal groups.

[89] The Supreme Court has held that the duty to consult arises when Aboriginal peoples whose Aboriginal or treaty claims to the enjoyment or preservation of specific territories are threatened by action over which the Crown has a right of control, either directly or indirectly. At paragraph 46, my colleague sets out a number of such instances where the Crown's action was a "strategic, higher-level decision". In those cases, the honour of the Crown requires the Crown to consult with the affected Aboriginal group, to take their concerns into account and potentially to accommodate them when authorizing conduct which may impact upon their use and enjoyment of the territory in which they have an interest: *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511 (*Haida Nation*), at paragraphs 37 and 39.

d'application générale qui a une incidence sur l'ensemble du territoire du Canada et tous ses occupants à des degrés divers.

[87] Autrement dit, l'obligation de consulter interviendrait indubitablement dès l'approbation par le pouvoir exécutif d'un projet qui porte atteinte aux intérêts d'une première nation sur un territoire donné. Pourrait-on affirmer que l'obligation de consulter ne prendrait pas naissance si le même projet était approuvé et mis à exécution par le truchement d'une loi adoptée à cette fin? Certes, ce n'est pas la question à trancher, mais elle met en lumière l'aspect problématique, dans d'autres circonstances, de l'argument quant à la nature indivisible de la filière législative, de l'élaboration des politiques à l'approbation vice-royale.

[88] En l'espèce, deux projets de loi omnibus ont emporté les modifications en question. Les modifications législatives sont d'application générale partout au Canada et ont une incidence sur tous les Canadiens à des degrés divers. Le procureur général a admis que l'effet de ces modifications législatives sur le territoire de la Première nation crie Mikisew n'était pas conjectural. Ces effets ne se limitent toutefois pas au territoire de la Première nation crie Mikisew et auront sans aucun doute une incidence sur d'autres groupes autochtones semblables.

[89] Selon la Cour suprême, l'obligation de consulter prend naissance lorsque les revendications par les peuples autochtones de droits ancestraux ou issus de traités à la jouissance ou à la conservation de territoires précis sont menacées par des mesures à l'égard desquelles la Couronne peut exercer son autorité, directement ou indirectement. Au paragraphe 46, mon collègue énumère quelques cas où la mesure prise par la Couronne constituait une « décision stratégique prise en haut lieu ». Dans ces affaires, l'honneur de la Couronne oblige cette dernière à consulter les groupes autochtones concernés, à prendre leurs préoccupations en considération et s'il y a lieu, à prendre des mesures d'accommodement en autorisant des actes susceptibles d'influer sur l'usage et la jouissance du territoire à l'égard duquel ils ont un intérêt (*Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511 (*Nation haïda*), aux paragraphes 37 et 39).

[90] The Mikisew Cree seek to extend the duty to consult by invoking it in respect of changes to environmental legislation, changes whose application is not specific to them or to their territory. The impacts of the Amendments, while conceded to be non-speculative in the case of the Mikisew Cree, are of unknown severity and would likely vary in severity in relation to various similarly affected Aboriginal groups. Because of the non-specific nature of these changes, if the Crown owes the Mikisew a duty to consult them, then it also owes the same duty to an unknown number of other similarly situated Aboriginal groups, the content of that duty varying according to the extent of the impact of the Amendments on the territory over which they claim an interest: *Haida Nation*, at paragraphs 43–45.

[91] In these circumstances, I am of the view that the honour of the Crown vis-à-vis Aboriginal peoples was not engaged by the amendments because the duty to consult is not triggered by legislation of general application whose effects are not specific to particular Aboriginal peoples or to the territories in which they have or claim an interest. The origin and development of the duty to consult does not support the view that it requires the Crown to consult with Aboriginal peoples in cases where the governmental action is aimed at the whole of the territory of Canada and all of its peoples. In my view, the question of whether governmental action giving rise to the duty to consult includes legislative action, a question left open in *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650, at paragraph 44 must be answered in the negative insofar as the legislation in issue is of general application.

