



First Session
Thirty-eighth Parliament, 2004-05

Première session de la
trente-huitième législature, 2004-2005

SENATE OF CANADA

SÉNAT DU CANADA

*Proceedings of the Standing
Senate Committee on*

*Délibérations du Comité
sénatorial permanent des*

Aboriginal Peoples

Peuples autochtones

Chair:
The Honourable NICK G. SIBBESTON

Président :
L'honorable NICK G. SIBBESTON

Tuesday, May 17, 2005

Le mardi 17 mai 2005

Issue No. 8

Second meeting on:

Subject-matter of Bill S-16, An Act
providing for the Crown's recognition of
self-governing First Nations of Canada

Fascicule n° 8

Deuxième réunion concernant :

La teneur du projet de loi S-16, Loi prévoyant la
reconnaissance par la Couronne de l'autonomie
gouvernementale des Premières nations du Canada

WITNESSES:
(See back cover)

TÉMOINS :
(Voir à l'endos)

THE STANDING SENATE COMMITTEE
ON ABORIGINAL PEOPLES

The Honourable Nick G. Sibbeston, *Chair*

The Honourable Gerry St. Germain, P.C., *Deputy Chair*
and

The Honourable Senators:

Angus
* Austin, P.C.
(or Rompkey, P.C.)
Buchanan, P.C.
Christensen
Fitzpatrick
Gustafson

*Ex officio members

(Quorum 4)

Changes in membership of the committee:

Pursuant to rule 85(4), membership of the committee was amended as follows:

The name of the Honourable Senator Tardif, substituted for that of the Honourable Senator Peterson (*May 16, 2005*).

The name of the Honourable Senator Peterson, substituted for that of the Honourable Senator Tardif (*May 17, 2005*).

LE COMITÉ SÉNATORIAL PERMANENT
DES PEUPLES AUTOCHTONES

Président : L'honorable Nick G. Sibbeston

Vice-président : L'honorable Gerry St. Germain, C.P.
et

Les honorables sénateurs :

Angus
* Austin, C.P.
(ou Rompkey, C.P.)
Léger
Buchanan, C.P.
Peterson
Fitzpatrick
Gustafson

*Membres d'office

(Quorum 4)

Modifications de la composition du comité :

Conformément à l'article 85(4) du Règlement, la liste des membres du comité est modifiée, ainsi qu'il suit :

Le nom de l'honorable sénateur Tardif substitué à celui de l'honorable sénateur Peterson (*le 16 mai 2005*).

Le nom de l'honorable sénateur Peterson substitué à celui de l'honorable sénateur Tardif (*le 17 mai 2005*).

MINUTES OF PROCEEDINGS

OTTAWA, Tuesday, May 17, 2005
(21)

[*English*]

The Standing Senate Committee on Aboriginal Peoples met at 9:34 a.m., this day, in room 160-S, Centre Block, the Chair, the Honourable Nick G. Sibbenton, presiding.

Members of the committee present: The Honourable Senators Léger, Sibbenton, St. Germain, P.C., Tardif and Watt (5).

In attendance: From the Parliamentary Information and Research Service, Library of Parliament: Mary Hurley and Lisa Patterson.

Also in attendance: The official reporters of the Senate.

Pursuant to the Order of Reference adopted by the Senate on Tuesday, February 22, 2005, the committee continued its examination of the subject-matter of Bill S-16, providing for the Crown's recognition of self-governing First Nations of Canada. (*See Issue No. 6, Tuesday, May 3, 2005, for the full text of the Order of Reference.*)

WITNESSES:

As individuals:

Patrick Macklem, Professor of Law, Faculty of Law, University of Toronto;

Donald Laverdure, Assistant Professor of Law, Director of the Indigenous Law Program, Michigan State University College of Law.

Professor Macklem made a presentation and answered questions.

Professor Laverdure made a presentation and answered questions.

At 11:22 a.m., it was agreed that the committee adjourn to the call of the Chair.

ATTEST:

La greffière du comité,

Gaëtane Lemay

Clerk of the Committee

PROCÈS-VERBAL

OTTAWA, le mardi 17 mai 2005
(21)

[*Traduction*]

Le Comité sénatorial permanent des peuples autochtones se réunit aujourd'hui, à 9 h 34, dans la salle 160-S de l'édifice du Centre, sous la présidence de l'honorable Nick G. Sibbenton (*président*).

Membres du comité présents : Les honorables sénateurs Léger, Sibbenton, St. Germain, C.P., Tardif et Watt (5).

Également présentes : Du Service d'information et de recherche parlementaires de la Bibliothèque du Parlement : Mary Hurley et Lisa Patterson.

Aussi présents : Les sténographes officiels du Sénat.

Conformément à l'ordre de renvoi adopté par le Sénat le mardi 22 février 2005, le comité poursuit son examen de la teneur du projet de loi S-16, Loi prévoyant la reconnaissance par la Couronne de l'autonomie gouvernementale des Premières nations du Canada. (*Le texte complet de l'ordre de renvoi figure au fascicule n° 6 du mardi 3 mai 2005.*)

TÉMOINS :

À titre personnel :

Patrick Macklem, professeur de droit, Faculté de droit, Université de Toronto;

Donald Laverdure, professeur adjoint de droit, Directeur du Indigenous Law Program, Michigan State University College of Law.

M. Macklem fait une déclaration puis répond aux questions.

M. Laverdure fait une déclaration puis répond aux questions.

À 11 h 22, il est convenu que le comité suspende ses travaux jusqu'à nouvelle convocation de la présidence.

ATTESTÉ :

EVIDENCE

OTTAWA, Tuesday, May 17, 2005

The Standing Senate Committee on Aboriginal Peoples, to which was referred the subject matter of Bill S-16, providing for the Crown's recognition of self-governing First Nations of Canada, met this day at 9:34 a.m.

Senator Nick G. Sibbenton (*Chairman*) in the chair.

[*English*]

The Chairman: I will call this Senate meeting to order. We are continuing our study of Bill S-16, An Act providing for the Crown's recognition of self-governing First Nations of Canada. We have two witnesses before us today, Professor Patrick Macklem and Professor Donald Laverdure. I will allow the deputy chairman, Senator St. Germain, to introduce them.

Senator St. Germain: Welcome to you both, gentlemen. Thank you for coming. I understand that Professor Macklem will make his delivery first with a short statement, and then he will be prepared to answer questions.

The committee should know that Patrick Macklem is a Professor of Law and a Fellow of the Royal Society of Canada. He joined the faculty in 1988. He holds law degrees from Harvard and Toronto and an undergraduate degree in political science and philosophy from McGill. He served as law clerk for Chief Justice Brian Dickson of the Supreme Court of Canada and is a constitutional adviser to the Royal Commission on Aboriginal Peoples. He was a Visiting Scholar at Stanford Law School in 1988 and at UCLA School of Law in 1992. In 2003, he was selected as a Fulbright New Century Scholar, taught at the European University Institute and was a Visiting Scholar at Harvard Law School. He is a Visiting Professor at Central European University, where he teaches comparative federalism and international human rights law. Over the years, he has advised numerous First Nations, Aboriginal organizations and governments on the legal and constitutional dimensions of Aboriginal and treaty rights.

Professor Macklem has authored numerous articles addressing Aboriginal peoples and the law, human rights, constitutional law and international minority rights. He has also authored and edited several books. The last publication received the Canadian Political Science Association's 2002 Donald Smiley Prize for the best book in 2001 relating to the study of Canadian government. He also received the Canadian Federation for Humanities and Social Sciences' 2002 Harold Adams Innis Prize for the best English-language book in the social sciences. Professor Macklem, your credentials are impeccable.

I will introduce Professor Laverdure after Professor Macklem has made his presentation and answered our questions.

TÉMOIGNAGES

OTTAWA, le mardi 17 mai 2005

Le Comité sénatorial permanent des peuples autochtones, qui a été saisi du projet de loi S-16, Loi prévoyant la reconnaissance par la Couronne de l'autonomie gouvernementale des Premières nations du Canada, se réunit aujourd'hui à 9 h 34.

Le sénateur Nick G. Sibbenton (président) occupe le fauteuil.

[*Traduction*]

Le président : Je déclare la séance ouverte. Nous allons poursuivre notre examen du projet de loi S-16, Loi prévoyant la reconnaissance par la Couronne de l'autonomie gouvernementale des Premières nations du Canada. Aujourd'hui, deux témoins comparaissent devant nous : MM. Patrick Macklem et Donald Laverdure. Je vais laisser au vice-président, le sénateur St. Germain, le soin de vous les présenter.

Le sénateur St. Germain : Bienvenue à vous deux, messieurs. Merci d'être venus. M. Macklem sera le premier à intervenir. Il fera une brève déclaration au terme de laquelle nous lui poserons des questions.

M. Patrick Macklem est professeur de droit et membre de la Société royale du Canada. Il est entré à la faculté en 1988. Il détient des diplômes en droit de Harvard et de l'Université de Toronto ainsi qu'un diplôme de premier cycle en sciences politiques et en philosophie de l'Université McGill. Il a travaillé comme légiste auprès du juge en chef Brian Dickson, de la Cour suprême du Canada, et est conseiller en matière constitutionnelle auprès de la Commission royale sur les peuples autochtones. Il a été chercheur invité à la Faculté de droit de Stanford, en 1988, et à la Faculté de droit de l'UCLA, en 1992. En 2003, il a obtenu une bourse dans le cadre du Fulbright New Century Scholar Program. Il a enseigné à l'Institut Universitaire Européen et a été chercheur invité à la Faculté de droit de Harvard. Il est professeur invité à la Central European University où il enseigne le fédéralisme comparé et le droit international en matière de droits de la personne. Au fil des ans, il a conseillé de nombreuses Premières nations, des organisations et des gouvernements autochtones sur les dimensions légales et constitutionnelles des droits autochtones et issus de traités.

M. Macklem est l'auteur de nombreux articles sur les peuples autochtones et le droit, les droits de la personne, le droit constitutionnel et le droit international des minorités. Il a également écrit et publié plusieurs ouvrages. Le dernier a reçu le prix Donald Smiley 2002 de l'Association canadienne de science politique du meilleur livre de l'année 2001 sur l'étude du gouvernement canadien. M. Macklem s'est également vu décerner le prix Harold Adams Innis de la Fédération canadienne des sciences humaines du meilleur ouvrage de langue anglaise sur les sciences sociales. M. Macklem vous avez fait un parcours sans faute.

Je vous présenterai M. Laverdure après que M. Macklem aura fait son exposé et répondre à nos questions.

Mr. Patrick Macklem, Professor of Law, Faculty of Law, University of Toronto, As an individual: Thank you, Senator St. Germain. Thank you for boosting my book sales. I have an opening statement. It may be a bit longer than expected. If it is, please interrupt me and we will go to question-and-answer period.

I will speak to the significance of the bill. Were Parliament to enact Bill S-16, First Nations across the country would be in a position to immediately assume substantial and real law-making authority over their affairs. You will likely hear from my colleague, Professor Laverdure, about how intimate the relationship is between self-government and self-sufficiency. I will not spend too much time on this point, but self-government, appropriately defined and contained, is a critical component of sustainability and sufficiency of Aboriginal communities. Many Aboriginal communities are faltering precisely because of the fact that they have little control over their destiny.

Self-government is not sufficient. Education, job opportunities, access to resources — there are many other goods that First Nations need to achieve self-sufficiency. Self-government certainly is necessary. It empowers community. It provides communities with options of their own design. It provides a community with a sense that they have a future and a sense that what this future will look like is their responsibility. It enables a community to take ownership of and responsibility for its future.

Self-government empowers individuals as well. It enables individuals to participate in decisions affecting their future. It enables individuals to claim a stake in what happens in their community. It recognizes the fundamental democratic right of the individual to participate in the formation of laws that govern his or her life. Aboriginal communities and Aboriginal people for too long have been unable to assume responsibility over their futures. Bill S-16 would change this, change this right away and change this for the good.

There are other ways of achieving greater self-governing authority. The first is by litigation. The federal government's inherent right policy recognizes the fact that the Constitution affirms an inherent right of self-government. First Nations have been litigating to try to obtain recognition of this right. Litigation has its benefits. If a First Nation wins, governments have to listen. Litigation rearranges the bargaining power a First Nation has to secure greater capacity to control its future. However, litigation is timely, costly and full of risks. It produces outcomes of uncertain application: Does one decision only apply to this First Nation or to all First Nations? What are the details that flow from a declaration of abstract right?

M. Patrick Macklem, professeur de droit, Faculté de droit, Université de Toronto, à titre personnel : Merci, sénateur St. Germain. Je vous remercie également de faire la promotion de mes livres. J'aimerais faire une déclaration; elle sera peut-être plus longue que prévu. Si c'est le cas, n'hésitez pas à m'interrompre et nous passerons aux questions.

Je vous parlerai tout d'abord de l'importance de cette mesure législative. Si le Parlement devait adopter le projet de loi S-16, toutes les Premières nations, d'un bout à l'autre du pays, seraient immédiatement investies de compétences législatives étendues leur permettant véritablement de gérer leurs affaires. Il est probable que mon collègue, M. Laverdure, vous explique à quel point sont étroits les liens entre autonomie gouvernementale et autosuffisance. Je ne m'attarderai pas beaucoup là-dessus, mais l'autonomie gouvernementale, lorsqu'elle est définie adéquatement et bien délimitée, est un élément essentiel de la durabilité et de l'autosuffisance des collectivités autochtones. Beaucoup de Premières nations éprouvent d'ailleurs des problèmes précisément à cause du fait qu'elles ont peu de contrôle sur leurs destinées.

L'autonomie gouvernementale ne suffit pas. Il faut aussi garantir l'éducation, l'accès à l'emploi et aux ressources — il y a beaucoup d'autres domaines dans lesquels les Premières nations doivent devenir autosuffisantes. L'autonomie gouvernementale est évidemment nécessaire. Elle donne du pouvoir aux collectivités et leur permet de faire des choix délibérés. Les communautés ont ainsi le sentiment d'avoir un avenir et d'en être maîtres. Cela leur permet donc de prendre en main leurs destinées.

L'autonomie gouvernementale responsabilise également les individus. Elle permet aux personnes de participer aux décisions qui auront une incidence sur leur avenir, et elle leur donne aussi voix au chapitre sur ce qui se passe dans leur communauté. Elle reconnaît le droit démocratique fondamental des individus à participer à l'élaboration des lois qui régissent leur vie. Les collectivités et les peuples autochtones ont trop longtemps été incapables de présider à leurs destinées. Le projet de loi S-16 change la donne, la change immédiatement et pour le mieux.

Il existe d'autres façons d'acquérir une plus grande autonomie gouvernementale. La première, c'est en s'adressant aux tribunaux. La politique du gouvernement fédéral sur le droit inhérent reconnaît le fait que la Constitution considère l'autonomie gouvernementale comme un droit inhérent. Les Premières nations ont mené des batailles juridiques pour tenter de faire reconnaître ce droit. Les recours aux tribunaux ont leurs avantages. Lorsqu'une Première nation obtient gain de cause, les gouvernements doivent l'écouter. Cela a pour effet de modifier le pouvoir de négociation que possède une Première nation pour disposer d'une plus grande capacité de contrôle sur son avenir. Toutefois, les procédures judiciaires prennent du temps, sont coûteuses et comportent de nombreux risques. Elles génèrent des incertitudes : une décision donnée s'applique-t-elle uniquement à une Première nation ou bien à l'ensemble des Premières nations? Qu'est-ce qui découle d'une déclaration de droit abstrait?

Another route is by negotiation. Trilateral treaty talks are in various stages of completion in British Columbia. The Nisga'a Final Agreement is up and running. The federal government has negotiated bilateral agreements with Westbank and Tlicho First Nations. There are about 20 land claims agreements in place across the country. Negotiations are also costly and untimely. They take years of time and a significant amount of investment. They also require negotiating partners. Although there have been some successes, we should be frank about the extent to which the federal and provincial governments are aggressively seeking negotiated outcomes and about the extent to which they are truly willing to fundamentally alter the status quo, on the ground, for Aboriginal communities.

The third way of achieving greater self-government is through legislation, which is the route, obviously, that Bill S-16 takes. Bill S-16 enables First Nations to draw up a constitution and to draw down federal authority to make law. It is optional. No First Nation is required to take this step. It can draw down law-making authority that is suitable to its particular circumstances.

It is important to see that these three ways of achieving greater self-governing authority are complementary. Each offsets risks and drawbacks of the others. Negotiations can clarify uncertainties associated with litigation and legislation. Litigation and negotiation produce legislation. It is not an either/or choice. It is not a zero-sum game. Bill S-16 is a good illustration of this point. It constitutes a consolidation, a codification of approaches that have been adopted in treaty talks, proposed in federal policy, most notably the federal inherent right policy, and other approaches acquired and required as a result of litigation.

I have had the opportunity to review the testimony of Ms. Maureen McPhee, Director General of the Self-Government Branch of Indian and Northern Affairs Canada and Mr. Allan Cracower from the Department of Justice Canada. Some of their concerns I can address in answers to questions from committee members, should you so desire.

One statement by Mr. Cracower stood out. He stated that the importance of legal certainty and predictability cannot be overstated. In my opinion, he is dead wrong about this. The importance of legal certainty and predictability can be overstated. The need for certainty needs to be balanced against the need for flexibility. Bill S-16, by being enabling as opposed to mandatory, does not adopt a "one size fits all"; it provides flexibility. Bill S-16 is far less uncertain and unpredictable than it has been made to appear.

