

The promise of reconciliation



La promesse de réconciliation

Section 35 has helped protect aboriginal and treaty rights. But its full potential will not be realized until First Nations receive a fair share of economic benefits from their lands.



L'article 35 a beaucoup contribué à protéger les droits des peuples autochtones. Mais ceux-ci n'exercent pas encore pleinement leurs droits souverains et n'ont toujours pas leur juste part des retombées économiques de leurs territoires.

By · Par David C. Nahwegabbow

This year marks the 30th anniversary of the Canadian Charter of Rights and Freedoms and s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, which is essentially a Charter of Rights of the Aboriginal Peoples. Reflecting on its impact, the question is whether s. 35 has fulfilled its promise of reconciliation, which the Supreme Court of Canada says is its principal purpose. And has s. 35 made Canada a more democratic society? In my view, s. 35 has made Canada a more democratic society, but it has not yet completely fulfilled the promise of reconciliation.

The Charter and s. 35, which recognizes and affirms “existing aboriginal and treaty rights,” have a similar purpose in that they seek to protect human rights from being violated by governments. Section 35 protects human rights that are particular to indigenous peoples, aboriginal and treaty rights. The international community recognized the need to protect such rights, with the adoption of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples in 2007, which was endorsed by Canada in 2010.

Aboriginal and treaty rights are vulnerable to infringement. In part, this is because they involve obligations of the Crown — federal and provincial governments — and are highly dependent on its good faith in fulfilling its obligations: “the honour of the Crown,” as the Supreme Court put it. They are also vulnerable because aboriginal peoples are a numerical minority in Canada. Governments are elected by majorities, so there is a natural tendency to favour majority interests.

The solemn commitment

Before 1982, there was little or no protection for aboriginal and treaty rights. As the Supreme Court would later note in *R v. Sparrow*, the rights of aboriginal peoples were more often honoured in the breach. The federal Crown had free rein to infringe or extinguish aboriginal and treaty rights. Provincial governments could freely infringe aboriginal rights, though treaty rights were more secure by virtue of s. 88 of the *Indian Act*, which made provincial laws subject to the terms of treaties.

Section 35 changed the legal landscape significantly. After

La Charte canadienne des droits et libertés célèbre cette année son 30^e anniversaire, tout comme l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 qui constitue, essentiellement, une charte des droits des peuples autochtones. En rétrospective, cet article 35 a-t-il rempli la promesse de réconciliation qui serait, au dire de la Cour suprême, son principal objectif? Pas tout à fait, selon moi. Il a cependant fait du Canada une société plus démocratique.

La Charte et l'article 35, qui reconnaît et confirme « les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones », ont en commun l'objectif de protéger les droits de la personne contre toute violation par des gouvernements. L'article 35 protège les droits de la personne propres aux peuples autochtones, les droits ancestraux et issus de traités. La communauté internationale a reconnu le besoin de protéger ces droits avec l'adoption, en 2007, de la Déclaration des droits des peuples autochtones de l'ONU. Le Canada a entériné la Déclaration en 2010.

Les droits autochtones sont vulnérables, en partie parce qu'ils mettent en jeu des obligations de la Couronne fondées en grande partie sur la bonne foi — sur « l'honneur de la Couronne » pour employer l'expression de la Cour suprême. Ils sont également vulnérables parce que les peuples autochtones sont minoritaires au Canada. Les gouvernements, étant élus par des majorités, ont une tendance naturelle à favoriser les intérêts de la majorité.

Engagement solennel

Avant 1982, les droits autochtones et les droits issus de traités étaient peu ou pas protégés. Comme l'affirmait en 1990 la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Sparrow*, « les droits des Indiens ont souvent été reconnus par suite d'une violation ». La Couronne fédérale était libre de violer ou de mettre fin à des droits ancestraux ou issus de traités. Les gouvernements provinciaux pouvaient librement violer les droits autochtones, mais les droits issus de traités étaient mieux protégés par l'article 88 de la Loi sur les Indiens, qui assujettissait les lois provinciales aux dispositions des traités.



