



L'application des instruments de protection des droits et libertés de la personne chez les peuples autochtones du Canada

Mémoire

Simon Johnson-Bégin

Maîtrise en droit
Maître en droit (LL.M.)

Québec, Canada

© Simon Johnson-Bégin, 2013

RÉSUMÉ

Ce mémoire étudie l'applicabilité de la *Charte canadienne des droits et libertés*, de même que des instruments provinciaux et fédéraux de protection des droits et libertés de la personne aux Autochtones du Canada. En ce qui concerne la *Charte canadienne*, ce mémoire examine son champ d'application à l'égard des principaux types d'administrations autochtones. Il se penche ensuite sur le rapport entre les droits ancestraux ou issus de traités et la *Charte canadienne* en insistant sur le fait que la Constitution constitue un tout cohérent. Quant aux instruments provinciaux et fédéraux, ce mémoire s'intéresse à l'incidence que peut avoir le partage des compétences sur leur applicabilité. Pour ce faire, il s'interroge sur la nature des droits et libertés de la personne pour ensuite appliquer ces principes aux matières autochtones, tout en rappelant que tant les instruments provinciaux que fédéraux sont de rang constitutionnel inférieur aux droits ancestraux ou issus de traités.

ABSTRACT

This paper examines the application of the *Canadian Charter of Rights and Freedom*, as well as that of the provincials and federal human rights acts to the Aboriginal people of Canada. Regarding the *Canadian Charter*, it verifies to which extent the different types of Aboriginal governments are bound by the *Charter*. It follows by studying the relationship between aboriginal and treaty rights and the *Canadian Charter* by insisting on the fact that a part of the Constitution cannot abrogate or derogate from one another. As for the provincials and federal acts, it examines the influence of the distribution of powers on their application. As such, it seeks to determine under what circumstances human rights are considered to be of provincial or federal jurisdiction, and then applies those principles to aboriginal matters. It then reaffirms that these acts are subject to aboriginal and treaty rights according to the *Constitutional Act, 1982*.

Table des matières

Résumé.....	III
Abstract.....	V
Remerciements.....	IX
Introduction.....	1
Partie I. La Charte canadienne des droits et libertés et son application aux Autochtones.....	21
Chapitre I. Les acteurs et les règles de droit visés par la Charte canadienne en matière autochtone.....	23
Section 1. Le domaine d'application de l'article 32 de la Charte canadienne.....	23
1.1. Les définitions organiques et fonctionnelles de l'administration gouvernementale.....	24
1.2. Le cas particulier des municipalités comme point de comparaison à certaines communautés autochtones.....	28
Section 2. Les gouvernements autochtones : ciblés par l'article 32 de la Charte canadienne?.....	31
2.1. Les bandes et conseils de bande au sens de la Loi sur les Indiens.....	33
2.1.1. Le cadre général de la Loi sur les Indiens.....	35
2.1.2. Les arguments en faveur d'une délégation de pouvoir.....	39
2.1.3. Les arguments en faveur d'une reconnaissance d'un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale.....	46
2.2. Les gouvernements autochtones bénéficiant d'un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale.....	56
2.2.1. L'interprétation exclusive de l'article 32.....	59
2.2.2. L'interprétation inclusive de l'article 32.....	62
2.3. Les gouvernements autochtones issus de traités.....	67
2.4. Les formes de gouvernance traditionnelle non reconnues par la Constitution.....	79
Section 3. Les règles de droit autochtones et l'article 52 de la Loi constitutionnelle de 1982.....	81
3.1. Les règles de droit visées par l'article 52.....	83
3.2. Le cas particulier des coutumes autochtones.....	84
Chapitre II. Les articles 25 et 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 : une entrave partielle à l'application de la Charte canadienne.....	89
Section 1. La Constitution comme un tout cohérent : l'interaction entre les droits ancestraux ou issus de traités et la Charte canadienne.....	91
1.1. La règle constitutionnelle de non-abrogation.....	91
1.2. La règle appliquée aux droits ancestraux ou issus de traités.....	97
Section 2. L'article 25 : une disposition qui laisse une impression de déjà-vu.....	106
2.1. Une disposition déclarative avant tout.....	107
2.2. Une protection qui va au-delà des droits ancestraux ou issus de traités.....	116
2.3. Une protection immédiate.....	123
2.4. L'égalité entre les hommes et les femmes, un droit prépondérant.....	124
Conclusion de la partie I.....	125

Partie II. Les instruments quasi constitutionnels de protection des droits de la personne et les Autochtones : une relation encore largement explorée.....	139
Chapitre I. L'incidence du partage législatif des compétences entre le fédéral et les provinces.....	143
Section 1. Les principales doctrines qui guident le partage des compétences.....	144
1.1. La doctrine de validité constitutionnelle.....	145
1.2. La doctrine de l'exclusivité des compétences.....	147
1.2.1. Ce qui est protégé : le contenu essentiel, le cœur d'un chef de compétence....	149
1.2.2. Le degré d'atteinte requis.....	149
1.2.3. Les relations de travail dans les entreprises fédérales : une application particulière de l'exclusivité des compétences.....	150
1.3. La prépondérance fédérale : la doctrine de l'opérabilité.....	153
Section 2. Les droits et libertés de la personne : de simples accessoires à des compétences principales?.....	155
2.1. Une compétence provinciale de principe.....	158
2.1.1. Les aspects civils de la violation d'un droit ou d'une liberté.....	161
2.1.2. Les droits de la personne : une composante du droit civil.....	165
2.2. Une compétence fédérale d'exception.....	170
2.3. Le cumul et la coexistence des instruments provinciaux et fédéraux.....	176
2.3.1. Les instruments provinciaux et les sujets ou objets fédéraux.....	177
2.3.2. Les instruments provinciaux et les relations de travail au sein des entreprises fédérales.....	179
Chapitre II. L'application des instruments quasi constitutionnels aux Autochtones.....	187
Section 1. Les instruments provinciaux : le choc du partage des compétences	188
1.1. La quiddité indienne : le cœur de la compétence sur les Indiens.....	191
1.2. L'applicabilité aux conseils de bande et aux entreprises autochtones.....	197
1.2.1. Les conseils de bande.....	198
1.2.2. La notion d'entreprise autochtone.....	199
1.3. L'incorporation par renvoi de l'article 88 de la Loi sur les Indiens : de l'exclusivité à la prépondérance fédérale.....	204
Section 2. Les instruments fédéraux : l'exercice d'une compétence accessoire.....	210
2.1. La Déclaration canadienne des droits.....	211
2.2. La Loi canadienne sur les droits de la personne.....	212
Section 3. Les instruments quasi constitutionnels subordonnés à la protection constitutionnelle des droits ancestraux ou issus de traités.....	218
3.1. Les instruments quasi constitutionnels et la possibilité d'une atteinte aux droits ancestraux ou issus de traités.....	219
3.2. La gouvernance autochtone.....	222
3.2.1. L'incidence des traités d'autonomie gouvernementale sur les instruments quasi constitutionnels.....	222
3.2.2. Le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale.....	227
Conclusion de la partie II.....	229
Conclusion générale.....	237
Bibliographie.....	247

Remerciements

La rédaction d'un mémoire est un parcours long et sinueux, avec son lot d'imprévus. Pour reprendre les propos du professeur Georges Azzaria, la première qualité d'un mémoire est qu'il soit complété. Je peux donc dire mission accomplie, puisque ces quelques remerciements constituent les dernières pièces de ce casse-tête maintenant achevé.

J'aimerais d'abord remercier mon directeur, le professeur Patrick Taillon, qui a gentiment accepté de m'accompagner tout au long de ce périple, et ce, malgré le fait que le sujet choisi ne cadrerait pas parfaitement dans son champ de spécialité. J'aimerais également remercier la professeure Geneviève Motard, pour l'aide offerte à des moments clés de la rédaction. Par la même occasion, je me dois de remercier la professeure Marie-Ève Arbour, pour sa générosité, ses nombreux encouragements, son aide et son support, de même que pour avoir très tôt cru en ma capacité à mener à terme un mémoire.

Je tiens aussi à exprimer toute ma gratitude aux membres et au personnel du Tribunal des droits de la personne pour le stage que j'ai effectué durant la période d'avril à juillet 2010, durant lequel j'ai eu l'opportunité d'approfondir le champ d'application de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec en matières autochtones. De façon plus particulière, j'aimerais remercier M^e Sylvie Gagnon, pour son temps et son dévouement à la correction et à l'analyse du rapport qui a suivi le stage.

J'aimerais aussi souligner l'apport de ma directrice M^e Guylaine Couture, qui, en fin de parcours, a fait preuve d'une grande compréhension dans l'aménagement du temps de travail.

En terminant, je ne saurais passer sous silence l'aide précieuse que m'a apporté ma belle-mère, la D^{re} Diane Morin, pour les nombreuses heures passées à lire et relire des versions préliminaires de ce mémoire.

Merci à tous ceux qui m'ont supporté et encouragé ces dernières années, plus particulièrement ma conjointe Fannie, ainsi que mes parents, ma famille et mes amis.

Ce mémoire a entièrement été rédigé à l'aide du logiciel libre « LibreOffice », sous le système d'exploitation Linux.

Introduction

Bien avant l'arrivée des premiers Européens en Amérique du Nord, les peuples autochtones occupaient déjà le territoire. Ces derniers étaient regroupés en de multiples nations, distinctes et souveraines, avec leurs systèmes juridiques bien à eux¹. Leur vie était bien déjà orchestrée par des règles, des coutumes et des traditions dont certaines remontent à des temps immémoriaux. Il va sans dire que le premier contact avec les Européens, aux antipodes dans leurs modes de vie, bouleversa graduellement l'ordre juridique en place depuis des siècles. Si les relations et les échanges étaient d'abord centrés sur des rapports de nation à nation, ils se sont transformés, au fur et à mesure que les Européens s'établissaient sur ces terres. D'alliés indispensables ou d'ennemis redoutables, les Autochtones sont devenus, à l'aube de la création de la fédération canadienne, de simples objets de compétence devant être « civilisés », malgré l'absence de « conquête » au sens du droit international de l'époque² ou de consentement de la part des Premières Nations.

Les Autochtones ont été complètement évacués des négociations entourant l'adoption de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*³ et de son paragraphe 91(24), ce dernier prévoyant la compétence exclusive du Parlement fédéral sur « les Indiens et des terres réservées aux Indiens »⁴. Sans jamais consulter les Autochtones, les pères de la fédération ont déterminé qu'il valait mieux laisser la compétence relative aux Indiens et aux terres qui leur sont réservées à la Couronne fédérale, afin de les protéger de façon efficace, disait-on. On pensait à l'époque qu'un gouvernement local, motivé en outre par les intérêts d'expansion territoriale de la majorité, n'aurait pas été en mesure de prendre le recul nécessaire permettant de tenir compte et protéger les intérêts autochtones⁵. À l'inverse, un gouvernement plus distant de ces

1 Pour une idée des systèmes juridiques autochtones avant le premier contact, voir : Michel MORIN, *L'usurpation de la souveraineté autochtone. Le cas des peuples de la Nouvelle-France et des colonies anglaises de l'Amérique du Nord*, Montréal, Boréal, 1997; Renée DUPUIS, *Le statut juridique des peuples autochtones en droit canadien*, Toronto, Thomson Carswell, 1999, p. 11 et suivantes et dans la même lignée, Sébastien GRAMMOND, *Aménager la coexistence. Les peuples autochtones et le droit canadien*, Bruxelles/Montréal, Bruylant/Éditions Yvon Blais, 2003, p. 32 et suivantes.

2 C'est l'idée préconisée par l'auteur M. MORIN, préc., note 1, p. 31 et suivantes.

3 *Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*, maintenant la *Loi constitutionnelle de 1867 (R.-U.)*, 30 & 31 Vict., c. 3 (ci-après, *Loi constitutionnelle de 1867*). Au sujet de l'évacuation des Autochtones des négociations entourant son adoption, voir GOUVERNEMENT DU CANADA, Bureau du Conseil privé, *Rapport de la Commission royale sur les Peuples autochtones*, Volume 1, première partie, Troisième étape: déracinement et assimilation, en ligne: < http://www.collectionscanada.gc.ca/webarchives/20071125230109/http://www.ainc-inac.gc.ca/ch/rcap/sg/sgm6_f.html > (à jour au 17 juin 2012).

4 *Loi constitutionnelle de 1867*, par. 91(24).

5 S. GRAMMOND, préc., note 1, p. 78; Peter HOGG, *Constitutional Law of Canada. 2010 Student Edition*, Toronto, Carswell, 2010, p. 28-2; André ÉMOND, « Partenaire des peuples autochtones du

préoccupations aurait été plus enclin à respecter ses engagements envers les populations autochtones⁶. Cette responsabilité, initialement sous l'égide de la Couronne impériale, a donc été transmise aux autorités coloniales canadiennes au tournant des années 1860.

Cependant, tel que le révèle le professeur Bruce Ryder, la nature et la portée de la compétence prévue au paragraphe 91(24) n'ont pas été comprises de la même manière, que l'on se positionne d'un point de vue autochtone ou occidental⁷ :

In light of this history, Confederation was a legal non-event as far as the constitutional status of First Nations is concerned. They were not consulted or involved in the formulation and adoption of the *Constitution Act, 1867*. The First Nations “did not consciously decide to enter the country”. The only recognition of the special status of First Nations people in the *Constitution Act, 1867* is s. 91(24), which allocates exclusive legislative jurisdiction over “Indians and Land reserved for Indians” to the federal government. From the point of view of First Nations people, s. 91(24) simply granted to the federal government the exclusive jurisdiction to administer the responsibilities assumed by Britain in the treaties, and the exclusive jurisdiction to enter in further negotiations and agreements with the First Nations on behalf of the Crown. The inherent sovereignty of First Nations was never surrendered, nor could it be without the “full and free consent of the Indians.” Thus, the British principle of parliamentary sovereignty has to be further adapted to the Canadian constitutional context by taking into account not only the existence of a federal division of powers between the provinces and the federal government and of entrenched constitutional rights, but also the existence of the unsundered inherent sovereignty of the First Nations⁸.

Il faut savoir qu'au sens des Premières Nations de l'époque coloniale, l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* n'avait, à leurs yeux, qu'une importance somme toute modeste. Tout au plus, l'octroi de la compétence sur les Indiens et les terres réservées pour les Indiens du paragraphe 91(24) au Parlement fédéral ne faisait que modifier l'interlocuteur avec lequel ils devaient négocier dans le cadre de pourparlers portant sur des traités et d'autres sujets connexes. Il n'était aucunement question pour les Autochtones de renoncer d'une quelconque façon à leur droit inhérent à l'autonomie gouvernementale qu'ils avaient exercé de façon continue depuis des temps immémoriaux.

Les Autochtones avaient leur propre vision de l'ordre constitutionnel dans lequel ils voulaient

Canada: les différents visages de la Couronne », (1997-1998) 29 *R.D. Ottawa* 63, p. 65 et suivantes. L'auteur Émond explique également qu'à l'époque pré-confédérative, il était illusoire de penser qu'un gouvernement local puisse protéger de façon efficace les droits autochtones qui, à l'époque, revenaient de la responsabilité directe de Londres.

6 P. HOGG, préc., note 5, p. 28-2. De même, l'auteur note que le désir d'entretenir des politiques nationales uniformes en matière autochtone devait nécessairement être une raison supplémentaire d'octroyer cette compétence au Parlement fédéral.

7 Bruce RYDER, « The Demise and Rise of the Classical Paradigm in Canadian Federalism: Promoting Autonomy for the Provinces and the First Nations », (1991) 36 *R.D. McGill* 308.

8 *Id.*, p. 315.

vivre⁹. La *Loi constitutionnelle de 1867* ne changeait rien à leur volonté de traiter de nation à nation avec ceux à qui ils avaient jadis permis de s'installer sur leur territoire. Ils considéraient que la souveraineté autochtone de même que leurs traditions juridiques étaient maintenues ou devaient être dûment négociées par voie de traité d'égal à égal¹⁰.

Si l'on interprète le paragraphe 91(24) de manière à refléter cette conception de la coexistence des nations, la compétence prévue à 91(24) et les pouvoirs prévus à la *Loi sur les Indiens*¹¹ ne constitueraient, ni plus ni moins, que le fruit d'une reconnaissance de pouvoirs inhérents qui ont toujours existé. Confirmant la poursuite des relations bilatérales, le paragraphe 91(24) viendrait tout simplement désigner lequel des ordres provincial ou fédéral a la compétence pour poursuivre les relations déjà existantes avec les Premières Nations.

Autrement dit, l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* et son paragraphe 91(24) n'avaient pas, aux yeux des Autochtones, de répercussions significatives. Il représentait la consécration de pratiques antérieures selon lesquelles les négociations se poursuivaient d'une manière horizontale mais cette fois en établissant la Couronne fédérale comme unique négociateur à leur égard¹².

Toutefois, les législateurs ainsi que les tribunaux, de par la vision colonialiste qui prévalait à l'époque, l'ont vu autrement. Dans les faits, l'interprétation du paragraphe 91(24) qui a été retenue et appliquée par le Parlement fédéral et la Cour suprême du Canada est tout à fait différente de la vision autochtone, tel que le relève à nouveau le professeur Ryder :

However, both prior to and following Confederation non-native government have viewed First Nations peoples as subjects of the Crown rather than as members of independent nations in their own right. Relying on the theory of parliamentary supremacy, and its corollary, the principle of exhaustive distribution of legislative power in a federal constitution, s. 91(2) of the *Constitution Act, 1867*, has been interpreted by the federal government as conferring upon it plenary legislative authority over “Indians and lands reserved for Indians”. Beginning with the 1869 *Act for the gradual Enfranchisement of Indians* and the *Indian Act, 1876*, the Dominion government sought to interfere with and ultimately replace First nations' governments by defining and imposing the band council

9 À titre d'exemple, voir Kiera L. LADNER et Michael McCROSSAN, « The Road Not Taken : Aboriginal Rights after the Re-Imagining of the Canadian Constitutional Order », dans James B. KELLY, Christopher P. MANFREDI, (Édité par), *Contested Constitutionalism: Reflections on the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Vancouver, UBC Press, 2009, p. 265.

10 *Id.*, p. 265-267.

11 *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, c. I-5 (ci-après, *Loi sur les Indiens*).

12 Par analogie, cette compétence pourrait être similaire à celle qui permet au gouvernement fédéral de conclure des traités internationaux.

system. “Federal control of on-reserve government systems became the essence of Canadian-Indian constitutional relations.” On the few occasions on which the Supreme Court of Canada has considered the scope of federal power under s. 91(24), it has assumed that the section confers plenary authority on the federal government to pass laws dealing with “Indians and Lands reserved for Indians”. The federal government and the judiciary have thus rejected the First Nations' view of s. 91(24), which would allow for the assertion of federal jurisdiction to pass laws affecting their people only with the consent of First Nations people themselves.

The federal government has insisted that Indian government must fit into the existing division of powers between the provinces and the federal government – that is, that Indian government must be subordinate to the jurisdictional authority of the provinces and the federal government. Under such constraints the autonomy of Indian government would be severely limited.

Just as Quebec did not consent to the adoption of the *Constitutional Act, 1982*, the First Nations did not consent to the adoption of the *Constitutional Act, 1867* and its failure to explicitly acknowledge the reality of First Nations' governments¹³.

Comme le fait valoir le professeur Ryder, la *Loi constitutionnelle de 1982*¹⁴ reçoit une application pleine et entière au Québec, et ce, malgré l'absence de consentement de la province au moment de la ratification de l'entente. Par analogie, la *Loi constitutionnelle de 1867* s'applique aux peuples autochtones, malgré le fait qu'ils n'aient jamais consenti de façon libre et volontaire à cette loi et ses impacts juridiques.

Quoi qu'il en soit, les gouvernements autres qu'autochtones de même que les tribunaux sont en quelque sorte complices d'une interprétation bien coloniale du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cette interprétation a été très tôt légitimée à travers le prisme de la souveraineté parlementaire. Selon la Cour suprême, en se référant au partage législatif des compétences législatives, cette disposition permet tout simplement au Parlement fédéral de légiférer sur «les Indiens et les terres réservées aux Indiens» de manière exclusive¹⁵.

Il a été jugé très tôt que cette compétence permettait au Parlement fédéral d'aménager comme bon lui semblait le mode de vie des Indiens tout en dictant lui-même les relations qu'il voulait bien entretenir avec ces derniers¹⁶. Fort de cette compétence, le gouvernement fédéral s'est permis d'intervenir au sein des gouvernements autochtones en place pour modifier leur fonctionnement, et de façon ultime, les remplacer.

13 B. RYDER, préc., note 7, p. 315 et 316.

14 *Loi constitutionnelle de 1982* (R.-U.), constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11 (ci-après, *Loi constitutionnelle de 1982*).

15 *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 37.

16 *Infra*, p. 35 et suivantes.

Malgré l'absence de consentement de la part des peuples autochtones, la compétence sur les Indiens et les terres réservées aux Indiens a permis aux nouvelles autorités européennes d'élaborer des mesures et des politiques ouvertement assimilatrices et nécessairement discriminatoires à l'encontre des populations autochtones.

Ces politiques avaient pour dire deux visées : traiter les « sauvages » comme des mineurs, c'est-à-dire des pupilles de l'État ou bien favoriser leur émancipation, c'est-à-dire la perte de leur statut en faveur de celui de « l'homme blanc », soit l'assimilation. Pour ce faire, la loi créa d'importantes distinctions entre Autochtones et allochtones.

Par exemple, d'importantes distinctions aux effets discriminatoires prévalaient notamment en matière de droit de propriété, plus particulièrement concernant le droit d'établissement, la limitation du droit de vendre des produits agricoles ainsi que dans le domaine des testaments et des successions¹⁷. Par ailleurs, le droit pénal établissait des infractions qui pouvaient n'être commises que par des Autochtones, telles que l'interdiction d'être en état d'ébriété¹⁸. Toutes ces distinctions avaient en commun le postulat suivant : « l'incapacité des Indiens ».

Dans la même veine, au Québec, les Autochtones n'ont pas eu le droit de vote avant 1969, le Québec étant à cet égard la dernière province à emboîter le pas¹⁹. Chronologiquement, l'émergence d'un sentiment favorable à la protection des droits et libertés de la personne n'est pas étrangère à la décision des différentes législatures du Canada d'accorder de façon définitive le droit de vote aux Autochtones²⁰. Avant d'avoir le droit de vote, les Autochtones restaient néanmoins impuissants, soumis au pouvoir de légiférer des Couronnes fédérales et provinciales²¹.

17 Elaine GARDNER-O'TOOLE et Wendy MOSS, *Les Autochtones: historique des lois discriminatoires à leur endroit*, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, Service de recherche, 1991, c1992, en ligne: <<http://publications.gc.ca/Collection-R/LoPBdP/BP/bp175-f.htm>> (à jour au 17 juin 2012).

18 *La Reine c. Drybones*, [1970] R.C.S. 282.

19 *Loi modifiant la Loi électorale*, S.Q. 1969, c. 13, art. 1.

20 E. GARDNER-O'TOOLE et W. MOSS, préc., note 17.

21 Pour d'autres exemples, voir de façon générale E. GARDNER-O'TOOLE et W. MOSS, préc., note 17; Renée DUPUIS, *Quel Canada pour les autochtones, La fin de l'exclusion*, Montréal, Boréal, 2001; M. MORIN, préc., note 1; GOUVERNEMENT DU CANADA, préc., note 3; John LESLIE, « La loi sur les Indiens : perspective historique », (2002) 25-2 *Revue parlementaire canadienne* 23.

Ces mesures avaient pour but l'assimilation des Autochtones en tant que citoyens canadiens à part entière, symbole de l'héritage du colonialisme britannique²². De tels comportements, fondés sur l'origine ethnique et la race, ont été jugés plus récemment par la Cour suprême comme des plus courants, des plus classiques et des plus destructeurs socialement²³.

Aujourd'hui²⁴, les Autochtones sont aux prises avec des problèmes de chômage, de décrochage scolaire, de taux d'agression et de suicide élevés²⁵. Ils font face quotidiennement à des préjugés tenaces, à des stéréotypes et sont victimes de discrimination plus souvent qu'à leur tour. Ils sont surreprésentés dans la population carcérale, et sous-représentés dans tous les postes importants de la société²⁶. La discrimination systémique à laquelle ils font face les empêche bien souvent de pratiquer leurs activités traditionnelles.

22 E. GARDNER-O'TOOLE et W. MOSS, préc., note 17 : « Il est souvent reconnu que les objectifs souvent contradictoires de « civilisation » et d'assimilation et de protection des peuples indiens qu'on a cherché à atteindre depuis qu'il existe des lois fédérales relatives aux Indiens trouvent leur origine dans le colonialisme (surtout britannique). »

23 *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, p. 38.

24 Sur le plan statistique, selon le recensement de 2006, le Canada comptait au moins 1 172 785 Autochtones, soit près de 4% de la population totale. De ce nombre, le Québec dénombrait 108 425 personnes, dont une nette majorité vivait à l'extérieur des réserves. Cette population est elle-même répartie en 55 communautés, regroupant 10 nations et deux familles linguistiques, les Algonquiens et Iroquoiens. Les Autochtones représentent le cinquième groupe ethnique en importance au Québec: STATISTIQUE CANADA, *Peuples autochtones – peuples en données*, en ligne: <<http://www12.statcan.ca/census-recensement/2006/dp-pd/hlt/97-558/pages/Page.cfm?Lang=F&Geo=CMA&Code=01&Table=1&Data=Count&Sex=1&Age=1&StartRec=126&Sort=2&Display=Page&CSDFilter=25036>> (À jour au 20 juillet 2010); GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *La population autochtone au Québec*, Secrétariat aux affaires autochtones, en ligne: <<http://www.autochtones.gouv.qc.ca/nations/population.htm>> (à jour au 20 juillet 2010); GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Profil des nations du Québec*, Secrétariat aux affaires autochtones, en ligne : <http://www.autochtones.gouv.qc.ca/rerelations_autochtones/profils_nations/profil.htm> (à jour au 20 juillet 2010); Jacques LECLAIR, *Les droits linguistiques des autochtones*, Trésor de la langue française au Québec, département de Langues, linguistique et traduction, Faculté des Lettres, Université Laval, en ligne: <<http://www.tlfq.ulaval.ca/axl/amnord/quebecautocht.htm>> (à jour au 20 juillet 2010).

25 Parlant des Autochtones, la Cour suprême, dans *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, au par. 66 mentionne qu'ils « ont, de façon générale, souffert de «la préexistence d'un désavantage, de vulnérabilité, de stéréotypes ou de préjugés»: *Law*, précité, au par. 63. Tous les membres de la bande touchés par cette mesure législative, qu'ils résident ou non dans les réserves, subissent les effets de l'héritage de stéréotypes et préjugés visant les peuples autochtones. » Dans *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950, par. 69, les juges commentent la situation des Autochtones dans le pays :

Les peuples autochtones sont aux prises avec des taux élevés de chômage et de pauvreté, et ils font face à d'importants désavantages dans les domaines de l'éducation, de la santé et du logement (*Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 3, *Vers un ressourcement* (1996), aux pp. 120 à 128, 186 à 197, 414 à 417, et 494 à 501; voir également Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies, *Observations finales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels* (Canada), E/C.12/1/Add. 31, 10 déc. 1998, aux par. 17 et 43; ainsi que Carol Agoes et Monica Boyd, «The Canadian Ethnic Mosaic Recast for the 1990s» dans *Social Inequality in Canada: Patterns, Problems, Policies* (2e éd. 1993), 330, aux pp. 333 à 336.

26 Pour des illustrations, voir *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688.

Confrontés à des normes élaborées, interprétées et exécutées à « l'occidentale », souvent mal adaptées au mode de vie et à la culture autochtone, les Autochtones ont généralement tendance à rejeter et à contester les normes juridiques incompatibles avec leurs activités ancestrales. À certains égards, il y aurait donc, chez ces peuples, une certaine forme de résistance des faits au droit²⁷.

