

Rapatriement de la
Constitution, reconnaissance
des droits et réconciliation

*L'Honorable Jody Wilson-
Raybould, CP, cr, députée
Ministre de la Justice et
procureur général du
Canada*

DISCOURS DE MARQUE DE l'honorable Jody
Wilson-Raybould, CP, cr, députée, pro-
noncé à la Conférence Constitution 150, à
Ottawa, le 10 mars 2017.

Patriation, the Recognition
of Rights and Reconciliation

*The Honourable
Jody Wilson-Raybould,
PC, QC, MP
Minister of Justice and
Attorney General of Canada*

KEYNOTE SPEECH OF THE Honourable Jody
Wilson-Raybould, PC, QC, MP, delivered
at the Constitution 150 Conference in
Ottawa on March 10, 2017.

TABLE DES MATIÈRES

Rapatriement de la Constitution, reconnaissance des droits et réconciliation

L'Honorable Jody Wilson-Raybould, CP, cr, députée

Ministre de la Justice et procureur général du Canada

Introduction 59

I. La *Déclaration universelle* 60

II. La *Charte canadienne des droits et libertés* 62

III. La *Charte* au cours des trente-cinq dernières années 65

IV. La ministre de la Justice et procureur générale du Canada comme
ambassadrice de la *Charte* 65

V. Le procureur général face aux litiges fondés sur la *Charte* 68

VI. Réconciliation de nation à nation 71

Conclusion 74

Rapatriement de la Constitution, reconnaissance des droits et réconciliation

*L'Honorable Jody Wilson-Raybould, CP, cr, députée
Ministre de la Justice et procureur général du Canada*

INTRODUCTION

Gilakas'la. Bon après-midi. Bonjour, tout le monde.

Je souhaite reconnaître que nous sommes réunis aujourd'hui sur le territoire du peuple algonquin.

Aujourd'hui, en prenant en considération le 150^e anniversaire du Canada, le thème de mon allocution est «Rapatriement de la Constitution, reconnaissance des droits et réconciliation». L'idée selon laquelle le rapatriement s'est accompagné de la reconnaissance des droits est familière. La *Charte canadienne des droits et libertés* (ci-après «*Charte*»)¹, qui a accompagné l'indépendance constitutionnelle du Canada, est la manifestation évidente de cette reconnaissance. Et cela a eu un effet transformateur. En effet, à maints égards, elle définit notre pays et lorsqu'on demande aux Canadiens et aux Canadiennes ce à quoi ils tiennent le plus au Canada—après les soins de santé—ils répondent: la *Charte*².

Cela dit, chez les peuples autochtones, la célébration du 150^e anniversaire du Canada a suscité, pour des raisons évidentes, des réactions mitigées, d'une part parce qu'il est difficile de célébrer les 150 dernières années (une histoire caractérisée par la colonisation, la dénégation et les

1 Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11 [*Charte*].

2 L'accès aux soins de santé et la *Charte* sont souvent cités comme sources de fierté importantes pour les Canadiens et Canadiennes. Voir par ex Statistique Canada, *Mettre l'accent sur les Canadiens : résultats de l'Enquête sociale générale*, par Maire Sinha, no de catalogue 89-652-X2015005, Ottawa, Statistique Canada, 1 octobre 2015; Benjamin Shingler, «Charter of rights, universal health care top Canadian unity poll» *Global News* (30 juin 2014), en ligne : <www.globalnews.ca/news/1424367/charter-universal-health-care-top-canadian-unity-poll>.

promesses non tenues), mais d'autre part, il existe un espoir renouvelé d'édifier un Canada meilleur et plus inclusif au cours des 150 prochaines années.

Cela est dû au fait que la reconnaissance des droits entraînée par le rapatriement n'a été que partielle puisque la garantie prévue à l'article 35 (1) de la Constitution selon laquelle les droits des peuples autochtones sont dorénavant «reconnus et confirmés»³ n'a pas correspondu à la réalité de la relation entre le Canada et les peuples autochtones.

Malgré l'article 35, les peuples autochtones ont passé les 35 dernières années à avoir recours aux tribunaux pour prouver que leurs droits existent et que les gouvernements doivent les respecter. Par conséquent, nous avons passé plus de temps en conflit qu'en relation de nation à nation, caractérisée par la reconnaissance et le respect, comme l'exige une approche fondée sur les droits et comme le reflètent de manière plus générale les principes de la société civile évoqués par l'idée même de la *Charte*.

J'y reviendrai plus tard. Mais d'abord, je voudrais parler du 35^e anniversaire de la *Charte*, en cette année marquant le 150^e anniversaire du Canada. La *Charte* a une renommée internationale et continue aujourd'hui d'être prometteuse. L'histoire de notre *Charte* n'a pas commencé en 1982, mais plutôt lors de la reconnaissance mondiale des droits qui a suivi le déni et la violation systématiques de ces mêmes droits. La Deuxième Guerre mondiale et la *Déclaration universelle des droits de l'homme* (ci-après «*Déclaration universelle*»)⁴ représentent à la fois le pire et le meilleur de la condition humaine et à la fois l'illustration la plus effrayante et la plus prometteuse de ce que l'être humain est capable de faire.

I. LA DÉCLARATION UNIVERSELLE

La *Déclaration universelle* a voulu affirmer l'universalité des droits de la personne contre les aléas de l'histoire et de la géographie, une affirmation faite à un moment et à un endroit précis, mais qui s'appliquait à toutes les époques et à tous les peuples. Le succès de cette entreprise devant l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations unies (ci-après «ONU») en

3 *Loi constitutionnelle de 1982*, art 35, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11 [*Loi constitutionnelle*, 1982].

4 Rés AG 217A (III), Doc off AG NU, 3^e sess, supp n° 13, Doc NU A/810 (1948) 71 [*Déclaration Universelle*].

décembre 1948⁵ reposait sur sa capacité d'intégrer différentes visions de la liberté ou, comme l'a exprimé de manière poétique le philosophe français Jacques Maritain: «De nombreuses sortes de musique différentes peuvent être jouées sur les 30 cordes de ce document» [notre traduction]⁶.

La version préliminaire de la *Déclaration universelle* a été préparée par le premier directeur de la Division des droits de l'homme du Secrétariat des Nations Unies, un Canadien que plusieurs ici présents connaissent sans doute, John Humphrey.

M. Humphrey donna l'ordre à son personnel d'«étudier toutes les constitutions et tous les instruments portant sur les droits qui existent dans le monde» [notre traduction]⁷ afin de rédiger un document provisoire reconnaissant les droits universels. La création de la *Déclaration universelle* a débuté à l'échelle locale tout en ayant des aspirations universelles; des tentatives nationales et régionales d'énoncer des droits et libertés pour certaines communautés ont inspiré un appel plus vaste en faveur de l'universalité pour toutes les communautés du monde. Une ambition de taille.

Peut-être grâce à cette approche, lorsqu'on demandait à M. Humphrey quelle philosophie l'avait guidé dans la rédaction d'un premier document provisoire reconnaissant les droits universels, il répondait que le document ne reposait sur «aucune philosophie» [notre traduction]⁸.

Je ne crois pas que M. Humphrey ait voulu dire que l'idée même des droits de la personne—leur aspect universel, indivisible, inaliénable et inviolable—n'ait aucun pouvoir philosophique. Au contraire, M. Humphrey cherchait à éviter que l'on prétende que la *Déclaration universelle* était motivée et articulée du point de vue d'une philosophie ou d'une perception du monde en particulier. À la rigueur, la seule disposition ou vision philosophique ou perception du monde ouvertement incompatible avec la *Déclaration universelle* en serait une qui nierait le concept même de droits.

De cette façon, M. Humphrey a montré que le succès de la *Déclaration universelle* était d'affirmer des droits communs à l'humanité, d'affirmer que chaque droit devait être interprété relativement à tous les autres, et

5 Pour un historique de la rédaction de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, voir généralement Nations Unies, «Déclaration universelle des droits de l'homme : histoire de sa rédaction» (2017), en ligne: Bibliothèque Dag Hammarskjöld <research.un.org/fr/undhr/draftingcommittee> [Bibliothèque Dag Hammarskjöld].

6 Mary Ann Glendon, *A World Made New: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*, New York, Random House, 2001 à la p 230.

7 *Ibid* à la p 56.

8 *Ibid* à la p 58.

de faire cela d'une manière qui serait acceptable pour les nombreuses communautés politiques du monde. Ainsi, elle devint une nouvelle vision du monde collective et véritablement globale.

Il s'agit d'un succès qui ne doit pas être sous-estimé. Le vote d'adoption de la *Déclaration universelle* devant l'Assemblée générale de l'ONU en décembre 1948 fut unanime. Il n'y eut aucun vote dissident.