1982, the first test came in 1990 in *Sparrow*, a BC aboriginal rights case involving fishing for subsistence. In its ruling, the Supreme Court laid out the interpretive framework for s. 35. The Crown argued for a narrow interpretation, consistent with the position governments had adopted from the outset, that s. 35 was an “empty box,” with no content except that ascribed to it by the Crown. Based on the word “existing,” the Crown argued that the enactment of s. 35 did little to change the law. The Court strongly disagreed.

Focusing on the words “recognized and affirmed,” the Court reviewed the background to s. 35. It noted that British policy had always respected Indian rights. But over the years this changed, the Court noted: “We cannot recount with much pride the treatment accorded to the native people of this country.” The Court went on to say “... that s. 35(1) ... represents the culmination of a long and difficult struggle ... for the constitutional recognition of aboriginal rights... [and] ... provides a solid constitutional base upon which subsequent negotiations can take place.” Ruling that s. 35 is a “solemn commitment that must be given meaningful content,” the Court held that the provision called for a purposive approach and a generous and liberal interpretation.

However, the Court refused to accept that aboriginal and treaty rights were absolute and ruled that legislation could limit aboriginal rights as long as it could be justified by the Crown. The justification test formulated by the Court incorporated the fiduciary relationship into s. 35: legislation that

L'article 35 a substantiellement modifié le décor juridique. Dans l'affaire *Sparrow*, portant sur le droit des Autochtones de la Colombie-Britannique de pêcher aux fins de subsistance, la Cour suprême a esquissé le cadre interprétatif de l'article 35. La Couronne réclamait une interprétation restrictive, conforme à la position des gouvernements, voulant que l'article 35 soit « une boîte vide », sans contenu autre que celui prescrit par la Couronne. Se fondant sur le mot « existant », la Couronne affirmait que l'article 35 modifiait peu la loi. La Cour s'est dite fortement en désaccord.

Accentuant les mots « reconnaissance » et « confirmation », la Cour a examiné l'histoire de l'article 35. Elle nota que les politiques britanniques avaient toujours respecté les droits des Indiens. Au fil des ans, cependant,

The Supreme Court has never ruled on the existence of a right of self-government for First Nations.

cette politique a changé, dit la Cour: « Ce n'est pas avec beaucoup de fierté que nous pouvons rappeler le traitement réservé aux Autochtones de notre pays. » Et, elle ajoute que le paragraphe « 35(1) représente l'aboutissement d'une bataille longue et difficile [...] pour la reconnaissance de droits ancestraux [et] procure un fondement constitutionnel solide à partir duquel des négociations ultérieures peuvent être entreprises ». Jugeant que l'article 35 « constitue un engagement solennel qui doit avoir un sens utile », la Cour estime qu'il y a lieu de l'interpréter de façon généreuse et libérale, en fonction de l'objet qu'il vise.

Toutefois, elle refuse d'accepter le caractère absolu des droits autochtones et issus de traités; ces droits pourraient être limités à condition que la Couronne puisse justifier cette limitation en fonction de critères, formulés par la Cour, qui intègrent la relation fiduciaire à l'article 35. Ainsi, une loi qui viole les droits autochtones peut être justifiée si elle est conforme à la relation fiduciaire et à l'honneur de la Couronne. Cela exige une consultation préalable et accorde à la pêche aux fins de subsistance une priorité supérieure à l'allocation de la ressource, assujettie seulement aux exigences de conservation.

Depuis *Sparrow*, d'autres jugements se démarquent. Dans la cause *R. c. Badger*, arrêt rendu en 1996 sur des droits de chasse issus de traités, la Cour a consolidé les principes libéraux d'interprétation dans le cadre de traités fondés sur l'honneur de la Couronne et a appliqué ces principes dans un contexte constitutionnel. La Cour a également statué que les critères de justification développés dans l'affaire *Sparrow* s'appliquaient aussi aux droits issus de



infringed aboriginal rights could be justified as long as it was consistent with the fiduciary relationship and honour of the Crown. This required prior consultation and giving aboriginal subsistence fishers priority over the allocation of the fisheries resource, subject only to conservation.