Malgré toutes les injustices du passé ainsi que leurs difficultés des temps modernes, les Autochtones ont su dans bien des cas maintenir une culture distinctive et ont gardé un lien privilégié avec la terre. Cette forme de résistance n'aura pas été en vain puisqu'elle a aidé à mener à la reconnaissance de certains droits constitutionnels particuliers.

Si, par le passé, l'on a affirmé que les seuls droits spécifiques des Autochtones ne pouvaient que se retrouver dans la *Loi sur les Indiens* et n'étaient soumis qu'à la volonté du Parlement fédéral, c'est à l'occasion de l'arrêt *Calder et al. c. Attorney-General of British Columbia*²⁸ que la Cour suprême a reconnu pour la toute première fois que les droits ancestraux des Autochtones qui n'ont pas été valablement éteints sont encore en vigueur. Par la suite, le constituant a reconnu par le biais de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* les droits existants, ancestraux ou issus de traités, des peuples autochtones.

Ces droits et protections supplémentaires ont eu pour effet de contrebalancer certaines injustices du passé. La reconnaissance constitutionnelle des droits ancestraux des peuples autochtones par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*²⁹ leur a certainement permis de retrouver une certaine liberté dans la pratique de leurs activités traditionnelles. Selon la Cour

27 Jean CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1994. Voir également Ejan MACKAAY, *L'analyse économique du droit : fondements*, Montréal, Éditions Thémis, 2000, p. 7, où l'auteur mentionne que « [...] la règle de droit ne contrôle pas directement le comportement des citoyens, mais seulement les conséquences de leurs actions. *Ils restent libres de réagir comme ils l'entendent et non forcément dans le sens souhaité par le législateur en assumant, bien entendu, les conséquences* ». [Nos italiques]

28 *Calder et al. c. Attorney-General of British Columbia*, [1973] R.C.S. 313.

29 *Loi constitutionnelle de 1982*, art. 35:

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

(2) Dans la présente loi, « peuples autochtones du Canada » s'entend notamment des Indiens, des Inuit et des Métis du Canada.

(3) Il est entendu que sont compris parmi les droits issus de traités, dont il est fait mention au paragraphe (1), les droits existants issus d'accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis.

(4) Indépendamment de toute autre disposition de la présente loi, les droits — ancestraux ou issus de traités — visés au paragraphe (1) sont garantis également aux personnes des deux sexes.

suprême, le fondement même de ces droits ancestraux repose sur l'occupation antérieure du territoire :

À mon avis, la doctrine des droits ancestraux existe et elle est reconnue et confirmée par le par. 35(1), et ce pour un fait bien simple: quand les Européens sont arrivés en Amérique du Nord, les peuples autochtones s'y trouvaient déjà, ils vivaient en collectivités sur ce territoire et participaient à des cultures distinctives, comme ils l'avaient fait pendant des siècles. C'est ce fait, par dessus tout, qui distingue les peuples autochtones de tous les autres groupes minoritaires du pays et qui commande leur statut juridique — et maintenant constitutionnel — particulier³⁰.

Bien que l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ait reconnu et confirmé les droits ancestraux ou issus de traités des peuples autochtones, d'autres aspects de cette loi constitutionnelle, à savoir la *Charte canadienne des droits et libertés*³¹, ont eu pour effet de mettre en œuvre un ensemble de droits et libertés applicable à l'ensemble du pays.

Si les régimes juridiques des peuples autochtones de même que de leurs droits ancestraux ou issus de traités occupent une place spéciale dans l'ordre juridique canadien, il en va tout autant en ce qui concerne les différents instruments de protection des droits et libertés de la personne³². Ces instruments, tous fondés sur la notion même de dignité humaine³³, consacrent de nombreux droits et libertés individuels, tels que la liberté d'expression ou de religion, le droit

30 *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, par. 30.

31 *Charte canadienne des droits et libertés*, Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [annexe B de la loi de 1982 sur le Canada, 1982, R.-U., c.11] (Ci-après, *Charte canadienne des droits et libertés*, *Charte canadienne* ou *Charte*).

32 Historiquement, c'est en 1947 que la Saskatchewan, pionnière au Canada, a adopté une déclaration des droits de la personne dans la législation de sa province en édictant son *Bill of Rights (Saskatchewan Bill of Rights Act, 1947, S.S. 1947, c. 35*, maintenant remplacé par le *Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, c. S-24.1*). Depuis, le gouvernement central et toutes les provinces et territoires canadiens ont adopté leurs propres codes des droits de la personne au sein de leurs juridictions respectives. La *Charte canadienne des droits et libertés* instaurée dans la Constitution canadienne par la *Loi constitutionnelle de 1982*, en fut donc le point culminant.

33 Selon nombre d'auteurs, c'est probablement à partir du concept de la dignité humaine que les racines les plus profondes de l'idée de promulguer et de protéger les droits fondamentaux de la personne ont pris naissance. Par exemple, voir *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, par. 227 (J. Wilson); Paolo G. CAROZZA, « Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law », (2003) 97 *A.J.I.L.* 38, cité par Lorraine E. WEINRIB, « Human dignity as a rights-protecting principle », (2005) 17-3 *N.J.C.L.*, 325, p. 326; Christian BRUNELLE, « La Dignité dans la Charte des droits et libertés de la personne: de l'ubiquité à l'ambiguïté d'une notion fondamentale », (2006) (numéro thématique hors série) *R. du B.* 143, p. 152 : « Cette « dignité » constitue même la « source », le fondement ultime des droits et libertés de la personne. C'est parce qu'elles sont intrinsèquement dignes que l'on doit reconnaître aux personnes humaines des droits et libertés. » [Références omises]; Daniel PROULX, « Le Concept de dignité et son usage en contexte de discrimination: deux Chartes, deux modèles », (2003) Numéro spécial - Mars 2003 *R. du B.* 485, p. 492: « [...] Puisque les droits de la personne découlent de la dignité humaine, cela implique en effet que celle-ci en constitue la cause et, partant, le principe fondateur. »; Fernand MORIN, Jean-Yves BRIÈRE et Dominic ROUX, *Le droit de l'emploi au Québec*, 3^e édition, Montréal, Wilson et Lafleur, 2006, par. III-104.

à la vie, la sécurité ou la liberté de la personne ou le droit à l'égalité³⁴. Ces instruments ont tendance à s'appliquer à l'ensemble de la population et sont souvent utilisés comme des outils pouvant atténuer les inégalités et injustices auxquelles certaines personnes, incluant les Autochtones, font face. En effet, les chartes peuvent correspondre à un remède efficace permettant aux Autochtones de s'affirmer et de se protéger en tant qu'individus et collectivités. À plus d'une reprise, les Autochtones ont su invoquer des instruments de protection des droits de la personne afin de pallier des injustices³⁵, que ce soit, entre autres choses, à l'égard de leur statut d'Indien³⁶ ou encore de leurs relations avec des gouvernements ou des personnes privées³⁷.

D'un côté, les peuples autochtones, sous plusieurs aspects, vivent et évoluent dans des systèmes juridiques parfois différents des allochtones et jouissent de certains droits collectifs propres à leur existence. D'un autre côté, il existe des instruments de protection des droits et libertés de la personne qui ont pour objectif de protéger des droits individuels. Tout comme ce fut le cas pour l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, les Autochtones n'ont pas participé activement à l'élaboration des instruments de protection des droits et libertés de la personne. Ces derniers ne représentent peut-être pas nécessairement la nature véritable de leurs aspirations, quelles qu'elles soient. Quoi qu'il en soit, il y a des risques que certains droits autochtones ne soient pas en parfaite osmose avec les différents droits et libertés de la personne.

En effet, autant l'application que l'inapplication de ces textes à valeur supralégislative comportent, aux yeux des Autochtones, des avantages et des inconvénients avec leurs conséquences respectives. Les chartes, de par leur caractère individualiste, peuvent représenter une menace pour les normes autochtones de même qu'un moyen de remettre en question, au nom d'une conception occidentale des droits et libertés, leur mode de vie traditionnel ainsi que leurs aspirations fondamentales. Les instruments de protection des droits de la personne ont le potentiel de conduire à une uniformisation des comportements et pratiques allant dans le sens

34 Bien que tous les instruments canadiens prévoient des protections contre la discrimination, les droits protégés, bien que semblables, peuvent varier d'une juridiction à l'autre.

35 Pour des illustrations, voir Bradford W. MORSE, « Twenty Years of Charter Protection: The Status of Aboriginal Peoples Under the Canadian Charter of Rights and Freedoms », (2002) 21 *Windsor Y.B. Access Just.* 385.

36 Par exemple, voir *McIvor v. Canada (Registrar of Indian and Northern Affairs)*, [2009] 2 C.N.L.R. 236, 2009 BCCA 153 (CanLII).

37 De nombreux cas sont cités tout au long de ce mémoire. En outre, une série de décisions sont citées en rafale aux notes 811 et 872, respectivement situées aux p. 189 et 200.

du libéralisme à l'occidental, tel qu'il en appert de cet extrait tiré d'un document produit par l'Association des femmes autochtones du Canada:

This is a significant practical problem because the Canadian Charter is a product of European culture and law. It is no more our law or reflective of our values, than the Indian Act. Canadians view the Canadian Charter as the ultimate expression of their legal and political rights, but do we³⁸?

Les instruments de protection des droits et libertés de la personne, étant axés sur la primauté de l'individu et sur des concepts tels que la propriété, peuvent dans certaines situations ne pas refléter les valeurs des peuples autochtones. Par exemple, certaines pratiques traditionnelles consistant à séparer certaines fonctions au sein d'une communauté selon l'âge pourraient être mises en péril par ces instruments. D'autres pratiques, telles que les formes traditionnelles de désignation des chefs, les rapports entre les hommes et les femmes ou le rôle des aînés risqueraient également d'être compromises. Par ailleurs, les garanties procédurales que l'on peut retrouver dans ces instruments ne seraient pas toujours adaptées à certaines coutumes favorisant la réconciliation des parties.

Pour toutes ces raisons, il est fondamental de se questionner sur l'application des instruments de protection des droits de la personne aux Autochtones du Canada. Par dessus tout, il est capital de tenter de remédier à l'incertitude juridique qui règne sur ces questions. Cette incertitude juridique n'est pas souhaitable et comporte de nombreuses conséquences. Par exemple, certains individus autochtones qui voudraient contester des normes ou des mesures prises par d'autres personnes ou gouvernements pourraient décider de ne pas passer à l'action croyant à tort que ces instruments ne sont pas applicables à leur situation. Dans la même voie, un justiciable qui se croit lésé dans ses droits fondamentaux pourrait invoquer un instrument inapplicable et s'adresser à un tribunal incompétent, ce qui engendre des coûts importants et des pertes de temps considérables, entre autres choses. En bout de piste, il est dans l'intérêt de tous, qu'ils soient Autochtones ou non, ou encore qu'ils soient gouvernements autochtones, provinciaux, ou fédéral, de savoir si les instruments de protection des droits de la personne s'appliquent toujours, parfois ou jamais aux matières autochtones et d'en connaître les assises juridiques.

Par instruments de protection des droits de la personne, nous entendons nous pencher sur ceux qui sont propres au droit interne canadien. Ainsi, nous traiterons de la *Charte canadienne des*

38 NATIVE WOMEN'S ASSOCIATION OF CANADA, *First nations/Metis human rights law: The History of Nwac's position & options fur future action*, An NWAC Special Assembly, March 18 - 22, 1988, p. 8.

droits et libertés, instrument à valeur constitutionnelle enchâssé dans la Constitution formelle et rigide du Canada. Nous nous pencherons également sur les instruments qualifiés de quasi constitutionnels³⁹ que sont les instruments provinciaux, tels que la *Charte des droits et libertés de la personne*⁴⁰ du Québec et enfin, les instruments fédéraux, soit la *Déclaration canadienne des droits*⁴¹ et la *Loi canadienne sur les droits de la personne*⁴².

Nous ne nous intéresserons donc pas aux divers instruments internationaux, qu'ils soient généraux ou visant les Autochtones⁴³ puisque généralement, seul le droit interne est directement exécutoire en droit canadien et que l'étude de ces instruments aurait alourdi davantage la rédaction de ce mémoire.

Ce mémoire vise donc à examiner si oui ou non, les instruments de protection des droits de la personne, ou certains d'entre eux, sont applicables en totalité ou en partie aux Autochtones. Les droits particuliers des Autochtones, de même que leurs normes et certaines de leurs pratiques, doivent-ils céder le pas aux droits et libertés des instruments de protection des droits de la personne? Est-ce que les effets des régimes juridiques particuliers des Autochtones, tels que ceux issus du partage législatif des compétences, de même que de leurs droits propres à eux entraînent l'exclusion ou la modification des modalités d'application des instruments de protection des droits de la personne à leur endroit?

À notre avis, les instruments de protection des droits de la personne, bien que bénéficiant aux

39 La Cour suprême rappelle régulièrement le principe selon lequel les instruments de protection de la personne du Canada ont une valeur quasi constitutionnelle. À ce sujet, voir *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145, p. 158; *Comm. Ont. des Droits de la Personne c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536, par. 12 ; *CN c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114, p. 1136; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal*, [2004] 1 R.C.S. 789, 2004 CSC 30, par. 20. Au contraire de la *Charte canadienne*, ils s'appliquent généralement autant à l'État qu'aux personnes privées.

40 *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12 (ci-après *Charte québécoise*).

41 *Déclaration canadienne des droits*, L.C. 1960, c. 44 (Ci-après, *Déclaration canadienne des droits* ou *Déclaration canadienne*).

42 *Loi canadienne sur les droits de la personne*, (L.R., 1985, ch. H-6) (Ci-après, *Loi canadienne sur les droits de la personne* ou *Loi canadienne*).

43 Tels que la *Convention concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants*, (1989) 72 Bulletin officiel du Bureau international du travail (Série A), le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966 de l'Assemblée générale des Nations unies, le *Projet de la déclaration interaméricaine relative aux droits des peuples autochtones*, AG/RES.1022 (XIX-O/89) ou la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, A/RES/61/295.

Autochtones dans leurs relations avec des allochtones et leurs gouvernements non autochtones, sont applicables aux Autochtones, individus ou gouvernements, dans la mesure où la structure même du fédéralisme canadien le permet, et dans la mesure où ils ne portent pas atteinte à leurs droits spécifiques, notamment ceux qui sont visés par les articles 25 et 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Nous amorcerons notre étude en nous questionnant d'abord sur l'application de la *Charte canadienne*. Pour ce faire, il sera nécessaire de se demander si et dans quelle mesure les différents types d'administrations et de gouvernements autochtones sont assujettis à la *Charte canadienne* par l'entremise de son article 32. Nous vérifierons également si les règles de droit autochtone sont visées par l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Ensuite, nous verrons dans quelle mesure les articles 25 et 35 de la *Charte canadienne* peuvent constituer un frein à son application.

Puis, viendra l'analyse de l'application des instruments quasi constitutionnels, provinciaux et fédéraux. Nous verrons que l'application de ces instruments aux Autochtones dépend d'abord de la dynamique alambiquée du partage des compétences entre le Parlement et les provinces. Nous verrons également que les droits ancestraux ou issus de traités peuvent aussi influencer l'application des instruments quasi constitutionnels.

De manière générale, l'approche préconisée dans ce mémoire s'appuiera essentiellement sur un certain regard critique du droit positif en vigueur et de ce fait, les sources classiques du droit, soit la législation, la doctrine ainsi que la jurisprudence seront analysées. Il s'agit en fait de clarifier, lorsque cela est possible, les critères applicables en ces matières et de souligner certaines incohérences dans l'interprétation des règles actuellement en vigueur. Les irrégularités et les interprétations divergentes et erronées sur la question seront évidemment soulevées et discutées. Vu l'absence de consensus sur la question, et bien que nous n'aspions pas à proposer une réforme du droit ou de la Constitution⁴⁴, nous proposerons une interprétation des règles en vigueur susceptible de concilier la défense des droits, intérêts et de la spécificité des Premières Nations avec la protection des droits et libertés de la personne. Nous tenterons de mettre de côté les « préjugés ethnocentriques et colonialistes qui imbibent, encore

44 Cela d'autant plus que la question relève plus du politique que du juridique et que la réforme de la Constitution, dans le contexte actuel relève de l'exploit: Patrick TAILLON, *Les nouveaux obstacles juridiques au renouvellement du fédéralisme canadien*, étude préparée pour le compte de l'Institut de recherche sur le Québec, Montréal, I.R.Q., 2007.

aujourd'hui, le droit canadien »⁴⁵, tout en demeurant nuancé dans nos propos, la question des droits et libertés de la personne demeurant un sujet controversé et sensible au sein même des communautés autochtones⁴⁶.

Avant toute chose, il est important de clarifier à cette étape certaines notions fondamentales propres au droit autochtone auxquelles nous ferons référence tout au long du mémoire. Il s'agit de la compétence fédérale sur les Indiens et les terres réservées pour les Indiens, de même que les notions se rapportant aux droits ancestraux ou issus de traités.

Que vise-t-on par le terme vieillot « Indiens »⁴⁷ ou bien par « terres réservées pour les Indiens » au sens de la *Loi constitutionnelle de 1867*? Aux termes du paragraphe 91(24) de cette loi, la portée du mot « Indien »⁴⁸ inclut autant les Indiens au sens de la *Loi sur les Indiens* que les Inuits⁴⁹ et vise ces personnes, où qu'elles se trouvent⁵⁰. Un jugement récent de la Cour fédérale a confirmé que les Indiens sans statut de même que les Métis⁵¹ sont également des Indiens au sens du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁵².

45 S. GRAMMOND, préc., note 1, p. 25.

46 Les débats entourant l'abrogation de l'article 67 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* en étant un exemple parmi tant d'autres. À ce sujet, voir *infra*, p. 214, particulièrement la note 928. Voir également NATIVE WOMEN'S ASSOCIATION OF CANADA, *Aboriginal women, self government & the Canadian charter of rights and freedoms*, In the context of the 1991 "Canada Package" on Constitutional Reform, An NWAC Analysis, 1991.

47 Le terme colonial et vieillot « Indien » sera utilisé occasionnellement au sein de ce texte, mais seulement parce que ce terme est utilisé dans la *Loi sur les Indiens* et dans la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il ne sera utilisé que pour distinguer les Autochtones visés par ces textes législatifs de ceux qui ne le sont pas.

48 Pour un bref historique, voir Sébastien GRAMMOND, *Identity captured by law. Membership in Canada's indigenous peoples and linguistic minorities*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2009, p. 71 et suivantes.

49 *Re Eskimos*, [1939] S.C.R. 104.

50 Henri BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 5e édition, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 525.

51 Un métis, contrairement au sens usuel du terme, se définit au Canada comme étant « an ethnic category of its own, separate and distinct from Indian, that has come into existence as a result of a process called « ethnogenesis ». Dans S. GRAMMOND, préc., note 48, p. 80.

52 *Daniels c. Canada*, 2013 CF 6 (CanLII). Avant cette décision, le professeur Hogg était d'avis qu'autant les Indiens non inscrits que les Métis entraient dans la définition d'Indien au sens du par. 91(24) : P. HOGG, préc., note 5, p. 28-2 et 28-4. Voir aussi *R. c. Blais*, [2003] 2 R.C.S. 236, 2003 CSC 44; 1 Mark STEVENSON, « Section 91(24) and Canada's Legislative Jurisdiction with Respect to the Metis », (2002) 1 *ILJ* 237. Ces auteurs croyaient d'un autre côté que les Métis échappaient à la compétence prévue au par. 91(24) et tombaient sous la juridiction des provinces : S. GRAMMOND, préc., note 1, p. 362; Renée DUPUIS, « La Charte des droits et libertés de la personne et les Autochtones », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, recueil n° 142, *Les 25 ans de la Charte québécoise*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 24, à la page 26.

Quant aux terres, la Cour suprême a affirmé dans *Delgamuukw*⁵³ qu'une terre réservée aux Indiens ne se restreint pas qu'aux réserves au sens de la *Loi sur les Indiens*, mais aussi à toutes celles grevées d'un titre aborigène ou d'un droit ancestral se rapportant à la terre⁵⁴ ou encore à celles faisant l'objet d'un traité. On peut en outre penser à celles comportant des droits spéciaux de prélèvement, sans pour autant qu'elles soient destinées à l'occupation et à l'usage exclusif des Indiens⁵⁵ :

Il faut en toute logique conclure que seules les questions liées à l'activité particulière faisant l'objet d'un droit autochtone spécial sur les terres tomberont sous la rubrique des terres réservées aux fins du par. 91(24). En d'autres termes, le cœur de la compétence fédérale porte bien davantage sur des activités particulières d'exploitation des terres que sur des terres comme telles⁵⁶.

En tout état de cause, cette compétence autant personnelle que territoriale donne une latitude confortable à l'État fédéral, lui permettant de légiférer sur un grand nombre d'objets qui, autrement, seraient de compétence provinciale. Outre le statut d'Indien, la création de réserves, le fonctionnement des conseils de bande, l'aménagement des traités et des droits ancestraux, on peut penser à la propriété, à la possession, l'utilisation, l'occupation et l'aliénation des terres, ainsi qu'aux successions, à l'éducation, à la santé et aux personnes inaptes⁵⁷. Le tout, pour autant que l'objet véritable de la loi vise les Indiens ou une terre réservée aux Indiens⁵⁸.

En ce qui concerne la notion de droits ancestraux prévus par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, l'arrêt de principe en la matière est la décision *Sparrow*⁵⁹ rendue en

53 *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, préc., note 15.

54 *Id.*; Kerry WILKINS, « Negative Capability: Of Provinces and Lands Reserved for the Indians », (2002) 1 *ILJ* 57, p. 62 et 70.

55 *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, préc., note 15, par. 174 à 178.

56 Ghislain OTIS, *Droit autochtone*, Notes de cours et documentation, hiver 2007, Université Laval, 2007, p. 69.

57 *Loi sur les Indiens*; K. WILKINS, préc., note 54, p.71; P. HOGG, préc., note 5, p. 28-4 et suivantes; S. GRAMMOND, préc., note 1, p. 362 et suivantes.

58 S. GRAMMOND, préc., note 1, p. 362 et 363. Voir également K. WILKINS, préc., note 54, p.72: « Implicit here is the notion that the federal order has exclusive power to act in relation to section 91(24) lands in the same ways, and in relation to all the same matters, generally available to the provinces in relation to lands within provincial boundaries. » Les auteurs H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 50, p. 525 sont également du même avis : « La compétence fédérale ne porte pas seulement sur ce que la jurisprudence appelle la « quiddité indienne », l'essentiel de l'indianité » ou les Indiens en tant qu'Indiens. Elle permet de légiférer à l'égard des Indiens d'une manière tout à fait générale et des empiétements sur des matières provinciales peuvent aussi en résulter. » Il y a cependant des limites. Une loi fédérale prévoyant une limite de vitesse différente pour les Indiens serait sans aucun doute constitutionnellement invalide, n'ayant aucun lien réel avec la compétence du par. 91(24) : P. HOGG, préc., note 5, p. 28-5; G. OTIS, préc., note 56, p. 65. Il faut donc qu'une loi fédérale conserve un minimum d'« autochtonité » pour demeurer valide. Pour plus de détails sur le partage des compétences, voir *infra* p. 143.

59 *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075. Les faits de cet arrêt peuvent se résumer comme suit : M. Ronald Edward Sparrow, un membre de la bande indienne des Musqueams en Colombie-Britannique, a été

1990 dans laquelle la Cour suprême a examiné pour la première fois la portée du paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Parmi les principes qui se dégagent de cette décision, il y a celui selon lequel l'article 35 ne s'applique qu'aux droits qui existaient au moment de l'entrée en vigueur de la disposition⁶⁰. La Cour a confirmé le droit ancestral de Sparrow et a aussi noté que l'expression « droits ancestraux existants » devait se voir accorder une interprétation souple afin de permettre l'évolution des droits, rejetant du même coup la doctrine des « droits figés ». Le tribunal a également souligné qu'il fallait prêter une interprétation libérale et généreuse à l'article 35, étant donné les objectifs visés par cette disposition constitutionnelle.

Cela dit, les droits ancestraux s'étendent le long d'un spectre, en fonction de leur degré de rattachement au territoire visé. D'un côté, il y a ceux qui correspondent à des coutumes, pratiques et traditions⁶¹ faisant partie intégrante de la culture autochtone distinctive du groupe qui revendique le droit en question, mais dont l'occupation et l'utilisation du territoire sur lequel l'activité est pratiquée sont insuffisantes pour étayer la revendication du titre sur celui-ci. En effet, l'existence de droits spécifiques à un site peut être établie même si l'existence d'un titre ne peut pas l'être. Par la suite, on retrouve les activités pratiquées qui sont étroitement rattachées au territoire.

Dans tous les cas, afin d'être qualifiée de droit ancestral, une activité, tout en faisant partie intégrante de la culture autochtone distinctive, doit avoir une importance fondamentale⁶² pour la Première Nation. L'activité devait exister avant le premier contact avec les Européens⁶³. Toutefois, la pratique de l'activité peut évoluer avec le temps afin de s'adapter aux réalités contemporaines⁶⁴.

accusé d'avoir pêché avec un filet plus long que celui qu'autorisait son permis de pêche de subsistance, en contravention de la *Loi sur les pêches*. M. Sparrow n'a pas contesté ces faits, mais il a soutenu en défense qu'il exerçait alors un droit ancestral lui permettant de pêcher.

60 Afin de mettre fin à un droit ancestral avant 1982, la Couronne doit démontrer une intention claire et expresse. La couronne, dans cette affaire, ne s'est pas acquittée de son fardeau, la loi sur les pêches de cette province ne révélant pas l'intention requise pour éteindre le droit. Elle a tout au plus démontré une intention de gérer les pêches.

61 Par exemple, dans *Casimel v. Insurance Corp. of British Columbia*, [1994] 2 C.N.L.R. 22, 1993 CanLII 1258 (BC C.A.), on a reconnu comme étant un droit ancestral des coutumes liées à l'adoption d'enfants.

62 *R. c. Van der Peet*, préc., note 30, par. 55 et suivants. Notons que la Cour suprême utilise de plus en plus la notion de « mode de vie » : *R. c. Sappier*; *R. c. Gray*, 2006 CSC 54, [2006] 2 RCS 686.

63 *Id.*, notamment le par. 44.

64 *Id.*, par. 60 et suivants.

Toujours dans la catégorie des droits ancestraux, on compte en matière territoriale le titre aborigène. Ce dernier comprend, en plus d'une composante économique inéluctable, le droit d'utiliser et d'occuper de façon exclusive les terres et permet d'en déterminer les utilisations. L'occupation doit remonter à un moment antérieur à l'affirmation de souveraineté britannique sur le territoire et avoir été faite de manière continue⁶⁵. Enfin, il y a le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale⁶⁶, qui serait, à sa plus simple expression, un titre aborigène bonifié. Bref, les droits ancestraux peuvent varier d'un simple droit à pratiquer une activité, par exemple la pêche, jusqu'à l'utilisation et l'occupation de façon exclusive des terres, tel le titre aborigène⁶⁷ ou le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale. Dans tous les cas, c'est la communauté qui détient le droit⁶⁸ et qui détermine les moyens et la manière de l'exercer⁶⁹.

Outre la notion de droits ancestraux, l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* fait également référence à celle de traité. Au sens général du terme, un traité est « un accord conclu entre deux États souverains et qui produit des effets juridiques »⁷⁰. Or, en matière autochtone, un traité constitue « un accord de volontés entre l'État et un peuple autochtone en vue de créer des obligations juridiques »⁷¹. Il exclut « les ententes entre l'État et un individu autochtone ainsi que les ententes entre un peuple autochtone et une entité qui n'est ni l'État, ni un mandataire de l'État, comme une entreprise privée »⁷². Le pouvoir de conclure des traités (du moins, ceux protégés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*) découle d'une part de la compétence du Parlement fédéral prévue à l'article 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁷³ et d'autre part, appartient aux seuls peuples autochtones puisqu'il résulte de leur droit inhérent à l'autonomie gouvernementale⁷⁴.

65 *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, préc., note 15, par. 143 et suivants.

66 Nous reviendrons de manière plus approfondie sur le droit à l'autonomie gouvernementale lorsque nous traiterons de l'application de la *Charte canadienne* aux gouvernements autochtones, *infra*, p. 56 et suivantes.