[92] The duty to consult cannot be conceived in such a way as to render effective government impossible. Imposing a duty to consult with all Aboriginal peoples over legislation of general application would severely hamper the ability of government to act in the interests of all Canadians, both Aboriginal and non-Aboriginal. Consultation takes time and the more groups there are to be consulted, the more complex and time-consuming the consultations. At some point the ability to govern in

[90] La Première nation crie Mikisew cherche à étendre l'obligation de consulter aux modifications apportées à la législation environnementale, modifications dont l'application ne vise pas seulement ses membres ou son territoire. Bien qu'on ait reconnu que les répercussions des modifications ne sont pas hypothétiques pour la Première nation crie Mikisew, on n'en connaît pas la gravité, qui est susceptible de varier d'un groupe autochtone touché à l'autre. Il découle de la nature générale de ces modifications que si la Couronne a l'obligation de consulter la Première nation crie Mikisew, elle a la même obligation envers d'innombrables groupes autochtones se trouvant dans une situation semblable, la teneur de cette obligation variant selon l'importance des répercussions sur le territoire visé par leurs revendications (*Nation haïda*, aux paragraphes 43 à 45).

[91] Dans ces circonstances, je suis d'avis que les modifications ne faisaient pas jouer le principe de l'honneur de la Couronne envers les peuples autochtones, car l'obligation de consulter ne peut découler d'une loi d'application générale dont les effets ne sont pas limités à certains peuples autochtones ou aux territoires sur lesquels ils ont ou revendiquent un droit. L'origine et l'évolution de l'obligation de consulter ne permettent pas d'affirmer que, pour s'en acquitter, la Couronne doit consulter les peuples autochtones dans les cas où la mesure gouvernementale vise l'ensemble du territoire du Canada et de ses habitants. À mon avis, la question de savoir si on peut assimiler une mesure législative à une mesure gouvernementale faisant jouer l'obligation de consulter, à laquelle n'avait pas répondu l'arrêt *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650, au paragraphe 44, doit recevoir une réponse négative dans la mesure où la loi en question est d'application générale.

[92] L'obligation de consulter ne peut être interprétée de manière à empêcher l'action gouvernementale efficace. L'obligation de consulter tous les peuples autochtones au sujet d'une loi d'application générale compromettrait gravement la faculté de l'État d'agir dans l'intérêt de tous les Canadiens, autochtones ou pas. La consultation exige du temps, et plus il y a de groupes à consulter, plus les consultations seront complexes et longues. Il vient un point où la faculté de gouverner dans

the public interest can be overwhelmed by the need to take into account special interests.

[93] This Court has already recognized the need to be sensitive to the consequences of extending the duty to consult:

Taken to its extreme, the appellant’s position would require the Minister of Finance — before the annual budget speech in the House of Commons, on every measure in it that might possibly affect the investment and development climate — to consult with every First Nation, large or small, whose claimed lands might conceivably or imaginatively be affected, no matter how insignificantly. Such a tenuous triggering and aggressive application of the duty to consult would undercut one of its aims, namely respect for “countervailing Crown interests” — in this example, the Crown’s interest in workable governance.... [Citation omitted.]

*Hupacasath First Nation v. Canada (Foreign Affairs and International Trade Canada)*, 2015 FCA 4, 379 D.L.R. (4th) 737, at paragraph 120.

[94] In his text, *Revisiting The Duty to Consult Aboriginal Peoples* (Saskatoon: Purich Publishing, 2014), at page 64, Professor Newman urged caution in applying a duty to consult in an area which affects Aboriginal peoples even more directly than the legislation in issue here:

Moreover, the reform of any pieces of legislation having broad effects on Aboriginal communities, such as the *Indian Act* or such as any legislation related to Aboriginal education issues, could become even more hampered than at present if subject to the legal technicalities of the duty to consult. Quite simply, there are bound to be a variety of views in different Aboriginal communities, and the application of a technical legal doctrine concerning consultation at the very least complicates dramatically questions related to such legislative reform. Application of the duty to legislative action might seem like just a simple logical extension and a means of protecting Aboriginal communities, but there are some possible arguments that it would have negative effects on democracy generally and on legislative reform in the very areas where Aboriginal communities need reform. In my view,

l’intérêt public peut être paralysée par la nécessité de tenir compte d’intérêts spéciaux.