L'autre voie à suivre est celle de la négociation. Des pourparlers concernant des traités trilatéraux sont à différents stades d'avancement en Colombie-Britannique. L'entente finale avec les Nisga'a est déjà en vigueur. Le gouvernement fédéral a négocié des accords bilatéraux avec les Premières nations de Westbank et Tlicho. On a conclu environ 20 accords sur les revendications territoriales partout au pays. Mais les négociations sont aussi coûteuses et inopportunnes. Elles durent des années et nécessitent d'importants investissements. Il faut également trouver des partenaires pour négocier. Même s'il y a eu quelques initiatives réussies, nous devons être francs quand vient le moment de se demander jusqu'à quel point les gouvernements fédéral et provinciaux sont prêts à négocier coûte que coûte des ententes et jusqu'à quel point ils sont véritablement désireux de remettre fondamentalement en question le statu quo, sur le terrain, pour les collectivités autochtones.

La troisième façon d'acquérir une plus grande autonomie gouvernementale, c'est au moyen de lois, comme le démontre, évidemment, le projet de loi S-16. Cette mesure législative permet aux Premières nations de se doter d'une constitution et de se prévaloir des pouvoirs fédéraux pour faire leurs propres lois. C'est facultatif. Aucune Première nation n'est obligée de le faire. Elle peut choisir les compétences législatives qui lui conviennent, selon ses circonstances particulières.

Il convient de souligner que ces trois façons d'atteindre une plus grande autonomie gouvernementale sont complémentaires. Chacune atténue les risques et les inconvénients que présentent les autres. Les négociations permettent de dissiper les incertitudes relatives aux procédures judiciaires ou au processus législatif. Les recours aux tribunaux et la négociation permettent de faire des lois. Il ne s'agit donc pas de choisir entre l'une ou l'autre des possibilités. L'enjeu est important et le projet de loi S-16 l'illustre bien. Il permet de consolider et de codifier les approches adoptées dans les négociations sur les traités, celles qui ont été proposées dans la politique fédérale, et plus particulièrement la politique sur le droit inhérent, ainsi que d'autres approches adoptées et requises suite à des décisions de justice.

J'ai eu l'occasion de revoir le témoignage de Mme Maureen McPhee, directrice générale de la Direction générale de l'autonomie gouvernementale du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, et celui de M. Allan Cracower, du ministère de la Justice du Canada. Si vous le voulez, quand viendra la période de questions des membres du comité, j'en profiterai pour répondre aussi à quelques-unes de leurs préoccupations.

M. Cracower a fait une déclaration singulière. Il a affirmé qu'on ne pouvait surestimer l'importance de la certitude et de la prévisibilité juridiques. À mon avis, il se trompe complètement sur ce point; on peut au contraire le faire. Il faut trouver un juste équilibre entre le besoin de certitude et le besoin de souplesse. Comme le projet de loi S-16 est habilitant et non contraignant, il n'impose pas de cadre uniforme; il confère une certaine liberté. En fait, il laisse beaucoup moins de place à l'incertitude et à l'imprévisibilité qu'on a pu le faire croire.

Let me touch briefly on two areas of concern in particular: jurisdiction and membership.

With respect to jurisdiction, there is no doubt that Parliament can authorize a First Nation to enact laws in relation to matters that appear to fall within provincial jurisdiction. Bill S-16 appears to do this in schedule 2 by including the following items within the potential authority of a First Nation to enact laws: the administration of justice; the establishment of minor offences; marriage, divorce and matrimonial property; health and hygiene; welfare and other social services; wills and trusts; and natural resource management, among other provisions.

These look like matters that fall under provincial authority, and concerns have been raised that Bill S-16 would interfere with provincial authority and matters that fall within provincial jurisdiction. However, the constitutionality of vesting a First Nation with the authority to make laws in relation to these and other subject matters listed in schedule 2 flows directly and non-controversially from section 91(24) of the Constitution Act. Schedule 2 is no more constitutionally controversial than existing provisions already in the Indian Act that enable a First Nation to enact bylaws in relation to matters that appear to fall within provincial authority. The point is that these matters appear to fall within provincial authority, but they do not. Section 91(24) gives Parliament jurisdiction over matters that deal with Indians and lands reserved for the Indians that otherwise fall within provincial jurisdiction.

Professor Peter Hogg, now a Justice of the Ontario Court of Appeal, wrote that if section 91(24) merely authorized Parliament to make laws for Indians which it could make for non-Indians, then section 91(24) would be unnecessary.

The list of subject matters in schedule 2 is consistent as well with the federal government's inherent right policy, which, generally speaking, states a federal willingness to negotiate an agreement that would see a First Nation, should it so desire, assume the authority to make laws in relation to virtually all those subject matters that schedule 2 of the bill lists. In an important respect, Bill S-16 is much more modest than the inherent right policy. The inherent right policy indicates a willingness to see law-making authority over these subject matters in terms of entrenched constitutional rights, whereas Bill S-16 does not go down the constitutional road; it is only legislation.

With respect to the interaction between federal, provincial and First Nation law, as opposed to the interaction between these governments' law-making authority — the interaction between actual laws passed by these governments — the bill would render the First Nation law paramount in the event of conflict with federal and provincial law in most circumstances. It thus enables a First Nation to displace federal and provincial laws by enacting its own law.

Permettez-moi de parler brièvement de deux questions particulières : celle visant les compétences et celle concernant la qualité de membre.

En ce qui concerne les compétences, il ne fait aucun doute que le Parlement peut autoriser une Première nation à légiférer dans des domaines qui semblent être de compétence provinciale. C'est ce que propose le projet de loi S-16, à l'annexe 2, en incluant une liste de domaines dans lesquels une Première nation a le pouvoir de légiférer : l'administration de la justice; la désignation d'infractions mineures; le mariage, le divorce et les biens matrimoniaux; la santé et l'hygiène; l'aide sociale et autres services sociaux; les successions et fiducies; et la gestion des ressources naturelles, entre autres dispositions.

Cela ressemble à des domaines de compétence provinciale, et certains ont dit craindre que le projet de loi S-16 ne vienne entraver les pouvoirs des provinces et empiéter sur les domaines de compétence provinciale. Toutefois, la constitutionnalité d'investir les Premières nations du pouvoir de légiférer dans les domaines cités à l'annexe 2 découle directement et de manière indiscutable du paragraphe 91(24) de la Loi constitutionnelle. L'annexe 2 n'est pas plus discutable, du point de vue constitutionnel, que les dispositions que renferme la Loi sur les Indiens et qui permettent à une Première nation de prendre des règlements dans des domaines qui s'avèrent être de compétence provinciale. Le fait est que ces domaines semblent être de compétence provinciale, mais qu'ils ne le sont pas. Le paragraphe 91(24) de la Loi constitutionnelle confère au Parlement le pouvoir de légiférer dans des domaines concernant les Indiens et les terres réservées aux Indiens qui autrement sont de compétence provinciale.

M. Peter Hogg, maintenant juge à la Cour d'appel de l'Ontario, a écrit que si le paragraphe 91(24) ne faisait qu'autoriser le Parlement à faire des lois pour les Indiens qu'il pourrait faire pour les non-Indiens, il serait inutile.

La liste des compétences législatives de l'annexe 2 du projet de loi est également conforme à la politique sur le droit inhérent du gouvernement fédéral qui, de manière générale, confirme la volonté fédérale de négocier une entente selon laquelle une Première nation, si elle le désire, peut être investie du pouvoir de légiférer dans pratiquement tous les domaines précisés dans cette liste. À un égard important, le projet de loi S-16 est beaucoup plus modeste que la politique sur le droit inhérent. En effet, celle-ci indique la volonté de conférer des compétences législatives dans les domaines cités en ce qui concerne les droits garantis par la Constitution, alors que le projet de loi S-16 ne suit pas la voie constitutionnelle; ce n'est qu'une mesure législative.

En ce qui concerne l'interaction entre les lois fédérales, provinciales et autochtones, par opposition à l'interaction entre les compétences législatives de ces gouvernements — l'interaction entre les lois adoptées par ces gouvernements —, il faut savoir qu'en vertu de ce projet de loi, dans la plupart des cas, les lois des Premières nations auraient préséance sur les lois fédérales et provinciales en cas de conflit. Cela permet donc à une Première nation de supplanter les lois fédérales et provinciales en adoptant les siennes propres.

With respect to provincial law and the displacement of provincial law, this is how the Indian Act already operates. There is nothing new here. An Indian bylaw under the Indian Act is paramount in the event that it conflicts with a provincial law. With respect to federal law, there is a little that is new, but less than it might appear. Section 35 stipulates that existing federal laws that serve compelling and substantial legislative objects in a manner consistent with the Crown's fiduciary obligations cannot be displaced. In other words, the bill enables a First Nation to displace the application of some existing federal legislation by enacting its own law on the topic. This is self-government legislation, after all, which means that the community will be governed, generally speaking, by its own laws and not by federal or provincial laws. This is not a blank cheque. The jurisdiction is limited. Important and necessary existing federal laws would continue to apply.

In regard to future federal legislation, Bill S-16, once enacted, is only federal legislation. This is not constitutional law. Parliament remains supreme. Legislation can be enacted in the future that is paramount over First Nation law. Generally, when two federal statutes conflict, the more recent one is deemed to have repealed the earlier one, to the extent of the inconsistency. As it has only statutory force, Bill S-16 does not take the dramatic step that the Nisga'a Final Agreement takes, which is to render Nisga'a law paramount, generally speaking, over existing and future federal and provincial law as a matter of constitutional right.

I will now turn to the subjects of status and membership. Bill S-16 does not alter the Indian status of individuals. Status is a function of federal law. The bill does enable a First Nation to determine who is and who is not a member for the purpose of participating in First Nation government. Individuals who are members of an Indian band, whether because of Bill C-31, federal law, a membership code that governs the band or a court decision, are members of the First Nation and are entitled to vote on a proposed constitution. Once a First Nation is up and running under the auspices of Bill S-16, it can enact a membership code to deal with future issues. There is nothing new here either. Some First Nations already have membership codes, as you know. Such membership codes, including those contemplated by Bill S-16, must respect the constitutional rights of existing and potential members of the community and be consistent with judicial decisions respecting the rights and responsibilities of membership. This is true with all laws, and not simply membership codes, that a First Nation might enact under the authority of Bill S-16. These laws must be within the law-making authority of the First Nation and they must be consistent with the Constitution and with the Charter.

Bill S-16 cannot answer all the questions lawyers might want to throw at it. It cannot specify in detail and *ex ante* what federal laws fall within the category of "compelling and substantial." It cannot specify in detail and *ex ante* how specific federal and

D'ailleurs, c'est déjà ainsi que fonctionne la Loi sur les Indiens puisqu'elle passe avant les lois provinciales. Il n'y a là rien de nouveau. Un règlement indien pris en vertu de la Loi sur les Indiens a préséance sur une loi provinciale en cas de conflit. Pour ce qui est des lois fédérales, il y a des choses nouvelles, mais moins qu'il n'y paraît. L'article 35 stipule que les lois fédérales existantes qui servent un objectif législatif impérieux et réel d'une manière compatible avec les obligations fiduciaires de la Couronne ne peuvent être supplantées. Autrement dit, le projet de loi permet à une Première nation de contourner certaines lois fédérales existantes en adoptant sa propre loi en la matière. Après tout, la législation sur l'autonomie gouvernementale établit que la collectivité sera régie, de manière générale, par ses propres lois et non par des lois fédérales ou provinciales. Ce n'est pas un chèque en blanc. Les compétences sont limitées. Les lois fédérales existantes importantes et nécessaires continueront de s'appliquer.

Quant aux lois fédérales à venir, le projet de loi S-16, s'il est adopté, ne sera qu'une mesure législative fédérale. Ce n'est pas une loi constitutionnelle. Le Parlement conserve sa suprématie. On pourra adopter, à l'avenir, des lois qui l'emporteront sur les lois des Premières nations. En général, lorsqu'il y a conflit entre deux lois fédérales, c'est la plus récente qui est censée l'emporter sur les dispositions incompatibles de la précédente. Comme il a seulement force de loi, le projet de loi S-16 ne va pas aussi loin que l'entente finale avec les Nisga'a, qui consiste à accorder de manière générale la primauté aux lois Nisga'a sur les lois fédérales et provinciales existantes et futures sur le plan constitutionnel.

J'aimerais maintenant parler de la notion de statut et d'appartenance. Le projet de loi S-16 ne modifie en rien le statut indien des individus. Celui-ci est déterminé par une loi fédérale. Cette mesure législative ne permet pas à une Première nation de déterminer qui est ou n'est pas membre pour les fins de participation à un gouvernement autochtone. Les personnes membres d'une bande indienne, que ce soit en vertu du projet de loi C-31, d'une loi fédérale, d'un code d'appartenance qui régit une bande ou d'une décision judiciaire, sont membres de la Première nation et ont le droit de voter sur une constitution proposée. Lorsqu'une Première nation se prévaudra des compétences législatives conférées en vertu du projet de loi S-16, elle pourra adopter un code d'appartenance pour régler les questions futures. Là non plus, il n'y a rien de nouveau. Certaines Premières nations ont déjà des codes d'appartenance, comme vous le savez. Ces codes, y compris ceux prévus par le projet de loi S-16, doivent respecter les droits constitutionnels des membres actuels et à venir de la collectivité et être conformes aux décisions judiciaires concernant les droits et les responsabilités des membres. C'est vrai pour toutes les lois, et pas simplement pour les codes d'appartenance, qu'une Première nation peut adopter en vertu des pouvoirs que lui confère le projet de loi S-16. Ces lois doivent être adoptées en vertu des compétences législatives dévolues à la Première nation et conformes à la Constitution et à la Charte.

Le projet de loi S-16 ne peut pas répondre à toutes les questions que peuvent se poser les avocats. Il ne peut spécifier en détail et d'avance quelles lois fédérales tomberont dans la catégorie des objectifs législatifs impérieux et réels. Il ne peut préciser dans le

provincial laws will coexist with First Nation laws in the future. It cannot tell us what might happen 15 years from now, what might be the effect of a particular membership code on individuals. It is legislation, not a treaty. This is the way legislation operates. It balances generality with specificity. It balances certainty with flexibility. Legislation obtains life by becoming part of the law of the land. When the BNA Act was adopted, it did not tell us a lot of things. Our understanding of it has evolved and become more nuanced over time. This is the case with all statutes, whether it is family law legislation or the Criminal Code.

Bill S-16 codifies, in a modest and realistic way, most of the best practices on Aboriginal self-government that have emerged as a result of litigation, negotiation and legislation. It offers those best practices to First Nations that might not have the capacity or the resources to litigate or to negotiate. It respects the federal and provincial distribution of legislative authority. It operates within the demands of the Constitution and the Charter. It provides for extensive democratic checks and balances. It ensures the utmost in fiscal and financial accountability. On this score, it is much stronger than Bill C-7, introduced with little enthusiasm in the House of Commons some time ago. Bill S-16 provides for more consultation than Bill C-7 did. It offers real democratic participation to Aboriginal people to alter the way they are currently governed for the better. It would break the log-jam of study after study, report after report, negotiation session after negotiation session. It offers real self-government to First Nations across the country. It is a very good bill, and it merits serious discussion in both the Senate and the House of Commons.

Senator Watt: I think there are two fundamental areas that need some attention. One is a question of jurisdiction. That falls under section 35 of the Constitution Act; from time to time, it also falls under section 91(24).

The way this member's bill has been drafted is supposed to be movement in the direction of enabling legislation; in other words, law-making authority. The instrument is being examined to see how far this would go and what area of jurisdiction this would cover. Is there a possibility for the Aboriginal people to end up with an instrument that is so broad and ill-defined that interactions between the two government authorities will only be triggered after being initiated by either the territorial, provincial or federal governments or from the Aboriginal people?

How do you mitigate the conflicts that arise out of the movements of those three governments? Is there a possibility of looking at this innovatively to broaden this legislation, to not

détail et à l'avance quelles lois fédérales et provinciales coexisteront avec les lois autochtones à l'avenir. Il ne peut nous laisser entrevoir ce qui arrivera dans 15 ans ni nous indiquer quel sera l'effet d'un code d'appartenance donné sur les individus. C'est une mesure législative, pas un traité. C'est ainsi que fonctionnent les lois. Ce projet de loi établit un équilibre entre généralité et spécificité et entre certitude et souplesse. Une loi commence à prendre vie lorsqu'elle fait partie du droit d'un territoire. Lorsque l'Acte de l'Amérique du Nord britannique a été adopté, nous ignorions beaucoup de choses. Notre compréhension de cet acte a évolué et est devenue plus nuancée avec le temps. C'est le cas avec toutes les lois, que cela concerne le droit de la famille ou le Code criminel.

Le projet de loi S-16 codifie, de manière modeste mais réaliste, la plupart des meilleures pratiques relatives à l'autonomie gouvernementale autochtone qui sont apparues à la suite des recours juridiques, des négociations et des lois. Il offre ces meilleures pratiques aux Premières nations qui n'ont peut-être pas la capacité ou les ressources pour aller devant les tribunaux ou négocier. Il respecte la répartition des compétences législatives fédérales et provinciales. Il est conforme aux exigences de la Constitution et de la Charte. Il fournit de nombreux mécanismes d'équilibre démocratique. Il garantit ce qu'il y a de mieux en matière d'obligation de rendre compte sur les plans budgétaire et financier. À ce chapitre, il est bien meilleur que le projet de loi C-7, déposé sans grand enthousiasme à la Chambre des communes il y a quelque temps. Le projet de loi S-16 prévoit davantage de consultations que ne l'avait fait le projet de loi C-7. Il favorise une véritable participation démocratique des peuples autochtones dans le but de modifier la façon dont ceux-ci sont actuellement gouvernés. Il pourrait aussi permettre de mettre un terme aux séries d'études, de rapports et de séances de négociation. Il offre une véritable autonomie gouvernementale aux Premières nations de partout au pays. C'est un très bon projet de loi et il mérite qu'on en discute sérieusement, tant au Sénat qu'à la Chambre des communes.

Le sénateur Watt : Je pense qu'il y a deux domaines essentiels sur lesquels nous devons nous pencher. Le premier concerne les compétences, et cela relève de l'article 35 de la Loi constitutionnelle; de temps en temps, cela relève aussi du paragraphe 91(24).