67 *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, préc., note 15. Voir de façon particulière les par. 111, 113, 138 et 166.

68 La détermination de la collectivité titulaire de droits ancestraux peut parfois causer problème : S. GRAMMOND, préc., note 1, p. 191.

69 *Id.*, p. 194-195; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, préc., note 15, par. 155.

70 S. GRAMMOND, préc., note 1, p. 245.

71 *Id.*, p. 250.

72 *Id.*

73 *Daniels c. Canada*, préc., note 52, par. 585; P. HOGG, préc., note 5, p. 28-35. Bien qu'étant d'accord avec cette affirmation, le professeur Grammond évoque la possibilité de qualifier de traité une entente conclue avec une province : S. GRAMMOND, préc., note 1, p. 258-259.

74 Ghislain OTIS, « La gouvernance autochtone avec ou sans la Charte Canadienne? », (2004-2005) 36 *R.D. Ottawa* 207, p. 226.

Les traités conclus entre un peuple autochtone et la Couronne ne sauraient se comparer à d'autres ententes entre l'État et des particuliers et ne sont ni créés, ni éteints selon les règles du droit international⁷⁵. De plus, un traité ne saurait être qualifié de contrat au sens du droit des obligations et n'est donc pas soumis à ses règles ou à son formalisme⁷⁶. Il s'agit d'un acte juridique au caractère unique, qualifié de *sui generis*⁷⁷ :

Bien qu'elles ne relèvent pas de l'ordre juridique international, ces ententes sont, selon les termes de la Cour suprême, « sacrées » en ce qu'elles représentent « la parole de l'homme blanc », engagent l'honneur de Sa Majesté et constituent une source formelle de droits et d'obligations exécutoires⁷⁸. [Références omises]

Ce qui caractérise un traité de tout autre type d'entente, c'est d'abord l'intention formelle de créer des obligations qui soient mutuellement exécutoires, l'habilitation pour les signataires de lier leurs commettants⁷⁹ et un certain élément de solennité⁸⁰.

Depuis 1982, les traités, au même titre que les droits ancestraux, sont protégés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁸¹ en étant reconnus et confirmés. Ils peuvent, suivant leur contenu, avoir prépondérance sur des lois fédérales et provinciales. Par ailleurs, tout comme c'est le cas pour les droits ancestraux, l'un des objectifs des traités est de concilier la souveraineté autochtone préexistante et la souveraineté de la Couronne tout en définissant les droits ancestraux au sens de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁸².

Par contre, ce ne sont pas toutes les ententes entre la Couronne et des peuples autochtones qui peuvent être qualifiées de traité aux termes de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il demeure que ces ententes constituent néanmoins des accords de nation à nation auxquelles il faut accorder une grande importance, d'autant plus qu'elles ne changent rien à la nature

75 *R. c. Sioui*, [1990] 1 RCS 1025, p. 1038 et 1043.

76 P. HOGG, préc., note 5, p. 28-35; David W. ELLIOT, *Law and aboriginal peoples in Canada*, 5e édition, Concord, Captus Press, 2005, p. 51. Cette affirmation est nuancée par S. GRAMMOND, préc., note 1, p. 267.

77 *R. c. Sioui*, préc., note 75, p. 1043.

78 G. OTIS, préc., note 56, p. 191.

79 C'est l'une des raisons pour laquelle les traités, un peu à la manière des traités en droit international, doivent être suivis d'une loi de mise en œuvre par les gouvernements concernés. C'est lorsque les traités sont ratifiés qu'ils acquièrent, le cas échéant, leur statut constitutionnel : P. HOGG, préc., note 5, p. 28-35.

80 *R. c. Sioui*, préc., note 75, p. 1044; P. HOGG, préc., note 5, p. 28-36; D. W. ELLIOT, préc., note 76, p. 51.

81 Dans la plupart des cas, le gouvernement fédéral demande une clause d'extinction de tout droit ancestral sur le territoire visé afin de conclure un traité: S. GRAMMOND, préc., note 1, p.256.

82 *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511, par. 20; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, par. 41; G. OTIS, préc., note 56, p. 191.

inhérente de la nation autochtone partie au « contrat » :

Certaines ententes contiennent des déclarations comme quoi elles constituent ou ne constituent pas un traité visé par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Puisque la volonté des parties demeure l'élément fondamental qui conditionne la formation des traités, il faut sans doute donner effet à de telles déclarations⁸³.

Malgré tout, dès qu'une entente constitue un accord sur des revendications territoriales, elle acquiert automatiquement la protection constitutionnelle en raison du paragraphe 3 de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* : « Il est entendu que sont compris parmi les droits issus de traités, dont il est fait mention au paragraphe (1), les droits existants issus d'accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis »⁸⁴.

Malgré le libellé de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, il a été déterminé que cette disposition n'accorde pas une immunité totale et complète, mais qu'elle impose la justification de lois ou de règlements qui portent atteinte aux droits des Autochtones : « L'article 35 exige un règlement équitable en faveur des peuples autochtones. Il écarte les anciennes règles du jeu en vertu desquelles Sa Majesté établissait des cours de justice auxquelles elle refusait le pouvoir de mettre en doute ses revendications souveraines »⁸⁵.

La Cour suprême a donc édifié une procédure de justification⁸⁶ d'atteinte aux droits ancestraux qui exige d'abord de déterminer s'il y a eu violation d'un droit. Cette procédure peut bénéficier autant aux couronnes fédérale que provinciales⁸⁷. Afin de déterminer s'il y a effectivement eu atteinte, la Cour propose une démarche en trois questions. Elles cherchent respectivement à savoir si l'activité ou mesure gouvernementale comporte une restriction déraisonnable, si elle est indûment rigoureuse ou si elle refuse ou non aux Autochtones le recours à leur moyen préféré d'exercer leur droit.

Ensuite, il faut vérifier si l'atteinte se justifie par l'entremise d'un test en deux étapes, qui est par ailleurs très semblable à celui de l'article premier de la *Charte canadienne*. Ce test exige en premier lieu un objectif législatif régulier. Puis, le deuxième volet du critère de justification

83 S. GRAMMOND, préc., note 1, p. 251. Voir aussi, au même effet, G. OTIS, préc., note 56, p. 200.

84 *Loi constitutionnelle de 1982*, par 35(3). La *Convention de la Baie-James et du Nord québécois* est un bon exemple de traité visé par cette disposition.

85 *R. c. Sparrow*, préc., note 59, p. 1106.

86 Le paragraphe 11 de l'arrêt *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, 2001 CSC 33, résume bien l'essence de la procédure de justification en vertu de l'article 35.

87 *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, préc., note 15. En ce sens, nous sommes d'avis que si une province peut bénéficier de la procédure de justification, elle doit également supporter l'obligation d'agir honorablement dans ses relations avec les Autochtones.

nécessite un examen « des rapports spéciaux de fiduciaire et la responsabilité du gouvernement envers les Autochtones »⁸⁸. La justification est, toujours selon la Cour, conforme au principe d'agir honorablement⁸⁹.

Or, la défense de justification est de pure création jurisprudentielle. Elle est motivée par des raisons d'intérêt public, d'effectivité du droit et par la nécessité d'établir un équilibre entre des intérêts sociétaux opposés et les droits ancestraux et issus de traités des Autochtones, c'est-à-dire l'acceptabilité sociale de la reconnaissance de leurs droits⁹⁰.

88 *R. c. Sparrow*, préc., note 59, p. 1114.

89 C'est effectivement ce que la Cour suprême répète décision après décision. Ce passage de l'arrêt *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456, par. 49, s'appuyant sur l'arrêt *R. c. Badger*, préc., note 82, vient l'affirmer : « L'honneur de la Couronne est toujours en jeu lorsqu'elle transige avec les Indiens. Les traités et les dispositions législatives qui ont une incidence sur les droits ancestraux ou issus de traités doivent être interprétés de manière à préserver l'intégrité de la Couronne. Il faut toujours présumer que cette dernière entend respecter ses promesses. Aucune apparence de « manœuvres malhonnêtes » ne doit être tolérée. » Cet honneur de la couronne provient d'aussi loin que de la *Proclamation Royale de 1763* mais découle aussi de la responsabilité permanente de fiduciaire aux termes du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. L'affirmation de souveraineté a fait naître l'obligation de traiter les peuples autochtones de façon équitable et honorable, et de les protéger contre l'exploitation. Cette obligation est qualifiée d'« obligation de fiduciaire » dans *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335. Voir aussi John J. BORROWS et Leonard I. ROTMAN, *Aboriginal Legal Issues - Cases, Materials & Commentary*, 3e édition, Markham, LexisNexis Canada, 2007, p. 439 et suivantes.

90 Dans *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, la Cour suprême a eu à faire face au problème d'une exclusivité potentielle, lorsqu'un droit ancestral n'ayant pas de limite intrinsèque aurait pu empêcher quiconque ne jouissant pas de ce droit de participer à la récolte de la roque de hareng sur varech. S'appuyant sur les principes établis dans l'arrêt *Sparrow*, la Cour s'interroge au par. 63 sur les moyens que l'État peut prendre afin de cerner le droit ancestral en question :

De même, en vertu de la doctrine relative à l'ordre de priorité énoncée dans *Sparrow* lorsque le droit ancestral auquel la priorité doit être donnée n'est pas assorti de limite intrinsèque, les tribunaux doivent évaluer les actions de l'État non pas pour voir si celui-ci a conféré ce droit en exclusivité (le moyen le moins draconien), mais plutôt pour déterminer si l'État a tenu compte de l'existence et de l'importance du droit en question.

La Cour poursuit au par. 67 en affirmant que même si des droits ancestraux fondés sur la common law sont constitutionnalisés et qu'ils ont un effet sur des droits qu'a déjà le public en vertu de la common law, il est concevable d'affirmer que la reconnaissance de droits ancestraux n'a pas pour effet d'éteindre le droit d'accès du public à la ressource. Ainsi, la Cour donne plusieurs indices portant à croire que la décision en est aussi une d'équité. En se référant à la procédure de justification de l'arrêt *Sparrow*, le tribunal décrète que la conservation de la ressource est un objectif impérieux et réel qui justifie la violation par l'État de droits ancestraux. Elle poursuit en affirmant au par. 75 :

Je dirais qu'en ce qui concerne la répartition de ressources halieutiques données, une fois que les objectifs de conservation ont été respectés, des objectifs tels que la poursuite de l'équité sur les plans économique et régional ainsi que la reconnaissance du fait que, *historiquement, des groupes non autochtones comptent sur ces ressources et participent à leur exploitation, sont le genre d'objectifs susceptibles (du moins dans les circonstances appropriées) de satisfaire à cette norme. Dans les circonstances appropriées de tels objectifs sont dans l'intérêt de tous les Canadiens et, facteur plus important encore, la conciliation de l'existence des sociétés autochtones avec le reste de la société canadienne pourrait bien dépendre de leur réalisation.* [Nos italiques]

En certaines circonstances, la protection des droits ancestraux des Autochtones peut donc passer par la réglementation et la circonspection, par exemple pour des raisons de conservation et de préservation de la ressource ou tout simplement pour préserver la nature du titre aborigène, ce qui constitue des limites intrinsèques aux titres, tel que l'affirme la Cour suprême dans le résumé de l'arrêt *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, préc., note 15 : « Les terres détenues en vertu d'un titre aborigène sont

Du reste, l'obligation de consultation et d'accommodement, décrite dans l'arrêt *Nation haïda*⁹¹, est une autre technique de pondération de l'intérêt collectif face aux revendications et droits autochtones. En effet, « la Couronne doit établir un équilibre raisonnable entre les préoccupations des Autochtones, d'une part, et l'incidence potentielle de la décision sur le droit ou titre revendiqué et les autres intérêts sociétaux, d'autre part »⁹².

Or, au même titre que les droits ancestraux des peuples autochtones peuvent être pondérés et conciliés avec d'autres intérêts, les droits et libertés fondamentaux protégés au premier chef par la *Charte canadienne*, de même que par les instruments quasi constitutionnels, se voient aussi tempérés par divers mécanismes propres au droit constitutionnel canadien et à la mécanique interne de ces instruments. Ainsi, l'application de ces instruments doit être conforme au fédéralisme canadien et ne doit pas porter atteinte aux droits des Autochtones qui sont constitutionnellement protégés.

inaliénables parce qu'elles ont en elles-mêmes une valeur intrinsèque et unique dont jouit la collectivité qui possède le titre aborigène sur celles-ci. *La collectivité ne peut pas faire de ces terres des utilisations qui détruiraient cette valeur.* » [Nos italiques].

91 *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, préc., note 82.

92 *Id.*, par. 50. Voir aussi G. OTIS, préc., note 56, p. 227.

Partie I. La *Charte canadienne des droits et libertés* et son application aux Autochtones

Bien que la *Loi constitutionnelle de 1982* ait reconnu et confirmé les droits ancestraux ou issus de traités des peuples autochtones dans la Constitution canadienne, l'élément marquant de cette loi dans le paysage constitutionnel canadien, aux yeux du public, fut plutôt l'enchâssement de droits et libertés dans la Constitution.

Dans cette première partie du mémoire, nous chercherons à savoir, au chapitre I, si la *Charte canadienne des droits et libertés* est applicable aux autorités publiques dirigées par les communautés autochtones et aux règles de droit autochtones. Après avoir déterminé le champ d'application de la *Charte canadienne*, nous tenterons de répondre à cette question « complexe »⁹³ : est-ce que la *Charte canadienne* s'applique aux administrations et gouvernements autochtones? Dans un deuxième temps, nous nous questionnerons sur les règles de droit qui émanent des gouvernements ou du droit des premières nations. Pourraient-elles être qualifiées de règles de droit pour ainsi devenir susceptibles d'être déclarées inopérantes par l'entremise de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Au deuxième chapitre, il sera alors temps de se demander si certains droits spécifiques autochtones pourraient contrecarrer ou, à tout le moins, moduler l'application de la *Charte canadienne*, dans les cas où cet instrument constitutionnel s'appliquerait au terme de son article 32.

93 C'est sans hésitation que le professeur Christian Brunelle qualifie la question de l'application de la *Charte canadienne* aux gouvernements autochtones de complexe : Christian BRUNELLE, « Les droits et libertés fondamentaux », dans *Collection de droit 2012-2013*, École du Barreau du Québec, vol. 7, Droit public et administratif, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 37.

Chapitre I. Les acteurs et les règles de droit visés par la *Charte canadienne* en matière autochtone

La *Charte canadienne* contient une disposition qui détermine son champ d'application, soit l'article 32, tandis que l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit une obligation de conformité à la *Charte* pour les « règles de droit » de rang infraconstitutionnel. Ce chapitre tentera de dégager les grands principes et interprétations qui ont été dégagés de ces dispositions tout en s'interrogeant sur leurs effets quant à l'application de la *Charte canadienne* en matière autochtone. Il y a d'abord lieu de s'interroger sur le domaine d'application de la *Charte canadienne*, tel que défini par son article 32, pour ensuite examiner de manière plus précise le cas des gouvernements autochtones.

Section 1. Le domaine d'application de l'article 32 de la *Charte canadienne*

La *Charte canadienne* faisant partie de la Constitution du pays, elle s'applique autant aux matières provinciales que fédérales et elle vise autant le Parlement et le gouvernement fédéral que les législatures et gouvernements provinciaux et territoriaux. Le partage des compétences entre le fédéral et les provinces est sans incidence sur l'application de la *Charte canadienne*⁹⁴.

La Constitution est une loi fondamentale⁹⁵ régissant le fonctionnement de l'État. Pour cette raison et par le caractère exhaustif de l'article 32, la *Charte canadienne* ne s'applique pas entre personnes privées⁹⁶. En effet, l'article 32 de la *Charte canadienne des droits et libertés* établit le domaine d'application de cette Charte et prévoit que :

32. (1) La présente charte s'applique :
- a) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest;
 - b) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature⁹⁷.

94 H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 50, p. 924.

95 *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, par. 26; *Mckinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 RCS 229, p. 262 :

Historiquement, les déclarations des droits, dont celle des États-Unis constitue l'exemple constitutionnel par excellence, visaient le gouvernement. C'est le gouvernement qui peut adopter et appliquer des règles et qui peut porter atteinte péremptoirement à la liberté individuelle. Seul le gouvernement a besoin de se voir imposer des contraintes dans la Constitution afin de préserver les droits des particuliers. Il est vrai que les atteintes aux droits des particuliers peuvent provenir d'autres sources. Cela est particulièrement vrai dans un monde où la vie économique est largement dominée par le secteur privé dont les institutions puissantes ne sont pas directement touchées par les forces démocratiques. Mais le gouvernement peut soit les réglementer soit créer des organismes distincts afin de protéger les droits de la personne et promouvoir la dignité humaine.

96 *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, préc., note 95, par. 33 et suivants; P. HOGG, préc., note 5, p. 37-29.

97 *Charte canadienne*, art. 32.

Or, si l'application de la *Charte canadienne* dépend, de manière générale, du rapport public-privé, soit celui qui distingue l'État des personnes privées, il faut se questionner à savoir si elle peut avoir pour effet de s'appliquer aux administrations autochtones. Parce que les cas où des citoyens Autochtones choisissent de se prémunir de la *Charte canadienne* à l'encontre des administrations fédérales ou provinciales ne causent pas de problème d'application⁹⁸, il est important de déterminer si le terme « gouvernement » à l'article 32 peut dans un sens organique ou fonctionnel englober les autorités administratives représentant à l'échelle locale, les nations autochtones.

Afin de trancher ce débat, il faut d'abord s'interroger sur ce qui constitue un gouvernement aux fins de la *Charte canadienne* en s'appuyant sur la jurisprudence élaborée dans des arrêts de principe qui ne relèvent pas des affaires autochtones. Nous nous familiariserons donc avec le domaine d'application de l'article 32 par un tour d'horizon général des orientations de l'interprétation de cette disposition constitutionnelle. Elles seront tout à fait pertinentes dans la recherche de l'interprétation à donner à l'article 32 en matière autochtone et nous serviront de guide.

1.1. Les définitions organiques et fonctionnelles de l'administration gouvernementale

La *Charte canadienne*, par l'entremise de son article 32, prévoit qu'elle ne s'applique pas directement aux relations entre personnes privées, autochtones ou non⁹⁹. Elle s'applique plutôt à l'État, qu'il soit fédéral ou provincial de même qu'aux institutions territoriales. Or, que signifient les termes « Parlement et au gouvernement du Canada » et « législature et au gouvernement de chaque province » dans la terminologie de l'article 32 de la *Charte canadienne*? Dans l'arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd*¹⁰⁰, la Cour suprême a considéré qu'il s'agissait en fait des branches législatives et exécutives des gouvernements :

98 Dans B. W. MORSE, préc., note 35, l'auteur fait la revue des nombreux cas où des autochtones ont été partie à un litige impliquant la *Charte canadienne*. Voir également Kent McNEIL, « Aboriginal Governments and the Canadian Charter of rights and freedoms », (1996) 34 *Osgoode Hall Journal* 61, p. 62, note 3; Kerry WILKINS, « . . . But We Need the Eggs : The Royal Commission, the Charter of Rights and the Inherent Right of Aboriginal Self-government » (1999) 49 *U.T.L.J.* 53, p. 58.

99 Patrick MACKLEM, *Indigenous Difference and the Constitution of Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2001, p. 197. Par contre, dans les rapports entre personnes privées, il demeure que les lois qui s'appliquent entre elles restent soumises à la *Charte canadienne* et ne devraient pas permettre à des personnes privées de violer des libertés fondamentales : *Québec (Procureur général) c. A*, 2013 CSC 5; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 1016, 2001 CSC 94; H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 50, p. 936.

100 *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, préc., note 95.

[L]e terme "gouvernement" utilisé à l'art. 32 désigne non pas le gouvernement au sens général — c'est-à-dire au sens de l'ensemble de l'appareil gouvernemental de l'état — mais plutôt une branche de gouvernement. Le terme "gouvernement", qui suit les termes "Parlement" et "législature", doit alors, semble-t-il, désigner la branche exécutive ou administrative du gouvernement. C'est en ce sens qu'on parle en général du gouvernement du Canada ou d'une province. Je suis d'avis que le mot "gouvernement" utilisé à l'art. 32 de la Charte désigne le pouvoir exécutif à l'échelon fédéral et à l'échelon provincial¹⁰¹.

Il est essentiel de retenir que le gouvernement, que ce soit ses branches législatives ou exécutives, est toujours soumis à l'application de la *Charte canadienne*, quelles que soient ses activités. C'est dans cette optique que des organismes paragouvernementaux ou privés peuvent être également sujets à l'application de la *Charte canadienne* par le biais de l'article 32 de trois manières différentes. La *Charte* peut d'abord s'appliquer à toutes les activités de l'organisme en raison d'un contrôle direct et régulier du gouvernement qui le prive d'une autonomie suffisante. Ceci a pour effet de faire des activités de cet organisme le prolongement de l'administration gouvernementale. Elle peut aussi s'appliquer « à la pièce » si la nature d'une activité est gouvernementale ou si elle met en œuvre une politique gouvernementale, qu'importe le degré de contrôle du gouvernement. Enfin, elle s'appliquera également lorsqu'une personne, publique ou privée, tire ses pouvoirs directement de la loi.

Ainsi, la *Charte canadienne* s'applique par le fait d'une loi (branche législative) ou par l'entremise d'organismes relevant des branches administratives ou exécutives du gouvernement et se fondant sur une loi, peu importe que le litige soit privé ou public¹⁰². En d'autres mots, la *Charte canadienne* vise l'action étatique et constitue au sens de la Cour suprême, « un instrument de contrôle des pouvoirs du gouvernement sur le particulier »¹⁰³. En ce sens, la *Charte* peut encadrer les relations contractuelles que le gouvernement peut entretenir avec des personnes privées¹⁰⁴. Parce que la Couronne ne peut pas faire indirectement ce qu'elle ne peut pas faire directement, elle ne peut pas se soustraire de l'application de la *Charte canadienne* par des stipulations contractuelles¹⁰⁵.

101 *Id.*, par. 33. Voir aussi la synthèse de la question rédigée par le juge La Forest, aux par. 47 et suivants de l'arrêt *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844.

102 *Id.* Ainsi, tous les contrats conclus par le gouvernement, que ce soit des conventions collectives, de prestations de services ou sous d'autres formes, sous soumis à la *Charte canadienne*.

103 *Mckinney c. Université de guelph*, préc., note 95, p. 261.

104 *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211, p. 314.

105 *Douglas/kwantlen faculty assn. c. Douglas college*, [1990] 3 R.C.S. 570, notamment les p. 572, 585 et 614.

Toutefois, ce n'est pas parce qu'un organisme est une créature de la loi ou bien qu'il est régi ou réglementé par une loi qu'il sera nécessairement soumis aux dispositions de la *Charte*¹⁰⁶. Selon la Cour suprême, cela équivaudrait à faire fi de l'objet de la *Charte* qui est de « restreindre l'application de la *Charte* aux actions législatives et gouvernementales »¹⁰⁷. En fait, c'est le critère fonctionnel entourant la notion de contrôle de la part du gouvernement qui doit surtout guider l'application de la *Charte canadienne*¹⁰⁸. En d'autres mots, que « le Gouvernement exerce sur cet organisme un contrôle direct et régulier qui prive ce dernier d'une autonomie réelle »¹⁰⁹.

En vertu de cette approche fonctionnelle, la *Charte canadienne* sera pleinement applicable si une entité est mandataire du gouvernement ou si ses membres sont principalement nommés par le gouvernement et, de façon générale, que sa gestion quotidienne est tributaire du gouvernement. Une entité peut aussi être sous contrôle gouvernemental lorsqu'elle met en œuvre une politique gouvernementale¹¹⁰ dont le gouvernement conserve la responsabilité¹¹¹ ou bien exerce une fonction gouvernementale « en contraignant de façon unilatérale, les comportements humains »¹¹². Dans ces circonstances, l'organisme est assimilé au gouvernement et ses activités sont visées par la *Charte canadienne*, que les activités soient de nature privée ou non¹¹³. Il en est ainsi parce que les gouvernements « ne devraient pas être autorisés à échapper à leurs obligations constitutionnelles en déléguant la mise en œuvre de leurs politiques et programmes à des entités privées »¹¹⁴.

À l'opposé, si un organisme constitué par la loi conserve une autonomie appréciable et

106 *Mckinney c. Université de Guelph*, préc., note 95, p. 232 et 266.

107 *Id.*, p. 266.

108 P. HOGG, préc., note 5, p. 37-19.

109 H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 50, p. 931; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, par. 36 : « Quand il est allégué qu'un acte d'un de ces organismes, et non la loi qui le régit, viole la Charte, il doit alors être démontré que, dans l'accomplissement de cet acte, l'entité en question fait partie du «gouvernement» au sens de l'art. 32 de la Charte. »

110 *Douglas/kwantlen faculty assn. c. Douglas college*, préc., note 105, p. 584. En effet, les gouvernements « ne devraient pas être autorisés à échapper à leurs obligations constitutionnelles en déléguant la mise en œuvre de leurs politiques et programmes à des entités privées. » Dans *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, préc., note 109, par. 42.

111 INSTITUT CANADIEN D'INFORMATION JURIDIQUE, *Décisions relatives à la charte*, dans Recueil de décisions relatives à la Charte canadienne des droits et libertés, en ligne: <http://www.canlii.org/fr/ca/commentaires_charte/index.html> (à jour au 17 juin 2012), art. 32(1).

112 H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 50, p. 932.

113 *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, préc., note 109, par. 44.

114 INSTITUT CANADIEN D'INFORMATION JURIDIQUE, préc., note 111, art. 32(1).

significative en regard de ses activités habituelles, il ne sera pas soumis à la *Charte canadienne*¹¹⁵. Il ne suffit donc pas qu'un organisme occupe une fonction publique pour être assimilé au gouvernement¹¹⁶. Encore faut-il que ses activités soient sous le contrôle du gouvernement ou qu'elles visent à mettre en œuvre une politique gouvernementale¹¹⁷.

Par exemple, bien qu'un hôpital ou qu'une université soit constitué par une loi, ceux-ci conservent néanmoins une autonomie manifeste par rapport à l'action gouvernementale¹¹⁸. La gestion des contrats de travail, la relation avec les syndicats et les conventions collectives, pour ne nommer que ces facettes, sont hors du contrôle de l'action gouvernementale. Ainsi, la *Charte canadienne* ne s'appliquerait pas à de tels organismes dans ces situations, sauf si l'on fait la preuve que la décision ou l'action visée est le fruit d'une politique gouvernementale¹¹⁹.

Même si un organisme n'est pas *a priori* soumis à la *Charte canadienne* en vertu du critère de contrôle et d'autonomie, il se peut que certaines de ses décisions le soient néanmoins, « à l'égard de certains actes de nature intrinsèquement gouvernementale »¹²⁰. Il s'agit d'une application dite à l'acte, à la pièce. À ce stade, il ne s'agit plus d'identifier la nature gouvernementale de l'entité, mais de déterminer « la nature de l'activité elle-même »¹²¹. S'il est avéré que cet acte ou activité est de nature gouvernementale, la *Charte canadienne* sera

115 Tel qu'enseigné par la Cour suprême dans *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, préc., note 109, par. 35 :

Les personnes morales de droit privé sont entièrement des créatures de la loi; elles n'ont pas d'autres pouvoirs que ceux découlant de leur loi constitutive. Toutefois, la Charte ne s'applique pas à elles, parce que les législatures ne leur confient pas la mission de mettre en œuvre des politiques gouvernementales déterminées. Évidemment, il est possible que les gouvernements désirent que les personnes morales contribuent à la réalisation de certains objectifs socio-économiques, et qu'ils adaptent les conditions d'existence de celles-ci en fonction de ces objectifs. Mais une fois constituées, les personnes morales sont tout à fait indépendantes de l'État; elle ne sont habilitées à exercer, en matière de contrat et de droit de propriété, que les mêmes pouvoirs que les personnes physiques. *En conséquence, même si les textes de loi créant les personnes morales sont assujettis à la Charte, les personnes morales elles-mêmes ne font pas partie du «gouvernement» pour l'application de l'art. 32 de la Charte.* [Nos italiques]

116 *Stoffman c. Vancouver general hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483, p. 516; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, préc., note 109, par. 43. Dans *Mckinney c. Université de guelph*, préc., note 95, p. 266-267, la Cour suprême précise : « Mais la Charte n'avait pas pour but de s'appliquer aux activités des entités non gouvernementales créées par le gouvernement pour aider légalement les particuliers à poursuivre les activités de leur choix sans engager la responsabilité du gouvernement. »

117 Par ailleurs, le financement ou l'encadrement par le gouvernement ne sont pas des facteurs déterminants dans l'application de la *Charte canadienne* : *Mckinney c. Université de guelph*, préc., note 95, p. 269.