À ce jour, la *Déclaration universelle* demeure une affirmation emblématique de la capacité de l'être humain à faire du bien. Elle demeure en outre un rappel immédiat des nombreuses façons dont les droits de la personne sont énoncés pour tous, mais ne sont pas reconnus partout.

II. LA CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS

Après son adoption, la *Déclaration universelle* a exigé un effort renouvelé de la part du Canada pour reconnaître les droits dans nos lois et politiques. En matière de droits de la personne, le Canada de 1948 a connu des réussites, mais aussi des échecs.

Même si l'appui du Canada à la *Déclaration universelle* reposait sur des bases solides, nous étions un pays très différent à l'époque que celui que nous sommes aujourd'hui. Avant la *Déclaration canadienne des droits* (ci-après «*Déclaration canadienne*») de 1960⁹, il n'y avait aucune reconnaissance pancanadienne des droits ni aucune affirmation pancanadienne de la *Déclaration universelle* dans la loi canadienne.

Nos droits et libertés n'étaient pas reconnus par une loi suprême.

Tous ici présents, nous savons quel a été le destin de la *Déclaration canadienne*. Bien qu'elle constitue une part importante de l'histoire des droits de la personne, elle n'était pas non plus transformatrice. Malgré l'importance de l'année 1960, celle-ci n'a pas été le tournant décisif pour la reconnaissance des droits dans l'histoire du Canada.

À l'opposé de l'année 1960, l'année 1982 a marqué l'histoire du Canada par son effet transformateur. Elle ressort comme l'année qui a marqué la reconnaissance des droits dans notre ordre constitutionnel.

C'est une année connue pour de nombreux jalons:

- le rapatriement;
- le mode de révision constitutionnelle¹⁰;
- l'indépendance constitutionnelle;

9 SC 1960, c 44.

10 *Loi constitutionnelle*, 1982, *supra* note 3.

- la naissance d'un autre instrument constitutionnel important¹¹; et
- le changement de nom de notre instrument constitutionnel fondateur afin que notre loi constitutionnelle ne soit plus connue comme l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, basé sur la colonisation¹².

L'année 1982 est également connue pour la promesse faite sous l'article 35 de la *Loi constitutionnelle*¹³, un sujet sur lequel je reviendrai.

Cependant, de nombreux Canadiens et Canadiennes se souviennent surtout de l'année 1982 pour l'adoption de la *Charte*, un moment décisif de cette année-là. C'est une réputation que la *Charte* s'est taillée au fil du temps.

Cette réputation est basée sur le fait que la *Charte* a réussi là où la *Déclaration canadienne* a échoué, c'est-à-dire à inspirer et à inculquer une culture de droits au sein des institutions gouvernementales et des peuples du Canada. Cette culture de droits a été une culture de la reconnaissance des droits.

La *Charte* est la «Déclaration universelle du Canada» — notre vision de la liberté au sein de la famille humaine ou pour paraphraser Jacques Maritain, c'est la musique du Canada jouée sur les trente cordes de la Déclaration.

Bon nombre des droits et libertés garantis par la *Charte* sont formulés dans une langue qui suit de très près le libellé de la Déclaration :

- les libertés fondamentales d'expression, d'association, de religion et de conscience, ainsi que de réunion pacifique¹⁴;
- le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne¹⁵;
- les droits en matière de justice criminelle¹⁶; et
- les droits à l'égalité¹⁷;

D'autres aspects de notre *Charte* soulignent l'attention particulière que nous portons, en tant que pays, à la reconnaissance des droits :

- nos droits en matière de langues officielles¹⁸;
- nos droits à l'instruction dans la langue de la minorité¹⁹;

11 *Ibid.* Voir aussi *Charte*, *supra* note 1.

12 Ceci a été accompli avec l'adoption du *Canada Act*, 1982 (R-U), c 11.

13 *Loi constitutionnelle*, 1982, *supra* note 3, art 35(1) prévoit : «[L]es droits existants—ancestraux ou issus de traités—des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés».

14 *Charte*, *supra* note 1, art 2.

15 *Ibid.*, art 7.

16 *Ibid.*, art 11.

17 *Ibid.*, art 15.

18 *Ibid.*, art 16–22.

19 *Ibid.*, art 23.

- notre engagement envers le multiculturalisme²⁰.

Pour certains, cette attention particulière n'est pas sujette à l'affirmation universelle. Bien sûr, pendant un moment, certains de ces droits ont été freinés par une interprétation restrictive; une lecture qui limitait leur portée en raison d'une compréhension reposant sur un «pacte politique» de leur nature. Cette lecture contrastait avec l'interprétation large et généreuse donnée aux droits plus universalistes mentionnés dans la *Charte*.

Cette compréhension a faibli. En réalité, elle n'a jamais tenu la route. Elle n'a jamais été fidèle à la *Déclaration universelle* elle-même, qui rend compte, dans son article 22, de l'histoire complexe de l'individualité et de la communauté: «Toute personne, en tant que membre de la société [...] est fondée à obtenir la satisfaction des droits économiques, sociaux et culturels indispensables à sa dignité et au libre développement de sa personnalité»²¹.

La conclusion de l'article 22 de la *Déclaration universelle* est puissante: les droits économiques, sociaux et culturels sont indispensables à la dignité et au libre développement de la personnalité d'un individu.

Prenons en considération la relation de l'individu avec la communauté à la lumière de cette référence. Cette relation est possiblement la plus intense question de philosophie politique. De plus, la *Déclaration universelle* souligne qu'il est indispensable à la dignité des individus qu'eux-mêmes, et leurs droits, soient situés dans la communauté. C'est une conception des droits qui est très familière aux peuples autochtones.

Ainsi, le fait que notre *Charte* commence par une disposition qui affirme l'importance de cette relation particulière entre la communauté et l'individu est peut-être la contribution spéciale du Canada aux instruments en matière de droits de la personne. Le premier article de notre *Charte* souligne que la compréhension même des droits doit être située socialement²².

Cette compréhension ne doit pas être influencée par des interprétations de l'article 1 de la *Charte* portant à croire que les gouvernements ont le pouvoir de violer les droits et libertés. Aucun gouvernement n'a ce pouvoir, même si plusieurs ont prétendu l'exercer. Le positionnement de cette disposition en premier dans notre *Charte*, l'instrument constitutionnel qui marque notre rapatriement, est justifié par la volonté de combiner la reconnaissance des droits avec la société libre et démocratique dans laquelle ils sont reconnus.

²⁰ *Ibid*, art 27.

²¹ *Déclaration Universelle*, *supra* note 4, art 22.

²² *Charte*, *supra* note 1, art 1.

III. LA CHARTE AU COURS DES TRENTE-CINQ DERNIÈRES ANNÉES

Au cours des trente-cinq dernières années, les transformations apportées par la *Charte* ont été majoritairement attribuables à nos tribunaux. Bien entendu, certains peuvent être critiques. Mais la réputation de notre *Charte* en tant qu'instrument en matière de droits de la personne est un résultat de la jurisprudence qui la sous-tend aujourd'hui. De plus, cette jurisprudence est le résultat d'individus et de groupes qui revendiquent la reconnaissance de leurs droits devant nos tribunaux et de tribunaux qui, en retour, trouvent l'équilibre qui définit le Canada et qui, de bien des façons, le distingue des autres nations, tout en le rendant spécial en cette période où les droits et libertés semblent être escamotés à l'échelle mondiale.

Il ne fait aucun doute que l'application de la *Charte* par les tribunaux au cours des trente-cinq dernières années a renforcé nos lois et politiques et a rendu notre pays meilleur. Elle a affirmé non seulement la priorité philosophique des droits, mais aussi leur priorité juridique, en mettant les auteurs de lois et de politiques à l'épreuve de la justification. Nos lois et politiques peuvent-elles être considérées comme conformes à la reconnaissance des droits?

Le leadership judiciaire a été le succès qui a défini notre *Charte* au cours des trente-cinq dernières années. Pour les trente-cinq prochaines années, j'espère que ce succès se mesurera sur le plan du leadership politique. En effet, le succès ou l'échec des trente-cinq prochaines années de transformation de la *Charte* se mesurera à la capacité des dirigeants politiques à démontrer que l'élaboration de nos lois et politiques est guidée par une approche fondée sur la reconnaissance des droits.

Dans cette optique, j'aimerais maintenant parler de la façon dont je perçois le rôle de ministre de la Justice et procureur général du Canada et de ce que notre gouvernement a fait relativement à la *Charte* et à la reconnaissance des droits.

IV. LA MINISTRE DE LA JUSTICE ET PROCUREUR GÉNÉRALE DU CANADA COMME AMBASSADRICE DE LA CHARTE

Depuis ma nomination au poste de ministre de la Justice et procureur général du Canada, je cherche à définir mon rôle et mes responsabilités à titre d'«ambassadrice de la *Charte*». Il s'agit d'une façon d'indiquer que la *Charte* constitue, pour notre gouvernement, non pas une contrainte sur

les mesures que nous adoptons par crainte d'un examen judiciaire, mais plutôt un guide pour la reconnaissance de la culture des droits dans le cadre des activités gouvernementales.