[93] Notre Cour a déjà reconnu qu’il ne faut pas négliger les conséquences que la décision d’augmenter la teneur de l’obligation de consulter pourrait avoir :

Poussée à l’extrême, la position de l’appelante obligerait le ministre des Finances, avant le discours annuel du budget devant la Chambre des communes, à l’égard de chaque mesure qui y est prévue pouvant avoir une incidence éventuelle sur le climat d’investissement, à consulter chaque Première nation, grande ou petite, dont des terres revendiquées pourraient être touchées, de toute manière pouvant être envisagée ou imaginée, indépendamment du caractère indirect ou peu important de l’incidence. Une application aussi vigoureuse de l’obligation de consulter, prenant naissance aussi aisément, porterait atteinte à l’un des objectifs de l’obligation, soit le respect « des intérêts opposés de la Couronne » — dans notre exemple, l’intérêt pour la Couronne d’un gouvernement pouvant fonctionner [...] [Référence omise.]

*Première Nation des Hupacasath c. Canada (Affaires étrangères et Commerce international Canada)*, 2015 CAF 4, au paragraphe 120.

[94] Dans son ouvrage, *Revisiting The Duty to Consult Aboriginal Peoples* (Saskatoon : Purich Publishing, 2014), à la page 64, le professeur Newman incite à la prudence lorsqu’il s’agit d’appliquer l’obligation de consulter à des matières qui touchent les peuples autochtones encore plus directement que la législation en cause en l’espèce :

[TRADUCTION] De plus, la modification d’un texte législatif ayant des effets importants sur les communautés autochtones, comme la *Loi sur les Indiens* ou une loi relative à l’éducation destinée aux Autochtones, pourrait être davantage entravée qu’à l’heure actuelle si elle était soumise aux formalités juridiques de l’obligation de consulter. Bref, il existe nécessairement une diversité d’opinions d’une communauté autochtone à l’autre, et l’application d’une doctrine juridique de nature formelle en matière de consultation compliquerait pour le moins considérablement les questions reliées à cette réforme législative. L’application de l’obligation de consulter à une mesure législative semble logique et permettre de protéger les communautés autochtones. Or, suivant certains arguments, elle aurait des effets négatifs sur la démocratie en général et sur la réforme législative dans

the courts should remain extremely cautious in this particular context.

[95] I would simply add that the caution which he urges is all the more compelling when the legislation at issue is legislation of general application.

[96] A similar note of caution was struck by the Supreme Court in *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, at page 559. The issue there was the doctrine of legitimate expectations, which does not arise here, but the concerns with respect to the ability of a government to act reflect my own:

Parliamentary government would be paralyzed if the doctrine of legitimate expectations could be applied to prevent the government from introducing legislation in Parliament. Such expectations might be created by statements during an election campaign. The business of government would be stalled while the application of the doctrine and its effect was argued out in the courts....

[97] This is not to minimize the Crown's obligations to Aboriginal peoples in circumstances where their particular interests are liable to be affected. I accept that the consultation process may not always be easy and that it may sometimes be difficult and time consuming. So be it. That is the price of meeting the obligations which Canada has to its Aboriginal peoples. But the threshold at which the duty to consult arises cannot be set so low that it is triggered by legislative action which is not aimed at specific Aboriginal groups or to territories in which they have, or claim, an interest. The duty must be found in the decisions by which such legislation is operationalized.

[98] The Yukon Court of Appeal came to the same conclusion in *Ross River Dena Council v. Government of Yukon*, 2012 YKCA 14, 358 D.L.R. (4th) 100, when it held, at paragraph 39:

I acknowledge that in *Rio Tinto* the Supreme Court of Canada left open the question of whether "government conduct" includes legislative action. I read that reservation narrowly, however. It may be that the doctrine of

les matières où la réforme est le plus nécessaire. À mon avis, les tribunaux devraient faire preuve d'une prudence extrême en la matière.

[95] J'ajouterais simplement que la prudence à laquelle il exhorte est d'autant plus importante lorsque la mesure législative en cause est une loi d'application générale.