Since *Sparrow*, several other judgments stand out. *R v. Badger* (1996) was a treaty hunting rights case in which the Court consolidated the liberal interpretive principles for treaties based on honour of the Crown and applied them in the constitutional context. It also held that the justification test developed in *Sparrow* for aboriginal rights applied equally to treaty rights. The 1999 decision *R v. Marshall* was important because it dealt with trade, not just subsistence. Donald Marshall Jr., who had been charged with selling eels, raised in defence the Mi'kmaq treaties of 1760-61. The Court ruled that Marshall had a constitutionally protected treaty right to trade, but it was not an open-ended right to accumulate wealth. In what I regard as a significant drawback, the Court held that the right was limited to securing a "moderate livelihood."

Aboriginal title and self-government

The Supreme Court has never ruled on the existence of a right of self-government for First Nations. Implicitly, courts have for many years recognized the prior existence of aboriginal self-governing societies, as the premise for the doctrine of aboriginal title. Moreover, in the U.S., the domestic dependent sovereignty of Indian Nations has been recognized since the Marshall judgments of the 1880s. There has only been one self-government case under s. 35: *R v. Pamajewon* (1996). In that case, the Court did not rule out the existence of an inherent right of self-government within the content of s. 35, but in the facts of that case held that the right had not been proven.

Delgamuukw v. British Columbia (1997) was a civil action for aboriginal title. It is a landmark decision for a number of reasons. First, it defined aboriginal title as distinct from other forms of aboriginal rights like hunting and fishing, and that it was on par with fee simple, but with a constitutionally protected fiduciary component. Second, it elaborated a test for proving aboriginal title, which requires equal weight being given to the aboriginal perspective in evidence to establish proof of aboriginal rights. Third, it reaffirmed the *Sparrow* justification analysis and emphasized the importance of consultation. Finally, it reaffirmed that the underlying purpose of s. 35 is reconciliation of the pre-existence of aboriginal societies with the sovereignty of the Crown. However, in what has been characteristic of the reticence of courts in Canada, rather than issue a binding ruling on aboriginal title of the First Nation claimants, Chief Justice Antonio Lamer urged the parties to negotiate and concluded with the famous words: "Let's face it, we are all here to stay".

Two administrative law cases, *Haida* (2004) and *Mikisew* (2005), are perhaps the most significant decisions since *Sparrow*. The Haida Nation challenged a provincial forestry licence in their traditional territory over lack of consultation, based on the Crown's fiduciary duty. BC argued that there was no fiduciary duty because aboriginal title had not yet

traités. L'affaire *R. c. Marshall*, en 1999, était importante parce qu'elle touchait au commerce, pas seulement à la subsistance. Accusé d'avoir vendu des anguilles, Donald Marshall Jr a invoqué en défense les traités Mi'kmaq de 1760-1761. La Cour a décidé que M. Marshall avait un droit constitutionnel de commercer, mais pas un droit sans limite d'accumuler des richesses. Dans ce qui me semble un recul appréciable, la Cour a décidé que le droit était limité à une « subsistance convenable ».

Titres autochtones et autonomie gouvernementale

La Cour suprême n'a jamais rendu de jugement sur le droit à l'autonomie gouvernementale des Premières Nations. Les tribunaux reconnaissent implicitement depuis plusieurs années la préexistence de sociétés autochtones autonomes comme prémisses de titres aborigènes. De plus, aux États-Unis, la « souveraineté intérieure dépendante » des Nations indiennes est reconnue depuis les jugements Marshall des années 1880. Une seule cause d'autonomie gouvernementale en vertu de l'article 35 (*R. c. Pamajewon*, 1996) est répertoriée: dans cette affaire, la Cour n'a pas écarté l'existence d'un droit inhérent d'autonomie gouvernementale en vertu de l'article 35, mais elle estimait que les faits présentés dans la cause n'étaient pas probants.