Ce travail, dans l'ensemble, est discret et a lieu loin de la place publique: il s'agit de l'élaboration des politiques; il s'agit de fournir des conseils juridiques sur la *Charte* au Cabinet et à mes collègues ministres; et il s'agit d'élaborer et de modeler les mémoires au Cabinet.

Ce sont les résultats obtenus qui constitueront la mesure de notre réussite en matière d'adoption d'une approche de reconnaissance des droits. En termes simplifiés, nos lois et nos politiques tiennent-elles compte de notre engagement envers la *Charte*?

Même si l'ensemble de notre travail de reconnaissance des droits s'effectue forcément en privé, par souci d'obligation de rendre compte et de transparence, une partie de celui-ci est, et doit être, communiquée au public, ce que nous faisons-en toute fierté.

Plus tôt cette année, la ministre du Patrimoine canadien et moi-même avons annoncé le rétablissement d'une version renouvelée, modernisée et élargie du Programme de contestation judiciaire²³. Le financement public pour les contestations judiciaires dans le cadre de la *Charte* constitue un indicateur de responsabilité politique envers celle-ci; nous sommes en effet conscients que certaines de nos lois et politiques ne correspondent pas toujours à ce qu'elles devraient être.

Les Canadiens et les Canadiennes ne profitent pas tous également de l'accès aux tribunaux, faisant parfois en sorte que ceux et celles qui ont le plus besoin de présenter une contestation judiciaire sont ceux et celles qui sont le moins en mesure de le faire. Le Programme de contestation judiciaire vise à supprimer certains des obstacles économiques auxquels sont confrontés ceux et celles qui cherchent à faire valoir leurs droits.

À titre de ministre avec la responsabilité principale de veiller à la primauté du droit, l'harmonisation de nos lois avec le principe de droit est une tâche qui m'incombe d'office. En ce qui a trait au *Code criminel*²⁴, j'ai

23 L'ancien Programme a été aboli en 2006. Voir Gouvernement du Canada, «Fiche d'information — Programme de contestation judiciaire», en ligne: <www.canada.pch.gc.ca/fra/1485534256002/1486416645462>:

Le PCJ a pour objectif de fournir un soutien financier aux Canadiens afin qu'ils aient accès aux tribunaux pour des causes types d'importance nationale. Ce soutien vise aussi à clarifier et à faire valoir certains droits constitutionnels et quasi constitutionnels en matière de langues officielles et de droits de la personne au Canada.

24 LRC 1985, c C-46.

déposé plus tôt cette semaine à la Chambre des communes le projet de loi C-39²⁵, dit de «dépoussiérage de la *Charte*», visant à en abroger les dispositions déclarées inconstitutionnelles par la Cour suprême du Canada, communément appelées les «dispositions fantômes».

Je soupçonne que l'une des raisons pour lesquelles le «dépoussiérage» n'a pas été entrepris par les gouvernements antérieurs est liée à la délicate question de l'avortement. L'inconstitutionnalité de l'interdiction de l'avortement a été reconnue en 1988²⁶; pourtant, près de trente ans plus tard, l'interdiction demeure toujours inscrite dans le libellé de nos lois²⁷.

L'interdiction du meurtre lors de la perpétration d'une infraction a été déclarée inconstitutionnelle en 1990²⁸; et pourtant, comme nous ne le savons que trop bien après l'arrêt *R v Vader*²⁹, elle demeure également encore inscrite dans nos lois³⁰.

Toutefois, nous reconnaissons que beaucoup reste à faire et sera fait dans les mois à venir. L'harmonisation du *Code criminel* avec la *Charte* nécessite davantage que la simple abrogation des dispositions inconstitutionnelles. Elle exige en outre que le libellé du *Code criminel* soit harmonisé avec l'interprétation de ses diverses dispositions par les tribunaux³¹.

Or, lorsque nous prenons conscience que la première étape de ce processus consiste à abroger des dispositions dont l'inconstitutionnalité a été déterminée il y a trente ans, nous ne devons pas en minimiser l'importance ni celle de l'examen plus élargi de la justice pénale que j'entreprends.

Ce «dépoussiérage» a trait aux lois adoptées par les gouvernements et parlements antérieurs. Mais qu'en est-il des travaux des présents gouvernements et parlement: de quelle manière faisons-nous la démonstration publique de nos engagements envers la *Charte*?

25 PL C-39, *Loi modifiant le Code criminel (dispositions inconstitutionnelles) et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois*, 1^{re} sess, 42^e parl, 2017 [PL C-39].

26 Voir *R c Morgentaler*, [1988] 1 RCS 30, 63 OR (2^e) 281.

27 *Code criminel*, *supra* note 24, art 287 et s.

28 Voir *R c Martineau*, [1990] 2 RCS 633, 112 NR 83.

29 2016 ABQB 505, 618 AR 1.

30 La loi demeure inscrite dans le *Code criminel*, *supra* note 27, art 230.

31 Voir par ex PL C-51, *Loi édictant la Loi sur la communication d'information ayant trait à la sécurité du Canada et la Loi sur la sûreté des déplacements aériens, modifiant le Code criminel, la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité et la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés et apportant des modifications connexes et corrélatives à d'autres lois*, 2^e sess, 41^e parl, 2015.

Le recours aux énoncés concernant la *Charte*³² représente l'une des initiatives que j'ai entreprises lors de mon entrée en fonction en tant que ministre de la Justice, et dont je suis particulièrement fière. Chaque projet de loi que j'ai déposé à la Chambre des communes a été accompagné d'un énoncé concernant la *Charte*, faisant état de la manière selon laquelle une approche de reconnaissance des droits a régi l'élaboration de chaque nouvelle initiative législative. Voilà donc une démonstration très éloquente de la façon dont la *Charte* est première citée lors de ce processus législatif. Il s'agit d'une approche transparente qui permet un débat éclairé. Chaque énoncé concernant la *Charte* vise à souligner, aux fins de considération et de débats publics et parlementaires, des droits et libertés clés de la *Charte* dont il est question dans les initiatives législatives de mon ministère.

Le leadership politique qui régira les trente-cinq prochaines années de la *Charte* et au-delà nécessite l'intervention active du gouvernement et du Parlement. J'entretiens l'espoir que le dépôt des énoncés concernant la *Charte* permettra la reconnaissance de la culture des droits dans tous nos travaux législatifs.

V. LE PROCUREUR GÉNÉRAL FACE AUX LITIGES FONDÉS SUR LA CHARTE

En matière de litiges, ma responsabilité à titre d'ambassadrice de la *Charte* revêt une dynamique différente lorsque j'exécute le mandat de procureur général.

À titre de première conseillère juridique de l'État, il incombe à la procureure générale d'agir dans l'intérêt public. Dans la lettre de mandat que m'a remise le Premier ministre, il m'a donné la tâche de revoir la stratégie du Canada sur les litiges³³.

Tôt dans le cours de mon mandat, j'ai tenu l'engagement visant à mettre fin aux pourvois ou aux prises de position ne concordant pas avec nos engagements, la *Charte* ou nos valeurs.

Par conséquent, j'ai retiré la requête en autorisation d'appel du gouvernement canadien auprès de la Cour suprême du Canada dans l'affaire du

32 Ministère de la Justice, «Énoncé concernant la Charte», en ligne: Gouvernement du Canada <www.justice.gc.ca/fra/sjc-csj/pl/charte-charter/index.html> [Ministère de la Justice].

33 Le très honorable Justin Trudeau, «Lettre de mandat de la ministre de la Justice et procureur général du Canada» (12 novembre 2015), en ligne: Cabinet du Premier ministre du Canada <www.pm.gc.ca/fra/lettre-de-mandat-de-la-ministre-de-la-justice-et-procureur-general-du-canada>.

refus du gouvernement précédent de permettre à Mme. Ishaq de porter le niqab lors de sa cérémonie de citoyenneté³⁴.

J'ai également abandonné l'appel du gouvernement canadien contestant la demande de libération sous caution d'Omar Khadr³⁵.

J'ai retiré la demande d'appel du gouvernement du Canada dans l'instance des soins de santé aux réfugiés³⁶ et notre gouvernement a remis en vigueur la garantie des soins de santé aux réfugiés³⁷.

Ces mesures, parmi d'autres, sont soulignées dans ma Rétrospective annuelle sur les litiges 2016³⁸, le premier rapport du genre à être publié par le procureur général du Canada.

En ce qui a trait à la conduite du procureur général en matière de litiges fondés sur la *Charte*, permettez-moi de déclarer ce qui suit.