[96] La même mise en garde a été faite par la Cour suprême dans le *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, à la page 559. La question en litige dans cette affaire portait sur la doctrine de l'expectative légitime, laquelle ne se pose pas en l'espèce, mais les préoccupations au sujet de la faculté d'agir d'un gouvernement reflètent les miennes :

Le gouvernement parlementaire serait paralysé si la théorie de l'expectative légitime pouvait s'appliquer de manière à empêcher le gouvernement de déposer un projet de loi au Parlement. Des expectatives pourraient naître de déclarations faites au cours d'une campagne électorale. L'activité gouvernementale serait au point mort pendant que la question de l'application et de l'effet de la théorie serait débattue devant les tribunaux [...]

[97] Il ne s'agit pas de minimiser les obligations de la Couronne envers les peuples autochtones dans des circonstances où leurs intérêts particuliers sont susceptibles d'être touchés. Je reconnais que le processus de consultation n'est guère facile et qu'il peut parfois se révéler difficile et lent. Soit. C'est le prix à payer pour que le Canada s'acquitte de ses obligations envers les peuples autochtones. Toutefois, le critère ne saurait être si peu strict que la mesure législative qui ne vise pas des groupes autochtones particuliers ou des territoires à l'égard desquels ceux-ci ont un intérêt ou des revendications ferait jouer l'obligation de consulter. L'obligation de consulter doit se trouver dans les décisions de mise en œuvre d'une telle loi.

[98] La Cour d'appel du Yukon est arrivée à la même conclusion dans l'affaire *Ross River Dena Council v. Government of Yukon*, 2012 YKCA 14, 358 D.L.R. (4th) 100. Je cite ses motifs au paragraphe 39 :

[TRADUCTION] Je reconnais que, dans l'arrêt *Rio Tinto*, la Cour suprême du Canada n'a pas répondu à la question de savoir si « une mesure gouvernementale » s'entend aussi d'une mesure législative. Toutefois, je donne à cette

parliamentary sovereignty precludes the imposition of a requirement that governments consult with First Nations before introducing legislation (see *Reference Re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525 at 563). Such a limitation on the duty to consult would, however, only apply to the introduction of the legislation itself, and could not justify the absence of consultation in the carrying out of a statutory regime.

[99] If the legislation does not provide any mechanism by which that duty to consult may be invoked, the legislation may itself be defective. As noted above, the Mikisew Cree have chosen not to attack the legislation.

[100] Given my view that there is no duty to consult with respect to laws of general application, the question of where in the legislative process that consultation might occur does not arise. To that extent, the distinction which the Mikisew Cree seek to draw between policy development and the legislative process does not assist them in this case. I arrive at this conclusion not on the basis that the legislative process is indivisible but rather on the basis that if the duty to consult does not arise, the question of the modalities of that consultation does not arise either.

[101] In the result, I would allow the appeal, set aside the judgment of the Federal Court and dismiss the Mikisew Cree's application with costs in the Federal Court and in this Court. I would dismiss the cross-appeal without costs.

réserve une interprétation restrictive. Il se peut que le principe de la souveraineté parlementaire empêche que les gouvernements soient obligés de consulter les Premières Nations avant de déposer un projet de loi (voir le *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, 1991 CanLII 74 (CSC), [1991] 2 R.C.S. 525, à la page 563). Une telle restriction à l'obligation de consulter ne s'applique toutefois qu'au dépôt de la mesure législative, et ne pourrait pas justifier l'absence de consultation dans la mise à exécution d'un régime législatif.

[99] Une loi qui ne prévoit aucun mécanisme permettant d'invoquer l'obligation de consulter pourrait être viciée. Je le répète, la Première nation crie Mikisew a choisi de ne pas attaquer la loi.

[100] Compte tenu de mon opinion selon laquelle une loi d'application générale ne fait pas jouer l'obligation de consulter, la question de savoir à quelle étape de la filière législative la consultation doit intervenir ne se pose pas. Ainsi, la distinction que la Première nation crie Mikisew cherche à établir entre l'élaboration des politiques et la filière législative comme telle n'est d'aucun secours en l'espèce. J'arrive à cette conclusion, non pas parce que la filière législative est indivisible, mais plutôt parce que si l'obligation de consulter ne joue pas, la question des modalités de la consultation ne se pose pas non plus.

[101] En conséquence, j'accueillerais l'appel, j'annulerais le jugement de la Cour fédérale et je rejetterais la demande de la Première nation crie Mikisew avec dépens devant la Cour fédérale et devant notre Cour. Je rejetterais l'appel incident sans dépens.