118 Ni un hôpital ou une université ne seront, de par leur nature, assimilés au gouvernement et la *Charte* ne leur seront pas applicable dans leur ensemble. Voir notamment *Stoffman c. Vancouver general hospital*, préc., note 116; *Mckinney c. Université de guelph*, préc., note 95.

119 *Mckinney c. Université de guelph*, préc., note 95, p. 274 et 275.

120 *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, préc., note 109, par. 42.

121 *Id.*, par. 44.

applicable à l'égard de l'acte ou de l'activité seulement¹²². Par exemple, même si la *Charte* n'est généralement pas applicable à un hôpital en tant qu'entité non gouvernementale, il demeure que s'il met en œuvre une politique gouvernementale, telle que l'accès à divers services médicaux, la *Charte canadienne* s'appliquera¹²³.

Toutefois, cette notion de contrôle de la part du gouvernement, de la nature de l'entité ou de l'activité visée perd son importance et la *Charte* s'appliquera si sa violation, quel qu'en soit l'auteur, est le fruit d'un pouvoir conféré par la loi¹²⁴. Il serait absurde d'interpréter une disposition législative soumise à la *Charte* comme conférant un pouvoir discrétionnaire permettant de la violer¹²⁵. Dans ces circonstances, « [I] 'autonomie ou l'indépendance vis-à-vis du gouvernement ne permet pas de conclure à l'inapplication de la Charte »¹²⁶.

1.2. Le cas particulier des municipalités comme point de comparaison à certaines communautés autochtones

Avant d'analyser les institutions autochtones en regard des principes précédemment dégagés, il nous semble opportun de s'attarder et d'analyser le cas des municipalités¹²⁷ puisqu'elles peuvent à première vue être similaires aux conseils et bandes autochtones au sens de la *Loi sur les Indiens*. Le tout permettra certainement de mieux comprendre ce qui nous attend en matière autochtone et facilitera la poursuite de l'analyse.

En lien avec les principes dégagés ci-haut, l'arrêt *Godbout c. Longueuil (Ville)*¹²⁸, permet de

122 *Id.*, par. 44.

123 *Id.*, par. 51 et 52.

124 « The Charter applies to the exercise of statutory authority regardless of whether the actor is part of the government or is controlled by the government. » Dans P. HOGG, préc., note 5, p. 37-25. Voir aussi p. 37-20; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307, par. 35 et suivants. Dans cet arrêt, il a été jugé qu'une Commission des droits de la personne, même si elle était indépendante par rapport au gouvernement, demeurerait subordonnée à l'application de la *Charte canadienne*. De même, une personne telle qu'un arbitre de grief, créée et nommée en vertu d'une loi, tirant tous ses pouvoirs de la loi est nécessairement soumise à la *Charte canadienne* : *Slaight communications inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, p. 1077-1078. Un organisme qui n'est pas habituellement soumis à la *Charte* qui, en vertu d'un pouvoir discrétionnaire conféré par la loi, viole cette dernière, y sera assujéti : *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, préc., note 109, par. 20 et suivants, par. 35.

125 *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256, par. 22 et suivants.

126 *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, préc., note 124, par. 34.

127 À ce sujet, le professeur Louis-Philippe Lampron, dresse un résumé efficace de la situation des municipalités par rapport à la *Charte canadienne* : Louis-Philippe LAMPRON, « La Charte des droits et libertés : son application aux actes municipaux », (2002) 33 *Municipalité* 31.

128 *Godbout c. Longueuil (Ville)*, préc., note 101.

mieux cerner l'application de la *Charte canadienne* aux municipalités. Dans cette affaire, l'intimée a contesté son congédiement motivé par le fait qu'elle ne résidait pas dans la ville de Longueuil, ce qui contrevenait à une disposition de son contrat de travail. Parmi les questions en litige, se posaient celles de savoir si cette disposition contractuelle portait atteinte au droit à la liberté de l'article 7 de la *Charte canadienne*, mais aussi – et c'est ce qui nous intéresse davantage – si la *Charte canadienne* pouvait être invoquée à l'encontre d'une municipalité dans un litige de la sorte.

Afin d'échapper à l'application de la *Charte canadienne*, l'appelante a tenté de faire valoir, sans succès, que les contrats et conditions de travail sont des actes privés qui échapperaient au champ d'application de la *Charte canadienne*, contrairement aux actes publics tels que l'adoption de règlements.

Rappelant les principes énoncés ci-haut, la Cour suprême a conclu que les municipalités, dans leur ensemble, sont soumises à l'application de la *Charte canadienne*¹²⁹. Selon la Cour, il allait de soi au sens de l'article 32 que des entités autres que les législatures et gouvernements provinciaux et fédéraux soient assujetties à la *Charte*. Il doit en être ainsi dans la mesure où « [...] les entités faisant l'objet d'un contrôle gouvernemental ou exécutant des fonctions véritablement gouvernementales ressortissent elles-mêmes aux «domaines relevant» de l'assemblée législative qui les a créées »¹³⁰. Vu ainsi, l'assujettissement des municipalités à la *Charte canadienne* en tant qu'entité gouvernementale est la conclusion logique qui s'impose¹³¹. Par conséquent, toutes ses activités y sont donc soumises¹³², que ce soit la prise de règlements municipaux, l'embauche de personnel ou l'attribution de contrats, entre autres choses.

Parmi les facteurs invoqués par la Cour qui permettent d'en arriver à cette conclusion, il y a d'abord la façon démocratique dont les élus tirent leurs pouvoirs et leur manière de rendre compte qui s'apparente à celle d'un gouvernement. Ensuite, le pouvoir général de taxation et celui de réglementation sont d'autres facteurs qui aident la Cour à conclure à l'application de la *Charte canadienne* aux municipalités.

129 *Id.*, par. 50.

130 *Id.*, par. 48.

131 *Id.*, par. 50.

132 *Id.*, par. 56.

Cependant, sans renier l'importance de ces derniers facteurs, le fait que les municipalités tirent directement leurs pouvoirs des provinces en étant en quelque sorte leurs « créatures » demeure au sens de la Cour, le facteur le plus déterminant dans la justification de l'application de la *Charte canadienne* aux municipalités. Sur ce point, le plus haut tribunal écrit :

Enfin, et de façon plus importante, les municipalités sont des créatures des provinces dont elles tirent leur pouvoir de légiférer; c'est-à-dire qu'elles exercent des pouvoirs et des fonctions confiés par les législatures provinciales dont ces dernières devraient autrement se charger. Comme la *Charte canadienne* s'applique incontestablement aux législatures et aux gouvernements provinciaux, elle ne peut que s'appliquer aussi, selon moi, aux entités qu'ils investissent de pouvoirs gouvernementaux relevant de leur compétence, sinon les provinces pourraient (de la manière décrite précédemment) éviter tout simplement l'application de la Charte en attribuant certains pouvoirs aux municipalités.

[...]

Le juge Linden a ajouté plus loin, à la p. 663 :

[traduction] Bien que les municipalités constituent, pour certaines fins, un niveau de gouvernement distinct, elles ne jouissent d'aucun statut constitutionnel; elles sont simplement des «créatures des législatures» qui n'ont aucune existence indépendante de la législature ou du gouvernement d'une province. Ainsi, comme les législatures et les gouvernements provinciaux, elles sont assujetties à la Charte, et leurs règlements et autres actes doivent être considérés, pour l'application du par. 32(1), comme des actes du gouvernement provincial qui les a créées.

[...]

Les municipalités, quant à elles, disposent du pouvoir discrétionnaire beaucoup plus large, d'établir et de mettre en application des règles ayant force de loi dans un territoire déterminé. [...] [L]eur pouvoir procède en définitive du gouvernement *per se* et, par conséquent, l'entité en cause sera assujettie à l'application de la Charte comme le gouvernement lui-même le serait, s'il exécutait les fonctions conférées¹³³.

Ce raisonnement de la Cour suprême permet de constater l'importance fondamentale du facteur délégation de pouvoirs de la part du gouvernement, qui à son tour octroie de larges pouvoirs discrétionnaires ayant des impacts directs sur la population d'un territoire donné¹³⁴. Dans de telles situations, les tribunaux seront très réfractaires à l'idée que ces organismes puissent violer des droits constitutionnels¹³⁵ sans que des réparations ne soient possibles. Reste maintenant à

133 *Id.*, par. 51 et suivants.

134 Voir aussi *Mckinney c. Université de Guelph*, préc., note 95, p. 270 concernant les municipalités.

135 *Godbout c. Longueuil (Ville)*, préc., note 101, par. 53 :

J'ajouterais une dernière remarque. Cette solution semble en tout point compatible avec le statut juridique traditionnel des municipalités comme organismes gouvernementaux. Avant l'adoption de la *Charte canadienne*, les tribunaux avaient jugé que les pouvoirs conférés aux municipalités par les provinces se limitaient à la prise de règlements «raisonnables», ce qui avait eu comme effet général de prévenir l'empiétement des municipalités sur les droits individuels; voir *Ville de Montréal c. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 R.C.S. 368, *R. c. Sharma*, [1993] 1 R.C.S. 650, et *R. c. Greenbaum*, [1993] 1 R.C.S. 674, où les règlements en cause ont été déclarés *ultra vires* (en totalité ou en partie) parce qu'ils établissaient des distinctions déraisonnables entre diverses catégories de personnes. Voir également *Kruse c. Johnson*, [1898] 2 Q.B. 91 (C. div.), aux pp. 99 et 100, le juge en chef Lord Russell of Killowen, et *City of Halifax c. Read*, [1928] R.C.S. 605, aux pp. 612 et 613, le juge Newcombe. Bien que les règlements en cause dans ces dernières affaires aient été jugés valides, il ressort clairement des passages cités que la thèse du caractère raisonnable sert à protéger les droits individuels. À l'ère de la Charte, il n'est que juste que le «caractère raisonnable» s'apprécie en fonction de ce que prévoit la Charte au sujet des droits individuels. *Toute tentative d'une législature pour rédiger une loi municipale de façon à permettre à une municipalité de porter atteinte*

voir comment, en matière autochtone ces principes s'intègrent.

Section 2. Les gouvernements autochtones : ciblés par l'article 32 de la *Charte canadienne*?

Maintenant que nous avons une bonne vue d'ensemble du champ d'application de l'article 32 de la *Charte canadienne*, il y a lieu de transposer ces principes aux cas des administrations autochtones. À titre de question préliminaire, et comme la *Charte canadienne* ne vise que les autorités publiques, il faut s'interroger sur l'origine de l'autorité autochtone : est-elle publique ou privée?

Cette distinction n'est pas aussi aisée à faire qu'on pourrait le croire à première vue. En effet, le mode de gouvernance occidental ne serait pas aisément et naturellement transposable en matière autochtone. Le professeur Macklem précise que dans la mesure où l'autorité autochtone n'émane pas de l'État canadien (contrairement aux municipalités), elle ne fait pas partie de la sphère publique, même si l'État canadien peut reconnaître son existence. Par contre, il fait valoir que dans la mesure où l'autorité autochtone s'intègre et s'immisce dans des matières aussi fondamentales que la vie politique, sociale et économique d'un peuple, on ne peut la qualifier de privée¹³⁶ :

To the extent that it is recognized by but does not emanate from the Canadian state, Aboriginal power is not of the public realm. But to the extent that it addresses fundamental matters of social, economic, and political life, it is not of the private realm. Indeed, attempting to characterize Aboriginal power as either public or private exemplifies the threat that the Charter poses to the continued vitality of Aboriginal societies¹³⁷.

De l'article 32, deux courants doctrinaux majeurs, avec leurs subtilités et divergences, ont vu le jour. Il y a, d'une part, ceux qui croient en une interprétation restrictive et littérale de l'article 32, en limitant sa portée à ce qui est inscrit dans le texte même de la disposition. D'autre part, il y a ceux qui croient à une interprétation étendue de la disposition, fondée « sur une ample

aux droits garantis par la Charte irait elle-même, il me semble, à l'encontre de l'objet de la Charte. [Nos italiques]

136 P. MACKLEM, préc., note 99, p. 198. Le professeur précise que:

To speak of Aboriginal power as though it were conceptually independent of the power of the Canadian state, however, is to ignore the multiple ways in which Aboriginal and state power reinforce and relate to each other. Judicial developments in the law of Aboriginal title, for example, have dramatic distributive effects on Aboriginal power, despite the fact that Aboriginal title is not contingent on state action but is instead rooted in Aboriginal prior occupancy. [...] The relative bargaining power of parties to treaty negotiations is a function of judicial distribution of proprietary power. Moreover, Aboriginal power intersects with state power on more than the judicial plane; executive and legislative initiatives also profoundly affect the nature and extent of power that an Aboriginal community possesses under Canadian law.

137 P. MACKLEM, préc., note 99, p. 198

vision de son rôle dans l'évolution du constitutionnalisme et de la gouvernance au Canada »¹³⁸.

En matière d'application de la *Charte canadienne* aux institutions gouvernementales autochtones, ces courants de pensée s'appuient sur les articles 25, 32 et 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Les interprétations qui en sont faites divergent et sont généralement influencées par les orientations générales jurisprudentielles et doctrinales de l'article 32 en les appliquant pour le cas particulier des institutions autochtones.

Le courant fondé sur une interprétation restrictive repose sur l'idée selon laquelle la *Charte canadienne*, en raison du libellé même de l'article 32, n'a jamais eu pour objectif de s'appliquer aux institutions gouvernementales autochtones. Si l'intention du constituant était de viser les gouvernements au sens général du terme, il l'aurait fait. Au contraire, il a nommé de façon explicite les acteurs et leurs branches ciblés par l'article 32¹³⁹. Ainsi, la *Charte canadienne* n'est pas de nature à s'appliquer à d'autres formes de gouvernements que ceux spécifiquement mentionnés à l'article 32 de la *Charte canadienne*, à savoir les États fédéral et provincial. Est-ce à dire que les Autochtones seraient dépourvus de protection constitutionnelle de leurs droits fondamentaux à l'égard d'un pouvoir public autochtone?

À l'inverse, d'autres préconisent une application de la *Charte canadienne* aux autorités autochtones en prêtant une interprétation large de l'objet de l'article 32 selon laquelle le constituant a voulu que l'ensemble de l'activité gouvernementale soit visé par la *Charte canadienne*¹⁴⁰.

À titre de position mitoyenne, d'autres croient que l'application de la *Charte canadienne* est plutôt tributaire de l'origine de l'institution gouvernementale autochtone en question, qu'elle soit déléguée, par voie de traité ou inhérente¹⁴¹. Un pouvoir délégué tire son origine de l'État canadien, contrairement aux pouvoirs qui sont issus d'un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale.

Dans la présente section, nous aborderons donc la question des gouvernements autochtones et de leur assujettissement à la *Charte canadienne* par l'entremise de l'article 32. Pour ce faire,

138 G. OTIS, préc., note 74, p. 227.

139 Voir notamment K. McNEIL, préc., note 98, p. 69.

140 S. GRAMMOND, préc., note 1, p. 340.

141 P. MACKLEM, préc., note 99, p. 199.

nous préconiserons une analyse en fonction de chaque type d'administration autochtone, ce qui nous permettra de décortiquer la question sous tous ses angles. Nous serons en mesure de déterminer si l'application de la *Charte* à une autorité autochtone est tributaire de la façon dont cette autorité est constituée, à savoir déléguée, par traité ou inhérente ou bien si l'application répond à d'autres règles telles qu'une interprétation restrictive ou élargie de l'article 32.

Nous entreprendrons l'analyse par la question spécifique de l'application de la *Charte canadienne* aux conseils de bande au sens de la *Loi sur les Indiens*, à ceux jouissant de droits inhérents à l'autonomie gouvernementale de même qu'aux gouvernements issus d'ententes par voie de traité pour enfin terminer avec les gouvernements qui ne seraient d'aucune façon formellement reconnus.

2.1. Les bandes et conseils de bande au sens de la *Loi sur les Indiens*

Les conseils de bande au sens de la *Loi sur les Indiens* sont de loin la forme de gouvernance autochtone la plus commune dans l'ordre juridique canadien. À ce titre, le régime instauré par cette loi¹⁴² fait partie du quotidien d'un grand nombre d'autochtones partout au pays et l'application ou l'inapplication de la *Charte canadienne* à leur égard est susceptible d'avoir de tangibles répercussions sur le plan légal pour bon nombre de communautés.

Afin de déterminer si la *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique aux conseils de bande formés en vertu du régime instauré par la *Loi sur les Indiens*, il y a lieu de s'interroger sur l'origine même de ce régime de gouvernance. Est-il visé par l'article 32 de la *Charte canadienne*? En fait, serait-il le résultat d'une délégation de pouvoirs de la part du législateur fédéral en vertu de l'exercice de sa compétence sur les Indiens et sur les terres réservées pour les Indiens qui lui est conférée par le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*? Quels étaient les objectifs de cette compétence au départ? Permettait-elle d'instaurer un tel régime?

Sur ces questions, deux visions s'affrontent. D'un côté, il y a ceux qui pensent que le régime instauré par la *Loi sur les Indiens* ne serait que l'exercice de la compétence du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. En vertu de ce chef de compétence, le

142 Ou des lois analogues, telles que la *Loi sur le gouvernement du territoire provisoire de Kanesatake*, L.C. 2001, c. 8.

Parlement fédéral aurait l'autorité requise afin de déléguer par l'entremise de la *Loi sur les Indiens*, ses pouvoirs et ses responsabilités à des conseils de bande. Vue ainsi, cette délégation entraînerait automatiquement l'application de la *Charte canadienne*, d'une manière analogue à celle exprimée dans l'arrêt *Godbout c. Longueuil (Ville)*¹⁴³ au sujet des municipalités.

D'un autre côté, d'autres considèrent que la *Loi sur les Indiens* n'a pas créé les bandes indiennes et n'a fait que les reconnaître, et ce, du fait qu'elles ont toujours existé. Par conséquent, les bandes jouiraient d'un droit à l'autonomie gouvernementale directement protégé par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Les pouvoirs des conseils de bande ne seraient pas le fruit d'une délégation, mais seraient plutôt inhérents et la *Loi sur les Indiens* ne ferait que les reconnaître et les aménager.

C'est donc dans cette optique que nous étudierons les grandes lignes du régime instauré par la *Loi sur les Indiens*. Nous chercherons des indices afin de déterminer si les conseils de bande au sens de la *Loi sur les Indiens* sont des gouvernements selon l'article 32 de la *Charte canadienne*.

Pour ce faire, nous examinerons d'abord les arguments permettant d'affirmer que les conseils de bande sont visés par l'article 32 en tant qu'autorité déléguée, laquelle délégation engendrerait une application automatique de la *Charte canadienne* aux conseils de bande, sous réserve bien entendu des droits ancestraux ou issus de traités et d'autres limites intrinsèques de la *Charte*¹⁴⁴. Nous regarderons ensuite les arguments de ceux qui se rangent du côté de l'exercice d'un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale. Nous verrons également que la reconnaissance d'un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale ferait en sorte que le schéma classique de l'application de la *Charte canadienne* entrerait en territoire inconnu.

Du reste, nous tenterons de faire la distinction aux moments appropriés, entre une « bande » et un « conseil de bande » puisque, leurs origines et fonctions diffèrent. Nous sommes par ailleurs conscients du fait que de prime abord, l'assujettissement d'une coutume à la *Charte canadienne* relèverait davantage de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1867* que de l'article 32 de la *Charte*. Toutefois, puisqu'il faut savoir si l'acteur ayant adopté cette coutume y est lui-même assujetti, il nous est pour cette raison difficile de dissocier coutume et bande.

143 *Godbout c. Longueuil (Ville)*, préc., note 101.

144 *Infra*, p. 89 et suivantes.

2.1.1. Le cadre général de la *Loi sur les Indiens*

L'étendue des pouvoirs conférés par le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* est plutôt vaste et permet au Parlement fédéral de s'ingérer de manière profonde dans ses relations avec les Indiens. Malgré l'étendue de ces pouvoirs et des conséquences qui en découlent, serait-il possible que, dans l'exercice de cette compétence, le Parlement fédéral ait choisi de reconnaître dans la *Loi sur les indiens* une certaine forme de droit inhérent à l'autonomie gouvernementale? À tout le moins, est-ce possible qu'un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, même de façon partielle, ait pu survivre et coexister avec la *Loi sur les Indiens*?

Le professeur Grammond rappelle qu'à l'origine, la notion de « bande indienne » n'existait pas et que la loi ne faisait que supposer « qu'un groupe d'autochtones qui habitaient le même village était déjà politiquement organisé et pouvait posséder un ou plusieurs chefs »¹⁴⁵. On peut donc supposer qu'à l'époque, la loi exprimait une forme de reconnaissance des bandes indiennes dont l'existence serait antérieure à la loi.

Cependant, la *Loi sur les Indiens* est rapidement devenue un vaste code occidental permettant aux autorités fédérales d'imposer aux Autochtones un mode de vie, et ce, en prévoyant des pouvoirs de manière exhaustive¹⁴⁶. C'est essentiellement, comme nous le verrons, de cette manière que s'articule la *Loi sur les Indiens* sur les aspects de gouvernance.

Cette loi définit des concepts clés qui peuvent nous éclairer sur l'intention du législateur fédéral, notamment ceux de « conseil de bande », « bande » et de « réserve » :

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

[...]

« bande » Groupe d'Indiens, selon le cas :

a) à l'usage et au profit communs desquels des terres appartenant à Sa Majesté ont été mises de côté avant ou après le 4 septembre 1951;

b) à l'usage et au profit communs desquels, Sa Majesté détient des sommes d'argent;

c) que le gouverneur en conseil a déclaré être une bande pour l'application de la présente loi.

[...]

« conseil de la bande »

145 S. GRAMMOND, préc., note 1, p. 283, 299 : « Il est également clair que les systèmes juridiques autochtones n'ont pas été éteints ou abolis de façon générale par l'adoption de lois par l'État. »

146 *Id.*, p. 281.

- a) Dans le cas d'une bande à laquelle s'applique l'article 74, le conseil constitué conformément à cet article;
- b) dans le cas d'une bande à laquelle l'article 74 n'est pas applicable, le conseil choisi selon la coutume de la bande ou, en l'absence d'un conseil, le chef de la bande choisi selon la coutume de celle-ci.

[...]

« réserve » Parcelle de terrain dont Sa Majesté est propriétaire et qu'elle a mise de côté à l'usage et au profit d'une bande; y sont assimilées les terres désignées, sauf pour l'application du paragraphe 18(2), des articles 20 à 25, 28, 36 à 38, 42, 44, 46, 48 à 51, 58 et 60, ou des règlements pris sous leur régime.

Définition de « bande »

(2) En ce qui concerne une réserve ou des terres cédées, « bande » désigne la bande à l'usage et au profit de laquelle la réserve ou les terres cédées ont été mises de côté.

Exercice des pouvoirs conférés à une bande ou un conseil

(3) Sauf indication contraire du contexte ou disposition expresse de la présente loi :

- a) un pouvoir conféré à une bande est censé ne pas être exercé, à moins de l'être en vertu du consentement donné par une majorité des électeurs de la bande;
- b) un pouvoir conféré au conseil d'une bande est censé ne pas être exercé à moins de l'être en vertu du consentement donné par une majorité des conseillers de la bande présents à une réunion du conseil dûment convoquée¹⁴⁷.

À tort ou à raison, les termes employés dans ces définitions donnent peu d'espoir à une reconnaissance pure et simple d'un pouvoir inhérent par l'entremise de cette loi. Au contraire, elles laissent percevoir un mode de gestion unilatéral de la part du législateur fédéral confiant peu de place à l'autonomie. Puisqu'un droit à l'autonomie gouvernemental est inhérent par sa nature, la non-reconnaissance dans une loi ne saurait à notre sens être fatale¹⁴⁸.

La loi fait cependant une nette distinction entre une « bande » et un « conseil de bande »¹⁴⁹. Encore aujourd'hui, la loi ne fait que reconnaître l'existence d'un groupe de personnes, ou comme le vocabulaire archaïque de la loi le fait entendre, un groupe d'Indiens qui forme une bande. Rien dans la loi n'indique que les bandes sont créées par l'effet de la loi. Au contraire, la loi vise à reconnaître, selon ses propres critères et selon la discrétion de la Couronne, les bandes indiennes¹⁵⁰, quoique son article 6 prévoit quelles personnes en vertu de critères raciaux peuvent aspirer à obtenir le statut d'Indien¹⁵¹.

147 *Loi sur les Indiens*, art. 2.

148 Bien qu'une reconnaissance formelle d'un pouvoir gouvernemental autochtone demeure souhaitable : John BORROWS, *Canada's Indigenous Constitution*, Toronto, University of Toronto Press, 2010, p. 181.

149 La définition de bande donnée au paragraphe 1 de l'article 2 de la *Loi sur les Indiens* permet de constater que pour devenir une bande au sens de la loi il faut soit que la Couronne ait pris l'initiative de mettre des terres de côté à leur profit, soit qu'elle détienne une somme d'argent à leur égard ou que le gouverneur en conseil l'ait déclaré autrement bande. Ces bandes, le cas échéant, se verront reconnaître la faculté d'user une parcelle de terrain communément appelée « réserve », telle que définie aux paragraphes (1) et (2). Le paragraphe (3) circonscrit les pouvoirs des bandes et des conseils de bande en conditionnant son exercice à l'approbation de la majorité des électeurs ou conseillers d'une bande.

150 S. GRAMMOND, préc., note, 1, p. 283 et 299.

151 *Loi sur les Indiens*, art. 6. (1) Sous réserve de l'article 7, toute personne a le droit d'être inscrite dans les

Ensuite, la loi s'attarde à définir deux types de conseils de bande : ceux qui sont élus et formés selon la procédure prévue aux articles 74 et suivants de la loi¹⁵² et ceux qui sont formés selon la coutume de la bande, laquelle n'est pas créée par la *Loi sur les Indiens*. Ainsi, l'autorité d'une bande à former son conseil de bande en fonction de sa coutume ne pourrait être qu'inhérente.

Cela dit, le mode de sélection des conseils de bande, soit par une coutume ou par des élections, ne sera pas suffisant en soi pour modifier l'origine première d'une bande qui est inhérente. Au sens de la *Loi sur les Indiens*, autant les conseils de bande formés en vertu de la coutume que ceux formés par la procédure prévue aux articles 74 et suivants ont les mêmes fonctions, responsabilités et pouvoirs de réglementation. Ce n'est que la formation de ces derniers qui diffère.

En matière de réglementation, la *Loi sur les Indiens* prévoit à ses articles 81 et suivants, les pouvoirs qu'un conseil de bande peut exercer ainsi que ses modalités d'exercice. Les règlements d'un conseil de bande doivent d'abord se conformer à la *Loi sur les Indiens* et ses règlements. À titre d'exemple, un conseil de bande peut réglementer l'adoption de mesures relatives à la santé des habitants de la réserve et les précautions à prendre contre la propagation des maladies contagieuses et infectieuses¹⁵³, les différentes infrastructures routières, la circulation¹⁵⁴, l'observation de la loi et le maintien de l'ordre¹⁵⁵, la construction des bâtiments¹⁵⁶, l'eau¹⁵⁷, la résidence des membres¹⁵⁸, les taxes et permis¹⁵⁹, les boissons alcoolisées¹⁶⁰, etc. Pour les boissons alcoolisées, le consentement de la majorité des membres de la bande est nécessaire. De même, au sens de l'article 82, et pour l'ensemble des règlements (sauf ceux qui concernent l'alcool), le ministre possède un pouvoir de désaveu lui permettant d'annuler un règlement pris par un conseil de bande en vertu de la *Loi sur les Indiens*.

cas suivants : [...].