En revoyant la stratégie du gouvernement du Canada sur les litiges dans les causes fondées sur la *Charte*, j'ai cherché à agir de façon motivée, consciente de la position constitutionnelle particulière du procureur général, qui est à la fois membre de l'exécutif et premier conseiller juridique de l'État, et dont le mandat consiste à défendre les antécédents législatifs du Parlement.

Il fut nécessaire d'adopter une méthode raisonnée, particulièrement lorsque les lois adoptées par un parlement antérieur sont contestées devant les tribunaux et spécialement lorsque notre gouvernement s'est engagé à abroger les dispositions litigieuses. La question est la suivante: devrais-je concéder le bien-fondé d'une contestation fondée sur la *Charte*?

Dans le cadre de mes responsabilités, j'ai identifié et j'ai l'intention de suivre six principes qui, à mon avis, devraient guider le procureur général dans les causes fondées sur la *Charte*:

En premier lieu, le principe du constitutionnalisme et de la primauté du droit: le procureur général doit protéger la *Charte* et s'en tenir à celle-ci.

Lorsque le procureur général en vient à la conclusion qu'il n'existe aucun argument valable à l'appui de la conformité d'une loi à la *Charte*, il

34 Voir *Ishaq c Canada (Citoyenneté et immigration)*, 2015 CAF 151, [2016] 1 RCF 686; *Ishaq Siddiqui c Canada (Citoyenneté et immigration)*, 2013 CF 121, 228 ACWS (3^e) 219.

35 Voir *Bowden Institution v Khadr*, 2015 ABCA 159, 600 AR 214.

36 Voir *Médecins canadiens pour les soins aux réfugiés c Canada (PG)*, 2014 CF 651, [2015] 2 RCF 267.

37 Voir Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada, «Soins de santé—réfugiés», en ligne: Gouvernement du Canada <www.cic.gc.ca/francais/refugies/exterieur/arrivee-sante.asp>.

38 L'honorable Jody Wilson-Raybould, «Rétrospective annuelle sur les litiges 2016» (2017), en ligne: Ministère de la Justice Canada <www.justice.gc.ca/fra/trans/alr-lyr/pdf/alr2016.pdf>.

doit concéder le bien-fondé d'une demande fondée sur la *Charte*. Toutefois, il convient de remarquer que la *Charte* elle-même nous oblige à faire une nuance ici étant donné qu'il existe trois possibilités en matière de concessions fondées sur la *Charte*: à savoir si un droit est limité; à savoir si la limitation est justifiée; et ce en quoi doit consister le recours.

En deuxième lieu, le principe de la démocratie parlementaire: le procureur général a la responsabilité de faire observer les lois adoptées par le corps législatif démocratiquement élu du Canada tant qu'elles ne sont pas modifiées par le Parlement ou déclarées inconstitutionnelles par un tribunal³⁹.

À titre de membre du pouvoir exécutif, le procureur général ne doit pas saper la démocratie parlementaire en concédant d'office l'inconstitutionnalité des lois adoptées par le Parlement. Le procureur général peut ainsi défendre la conformité de la législation fédérale envers la *Charte* au même moment où son gouvernement s'engage à modifier ou abroger la législation contestée par la voie du processus parlementaire.

En troisième lieu, le principe de règlement judiciaire de différends: les tribunaux constituent les seules institutions pouvant résoudre péremptoirement les questions de droit. Lors de l'exécution de leurs obligations, les tribunaux reçoivent l'aide d'avocats présentant des arguments exhaustifs et justes, faisant chacun état du meilleur raisonnement en faveur de et contre la conformité des lois fédérales envers la *Charte*. Les concessions sans réserve de la part du procureur général relativement aux questions constitutionnelles peuvent miner la capacité des tribunaux d'arriver à des conclusions éclairées en matière de constitutionnalité.

En quatrième lieu, le principe de continuité: le point de vue juridique de la Couronne, tel que stipulé par le procureur général, doit être cohérent et uniforme d'un gouvernement à l'autre. Bien qu'un nouveau procureur général puisse modifier la stratégie sur les litiges d'un gouvernement antérieur, tout changement doit être éclairé par ce qui relève, selon l'évaluation du procureur général, de l'intérêt public plutôt que de l'intérêt partisan.

En cinquième lieu, le principe d'application uniforme de la *Charte*: l'application et l'interprétation des droits garantis par la *Charte* doivent s'effectuer de façon cohérente partout au pays. Et pourtant, toute déclaration

39 Voir aussi Peter W Hogg et Allison A Bushell, «The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All)» (1997) 35:1 Osgoode LJ 75; Vincent Kazmierski, «Draconian but not Despotic: The 'Unwritten' Limits of Parliamentary Sovereignty in Canada» (2010) 41:2 RD Ottawa 245.

d'inconstitutionnalité par un tribunal provincial ou territorial n'aura d'incidence qu'à cet endroit.

La décision du procureur général de ne pas porter en appel devant la Cour suprême du Canada une déclaration d'inconstitutionnalité pourrait par conséquent entraîner une application incohérente de la *Charte*. Le procureur général peut alors en appeler de la décision d'un tribunal dans le cas d'une question portant sur la *Charte* de façon à assurer une interprétation et une application pancanadiennes de la loi.

En sixième lieu, le principe d'accès à la justice: le recours aux tribunaux est onéreux. Lorsqu'un litige est de nature privée et se limite aux parties en cause devant les tribunaux, l'accès à la justice serait favorisé si l'on affectait les ressources juridiques limitées à des questions faisant l'objet de contestations judiciaires plus élargies. Dans de tels cas, le procureur général doit chercher à régler les litiges portant sur la *Charte* s'il partage la conclusion juridique du demandeur.

Dans les cas où un jugement peut revêtir une importance immédiate ou plus large, l'accès à la justice peut favoriser la poursuite de la contestation, de telle sorte que la question puisse être résolue de façon péremptoire dans le cadre d'une tribune publique.

L'influence réciproque de ces six principes ne favorisera pas toujours les mêmes points de vue juridiques. J'espère toutefois que ces principes illustrent les raisons pour lesquelles, même en ce qui concerne l'ambassadrice de la *Charte*, les points de vue juridiques suscitent des questions de profonde stratégie constitutionnelle, même dans les cas où le procureur général pourrait partager les conclusions des demandeurs portant sur la *Charte*.

VI. RÉCONCILIATION DE NATION À NATION

J'aimerais maintenant revenir au thème avec lequel j'ai débuté mon allocution: la réconciliation avec les peuples autochtones et le travail inachevé de ce pays, inachevé dans le cadre de la Confédération ou du rapatriement de la Constitution.

La relation de la Couronne avec les Autochtones a commencé avant ces deux événements constitutionnels exceptionnels. À l'époque précédant la Confédération, bien qu'il y ait eu conclusion de certains traités et que l'on ait parfois assisté à des tendances constructives entre les peuples, de nombreux torts et injustices ont également été commis.

Il a donc été laissé en héritage une entreprise colossale de conciliation des relations entre les indigènes du pays et les colons, destinée à assurer

une coexistence harmonieuse et à semer les graines d'un avenir commun caractérisé par l'interdépendance. Cette entreprise colossale ne fut pas menée à terme et fut même compliquée davantage par des attitudes et structures colonialistes, la maladie et la croyance en la supériorité et l'infériorité de peuples par rapport à d'autres. La Confédération ne nous a pas, en tant que telle, mené sur le chemin de la réconciliation, bien loin de là.

En revanche, et par souci de rectification du passé, le rapatriement de la Constitution comportait un engagement clair envers les Autochtones, à savoir que dorénavant, la situation serait différente. Cet engagement pavait la voie à la reconnaissance des droits et à la réconciliation entre les Autochtones et la Couronne.

Il importe toutefois de garder à l'esprit que l'article 35 comporte lui-même des aspects controversés. Nombreux furent les peuples autochtones affichant leur scepticisme envers l'intention de l'article et par rapport à la sincérité de la Couronne en la matière, particulièrement lors des conférences constitutionnelles subséquentes destinées à faire état du droit à l'autonomie gouvernementale. Mon père a pris part à ces pourparlers avec le Premier ministre Trudeau⁴⁰; je me souviens que j'étais alors en sixième année du primaire à l'époque. Bien que cela se passait en 1982, à mon avis, il convient de dire que le public en général ne reconnaissait pas à juste titre l'héritage colonialiste qui persistait encore à l'endroit des peuples autochtones, notamment au niveau des pensionnats indiens et de la *Loi sur les Indiens*⁴¹. Je crois toutefois que la situation a quelque peu changé de nos jours et que la publication du rapport de la Commission de vérité et réconciliation y est pour quelque chose⁴².

Lors du rapatriement de la Constitution, la vision d'origine, voulant que les conférences constitutionnelles permettent de tracer la voie à la mise en application de l'article 35, ne s'est jamais réellement concrétisée. Pour les peuples autochtones, cela signifiait qu'ils devaient s'adresser aux tribunaux pour imposer la mise en œuvre de l'article 35. Et les tribunaux leur ont donné raison par l'entremise de centaines de jugements ayant confirmé l'importance, la signification et la vigueur des droits conférés par l'article 35.