D'après la façon dont ce projet de loi d'initiative parlementaire a été rédigé, il semble qu'on veuille en faire une loi habilitante conférant aux Premières nations le pouvoir de légiférer. On est en train d'examiner l'instrument pour déterminer jusqu'où il ira et quels domaines de compétences il couvrira. Y a-t-il une possibilité que les Autochtones se retrouvent avec un instrument tellement vaste et tellement mal défini qu'il n'y aura d'interactions entre les deux pouvoirs gouvernementaux qu'à l'initiative du gouvernement territorial, provincial ou fédéral ou encore de la Première nation?

Comment atténuer les conflits pouvant être provoqués par les mouvements de ces trois ordres de gouvernement? Y a-t-il une possibilité de voir la situation de manière novatrice pour étendre

have it too defined, to have the ability to move forward in terms of wanting to sit down to negotiate? I am not sure I am making myself clear.

What I am saying is that you pointed out that there is an avenue to go to the courts at times, that that is helpful. Yes, it is true; it is very helpful at times, depending upon the nature of the issues that you are dealing with.

Is there another way to build a bridge between Aboriginal and governing institutions — the federal and the provincial governments — rather than constantly, year after year, having conflicts between them? How do we correct that conflict? The conflict will always remain there, but how do you get to that point of dealing with that conflict?

I think this is where the actual problem is, unless you want to go to the courts and have that point clarified. I wonder if you could cover that area for me. That would be helpful.

Mr. Macklem: Let me preface my answer by noting that Mr. Cracower's testimony highlighted the unpredictability and the uncertainty that he saw in Bill S-16. Any potential uncertainty and unpredictability embodied in Bill S-16 has to be viewed against the backdrop of existing uncertainty and unpredictability about the nature and scope of First Nation government now.

Litigation has rendered those questions highly uncertain. The courts have not come out and stated explicitly that there is a broad, inherent right of self-government recognized by section 35 of the Constitution. They have also come out and stated that were there to be a right of self-government, it would proceed case by case, subject matter by subject matter, in a very detailed and specific way. They have indicated, to a certain extent, that they are willing to contemplate that section 35 does recognize governance rights, but they are saying we need to proceed very carefully and incrementally. That careful, incremental approach produces a great deal of uncertainty across the country. First Nations do not know, nor do governments know, what is the nature and scope of First Nation government.

There is a high degree of uncertainty and unpredictability that Bill S-16 would clarify by codifying, through the constitution that the First Nation would enact, the nature and scope of the powers that First Nation would have in relation to its law-making authority. It would also clarify the nature of this law-making authority. It would not, at first blush, be constitutional in nature. It is law-making authority that is drawn down from the federal statute. In many respects, it is like the bylaw-making authority that an Indian band currently has; it is akin to delegated legislation.

la portée de cette mesure législative, pour ne pas qu'elle soit trop définie et pour pouvoir aller de l'avant, c'est-à-dire vouloir s'asseoir pour négocier? Je ne suis pas sûr d'être clair.

Ce que je dis, c'est que vous avez fait remarquer qu'on pouvait recourir aux tribunaux, parfois, et que c'est utile. Oui, c'est vrai; c'est très utile parfois, mais cela dépend de la nature des problèmes traités.

Y a-t-il une autre façon de bâtir un pont entre les Autochtones et les institutions gouvernantes — je veux parler des gouvernements fédéral et provinciaux —, plutôt que d'être constamment, année après année, en conflit? Comment mettre un terme à cette situation? Il y aura toujours des conflits, mais comment en arriver au point où on sera en mesure de les régler?

Je pense que c'est là que réside le véritable problème. À moins de vouloir s'adresser aux tribunaux pour demander de clarifier ce point. Je me demandais si vous pouviez nous faire part de votre point de vue à cet égard. Ce serait utile.

M. Macklem : Permettez-moi de commencer ma réponse en vous disant que dans son témoignage, M. Cracower avait souligné le caractère imprévisible et incertain du projet de loi S-16. L'incertitude et l'imprévisibilité potentielles caractérisées par le projet de loi S-16 doivent être vues avec, en toile de fond, l'incertitude et l'imprévisibilité existantes concernant la nature et les pouvoirs d'un gouvernement autochtone.

Les recours aux tribunaux ont rendu ces questions hautement incertaines. Les tribunaux n'ont pas conclu explicitement qu'il existait un droit étendu et inhérent à l'autonomie gouvernementale reconnu par l'article 35 de la Constitution. Toutefois, ils sont arrivés à la conclusion que s'il y avait un droit d'autonomie gouvernementale, on procéderait au cas par cas, compétence par compétence, de manière très détaillée et spécifique. Ils ont aussi indiqué, dans une certaine mesure, qu'ils étaient désireux d'envisager la possibilité que l'article 35 reconnaîsse effectivement les droits de gouvernance, mais ils disent du même coup qu'ils doivent procéder de manière très prudente et progressive. Cette approche prudente et progressive génère beaucoup d'incertitude partout au pays. Les Premières nations ignorent, tout comme les gouvernements, quelles sont la nature et la portée des pouvoirs d'un gouvernement autochtone.

Il y a donc un degré élevé d'incertitude et d'imprévisibilité que le projet de loi S-16 permettrait d'atténuer en codifiant, au travers de la constitution que mettraient en œuvre les Premières nations, la nature et l'étendue des pouvoirs de ces Premières nations en ce qui a trait à leurs compétences législatives. Cette mesure législative clarifierait également la nature de ces compétences. À première vue, celles-ci ne seraient pas de nature constitutionnelle. Le pouvoir de légiférer serait conféré par la loi fédérale. À bien des égards, cela ressemble au pouvoir de prendre des règlements qu'une bande indienne possède actuellement; cela s'apparente à de la législation déléguée.

There is an alternate way of understanding this bill that we might want to get into. It is different from delegated legislation but this would be its dominant understanding right now. It provides clarity on the nature of the law-making authority as well.

Having said that, schedule 2 has a list of very detailed subject matters that are not open to a lot of debate and interpretation about their scope and some more broadly worded subject matters, which are open. In this respect, it is like sections 91 and 92 of the BNA Act.

Some of those heads of power are quite specific and some are quite open-ended. Those open-ended clauses in particular have fuelled a jurisprudence asking: What about the nature and scope of federal and provincial authority that has been with us since 1867? My estimate is that if Bill S-16 were to be enacted, there would be an ongoing role for the courts to clarify the relationship between these three levels of government, to clarify the scope of the heads of power in schedule 2. Most of the clarification would come from First Nations drawing down these powers and exercising them, testing their limits.

A First Nation that would draw up a constitution and draw down some of the schedule 2 powers — the fact that a First Nation has the capacity to do that — would create incentives for neighbouring jurisdictions — provinces and the federal government — to come to the table and negotiate suitable arrangements for the harmonization of legislation. It alters the bargaining power and the distribution of bargaining power among the three actors. The First Nation now has the ability to draw down power and exercise that power, which creates an incentive for the provinces and federal government to come and negotiate suitable arrangements for that eventuality.

Senator Watt: To take it a bit further, if I may, surrounding the question of jurisdiction, this legislation is trying to get government to act on initiatives brought forward by Aboriginals, unless they go through the courts. It does not really acknowledge that, in a sense, or consider it as an actual item. That will always remain a problem unless we clarify the role of Aboriginal governing institutions and, by the same token, the role of the Government of Canada and of provinces.

The problem is still there. How to overcome that hurdle has always been a problem. The way I understand it, if real self-government were to materialize in the future, I think a lot of movement has to take place, in three parts: There is the Aboriginals' willingness to sit down and negotiate, the provincial government's willingness to sit down and negotiate and rectify the problem, and the same for the federal government. That will always remain as a problem until we find a way to deal with it.

Will this business of Aboriginals waiting for their time, their issues, and their bread and butter ever be dealt with unless we develop a mechanism to force the government to sit down and listen to us? Even if we go to court, government does not listen most of the time, even if the ruling is quite clear in giving instructions to government to do certain things. At times the

Il y a une autre façon de comprendre ce projet de loi que nous devrions examiner. Cela diffère de la législation déléguée, mais ce serait la principale interprétation qu'on pourrait en faire actuellement. Cela permet également de comprendre avec plus de clarté la nature des compétences législatives.

Ceci dit, l'annexe 2 comporte une liste très détaillée de compétences législatives qui ne sont pas beaucoup sujettes à débat ou à interprétation quant à leur portée, mais elle en comporte aussi d'autres, formulées de manière plus générale, qui elles le sont. À cet égard, cela ressemble aux articles 91 et 92 de l'AANB.

Certains chefs de compétence sont très spécifiques et d'autres non limitatifs. Ces derniers, en particulier, ont donné lieu à l'établissement d'une jurisprudence en vertu de laquelle on se demande : « Qu'en est-il de la nature et de la portée des pouvoirs fédéraux et provinciaux depuis 1867? » À mon avis, si le projet de loi S-16 devait être adopté, les tribunaux auraient encore un rôle à jouer pour clarifier le lien entre les trois ordres de gouvernement et préciser l'étendue des chefs de compétence de l'annexe 2. La plupart des éclaircissements viendraient des Premières nations investies de ces pouvoirs, les exerçant et testant leurs limites.

Une Première nation qui déciderait de faire une constitution et userait de quelques-uns des pouvoirs conférés en vertu de l'annexe 2 — le fait qu'une Première nation ait la capacité de le faire — inviterait les provinces et le gouvernement fédéral à venir négocier à la table des ententes appropriées pour l'harmonisation des lois. Cela aurait pour effet de changer les rapports de force et la répartition du pouvoir de négociation entre les trois acteurs. Actuellement, la Première nation a la possibilité de ce prévaloir de ce pouvoir et de l'exercer, ce qui incite les provinces et le gouvernement fédéral à venir négocier des ententes convenables pour se préparer à cette éventualité.

Le sénateur Watt : Si je puis me permettre d'aller un peu plus loin, je dirais, à propos de la question des compétences, que ce projet de loi a pour but de faire réagir le gouvernement à des initiatives proposées par des Autochtones, à moins que l'on choisisse la voie des tribunaux. Ce n'est pourtant pas clairement reconnu ou considéré comme tel. Cela restera toujours un problème, à moins que nous clarifions le rôle des institutions régissant les Premières nations et, en passant, le rôle du gouvernement du Canada et des provinces.

Le problème demeure. Cela a toujours été difficile de savoir comment dépasser ce stade. D'après ce que je comprends, si l'autonomie gouvernementale véritable devait se concrétiser dans l'avenir, je pense qu'il y aurait de nombreux changements : la volonté des Autochtones de s'asseoir pour négocier et la volonté des gouvernements provinciaux et fédéral de s'asseoir, de négocier et de corriger ce qui ne va pas. Tant que nous n'aurons pas trouvé de solution, cela restera un problème.

Si on ne développe pas de mécanisme pour forcer le gouvernement à s'asseoir et à nous écouter, je me demande si un jour on réglera les questions relatives aux problèmes et aux besoins fondamentaux des Autochtones. Même si nous allons devant les tribunaux, le gouvernement n'écoute pas la plupart du temps, et ce, même si la décision est très claire et qu'elle lui exige

government is unwilling to move forward, and that is a hurdle that sets back the Aboriginal people economically, socially, culturally, whatever you want to say. That is the problem.

Regardless of the instrument we come up with, we must deal with that and have a clear understanding, once and for all, of what the rules of the game are here in Ottawa, dealing with the government as an Aboriginal person.

Does section 35 have any meaning in the eyes of the bureaucrats, the politicians and the legal people? Because the unwillingness to implement section 35 is always the big problem. This is one of the big hurdles we have.

You mentioned Bill S-16, which has become stand-alone legislation, not flowing from section 35. I am not sure that is the way it should be read. I think it should flow from section 35 rather than flowing from 91(24), because that is where the inherent right to self-government is. If this is what is meant to be, let us move in a direction to implement section 35 to deal with things like this and to correct them if need be.

Mr. Macklem: Bill S-16 is drafted, as I understand it, in a way that would enable a court to interpret it as implementing legislation, implementing an inherent right that section 35 recognizes. Whether a court would interpret it that way is something to be left to the future, but it is certainly a plausible construction of the bill.

At the same time, it is also consistent to a certain extent with more traditional federal approaches to Aboriginal self-government, which is it adopts some of the techniques that the Indian Act adopts with respect to band government and section 83 and the provisions under the Indian Act with respect to the authority that bands have to make bylaws. It is purposefully going around this debate, whether it is inherent or delegated. As I read it, it is trying to go around that debate and provide a model and instrument for First Nations to either draw down or draw from their own inherent right of greater law-making authority that would be recognized in the Canadian constitutional order.

Senator Watt: Are you saying that this piece of legislation, in your interpretation, seems to go around on the issues when it should be hitting the issues head-on?

Mr. Macklem: Absolutely not. I think it is wise to have drafted this legislation in this way.

Senator Watt: In a sense, one is excusing oneself. The reason one is trying to go around those issues is because one cannot deal with them directly? Does that create a problem?

Mr. Macklem: I do not think it creates a problem. It creates a lot of solutions because it does not get hung on the distinction between inherent and delegated law-making authority. It delivers law-making authority. People can characterize it the way they want to, but it provides First Nations the ability to draw down

de prendre certaines dispositions. Parfois, les gouvernements ne veulent pas bouger et cela nuit aux Autochtones du point de vue économique, social, culturel et autre. C'est là qu'est le problème.

Quelle que soit la mesure législative proposée, nous devons régler ce problème et comprendre clairement, une fois pour toutes, quelles sont les règles du jeu à Ottawa que doivent connaître les Autochtones pour traiter avec le gouvernement.

L'article 35 a-t-il un sens quelconque aux yeux des bureaucrates, des politiciens et des juristes? Parce que le manque de volonté pour l'appliquer est toujours manifeste. C'est l'un des plus grands obstacles auquel nous sommes confrontés.

Vous avez indiqué que le projet de loi S-16, qui est devenu un projet de loi distinct, ne découle pas de l'article 35. Je ne suis pas sûr que ce soit ainsi qu'il faille l'interpréter. Je crois qu'il devrait découler de l'article 35 plutôt que du paragraphe 91(24) puisque c'est de là que vient le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale. Si c'est ce que l'on veut, faisons en sorte de mettre en œuvre l'article 35 pour régler ce genre de questions et corriger les problèmes s'il y a lieu.

M. Macklem : D'après ce que j'ai compris, le projet de loi S-16 est rédigé de telle sorte qu'il permettrait à un tribunal de l'interpréter comme étant une loi d'application, c'est-à-dire une mesure législative permettant d'appliquer un droit inhérent reconnu par l'article 35. L'avenir nous dira si un tribunal l'interpréterait de cette façon, mais c'est certainement une interprétation plausible.

En même temps, celui-ci est également conforme, dans un sens, à des approches fédérales plus traditionnelles à l'égard de l'autonomie gouvernementale, dans la mesure où il adopte certaines techniques prévues par la Loi sur les Indiens à l'égard du gouvernement de la bande et de l'article 83, ainsi que des dispositions de la Loi sur les Indiens concernant le pouvoir que les bandes ont de prendre des règlements. Toute la question est de savoir s'il s'agit d'un droit inhérent ou délégué. D'après la lecture que j'en fais, ce projet de loi tente d'éviter la question et fournit un modèle et un instrument aux Premières nations pour que celles-ci puissent se prévaloir de certaines compétences ou de leur propre droit inhérent pour disposer d'un plus grand pouvoir de légiférer qui serait reconnu dans l'ordre constitutionnel canadien.

Le sénateur Watt : Êtes-vous en train de dire que cette mesure législative, selon votre interprétation, semble tourner autour du pot alors qu'elle devrait aller au cœur des problèmes?

M. Macklem : Absolument pas. Je pense qu'il est sage qu'on ait rédigé ce projet de loi de cette façon.

Le sénateur Watt : Dans un sens, c'est comme si on s'excusait soi-même. La raison pour laquelle on essaie de contourner ces problèmes tient-elle au fait qu'on ne peut pas les traiter directement? Cela ne crée-t-il pas un problème justement?

Mr. Macklem : Je ne crois pas. Cela ouvre la porte à de nombreuses solutions étant donné qu'on ne s'accroche pas à la distinction entre les pouvoirs de légiférer inhérent et délégué. Ce projet de loi offre des compétences législatives. Les gens peuvent l'interpréter comme ils le veulent, mais cette mesure législative

and draw up law-making authority from the bill, from their inherent right, recognizes that law-making authority through the bill and coordinates that law-making authority with federal and provincial laws.

It is not an excuse. It is not ducking an issue. It is moving through that distinction to the other side. To go back to some of your earlier questions and comments, there are two ways of looking at the bill. One is on its own merits. Is this normatively the right thing to do? Does it provide for a balanced measure of law-making authority for First Nations? Is schedule 2 the appropriate list of powers that a First Nation should have, that a First Nation might need? Does it provide sufficient flexibility? There are a whole set of questions that go to that dimension of the problem.

Another way of looking at the bill, which is not to exclude the first but is complementary to the first, is to ask: If this bill were to be enacted, how would this bill alter the dynamics that exist among the three levels of government? What incentives or disincentives would it create by establishing the authority of a First Nation to draw down certain law-making authority? I think you are right; that is, the real task for all three governments is to implement section 35 rights, is to move toward greater self-governing authority in ways that are consistent with other constitutional obligations. The question is how to kick-start this process.

Bill S-16, from this angle, does kick-start this process because it does enable a First Nation to assume some law-making authority, which would then create certain incentives for the federal and provincial governments to start talking.

Senator St. Germain: The main opposition to this bill started with the work on it well before Bill C-31. There was always a question of membership. Membership has always been the boogeyman: “Do not touch this because this will deny people their rights” and what have you. The other question that has been brought up regards matrimonial rights. This has been raised by members of this committee, even as recently as our last hearings.