152 *Id.*, art. 74. (1) Lorsqu'il le juge utile à la bonne administration d'une bande, le ministre peut déclarer par arrêté qu'à compter d'un jour qu'il désigne le conseil d'une bande, comprenant un chef et des conseillers, sera constitué au moyen d'élections tenues selon la présente loi.

153 *Id.*, par. 81(1)a).

154 *Id.*, par. 81(1)b) et f).

155 *Id.*, par. 81(1)c)

156 *Id.*, par. 81(1).

157 *Id.*, par. 81(1)f) et l).

158 *Id.*, par. 81(1)p.1)

159 *Id.*, art. 83.

160 *Id.*, art. 85.1.

En comparant sommairement ces pouvoirs aux compétences d'une municipalité au sens de la *Loi sur les compétences municipales*¹⁶¹ du Québec par exemple, on remarque que les compétences énumérées ont plusieurs similarités avec celles des conseils de bande. Ainsi, ces compétences comprennent en outre la culture et les loisirs, le développement économique local, l'énergie, la salubrité, les nuisances, la sécurité, le transport, etc.

Cependant, alors qu'elle s'exprimait sur une affaire de taxation, la Cour suprême a refusé de qualifier le pouvoir de taxation des conseils de bande comme étant une réplique fédérale de celui des municipalités :

« En l'espèce, la preuve révèle que le régime de taxation vise à mieux servir les intérêts des peuples autochtones et à favoriser la réalisation de leur autonomie gouvernementale. Malgré sa ressemblance avec le type de régime de taxation qui existe dans les municipalités canadiennes, le régime en cause est *plus ambitieux du point de vue de ses objectifs*. Il a pour objet de permettre aux bandes indiennes d'acquérir de l'expérience en matière gouvernementale et *de développer les capacités nécessaires à leur autonomie gouvernementale* »¹⁶². [Nos italiques]

Ainsi, la Cour se permet de faire un lien entre pouvoir de taxation et autonomie gouvernementale. Le fait de qualifier le régime de « plus ambitieux » en regard de la capacité nécessaire à une autonomie gouvernementale pourrait laisser croire qu'elle se garde une porte ouverte quant à une reconnaissance d'un droit à l'autonomie gouvernementale pour les bandes. D'un autre côté, il peut s'agir d'une simple présomption selon laquelle il serait plus facile pour une bande qui exerce son pouvoir de taxation d'une manière prudente et diligente de se voir octroyer des pouvoirs plus étendus soit par entente administrative ou par voie de traité¹⁶³.

En dehors des pouvoirs de réglementation, les bandes peuvent à certaines conditions, désigner leur conseil de bande à l'aide de leurs coutumes¹⁶⁴. Dans cette même voie, les définitions de la loi reconnaissent comme valide l'adoption d'enfants selon les coutumes des bandes¹⁶⁵. Les bandes, par certaines de leurs coutumes, possèdent donc un certain pouvoir d'établir des normes juridiques qui échappent au contrôle des conseils de bande¹⁶⁶.

161 *Loi sur les compétences municipales*, L.R.Q., c. C-47.1.

162 *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3, par. 43.

163 Sur l'application de la *Charte canadienne* à ces types de gouvernements autochtones, voir la sous-section 2.3. Les gouvernements autochtones issus de traités, *infra*, p. 67.

164 *Loi sur les Indiens*, art. 2(1), « conseil de la bande ».

165 *Id.*, art. 2(1), « « enfant » Sont compris parmi les enfants les enfants légalement adoptés, ainsi que les enfants adoptés selon la coutume indienne ».

166 D'ailleurs, nous verrons à la section 3 si ces coutumes peuvent être considérées comme des règles de droit au sens de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Voir *infra*, p. 81.

Il faut garder en mémoire ce cadre général pour analyser la question de savoir si la *Charte canadienne* s'applique aux conseils de bande au sens de la *Loi sur les Indiens*.

2.1.2. Les arguments en faveur d'une délégation de pouvoir

En droit positif canadien, notamment en raison de la compétence prévue au paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et de l'interprétation qui en découle, les pouvoirs qui sont prévus à la *Loi sur les Indiens* sont analogues à ceux dont jouissent les municipalités¹⁶⁷. La manière générale dont s'articulent les dispositions de la *Loi sur les Indiens* laisse peu de place à une interprétation contraire. En effet, si les municipalités sont des « créatures » des provinces au sens du partage des compétences et que tous les pouvoirs dont elles sont investies sont le fruit d'une délégation, force est d'admettre que le schéma est probablement similaire en ce qui concerne les pouvoirs conférés aux conseils de bande par l'entremise de la *Loi sur les Indiens*, tel que le laisse présager ce passage de l'arrêt *Dolphin Delivery*¹⁶⁸ :

Il semblerait aussi que la *Charte s'appliquerait à plusieurs formes de législation déléguée*, de réglementation, de décrets, peut-être de règlements municipaux et de règlements administratifs et généraux d'autres organes créés par le Parlement et les législatures. *Cette liste n'est certes pas exhaustive. Lorsqu'une action gouvernementale est présente ou lorsqu'on l'invoque, et lorsqu'une partie privée l'invoque ou s'appuie sur elle pour entraîner la violation d'un droit d'un tiers garanti par la Charte, la Charte s'appliquera*¹⁶⁹.
[Nos italiques]

Le tout découle du principe selon lequel les gouvernements « ne devraient pas être autorisés à échapper à leurs obligations constitutionnelles en déléguant la mise en œuvre de leurs politiques et programmes à des entités privées »¹⁷⁰. De plus, il faut se rappeler que dans l'arrêt *Godbout c. Longueuil (Ville)*¹⁷¹, le fait que les municipalités soient investies de pouvoirs conférés par les provinces a été le facteur le plus déterminant dans l'application de la *Charte canadienne*¹⁷².

Le professeur Macklem, en se fondant sur les principes généraux de l'article 32 de la *Charte*

167 D. W. ELLIOT, préc., note 76, p. 192.

168 *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, préc., note 95.

169 *Id.*, par. 39. En supposant qu'un conseil de bande est entièrement une créature de la loi, voir *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, préc., note 124, par. 39 et 40, au sujet d'une commission des droits de la personne.

170 INSTITUT CANADIEN D'INFORMATION JURIDIQUE, préc., note 111, art. 32(1).

171 *Godbout c. Longueuil (Ville)*, préc., note 101.

172 *Supra*, p. 30.

canadienne, abonde dans le même sens et considère que les conseils de bande sont des autorités agissant par l'entremise de pouvoirs délégués qui ne pourraient pas échapper à l'application de la *Charte canadienne*. À ce sujet, il écrit :

Delegated authority, such as the authority of a band council under the Indian Act, cannot escape the requirements of the Charter because Parliament cannot authorize action that violates its guarantees. A legislative grant of statutory discretion will be interpreted as not conferring the power to infringe the Charter¹⁷³.

Sur l'aspect des principes d'application de l'article 32, Macklem pense aussi qu'un conseil de bande qui voudrait se soustraire à l'application de la *Charte canadienne* aurait fort à faire pour convaincre un juge du bien-fondé de sa cause. À son avis, la nature intrinsèquement gouvernementale et autonome d'un conseil de bande, d'autant plus qu'il tire ses pouvoirs de la loi, rendrait une telle entreprise de contestation condamnée à l'échec¹⁷⁴. S'il était déterminé qu'une bande n'exerçait pas des pouvoirs de nature intrinsèquement gouvernementale, c'est parce que la bande fournirait des services désignés expressément par le gouvernement fédéral, donc assujetti à la *Charte* en raison d'un haut degré de contrôle de la part du gouvernement¹⁷⁵. En d'autres mots, Macklem, ne voit pas comment la *Charte canadienne* ne s'appliquerait pas d'une manière ou d'une autre aux conseils de bande.

Dans la même veine, le rapport final de la Commission royale sur les peuples autochtones en vient rapidement à la conclusion que la *Charte canadienne* s'applique aux « gouvernements autochtones exerçant des pouvoirs délégués »¹⁷⁶. Sans y faire référence explicitement, il est clair que par « gouvernements autochtones exerçant des pouvoirs délégués », la commission visait les conseils de bande au sens de la *Loi sur les Indiens*. D'autres auteurs sont également du même avis¹⁷⁷, notamment le professeur Otis pour qui la *Loi sur les Indiens* dans sa totalité

173 P. MACKLEM, préc., note 99, p. 200.

174 *Id.*: « The more a band council is characterized as autonomous from government, the more likely it will be exercising 'quintessentially' governmental functions. That a band council may not exercise these functions in a typically 'Canadian' manner will probably not affect a determination of whether the Charter applies to the exercise of band council authority. Instead, the issue will be whether the exercise of band council authority runs contrary to the Charter. »

175 *Id.*, p. 201.

176 GOUVERNEMENT DU CANADA, Bureau du Conseil privé, *Rapport de la Commission royale sur les Peuples autochtones*, Volume 2, Première Partie, Chapitre 3 - La fonction gouvernementale, en ligne: <http://www.collectionscanada.gc.ca/webarchives/20071222143044/http://www.ainc-inac.gc.ca/ch/rcap/sg/sh21_f.html> (à jour au 17 juin 2012).

177 B. W. MORSE, préc., note 35, p. 422; S. GRAMMOND, préc., note 1, p. 283 : « En pratique toutefois, les pouvoirs reconnus aux bandes indiennes par la *Loi* sont tellement limités et circonscrits que ces bandes sont généralement considérées comme des gouvernements aux pouvoirs délégués et non inhérents. »; Sébastien GRAMMOND, « Disentangling "Race" and Indigenous Status: The Role of Ethnicity », (2008) 33 *Queen's L.J.* 487; Peter HOGG et Mary Ellen TURPEL. « Implementing Aboriginal Self-Government: Constitutional and Jurisdictional Issues », (1995) 74 *La Revue du Barreau*

est « incontestablement » visée par l'article 32 de la *Charte canadienne* par « le jeu de la théorie des pouvoirs délégués »¹⁷⁸.

C'est aussi la conclusion à laquelle en viennent les tribunaux¹⁷⁹. En 2000, dans *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*¹⁸⁰, la Cour d'appel fédérale, s'exprimant dans une affaire de taxation, a tenté de qualifier le statut juridique d'une bande indienne au sens de la *Loi sur les Indiens*, à l'aide d'une revue de la jurisprudence pertinente¹⁸¹. Dans cette affaire, la bande indienne de Boothroyd ainsi que son conseil, plaident que les décisions en matière municipale ne s'appliquaient pas *ipso facto* à leur endroit, puisque les bandes n'étaient pas des créatures de la loi, contrairement aux municipalités. Bien que la Cour ait reconnu un certain caractère *sui generis* aux bandes indiennes, elle a néanmoins statué que les conseils de bande constituent des « organismes d'origine législative subordonnés » et que les règles relatives au droit administratif municipal lui étaient applicables¹⁸².

canadien 187, p. 214; K. WILKINS, préc., note 98, p. 60.

178 Ghislain OTIS, « Élection, gouvernance traditionnelle et droits fondamentaux chez les peuples autochtones du Canada », (2004) 49 *R.D. McGill* 393, p. 411 et 412.

179 *Horse Lake First Nation v. Horseman*, 2003 ABQB 152 (CanLII). Par contre, lorsque confrontés à une question de Charte, plusieurs tribunaux inférieurs appliquent bien souvent la *Charte canadienne* aux conseils de bande sans s'interroger au préalable sur l'article 32 et les questions d'application ou sur la nature des pouvoirs, délégués ou inhérents : *R. v. Campbell*, 112 C.C.C. (3d) 107, [1997] 1 C.N.L.R. 120 (C.A. Man.) (La *Charte canadienne* s'applique aux règlements pris par un conseil de bande puisqu'il s'agit de l'exercice de la compétence prévue au paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*); *Six Nations of the Grand River Band v. Henderson*, [1996] O.J. No. 1953, [1997] 1 C.N.L.R. 202 (C.J. Ont.) (La *Charte canadienne* s'applique dans le cas de discrimination fondée sur la race dans une situation où un conseil de bande empêche les conjoints non-indiens d'habiter sur la réserve); *Hall v. Dakota Tipi Indian Band*, [2000] 4 C.N.L.R. 108 (C.F.) (La *Charte canadienne* s'applique de plein droit à une Bande (in its own right), sans faire plus de distinctions.

180 *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [2000] 1 C.F. 325 (C.A.).

181 *R. c. Sioui*, préc., note 75; *Whitebear Band Council and Carpenters Provincial Council of Saskatchewan et al. Re* (1992), 135 D.L.R. (3d) 128 (C.A. Sask.); *Re Stacey and Montour and The Queen*, (1981), 63 C.C.C. (3d) 61 (C.A. Qué.); *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, préc., note 162.

182 *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, préc., note 180, par. 71-74, 76 :

La bande indienne de Boothroyd et le Conseil de la bande indienne de Boothroyd affirment que, contrairement à une municipalité, la bande n'est pas une création de la loi. Les Premières Nations existaient et exerçaient leur autonomie gouvernementale. Ils citent à l'appui les décisions *R. c. Sioui*; et *Bande de Cook's Ferry (Membres de la) c. Bande de Cook's Ferry*; et *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*.

Il est incontestable que les Indiens et les bandes indiennes entretiennent depuis longtemps des rapports particuliers avec la Couronne. L'affaire *R. c. Sioui* illustre bien la capacité des Hurons de signer un traité avec la Couronne britannique en 1760, trois ans avant que la Nouvelle-France soit elle-même cédée à la Couronne britannique. Mais, à un certain moment dans l'histoire, l'autonomie gouvernementale des Indiens et des bandes indiennes a dû s'exercer à l'intérieur du Canada.

La nature juridique précise d'une bande indienne demeure obscure. Dans l'arrêt *Whitebear Band Council and Carpenters Provincial Council of Saskatchewan et al. Re*, la Cour d'appel de la Saskatchewan a tenu les propos qui suivent:

[traduction] Tout comme les conseils municipaux sont des "créations" des législatures provinciales, les conseils de bande indienne s sont des "créations" du Parlement du Canada. [...]

Plus particulièrement, l'art. 81 [...] de la Loi attribue aux conseils de bande indiennes les pouvoirs et obligations à l'égard des réserves indiennes et de leurs habitants qui sont habituellement associés à une municipalité rurale et

En résumé, selon la Cour d'appel fédérale, les bandes et leurs conseils, sans être juridiquement considérés comme des municipalités et tout en leur reconnaissant une certaine préexistence, demeurent soumises aux mêmes règles que celles qui s'appliquent à une autorité déléguée telle qu'une municipalité. Ainsi, en s'appuyant sur ce raisonnement et sur l'article 32 de la *Charte canadienne*, cette dernière s'applique aux conseils de bande au sens de la *Loi sur les Indiens*, en raison du caractère « subordonné », public et élu d'un conseil de bande. Vues ainsi, elles sont des « municipalités » fédérales. Par ailleurs, la Cour fédérale d'appel ne se soucie guère de la distinction entre bande et conseil de bande.

En 2001, dans *Canada (Commission des droits de la personne) c. Conseil de la Bande de Gordon* (C.A.)¹⁸³, la Cour fédérale a employé un raisonnement analogue dans une affaire de discrimination de la part d'un conseil de bande. Cette fois-ci, c'est en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* que la plainte a été logée. La situation discriminatoire étant le fruit de l'exercice d'un pouvoir octroyé par la *Loi sur les Indiens*, le juge a appliqué l'article 67 de la *Loi sur les droits de la personne*, lequel rendait sans effet la loi en regard de la *Loi sur les Indiens* et les décisions prises en vertu de cette dernière. Toutefois, le juge a cru bon de remarquer que malgré cette interdiction, rien n'empêchait d'intenter un recours en vertu de la *Charte canadienne*, bien qu'il n'ait pu justifier son raisonnement :

De plus, il est possible, malgré l'article 67 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, de contester les décisions du conseil de la Bande Gordon en invoquant une violation de la *Charte canadienne des droits et libertés* [...] ¹⁸⁴.

Ainsi, la Cour prend pour acquis que la *Charte canadienne* s'applique nécessairement à un conseil de bande.

En 2003, dans *Francis c. Conseil mohawk de Kanesatake*¹⁸⁵ où l'on a fait la distinction entre

à son conseil. [...] Le conseil de bande exerce donc "parce que le Parlement les lui a délégués" des pouvoirs municipaux et gouvernementaux, et notamment ceux-ci, à l'égard de la réserve. [...] [...]

En résumé, un conseil de bande indienne est une autorité publique élue, dont l'existence, les pouvoirs et les responsabilités dépendent du Parlement, et dont la fonction essentielle consiste à exercer le pouvoir municipal et gouvernemental "que lui a délégué le Parlement" relativement à la réserve indienne. [...]

La Cour d'appel du Québec a également considéré les conseils de bande comme des municipalités dans *Re Stacey and Montour and The Queen*. [...]

Je suis d'avis que les conseils de bande constituent des organismes d'origine législative subordonnés qui sont *sui generis*. En cette qualité, je ne vois pas comment ils pourraient se soustraire aux principes de droit administratif régissant les organismes d'origine législative subordonnés.

183 *Canada (Commission des droits de la personne) c. Conseil de la Bande de Gordon*, [2001] 1 C.F. 124 (C.A.).

184 *Id.*, par. 32.

185 *Francis c. Conseil mohawk de Kanesatake*, 2003 CFPI 115, [2003] 4 C.F. 1133.

bande et conseil de bande tout en traitant des coutumes de la bande, la Cour fédérale a statué qu'un conseil de bande est un office fédéral¹⁸⁶ au sens de la *Loi sur les Cours fédérales*¹⁸⁷ étant également « assujetti à la compétence de la Cour fédérale lorsque l'élection a lieu conformément à la coutume de la bande [...] »¹⁸⁸. En d'autres mots, un conseil de bande est une entité jouissant d'un pouvoir délégué. De plus, la Cour rejette les arguments des défendeurs selon lesquels un conseil de bande devrait être considéré ou comparé à un conseil d'administration d'une société :

En plus d'avoir compétence à l'égard de l'inscription des membres des bandes indiennes et du déroulement des activités de celles-ci, les conseils de bande sont investis de larges pouvoirs de réglementation en vertu de l'article 81 [de la *Loi sur les Indiens*] [...] et d'autres dispositions de la Loi. En ce qui concerne la circulation, par exemple, non seulement les membres d'une bande, mais toutes les personnes qui se trouvent sur la réserve, qu'elles soient membres de la bande ou qu'elles soient des résidents ou des personnes de l'extérieur, peuvent être touchées par les règlements dûment adoptés par le conseil de bande. En conséquence, *il est préférable de comparer les conseils de bande à des conseils municipaux*¹⁸⁹. [Nos italiques]

En conséquence, de l'avis de la Cour, « les pouvoirs de réglementation de la Bande sont visés par l'article 32 de la *Charte canadienne des droits et libertés* »¹⁹⁰. Fort probablement qu'en parlant de bande, la Cour visait plutôt le conseil de bande.

Sans se pencher sur la question, la Cour s'interroge néanmoins sur l'application de la *Charte canadienne* aux coutumes électorales telles que reconnues par la *Loi sur les Indiens*. La Cour fait alors preuve d'un préjugé favorable à l'application de la *Charte canadienne* à ces coutumes¹⁹¹. Rappelons que les coutumes électorales proviennent d'une bande et non d'un conseil de bande, ce qui laisse supposer que dans un tel cas, la bande n'agirait pas en vertu d'une autorité déléguée¹⁹².

186 *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C., 1985, c. F-7, art. 2. :

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

187 *Id.*

188 *Francis c. Conseil mohawk de Kanesatake*, préc., note 185, par. 13.

189 *Id.*, par. 15.

190 *Francis c. Conseil mohawk de Kanesatake*, préc., note 185, par. 15.

191 *Id.*, par. 74 et suivants.

192 Quelques années auparavant, dans *Crow c. Bande de Blood*, [1996] A.C.F. No 119, bien que le juge de la Cour d'appel fédérale ait reconnu la complexité de la question d'application de la *Charte canadienne* à un règlement électoral coutumier érigé par une bande, la Cour fédérale d'appel n'a pas voulu s'avancer dans l'analyse de la question, puisqu'en l'espèce, aucune violation de la *Charte* n'avait à son sens été établie.

En 2005, dans *Clifton c. Bande indienne de Hartley Bay*¹⁹³, c'est sans trop d'hésitations que la Cour fédérale conclut que la *Charte canadienne* s'applique bel et bien à un conseil de bande, que les décisions soient prises par un conseil de bande formé par la coutume ou par le truchement de l'article 74 de la loi. Dans cette affaire, le conseil de bande de Hartley Bay avait pris un règlement selon lequel les membres devaient résider sur la réserve pendant une durée de 6 mois avant d'être admissibles au droit de poser leur candidature au poste de chef ou de conseiller et celui de voter aux élections. La Cour tranche donc de cette manière :

Les demandeurs soutiennent que, peu importe que le conseil de village agisse conformément à la coutume ou aux termes de la *Loi sur les Indiens*, ses décisions sont en fin de compte prises en vertu des pouvoirs que lui attribue la *Loi sur les Indiens*, et qu'elles sont par conséquent assujetties à la Charte. Je souscris à cette affirmation¹⁹⁴.

Toutefois, la Cour ne se lance pas dans l'analyse de la nature des pouvoirs prévus par la *Loi sur les Indiens* et ne fait aucune distinction entre pouvoirs inhérents et pouvoirs délégués. Au surplus, de l'avis du juge, si c'est en vertu de la coutume qu'un conseil de bande est formé, c'est bien parce que la *Loi sur les Indiens* le permet. Il n'y a donc pas lieu, selon la Cour, de faire une distinction entre conseil de bande formé en vertu de la coutume et celui qui serait formé en vertu des articles 74 et suivants de la *Loi sur les Indiens* dans l'application de la *Charte canadienne*.

En 2007, dans *Thompson c. Première Nation Leq'á:mel*¹⁹⁵, bien que les parties s'entendaient sur l'application de la *Charte canadienne* autant à un conseil de bande qu'à une bande, le juge a cru bon d'en préciser la portée. Selon les motifs évoqués par la Cour fédérale, si un conseil de bande, dont les pouvoirs proviennent de la *Loi sur les Indiens*, est soumis aux prescriptions de la *Charte canadienne*, il devrait en être de même pour les règles qui déterminent l'éligibilité à en faire partie ou sa composition, et ce, que ces règles soient coutumières ou non¹⁹⁶.

Dans *Cockerill c. Première nation No 468 de Fort McMurray*¹⁹⁷, la position de la Cour fédérale

193 *Clifton c. Bande indienne de Hartley Bay*, 2005 CF 1030, [2006] 2 R.C.F. 24. La bande ne fait aucunement valoir que la *Charte canadienne* ne s'appliquerait pas. Tout au plus, pour agir de la sorte, la bande fait valoir qu'elle exerce un droit ancestral confirmé par l'article 35 et protégé par 25.

194 *Id.*, par. 45. Voir aussi la décision *Scrimbitt c. Conseil de la bande indienne de Sakimay*, [2000] 1 C.F. 513 où l'on confirme qu'un code d'appartenance au sens de l'article 10 de la *Loi sur les Indiens* doit être conforme à la *Charte canadienne*.

195 *Thompson c. Première Nation Leq'á:mel*, 2007 CF 707 (CanLII).

196 *Id.*, par. 8.

197 *Cockerill c. Première nation No 468 de Fort McMurray*, 2010 CF 337 (CanLII).

se confirme. L'argumentation de la Première Nation de Fort McMurray consistait essentiellement à soutenir qu'un conseil de bande choisi selon la coutume et non selon la procédure établie à l'article 74 de la *Loi sur les Indiens*, « obtient ses pouvoirs de sa propre coutume, et non de la *Loi sur les Indiens* »¹⁹⁸. Puis, la Première Nation ajoute que « [d]ans cette situation, une bande ne dépend d'aucun pouvoir délégué par le législateur et ne peut pas être considérée comme un « gouvernement » pour l'application de l'article 32 de la Charte »¹⁹⁹. Cependant, la Première Nation de Fort McMurray admet que le conseil de bande ainsi créé par la coutume est soumis à la *Charte canadienne*, puisque ses pouvoirs découlent de la *Loi sur les Indiens*. La Cour n'a pas retenu les prétentions de la Première Nation et a plutôt étoffé sa position antérieure selon laquelle autant un conseil de bande que les règles qui prévoient sa création et sa composition sont soumis à la *Charte canadienne*²⁰⁰.

Selon le professeur Otis, il en est ainsi puisqu'en bout de piste, les règles coutumières électorales se retrouvent à être incorporées dans la politique gouvernementale fédérale :

Le Parlement et l'exécutif centraux ainsi que toute autorité ou organisme faisant partie de la structure gouvernementale fédérale seront tenus au respect des droits et libertés inscrits dans la *Charte canadienne*. La Cour suprême applique en outre cet instrument à toute entité exerçant, en vertu d'une délégation de la loi, un pouvoir visant la réalisation d'une politique gouvernementale. L'assujettissement de la coutume électorale de la bande à la *Charte canadienne* ne saurait toutefois se justifier par le jeu de la théorie des pouvoirs délégués. La jurisprudence estime en effet que le pouvoir de la bande de choisir ses dirigeants selon la coutume est "inhérent", c'est-à-dire qu'il ne tire pas sa source originelle de la loi mais bien de l'existence historique de la communauté en marge du droit étatique.

En revanche, même si la prérogative coutumière de la bande est de source non étatique, l'usage qu'en fait l'État lui-même pourra suffire à faire jouer les garanties de la *Charte canadienne*. La *Loi sur les Indiens*, qui est incontestablement visée par l'alinéa 32(1)(a) de la *Charte canadienne*, vient donner effet aux normes coutumières dans le droit fédéral. En s'appropriant à ses fins le travail normatif de la communauté, le Parlement fédéral fait de celle-ci un rouage essentiel de la mise en oeuvre de sa politique législative. La formation du conseil de bande selon la coutume, dont le Parlement lui-même fait une condition préalable à la capacité du conseil d'exercer les pouvoirs conférés par la *Loi sur les Indiens*, devient partie intégrante de la politique gouvernementale véhiculée par cette dernière. En incorporant ainsi les règles communautaires à son corpus juridique et à son action législative, le Parlement fédéral en fait une conduite suffisamment intégrée à l'ordre étatique pour être contrainte par la *Charte canadienne*²⁰¹.

Le professeur Otis reconnaît ainsi qu'une bande et les règles coutumières produites par cette dernière, ne sont pas créées par la *Loi sur les Indiens*, mais parallèlement au droit étatique en

198 *Id.*, par. 27.

199 *Id.*, par. 27.

200 *Id.*, par. 28-31.

201 G. OTIS, préc., note 178, p. 411-412.

vertu de droits inhérents. Il admet également que le droit coutumier produit par une bande ne pourrait pas être assujéti à la *Charte canadienne* en raison d'une délégation de pouvoir puisque dans les faits, elle n'existe pas dans cette situation.

Son raisonnement se situe toutefois sur un autre registre. Un peu comme à la manière de la Cour fédérale dans *Thompson c. Première Nation Leq'á:mel*²⁰², le professeur Otis considère que le droit fédéral, par le mécanisme de la *Loi sur les Indiens*, a incorporé dans sa politique gouvernementale sur les Indiens, les règles coutumières qui sont de ce fait assujétiées à la *Charte canadienne*. En effet, l'article 32 ne saurait permettre à un législateur d'échapper à l'application de la *Charte canadienne* en incorporant des règles qui ne sont pas édictées par lui.

En somme, parmi les décisions étudiées et auteurs consultés, il existe une nette tendance favorable à l'application complète de la *Charte canadienne* aux conseils de bande au sens de la *Loi sur les Indiens*. Les tribunaux et auteurs consultés admettent sans réserve que l'autorité des conseils de bande est le fruit d'une autorité déléguée de la part du Parlement fédéral. Même lorsque confrontés aux questions des coutumes électorales, où la question de la délégation amène plus de débats, le résultat demeure identique, car les règles coutumières ont pour ultime objectif de constituer un conseil de bande soumis aux prescriptions de la *Charte canadienne*. Le raisonnement serait le même en regard des règles concernant l'adoption d'enfants puisqu'il y aurait incorporation²⁰³.