40 Office national du film, «Dancing Around the Table», en ligne: <www.nfb.ca/film/dancing_around_the_table_1/>.

41 LRC 1985, c I-5.

42 Commission de vérité et réconciliation, *Honorer la vérité, réconcilier pour l'avenir: Sommaire du rapport final de la commission de vérité et réconciliation du Canada*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2015.

Mais ce que je viens tout juste de décrire fait également partie du défi que nous devons maintenant relever. Plutôt que d'établir des relations fondées sur la reconnaissance, la Couronne a imposé aux peuples autochtones le fardeau de «faire valoir» leurs droits par la voie de démarches judiciaires longues et onéreuses. De même, le Canada a souvent abordé les négociations d'une manière ne favorisant pas le travail de collaboration pour la mise en application et la protection des droits des Autochtones, mais en tentant plutôt de limiter ceux-ci.

À mon avis, l'engagement que représente l'article 35 ne doit pas se réaliser par la voie des tribunaux ou d'un conflit qui se prolonge indéfiniment. En effet, réconciliation ne rime pas avec rivalité. L'engagement de l'article 35 peut s'accomplir uniquement grâce à une relation de nation à nation convenable et respectueuse. C'est un engagement qui peut être rempli uniquement grâce au leadership politique, et par la Couronne et les peuples autochtones, pour s'extirper de tendances relationnelles révolues et sans issue. Nous devons favoriser la confiance nécessaire qui nous fera passer de la contestation à la collaboration, et qui nous mènera vers un futur nouveau et transformateur, où les inégalités et les injustices seront abordées dans l'optique de la reconnaissance et de la réconciliation.

Ce n'est donc pas le travail qui manque pour chacune et chacun d'entre nous. Les Premières Nations, les Inuits et les Métis doivent être préparés pour le rétablissement de leurs nations et la prise en charge des responsabilités afférentes à l'autodétermination et à l'autonomie gouvernementale. Certaines d'entre elles y sont disposées et en mesure d'y arriver à l'heure actuelle. D'autres auront besoin d'un peu plus de temps.

De son côté, le Canada doit appuyer les nations autochtones dans ce travail de rétablissement. Il doit également faire face à l'histoire de sa colonisation et au rejet des peuples autochtones et de leurs droits, un héritage dont nous voyons encore les effets aujourd'hui. Le Canada doit revoir ses lois et politiques afin de s'assurer qu'elles s'harmonisent avec une approche favorisant la reconnaissance des droits.

Après tout ce temps, je suis heureuse d'annoncer que le Canada s'attèle à cette tâche. Le mois dernier, le Premier ministre a annoncé un groupe de travail de ministres chargé d'examiner les lois et les politiques liées aux Autochtones⁴³. Il m'a nommée au poste de présidente de ce groupe de travail. Le mandat de ce dernier ne vise rien de moins qu'un bouleversement:

43 Le très honorable Justin Trudeau, «Le premier ministre annonce le Groupe de travail de ministres chargé d'examiner les lois et les politiques liées aux Autochtones» (22 février 2017), en ligne: Cabinet du Premier ministre du Canada <www.pm.gc.ca/fra/>

il s'agit de décoloniser nos lois et politiques fédérales et de s'assurer que la reconnaissance des droits soit au cœur de tous les aspects de la relation qu'entretiennent le gouvernement du Canada et les peuples autochtones. Ce n'est pas une mince tâche.

Certes, le travail qui nous attend ne sera pas facile. Certains éléments de notre révision occasionneront des dissensions. Cependant, chaque aspect de notre travail sera gouverné par l'engagement de l'article 35, par l'orientation des tribunaux, par le soutien sans réserve du Canada par rapport à la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*⁴⁴ et par l'engagement de notre gouvernement envers la mise en œuvre des appels à l'action de la Commission de vérité et réconciliation⁴⁵. Nous allons également réexaminer les recommandations de la Commission royale sur les peuples autochtones⁴⁶.

CONCLUSION

Si vous le permettez, je terminerai mon allocution sur cette note: à de nombreux égards, la *Charte* et l'article 35 sont étroitement harmonisés. Les deux confirment la reconnaissance des droits dans le cadre constitutionnel et exigent que nous passions du leadership judiciaire des trente-cinq dernières années au leadership politique des trente-cinq prochaines années et au-delà. Cela dit, je suis d'avis que nous avons accompli plus de progrès sur le plan politique en ce qui a trait à la mise en application de la *Charte* qu'à l'exécution de l'article 35.

Qu'il s'agisse de la *Charte* ou de l'article 35, le leadership politique doit constamment garder à l'esprit les paroles mémorables qu'a prononcées le Premier ministre Pierre Trudeau lors des cérémonies liées à la proclamation de la Constitution le 17 avril, il y a trente-cinq ans: «Célébrons le

nouvelles/2017/02/22/premier-ministre-annonce-groupe-de-travail-de-ministres-charge-dexaminer-les>.

44 *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, Rés AG 295, Doc off AG NU, 61^e sess, Doc NU A/61/L67 (2007).

45 Commission de vérité et réconciliation du Canada, *Appels à l'action*, Winnipeg, 2015, en ligne: <www.trc.ca/websites/trcinstitution/File/2015/Findings/Calls_to_Action_French.pdf>.

46 Affaires autochtones et du Nord canadien, *Points saillants du rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, no de catalogue Z1-1991/1-6F, Ottawa, Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1996, en ligne: Gouvernement du Canada <www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1100100014597/1100100014637>.

retour en terre canadienne de notre Constitution rajeunie, mais plaçons avant tout notre foi dans ceux et celles qui seront appelés à la faire vivre»⁴⁷.

Tandis que nous nous apprêtons à écrire la prochaine page de l'histoire de notre beau pays, il y a vraiment d'excellentes raisons d'être optimiste. En effet, nous allons, en tant que collectivité, continuer de faire vivre notre Constitution et ce faisant, nous donnerons l'exemple au monde entier en matière de droits et libertés et de protection de l'égalité pour tout le monde.

Gilakas'la. Merci.

47 Le très honorable Pierre Elliott Trudeau, «Allocution lors de la Cérémonie de proclamation, le 17 avril 1982» (29 janvier 2002), en ligne: Bibliothèque et Archives Canada <www.collectionscanada.gc.ca/primeministers/h4-4024-f.html>.

CONTENTS

Patriation, the Recognition of Rights and Reconciliation

The Honourable Jody Wilson-Raybould, PC, QC, MP

Minister of Justice and Attorney General of Canada

Introduction **77**

I. *The Universal Declaration* **78**

II. *Charter of Rights and Freedoms* **80**

III. *The Charter* over the past 35 years **82**

IV. Minister of Justice and Attorney General of Canada as ambassador
 of the *Charter* **83**

V. The Attorney General in *Charter* litigation **85**

VI. Nation-to-Nation Reconciliation **88**

Conclusion **90**

Patriation, the Recognition of Rights and Reconciliation

The Honourable Jody Wilson-Raybould, PC, QC, MP
Minister of Justice and Attorney General of Canada

INTRODUCTION

Gilakas'la. Good afternoon. Bonjour, tout le monde.

I want to acknowledge the territory of the Algonquin People that we are meeting on today.

Today as we consider the 150th anniversary of Canada, the theme of my remarks is “Patriation, the Recognition of Rights and Reconciliation.” The idea that the recognition of rights accompanied Patriation is a familiar one. The *Charter of Rights and Freedoms*¹ that accompanied Canada’s constitutional independence is the obvious manifestation of that recognition. And it has been transformative. Indeed — in many ways it defines our country — and when asked what Canadians value most about Canada, after health care, it is the *Charter*.²

However, that said, for Indigenous peoples the 150-year celebration has for obvious reasons invoked mixed reactions. On the one hand, it is hard to celebrate the past 150 years — a history of colonization, denial, and failed promises — but on the other, there is a renewed hope for a better and more inclusive Canada over the next 150 years.

1 Part I of the *Constitution Act*, 1982, being schedule B to the *Canada Act* 1982 (UK), 1982, c 11 [Charter].

2 Access to healthcare and the *Charter* are often cited as important sources of pride for Canadians (see e.g. Statistics Canada, *Spotlight on Canadians: Results from the General Social Survey*, by Maire Sinha, Catalogue No 98-652-X2015005 (Ottawa: Statistics Canada, 1 October 2015); Benjamin Shingler, “Charter of rights, Universal Health Care Top Canadian Unity Poll” *Global News* (30 June 2014), online: <www.globalnews.ca>.

This is because the recognition of rights that was brought about with Patriation has been only partial; the guarantee in section 35 of the Constitution—that the rights of Indigenous People “are hereby recognized and affirmed”³—has not been the reality of Canada’s relationship with Indigenous peoples.