Obviously, you have studied all the existing legislation, regarding the Nisga'a and the various other self-governments. Tlicho self-government has recently passed but there is also the Westbank, the Sechelt and other self-government agreements that have been made with various Aboriginal peoples.

Is there anything that you can see in Bill S-16 that is inconsistent with those other pieces of legislation? As the proposer of the bill, I ask that the accepted pieces of legislation passed in regard to self-government be mirrored in this piece of legislation. We heard from Ms. McPhee from DIAND, who laid out what the department has always laid out in the past. Is there anything inconsistent with Bill S-16 in regard to other legislation that has already been passed?

donne aux Premières nations la possibilité d'exercer leur pouvoir de légiférer, en vertu des droits inhérents qui leur sont conférés. Elle leur reconnaît ces compétences législatives et permet de coordonner ces pouvoirs avec ceux du gouvernement fédéral et des provinces.

Ce n'est pas une excuse. Il ne s'agit pas d'esquiver un problème. Il s'agit de passer outre cette distinction. Pour revenir à vos questions et à vos commentaires de tout à l'heure, il y a deux façons de considérer le projet de loi, notamment en tenant compte de sa valeur propre. D'un point de vue normatif, est-ce la bonne chose à faire? Les compétences législatives des Premières nations sont-elles bien soupesées? Trouve-t-on à l'annexe 2 la liste des pouvoirs qu'une Première nation devrait avoir, dont une Première nation pourrait avoir besoin? Prévoit-on une souplesse suffisante? Il y a toute une série de questions qui visent cet aspect du problème.

Une autre façon de considérer le projet de loi, qui n'exclut pas la première mais lui est complémentaire, c'est de se demander comment ce projet de loi, s'il est adopté, pourrait modifier la dynamique qui existe entre les trois paliers de gouvernement. Quelles mesures d'encouragement ou de dissuasion seraient créées si on permettait à une Première nation d'utiliser certaines compétences législatives? Je crois que vous avez raison : la tâche véritable des trois gouvernements est de faire appliquer les droits prévus à l'article 35, de favoriser une plus grande autonomie gouvernementale tout en respectant les autres obligations constitutionnelles. La question est de savoir comment enclencher ce processus.

Vu de cet angle, le projet de loi S-16 enclenche ce processus, parce qu'il permet à une Première nation d'assumer certains pouvoirs législatifs, ce qui inciterait les gouvernements fédéral et provinciaux à entamer des discussions.

Le sénateur St. Germain : La principale opposition à ce projet de loi a commencé bien avant le projet de loi C-31. La question de l'appartenance a toujours soulevé la controverse, a toujours été la bête noire : « Ne touchez pas à cela, parce que vous allez brimer des droits », et cetera. L'autre question qui a été soulevée porte sur les droits matrimoniaux. Des membres du comité en ont parlé pas plus tard qu'à notre dernière séance.

Évidemment, vous avez étudié toutes les lois existantes, concernant les Nisga'a et les divers autres gouvernements autonomes. L'accord d'autonomie gouvernementale des Tlichos a récemment été adopté, mais d'autres ont été conclus avec divers peuples autochtones, dont la Première nation de Westbank et les Sechelts.

À votre avis, le projet de loi S-16 entre-t-il en conflit avec d'autres mesures législatives? Comme je suis l'auteur de ce projet de loi, je demande que les mesures législatives déjà adoptées en matière d'autonomie gouvernementale soient reflétées dans celle-ci. Nous avons entendu Mme McPhee, d'AINC, qui a exposé ce que le ministère a toujours fait valoir par le passé. Le projet de loi S-16 entre-t-il en conflit avec d'autres lois qui ont déjà été adoptées?

Mr. Macklem: In many respects, Bill S-16 is more modest than other pieces of legislation. There are two categories of legislation with respect to governance. One category would be legislation implementing treaties and land claims agreements. Some of those land claims agreements — the Nisga'a Final Agreement, most prominently — provide for First Nation governing authority as a constitutional right. There is federal and provincial legislation implementing those treaty arrangements.

The Nisga'a law-making authority by treaty is established as a matter of fundamental constitutional law. There are treaty rights within the meaning of section 35 of the Constitution.

Bill S-16 does not state and would not be interpreted as holding that it, by itself, establishes that any law-making authority in schedule 2 is the result of treaty and automatically assumes constitutional stature. It is more modest than the Nisga'a Final Agreement. It is simply legislation. It is not a treaty and it does not possess immediate constitutional significance. There is no conflict in that respect, but it is not as transformative as the Nisga'a Final Agreement and some of the other land claims agreements and legislation that implement those agreements.

The other category of legislation that your question raises would be legislation like Bill C-31, which essentially involves amendments to the Indian Act and changes to the relationship between bands and members and that sort of thing. It was enacted primarily in the name of gender equality. There is nothing in Bill S-16 that threatens those commitments that I can see, whatsoever.

First, Bill S-16 is very clear, on my read, that the existing lists for membership are to be respected by First Nations that seek to opt out of the Indian Act and into this regime; that a First Nation would not be able to strike individuals from their membership lists or their codes who were members before the First Nation opted into this regime. Those members are protected as a result of Bill S-16.

Now, the bill does state that a First Nation can pass a membership law in the future. While it might not be able to interfere with the existing membership rights, it can pass a membership law in the future, which raises the spectre of a First Nation passing a membership law that might have a discriminatory dimension to it. The question is: What would happen were a First Nation to pass a membership law that discriminates against women or some sub-component of the Aboriginal community?

The law-making authority of a First Nation, whether it is over membership or over anything else that is scheduled to lists, would be subject to the Charter. A First Nation, like both the federal and provincial governments, cannot exercise its law-making authority in ways that violate equality rights or other Charter guarantees. Therefore, in that respect as well, Bill S-16 recognizes the law-making authority of a First Nation, but that law-making authority must be exercised in a manner that is consistent with constitutional obligations.

M. Macklem : À de nombreux égards, le projet de loi S-16 est plus modeste que d'autres mesures législatives. Il existe deux catégories de lois concernant la gouvernance. Il y a d'abord les lois qui visent la mise en œuvre des traités et des accords de revendication territoriale. Certains de ces accords de revendication territoriale — dont l'Accord définitif Nisga'a, le plus connu — font de l'autonomie gouvernementale des Premières nations un droit constitutionnel. Ces traités sont mis en œuvre en vertu de lois fédérales et provinciales.

Le pouvoir législatif des Nisga'a par traité est fondé sur le droit constitutionnel fondamental. Des droits issus de traités sont prévus au sens de l'article 35 de la Constitution.

Le projet de loi S-16 ne dit pas et ne peut être interprété comme s'il établissait, en soit, que l'un ou l'autre des pouvoirs législatifs énumérés à l'annexe 2 découle d'un traité et qu'il a automatiquement un caractère constitutionnel. C'est plus modeste que l'Accord définitif Nisga'a. Ce n'est qu'une loi. Ce n'est pas un traité et cette loi n'a pas d'importance constitutionnelle immédiate. Il n'y a pas de conflit à cet égard, mais cette loi n'aurait pas autant d'effet que l'Accord définitif Nisga'a et d'autres accords de revendication territoriale ainsi que les textes législatifs qui prévoient leur mise en œuvre.

Quant à la deuxième catégorie de lois visées par votre question, ce serait des mesures législatives comme le projet de loi C-31, qui consiste essentiellement à modifier la Loi sur les Indiens et à changer les relations entre les bandes et les membres, et cetera. Il a été adopté principalement par souci d'égalité des sexes. Il n'y a rien dans le projet de loi S-16 qui, à mon avis, compromet ces autres engagements.

D'abord, selon mon interprétation, le projet de loi S-16 dit clairement que les listes existantes de membres doivent être respectées par les Premières nations qui choisissent de se soustraire à la Loi sur les Indiens pour adopter ce régime, qu'une Première nation ne pourrait pas rayer des personnes qui étaient inscrites sur la liste des membres avant que la Première nation opte pour ce régime. Ces membres sont protégés en vertu du projet de loi S-16.

Par ailleurs, le projet de loi prévoit qu'une Première nation peut légiférer à l'égard de ses membres dans l'avenir. Bien qu'elle ne puisse aller à l'encontre des droits des membres existants, elle peut légiférer dans ce domaine dans l'avenir, ce qui fait craindre l'adoption d'une loi qui pourrait être discriminatoire. Reste à savoir ce qui arriverait si une Première nation adoptait une loi qui serait discriminatoire à l'égard des femmes et de certains éléments de la communauté autochtone.

Le pouvoir législatif d'une Première nation, que ce soit sur la qualité de membre ou d'autres questions énumérées dans les annexes, serait assujetti à la Charte. À l'instar des gouvernements fédéral et provinciaux, une Première nation ne peut exercer son pouvoir législatif en violant les droits à l'égalité et d'autres garanties de la Charte. Par conséquent, à ce chapitre également, le projet de loi S-16 reconnaît le pouvoir législatif d'une Première nation, mais ce pouvoir doit être exercé d'une manière qui soit cohérente avec les obligations constitutionnelles.

Senator St. Germain: The department stated that Bill S-16 makes no accommodation for the fact that provinces have jurisdiction over most lands that could be affected. Yet, we state that these are clearly Aboriginal lands as defined under Canadian law. Could you elaborate on that? This does not make sense.

The department's presentation stated that, "Bill S-16 makes no accommodation for the fact that provinces have jurisdiction over most of the lands that could be affected. Again, provincial and federal relations would suffer the consequences."

I do not happen to be a lawyer. That is why we are relying on people of your profession. My understanding is that if it is reserve lands, the province has no jurisdiction over it anyway. Why would they be saying this? Is there something there that I do not know and we should know about? This is not a loaded question. It does not make sense to me. People wanting to use this legislation would have a clearly established Aboriginal land base as designated to that respective nation, or band, or whatever. Why would they come up with this? This is mysterious to me. Ms. Hurley did not have that in her questions and I am befuddled as to why they bring it up. Maybe you can comment.

Mr. Macklem: The major reason why provincial laws of general application apply to status Indians on reserve land is because Parliament permits them to apply. Most provincial laws of general application apply to reserve lands and to Indians on reserve lands mainly because Parliament permits them to apply. Parliament permits provincial laws to apply when they otherwise would not apply because of the Constitution and because of federal authority over Indians.

Parliament permits some provincial laws to apply by section 88 of the Indian Act. That section incorporates provincial laws that would not apply as a matter of constitutional law, but it incorporates them anyway. It is as though Parliament says, "We know that you on your own cannot regulate these certain subject matters because you do not have the authority to regulate these subject matters. We do, but we will let you do it. We will exercise our authority to let you regulate these subject matters."

Provincial jurisdiction here is not really provincial jurisdiction. Provincial jurisdiction exists in most of these questions by virtue of federal permission.

Currently, those provincial laws give way when there is a bylaw passed by a First Nation that conflicts with them. This is the model here. This is why I said earlier that there is no real change here in the relationship between a First Nation and a province, although schedule 2 lists more subject matters that a First Nation can make laws in relation to than the Indian Act does. The same principle applies. When an Indian band passes a bylaw under the Indian Act regulating something on the reserve and there was a provincial law before the bylaw that regulated it differently, the Indian bylaw is paramount and the provincial law gives way. It is

Le sénateur St. Germain : Le ministère a affirmé que le projet de loi S-16 ne tient pas compte du fait que la plupart des terres qui pourraient être touchées relèvent de la compétence provinciale. Pourtant, nous disons que ce sont des terres autochtones telles qu'elles sont définies par les lois canadiennes. Pouvez-vous donner des précisions à ce sujet? Ça n'a pas de sens.

Dans son exposé, la porte-parole du ministère a déclaré ceci « Le projet de loi S-16 ne tient aucunement compte du fait que la plupart des terres qui seraient en cause relèvent de la compétence provinciale. Là encore, les relations fédérales-provinciales en subiraient des conséquences. »

Je ne suis pas avocat. C'est pour cette raison que nous nous fions sur les gens de votre profession. Selon moi, s'il s'agit de terres de réserve, la province n'a aucune compétence de toute façon. Pourquoi disent-ils cela? Y a-t-il quelque chose que j'ignore et que nous devrions savoir? Ce n'est pas une question piège. Je ne comprends pas. Les peuples qui voudraient utiliser cette loi auraient une terre autochtone clairement établie et désignée pour cette Première nation ou cette bande, peu importe. Pourquoi disent-ils pareille chose? C'est un mystère pour moi. Mme Hurley n'a pas posé cette question, et je n'y comprends rien. Vous pourriez peut-être faire des commentaires à ce sujet.

M. Macklem : Si les lois provinciales d'application générale s'appliquent aux Indiens sur les terres de réserve, c'est avant tout parce que le Parlement permet leur application. La plupart des lois provinciales d'application générale s'appliquent aux terres de réserve et aux Indiens sur les terres de réserve principalement parce que le Parlement le permet. Le Parlement permet l'application des lois provinciales là où elles ne s'appliqueraient pas autrement en raison de la Constitution et de la compétence fédérale sur les Indiens.

Le Parlement permet l'application de certaines lois provinciales en vertu de l'article 88 de la Loi sur les Indiens. Cet article intègre les lois provinciales qui ne s'appliqueraient pas sur le fondement du droit constitutionnel, mais il les intègre quand même. C'est comme si le Parlement disait « Nous savons que vous ne pouvez pas à vous seuls réglementer certains domaines, parce que vous n'en avez pas le pouvoir. Nous avons ce pouvoir, mais nous allons vous permettre de le faire. Nous allons exercer notre pouvoir en vous laissant réglementer certains domaines. »

La compétence provinciale ici n'est pas vraiment une compétence provinciale. Elle existe essentiellement par une permission du gouvernement fédéral.

À l'heure actuelle, un règlement adopté par une Première nation a préséance sur une loi provinciale lorsqu'il y a conflit entre les deux. C'est le modèle à retenir ici. C'est pourquoi j'ai dit tout à l'heure que les relations entre une Première nation et une province ne changaient pas vraiment, même si les domaines dans lesquels une Première nation peut adopter les lois sont plus nombreux à l'annexe 2 que ce que prévoit la Loi sur les Indiens. Le même principe s'applique. Lorsqu'une bande indienne adopte un règlement en vertu de la Loi sur les Indiens sur un aspect quelconque dans la réserve et si une loi provinciale existait avant

not something we are unaccustomed to. It is not something provinces are unaccustomed to.

The bill, as I understood the definition of Aboriginal lands, was to try to cover off situations where a reserve, technically understood under the terms of the Indian Act, would not be solely the basis of the territory of the First Nation after it opted into this regime because that First Nation might have other legal interests by treaty, by arrangement, by purchase, by restitution — technically speaking, not imagined as the reserve. There is a broader definition of Aboriginal lands to ensure those other kinds of legal interests are included within the land base of the First Nation as it opts into the new regime. My reading of Bill S-16 does not enlarge dramatically in any way the land base of the First Nation as already understood.

Senator St. Germain: Thank you. I want to apologize to Ms. Hurley. She did have the question in, and very clearly.

The Chairman: We need to move on to the next witness. Perhaps, Senator St. Germain, you would not mind introducing the witness.

Senator St. Germain: The next witness, senators, is Mr. Donald Laverdure, Assistant Professor of Law and the founding director of the Indigenous Law Program, Michigan State University College of Law. He is a faculty member of the board of the American Indian Studies Program at MSU. He is the Chief Justice of the Crow Nation, serving since July 2002. He is the Chairman of the Crow Nation Judicial Ethics Board and is an Appellate Judge of the Keweenaw Bay Indian Community. Professor Laverdure has provided expert testimony, written and verbal, before the Crow Tribal Legislature concerning local government compacts — water rights and tobacco taxes — land use and zoning, federal allotment acts and tribal land reacquisition programs, tribal tax legislation, judicial impeachment standards and processes, qualifications of tribal judges and separation of powers within tribal government.

Born on the Crow Indian reservation, Professor Laverdure writes and speaks frequently throughout the country on tribal court systems, taxation in Indian country, indigenous identity and political participation, Indian treaty rights and the legal and political status of indigenous peoples. More specifically, Professor Laverdure is an expert in taxation by, and of, indigenous peoples, the structure of tribal governments and the creation and operation of tribal court systems. He has published *A Historical Braid of Inequality: An Indigenous Perspective of Brown v. Board of Education* and is currently writing several other papers, including *Selection and Regulation of Judges in Indian Country, Tribal Government Land Trusts and The Source and Scope of Tribal Government Tax Powers*.

ce règlement et lui était contraire, le règlement indien a préséance. Ce n'est pas quelque chose d'inusité ni pour nous, ni pour les provinces.

D'après ce que je comprends de la définition de terres autochtones, le projet de loi tente de couvrir les situations où une réserve, au sens technique qu'on lui donne dans la Loi sur les Indiens, ne serait pas seulement le territoire d'une Première nation qui aurait opté pour ce régime, parce que la Première nation pourrait avoir d'autres intérêts juridiques en vertu d'un traité, d'un arrangement, d'un achat, d'une restitution — techniquement parlant, des intérêts qui n'entraient pas dans la définition de réserve. C'est une définition élargie qui fait en sorte que ces autres intérêts juridiques sont inclus dans la terre de la Première nation lorsqu'elle opte pour ce nouveau régime. Selon mon interprétation, le projet de loi S-16 n'élargit pas de façon spectaculaire le territoire de la Première nation tel qu'il est déjà compris.

Le sénateur St. Germain : Merci. Je voudrais m'excuser auprès de Mme Hurley. Elle a posé cette question, et très clairement.

Le président : Nous devons entendre le prochain témoin. Sénateur St. Germain, auriez-vous l'obligeance de nous le présenter?