Il reste à voir la manière dont l'application de la *Charte canadienne* peut être modulée par des limites intrinsèques retrouvées à d'autres dispositions constitutionnelles, telles que les articles 25 et 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Pour l'heure, attardons-nous aux arguments qui pourraient laisser croire que l'autorité des conseils de bande au sens de la *Loi sur les Indiens* est inhérente.

2.1.3. Les arguments en faveur d'une reconnaissance d'un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale

Compte tenu de tout ce qui précède, c'est-à-dire la nature de la compétence sur les Indiens et les

202 *Thompson c. Première Nation Leq'á:mel*, préc., note 195.

203 La question demeure cependant ouverte en ce qui concerne d'autres coutumes de bandes qui ne seraient pas prévus à la *Loi sur les Indiens*. Nous nous attarderons à cette question au sein de notre section portant sur l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, *infra*, p. 84.

terres réservées, des aménagements de la *Loi sur les Indiens* et de l'interprétation jurisprudentielle et doctrinale qui en a découlé en matière d'application de la *Charte canadienne*, il paraît à première vue incertain qu'une autre interprétation que celle exposée ci-dessus puisse être reçue en droit positif canadien.

Le professeur McNeil, apporte malgré cela une autre solution à la question d'application de la *Charte canadienne* en se fondant sur la théorie de la survie d'un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale qui aurait subsisté jusqu'à aujourd'hui et qui serait maintenant protégé par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* en tant que droit ancestral. Ce droit viserait autant les bandes que les conseils de bande au sens de la *Loi sur les Indiens*. En dépit des difficultés à faire accepter une telle opinion minoritaire, il demeure que l'approche de McNeil mérite d'être considérée et commentée, car elle n'a rien de farfelue.

Suivant cette théorie, il y aurait deux conditions préalables à remplir qui permettraient à la *Charte* de ne pas être appliquée aux bandes ou conseils de bande au sens de la *Loi sur les Indiens*.

La première consiste en la reconnaissance judiciaire du fait que les conseils de bande tirent leur autorité d'un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale protégé par la Constitution. En s'appuyant sur la notion de préexistence des nations autochtones, McNeil en arrive à la conclusion que les conseils de bande, ou du moins une partie d'entre eux, jouissent d'un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale reconnu et protégé par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Dans la mesure où cette première condition est remplie, il y a lieu de se demander si des entités jouissant d'un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, dont la source de leurs pouvoirs ne serait pas déléguée mais inhérente, sont néanmoins visés par l'article 32 de la *Charte canadienne*. Ainsi, la seconde condition implique une interprétation restrictive de l'article 32 de la *Charte canadienne* faisant en sorte qu'un gouvernement autochtone exerçant un droit à l'autonomie gouvernementale ne serait pas un gouvernement visé par l'article 32 de la *Charte canadienne*.

Cette sous-section s'intéressera donc à la première condition. La seconde condition, à savoir

que les gouvernements autochtones jouissant d'un droit à l'autonomie gouvernementale ne seraient pas visés par l'article 32 de la *Charte canadienne*, sera étudiée à la prochaine sous-section²⁰⁴.

Selon McNeil, l'encadrement de la *Loi sur les Indiens* et son régime n'auraient pas été suffisants dans bien des situations pour éteindre et remplacer les formes traditionnelles de gouvernements autochtones. Ceci est d'ailleurs admis par plusieurs, dont Ken Coates :

Dans de nombreux cas (le meilleur exemple étant le refus par les Premières Nations de la côte Ouest des dispositions interdisant le potlatch), les collectivités autochtones ont trouvé de nombreux moyens de résister aux restrictions imposées par le gouvernement fédéral, de les ignorer ou de les contourner. Les gouvernements instaurés par la *Loi sur les Indiens*, composés de Chefs et de conseils de bande élus, manquaient souvent de légitimité aux yeux de leur peuple, qui continuait de respecter et de suivre les directives de Chefs héréditaires et de systèmes politiques traditionnels, même lorsque l'intégralité du pouvoir politique officiel et du financement des programmes gouvernementaux passait par les conseils de bande, créés et gérés en vertu de la *Loi sur les Indiens*²⁰⁵.

Le régime imposé par la *Loi sur les Indiens* ne semble pas aussi bien implanté qu'espéré par le gouvernement fédéral. Tel que le confirme le professeur Borrows, bien que ce régime ait des impacts dans la vie des communautés autochtones, certaines trouvent néanmoins le moyen de se gouverner autrement :

The structures created by the federal *Indian Act* do create problems because they unnecessarily restrict and occupy jurisdictional space and thus hinder healthier law-making procedures and patterns. Indigenous law-making power through deliberation under the *Indian Act* is thus a poor reflection of what would be possible if this restrictive legislation were repealed. The *Indian Act's* constraints could lead to concerns that band councils cannot properly claim to administer Indigenous legal traditions in the contemporary context because they are a creation of the Canadian government and therefore only function as a non-Indigenous law-making body. *While it is true that band councils may owe some of their life to the federal government it must also be acknowledged that many continue to be recreated through community participation.*

I have know many *Indian Act* elected chiefs and councillors who reference their own First Nation's legal values in debating and making decisions under its structures. *Furthermore,*

204 *Infra*, p. 56.

205 Ken COATES, *La loi sur les Indiens et l'avenir de la gouvernance autochtone au Canada*, Papier de Recherche pour Le Centre National pour la Gouvernance des Premières Nations, mai 2008, Centre National pour la Gouvernance des Premières Nations, en ligne: <http://fngovernance.org/ncfng_research/coates_fr.pdf> (à jour au 17 juin 2012), p. 5. Voir aussi M. MORIN, préc., note 1, p. 235; CENTRE NATIONAL POUR LA GOUVERNANCE DES PREMIÈRES NATIONS, *The Inherent Right of Self-Government Timeline*, en ligne: <http://www.fngovernance.org/timeline/inherent_tline> (à jour au 17 juin 2012):

The Parliament of Canada began to enact legislation relating to Indian affairs in 1869. In 1876 this legislation was consolidated and expanded in the first Indian Act. Among other things, this legislation gave the Canadian government the legal authority to replace traditional Aboriginal forms of government with elected chiefs and band councils, with limited, delegated powers set out in the Act. However, traditional governments were not abolished, and continued to exercise the inherent right of self-government in many communities, sometimes covertly.

*many so-called Indian bands pre-existed the Indian Act and find their inherent governmental power in their pre-Confederation authority. In that respect, they are not a product of the Indian Act. In fact, in my own family, my great-grandfather was both a hereditary chief and an elected chief under the Indian Act. Thus, some band councils are well situated to apply Indigenous legal traditions and have a long history of implementing their own community's procedures and principles in their decision-making, despite the Indian Act's structures. Other band councils, such as those found on the Six Nations reserve in Ontario, have very little legitimacy in administering Indigenous legal traditions because the government's imposition of the band council has never been broadly accepted by their community*²⁰⁶. [Nos italiques]

Le professeur Borrows évoque qu'encore aujourd'hui, plusieurs bandes se dirigent elles-mêmes comme elles l'ont toujours fait depuis des temps immémoriaux, et ce, nonobstant la présence de la *Loi sur les Indiens*. Un constat s'impose : la possibilité pour des bandes ou même des conseils de bande au sens de la *Loi sur les Indiens* de se gouverner sous une autorité autre que déléguée a des racines historiques profondes et demeure encore bien réelle²⁰⁷.

De plus, cette pratique qui consiste à se gouverner sous une autorité autre que déléguée est en quelque sorte la conséquence logique d'un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale. Comme nous le verrons, puisque le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale est généralement accepté par la communauté juridique canadienne²⁰⁸, il est clair qu'il doit nécessairement viser ces communautés qui vivent présentement sous le régime de la *Loi sur les Indiens*²⁰⁹. De par sa nature, l'exercice de ce droit inhérent n'a pas besoin d'une quelconque reconnaissance ou de délégation d'autorité de la part de l'État canadien :

Or, si l'autonomie gouvernementale est un droit inhérent, qui ne tire pas sa source du système juridique canadien, il s'ensuit que les communautés autochtones peuvent exercer leurs pouvoirs sans attendre l'approbation de l'État. Ainsi, on peut envisager l'hypothèse qu'une bande indienne exerce des pouvoirs qui ne lui sont pas délégués par la *Loi sur les Indiens*, ou d'une manière différente de celle qui est prévue dans cette loi²¹⁰.

Autrement dit, ce principe est l'illustration selon laquelle l'expression de la gouvernance autochtone ne dépend d'aucune reconnaissance ou de délégation d'autorité de la part de l'État canadien²¹¹. La *Loi sur les Indiens* vient seulement modifier, encadrer, ajouter encore à superposer des règles à des pratiques et des structures « gouvernementales » inhérentes à

206 J. BORROWS, préc., note 148, p. 43.

207 *Wilson v. Switlo*, 2011 BCSC 1287 (CanLII), par. 14. et suivants.

208 *Infra*, p. 56 et suivantes.

209 Andrew SARANCHUK, *Aboriginal and treaty rights : Collective or individual rights?*, mémoire de maîtrise, Québec, Faculté de droit, Université Laval, 1977, p. 75 et suivantes (présomption simple selon laquelle les bandes au sens de la *Loi sur les Indiens* seraient détentrices des droits ancestraux).

210 S. GRAMMOND, préc., note 1, p. 296.

211 J. BORROWS, préc., note 148, p. 197.

chaque communauté. Par conséquent, il y a fort à parier qu'en présence d'une abrogation complète et unilatérale de la *Loi sur les Indiens*, la grande majorité des bandes survivraient.

Cela n'est pas sans incidence sur la question de l'application de la *Charte canadienne* aux bandes et conseils de bande en fonction du degré d'intégration du régime instauré par la *Loi sur les Indiens*. À cet égard, trois scénarios nous semblent plausibles.

Le premier scénario suppose que le régime de la *Loi sur les Indiens* a remplacé et abrogé tout régime antérieur, auquel cas le régime mis en place par cette loi doit nécessairement être exclusif. Dans ce cas, la théorie des pouvoirs délégués demeure, puisque les bandes tirent leur existence et leurs pouvoirs entièrement et exclusivement des prescriptions de la *Loi sur les Indiens*. Dans ces circonstances, il n'y a rien qui peut empêcher l'application de la *Charte canadienne*, sous réserve de droits ancestraux ou issus de traités²¹².

Le second scénario implique que le régime de la *Loi sur les Indiens* a été instauré de manière parallèle à un autre régime gouvernemental n'ayant jamais été abrogé²¹³. Suivant cette interprétation, il devient possible qu'un conseil de bande puisse agir à la fois à l'intérieur de l'autorité qui lui est attribuée par la *Loi sur les Indiens* et aussi par une autorité inhérente. Une variante de ce scénario pourrait mettre en jeu deux autorités différentes, soit le conseil de bande et l'autorité inhérente.

Le troisième scénario repose sur le postulat plus radical selon lequel le régime de la *Loi sur les Indiens* n'a jamais été accepté par la communauté et qu'elle a toujours continué à se gouverner elle-même. Dans cette optique, certaines communautés vont même jusqu'à considérer que les conseils de bande au sens de la *Loi sur les Indiens* n'ont aucune autorité légale²¹⁴!

En ce qui nous concerne, bien que le régime instauré par la *Loi sur les Indiens* ait les traits d'un régime exclusif, rien n'indique dans ces deux derniers scénarios que les gouvernements

212 Ou encore des droits protégés par l'article 25 de la *Charte canadienne*. À ce sujet, voir *infra*, p. 89 et suivantes.

213 Dans *Cameron v. Albrich*, 2011 BCSC 549 (CanLII), par. 49, la Cour reconnaît que dans certaines circonstances, une bande pourrait jouir d'un pouvoir inhérent à contrôler ses effectifs : « While there may be a parallel inherent right to control band membership, in this case the Band is carrying out a statutory duty and as such the Band is a federal “board, commission or other tribunal” as defined by the Federal Courts Act. »

214 J. BORROWS, préc., note 148, p. 76.

autochtones ne sont pas habilités à exercer leur juridiction au-delà de ce que la loi prévoit. Elles n'ont pas à demeurer figées à une autre époque et peuvent s'adapter : « If a customary band council previously exercised jurisdiction beyond that limited authority, [Celle prévue à la *Loi sur les Indiens*] there is no convincing reason to conclude that the *Indian Act* implicitly abrogated that authority²¹⁵. »

Contrairement à la théorie généralement acceptée selon laquelle tout le régime de la *Loi sur les Indiens* constitue une délégation de pouvoir, l'approche de McNeil suppose que la loi n'est en fait qu'une reconnaissance de leur droit inhérent à l'autonomie gouvernementale²¹⁶. D'ailleurs, le professeur Grammond ne nie pas cette possibilité :

L'analogie [avec les municipalités] ignore également le fait que même les bandes visées par la *Loi sur les Indiens* peuvent être considérées comme ayant une origine distincte de cette loi et que leurs pouvoirs ne sont pas attribués par la loi, mais sont simplement reconnus par elle²¹⁷.

L'interprétation dominante des tribunaux concernant l'application de la *Charte canadienne* aux bandes indiennes réside dans le fait qu'il a généralement été assumé que la juridiction des conseils de bande est limitée à ce qui est prévu par la *Loi sur les Indiens*²¹⁸. Selon McNeil, qui s'oppose à cette orientation, l'hypothèse selon laquelle une entité ne peut pas avoir plus de pouvoirs que ce qui lui est accordé par délégation serait correcte si les conseils de bande tiraient leur existence à même la *Loi sur les Indiens*, alors que ce n'est pas le cas pour un grand nombre d'entre eux. Il arrive à cette conclusion en analysant divers indices éparpillés dans la *Loi sur les Indiens*, notamment la reconnaissance des coutumes électorales et adoptives.

Autrement dit, ces bandes ne seraient pas limitées par les pouvoirs conférés par la *Loi sur les Indiens*. Par l'entremise de leurs conseils de bande, ces bandes pourraient continuer, comme par le passé, d'exercer leur juridiction au-delà de ce qui est initialement prévu par la *Loi sur les Indiens*, laquelle n'aurait pas implicitement éteint leurs pouvoirs inhérents²¹⁹.

215 K. McNEIL, préc., note 98, p. 82-83.

216 Dans un autre texte, McNeil va encore plus loin en affirmant que tout le régime de la *Loi sur les Indiens* constituerait une violation du droit ancestral à l'autonomie gouvernementale au sens de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* : Kent McNEIL, « Challenging Legislative Infringements of the Inherent Aboriginal Right of Self-Government », (2003) 22 *Windsor Y.B. Access Just.* 329.

217 S. GRAMMOND, préc., note 1, p. 339.

218 K. McNEIL, préc., note 98, p. 81.

219 *Id.*, p. 83 et 87; S. GRAMMOND, préc., note 1, p. 320; K. WILKINS, préc., note 98, p. 61, note 32: « I agree with McNeil, though, that power conferred, and restrictions imposed, on band councils by the *Indian Act* do not necessarily preclude or constrain the exercise of inherent powers that aboriginal communities possess in other capacities. »

McNeil conclut que ces bandes indiennes, même si elles sont soumises au régime général de la *Loi sur les Indiens*²²⁰, devraient être traitées de la même manière que les autres formes de gouvernements autochtones jouissant d'un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale. À son avis, les dispositions de la *Loi sur les Indiens* prévoyant les pouvoirs des conseils de bande ne seraient que déclaratoires dans ces circonstances et ne seraient pas le fruit d'une délégation de la part du Parlement :

It is therefore concluded that a band council's jurisdiction includes both the by-law making authority described in the Indian Act and any inherent authority that the band council exercised prior to being brought under the Act. In fact, the by-law making authority itself may be a re-expression in statutory form of part of the jurisdiction which band councils already had. To that extent, the Indian Act provisions respecting the authority to make by-laws would be merely declaratory. It follows from this that band councils do not exercise their authority as mere delegates of Parliament. Neither their existence nor the entirety of their powers is derived from that source²²¹.

Dans son approche, McNeil considère que plusieurs conseils de bande ont toujours continué à exercer une juridiction inhérente et, de ce fait, jouissent d'un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale. Écartant ainsi la théorie des pouvoirs délégués, McNeil en arrive à exclure les conseils de bande du champ d'application de la *Charte canadienne*, car un conseil ne serait pas un gouvernement visé au sens de l'article 32.

L'argumentaire de McNeil est en revanche moins convaincant lorsqu'il fait la distinction entre conseils de bande élus au sens de la *Loi sur les Indiens* et conseils de bande coutumiers au sens de la *Loi sur les Indiens*. Son argumentaire porte à croire que seuls les conseils de bande coutumiers pourraient jouir d'un régime différent d'application de la *Charte canadienne*. Par contre, sa conclusion sur l'inapplication de la *Charte canadienne* semble être la même pour tous les types de conseils de bande²²².

En ce qui nous concerne, la distinction conseil coutumier ou non, telle que vue par McNeil, néglige la réalité des régimes de gouvernance parallèle, c'est-à-dire des régimes hybrides avec une autorité inhérente et l'autre selon la *Loi sur les Indiens*. La distinction néglige également les situations où les conseils de bande, quoiqu'élus au sens de la *Loi sur les Indiens*, exercent

220 K. McNEIL, préc., note 98, p. 87. Selon lui, autant celles qui ont fait l'objet d'une déclaration au sens de l'article 74 de la *Loi sur les Indiens* avant 1982 que celles dont leurs élections se poursuivent selon les règles coutumières, puisque la déclaration n'aurait que suspendu leurs droits au lieu de les éteindre.

221 *Id.*, p. 87-88.

222 *Id.*, p. 88.

une autorité au-delà de ce qui est prévu par la Loi.

Bien que reconnaissant la nature inhérente des coutumes électorales des bandes, le professeur Otis critique durement l'approche de McNeil alors qu'il commente l'application de la *Charte canadienne* à ces coutumes électorales. Il ne répond cependant pas entièrement aux arguments de McNeil qui militent contre une application de la *Charte canadienne* aux conseils de bande. Présument que l'application de la *Charte canadienne* va de soi, le professeur Otis affirme :

C'est parce qu'ils n'ont pas perçu cette dynamique d'intégration fonctionnelle de la coutume de la bande à la politique législative fédérale que certains auteurs, insistant sur le caractère inhérent du pouvoir à l'origine de la coutume électorale, ont estimé que celle-ci ne pouvait tomber sous le coup de l'article 32 de la *Charte canadienne*. La nature originairement extra-étatique de la règle coutumière visée par la Loi sur les Indiens ne saurait en effet être déterminante puisque soustraire à tout examen fondé sur la *Charte canadienne* une règle formellement mobilisée par le Parlement pour réaliser sa politique de gouvernance des autochtones reviendrait à permettre au législateur d'échapper à la *Charte canadienne* en faisant siennes des normes émanant d'entités ne pouvant, par hypothèse, être qualifiées de gouvernementales au sens de l'article 32 de la *Charte canadienne*. *L'emprunt par le gouvernement de normes élaborées par un corps non visé par l'article 32 ne devrait pas davantage échapper aux prescriptions de l'instrument constitutionnel que l'opération inverse, beaucoup plus usitée, qui consiste à déléguer des pouvoirs gouvernementaux à une entité par ailleurs privée*²²³. [Nos italiques]

En supposant que la coutume mentionnée a pour but d'élire un conseil de bande au sens de la *Loi sur les Indiens*, l'argument voulant que le gouvernement fédéral ait incorporé les coutumes²²⁴ dans sa politique gouvernementale sur les Indiens nous semble le plus convaincant. Prétendre le contraire aurait pour effet de priver de l'application de la *Charte canadienne* les Autochtones visés par les coutumes de la bande alors que ceux visés par les articles 74 et suivants continueraient d'y être assujettis²²⁵.

La question n'en demeure pas moins ouverte quant à l'application de la *Charte canadienne* eut égard aux fonctions d'un conseil de bande ou d'une bande qui seraient spécifiquement inhérentes et qui ne relèveraient pas de la *Loi sur les Indiens*. Or, dans *Godbout c. Longueuil*

223 G. OTIS, préc., note 178, p. 411-412.

224 Telle qu'expliquée ci-haut, *supra*, p. 45.

225 G. OTIS, préc., note 178, p. 412-413 :

On ne peut non plus passer sous silence le fait que l'inapplicabilité de la *Charte canadienne* aux communautés régies par la coutume créerait une inégalité fondamentale entre les individus autochtones du pays puisque le degré de protection de leurs droits et libertés varierait selon qu'ils appartiennent ou non à une bande visée par un décret ministériel pris en vertu de l'article 74 de la *Loi sur les Indiens*. Autrement dit, en exerçant sa discrétion d'autoriser une bande à revenir à un régime coutumier, le ministre se trouverait à priver du même coup tous les membres de cette communauté de la protection de la *Charte canadienne* eu égard au processus de désignation de leurs dirigeants. Si tel était le cas, il faudrait s'attendre à ce que les autorités fédérales soient plus hésitantes à écarter l'élection prévue par la *Loi sur les Indiens*.

(Ville)²²⁶, la Cour suprême du Canada a déterminé que toutes les activités d'une ville étaient visées, même celles qui ne sont pas gouvernementales, telles que les contrats privés. Il est fort probable que le même raisonnement risque d'être transposé et appliqué à un conseil de bande qui exerce des fonctions gouvernementales inhérentes. Cela plus d'autant que les pouvoirs résiduels inhérents sont de toute manière des fonctions gouvernementales d'une entité autrement assujettie à la *Charte canadienne*.

Quelques différences méritent néanmoins d'être soulignées. D'abord, la ville joue toujours le même rôle, c'est-à-dire celui d'un organisme gouvernemental dont tous ses pouvoirs proviennent de la loi et dont la création est le fait des provinces. Nous savons que ce ne sont pas les mêmes principes qui s'appliquent aux bandes. La *Loi sur les Indiens* ne fait que reconnaître les bandes. Qui plus est, une bande pourrait jouer plus d'un rôle par l'entremise de son conseil de bande : celui de l'autorité déléguée et celui de l'autorité inhérente reconnue et confirmée par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. En toutes circonstances, les municipalités ne jouent que le rôle de l'autorité déléguée.

Par analogie, cette conclusion semble trouver un certain écho dans une récente décision de la Cour suprême de Colombie-Britannique. Dans *Cameron v. Albrich*²²⁷, la compétence du tribunal de statuer sur l'appartenance de certaines personnes à une bande a été contestée avec succès. Parmi les arguments présentés, l'on a invoqué qu'un conseil de bande de même qu'une bande devaient être considérés comme office fédéral²²⁸ au sens de la *Loi sur les Cours fédérales*. À ce titre, la Cour suprême de Colombie-Britannique n'avait pas compétence pour statuer sur l'affaire qui relevait du ressort exclusif de la Cour fédérale. Bien que la Cour ait statué qu'il ne fait aucun doute qu'un conseil de bande constitue un office fédéral, elle a cependant considéré qu'une bande indienne puisse être considérée comme office fédéral à certaines fins et comme ne l'étant pas pour d'autres fins²²⁹. Dans leur argumentation, les plaignants ont plaidé que les codes d'appartenance élaborés par une bande relevaient d'un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale tout à fait indépendant de la *Loi sur les Indiens*. Les défendeurs étaient plutôt d'avis que l'article 10 de la *Loi sur les Indiens*, qui prévoit qu'une bande peut décider de l'appartenance de ses effectifs, est un pouvoir délégué à la bande et qu'en

226 *Godbout c. Longueuil (Ville)*, préc., note 101.

227 *Cameron v. Albrich*, préc., note 213.

228 Pour la définition d'un office fédéral, voir *supra*, p.43, note 186.

229 Voir également *Malec c. Conseil de bande des Innus de Natashquan*, 2011 QCCQ 10814 (CanLII); *Pitawanakwat c. Service de police tribale de Wikwemikong*, 2010 CF 917 (CanLII)

vertu de ce fait, une bande entre dans la définition d'office fédéral.

Le tribunal est quant à lui, d'avis que pour certaines fins, une bande indienne peut être considérée comme un office fédéral lorsqu'elle agit en vertu de pouvoirs délégués, alors qu'elle peut tout aussi ne pas l'être et agir en vertu d'une autorité inhérente lorsque, par exemple, une bande décide de céder des terres à la Couronne. En fait, la Cour présume qu'une bande n'est pas un office fédéral, sauf dans les cas où elle exerce une autorité spécifiquement déléguée par le Parlement : « The foregoing authorities are clear that a first nations "band" is not a federal board unless it is exercising a statutory duty that has been specifically delegated to it by Parliament »²³⁰. En l'espèce, il a été jugé qu'une bande qui a l'obligation de maintenir une liste de membres au sens de l'article 10 de la *Loi sur les Indiens* constitue un office fédéral, mais seulement pour cette fin²³¹. Pour d'autres fins, telles que des négociations territoriales avec la Couronne fédérale, elle ne constituerait nullement un office fédéral²³². Ainsi, la théorie du « double rôle » ne serait pas à exclure d'emblée, dans les cas où un conseil de bande fonde son action en dehors du contexte de la *Loi sur les Indiens*.

Dans ces circonstances, et en interprétant *a contrario* les arguments du professeur Otis²³³, un conseil de bande qui porte le chapeau d'autorité inhérente protégée par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* n'agirait pas dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont attribués par la *Loi sur les Indiens* et ne réaliserait alors pas nécessairement une politique fédérale. Un tel raisonnement soulève la question suivante : considérant l'article 32 de la *Charte canadienne*, applique-t-on la *Charte canadienne* au conseil de bande en vertu de la théorie des pouvoirs délégués à l'ensemble de ses activités ou seulement pour ses activités qui relèveraient directement de la *Loi sur les Indiens*?

À notre avis, la *Charte canadienne* s'applique en toutes circonstances aux conseils de bande qui jouent le rôle de l'autorité déléguée, qu'ils soient désignés par la coutume ou non. Rien dans l'argumentation de McNeil ne nous convainc du contraire. Néanmoins, un conseil de bande au

230 *Cameron v. Albrich*, préc., note 213, par. 48. Voir aussi *Horseman v. Horse Lake First Nation*, 2005 ABCA 15 (CanLII), par. 20.

231 *Cameron v. Albrich*, préc., note 213, par. 48-50.

232 *Id.*

233 G. OTIS, préc., note 178, p. 411-412 : « Ainsi, un conseil de bande sera assujéti à la *Charte canadienne* dans l'exercice des pouvoirs qui lui attribue *Loi sur les Indiens* en vue de réaliser la politique gouvernementale fédérale que véhicule cette loi. »

sens de la *Loi sur les Indiens* peut aussi jouer le rôle de l'autorité inhérente jouissant d'un droit ancestral à l'autonomie gouvernementale, ce qui n'est pas sans conséquence sur la question de l'application de la *Charte canadienne*. En admettant cette possibilité²³⁴, un juge qui s'interroge sur l'application de la *Charte canadienne* devrait d'abord déterminer à quel titre le conseil de bande fonde son action. S'il s'agit d'un acte de puissance publique, le juge devrait appliquer la *Charte canadienne*. S'il s'agit d'une autorité tirée du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale protégé par l'article 35, il faut alors déterminer si ce type d'autorité est un gouvernement visé par l'article 32 de la *Charte canadienne* afin de statuer sur l'application. C'est ce que nous analyserons au prochain titre.

2.2. Les gouvernements autochtones bénéficiant d'un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale

La *Charte canadienne* s'applique aux gouvernements disposant de pouvoirs délégués tels que les municipalités dans toutes leurs sphères d'activités, de même qu'aux conseils de bande lorsqu'ils exercent une autorité qui leur est octroyée par la loi. Or, certaines entités, telles des conseils de bande, exercent parfois des pouvoirs qui ne sont pas prévus par la loi et qui tirent leur fondement dans un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale.