Despite section 35, Indigenous peoples have still had to spend the last 35 years using courts to prove their rights exist and that governments should respect those rights. The end result is that we have spent more time in conflict rather than in a nation-to-nation relationship grounded in recognition and respect that a rights-based approach demands and as is reflected more generally in the principles of civil society that the very idea of the *Charter* evokes.

I will return to the recognition of rights and to reconciliation a bit later. But first I will reflect on the 35th anniversary of the *Charter of Rights and Freedoms* in Canada’s 150th year. The *Charter* is internationally-renowned, and continues to be full of promise today.

The story of our *Charter* begins not in 1982, but in the global recognition of rights that followed the systematic denial and violation of those same rights. The Second World War and the *Universal Declaration of Human Rights*⁴ represent both the worst and the best of the human condition; both the most frightening and the most promising illustration of our capacity for human endeavour.

I. THE UNIVERSAL DECLARATION

The *Universal Declaration of Human Rights* sought to affirm the universality of human rights against the odds of history and geography—an affirmation in one time, at one place, for all time, and for all people everywhere. The success of this endeavour before the UN General Assembly in December 1948⁵ rested on its ability to incorporate different visions of freedom

3 *Constitution Act, 1982*, s 35, being schedule B to the *Canada Act 1982* (UK), 1982, c 11 [*Constitution Act, 1982*].

4 GA Res 217A (III), UNGAOR, 3rd Sess, Supp No 13, UN Doc A/810 (1948) 71 [*Universal Declaration*].

5 For a historical recount of the drafting of the *Universal Declaration of Human Rights*, see generally United Nations, “Drafting of the Universal Declaration of Human Rights” (2017), online: Dag Hammarskjöld Library <research.un.org>.

or, as French philosopher Jacques Maritain poetically put it, “many different kinds of music [can] be played on the document’s thirty strings.”⁶

The initial draft of the *Declaration* was prepared by the first director of the UN Secretariat’s Human Rights Division—a Canadian whose name will be known to many here—John Humphrey.

Humphrey instructed his staff “to study all the world’s existing constitutions and rights instruments”⁷ in order to prepare a draft document recognizing universal rights. The creation of the *Declaration* proceeded from the local as it aspired to the universal—national and regional attempts to set out rights and freedoms for select communities informed the grander appeal to universality for all of the world’s communities. Quite an ambition.

Perhaps because of this approach, Humphrey, when questioned on what philosophy had guided him in setting out a first draft document of universal rights, responded that the draft was based on “no philosophy whatsoever.”⁸

I do not think Humphrey meant that the very idea of human rights—their universality, their indivisibility, their inalienability, their inviolability—is without philosophical authority. On the contrary, Humphrey sought to insulate the *Declaration* from the charge that it was motivated and articulated from the perspective of any one governing philosophy or worldview. Arguably, the only philosophical disposition or world-view nakedly inconsistent with the *Universal Declaration* was one that would deny the very idea of rights.

In this way, Humphrey captured how the success of the *Universal Declaration* was to affirm rights common to humankind, to affirm that each right was to be read in relation to every other, and to do so in a manner that would be acceptable to the world’s many political communities. And, as such, it became a new collective and truly global world-view.

It is a success that is not to be underestimated. The vote to adopt the *Declaration* before the UN General Assembly in December 1948 was unanimous. There was not a single dissenting vote.

To this day, the *Universal Declaration* remains an iconic affirmation of our capacity for human good. It remains, too, a ready reminder of the many ways in which human rights are declared for everyone, but not recognized universally.

6 Mary Ann Glendon, *A World Made New: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights* (New York: Random House, 2001) at 230.

7 *Ibid* at 56.

8 *Ibid* at 58.

II. CHARTER OF RIGHTS AND FREEDOMS

After its passage, the *Universal Declaration* required a renewed effort by Canada to recognize rights in our laws and policies. The Canada of 1948 was not without its human rights successes, but nor was it without its human rights failures.

Despite Canada's support for the *Declaration* being based on strong foundations, we were quite a different country then than we are today. Before the 1960 *Canadian Bill of Rights*,⁹ there was no pan-Canadian recognition of rights; no pan-Canadian affirmation of the *Universal Declaration* in Canadian law. Our rights and freedoms were not recognized in any supreme law.

The fate of the *Canadian Bill of Rights* is known to all in this room. While an important part of our human rights history, it was not transformative. Despite the significance of 1960, it is not a year that stands out in Canadian history as the turning point for the recognition of rights.

In contrast to 1960, the year 1982 does stand out as transformative in Canadian history. It stands out as the year marking the recognition of rights in our constitutional order.

It is a year known for many milestones:

- Patriation;
- a constitutional amendment formula;¹⁰
- constitutional independence;
- the birth of another major constitutional instrument;¹¹ and
- the renaming of our founding constitutional instrument so that our Confederation Constitution would no longer be known as the colonial *British North America Act*.¹²

1982 is a year known, too, for the promise captured in section 35 of the *Constitution Act*.¹³

But for many Canadians, 1982 is remembered above all else for the *Charter of Rights and Freedoms*—1982's defining moment. It is a reputation that the *Charter* has earned over time.

9 SC 1960, c 44.

10 *Constitution Act, 1982*, *supra* note 3, s 38.

11 See *Charter*, *supra* note 1.

12 This was achieved through the adoption of the *Canada Act, 1982* (UK), c 11.

13 *Constitution Act, 1982*, *supra* note 3, s 35(1) (provides that "[t]he existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed").

It is a reputation grounded in the *Charter's* success to do what the *Canadian Bill of Rights* failed to do—that is, to inspire and instil a culture of rights within Canada's governing institutions and within Canada's peoples. That culture of rights has been a culture of the recognition of rights.

The *Charter* is Canada's *Universal Declaration*: our vision of freedom within the human family, or—to paraphrase Jacques Maritain—it is Canada's music played on the *Declaration's* thirty strings.

Many of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* are formulated in language that tracks very closely the wording in the *Declaration*:

- the fundamental freedoms to expression, association, religion and conscience, and peaceful assembly;¹⁴
- the rights to life, liberty, and security of the person;¹⁵
- criminal justice rights;¹⁶ and,
- equality rights.¹⁷

Other aspects of our *Charter* signal the special emphasis that we—as a country—place on the recognition of rights:

- our official language rights;¹⁸
- our minority language educational rights;¹⁹ and,
- our commitment to multiculturalism.²⁰

For some, that special emphasis is not a candidate for universal affirmation. Certainly, for a time, some of these rights were saddled with a restrictive interpretation, a reading that limited their scope on account of a “political pact” understanding of their nature. This reading was in contrast to the broad and generous interpretation awarded to the more universalist rights in the *Charter*.

That understanding has waned. In fact, it was never a contender. It was never true to the *Universal Declaration* itself, which captures, in Article 22, the complex story of individuality and community:

¹⁴ *Charter*, *supra* note 1, s 2.

¹⁵ *Ibid*, s 7.

¹⁶ *Ibid*, s 11.

¹⁷ *Ibid*, s 15.

¹⁸ *Ibid*, ss 16–22.

¹⁹ *Ibid*, s 23.

²⁰ *Ibid*, s 27.

Everyone, as a member of society,...is entitled to realization...of the economic, social and cultural rights indispensable for his dignity and the free development of his personality.²¹

The closing thought of the *Declaration's* 22nd Article is powerful: economic, social, and cultural rights are *indispensable* for dignity and the free development of one's personality.

Consider the relationship of the individual to the community captured by this reference. This relationship is perhaps the richest question of political philosophy. And the *Declaration* signals that it is indispensable for the dignity of individuals that they and their rights be situated in community. It is a conception of rights that is familiar to Indigenous peoples.

So, it is perhaps Canada's special contribution to human rights instruments that we began our *Charter* with a clause that affirms that special relationship between the community and the individual. Our *Charter's* first section signals that the very understanding of rights must be one that is situated socially.²²

It is an understanding that should not be distracted by readings of section 1 of the *Charter* that suggests that governments have license to violate rights and freedoms. No government has that authority, even if many have purported to exercise it. The justification for positioning this clause first in our *Charter*, first in the constitutional instrument that marks our Patriation, is to pair the recognition of rights with the free and democratic society in which they are recognized.

III. THE CHARTER OVER THE PAST 35 YEARS

Over the past 35 years, the transformative change brought about by the *Charter* is in very large part owed to the leadership of our courts. Yes, there are those that may be critical. But the reputation of our *Charter* as a human rights instrument is a result of the jurisprudence that now underpins it. And that jurisprudence is the result of individuals and groups seeking recognition of their rights before our courts and of our courts, in turn, finding the balance that defines Canada and in many ways distinguishes us from other nations and makes our country special in a world where rights and freedoms seem to be in a period of global retraction.

21 *Universal Declaration*, *supra* note 4, art 22.