Le sénateur St. Germain : Sénateurs, le prochain témoin est M. Donald Laverdure, professeur adjoint de droit et directeur fondateur du Indigenous Law Program, Michigan State University College of Law. Il est membre du corps enseignant du American Indian Studies Program de la MSU. Il est juge en chef de la Nation Crow depuis juillet 2002. Il est président du Crow Nation Judicial Ethics Board et juge d'appel de la Keweenaw Bay Indian Community. Le professeur Laverdure a fourni des témoignages d'expert, verbalement et par écrit, devant le Crow Tribal Legislature concernant des accords de gouvernements locaux — les droits relatifs à l'eau et les taxes sur le tabac —, l'utilisation des terres et le zonage, les lois concernant l'attribution des terres fédérales et les programmes de réacquisition des terres tribales, les lois sur l'imposition des tribus, les normes et les procédures de destitution des juges, les compétences des juges de tribu et la séparation des pouvoirs au sein des gouvernements tribaux.

Le professeur Laverdure est né dans la réserve indienne Crow; il est l'auteur de nombreux ouvrages et donne des conférences partout au pays sur les systèmes judiciaires tribaux, l'imposition dans le pays indien, l'identité autochtone et la participation politique, les droits des Indiens issus de traités et le statut juridique et politique des peuples autochtones. Plus précisément, le professeur Laverdure est un expert au chapitre de l'imposition des peuples autochtones et de leurs pouvoirs d'imposition, la structure des gouvernements tribaux et la mise sur pied et le fonctionnement des systèmes judiciaires tribaux. Il a publié un ouvrage intitulé *A Historical Braid of Inequality : An Indigenous Perspective of Brown v. Board of Education*, et rédige actuellement plusieurs autres ouvrages, dont *Selection and Regulation of Judges*

In addition to indigenous law courses, Professor Laverdure teaches constitutional law, property, and state and local taxation.

Prior to his arrival at MSU, Professor Laverdure was a Lecturer in Law of Federal Law and Indian Tribes, William H. Hastie Fellow and Executive Director of the Great Lakes Indian Law Centre of the University of Wisconsin Law School. While in private practice, he served as tax counsel, including tax planning and representation in controversy matters, to numerous tribal governments, businesses and non-profit clients. In the fall of 2000, Professor Laverdure participated in President Clinton's White House initiative on tribal colleges and universities. He is an LL.M. candidate and received his J.D. at the University of Wisconsin Law School. He has also obtained a Bachelor of Science in Civil Engineering at the University of Arizona.

Mr. Donald Laverdure, Assistant Professor of Law, Director of the Indigenous Law Program, Michigan State University College of Law, As an individual: In the interests of time, I will go ahead and synthesize my remarks. I have part report and part statement listed in the document that I provided for the translators. I will instruct on the pages that I will discuss briefly.

First and foremost, thank you, Senator St. Germain, for that introduction. Thank you for the invitation, honourable senators, to provide testimony here today. I appreciate the invitation because you are addressing legislation that greatly impacts historically marginalized or forgotten first communities. By providing a comparative analysis of indigenous governments in the United States and evaluating some provisions of the First Nations Act, I hope to illuminate your discussions on this bill.

I direct the Indigenous Law and Policy Center, which was created to help provide experienced legal and policy services to tribal governments primarily in the United States, although that is growing, in an effort to assist them to attain their judicial, community and government goals. To date, the Indigenous Law and Policy Center has worked with approximately 20 tribal governments in the United States on a variety of self-governance issues.

I am here to provide some comments on the proposed legislation, which provides a recognition process for the self-government of First Nations.

I will skip through some of that report and give a couple of paragraphs on the context of the background about the Canadian Supreme Court.

The Supreme Court of Canada, as many of you know, has issued a series of decisions strongly affirming the rights of First Nations. Just to mention a few of the cases: the *Guerin v. The Queen* case with the federal trust responsibility to First Nations;

in Indian Country, Tribal Government Land Trusts et The Source and Scope of Tribal Government Tax Powers. Outre les cours de droit concernant les Autochtones, le professeur Laverdure enseigne le droit constitutionnel, la propriété ainsi que les pouvoirs de taxation des États et des gouvernements locaux.

Avant son arrivée à la MSU, le professeur Laverdure a été chargé de cours en matière de droit fédéral et de tribus indiennes, a été nommé William H. Hastie Fellow et a été directeur exécutif du Great Lakes Indian Law Centre de la University of Wisconsin Law School. Lorsqu'il travaillait dans un cabinet privé, il s'est occupé de droit fiscal, faisant notamment de la planification fiscale et de la représentation dans des dossiers controversés, pour divers gouvernements tribaux, des entreprises et des organismes sans but lucratif. À l'automne 2000, le professeur Laverdure a participé à l'initiative sur les universités et les collèges tribaux lancée par le président Clinton. Il est candidat à la maîtrise en droit et a obtenu un baccalauréat en droit de la University of Wisconsin Law School. Il est aussi bachelier ès sciences en génie civil de la University of Arizona.

M. Donald Laverdure, professeur adjoint de droit, directeur du Indigenous Law Program, Michigan State University College of Law, témoignage à titre personnel : Pour gagner du temps, je vais faire une synthèse de mes observations. J'ai en partie un rapport et en partie une déclaration dans le document que j'ai fourni aux traducteurs. Je vais indiquer les pages sur lesquelles je vais me pencher brièvement.

Tout d'abord, merci, sénateur St. Germain, de votre présentation. Merci, honorables sénateurs, de m'avoir invité à témoigner ici aujourd'hui. Je suis heureux d'accepter cette invitation parce que vous vous penchez sur une loi qui a des répercussions importantes sur des communautés qui ont depuis toujours été marginalisées ou oubliées. En effectuant une analyse comparative des gouvernements autochtones aux États-Unis et en évaluant certaines dispositions de la First Nation Act, j'espère pouvoir apporter un certain éclairage à vos discussions sur ce projet de loi.

Je dirige le Indigenous Law and Policy Center, qui offre des services juridiques et des services d'orientation, grâce à du personnel expérimenté, à des gouvernements tribaux principalement aux États-Unis, bien que ces services soient en expansion, afin de les aider à atteindre leurs objectifs d'ordre judiciaire, communautaire et gouvernemental. Jusqu'à présent, le Indigenous Law and Policy Center a travaillé auprès d'une vingtaine de gouvernements tribaux aux États-Unis concernant diverses questions liées à l'autonomie gouvernementale.

Je suis ici pour présenter quelques commentaires sur le projet de loi que vous étudiez, qui assure un processus de reconnaissance de l'autonomie gouvernementale des Premières nations.

Je vais sauter une partie de ce rapport pour lire quelques paragraphes concernant la Cour suprême du Canada.

Comme bon nombre d'entre vous le savent, la Cour suprême du Canada a rendu une série de décisions qui confirment les droits des Premières nations. Mentionnons l'arrêt *Gérin c. La Reine*, qui reconnaît la relation fiduciaire entre le gouvernement fédéral

the *R. v. Sparrow* case, which held out an analytical framework for legislation that affects First Nations' rights; and the *Delgamuukw v. British Columbia* case, which upheld indigenous oral histories as acceptable evidence in proving their Aboriginal title and self-government claims.

The Aboriginal and treaty rights of indigenous peoples in Canada now have constitutional status and are protected by express language in section 35 of the Canadian Constitution.

Aboriginal claims to land and self-government are increasingly asserted, as Mr. Macklem has detailed, in a number of ways: litigation, negotiations and now, potentially, legislation.

Against this backdrop of favourable court decisions for First Nations, in my opinion, the Canadian Parliament is uniquely positioned to provide a more efficient path toward a third order of government that includes First Nations with the federal state of Canada, the provinces and the territories.

I will move forward through the analysis of the Indian Reorganization Act, but I do think there are many parallels to what Bill S-16 provides. The IRA is a 1934 federal statute by Congress that also changed the ordering of various governments and it will, hopefully, provide some analysis of the jurisdictional conflicts between First Nations, other local governments and the national government.

I will skip through the land part of this report because I wish to open up the discussion to questions. However, I do wish to mention tribal courts, in particular, because of the role I serve as Chief Justice of the Crow Nation, and also the creation of many tribal courts in the United States today.

Moving to page 5 of the handout, under the subject of the judiciary, the Indian Reorganization Act model constitution lacked a separation of powers for each tribal branch of government. Most of the governmental power was vested in a tribal council or its equivalent, with little internal oversight of council decisions and often no tribal judicial system. Today, tribes continue to deal with the consequences that flow from this lack of separation of powers. Despite efforts to create legislative judiciaries, tribal governments are often criticized by non-Indians and even their own citizens for not operating an independent court system.

There have been recent efforts by several tribal governments to revise these old constitutions to create a separation of powers within tribal governments to provide the legal certainty and predictability that oftentimes businesses need, to foster and encourage an economic development climate. However, it has taken over 60 years to implement these changes by the tribal governments, and the long sought-after IRA decolonization process has just begun.

et les Premières nations; l'arrêt *R. c. Sparrow*, qui a donné un cadre analytique pour les mesures législatives qui touchent les droits des Premières nations; et l'arrêt *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, qui reconnaît que l'histoire orale autochtone constituait une preuve acceptable pour faire valoir les titres autochtones et les revendications d'autonomie gouvernementale.

Les droits autochtones et les droits conférés par traités aux peuples autochtones du Canada ont maintenant un caractère constitutionnel et sont protégés expressément par l'article 35 de la Constitution canadienne.

De plus en plus, les Autochtones vont valoir leurs droits à l'égard des terres et en matière d'autonomie gouvernementale, comme M. Macklem l'a montré, d'un certain nombre de façons : des litiges, des négociations et maintenant, peut-être, une mesure législative.

Dans ce contexte de décisions judiciaires favorables aux Premières nations, à mon avis, le Parlement canadien est bien placé pour offrir un moyen plus efficace de créer un troisième ordre de gouvernement, qui inclut les Premières nations au côté du gouvernement fédéral du Canada, des provinces et des territoires.

Je vais poursuivre avec l'analyse de la Indian Reorganization Act, mais je crois qu'il est possible d'établir de nombreux parallèles avec le projet de loi S-16. La IRA est une loi fédérale adoptée en 1934 par le Congrès, qui a aussi changé l'ordre des choses pour divers gouvernement; il permettra, je l'espère, d'analyser les conflits de compétences entre les Premières nations, les autres gouvernements locaux et le gouvernement national.

Je vais passer outre la partie du rapport qui porte sur les terres, parce que j'aimerais ouvrir le débat aux discussions. Toutefois, j'aimerais mentionner les cours tribales, notamment parce que je suis juge en chef de la nation Crow, et également la création de nombreuses cours tribales aux États-Unis aujourd'hui.

Si nous prenons la page 5 du document que j'ai distribué, concernant le système judiciaire, la constitution modèle prévue par la Indian Reorganization Act omettait de séparer les pouvoirs pour chaque organe du gouvernement tribal. La plupart des pouvoirs gouvernementaux étaient imputés à un conseil tribal ou son équivalent, les décisions du conseil faisant l'objet de peu de surveillance interne et l'appareil judiciaire étant souvent inexistant. Aujourd'hui, les tribus continuent de composer avec les conséquences créées par cette absence de séparation des pouvoirs. Malgré les efforts visant à créer un ordre judiciaire, les gouvernements tribaux sont souvent critiqués par les non-Indiens et même leurs propres citoyens qui leur reprochent de ne pas mettre en place un système judiciaire indépendant.

Plusieurs gouvernements tribaux ont récemment fait des efforts pour réviser ces anciennes constitutions afin de séparer les pouvoirs pour donner l'assurance juridique et la prévisibilité dont les entreprises ont souvent besoin, afin de favoriser et de stimuler le développement économique. Toutefois, il a fallu plus de 60 ans pour que les gouvernements tribaux mettent en œuvre ces changements, et le processus de décolonisation longtemps attendu, prévu par la IRA, vient tout juste de commencer.

Moving forward to the judiciary part of the First Nations bill, on page 6, like the IRA model constitution, the First Nations self-governance model constitution does not call for a separation of powers or an independent judiciary. The bill does allow the First Nation to pass a law “establishing a court or tribunal of criminal or civil jurisdiction.” The bill also requires First Nations to provide justices enough tenure to ensure independence and “the appearance of independence from the governing body.” There are also other mechanisms provided for payment and impartiality. In particular, I have a significant amount of experience over internal impeachment processes of tribal judges and the selection and regulation of those judges within tribal courts in the Lower 48.

One area of concern is that the bill gives jurisdiction to federal and provincial courts to enforce the laws of a First Nation, subject to its constitution. In addition, if the First Nation decides not to prosecute an offender, the federal government can prosecute. Deviating from this report briefly, the decision to allow provincial courts to potentially review tribal court decisions in the future if this bill is passed will be problematic. That would defeat the purpose of having an independent judiciary, which is the hallmark of a stable sovereignty and one that typically provides the counter-majoritarian perspective on safeguarding individual rights within various orders of government.

Bill S-16 is generally positive legislation because it will initiate the process for First Nations in Canada to obtain a measure of autonomy in an efficient manner that they will need to develop their own federally recognized governments. However, like the IRA, the model constitution does not provide the flexibility that each tribal community needs to adequately create a government that reflects each community’s norms. Moreover, each indigenous community must play a role in creating its own government; otherwise, it may be viewed as another federal tool. Most importantly, the act should be amended to require the creation of independent tribal courts — a central task and component to obtain true indigenous self-governance or, in the international framework, self-determination.

As demonstrated by Indian tribes with experience regarding the Indian Reorganization Act, changing tribal constitutions from boilerplate language to governing documents that reflect indigenous community norms can take decades — over 60 years in many cases. Moreover, federal officials have repeatedly abused administrative discretion when implementing federal policies and programs, including the Indian Reorganization Act — and possibly the First Nations Act — and the subsequent constitutional amendment process. Federal oversight, in general, is inconsistent with current international norms that support indigenous self-determination. Canada, as its Supreme Court has shown repeatedly, can prove to be a leading nation-state with

Passons maintenant au pouvoir judiciaire prévu par le projet de loi sur les Premières nations, à la page 6. À l’instar de la constitution modèle de l’IRA, la constitution modèle du projet de loi sur l’autonomie gouvernementale des Premières nations ne prévoit pas la séparation des pouvoirs, ni un appareil judiciaire indépendant. Le projet de loi permet à une Première nation d’adopter une loi pour établir une cour ou un tribunal de compétence criminelle ou civile. Le projet de loi exige aussi que les juges soient nommés pour une assez longue période de temps pour assurer leur indépendance ou l’apparence d’indépendance par rapport à l’organisme dirigeant. D’autres mécanismes sont prévus pour le versement des honoraires et l’impartialité. Plus particulièrement, j’ai beaucoup d’expérience concernant les processus de destitution des juges tribaux, la sélection de ces juges au sein des cours tribales et la réglementation connexe dans les 48 États américains du sud.

Une des préoccupations, c’est que le projet de loi permet aux tribunaux fédéraux et provinciaux de faire observer les lois d’une Première nation, selon sa constitution. De plus, si une Première nation décide de ne pas poursuivre un contrevenant, le gouvernement fédéral peut le faire. J’aimerais ouvrir brièvement une parenthèse. La décision permettant aux tribunaux provinciaux de revoir dans l’avenir les décisions des tribunaux tribaux, si ce projet de loi est adopté, sera problématique. Cela va à l’encontre du concept d’appareil judiciaire indépendant, qui est la marque d’une souveraineté stable et qui assure typiquement une perspective de contre-pouvoir pour préserver les droits de chacun au sein de divers ordres de gouvernement.

Le projet de loi S-16 est dans l’ensemble une mesure législative positive parce qu’il permet aux Premières nations du Canada d’assurer efficacement le niveau d’autonomie dont elles ont besoin pour établir leurs propres gouvernements reconnus par le fédéral. Toutefois, à l’instar de l’IRA, la constitution-type ne prévoit pas la souplesse nécessaire à chaque collectivité tribale pour établir adéquatement un gouvernement répondant à ses normes. De plus, les collectivités autochtones doivent jouer un rôle dans la création de leurs propres gouvernements, autrement, ceux-ci pourraient être perçus comme un autre outil fédéral. Ce qui est encore plus important, c’est que la loi devrait être amendée pour exiger la création de tribunaux tribaux indépendants — qui est une démarche essentielle pour assurer l’autonomie gouvernementale véritable des Autochtones ou, dans le contexte international, l’autodétermination.

Comme l’illustre l’expérience des tribus indiennes relativement à la Indian Reorganization Act, ça prend des décennies — dans certains cas plus de 60 ans — pour transformer des textes standards en documents de gouvernance tenant compte des normes de la collectivité autochtone. De plus, des représentants fédéraux ont abusé à maintes reprises de leur pouvoir administratif discrétionnaire dans la mise en œuvre de politiques et de programmes fédéraux, y compris la Indian Reorganization Act — et peut-être la First Nation Act —, ainsi que dans le processus d’amendement constitutionnel subséquent. La surveillance fédérale n’est pas, en général, conforme aux normes internationales actuelles concernant l’autodétermination des

respect to its treatment of its indigenous peoples by purging unnecessary federal control, by facilitating the creation of independent indigenous court systems and by providing a mechanism to efficiently pave the way for First Nations to become a third order of government.

I would be happy to take any questions on the experiences in the U.S. and my preliminary reading of Bill S-16.

Senator Tardif: On page 6 of your report you indicated that the model constitution appears concerned with the monetary affairs of the First Nations but devotes less attention to the creation of a balanced government. In that, you cite a report by Professor Cornell in which he concludes that neither cultural match nor legitimacy receives significant attention and that the legislation pays a great deal of attention to accountability and almost no attention to legitimacy. Could you elaborate on what is meant by this notion of cultural match vis-à-vis accountability?

Mr. Laverdure: Professor Cornell and Professor Kalt founded the Harvard Project on American Indian Economic Development. One of the hallmarks of a number of the elements that they provided essentially is that any form of governance must come from the ground up in order to receive this so-called cultural match. Oftentimes, providing model constitutions without enough flexibility can prevent the local community from revising or providing their views of how the government should be put forth. That is mainly a critique from a 2002 report that they had provided, perhaps on an earlier version of the bill.