L'action civile *Delgamuukw c. Colombie-Britannique* (1997) portant sur les titres aborigènes est d'importance historique. D'abord, elle établit le caractère distinctif des titres aborigènes par rapport aux autres formes de droits autochtones comme la chasse et la pêche. Ces titres seraient à égalité avec la propriété en fief simple, mais avec une composante fiduciaire constitutionnellement protégée. Ensuite, cette cause a développé des critères simples de preuve de titres aborigènes qui exigent d'accorder

un poids égal au point de vue autochtone. La décision de la Cour suprême réaffirme également l'analyse de justification dans *Sparrow* et insiste sur l'importance de la consultation. Enfin, elle réaffirme aussi l'objectif sous-jacent de l'article 35, soit la réconciliation des sociétés autochtones préexistantes et la souveraineté de la Couronne. Toutefois, et conformément à la réticence préalable des tribunaux canadiens, plutôt que d'émettre un jugement exécutoire sur le titre aborigène des demandeurs des Premières Nations, le juge en chef Lamer a exhorté les

parties à négocier et il a conclu avec ces mots célèbres: « Il faut se rendre à l'évidence, nous sommes tous ici pour y rester. »

Deux causes de droit administratif, les affaires *Haida* (2004) et *Mikisew* (2005) constituent peut-être les décisions les plus importantes depuis l'arrêt *Sparrow*. La Nation Haida a contesté un permis du ministère provincial des Forêts sur son territoire traditionnel à cause d'une consultation insuffisante, se fondant sur l'obligation fiduciaire de la Couronne. La C.-B. a allégué qu'il n'existait pas d'obligation fiduciaire parce que les titres aborigènes n'avaient pas été démontrés. La Cour a rejeté cet argument, déclarant que l'honneur de la Couronne ne lui permettait pas de piétiner des droits affirmés sans avoir été prouvés. L'obligation fiduciaire naissait avec l'affirmation du droit

Crown policies continue to be paternalistic, based on denial and extinguishment rather than recognition and affirmation.



been proven or determined. The Court rejected the argument saying that the honour of the Crown did not permit it to run roughshod over asserted but unproven rights. It held that a duty arose upon the assertion of aboriginal rights that obliged the Crown to meaningfully consult with, and if warranted, accommodate the asserted rights of the aboriginal claimant. The *Mikisew* decision applied the *Haida* doctrine to the treaty context. The Crown argued that in the situation of treaties, aboriginal title had already been extinguished and there was no duty to consult. The Supreme Court said no: again, the honour of the Crown was at stake because ongoing treaty rights, such as the right to hunt and fish, stood to be negatively affected. These cases have given significant leverage because the duty to consult and accommodate gives First Nations a say in developments within their traditional lands and the potential for economic benefits, like resource revenue-sharing. This position has been reinforced by the requirement in the UN Declaration for free, prior and informed consent.

So, to the extent that s. 35 has given additional protection for aboriginal and treaty rights, it has advanced democracy in Canada. But the quality of a democracy should be judged by the way it treats its most vulnerable. And the harsh reality is that much has yet to be done to solve the Third World living conditions in some First Nation communities, as recent reports out of Attawapiskat show so clearly. The problem, in my view, is twofold. Indeed, most of the early s. 35 cases have been developmental and involved defending against Crown hunting and fishing prosecutions. This has built the jurisprudential base, but it has not enhanced the ability of First Nations to use their collective rights to build economic capacity. Also, Crown governments across the country have taken a minimalist — and often adversarial — approach to s. 35 rights. Crown policies continue to be paternalistic, based on denial and extinguishment rather than recognition and affirmation, despite s. 35 and court rulings that urge negotiation and reconciliation. This has stalled negotiations, prevented First Nations from benefiting from their collective rights and has impeded their economic development. It has also undermined their development as governments exercising self-governing powers.