22 *Charter*, *supra* note 1, s 1.

There is no question that the past 35 years of the *Charter's* judicial application has strengthened our laws and our policies, and made our country better. It has affirmed not only the philosophical priority of rights, but also their legal priority by putting the authors of laws and policies to the test of justification—can our laws and policies be justified as being consistent with the recognition of rights?

Judicial leadership has been the defining success of the past 35 years of our *Charter*. The success of our *Charter* over the next 35 years will, I hope, be measured by political leadership. The success or failure of the *Charter's* next 35 transformative years will be measured by the ability of political leaders to demonstrate that a recognition-of-rights approach guides the development of our laws and our policies.

And it is in this regard that I now want to turn, specifically, to how I see the role of the Minister of Justice and Attorney General of Canada and what our Government has been doing with respect to the *Charter* and the recognition of rights.

IV. MINISTER OF JUSTICE AND ATTORNEY GENERAL OF CANADA AS AMBASSADOR OF THE *CHARTER*

Since my appointment as Minister of Justice and Attorney General of Canada, I have sought to frame my role and my responsibility as “ambassador of the *Charter*.” It is a way of signalling that the *Charter* is, for our Government, not a constraint on the actions we take under threat of judicial review, but rather a guide for a recognition-of-rights culture within the activity of government.

Much of this work is quiet and out of view: it is the work of policy development; it is the work of providing legal advice on the *Charter* to Cabinet and my ministerial colleagues; and it is the work of developing and shaping Memoranda to Cabinet.

The evidence of our success in adopting a recognition-of-rights approach will be measured by our outcomes. Simply put, do our laws and our policies reflect our commitment to the *Charter*?

Even if much of our recognition-of-rights work is necessarily out of view, in the spirit of accountability and transparency some of it is, and must be, publicly communicated and done so proudly.

Earlier this year, the Minister of Canadian Heritage and I announced the re-establishment of a renewed, modernized, and expanded Court

Challenges Program.²³ Government funding for *Charter* challenges is a way of signalling political responsibility for the *Charter*, as we recognize that not all of our laws and policies are always as they should be.

Not all Canadians have an equal chance to have their day in court, and sometimes those that most need to bring a challenge are the least able to do so. The Court Challenges Program seeks to remove some of the economic barriers faced by those seeking recognition of their rights.

As the Minister with primary responsibility for the rule of law, aligning our statutes with the law is a duty that rightly falls to me. With respect to the *Criminal Code*,²⁴ I tabled in the House of Commons Bill C-39,²⁵ a “*Charter* clean-up” bill, to remove provisions that have been declared unconstitutional by the Supreme Court of Canada. The so-called “zombie provisions.”

One of the reasons I suspect the clean-up was not undertaken by previous governments had to do with the political sensitivity around the issue of abortion. Prohibition against abortion was declared unconstitutional in 1988,²⁶ yet—nearly 30 years on—remains on our books.²⁷

The prohibition against murder in the commission of offences was declared unconstitutional in 1990,²⁸ yet—as we all know too well after the *Vader* case²⁹—remains on our books.³⁰

However, it is also recognized that more needs to be done and will be done in the months to come. Aligning the *Criminal Code* with the *Charter* requires more than just repealing the unconstitutional provisions. It also requires aligning the text of the *Code* with the interpretation that courts have given to various provisions.³¹

23 The previous Program was abolished in 2006. See Government of Canada, “Backgrounder—Court Challenges Program” online: <www.canada.ca> (“[t]he objective of the CCP is to provide financial support to Canadians to access the courts for the litigation of test cases of national significance, to help clarify and assert certain constitutional and quasi-constitutional official language rights and human rights in Canada”).

24 RSC 1985, c C-46.

25 Bill C-39, *An Act to amend the Criminal Code (unconstitutional provisions) and to make consequential amendments to other Acts*, 1st Sess, 42nd Parl, 2017.

26 See *R v Morgentaler*, [1988] 1 SCR 30, 63 OR (2d) 281.

27 *Criminal Code*, *supra* note 24, s 287ff.

28 See *R v Martineau*, [1990] 2 SCR 633, 112 NR 83.

29 *R v Vader*, 2016 ABQB 505, 618 AR 1.

30 This law remains in the *Criminal Code*, *supra* note 24, s 230.

31 See e.g. Bill C-51, *An Act to enact the Security of Canada Information Sharing Act and the Secure Air Travel Act, to amend the Criminal Code, the Canadian Security Intelligence Service Act and the Immigration and Refugee Protection Act and to make related and consequential amendments to other Acts*, 2nd Sess, 41st Parl, 2015.

That said, when we consider the fact that the first step of this process involves removing provisions declared unconstitutional 30 years ago, we should not underplay the significance of this step or of the more encompassing criminal justice review I am undertaking.

This “clean-up” initiative relates to the laws of previous governments and parliaments. But what of the work of this Government and this Parliament — how are we demonstrating publicly our *Charter* commitments?

One of the initiatives I undertook upon taking office as the Minister of Justice, and of which I am particularly proud, is the use of “*Charter* Statements.”³² For each bill I have tabled in the House, I have tabled an accompanying *Charter* Statement, which outlines how a recognition-of-rights approach has guided the development of each new legislative initiative. This is a very powerful way of demonstrating how the *Charter* is top of mind in the development of legislative initiatives. It is transparent and instructs informed debate. Each *Charter* Statement aims to highlight for public and parliamentary consideration and debate the key *Charter* rights and freedoms that are engaged in my Department’s legislative initiatives.

The political leadership that will guide the next 35 years of the *Charter* and beyond requires an actively engaged Government and Parliament. I hope that the tabling of *Charter* Statements will help ensure a recognition-of-rights culture in all of our legislative work.

V. THE ATTORNEY GENERAL IN *CHARTER* LITIGATION

With respect to litigation, my responsibility as ambassador of the *Charter* takes on a different dynamic when I fulfil the office of Attorney General.

As the Chief Law Officer of the Crown, the Attorney General has a responsibility to act in the public interest. In my mandate letter from the Prime Minister, I was tasked with fulfilling that duty in reviewing Canada’s litigation strategy.³³

Early in my mandate, I acted on the promise to end appeals or positions that are not consistent with our commitments, the *Charter*, or our values. Accordingly, I withdrew Canada’s application for leave to appeal to

32 Department of Justice, “Charter Statements”, online: Government of Canada <www.justice.gc.ca>.

33 The Right Honourable Justin Trudeau, “Minister of Justice and Attorney General of Canada Mandate Letter”, (12 November 2015), online: Office of the Prime Minister of Canada <www.pm.gc.ca>.

the Supreme Court of Canada in the matter of the previous Government's refusal to allow Ms Ishaq to wear her niqab during her citizenship ceremony.³⁴

I abandoned Canada's appeal challenging Omar Khadr's grant of bail.³⁵

I discontinued Canada's appeal in the refugee health care matter³⁶ and our Government has restored refugee health care coverage.³⁷

These and other actions are outlined in my *Litigation Year in Review 2016*,³⁸ the first report on litigation positions ever published by the Attorney General of Canada.

Reflecting on the conduct of the Attorney General in *Charter* litigation, let me say a few words.

In reviewing Canada's litigation strategy in *Charter* cases, I sought to act in a principled manner, mindful of the special constitutional position of the Attorney General who is both a member of the executive and the Chief Law Officer of the Crown, mandated to defend Parliament's legislative record.

A principled approach has been necessary especially when laws adopted under a previous Parliament are challenged in court and again especially when our Government has committed to repealing the impugned provisions. The question asked is should I concede the *Charter* challenge?

In conceiving of my responsibilities, I have identified and am following six principles that I believe should guide the Attorney General in *Charter* cases.

First, the principle of constitutionalism and the rule of law—the Attorney General must uphold and adhere to the *Charter*. Where the Attorney General concludes that there is no viable argument in favour of a law's *Charter* compliance, she should concede a *Charter* claim. However, it should be noted that the *Charter* itself invites some nuance here, as there are three possible places for *Charter* concessions: whether a right is limited; whether the limitation is justified; and, what the remedy should be.

Second, the principle of parliamentary democracy—the Attorney General is responsible for upholding laws passed by Canada's democratically-elected legislature until they are changed by Parliament or declared

34 See *Ishaq v Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FCA 151, [2016] 1 FCR 686; *Ishaq Siddiqui v Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FC 121, 228 ACWS (3d) 219.

35 See *Bowden Institution v Khadr*, 2015 ABCA 159, 600 AR 214.

36 See *Canadian Doctors for Refugee Care v Canada (AG)*, 2014 FC 651, [2015] 2 FCR 267.

37 Government of Canada, "Healthcare—Refugees", online: <www.canada.ca>.

38 The Honourable Jody Wilson-Raybould, "Litigation Year in Review 2016", (2017), online: Department of Justice <www.justice.gc.ca/eng/trans/lyr-alr/pdf/lyr2016.pdf>.

unconstitutional by a court.³⁹ As a member of the executive branch, the Attorney General should not undermine parliamentary democracy by readily conceding the unconstitutionality of laws that have been approved by Parliament. The Attorney General may defend the *Charter* compliance of federal legislation enacted by Parliament at the same time that her Government promises to amend or repeal the challenged legislation through the parliamentary process.