Nonetheless, this bill, as I have seen it, not only provides a model constitution and opt-in process, but also says that a First Nation can pass their own constitution, but it must also have certain components in order to be approved by the Auditor General. In that way, that second ordering mechanism of providing the community to draft and take part in that process helps ameliorate any effects that might happen from a model constitution.

Senator Tardif: Do you see the implementation of this bill as having huge financial consequences? That is always the critique, that the implementation of this will carry a huge financial burden for the public. How do you see that?

Mr. Laverdure: In the United States, for example, tribal governments operate financially in primarily two ways. The first major component is from natural resource development in regard to ownership. A 1938 case provided that for all effective and practical purposes, the Indian tribes own the natural resources under the ground where they are at. The extraction component allows for independent fiscal mechanisms with which to operate their governments. The second major component to funding comes from federal grants and money set aside for the Bureau of Indian Affairs, which plays the same role as DIAND does here. They have various applications for court systems, such as drug court projects and other federal monies where the Indian

peuples autochtones. Le Canada, comme l'a prouvé à répétition sa Cour suprême, peut s'avérer un chef de file pour ce qui est de la façon dont il traite ses peuples autochtones en allégeant ses mesures de contrôle non nécessaires, en favorisant la création de tribunaux autochtones indépendants et en instaurant un mécanisme efficace permettant aux Premières nations de devenir un troisième ordre de gouvernement.

Il me fera plaisir de répondre à vos questions concernant l'expérience des États-Unis et ma lecture préliminaire du projet de loi S-16.

Le sénateur Tardif : À la page 6 de votre rapport, vous dites que la constitution-type semble s'intéresser davantage aux affaires financières des Premières nations qu'à la création d'un gouvernement équilibré. Vous citez un rapport rédigé par le professeur Cornell, selon lequel cette mesure législative n'accorde pas beaucoup d'attention à la concordance culturelle ou à la légitimité, mais met plutôt l'accent sur la reddition de comptes. Pouvez-vous nous donner plus de détails sur ce qu'on entend par la concordance culturelle par rapport à la reddition de comptes?

M. Laverdure : Les professeurs Cornell et Kalt sont les fondateurs du Harvard Project on American Indian Economic Development. Ce qui distingue nombre des éléments qu'ils ont soulevés, c'est essentiellement que toute forme de gouvernance doit partir du bas vers le haut afin d'assurer cette soi-disant concordance culturelle. Souvent, l'utilisation d'une constitution-type qui manque de souplesse peut empêcher la collectivité de donner ou de revoir son opinion sur la constitution de son gouvernement. C'est principalement une critique tirée d'un rapport qu'ils ont publié en 2002, peut-être sur une version antérieure du projet de loi.

Néanmoins, le projet de loi prévoit non seulement une constitution-type et un processus d'adhésion, mais il stipule aussi qu'une Première nation peut adopter sa propre constitution. Cependant, si elle veut que sa constitution soit approuvée par le vérificateur général, elle doit contenir certains éléments requis. Ainsi, le deuxième mécanisme prévu qui permet à la collectivité de participer à la rédaction et au processus aide à remédier aux problèmes pouvant être associés à une constitution-type.

Le sénateur Tardif : La mise en œuvre du projet de loi comporte-t-elle, à votre avis, d'importantes conséquences financières? On entend toujours ce reproche, c'est-à-dire que la mise en œuvre de ce projet de loi représentera un énorme fardeau financier pour la population. Quel est votre avis?

M. Laverdure : Aux États-Unis, par exemple, les gouvernements tribaux obtiennent leur financement principalement auprès de deux grandes sources. La première provient de l'exploitation de ressources naturelles qui leur appartiennent. Dans une affaire remontant à 1938, il a été déterminé qu'à toutes fins pratiques, les tribus indiennes étaient propriétaires des ressources naturelles souterraines de leur territoire. Les activités d'extraction leur permettent de se doter de mécanismes financiers indépendants pour gérer leurs gouvernements. La deuxième grande source, c'est les subventions fédérales et les sommes allouées au Bureau of Indian Affairs, qui joue un rôle semblable à celui d'AINC. Il y

communities apply for these grants and are competitive with other local governments. In that way, one could view it as a financial burden, perhaps, on the public at large. I view it as the indigenous communities taking their historic form of government and operating it in a way locally that responds to their concerns. They are typically the ones who are accountable to their own members or citizens. By virtue of that self-governance, when people make erroneous or poor decisions with financial issues they will ultimately be held accountable. In that way it is consistent with self-governance as imagined. I do not know how it would play out here once they have a constitution, how the financial component of that would occur. I would assume there would be some budget that is provided by the community to submit to the federal government for potential review and revisions and then the money would flow down for whatever program they are trying to take self-governance over. That is what we have today in the United States self-governance program.

Senator St. Germain: Professor Laverdure, you say in your conclusion that “each indigenous community must play a role in its own government — otherwise, it will be viewed as another federal tool. Most importantly, the act should be amended to require creation of independent tribal courts — a central task and component to obtain true indigenous self-determination.”

In a lot of cases, this would be putting quite a financial burden on a smaller community that may seek self-governance through this enabling legislation. I could be wrong in this, but while we have been working on this legislation my understanding has been that most of the nations that would be taking advantage of this would be doing so to improve their economic viability, and they would be economically viable, either at the present or by virtue of this legislation. If we were to set up an independent tribal court system, that would be quite onerous as far as a financial burden on these tribes. Have you any suggestions as to how this could be mitigated?

Mr. Laverdure: In the Lower 48, we have a number of different situations with various tribes. For example, in California some of the smaller ones do not have tribal court systems. They opt into the larger court system ordering, typically state and federal courts. Many of them have decided not to create their own court systems, for whatever reason. In that way, it could be consistent with communities that have governed, found economic stability, but do not have their own court system.

There are some 560 tribal governments and I know there are 630 communities here, so in that way there are some similarities from the numbers themselves. With the Crow Nation, where I serve as the Chief Justice, we found that having our own court

a différentes formes d'applications judiciaires, comme les projets de tribunaux consacrés aux affaires de drogue. Les gouvernements tribaux ont aussi accès à d'autres fonds et ils doivent soumettre une demande de subvention, en concurrence avec d'autres administrations locales. Vu sous cet angle, on pourrait dire que c'est un fardeau financier pour le grand public. Je vois ça plutôt comme des collectivités autochtones qui ont recours à leurs propres types de gouvernements historiques gérés localement pour répondre aux préoccupations de leurs membres. Ces gouvernements doivent typiquement rendre des comptes à leurs membres ou citoyens. Dans un cadre d'autonomie gouvernementale, lorsque des dirigeants prennent de mauvaises décisions financières, ils en sont tenus responsables en bout de ligne. De cette façon, c'est conforme à l'idée qu'on se fait de l'autonomie gouvernementale. Je ne sais pas comment les choses se dérouleront ici sur le plan financier une fois que ces gouvernements auront été constitués. Je suppose que la collectivité soumettra au gouvernement fédéral un budget pour examen et révision, puis l'argent sera versé pour tout programme visé par l'autonomie gouvernementale. Voilà ce que comporte aujourd'hui le programme d'autonomie gouvernementale des États-Unis.

Le sénateur St. Germain : Monsieur Laverdure, vous dites dans votre conclusion que les collectivités autochtones doivent jouer un rôle dans la création de leurs propres gouvernements, autrement, ceux-ci pourraient être perçus comme un autre outil fédéral. Vous poursuivez en disant que ce qui est encore plus important, c'est que la loi devrait être amendée pour exiger la création de tribunaux tribaux indépendants — qui est une démarche essentielle pour assurer l'autonomie gouvernementale véritable des Autochtones et leur autodétermination.

Dans beaucoup de cas, cela voudrait dire qu'on placerait un énorme fardeau financier sur les petites collectivités qui aspirent à l'autonomie gouvernementale par le biais de cette loi. Je me trompe peut-être, mais depuis que nous travaillons sur ce projet de loi, je prends pour acquis que la plupart des Premières nations qui adhéreront à cette loi le feront pour améliorer leur viabilité économique et qu'elles seraient déjà viables économiquement au sens de la loi. Si nous devions établir un appareil judiciaire tribal indépendant, le fardeau financier sur ces tribus serait assez important. Avez-vous des solutions à proposer pour atténuer ça?

M. Laverdure : Dans les 48 États américains du Sud, il y a diverses situations. Par exemple, en Californie, les petites tribus n'ont pas d'appareil judiciaire tribal. Elles préfèrent avoir recours à un plus gros système judiciaire, habituellement les tribunaux fédéraux ou ceux des États. Bon nombre ont décidé de ne pas en établir pour diverses raisons. Ainsi, il est possible que des collectivités s'étant dotées d'un gouvernement et ayant trouvé la stabilité économique n'aient pas d'appareil judiciaire.

Il y a quelque 560 gouvernements tribaux, et je sais que vous avez 630 communautés; on voit que les chiffres sont proches. Pour ce qui est de la nation Crow, dont je suis le juge en chef, nous sommes d'avis que l'établissement d'un appareil judiciaire et

system and implementing our own laws and interpreting those laws is a way of preserving our culture and language and providing its own form of stability for economic development.

Because the court systems are vastly underfunded, problems have resulted from that. Some of them may be that the financial sector does not feel as comfortable having to answer to a tribal court system, for example, that is under-resourced. What we have found is that many companies have now negotiated to have any court of competent jurisdiction decide an issue. That seems to facilitate the economic investment and stability that you are looking for with this bill.

I put it out there as saying that Bill S-16 is modest in saying First Nations do not have to have an independent court system, but we found positive reasons for that to be there. That being said, perhaps that is just an illustration of the differences that occur between the two countries.

Senator St. Germain: Mr. Macklem, the question has been brought up of the involvement of the Auditor General. We put this into the piece of legislation for transparency, accountability and creditability. Have you any criticism or comment on the utilization of the Auditor General in examining the constitution of the legislation? It was brought in because, logically, our Auditor General in Canada is the watchdog as far as government expenditures and government departments, and we thought this would be a positive item. It has been questioned as to whether or not this is a legitimate move on the part of those of us who were involved in the drafting of this bill. Could you comment on that, please?

Mr. Macklem: I think it is a great idea. The more transparency and accountability is promoted, while at the same time acknowledging the need for indigenous forms of government coming from the ground up, the better. Whether it is some form of secretariat that approves constitutions and fiscal and financial arrangements, which is what the Penner report way back initially recommended, or whether it is some more contemporary office, the Office of the Auditor General looks over proposals and constitutions — I was familiar with earlier versions of this bill, and when I came across the provisions dealing with the Auditor General, I was pleasantly surprised. I thought it was an excellent idea. My response was, why not? It is optional, as I understand it. That is, a First Nation is not required to obtain approval from the Auditor General, but the mechanism is there. It struck me as a good idea.

Senator Watt: A straightforward question. When law is being passed, either by the federal or provincial governments, knowing that law will be impacting on us culturally, socially and economically, what would you suggest? How do we deal with that as an Aboriginal people if we do end up with governing institutions? How do we conduct transactions between the two governments? What mechanisms do we need within the system so that action can be taken on both sides?

l'application et l'interprétation de nos propres lois nous permettent de préserver notre culture et notre langue et de nous assurer une certaine stabilité favorisant le développement économique.

Le système judiciaire est grandement sous-financé, ce qui entraîne des problèmes. Par exemple, le secteur financier peut ne pas se sentir à l'aise de rendre des comptes à un appareil judiciaire autochtone sous-financé. Nous avons constaté que bon nombre d'entreprises ont réussi à obtenir que tout tribunal compétent puisse rendre une décision dans une affaire. Ça semble faciliter l'investissement économique et la stabilité que vous recherchez par le truchement de ce projet de loi.

J'ai dit ouvertement que le projet de loi S-16 stipule modestement que les Premières nations ne sont pas tenues de se doter d'un appareil judiciaire indépendant, mais nous voyons de bonnes raisons que ce soit inscrit. Cela dit, ça ne fait peut-être qu'illustrer les différences entre les deux pays.

Le sénateur St. Germain : Monsieur Macklem, la question du vérificateur général a été soulevée. Cette intervention a été prévue dans le projet de loi pour assurer la transparence, la reddition de comptes et la solvabilité. Avez-vous des choses à dire, bonnes ou mauvaises, sur le recours au vérificateur général pour examiner la constitution? Cette disposition a été insérée, logiquement, parce que le vérificateur général du Canada est le chien de garde en ce qui a trait aux dépenses et aux ministères gouvernementaux, et nous avons estimé que c'était une bonne chose. Certains doutent de la légitimité de cette intervention par ceux qui ont participé à la rédaction du projet de loi. Avez-vous des commentaires à cet égard?

M. Macklem : Je crois que c'est une excellente idée. Plus on exige de transparence et de reddition de comptes tout en reconnaissant le besoin pour les gouvernements autochtones d'être constitués du bas vers le haut, mieux ce sera. Que ce soit un secrétariat qui approuve les constitutions ainsi que les ententes fiscales et financières, ce qui avait été recommandé initialement il y a longtemps dans le rapport Penner, ou que ce soit un bureau plus contemporain, comme le Bureau du vérificateur général, qui examine les propositions et les constitutions, peu importe. J'avais pris connaissance des versions antérieures du projet de loi, mais quand j'ai vu les dispositions concernant le vérificateur général, j'ai été agréablement surpris. D'après moi, c'est une excellente idée. Je me suis dit, pourquoi pas? Si j'ai bien compris, c'est facultatif. C'est-à-dire qu'une Première nation n'est pas tenue d'obtenir l'approbation du vérificateur général, mais le mécanisme est là. Ça me semble une bonne idée.

Le sénateur Watt : J'ai une question assez directe à vous poser. Lorsqu'une loi est adoptée, que ce soit par un gouvernement fédéral ou provincial, et sachant que cette loi aura des conséquences culturelles, sociales et économiques pour nous, que proposez-vous que nous fassions? En tant que peuple autochtone, comment gérer ça si nous avons des institutions gouvernementales? Comment les transactions entre les deux gouvernements se passeront-elles? Quels mécanismes doit-on établir pour que des mesures soient prises des deux côtés?

Let us say the Government of Canada passed a law called a gun law, impacting Aboriginal people throughout the country, because their livelihood is going out to the country to bring the bread and butter to their table. Knowing the fact that we are being impacted so badly economically, socially, culturally and everything else, how do we react? How can we deal with the government, the authorities on the other side, on our own rights? Our own rights are not being looked at seriously enough, even though they are putting us at an economic disadvantage. That happens every day.

Mr. Macklem: That is a great question, senator. Let me attempt to answer it with two different scenarios: What would be the outcome today of that kind of initiative under the existing arrangements, and what would be the outcome under Bill S-16? Try to compare the two situations. Imagine if, let us say, a provincial law is passed that interferes quite dramatically with a First Nation's interests — cultural, economic, whatever. What can the First Nation do in response to that —

Senator Watt: If they have government institutions at their disposal.

Mr. Macklem: Right. The governing institution that the First Nation has at its disposal under this scenario would be the band council. It has four options: It can litigate; it can argue that it interferes with some section 35 rights; it can try to negotiate a suitable compromise; or it can rely on the statutory framework within which it exists. If that provincial law interferes with the bylaw that the Indian band has already enacted dealing with that subject matter in a different way, that bylaw would be paramount in the event of conflict.

Bill S-16 enlarges the options, because it enlarges the space for governance. It increases the subject matters in relation to which First Nations can make laws. If a provincial law in a Bill S-16 world were to interfere with a First Nation's fundamental interests, that First Nation could still litigate under section 35. It could argue that it is unconstitutional for the province to do what it is doing. It could try to negotiate some sort of arrangement, or it could exercise its law-making authority to displace the application of that provincial law. Whether it has that law-making authority would depend on the scope of powers that it drew down from schedule 2 and whether those powers interact with the jurisdiction upon which the provincial law is founded. Bill S-16 enlarges the set of opportunities available to a First Nation in your hypothetical question.

Senator Watt: Does that go far enough in terms of being able to initiate a bill that does not come into force until the two parties rectify the matter? You may be able to assist in this with your knowledge of the American experience. In the United States there are no problems with jurisdiction, powers and things of that nature as there are in Canada. How do you deal with it?

Supposons que le gouvernement du Canada adopte une loi sur les armes à feu, qui aura un impact sur des peuples autochtones du pays dont la survie est liée à une activité connexe. Sachant qu'une telle loi aura des conséquences néfastes, notamment, sur le plan économique, social et culturel, comment devrons-nous réagir? Comment devons-nous nous comporter avec le gouvernement et les autorités de l'autre côté pour défendre nos propres droits? Nos droits ne sont pas sérieusement pris en compte et on nous désavantage économiquement. Ça arrive tous les jours.

M. Macklem : C'est une excellente question, sénateur. Permettez-moi d'essayer de vous répondre en vous présentant deux scénarios différents. Je vais vous présenter les résultats dans les conditions actuelles et les résultats qu'on pourrait avoir en vertu du projet de loi S-16. Comparons les deux situations. Disons qu'une loi provinciale est adoptée qui a des effets importants sur les intérêts d'une Première nation, que ce soit au niveau culturel, économique, et cetera. Que peut faire une Première nation pour répondre...

Le sénateur Watt : Si la Première nation s'est dotée d'institutions gouvernementales.

M. Macklem : Tout à fait. L'institution gouvernementale à la disposition de la Première nation dans le cadre de ce scénario serait le conseil de bande. Celui-ci aurait quatre options : il peut engager une poursuite; il peut revendiquer le fait que cette loi interfère avec certains droits conférés par l'article 35; il peut essayer de négocier un compromis acceptable; ou il peut se fier au cadre légal dans lequel cette mesure existe. Si une loi provinciale interfère avec un règlement déjà adopté par une bande indienne qui traite du même sujet, bien que différemment, ce règlement aura préséance en cas de conflit.