Il faut donc déterminer si l'article 32 de la *Charte canadienne* vise, en dehors des gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux, d'autres formes de gouvernements qui ne seraient pas directement visées par la disposition. Nous tenterons de savoir si le mot gouvernement de l'article 32 peut inclure des gouvernements autochtones bénéficiant d'un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale protégé par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*²³⁵. Avant de répondre à cette question, il est pertinent de définir brièvement ce que nous entendons par gouvernement autochtone bénéficiant d'un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale protégé par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* pour ensuite nous pencher sur son existence et sa reconnaissance en droit constitutionnel canadien.

234 Dans le cas contraire, la *Charte canadienne* s'appliquera toujours à un conseil de bande, voir *supra*, p. 39 et suivantes. Par contre, son application pourrait être modulée par d'autres dispositions de la *Charte canadienne*, telles que l'article 25, voir *infra*, p. 89 et suivantes.

235 Il ne s'agit pas ici de savoir si l'article 35, qui serait la source des pouvoirs conférés par le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale est soumis à la *Charte canadienne*, puisqu'il ne fait aucun doute qu'il ne l'est pas. En fait, il s'agit du même principe qui gouverne les dispositions de la Constitution qui concernent le partage des compétences entre le Parlement et les provinces. Une partie de la Constitution ne peut tout simplement pas en abroger une autre. Nous nous intéresserons donc à l'exercice de ce pouvoir : H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, *préc.*, note 50, p. 205; P. MACKLEM, *préc.*, note 99, p. 204.

Le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale est un droit ancestral protégé par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui reconnaît et confirme les droits ancestraux des peuples autochtones. Bien que pouvant être mis en oeuvre par voie de traité, ce droit découle non pas d'une délégation ou d'une permission de la Couronne²³⁶, mais d'un droit inhérent puisque bien avant l'arrivée des premiers européens, les Autochtones occupaient déjà le territoire en tant que nations souveraines et organisées. Ce droit à l'autonomie gouvernementale n'a jamais été concédé ou éteint et permet aux Autochtones de se développer en tant que peuple, d'établir leurs propres priorités tout en protégeant leurs langues, cultures et terres²³⁷. Afin de parvenir à ces objectifs et conformément à leur droit à l'autonomie gouvernementale, les autorités autochtones pourraient exercer leur juridiction dans les champs de compétences correspondants, fédéral, provincial ou spécifiquement autochtone, de manière exclusive ou concurrente et enfin, autant territoriale que personnelle²³⁸, le cas échéant.

Dans l'état actuel des choses, ces gouvernements peuvent faire l'objet de reconnaissance spécifique par voie de traité protégé et reconnu par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ou par entente n'ayant pas valeur de traité. Ils peuvent également exercer leur autonomie de façon « non-officielle » dans l'ordre juridique canadien, soit par la voie des conseils de bande au sens de la *Loi sur les Indiens*, soit par l'entremise d'autres organes juridictionnels autochtones qui existent sous diverses formes au Canada²³⁹.

Cette théorie du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale est généralement admise dans

236 S. GRAMMOND, préc., note 1, p. 339 : « Un gouvernement exerçant des pouvoirs inhérents, protégés par la constitution, n'est pas réellement une entité subordonnée ou « déléguée » (*Bande d'Eastmain c. Gilpin*, [1987] R.J.Q. 1637 (C.S.P.)). »

237 J. BORROWS, préc., note 148, p. 197 : « The exercise of governance power enables Indigenous peoples to use their legal traditions to pass on important names, divide territories, host feasts, raise memorials, engage in trade, sign treaties, participate in conflict resolution, exercise rights, keep the peace, facilitate development, build alliances, hold property, resist encroachments, and so on. » Voir également P. HOGG et M. E. TURPEL, préc., note 177, p. 193.

238 H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 50, p. 137.

239 Voir les exemples cités plus haut, *supra*, p. 50 et suivantes. Sans oublier les peuples Métis ou Inuits, on peut également penser aux nations autochtones, généralement plus vastes et comprenant également les bandes, ou d'autres types de gouvernance traditionnelle : Kent McNEIL, *La compétence du droit inhérent des gouvernements autochtones*, Papier de recherche pour le Centre National pour la Gouvernance des Premières Nations, octobre 2007, Centre National pour la Gouvernance des Premières Nations, en ligne : <http://fngovernance.org/ncfng_research/kent_mrneil_fr.pdf> (à jour au 17 juin 2012). De même, les parties appelantes dans *Lovelace c. Ontario*, préc., note 25, constituent d'autres exemples.

l'univers du droit constitutionnel canadien²⁴⁰. Il faut cependant admettre que ce droit n'est pas spécifiquement prévu par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et, de ce fait, sa reconnaissance et sa mise en œuvre effective demeure encore, à ce jour, controversée. Ce droit demeurera critiqué²⁴¹ et même contesté²⁴², tant et aussi longtemps qu'un jugement convaincant de la Cour suprême²⁴³ ou qu'un amendement constitutionnel ne vienne confirmer et reconnaître définitivement son existence.

Malgré cela, nous sommes d'avis que ce droit à l'autonomie gouvernementale a des assises suffisamment solides en droit canadien pour résister à l'analyse. Nous tiendrons pour acquis qu'il existe et qu'il est constitutionnellement protégé par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. C'est d'ailleurs le point de vue adopté par le gouvernement du Canada qui le reconnaît explicitement dans l'extrait suivant :

Le gouvernement du Canada reconnaît que le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale est un droit ancestral existant au sens de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. De même, il reconnaît que ce droit inhérent peut découler de traités ainsi que des rapports qu'entretient la Couronne avec les Premières nations visées par un traité. La reconnaissance du droit inhérent repose sur le fait que les peuples autochtones du Canada ont le droit de se gouverner, c'est-à-dire de prendre eux-mêmes les décisions touchant les affaires internes de leurs collectivités, les aspects qui font partie intégrante de leurs cultures, de leur identité, de leurs traditions, de leurs langues et de leurs institutions et, enfin, les rapports spéciaux qu'ils entretiennent avec leur terre et leurs ressources²⁴⁴.

240 *Campbell v. British Columbia*, 2000 BCSC 1123 (CanLII); Kerry WILKINS, « Take Your Time And Do It Right: Delgamuukw, Self-Government Rights And The Pragmatics Of Advocacy », (2000) 27 *Man. L.J.* 241 (Dans son article, l'auteur prend le temps de citer autant la grande majorité d'auteurs appuyant la théorie d'un droit inhérent à l'autonomie maintenant protégé par la constitution que ceux qui en doutent de même que ceux qui s'y opposent); J. BORROWS, préc., note 148, p. 185 et suivantes; P. MACKLEM, préc., note 99, particulièrement les pages 172 à 180; Peter HUTCHINS, Carol HILLING et David SCHULZE, « The Aboriginal Right to Self-Government and the Canadian Constitution: The Ghost in the Machine », (1995) 29 *U.B.C. L. Rev.* 251; G. OTIS, préc., note 74; K. WILKINS, préc., note 98; S. GRAMMOND, préc., note 1, p. 319; K. McNEIL, préc., note 98.

241 M. MORIN, préc., note 1, p. 267; D. W. ELLIOT, préc., note 76, p. 134-135, 197-203; S. GRAMMOND, préc., note 1, p. 298-301; P. HOGG, préc., note 5, p. 28-25 à 28-28.

242 Jeffrey K. RUSTAND, *Is "inherent Aboriginal Self-Government" Constitutional?*, Canadian Constitution Foundation, 2010, en ligne: <<http://www.canadianconstitutionfoundation.ca/files/24/Is%20Inherent%20Aboriginal%20Self-Government%20Constitutional%20-%20%2012-01-10.pdf>> (à jour au 17 juin 2012); André ÉMOND, « Le sable dans l'engrenage du droit inhérent des autochtones à l'autonomie gouvernementale », (1996) 30 *R.J.T.* 89; Alan C. CAIRNS, « Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples: Aboriginal Nationalism, Canadian Federalism, and Canadian Democracy », (2007) 70 *Sask. L. Rev.* 99, p. 112-114.

243 À ce jour, la Cour suprême a habilement esquivé la question de l'existence d'un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale des autochtones : *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, préc., note 15.

244 AFFAIRES AUTOCHTONES ET DÉVELOPPEMENT DU NORD CANADA, *L'approche du gouvernement du Canada concernant la mise en œuvre du droit inhérent des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale et la négociation de cette autonomie*, Le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale est un droit prévu à l'article 35, en ligne: <<http://www.ainc-inac.gc.ca/al/lde/ccl/pubs/sg/sg-fra.asp#inhrt>> (à jour au 17 juin 2012).

La Commission Royale sur les peuples autochtones en vient à la même conclusion :

La Commission conclut que le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* reconnaît et confirme que le droit inhérent des autochtones à l'autonomie gouvernementale est un droit ancestral et protégé par traité. Ce droit inhérent est désormais inscrit dans la Constitution canadienne, permettant ainsi aux gouvernements autochtones d'agir comme l'un des trois ordres de gouvernement distincts du Canada²⁴⁵.

En tenant pour acquis que le droit à l'autonomie gouvernementale soit effectivement protégé par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, nous comptons examiner si les autorités qui en sont issues sont visées par l'article 32 de la *Charte canadienne*. Sur cette question, les avis divergent. Certains soutiennent l'opinion selon laquelle ces autorités ne seraient pas visées par la disposition en interprétant de façon exclusive les « débiteurs » visés par l'article 32. D'autres, au contraire, croient que l'article 32 ne constitue pas une liste exhaustive des organismes visés et que les gouvernements autochtones feraient partie de la définition de gouvernement, en interprétant la disposition constitutionnelle de manière inclusive. Afin d'y voir plus clair nous analyserons les arguments de ces deux interprétations qui ont à notre sens le plus de poids²⁴⁶. En tout état de cause, nous sommes d'avis que l'autorité dont jouissent ces gouvernements autochtones bénéficiant d'un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale ne saurait se justifier par un rattachement quelconque à l'un ou l'autre des ordres de gouvernements prévus par la Constitution canadienne, considérant leur nature inhérente²⁴⁷. Autrement dit, pour que la *Charte canadienne* s'applique à l'égard de ces gouvernements autochtones, ces derniers doivent nécessairement être visés par son article 32. S'ils ne le sont pas, elle ne s'applique pas, sauf dans la mesure où ils mettent en œuvre une politique gouvernementale.

2.2.1. L'interprétation exclusive de l'article 32

L'argument le plus puissant appuyant cette interprétation exclusive est probablement celui selon lequel la liste des « débiteurs » de l'article 32 est exhaustive et ne peut viser, tel qu'en a statué la Cour suprême²⁴⁸, que les organes législatif, exécutif et administratif des gouvernements fédéral, provinciaux, et territoriaux. Certes, l'article 32 vise aussi d'autres types d'administrations qui ne sont pas des gouvernements au sens de la disposition, tels que les municipalités²⁴⁹, pour autant

245 GOUVERNEMENT DU CANADA, préc. Note 176.

246 Nous passerons sous silence des arguments dont la force de persuasion nous semble faible. Par exemple, nous pouvons penser à l'argument voulant que la *Charte canadienne* ne puisse s'appliquer puisque les groupes autochtones n'auraient pas consenti à cette dernière.

247 Nous ignorerons donc les arguments en ce sens, tels que ceux développés par P. HOGG et M. E. TURPEL, préc., note 177, p. 214.

248 *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, préc., note 95.

249 P. HOGG, préc., note 5, p. 37-18, note 82: Une municipalité n'est pas un gouvernement au sens de

que ces organismes jouissent de pouvoirs délégués ou accomplissent une politique gouvernementale émanant d'un gouvernement reconnu par l'article 32. Or, puisqu'un gouvernement autochtone exerçant des pouvoirs inhérents ne peut pas être qualifié d'autorité déléguée, puisqu'il ne tire pas ses pouvoirs des gouvernements fédéral, provinciaux ou territoriaux et qu'il n'est pas un gouvernement visé par le libellé de l'article 32 de la *Charte canadienne*, il n'est dans ces circonstances pas soumis à la *Charte canadienne*. S'il était de l'intention du constituant de viser l'action gouvernementale au sens élargi du terme, il l'aurait fait, tel qu'en fait part le juriste Kerry Wilkins :

Section 32(1) does not say – as it surely could have said, and more briefly – that the Charter is to apply to 'legislation and government action' generically; instead, its drafters took the trouble to itemize with some care *which* legislatures and governments were to be subject to the Charter *and* the matters in respect of which the Charter was to govern them²⁵⁰.

Rappelons que dans l'arrêt *Dolphin Delivery*²⁵¹ et dans les décisions subséquentes, la Cour suprême a eu à maintes reprises, la possibilité d'étendre le mot gouvernement à l'action gouvernementale de façon générale. Or, la Cour suprême a plutôt préféré limiter le champ d'application de l'article 32 aux branches exécutives et législatives²⁵². Wilkins fait de plus remarquer que jamais dans cette série de décisions, la Cour suprême ne s'est détachée de cette interprétation, bien qu'elle ait à plusieurs reprises clarifié sa pensée sur les composantes de l'action gouvernementale ou sur les paramètres qui déterminent la mise en œuvre d'une politique gouvernementale.

Par exemple, dans un contexte d'élections scolaires, il a été établi par la Cour suprême que l'article 3 de la *Charte canadienne* ne visait seulement que les élections fédérales ou provinciales :

Le droit de voter et celui de se porter candidat sont expressément protégés à l'art. 3 de la Charte, mais seulement pour les élections législatives fédérales ou provinciales. L'intervenante Public School Boards' Association of Alberta soutient que les conseils scolaires ont, en tant qu'institutions publiques locales, un statut constitutionnel au [TRADUCTION] « sens conventionnel ou quasi-constitutionnel ». *Il n'appartient cependant pas à notre Cour de créer des droits constitutionnels à l'égard d'un troisième ordre de gouvernement lorsque, interprété contextuellement, le texte de la Constitution ne le fait pas*²⁵³. [Nos italiques]

l'article 32 de la *Charte canadienne*.

250 K. WILKINS, préc., note 98, p. 67. Voir aussi K. McNEIL, préc., note 98, p. 69; S. GRAMMOND, préc., note 1, p. 341.

251 *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, préc., note 95.

252 *Supra*, p. 23 et suivantes.

253 *Baier c. Alberta*, 2007 CSC 31, [2007] 2 R.C.S. 673, par. 39.

Dans ce passage, la Cour suprême exprime clairement sa volonté de ne pas élargir la portée d'une disposition constitutionnelle lorsque le texte est clair quant à sa portée, puisque ce n'est pas son rôle de le faire.

De plus, l'interprétation exclusive de l'article 32 peut s'appuyer sur la jurisprudence en matière de gouvernements étrangers afin de démontrer que l'article 32 ne vise pas les gouvernements autochtones exerçant des fonctions inhérentes²⁵⁴. L'arrêt *R. c. Hape*²⁵⁵, rendue en matière d'application extra-territoriale de la *Charte canadienne* à des policiers canadiens, illustre bien que la Cour suprême ne s'est jamais détachée de son interprétation originelle du champ d'application de l'article 32 :

Suivant ce libellé, la *Charte* limite le pouvoir tant législatif qu'exécutif du Canada et de chacune des provinces. Déterminer la portée de la *Charte* soulève deux difficultés. Premièrement, le par. 32(1) précise quels acteurs sont liés par la *Charte*. Le Parlement et le gouvernement fédéral ainsi que les législatures et les gouvernements provinciaux doivent se conformer à ses exigences. Deuxièmement, le par. 32(1) précise les pouvoirs, les fonctions ou les activités de ces organes et de leurs mandataires auxquels s'applique la *Charte*. Les limitations imposées par la Constitution visent « tous les domaines relevant » du Parlement ou des législatures provinciales. Toute mesure de l'organe en cause ou d'un mandataire prise dans un domaine qui relève de son pouvoir législatif doit respecter la *Charte*.

[...]

Mon collègue a raison d'affirmer au par. 161 de ses motifs que le par. 32(1) détermine les acteurs auxquels s'applique la *Charte*, et non le lieu où elle s'applique, mais il y a plus. La disposition précise les circonstances dans lesquelles elle s'applique à ces acteurs. Leur seule participation ne suffit pas, malgré l'avis du juge Bastarache. Il faut en outre que l'acte appartienne à l'un des « domaines relevant » du Parlement ou des législatures des provinces. L'enquête criminelle menée en territoire étranger ne saurait appartenir à un domaine relevant du Parlement ou des législatures provinciales, car ceux-ci n'ont pas le pouvoir d'autoriser l'application de la loi à l'étranger. Tout comme l'organisation politique ou le système judiciaire, l'enquête criminelle reste intrinsèquement liée aux organes de l'État ainsi qu'à l'intégrité territoriale et aux affaires intérieures de l'État. Lorsqu'elle a lieu en territoire canadien, elle relève clairement du Parlement et des législatures provinciales, et lorsqu'elle a lieu à l'étranger, il est tout aussi clair qu'elle ne relève pas d'eux²⁵⁶.

Dans cet extrait, la Cour identifie sans hésitation les acteurs visés par l'article 32, à savoir le « Parlement et le gouvernement fédéral ainsi que les législatures et les gouvernements provinciaux », dans tous les domaines relevant de leurs compétences, ni plus, ni moins. Autrement dit, lorsque la violation de la *Charte* implique un acteur qui n'est pas expressément mentionné à son article 32 (tel qu'un gouvernement étranger ou dans le cas qui nous intéresse,

254 K. WILKINS, préc., note 98, p. 69-71; P. MACKLEM, préc., note 99, p. 206.

255 *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292.

256 *Id.*, par. 32 et 94. Voir aussi le paragraphe 74, au même effet.

un gouvernement autochtone) elle ne peut recevoir application²⁵⁷. Ce n'est pas du ressort de la Cour suprême, ou de toute autre cour de justice, d'étendre le champ d'application de la *Charte canadienne* en impliquant des entités qui ne sont pas visées par l'article 32²⁵⁸. C'est d'ailleurs la conclusion à laquelle en est venue la Cour suprême de Colombie-Britannique en interprétant un accord sur l'autonomie gouvernementale :

The petitioners also rely on the rights found at Section 3 and 15 of the Charter. Section 3 deals with the right of Canadians to vote in the elections for members of the House of Commons or of a legislative assembly. Petitioners' counsel submits that the novel form of self-government found in the Agreement is, in fact, a form of legislative assembly. This submission is not consistent with the Charter. Section 32 of the Charter effectively defines a "legislative assembly," and it does not include a government as envisaged by the Agreement²⁵⁹.

Ainsi, de l'avis de cette Cour, un gouvernement autochtone bénéficiant d'un droit à l'autonomie gouvernementale n'est définitivement pas un acteur ciblé par l'article 32 de la *Charte canadienne*²⁶⁰.

En dépit de ce qui précède, même s'il était démontré que la *Charte canadienne* pourrait s'appliquer à d'autres entités qui ne sont pas visées explicitement par l'article 32 et que le champ d'application de la *Charte canadienne* a déjà été étendu de façon à y inclure la common law²⁶¹ ou des ordonnances judiciaires²⁶², rien ne dit que les gouvernements autochtones bénéficiant d'un droit à l'autonomie gouvernementale seraient visés. Des arguments supplémentaires en ce sens seraient nécessaires²⁶³.

2.2.2. L'interprétation inclusive de l'article 32

Une interprétation exclusive de l'article 32 qui se fonde sur le libellé même de la disposition et appuyée par l'interprétation jurisprudentielle qui en a découlé, bien que légitime, comporte ses failles. En effet, elle ne serait pas adaptée aux gouvernements inhérents autochtones ni au contexte, à la finalité et aux objectifs des droits ancestraux et des droits et libertés de la

257 *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 841, par. 27; K. WILKINS, préc., note 98, p. 70-71; S. GRAMMOND, préc., note 1, p. 341.

258 K. WILKINS, préc., note 98, p. 79.

259 *Hardy et al v. Westbank First Nation et al*, 2003 BCSC 878 (CanLII), par. 9.

260 Même si l'objet du litige ciblait un gouvernement autochtone issu de traité, il ne fait aucun doute que les arguments sont transposables dans le cas d'une forme complètement inhérente de gouvernement autochtone.

261 *Société Radio-Canada c. La Reine*, 2011 CSC 3, [2011] 1 R.C.S. 65, par. 13; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835.

262 *B.C.G.E.U. c. British Columbia (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214; *Vidéotron Ltée c. Industries Microlec Produits Électroniques Inc.*, [1992] 2 RCS 1065.

263 K. WILKINS, préc., note 98, p. 69-71.

personne.

Rappelons que le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale n'est pas explicitement inscrit à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, mais constitue plutôt un droit ancestral reconnu et protégé par la disposition constitutionnelle. Or, il est légitime de s'interroger quant à la cohérence entre d'une part, interpréter l'article 35 comme reconnaissant et confirmant un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale et, d'autre part, considérer ce même gouvernement à l'abri de toute application de la *Charte canadienne*²⁶⁴ par une interprétation exclusive de l'article 32. Cet argument a d'ailleurs été repris par la Commission royale sur les peuples autochtones²⁶⁵, bien qu'il soit loin de faire l'unanimité²⁶⁶.

En vertu de cette théorie de l'interprétation inclusive, le domaine d'application général de l'article 32 de la *Charte canadienne* développé par la Cour suprême au cours des deux dernières décennies serait soit mal adapté ou tout simplement inapplicable lorsque surgit la question de l'application de la *Charte* à des gouvernements autochtones jouissant d'une autorité inhérente. Il faut rappeler que le titre aborigène²⁶⁷, qui est le type de droit ancestral se rapprochant le plus du droit à l'autonomie gouvernementale, a été qualifié de *sui generis* par la Cour suprême²⁶⁸. De la même façon, le droit à l'autonomie gouvernementale doit recevoir une qualification semblable.

On sait que l'autorité de ces gouvernements est inhérente, qu'elle n'est pas issue d'une quelconque délégation de pouvoir ou d'une quelconque reconnaissance provenant d'un autre ordre de gouvernement. Cette autorité inhérente des gouvernements autochtones est directement reconnue par la Constitution, via l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. C'est pour cette raison, plus que n'importe quelle autre, que la comparaison avec tout autre type

264 Il faut se rappeler que l'Accord constitutionnel de Charlottetown prévoyait explicitement la reconnaissance du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale de même que son assujettissement à la *Charte canadienne*. Reproduit dans UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE, *L'Entente de Charlottetown*, Bilan du siècle, en ligne: <<http://bilan.usherbrooke.ca/voutes/callisto/dhsp3/lois/Chalottetown.html>> (à jour au 17 juin 2012).

265 GOUVERNEMENT DU CANADA, Bureau du Conseil privé, *Rapport de la Commission royale sur les Peuples autochtones*, Volume 2, Première Partie, Chapitre 3, La fonction gouvernementale, en ligne : <http://www.collectionscanada.gc.ca/webarchives/20071222143108/http://www.ainc-inac.gc.ca/ch/rcap/sg/sh22_f.html> (à jour au 17 juin 2012).

266 K. WILKINS, préc., note 98, p. 75-81.

267 Pour une description sommaire du titre aborigène, voir *supra*, p. 16.

268 *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, préc., note 15, par. 112 et suivants.

de gouvernance que l'on retrouve au Canada est si hasardeuse²⁶⁹.

À cet égard, la comparaison du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale avec d'autres types d'autorités est peu appropriée compte tenu de la nature spéciale et inhérente du droit en question. Ainsi, on ne saurait comparer un gouvernement dont la source de ses pouvoirs est inhérente, reconnue et confirmée par la Constitution, à une municipalité, une université ou un hôpital dont les principaux attributs juridiques, mis à part ce que la loi prévoit à leur égard, sont à toutes fins pratiques similaires à ceux que l'on retrouve chez les personnes physiques ou morales²⁷⁰. En ce qui concerne ces organismes, la Cour suprême se limite à déterminer s'ils font partie de l'un des gouvernements visés par l'article 32 de la *Charte canadienne*. Or, les critères de contrôle gouvernemental ou de mise en œuvre de politique gouvernementale²⁷¹ se révèlent inappropriés dans l'analyse de l'application de la *Charte canadienne* aux autorités autochtones bénéficiant de droits inhérents²⁷².

Le même raisonnement s'applique *a fortiori* en matière de gouvernements étrangers. Contrairement aux gouvernements autochtones, ces autorités ne font même pas partie de « l'appareil étatique canadien »²⁷³. Il est donc clair qu'ils ne sont pas des gouvernements visés au sens de l'article 32 de la *Charte canadienne*.

Pour toutes ces raisons, dans la détermination de l'application de la *Charte canadienne*, il y a lieu de tenir compte de la position constitutionnelle unique des gouvernements autochtones. Cette méthode d'analyse se fonde, d'une part, sur une interprétation évolutive de la *Charte* et, d'autre part, sur les objectifs généraux de la *Charte canadienne* en regard des droits ancestraux et de façon particulière, du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale. En effet, « les textes constitutionnels doivent être interprétés « en fonction des intérêts qu'ils visent à protéger » »²⁷⁴. Les tribunaux ont toujours refusé d'interpréter la Constitution de manière rigide et de façon à ce qu'elle ne puisse pas s'adapter aux réalités contemporaines. Après tout, ne constitue-t-elle pas

269 P. MACKLEM, préc., note 99, p. 208.

270 *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, préc., note 109, par. 35; P. MACKLEM, préc., note 99, p. 207.

271 *Supra*, p. 23 et suivantes.

272 P. MACKLEM, préc., note 99, p. 207: « [...] [T]he statement in *McKinney* that 'the Charter was by s. 32 limited in its application to Parliament and the legislatures, and to executive and administrative branches of governments' addressed the argument that the Charter does not generally apply to the exercise of non-statutory legal authority of a non-governmental actor. Understood in this context, it like wise does not rule out the possibility that inherent Aboriginal governmental authority is subject to the Charter. »

273 G. OTIS, préc., note 74, p. 228; P. MACKLEM, préc., note 99, p. 207-208.

274 *R. c. Van der Peet*, préc., note 30, par. 3.

un arbre vivant en constante évolution²⁷⁵? Cette interprétation évolutive suppose « qu'un instrument constitutionnel de protection des droits et libertés doit être à la disposition du citoyen visé par un acte de contrainte unilatérale émanant d'une autorité publique déployée au nom de la collectivité et dans l'intérêt général »²⁷⁶. Comme l'affirme la Cour suprême :

Ainsi, les tribunaux doivent donner à la Constitution une interprétation fondée sur l'objet parce que les constitutions sont, de par leur nature même, des documents conçus autant en fonction de l'avenir que du présent. La Constitution doit être interprétée de telle sorte qu'elle soit « susceptible d'évoluer avec le temps de manière à répondre à de nouvelles réalités sociales, politiques et historiques que souvent ses auteurs n'ont pas envisagées [...] »²⁷⁷. [Références omises]

C'est dans cette optique d'interprétation évolutive que l'application de la *Charte canadienne* à un gouvernement non reconnu par la Constitution au moment de la rédaction de l'article 32 doit être comprise²⁷⁸.

Mais il y a plus. À la finalité de la *Charte* s'ajoutent aussi les objectifs et la finalité de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* dans le contexte particulier des gouvernements autochtones bénéficiant d'un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale. La conciliation entre les objectifs des droits ancestraux et ceux de la *Charte canadienne* milite pour une interprétation de l'article 32 favorisant une application de la *Charte* aux gouvernements autochtones²⁷⁹. Aux yeux de la Cour suprême, les droits ancestraux doivent « [...] tendre à concilier la préexistence des sociétés autochtones et la souveraineté de Sa Majesté »²⁸⁰. Du même souffle, le plus haut tribunal mentionne également que :

[...] Le par. 35(1) établit le cadre constitutionnel qui permet de reconnaître que les autochtones vivaient sur le territoire en sociétés distinctives, possédant leurs propres cultures, pratiques et traditions, et de concilier ce fait avec la souveraineté de Sa Majesté. Les droits substantiels visés par cette disposition doivent être définis à la lumière de cet objet.

En adaptant cette réalité à celle du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, on pourrait dire que l'objectif du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale est d'affirmer le droit pour les nations autochtones de se gouverner elles-mêmes en fonction de leurs propres cultures,

275 *Edwards c. Canada (A.G.)*, [1930] A.C. 114, 136 (C.P.).