Third, the principle of adjudication—the only institution that can authoritatively determine questions of law is the court. In fulfilling its duty, the court is assisted by full and fair argument by counsel, each putting forward the best case for and against the compliance of federal law with the *Charter*. Unqualified concessions by the Attorney General on constitutional questions may frustrate courts' ability to arrive at informed constitutional conclusions.

Fourth, the principle of continuity—the Crown's legal position, as advanced by the Attorney General, must be coherent and consistent across changes in government. While a new Attorney General may change a previous government's litigation strategy, any changes must be informed by her evaluation of what is in the public interest, and not in the partisan interest.

Fifth, the principle of consistent application of the *Charter*—*Charter* rights should be interpreted and applied coherently across the country. And yet, a finding of unconstitutionality by a court in one province or territory has effect only in that province or territory. A decision by the Attorney General not to appeal a finding of unconstitutionality to the Supreme Court of Canada could therefore result in the inconsistent application of the *Charter*. The Attorney General may appeal a court's ruling on a *Charter* question in order to ensure a pan-Canadian determination of the law.

Sixth, the principle of access to justice. Litigation is expensive. Where an issue in dispute is discrete and limited to the parties before the courts, access to justice may be served by reserving scarce judicial resources for matters that are the subject of broader legal disputes. The Attorney General in these cases should seek to settle *Charter* litigation if she shares the legal conclusion of the claimant. In other cases, where a judicial decision may have immediate or broader importance, access to justice may favour

39 See Peter W Hogg & Allison A Bushell, "The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing After All)" (1997) 35:1 Osgoode LJ 75; Vincent Kazmierski, "Draconian but not Despotic: The 'Unwritten' Limits of Parliamentary Sovereignty in Canada" (2010) 41:2 Ottawa L Rev 245.

the continuation of litigation so that the issue can be decisively resolved in a public forum.

The interplay of these six principles will not always favour the same litigation positions. But I hope they illustrate why, even for the ambassador of the *Charter*, litigation positions invite questions of deep constitutional strategy even in those instances when the Attorney General may share the *Charter* conclusions of *claimants*.

VI. NATION-TO-NATION RECONCILIATION

I want to return now to the theme with which I began: reconciliation with Indigenous peoples and the unfinished work of this country—work not completed by Confederation or Patriation.

The Crown's relationship with Indigenous peoples pre-dates both of our two great constitutional moments. In the pre-Confederation period, there were some instances of treaty-making and, at times, some other constructive patterns between peoples, but there were also significant wrongs and injustices.

A legacy was left of massive work that still had to be done in order for proper relations between the original inhabitants of this land and settlers to live in harmony and build a shared future of mutual interdependence. This massive work was not achieved, and was further complicated by colonial attitudes and structures, disease, and beliefs in the superiority and inferiority of different groups of people. As such, Confederation did not set us on a course of reconciliation. Quite the contrary.

By contrast, and in an effort to correct the past, Patriation was accompanied by a clear promise to Indigenous peoples that, moving forward, things would be different. It was a promise for the recognition of rights and reconciliation between Indigenous peoples and the Crown.

It is important to remember, though, that section 35 was not without its own controversy. Many Indigenous peoples were sceptical of what was intended and whether the Crown could be trusted in this effort—in particular during the constitutional conferences that followed, which were intended to spell out the right of self-government. My father was involved in these talks with the first Prime Minister Trudeau, and I remember them well, watching as a young girl from my grade six class.⁴⁰ Even in 1982, I think

40 National Film Board, "Dancing Around the Table", online: NFB <www.nfb.ca/film/dancing_around_the_table_1/>.

it is fair to say that the broader public did not have a strong appreciation of the legacy of colonialism that continued to exist in relation to Indigenous peoples—including residential schools and the *Indian Act*.⁴¹ This is something that I believe today has changed somewhat and is supported by the release of report of the Truth and Reconciliation Commission.⁴²

The original vision at Patriation—that the political conferences would chart the course for the implementation of section 35—never truly moved forward. This meant Indigenous peoples had to take to the courts to force the implementation of section 35. And the courts responded, through hundreds of cases that have affirmed the importance, meaning, and strength of section 35 rights.

But what I have just described is also part the challenge that we must now rise to. Instead of building relations based on recognition, the Crown has put Indigenous peoples to the test of “proving” their rights through long and expensive litigation. Similarly, Canada often has adopted approaches to negotiations that do not engage the common work of implementing and protecting Indigenous rights, but rather has focussed on trying to limit them.

In my view, the promise of section 35 is not one that lends itself to fulfilment through the courts or through protracted conflict. Reconciliation and adversarialism do not align. The promise of section 35 can be fulfilled only through proper and respectful nation-to-nation relationships. It is a promise that can be fulfilled only through political leadership and by the Crown and Indigenous peoples making the hard choices to move out of past patterns of relations that do not work. We need to build the trust necessary to move from conflict to collaboration, and chart a course to a new and transformative future that addresses inequalities and injustices through recognition and reconciliation.

So, we all have hard work to do. First Nations, Inuit, and Métis nations must come prepared to rebuild their nations and to assume the responsibilities that come from self-determination and self-government. Some are ready, willing, and able today. Some will require more time.

In turn, Canada must do its part to support Indigenous nations in this rebuilding work. Canada must confront the history of colonization and the denial of Indigenous peoples and their rights; legacies of which we

41 RSC 1985, c I-5.

42 Truth and Reconciliation Commission, *Honouring the Truth, Reconciling for the Future: Summary of the Final Report of the Truth and Reconciliation Commission of Canada* (Montréal: McGill-Queen’s University Press, 2015).

continue to be surrounded by today. Canada must review its laws and its policies to ensure that they align with a recognition-of-rights approach.

After too long, I am pleased to say that the Government of Canada is undertaking this work. Last month, the Prime Minister struck a Working Group of Ministers on the Review of Laws and Policies related to Indigenous Peoples.⁴³ He appointed me Chair of this Working Group. Its mandate is nothing short of transformative: to decolonize our federal laws and policies and to ensure that a recognition-of-rights approach is reflected in all aspects of Canada's relationship with Indigenous peoples. No small task.

Yes, the task ahead will not be easy. Some aspects of our review will invite dissent. But every aspect of our work will be guided by the promise of section 35, the direction from the courts, Canada's unqualified support for the *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*,⁴⁴ and our Government's commitment to implementing the Truth and Reconciliation Commission's Calls to Action.⁴⁵ We will also revisit the recommendations of the Royal Commission on Aboriginal Peoples.⁴⁶

CONCLUSION

In closing, let me say this: in many respects the *Charter* and section 35 are closely aligned. Both constitutionally affirm the recognition of rights, and both require a shift from the judicial leadership of the past 35 years to political leadership over the next 35 years and beyond. That said, I think we have made more political progress with respect to implementing the *Charter* than we have in implementing section 35.

Whether it is with respect to the *Charter* or section 35, political leadership requires, as a constant reminder, the ringing words of Prime Minister Pierre Trudeau during the Proclamation Ceremony of April 17, 35 years ago when he said: "[l]et us celebrate the renewal and Patriation of our

43 The Right Honourable Justin Trudeau "Prime Minister Announces Working Group of Ministers on the Review of Laws and Policies Related to Indigenous Peoples" (22 February 2017), online: Office of the Prime Minister of Canada <pm.gc.ca>.

44 *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, GA Res 295, UNGAOR, 61st Sess, UN Doc, A/61/L67 (2007).

45 Truth and Reconciliation Commission of Canada, *Calls to Action* (Winnipeg: TRCC, 2015) <www.trc.ca/websites/trcinstitution/File/2015/Findings/Calls_to_Action_English2.pdf>.

46 Royal Commission on Aboriginal Peoples, *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, (Ottawa: Canada Communications Group, 1996), online: Government of Canada <www.data2.archives.ca/e/e448/e011188230-01.pdf>.

Constitution; but let us put our faith, first and foremost, in the people of Canada who will breathe life into it.”⁴⁷

As we begin to write the next chapter in our great country’s story, there is much to be optimistic about. That we will, indeed, continue to collectively breathe life into our Constitution, and, in so doing, set the standard for the globe in terms of freedoms and rights and the protection of equality for all.

Gilakas’la. Merci.

47 The Right Honourable Pierre Elliott Trudeau, “Remarks at the Proclamation Ceremony, April 17, 1982” (29 January 2002), online: Library and Archives Canada <www.collectionscanada.gc.ca>.