Le projet de loi S-16 élargit les options parce qu'il fait plus de place à la gouvernance. Il augmente le nombre de domaines dans lesquels les Premières nations peuvent légiférer. Dans un monde où le projet de loi S-16 est en vigueur, si une loi provinciale devait interférer avec les intérêts fondamentaux d'une Première nation, celle-ci pourrait aussi engager des poursuites en vertu de l'article 35. Elle pourrait dire que l'intervention de la province est inconstitutionnelle. Elle pourrait essayer de négocier une entente ou exercer ses pouvoirs législatifs pour supplanter l'application de cette loi provinciale. Les pouvoirs législatifs de la Première nation sont déterminés par les compétences législatives dont elle s'est prévalué dans l'annexe 2 et des domaines de compétence visés par la loi provinciale. Pour répondre à votre question hypothétique, le projet de loi S-16 accroît les possibilités à la portée d'une Première nation.

Le sénateur Watt : Est-ce que ça permet de présenter un projet de loi sans que celui-ci n'entre en vigueur avant que les deux parties aient réglé les problèmes? Vous pouvez peut-être nous aider vu la connaissance que vous avez de l'expérience américaine. Aux États-Unis, il n'y a pas de problème de domaine de compétence, de pouvoirs et de choses de ce genre comme au Canada. Comment ça se passe?

Mr. Laverdure: We actually do have a lot of conflict over jurisdiction in the United States. We have a couple of rules and various cases that apply in legislation. First, general federal statutes do not apply to tribes or tribal members unless it expressly says in the legislation that they do. Second, when the Constitution was passed, the states delegated their power to deal with Indian affairs to the federal government. Therefore, unless the federal government specifically says in a statute that the state can legislate over Aboriginal lands or tribal members, they simply cannot, and it would go to litigation if they attempted to do so.

Senator Watt: This is only based on delegation authority?

Mr. Laverdure: Local governments would have no power in the area; it would be only a tribal issue. That being said, are there areas where they cannot quite fulfill the self-governance by being able to provide the services locally to themselves? Often the mechanism is through local compacts or agreements between the First Nation — the tribal community — and the local government, saying that they want water and sewer services and, as a government, they will enter into negotiations under their constitution in a compact for those services. They may say that they want to run their own program, but will ask us to make our system available to them.

Those types of things are available whenever you have legislation that may affect this.

Mr. Macklem: Your question points to a very deep dimension of the Canadian federal system. Taking First Nations out of the picture for the moment, a simple definition of Canadian federalism is that we have two orders of government, each relatively sovereign within its sphere of authority, with certain rules to deal with conflict. A richer definition of the Canadian federal system would include all sorts of arrangements, conduits and conversations that the two levels of government have because they have sovereign spheres of authority, i.e., federal-provincial negotiations, opportunities for consultation and discussion and federal-provincial agreements that are not strictly speaking law but, nonetheless, facilitate the operation of the federal system.

The fact that First Nation governments have not been recognized as part of the federal order has meant that these less formal, more substantive arrangements between the federal government and the provinces, on the one hand, and First Nations, on the other hand, have not had the opportunity to develop. We are at the very beginning of understanding First Nations as possibly comprising a third order of government. The federation has not had the time yet to develop informal, more substantive relations, trilateral relations, that would enable consultation and discussion between these various political

M. Laverdure : En réalité, il y a beaucoup de problèmes relatifs aux domaines de compétence aux États-Unis. Il y a quelques règles et cas qui s'appliquent dans la loi. D'abord, les lois fédérales de portée générale ne s'appliquent pas aux tribus ni à leurs membres à moins que ça ne soit expressément dit dans la loi. Deuxièmement, lorsque la Constitution a été adoptée, les États ont délégué leurs pouvoirs concernant les affaires indiennes à l'administration fédérale. Par conséquent, à moins que le gouvernement fédéral ne dise précisément dans une loi qu'un État peut adopter des mesures législatives concernant des terres autochtones ou les membres d'une tribu, cet État ne peut pas le faire, et s'il le fait, il peut faire l'objet d'un litige.

Le sénateur Watt : C'est uniquement fondé sur la délégation de pouvoir?

M. Laverdure : Les administrations locales n'auraient aucun pouvoir dans ce domaine; ça ne serait qu'une question touchant la tribu. Cela dit, à savoir s'il y a des domaines où les tribus ne peuvent pas assurer la prestation de services à leurs membres et ainsi exercer leur pleine autonomie gouvernementale, disons qu'il arrive souvent que la prestation d'un service soit prévu dans des conventions locales ou des ententes entre une Première nation — la communauté tribale — et l'administration locale. Par exemple, la Première nation peut demander d'avoir des services d'égout et d'adduction d'eau et, en tant que gouvernement, elle négociera en vertu de sa constitution un accord pour la prestation de ces services. Il se peut que la Première nation décide de gérer elle-même son programme, mais qu'elle demande d'avoir accès à notre système.

Ce type d'entente est possible, que vous ayez une loi qui prévoit ça ou non.

M. Macklem : Votre question renvoie à une dimension très profonde du système fédéral canadien. Mettons de côté pour un moment les Premières nations. Si on prend une définition simplifiée du fédéralisme canadien, on peut dire qu'il y a deux ordres de gouvernement, chacun étant relativement souverain dans son domaine de compétence et suivant certaines règles pour gérer les différends. Une définition un peu plus approfondie prévoit toutes sortes d'ententes, d'échanges et de conversations entre les deux ordres de gouvernement en raison de leurs domaines de compétence souverains, comme des négociations fédérales-provinciales, des occasions de tenir des consultations et des discussions et des ententes fédérales-provinciales qui n'ont pas force de loi, mais qui facilitent néanmoins le fonctionnement du système fédéral.

Vu que les gouvernements des Premières nations ne sont pas reconnus comme faisant partie du système fédéral, cela signifie que des ententes moins formelles mais plus concrètes entre, d'un côté, le gouvernement fédéral et les provinces, et, de l'autre côté, les Premières nations, n'ont pas pu être établies. Nous ne faisons que commencer à envisager la possibilité que les Premières nations constituent un troisième ordre de gouvernement. La fédération n'a pas encore eu le temps d'établir des relations trilatérales informelles mais plus concrètes favorisant les consultations et les discussions entre ces différents joueurs

actors before law is passed. Because we are very early in this evolution, we do not have these other aspects of the federal system, which I think your question highlights.

Senator Watt: Does that mean that we will be waiting another 100 years before we get to the crux of the issues with which we need to deal?

Mr. Macklem: No. It means that progress on securing a certain legal status for First Nations in terms of law-making authority will take us on the road to a much more sophisticated constitutional and legal relationship among the three orders of government, which will produce the practices, conventions and norms that are needed for a rich understanding of the federal order that would include First Nations.

Senator Watt: So we have our work to do.

Mr. Macklem: Absolutely.

Mr. Laverdure: In the United States, we do not have a constitutional provision that recognizes tribal governments. Despite not having this constitutional recognition, we have operating governments on many levels, and they do have legal and political recognition, and that has been preserved largely by the Indian Reorganization Act of 1934. I think that Bill S-16 could potentially trigger the same types of presumptive legal and political status of players in the orders of government as has played out over the past 70 years in the United States.

The Chairman: I appreciate that, with regard to First Nations achieving self-government, you look probably only at the legality and constitutionality of the provisions in the act. However, from a First Nation's point of view it is very cumbersome. Under clause 4(5) we see that a proposal shall contain the identity of the First Nation, the name proposed for the First Nation, a description of the lands of the First Nation, details of the treaties and agreements previously entered into, a description of the tribal patrimony and, eventually, a copy of any report received from the Auditor General.

It seems to be a cumbersome process. As I recall, one of the criticisms of Bill C-7 by First Nations was that it was a cumbersome process.

It also might be said that there is an attempt by government to make us like the Canadian government. I appreciate one of the big points, or one of the provisions, of self-government is the accountability factor. The federal government is very concerned about the accountability factor, so I am wondering if you want to comment on that? Have you looked at that aspect of whether maybe it is too cumbersome, an attempt to box in First Nations and make them just like the rest of Canadians, taking away their individuality, their uniqueness as First Nations?

Mr. Macklem, I look to you because you are the Canadian expert in this area, in a sense, and may have some thoughts on this.

politiques avant l'adoption d'une loi. Puisque nous n'en sommes qu'au début du processus, nous n'avons pas encore abordé les autres aspects du système fédéral qu'a soulevés votre question.

Le sénateur Watt : Cela signifie-t-il que nous allons attendre encore 100 ans avant de nous attaquer au cœur des questions dont il faut s'occuper?

M. Macklem : Non. Cela signifie que le processus visant à conférer aux Premières nations la capacité juridique d'exercer le pouvoir d'édicter des lois contribuera à établir des relations constitutionnelles et juridiques beaucoup plus complexes entre les trois paliers de gouvernement qui donneront lieu à l'élaboration des pratiques, des conventions et des normes nécessaires à une bonne compréhension de l'ordre fédéral, qui inclura les Premières nations.

Le sénateur Watt : Il faut donc faire notre part.

M. Macklem : Tout à fait.

M. Laverdure : La Constitution américaine ne contient aucune disposition qui reconnaît les gouvernements tribaux. Malgré l'absence de cette reconnaissance constitutionnelle, il existe de tels gouvernements à de nombreux niveaux, qui bénéficient d'une reconnaissance juridique et politique, en majeure partie grâce à la Indian Reorganization Act de 1934. Je crois que le projet de loi S-16 pourrait déclencher le même type de statut légal et politique au sein des différents ordres de gouvernement que l'on a pu observer aux États-Unis au cours des 70 dernières années.

Le président : En ce qui concerne l'acquisition de l'autonomie gouvernementale par les Premières nations, vous ne vous attardez probablement qu'à la légalité et à la constitutionnalité des dispositions de la loi. Cependant, aux yeux des Premières nations, il s'agit d'un processus très lourd. En vertu du paragraphe 4(5), la proposition doit contenir l'identité de la Première nation, la dénomination proposée pour la Première nation, une description des terres autochtones de la Première nation, les détails des traités et accords antérieurement conclus, une description du patrimoine tribal et une copie de tout rapport provenant du vérificateur général.

Cela me semble être un processus lourd. Si je me souviens bien, ce qu'on reprochait entre autres au projet de loi C-7, c'était la lourdeur du processus.

On pourrait aussi dire que le gouvernement canadien essaie de modeler les gouvernements autochtones sur le sien. Je sais que l'un des principaux enjeux de l'autonomie gouvernementale est la reddition des comptes. Le gouvernement fédéral est très préoccupé par la reddition des comptes, alors j'aimerais que vous émettiez des commentaires à ce sujet. Vous êtes-vous interrogé sur la lourdeur du processus et la tentative du gouvernement fédéral de rendre les Premières nations identiques au reste des Canadiens, leur enlevant par le fait même leur individualité et leur caractère unique?

Monsieur Macklem, je m'adresse à vous parce que vous êtes le spécialiste canadien de ce domaine, dans un sens, et vous avez peut-être une opinion sur le sujet.

Mr. Macklem: It has been a while since I have reviewed Bill C-7 and the debate surrounding it, in particular the argument that it is cumbersome, rule-bound and top-heavy.

My view about Bill C-7 is that its problems did not lie so much in what it proposed to do, but more in what it was not talking about, what it was not doing. It was proposing relatively very little but with a lot of cumbersome requirements, whereas Bill S-16 is real, substantive change.

For a First Nation to move out of the Indian Act and establish a constitution with law-making authority over the items listed in schedule 2 is a dramatic change for the community. It has a degree of permanence to it that calls for a high level of procedural attention. Therefore, it is technical; it is cumbersome. There are many technical requirements and hoops and measures that a First Nation has to go through before opting out of the Indian Act; but that is a serious decision with serious consequences, so I think the procedural intensity of that process is warranted.

Imagine a First Nation that is contemplating this move. It will have to collectively debate the merits of the opting out; it will have to look at itself very closely. It will have to look at its resources and its financial base and the monies that would be transferred to it, which the Crown currently holds in trust. It will have to ask itself: What can we afford? Can we really afford to do this? What powers can we truly afford to exercise? What powers do we truly need to draw down from schedule 2? What will be the face of our future in terms of governance?

These are very serious questions, and there are strict super-majority rules dealing with the enactment of the Constitution, and certainly some fiscal and financial accountability requirements there that I think are entirely justified, given the gravity of the decision.

The Chairman: I notice that the bill also introduces a couple of definitions, which are unknown or not part of the current Canadian court definitions that we know. I refer to the definition of "Aboriginal title" and it reads: "Aboriginal title with respect to land means a First Nation's permanent interest in the land."

On the next page, it says: "First Nation means any body of indigenous people who have Aboriginal lands and are recognized as a nation, tribe, band or other body of Aboriginal people." Also: "First Nation means any body of indigenous people," — that term, "indigenous people," is new. I am wondering whether these new words may cause difficulty. I can imagine courts spending a lot of time defining what is "permanent" and what is "indigenous." Do you see that as a problem at all?

Mr. Macklem: I notice that similar questions were asked by Ms. Hurley and they are good questions.

M. Macklem : Il y a longtemps que je me suis penché sur le projet de loi C-7 et le débat qu'il a suscité, surtout l'argument selon lequel il s'agissait d'un processus lourd et trop réglementé.

À mon avis, les problèmes que comportait le projet de loi C-7 ne concernaient pas tant ce qui était proposé, mais plutôt ce qui était omis. Il ne proposait pas grand-chose et en plus il comptait de nombreuses exigences, tandis que le projet de loi S-16 propose un changement véritable et considérable.

Une Première nation qui cesse d'être assujettie à la Loi sur les Indiens en établissant une constitution qui lui confère le pouvoir d'élaborer des lois au sujet des éléments énumérés à l'Annexe 2 procède à une transformation de grande ampleur. Puisqu'il s'agit d'une transformation de grande ampleur, le processus est nécessairement très complexe; il est technique et il est lourd. Pour cesser d'être assujetti à la Loi sur les Indiens, une Première nation doit respecter de nombreuses exigences et prendre un grand nombre de mesures. Il s'agit d'une décision sérieuse qui entraîne de grandes conséquences, alors j'estime que la complexité du processus est justifiée.

Supposons qu'une Première nation envisage de procéder à cette transformation. Les membres de cette Première nation devront débattre des mérites de cette décision; ils devront procéder à un autoexamen très rigoureux. Cette Première nation devra examiner ses ressources et sa situation financière ainsi que les fonds détenus actuellement en fiducie par la Couronne qui lui seraient transférés. Elle devra se poser les questions suivantes : que pouvons-nous nous permettre? pouvons-nous véritablement nous permettre de procéder à cette transformation? quels pouvoirs pouvons-nous réellement nous permettre d'exercer? quels pouvoirs parmi ceux énumérés à l'Annexe 2 avons-nous véritablement besoin d'exécuter? quel sera notre avenir sur le plan de la gouvernance?

Ce sont des questions très sérieuses, et il existe des règles strictes relatives à la majorité renforcée qui régissent l'adoption de la constitution ainsi que des exigences liées à la responsabilité financière que j'estime entièrement justifiées, étant donné l'ampleur de la décision.

Le président : J'ai remarqué que le projet de loi présente aussi deux définitions, qui ne font pas partie des définitions que nous connaissons données par les tribunaux canadiens. Je parle de la définition du terme « titre autochtone », qui se lit comme suit : « À l'égard d'une terre, les droits permanents d'une Première nation sur une terre. »

Deux pages plus tôt, il est écrit : « "Premières nations" : selon le cas : tout groupe d'autochtones qui a des terres autochtones et est reconnu en tant que nation, tribu, bande, peuple ou autre groupe autochtone. » Le terme « groupe d'autochtones » est nouveau. Je me demande si ces nouveaux termes risquent de causer des problèmes. J'imagine que les tribunaux auront beaucoup de difficulté à définir ce qui est « permanent » et ce qui est « autochtone ». Veuillez-vous cela comme un problème?

M. Macklem : Mme Hurley a posé des questions similaires, qui sont de bonnes questions.

Let me deal with the “First Nation” definition first. That definition would capture, as I understand it, First Nations that are operating under unique governance arrangements produced by that first-cut agreement. I am thinking in particular of the Sechelt First Nation in British Columbia, which formed the basis of another question by Ms. Hurley: How would the Sechelt First Nation fit within Bill S-16? Does Bill S-16 deal only with Indian bands that are uncontroversially regulated by the Indian Act, or what about First Nations that have some sort of treaty or special governance arrangement? Unless there are provisions in the legislation dealing with those First Nations that have unique arrangements, my understanding of this definition is that Bill S-16 would be available to a First Nation, like the Sechelt First Nation, were it to want to exercise greater law-making authority. The first dimension of that definition is to enlarge it beyond those First Nations that are uncontroversially under the Indian Act to other special situations like that of the Sechelt.

The use of “indigenous people” would key to international law and international indigenous rights and definitions that are emerging in international law concerning the rights of indigenous peoples. It would key to that jurisprudence to deal with problems domestically for First Nations or Aboriginal communities that may, for one reason or another, not be completely recognized as an Indian band under the Indian Act or as a First Nation or as an Aboriginal people under section 35. It would try to link international conceptions of indigenous peoples to deal with these sorts of ambiguous problems that we might have on the ground.

One dimension of this definition is that it is land-based, so it does restrict the application of Bill S-16 to First Nations that do have some kind of land base. Therefore, built into the definition of “First Nation” is this requirement of any body of indigenous people who “have Aboriginal lands”; Bill S-16 does not address an Aboriginal community that has no territorial base. That may be a problem for some First Nations across the country but is not one that Bill S-16 tries to answer. It is really aimed at First Nation communities that do have a territorial base.