Can s. 35 fulfill the promise of reconciliation? Quite possibly, but reconciliation will only be achieved when First Nations receive a fair share of economic benefits from their traditional lands; and their prior sovereignty is reconciled with the *de facto* sovereignty of the Crown. One challenge for the courts will be to overcome their reluctance — manifested in cases like *Marshall* and *Delgamuukw* — to issue binding judgments with major economic consequences. There are signs this may be changing with the recent *Haida* and *Mikisew* cases. Another significant challenge will be for the Supreme Court to finally rule that s. 35 recognizes and affirms an inherent right of self-government.

I am optimistic and look forward to seeing the promise of reconciliation being achieved in Canada.

David C. Nahwegahbow, IPC, LSM, is a partner in the firm, Nahwegahbow, Corbiere in Rama, Ontario, which restricts its practice to Aboriginal law.

aborigène: la Couronne avait dès lors le devoir de consulter et, au besoin, d'accommoder les droits affirmés du demandeur autochtone. La décision *Mikisew* applique la doctrine *Haida* au contexte d'un traité. La Couronne avait fait valoir que dans la situation des traités, le titre aborigène s'était éteint et qu'aucune consultation n'était exigée. La Cour suprême a dit non: l'honneur de la Couronne était encore en jeu parce que des droits existants en vertu de traités (chasse et pêche par exemple) pouvaient en souffrir. Ces causes peuvent servir de levier parce que le devoir de consultation et d'accommodation permet aux Premières Nations d'intervenir dans le développement de leurs territoires traditionnels et d'obtenir un partage des revenus et autres avantages économiques. Cette position est d'autant plus renforcée par l'exigence dans la Déclaration de l'ONU d'obtenir au préalable leur consentement libre et éclairé.

Dans la mesure où l'article 35 a offert une protection additionnelle aux droits autochtones et aux droits issus de traités, elle a fait du Canada un pays plus démocratique. Mais la qualité d'une démocratie doit être jugée en fonction du traitement des plus vulnérables. Et la dure réalité, c'est qu'il reste beaucoup à faire pour améliorer les conditions de vie du Tiers Monde de certaines Premières Nations, comme à Attawapiskat. Il y

a là un double problème, selon moi. D'abord, la plupart des premières causes en vertu de l'article 35 portaient sur des infractions de chasse et de pêche: or, ce type de jurisprudence ne renforce pas la capacité des Premières Nations d'utiliser leurs droits collectifs pour construire un potentiel économique. Ensuite, les gouvernements partout au pays ont adopté une approche minimaliste, voire accusatoire, aux droits en vertu de l'article 35. Les politiques de la Couronne continuent d'être paternalistes, fondées sur le refus et sur l'extinction plutôt que sur la reconnaissance et l'affirmation, en dépit des jugements des tribunaux qui encouragent la négociation et la réconciliation. Cela a paralysé les négociations, empêché les Premières Nations de jouir de leurs droits collectifs et nuï à leur développement économique, ainsi qu'au développement de gouvernements autochtones autonomes.

L'article 35 peut-il remplir sa promesse de réconciliation? Peut-être, mais la réconciliation avec les Premières Nations dépendra d'un partage équitable des avantages économiques provenant de leurs territoires ancestraux, et d'une réconciliation de leur souveraineté préexistante avec la souveraineté *de facto* de la Couronne. Les tribunaux devront se libérer de leur réticence — comme dans les décisions *Marshall* et *Delgamuukw* — à émettre des jugements exécutoires avec des conséquences économiques majeures. Les causes *Haida* et *Mikisew* sont encourageantes à cet égard. La Cour suprême devra aussi, enfin, reconnaître que l'article 35 reconnaît et affirme un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale.

Je suis optimiste et entrevois la réalisation de la promesse de réconciliation au Canada.

David C. Nahwegahbow est l'associé fondateur du cabinet Nahwegahbow, Corbiere à Rama, en Ontario. Sa firme se spécialise en droit autochtone.

Dans la mesure où l'article 35 a offert une protection additionnelle aux droits autochtones et aux droits issus de traités, elle a fait du Canada un pays plus démocratique.