With respect to title, it struck me as odd that the definition of “Aboriginal title” would be in this bill. My explanation for its presence is that a First Nation may have constitutional rights to certain territory by virtue of section 35 of the Indian Act that might not be treated as reserve lands, strictly speaking, within the meaning of the Indian Act. However, that First Nation wanting to opt out of the Indian Act to then come under the regime of Bill S-16 would be able to claim not only its reserve but also lands to which it holds Aboriginal title as a matter of constitutional right. It would be able to claim those lands as a territorial base for their new governance structure under Bill S-16.

Permettez-moi d'abord de me pencher sur la définition de « Première nation ». Cette définition englobe, d'après ce que je comprends, les Premières nations assujetties à un régime particulier de gouvernance établi par la première entente. Je pense en particulier à la Première nation sechelte de la Colombie-Britannique, qui a fait l'objet d'une autre question posée par Mme Hurley, à savoir qu'en est-il de la Première nation sechelte dans le cadre du projet de loi S-16? Ce projet de loi concerne-t-il uniquement les bandes indiennes qui sont régies sans équivoque par la Loi sur les Indiens, ou concerne-t-il les Premières nations qui ont conclu une forme de traité ou d'entente particulière en matière de gouvernance? À moins qu'il n'existe des dispositions visant les Premières nations qui disposent d'ententes particulières, je crois comprendre que la définition qui figure dans le projet de loi S-16 pourrait concerner une Première nation, comme la Première nation sechelte, qui souhaiterait exercer un plus grand pouvoir législatif. Le premier objectif de cette définition est d'inclure non seulement les Premières nations assujetties sans équivoque à la Loi sur les Indiens, mais aussi les Premières nations qui bénéficient d'ententes particulières, comme la Première nation sechelte.

L'utilisation du terme « groupe d'autochtones » est conforme au droit international et aux définitions qui sont actuellement élaborées dans le domaine du droit international relativement aux droits des peuples autochtones. Elle cadre avec la jurisprudence à laquelle on a recours pour régler au pays les problèmes liés aux Premières nations ou aux communautés autochtones qui ne sont pas, pour une raison ou pour une autre, entièrement reconnues en tant que bandes indiennes en vertu de la Loi sur les Indiens, ou en tant que Première nation ou peuple autochtone en vertu de l'article 35. Elle vise à établir un lien avec les perceptions internationales au sujet des peuples autochtones pour permettre de régler ce genre de problèmes que nous connaissons au pays.

Cette définition est axée sur les terres autochtones, ce qui signifie que le projet de loi S-16 s'applique aux Premières nations qui possèdent des terres autochtones. Ainsi, une Première nation, selon la définition, est tout groupe d'autochtones qui a des terres autochtones. C'est donc dire que le projet de loi S-16 ne concerne pas une collectivité autochtone qui ne possède aucune terre autochtone. Cela peut se révéler un problème pour certaines Premières nations du pays, mais ce n'est pas un problème que tente de régler le projet de loi S-16. Cette mesure législative vise les Premières nations qui possèdent des terres autochtones.

Quant à la définition du terme « titre autochtone », je trouve étrange qu'elle se trouve dans le projet de loi. Je crois qu'elle figure dans le projet de loi en raison des Premières nations qui ont des droits constitutionnels sur certains territoires, en vertu de l'article 35 de la Loi sur les Indiens, qui ne sont pas considérés comme étant des réserves, au sens de la Loi sur les Indiens. Cependant, une Première nation qui veut cesser d'être assujettie à la Loi sur les Indiens pour adopter le régime proposé dans le projet de loi S-16 pourrait revendiquer les terres de sa réserve, mais aussi les terres qui constituent un titre autochtone, au nom d'un droit constitutionnel. Elle serait en mesure de revendiquer ces terres dans le cadre de la nouvelle structure de gouvernance proposée dans le projet de loi S-16.

My guess is that the drafters tried to make the definition of "Aboriginal title" as close as possible to the definition used by the Supreme Court of Canada under section 35. It tracks closely with the definition that the court has given in *Delgamuukw v. British Columbia* about the nature and scope of "Aboriginal title." Any changes, modifications or elaborations of the definition of "Aboriginal title," under section 35, would have to be taken into account in implementing and applying this particular definition. Therefore, this legislation would have to respect the evolving definition of "Aboriginal title" in constitutional matters. It would work hand in hand with the court's jurisprudence.

Senator Tardif: I was taken by Mr. Laverdure's comments that any decision made by a First Nation could be appealed both federally and provincially, that this was a significant limitation of the First Nations Act and that the way to proceed would be with an independent tribal court system.

Would Bill S-16 allow the flexibility for that in the future, because we might not want to move in that direction now? This is a work in progress but if it were adopted, would it be flexible enough to move to an independent tribal court system in the future? You said that it is modest in some respects.

Mr. Macklem: My understanding of Bill S-16 is that it creates a right of appeal to either a provincial or a federal court, depending on the issue in question. Therefore, provincial courts of superior jurisdiction, such as the Ontario court system, would hear an appeal of a First Nation's court decision. Eventually, such appeals could be heard by the Supreme Court of Canada if leave were granted. Were Bill S-16 enacted, you would have to amend the legislation to close the route of appeal to provincial courts. That would require legislative changes in the future. I am less concerned about these different routes of appeal than my colleague is. We are starting from a position where we have no First Nation court system, whereas the United States has quite a history of tribal courts.

As well, we are starting from a different system of courts in Canada than in the U.S. where they have state and district court systems. We are accustomed to having provincial courts of superior jurisdiction deal with certain matters and the federal court deal with other subject matters. We also have appellate courts, although I am not saying the United States is not accustomed to appellate courts that show a degree of deference to findings of lower courts and rulings on certain questions of law. Even though there would be appeals from First Nation courts, were they to be established, those appeals would look quite similar to the existing system of courts. It would be entirely appropriate to have the Federal Court of Appeal and the Supreme Court of Canada oversee the decisions of a First Nation's court. There is a risk of fitting First Nations government

Ce que je crois, c'est que les rédacteurs ont tenté de rendre la définition du terme « titre autochtone » aussi identique que possible à la définition utilisée par la Cour suprême du Canada, conformément à l'article 35. Elle s'apparente à la définition que la cour a donnée dans la décision qu'elle a rendue dans le cadre de l'affaire *Delmagamuk c. Colombie-Britannique* à propos de la nature et de la portée du terme « titre autochtone ». Toute modification à la définition du terme « titre autochtone », conformément à l'article 35, devrait être prise en compte lors de l'application de la définition qui figure ici dans le projet de loi. Ainsi, la présente mesure législative doit respecter l'évolution de la définition du terme « titre autochtone » en ce qui a trait aux questions d'ordre constitutionnel. Elle doit tenir compte de la jurisprudence.

Le sénateur Tardif : D'après les commentaires de M. Laverdure, j'ai cru comprendre que toute décision rendue par une Première nation pourrait faire l'objet d'un appel aux échelons fédéral et provincial, ce qui constitue une entrave considérable, et que les décisions devraient être rendues par un tribunal d'un système judiciaire tribal indépendant.

Le projet de loi S-16 serait-il assez souple pour permettre la création d'un tel système dans l'avenir, parce que ne nous voulons pas nécessairement que cela ait lieu maintenant? Si cette mesure législative était adoptée, serait-elle suffisamment souple pour permettre la création d'un système judiciaire tribal indépendant dans l'avenir? Vous avez dit qu'elle était modeste à certains égards.

M. Macklem : D'après ce que je comprends, le projet de loi S-16 confère le droit de faire appel auprès d'un tribunal provincial ou fédéral, selon l'affaire en cause. Par conséquent, les tribunaux provinciaux de haute instance, comme la Cour supérieure de l'Ontario, pourraient entendre un appel d'une décision rendue par un tribunal d'une Première nation. De tels appels pourraient au bout du compte être entendus par la Cour suprême du Canada, si la permission est octroyée. Si le projet de loi S-16 est adopté, il faudra modifier cette mesure législative pour empêcher que des appels soient entendus par des tribunaux provinciaux. Il faudra apporter des modifications législatives dans l'avenir. Cette question me préoccupe moins que mon collègue. Au Canada, il n'existe pas de système judiciaire des Premières nations, tandis qu'aux États-Unis, des tribunaux tribaux existent depuis passablement longtemps.

De même, le système judiciaire du Canada est différent de celui des États-Unis, où il existe des tribunaux étatiques et de district. Nous avons l'habitude que des tribunaux provinciaux d'instance supérieure traitent certaines affaires et que la Cour supérieure du Canada traite d'autres affaires. Nous avons aussi des cours d'appel, mais je ne prétends pas que les États-Unis ne soient pas habitués à ce que des cours d'appel aient une opinion qui diverge de celle des tribunaux d'instance inférieure et des décisions rendues à propos de certaines questions de droit. Même si des tribunaux des Premières nations, s'ils venaient à exister, rendaient des décisions, ces décisions pourraient faire l'objet d'appels auprès des tribunaux du système judiciaire actuel. Il serait tout à fait approprié que la Cour fédérale d'appel et la Cour suprême du Canada renversent des décisions rendues par un tribunal d'une

too closely into the constitutional order but there is also a risk of excluding it from the constitutional order. A balance must be struck between autonomy and integration, and whether there are one or two routes of appeal does not concern me as much as it might concern my colleague.

Senator Watt: I have one question on an issue that you raised — “scoped down for the reserve.” In this draft of Bill S-16, it might be in the interest of the reserve and adjacent to the reserve, although it would not be within the boundary of reserve law-making authorities. Does the bill take adjacency into account? Does it take into account the economic and social purposes of the surrounding areas, such as fishing, that are adjacent to the reserve? Does the bill cover those interests or is it scoped down too much for the reserve? How do we make improvements if that is the case?

Mr. Macklem: Generally speaking, the law-making authority of a First Nation under this bill is territorially restricted in that there is territorial jurisdiction. A First Nation can make laws governing activity on the lands of the First Nation.

Senator Watt: Do you mean on the reserve?

Mr. Macklem: They can make laws governing activity on their territory. It would not state the term “reserve,” which is why I am being resistant to using it.

Senator Watt: In a sense it is a reserve.

Mr. Macklem: In a sense it is a reserve. A First Nation law would not have extraterritorial effect, although there are one or two exceptions. One is with respect to certain family law matters and the other is with respect to education, where the jurisdiction is personal and can extend beyond the reserve in certain circumstances. Generally speaking, it is territorially restricted.

Senator Watt: If a provincial minister of education normally has a disallowing power under the Constitution, how would that be dealt with by this proposed legislation? Would the reserve or the band government have the power rather than the minister having the disallowing power in respect of language of instruction? What would happen in that case?

I live with a modern treaty. In many ways the Inuit are different from natives on the reserve in that the Indian Act applications do not necessarily apply at times to the Inuit. I am from the Arctic and that is why I raise these questions on the territorial aspects of the bill. I come from a large piece of territory rather than from a reserve. This bill could have implications for daily life if it were enacted without taking that into account. It could be harmful to the Inuit.

Mr. Macklem: Current provincial laws dealing with educational activities on a reserve could be displaced by the exercise of a First Nation’s law-making authority over education.

Senator Watt: Could that be done only by a side agreement?

Première nation. On prend un risque en incluant les gouvernements autochtones dans l’ordre constitutionnel, mais on prend aussi un risque en les excluant. Il faut trouver un équilibre entre l’autonomie et l’intégration, et le fait qu’il existe un ou deux mécanismes d’appel ne me préoccupe pas autant que mon collègue.

Le sénateur Watt : J’ai une question à vous poser au sujet du fait que le projet de loi soit trop axé sur la réserve. Dans le projet de loi S-16, cela pourrait être dans l’intérêt de la réserve et des environs, même si cela ne relèverait pas de la compétence des autorités de la réserve. Est-ce que le projet de loi tient compte de la contiguïté? Le projet de loi tient-il compte de l’utilité des lieux environnants sur les plans économique et social, comme les lieux de pêche, qui sont adjacents à la réserve? Le projet de loi en tient-il compte ou est-il trop axé sur la réserve? Comment peut-on l’améliorer si c’est le cas?

M. Macklem : En général, le pouvoir législatif conféré à une Première nation en vertu du projet de loi peut être exercé uniquement sur le territoire de cette Première nation. Elle peut édicter des lois qui régissent des activités qui ont lieu sur ses terres.

Le sénateur Watt : Voulez-vous dire sur la réserve?

M. Macklem : Elle peut édicter des lois régissant des activités qui ont lieu sur son territoire. On n’utilise pas le mot « réserve », et c’est pourquoi je suis réticent à l’employer.

Le sénateur Watt : Dans un sens, c’est une réserve.

M. Macklem : Oui, dans un sens. Une loi édictée par une Première nation ne s’appliquerait pas à l’extérieur de son territoire, quoi qu’il existe deux exceptions à cela. L’une concerne certaines questions liées au droit de la famille, et l’autre concerne l’éducation, dans certaines circonstances. En général, les lois ne s’appliquent que sur les territoires.

Le sénateur Watt : Si un ministre provincial de l’Éducation dispose du pouvoir de révoquer une loi, en vertu de la Constitution, que prévoit le projet de loi dans ce cas-là? Est-ce que ce serait le gouvernement de la réserve ou de la bande qui disposerait de ce pouvoir plutôt que le ministre dans le cas d’une loi concernant la langue d’enseignement? Qu’arriverait-il dans ce cas-là?

À plusieurs égards, les Inuits sont différents des Autochtones qui habitent dans les réserves en ce sens que la Loi sur les Indiens ne s’applique pas nécessairement toujours aux Inuits. Je viens de l’Arctique, et c’est pourquoi je pose ces questions sur l’aspect du projet de loi qui concerne les territoires. Je proviens d’un grand territoire et non d’une réserve. Cette mesure législative pourrait avoir des répercussions sur la vie quotidienne si elle était adoptée sans tenir compte de cela. Elle pourrait s’avérer défavorable pour les Inuits.

M. Macklem : Une loi en matière d’éducation édictée par une Première nation pourrait remplacer une loi provinciale actuelle portant sur l’éducation dans une réserve.

Le sénateur Watt : Cela pourrait-il être fait uniquement par l’entremise d’une entente parallèle?

Mr. Macklem: Schedule 2 authorizes a First Nation to draw down law-making authority with respect to education on the lands of the First Nation.

Senator Watt: The power would be in the hands of the First Nation in question.

Mr. Macklem: Yes, but it does more than that. With respect to provincial laws that deal with educational matters within the territory, the First Nation in question could enact its own laws dealing with education, which, if it so chooses, would displace those provincial laws. In that case, the minister would have no more authority over education matters on the reserve.

Education is one of the few areas where the exception governs such that there is some extraterritorial dimension to a First Nation's authority to make laws in that respect. Clause 22 of schedule 2 also states that a First Nation can make laws in respect of education of members within or outside those lands. This is an example of where there would be a need to have the processes of harmonization arise. If a First Nation does pass a law in respect of education of its members off territory, then that law would need to be harmonized with provincial laws that might also govern that activity.

Bill S-16 sets up a default rule whereby a First Nation's laws, when a conflict occurs, would be paramount over provincial laws. That rule would be only that and would most likely create incentives on both sides to sit down and negotiate some appropriate arrangement to harmonize the competing interests.

The Chairman: I thank Mr. Laverdure and Mr. Macklem for their testimony today, which will help the committee in its deliberations. The committee has dealt with numerous First Nation self-government bills over the last few years, and certainly there will be more.

The committee adjourned.

M. Macklem : L'Annexe 2 autorise une Première nation à exercer un pouvoir législatif dans le domaine de l'éducation sur son territoire.

Le sénateur Watt : Le pouvoir serait conféré à la Première nation en question.

M. Macklem : Oui, mais il y a bien plus que cela. La Première nation en question pourrait édicter ses propres lois en matière d'éducation, lesquelles, si elle le souhaite, pourraient remplacer les lois provinciales. Dans ce cas, le ministre n'exercerait plus aucune autorité sur les questions liées à l'éducation dans la réserve.

L'éducation est l'un des quelques domaines où l'exception domine, de sorte que les lois en matière d'éducation adoptées par une Première nation puissent s'appliquer à l'extérieur de son territoire. L'article 22 de l'Annexe 2 stipule qu'une Première nation peut édicter des lois en matière d'éducation des membres, indépendamment de leur lieu de résidence. C'est là un exemple d'un domaine où il faudrait procéder à un processus d'harmonisation. Si une Première nation adopte une loi en matière d'éducation des membres qui ne résident pas sur son territoire, cette loi devrait être harmonisée avec les lois provinciales sur la même question.

Le projet de loi S-16 prévoit que, s'il y a un conflit, les lois d'une Première nation auraient préséance sur les lois provinciales. Cette règle inciterait fort probablement les deux parties à négocier une certaine entente visant à harmoniser leurs intérêts concurrents.

Le président : Je remercie M. Laverdure et M. Macklem pour leurs témoignages, qui seront utiles au comité. Au cours des dernières années, le comité a étudié de nombreux projets de loi sur l'autonomie gouvernementale des Premières nations, et il est certain qu'il en examinera d'autres.

La séance est levée.



If undelivered, return COVER ONLY to:

Public Works and Government Services Canada –
Publishing and Depository Services
Ottawa, Ontario K1A 0S5

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à:*

Travaux publics et Services gouvernementaux Canada –
Les Éditions et Services de dépôt
Ottawa (Ontario) K1A 0S5

WITNESSES

As individuals:

Patrick Macklem, Professor of Law, Faculty of Law, University of Toronto;

Donald Laverdure, Assistant Professor of Law, Director of the Indigenous Law Program, Michigan State University College of Law.

TÉMOINS

À titre personnel :

Patrick Macklem, professeur de droit, Faculté de droit, Université de Toronto;

Donald Laverdure, professeur adjoint de droit, Directeur du Indigenous Law Program, Michigan State University College of Law.