276 G. OTIS, préc., note 74, p. 228.

277 *R. c. Van der Peet*, préc., note 30, par. 21.

278 G. OTIS, préc., note 74, p. 228, en se fondant sur diverses décisions de la Cour suprême, dont *Circ. électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158 et *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429, 2002 CSC 84.

279 C'est la démarche proposée par P. MACKLEM, préc., note 99, p. 208-209, laquelle démarche est appuyée par G. OTIS, préc., note 74, p. 229-230.

280 *R. c. Van der Peet*, préc., note 30, par. 31.

pratiques et traditions²⁸¹.

Toutefois, ce droit ancestral à l'autonomie gouvernementale doit aussi, si l'on s'en tient aux enseignements de la Cour suprême sur l'objet des droits ancestraux, être concilié avec la souveraineté de la Couronne. De l'avis du plus haut tribunal, les droits ancestraux doivent être compatibles avec le système juridique non autochtone²⁸².

La *Charte canadienne*, faisant incontestablement partie du système juridique non autochtone en tant que partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* aurait une portée et une importance égale aux droits ancestraux prévus par la partie II de cette même loi²⁸³.

Qu'en est-il donc de l'objet de la *Charte canadienne*? Il faut se rappeler que le principe fondateur de la *Charte canadienne* et, par le fait même, de tous les instruments canadiens de protection des droits de la personne, est la protection de la dignité humaine inhérente à chaque être humain²⁸⁴ :

Selon la philosophie libérale du Siècle des Lumières, qui a inspiré le Bill of Rights des États-Unis et, plus indirectement, la *Charte*, les droits appartiennent à tous les membres de la société, étant donné que chacun a droit à la dignité et au respect. Les droits sont généraux et universels; ils constituent la manière dont la «dignité inhérente» à chaque individu dans la société est respectée²⁸⁵. [Références omises]

En s'appuyant²⁸⁶ sur ce constat, il faudrait concilier l'objectif des droits ancestraux qui est de protéger des droits collectifs issus d'une occupation antérieure du territoire avec celui de la *Charte canadienne*, qui est de sauvegarder la dignité humaine par l'entremise de droits et libertés individuels²⁸⁷. Comme l'affirme Patrick Macklem :

As we said earlier, critics have claimed that the Charter, because it is premised on liberal values of individual autonomy and freedom, threatens critical aspects of Aboriginal societies, which are premised on collective values of community and responsibility. In contrast, others have argued that the Charter protects less powerful members of Aboriginal societies against potential abuses of Aboriginal governmental authority. Interpreting section 32 of the Charter as applying to the exercise of Aboriginal governmental authority recognized by the constitution best accommodates these competing concerns. A blanket exemption from the Charter would enable Aboriginal governments to ride roughshod over interests associated with Charter rights without necessarily furthering interests associated with indigenous difference. In contrast to a blanket exemption, applying the Charter

281 P. MACKLEM, préc., note 99, p. 208.

282 *R. c. Van der Peet*, préc., note 30, par. 49.

283 *Id.*, par. 19.

284 *Supra*, note 33.

285 *R. c. Van der Peet*, préc., note 30, par. 18.

286 P. MACKLEM, préc., note 99, p. 208.

287 *Id.*, p. 208-209; G. OTIS, préc., note 74, p. 229.

enables the judiciary to develop a much more calibrated approach²⁸⁸.

Selon Macklem, l'interprétation de l'article 32 de la *Charte canadienne* de manière à y inclure les gouvernements autochtones peut, en outre, être une manière de concilier les objets divergents des droits ancestraux et des droits et libertés de la personne. Ainsi, l'exercice du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale demeure compatible avec le système juridique non autochtone.

En somme, l'interprétation inclusive de l'article 32 de la *Charte canadienne* se fonde en bonne partie sur une interprétation large et libérale de l'objet de l'article 32. Cette interprétation fait en sorte de protéger les individus contre tout gouvernement susceptible de porter atteinte à leurs droits ou libertés protégés²⁸⁹. Ainsi, la liste des autorités soumises aux prescriptions de la *Charte canadienne* n'est pas exhaustive de sorte qu'elle ne peut s'appliquer à l'exercice du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale²⁹⁰. Vu ainsi, l'article 32 est la traduction d'un principe plus large de « bonne gouvernance »²⁹¹ et du droit de chaque individu d'être protégé contre les actes des autorités publiques portant atteinte à leurs droits fondamentaux²⁹².

En conclusion, et malgré la légitimité des deux courants d'interprétation de l'article 32 aux gouvernements autochtones, nous sommes d'avis que l'interprétation inclusive reflète davantage la réalité du paysage constitutionnel canadien. Un juge, devant concilier des intérêts divergents, tout en voulant s'assurer que les droits et libertés d'une minorité d'individus autochtones face à leurs gouvernements puissent être respectés, sera fort pressé d'appliquer la *Charte canadienne*. L'application pourrait néanmoins être restreinte par des limites internes propres à la Constitution canadienne²⁹³. Avant d'analyser ces limites, voyons comment s'articule l'application de la *Charte canadienne* aux autres formes de gouvernance autochtone.

2.3. Les gouvernements autochtones issus de traités

En dehors des conseils de bande au sens de la *Loi sur les Indiens* et des gouvernements

288 P. MACKLEM, préc., note 99, p. 208-209.

289 S. GRAMMOND, préc., note 1, p. 339-340; GOUVERNEMENT DU CANADA, préc., note 265.

290 P. MACKLEM, préc., note 99, p. 202; GOUVERNEMENT DU CANADA, préc., note 265.

291 G. OTIS, préc., note 74.

292 *Id.*, p. 230. Par ailleurs, le pouvoir d'une autorité d'imposer son pouvoir public à des individus au nom de l'intérêt général est d'ailleurs l'un des éléments qui a aidé à guider la Cour suprême à conclure à l'application de la *Charte canadienne* aux municipalités : *Godbout c. Longueuil (Ville)*, préc., note 101, par. 51.

293 Notamment par les articles 25 et 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. *Infra*, p. 89 et suivantes.

autochtones bénéficiant d'un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, il existe d'autres formes de gouvernance autochtone et pour lesquelles la *Charte canadienne* est susceptible de trouver application.

La première forme de ces autres formes de gouvernance est bien entendu celle découlant des traités conclus entre des peuples autochtones et la Couronne²⁹⁴.

Une multitude de traités ou ententes existent sous des formes diverses et n'ont pas tous la même portée²⁹⁵. Parmi ceux-ci, on peut compter quatre types de traités : les traités anciens de paix, d'amitié et de commerce, les traités territoriaux, les traités numérotés et enfin, les traités modernes portant sur des accords de revendications territoriales²⁹⁶. Quoi qu'il en soit, nous nous intéresserons ici à ceux qui octroient ou reconnaissent des mécanismes de gouvernance autochtone, qu'ils soient protégés par la Constitution ou non.

Les critères devant être employés afin de déterminer si les gouvernements autochtones créés par traités sont visés par l'article 32 de la *Charte canadienne* sont très similaires à ceux utilisés pour les autres types d'autorités étudiés précédemment. La présente sous-section a pour objectif de faire les distinctions qui s'imposent.

Étant donné que le pouvoir de conclure des traités (ou des ententes n'ayant pas valeur de traité au sens de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*) découle du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, les négociations se font de « gouvernement à gouvernement »²⁹⁷, c'est-à-dire à l'horizontale plutôt qu'à la verticale. En conséquence, dans la grande majorité des

294 La raison pour laquelle nous traitons des gouvernements autochtones issus de traités à ce stade de l'analyse ne devrait pas être assimilé au fait que nous considérons le traité comme un mécanisme de gouvernance d'importance moindre, bien au contraire. En effet, le recours à la voie de la négociation plutôt qu'à la contestation et la confrontation judiciaire constitue à notre sens la voie de l'avenir en termes de gouvernance autochtone.

295 R. c. *Sioui*, préc., note 75.

296 D. W. ELLIOT, préc., note 76, p. 51.

297 AFFAIRES AUTOCHTONES ET DÉVELOPPEMENT DU NORD CANADA, *Note d'information générale sur les politiques du Canada sur l'autonomie gouvernementale et les revendications territoriales et état actuel des négociations*, 2012, p. 2 en ligne: <http://www.aadnc-aaandc.gc.ca/DAM/DAM-INTER-HQ/STAGING/texte-text/al_ldc_ccl_gbnjan2012_1324327698586_fra.pdf> (à jour au 18 décembre 2012) : « Les ententes négociées en vertu de la Politique sur le droit inhérent permettent de délaissier les débats judiciaires au profit d'arrangements pratiques qui s'inscrivent dans le cadre de la Constitution du Canada. Les ententes établissent des rapports de gouvernement à gouvernement qui précisent les compétences et qui traitent des capacités et des responsabilités à l'égard de la mise en œuvre des programmes et de la prestation des services. »

cas, les pouvoirs qui résultent de ces ententes ne sauraient se justifier par la théorie de la délégation de pouvoirs²⁹⁸ :

Treaties, in other words, are constitutional accords, articulating basic terms and conditions of social-co-existence and making possible the exercise of constitutional authority. Unlike legal contracts between the Crown and private citizens, which distribute power delegated by the state to private parties in the form of legally enforceable rights and obligations, treaties establish the constitutional parameters of state power itself.

Accordingly, treaties do not distribute delegated state power, they distribute constitutional authority. Treaties are thus as much a part of the constitutional history of Canada as the Constitutional Act, 1867, which distributes legislative power between the federal and provincial governments. Treaty rights are constitutional rights that flow to Aboriginal people in exchange for allowing European nations to exercise a measure of sovereign authority in North America.

[...]

The treaty process is a means by which competing claims of authority and right can be reconciled with each other by each party agreeing to recognize a measure of the authority of the other²⁹⁹. [Références omises]

En conséquence, l'analyse sur l'application ou l'inapplication de la *Charte canadienne* à l'égard de ce type de gouvernance autochtone se fera essentiellement selon les mêmes principes que ceux portant sur les gouvernements autochtones bénéficiant du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale³⁰⁰. Ainsi, selon que l'on favorise l'interprétation exclusive, la *Charte* ne s'appliquera pas et elle s'appliquera autrement si c'est l'interprétation inclusive de l'article 32 qui devait primer, sous réserve des termes du traité. Cependant, le traité lui-même pourrait remédier à cette incertitude en prévoyant l'application de la *Charte* explicitement³⁰¹. Comme l'écrit Patrick Macklem, rien n'empêcherait des parties à un traité de prévoir l'application de la *Charte canadienne* de manière tout à fait consensuelle :

The more a treaty resembles an act of recognition of Aboriginal rights either extinguished or not previously acknowledged by Canadian law, however, the less likely it will be construed as an executive or legislative grant of power to an entity to undertake actions

298 G. OTIS, préc., note 74, p. 226 :

La conclusion et la mise en œuvre d'un traité mobiliseront sans aucun doute les pouvoirs exécutif et législatif des gouvernements visés par l'article 32 de la Charte. Le législateur ratifiera le traité et adoptera une législation de mise en œuvre afin de le rendre opposable à l'administration et aux tiers. L'effet de cette législation ne sera toutefois pas de transformer le gouvernement autochtone en une simple créature du parlement fédéral ou de la législature provinciale aux fins de l'article 32 de la Charte. Elle vise plutôt à assurer le respect de l'autonomie gouvernementale autochtone dans l'ordre juridique fédéral ou provincial. C'est pourquoi les tribunaux sont peu susceptibles de retenir l'argument avancé par Hogg et Turpel voulant que la législation de mise en œuvre d'un traité rende l'action gouvernementale autochtone imputable aux autorités fédérales (ou provinciales) aux fins de l'article 32. [Références omises]

299 P. MACKLEM, préc., note 99, p. 154-155.

300 *Supra*, p. 56.

301 Cependant, dans ces circonstances, un débat doctrinal subsiste en ce qui a trait à la nature de l'application de la *Charte canadienne*. Est-ce par les termes du traité ou par la Constitution? Les individus autochtones peuvent-ils s'en prévaloir? À ce sujet, voir notamment : G. OTIS, préc., note 74, p. 232-234. *Contra* : K. WILKINS, préc., note 98, p. 74.

that, because of the Charter, the federal and provincial governments themselves could not undertake. In such a case, parties to the treaty could include specific language stipulating that the Charter is to apply to Aboriginal governmental authority recognized by the agreement. Even if the Charter does not independently apply to the exercise of inherent Aboriginal governmental authority, it likely applies on consent of the parties³⁰².

C'est précisément de manière à dissiper tout doute touchant l'application de la *Charte canadienne*³⁰³, que la plupart des ententes consultées précisent que la *Charte canadienne des droits et libertés* y trouve application³⁰⁴, qu'elles soient des traités au sens de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ou non. D'ailleurs, cette façon de faire est conforme à l'esprit de la politique officielle du gouvernement fédéral en vue du règlement des revendications autochtones :

Le gouvernement tient au respect du principe selon lequel tous les gouvernements du Canada sont liés par la *Charte canadienne des droits et libertés*, de façon que l'ensemble des Canadiens, tant les Autochtones que les non-Autochtones, puissent continuer de jouir également des droits et libertés garantis par la Charte. En conséquence, les ententes en matière d'autonomie gouvernementale, y compris les traités, devront prévoir des dispositions mentionnant que la *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique aux gouvernements et institutions autochtones relativement à toutes les questions relevant de leurs compétences et pouvoirs respectifs³⁰⁵.

Ceci révèle que la plupart des traités qui octroient ou reconnaissent des droits à l'autonomie gouvernementale prévoient de manière explicite l'application de la *Charte canadienne*. Ce faisant, la première étape visant à déterminer l'application de la *Charte canadienne* en présence d'une entente sur l'autonomie gouvernementale est de prendre connaissance des dispositions du traité et de vérifier la présence d'une clause assujettissant à la *Charte canadienne* le groupe autochtone partie au traité.

Puisque les traités ou ententes n'ont pas tous la même portée et n'ont pas tous valeur constitutionnelle, nous examinerons quelques exemples typiques d'entente sur l'autonomie gouvernementale afin de distinguer les différents mécanismes d'application de la *Charte*

302 P. MACKLEM, préc., note 99, p. 201.

303 La *charte canadienne* s'applique à la participation provinciale et fédérale ainsi qu'au traité lui-même : P. MACKLEM, préc., note 99, p. 201; G. OTIS, préc., note 74, p. 225.

304 Mary C. HURLEY, *L'autonomie gouvernementale des autochtones*, Division des affaires sociales, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, 2009, PRB 09-23F, p. 8, en ligne: <<http://www.parl.gc.ca/Content/LOP/ResearchPublications/prb0923-f.htm>> (à jour au 17 juin 2012).

305 AFFAIRES AUTOCHTONES ET DÉVELOPPEMENT DU NORD CANADA, préc., note 244, La *Charte canadienne des droits et libertés*, en ligne: <<http://www.ainc-inac.gc.ca/al/lcd/ccl/pubs/sg/sg-fra.asp#cdl>>. D'ailleurs, cette affirmation témoigne de l'incertitude quant au domaine d'application de l'article 32 de la *Charte canadienne* en matière autochtone.

canadienne, soit l'*Accord définitif nisga'a*³⁰⁶, l'*Accord de WestBank*³⁰⁷ ainsi que la *Convention de la Baie-James et du Nord québécois*³⁰⁸.

L'*Accord définitif nisga'a*³⁰⁹ est une entente résultant de plus de deux décennies de négociations. Il constitue un traité au sens de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle*. C'est indéniablement le premier traité à valeur constitutionnelle reconnaissant le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale tel qu'envisagé plus haut³¹⁰. Outre de nombreux pouvoirs législatifs ayant prépondérance sur les lois provinciales et dans certains cas sur les lois fédérales, le traité prévoit à son article 9 que la *Charte canadienne* trouve application :

La *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique au gouvernement Nisga'a concernant toutes les questions relevant de son pouvoir, eu égard au caractère libre et démocratique du gouvernement Nisga'a tel qu'énoncé dans l'Accord³¹¹.

Pour sa part, l'*Accord de WestBank*³¹² se distingue de l'*Accord définitif nisga'a*³¹³. Du consentement des parties, il ne constitue pas un traité au sens de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Cela dit, outre le préambule, l'accord prévoit explicitement à son paragraphe 1(a) qu'il vise à reconnaître le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, tel que

306 *Accord définitif Nisga'a*, Affaires autochtones et Développement du Nord Canada en ligne: <http://www.collectionscanada.gc.ca/webarchives/20071115100228/http://www.aainc-inac.gc.ca/pr/agr/nsga/nis/index_f.html> (à jour au 18 décembre 2012).

307 *Autonomie gouvernementale de la Première nation de Westbank*, Accord entre Sa Majesté la Reine du chef du Canada et la Première nation de Westbank, Affaires autochtones et Développement du Nord Canada, en ligne: <<http://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1100100031766/1100100031768>> (à jour au 17 juin 2012).

308 QUÉBEC, *Convention de la Baie-James et du Nord québécois et conventions complémentaires*, Québec, Les publications du Québec, 2006 (ci-après, *Convention de la Baie-James et du Nord québécois*).

309 *Accord définitif nisga'a*, préc., note 306.

310 *Supra*, p. 56 et suivantes.

311 *Accord définitif nisga'a*, préc., note 306, art. 9, p. 20. Le préambule de la *Loi sur l'Accord définitif nisga'a*, L.C. 2000, c. 7 y va dans le même sens : « Attendu que [...] l'Accord définitif nisga'a déclare que la *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique au gouvernement nisga'a concernant toutes les questions relevant de sa compétence, eu égard au caractère libre et démocratique du gouvernement nisga'a, comme le stipule l'accord [...] ». D'autres traités du même type comportent des clauses similaires d'assujettissement à la *Charte canadienne*, tel qu'en fait foi l'*Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Labrador* : « 2.18.1 La Charte canadienne des droits et libertés s'applique à un gouvernement inuit à l'égard de toutes les matières qui relèvent de son autorité », dans *Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Labrador*, Accord sur les revendications territoriales entre les Inuit du Labrador et Sa Majesté la Reine du Chef de Terre-Neuve-et-Labrador et Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, Affaires autochtones et Développement du Nord Canada, en ligne: <<http://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1293647179208>> (à jour au 17 juin 2012), mis en vigueur par la *Loi sur l'Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Labrador*, L.C. 2005, c. 27.

312 *Autonomie gouvernementale de la Première nation de Westbank*, préc., note 307. L'accord a été mis en œuvre par la *Loi sur l'autonomie gouvernementale de la première nation de Westbank*, L.C. 2004, ch. 17.

313 *Accord définitif nisga'a*, préc., note 306.

discuté plus haut³¹⁴ :

Cet Accord vise à mettre en œuvre des aspects du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale par la Première Nation de Westbank sur les Terres de Westbank en reconnaissant que le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale est un droit ancestral existant au sens de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*³¹⁵.

Tout comme pour l'*Accord définitif niska'a*³¹⁶, cette entente octroie de larges pouvoirs législatifs pouvant être exercés par la nation de WestBank³¹⁷. Les parties ont inclus une clause d'assujettissement à la *Charte canadienne*, qui, par coïncidence, se retrouve à l'article 32 de l'entente :

Le gouvernement de la Première Nation de Westbank et le Conseil sont liés, pour toutes les questions relevant de leur pouvoir, par les dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés*, en tenant dûment compte de l'article 25 de la Charte qui prévoit que le fait que la Charte garantit certains droits et libertés ne porte pas atteinte aux droits ou libertés - ancestraux, issus de traités ou autres - des peuples autochtones du Canada, et les droits et libertés garantis par la Charte sont opposables en ce qui concerne le gouvernement de la Première Nation de Westbank et le Conseil³¹⁸.

Si ces deux derniers accords ne soulèvent pas de doutes quant à l'intention des parties sur l'application de la *Charte canadienne*, le cas de la *Convention de la Baie-James et du Nord québécois*, un traité au sens de la *Loi constitutionnelle de 1982*³¹⁹ constitue un tout autre défi sur le plan de l'analyse. Premier traité moderne du Canada et premier traité de cette envergure, la Convention a été ratifiée en 1975 et a servi de prototype à des ententes postérieures. Comme la *Loi constitutionnelle de 1982* n'existait pas à cette époque, aucune clause d'assujettissement à la

314 *Supra*, p. 56 et suivantes.

315 *Autonomie gouvernementale de la Première nation de Westbank*, préc., note 307, par. 1(a).

316 *Accord définitif niska'a*, préc., note 306.

317 *Autonomie gouvernementale de la Première nation de Westbank*, préc., note 307, art. 20 et suivants. Par contre, l'article 28 de l'accord porte à confusion : « 28. La Première Nation de Westbank peut conclure des accords lui attribuant des pouvoirs, y compris des pouvoirs législatifs, par voie de délégation. » S'agit-il de pouvoirs inhérents ou délégués? En présumant de l'intention des parties et du fait que l'extinction d'un droit ancestral doit être claire et manifeste, les pouvoirs reconnus par l'accord ne peuvent être qu'inhérents. L'article 20 permet cependant d'y voir plus clair : « La Première Nation de Westbank a la capacité juridique de se gouverner elle-même conformément au présent Accord. »

318 *Autonomie gouvernementale de la Première nation de Westbank*, préc., note 307, art. 32.

319 Il ne fait pas de doute que cette convention est un traité au sens de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, notamment en raison du paragraphe (3) de la disposition constitutionnelle. L'arrêt *Québec (Procureur général) c. Moses*, 2010 CSC 17, a confirmé la nature constitutionnelle de la convention en tant que trait. Voir aussi *Bande d'Eastmain c. Gilpin*, [1987] R.J.Q. 1637, AZ-87031179; Sébastien GRAMMOND, « Les effets juridiques de la *Convention de la Baie James* au regard du droit interne canadien et québécois », (1992) 37 *R.D. McGill* 761, p. 779 et suivantes; H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 50, p. 137. Simon PICARD, *La sécurité alimentaire des Inuit au Nunavik: Analyse de la sécurisation du régime foncier issu de la Convention de la Baie James et du Nord québécois*, Mémoire de maîtrise, Québec, Faculté de Droit, Université Laval, 2000, p. 8 et suivantes. Selon M^e Picard, les terres de catégories I, II et III de la Convention de la Baie-James et du Nord québécois demeurent, dans leur essence, de compétence fédérale, même si dans les faits, c'est le Québec qui en détient l'*abusus*.

Charte n'en fait donc partie, malgré les nombreuses conventions supplémentaires qui ont suivi la convention originale.

Bien que nul ne peut douter que le traité a été conclu par les nations concernées en vertu de leurs droits inhérents à l'autonomie gouvernementale, le régime qui s'en est suivi laisse parfois perplexe. En effet, bien qu'éliminant en totalité le régime de la *Loi sur les Indiens*, son héritage subsiste toujours.

La Convention établit diverses catégories de terres auxquelles des régimes d'administration et d'usage sont rattachés. Les terres de catégorie III sont des terres publiques provinciales où les Autochtones ont le droit exclusif d'exploiter certaines espèces aquatiques et certains animaux à fourrure et aussi de participer à l'administration et à la mise en valeur du territoire.

Celles de catégorie II sont des terres provinciales où les Autochtones ont des droits exclusifs de chasse, de pêche et piégeage. Les autochtones et les autorités régionales participent conjointement à leur gestion (chasse, pêche, piégeage, développement du tourisme, exploitation forestière)³²⁰.

Enfin, dans le cas qui nous intéresse, les terres de catégorie IA sont de compétence fédérale (celles de catégorie IB sont de compétence provinciale) à l'usage et au bénéfice exclusifs des Cris et des Naskapis; chez les Inuits, toutefois, les terres sont régies par des villages nordiques où les Inuits forment la majorité de la population. Le régime de gouvernance de ces terres possède beaucoup de similarités avec celui des conseils de bande au sens de la *Loi sur les Indiens* (bien que les compétences et l'autonomie soient plus étendues) ou encore avec les municipalités du Québec. Par contre, ce régime a moins d'autonomie gouvernementale que celui découlant des accords des nations Nisga's ou de Westbank. D'ailleurs, l'appellation conseil de bande est encore utilisée malgré la fin du régime de la *Loi sur les Indiens*, bien que

320 Pour diverses raisons, nous n'analyserons pas l'application de la *Charte canadienne* aux organismes qui administrent ces terres de catégorie II. Nous sommes toutefois d'avis que les principes généraux de l'article 32 de la *Charte canadienne* devraient néanmoins fournir une bonne piste de réflexion, de même que les divers arguments présentés tout au long de ce texte. Ces administrations sont clairement créées par la convention et n'existaient sous aucune autre forme auparavant. De même, la convention prévoit qu'elles constituent des personnes morales de droit public et qu'elles possèdent les mêmes pouvoirs que les personnes morales au sens du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64 (ci-après, *Code civil du Québec*, C.c.q. ou *Code civil*) en plus des pouvoirs spécifiquement prévus par la Convention.

ces nouvelles administrations locales aient obtenu la personnalité morale³²¹.

La *Loi sur les Cris et les Naskapis du Québec*³²² encadre les pouvoirs reconnus à ces conseils de bande, notamment par son article 45³²³. Cette disposition prévoit des compétences similaires à celles assumées par des conseils de bande au sens de la *Loi sur les Indiens* et à celles des municipalités. Dans ce contexte bien particulier, doit-on se référer à nos réflexions sur les conseils de bande au sens de la *Loi sur les Indiens* ou bien sur celles concernant les gouvernements bénéficiant d'un droit à l'autonomie gouvernementale afin de conclure à l'application ou l'inapplication de la *Charte canadienne*?

En d'autres termes, les nations concernées, en échange des avantages offerts par la convention, ont-elles accepté d'être gouvernées par l'intermédiaire d'une délégation de pouvoir du type municipal tout en renonçant à exercer d'autres pouvoirs? Le professeur Grammond s'est posé la question :

Le fait que l'adoption de cette loi [de mise en œuvre d'un accord] ait été précédée par la conclusion d'un accord peut indiquer que les autochtones ont consenti à cette répartition. Cela pose la question de la portée de tels accords : en y consentant, une première nation renonce-t-elle à exercer d'autres pouvoirs que ceux qui y sont expressément énumérés? Pour que ce soit le cas, il faudrait, en principe, qu'une renonciation soit explicite, puisqu'il s'agit là du critère pour conclure à l'extinction d'un droit ancestral. Un tribunal pourrait toutefois tenir compte d'un tel accord pour déterminer si une loi fédérale ou provinciale pose des limites justifiables à l'exercice d'un pouvoir qui n'y est pas énuméré³²⁴.

La réflexion du professeur Grammond nous amène effectivement à présumer que les nations visées par la Convention de la Baie-James et du Nord québécois, et de façon plus particulière,

321 *Loi sur les Cris et les Naskapis du Québec*, L.C. 1984, c. 18, art. 12.

322 *Id.*

323 *Id.*, art. 45 :

45. (1) Sous réserve des autres dispositions du présent article, la bande peut, à des fins de bonne administration locale et en vue d'assurer le bien-être général de ses membres, prendre des règlements administratifs concernant les terres de catégorie IA ou IA-N qui lui ont été attribuées et les habitants de ces terres, notamment dans les domaines suivants :

a) administration de ses affaires et gestion interne;

b) réglementation de bâtiments notamment de la construction, de l'entretien, de la réparation et de la démolition de ceux-ci du point de vue de la protection de la santé et de la sécurité publiques;

c) santé et hygiène, y compris :

[...]

d) ordre et sécurité publiques, y compris :

[...]

e) protection de l'environnement, y compris des ressources naturelles;

f) prévention de la pollution;

g) définition, surveillance et interdiction des nuisances;

[...]

i) sous réserve du paragraphe (5), mise en place et prestation de services locaux [...].

j) voirie, circulation et transports, y compris :[...].

324 S. GRAMMOND, préc., note 1, p. 320.

les conseils de bande formés par la *Loi sur les Cris et les Naskapis du Québec*³²⁵, n'auraient pas consenti à renoncer à jamais à leurs droits de gouvernance inhérents, et que par cette loi, ils continuent à les exercer. Sans surprise, le professeur McNeil, fidèle à son approche, adhère à cette affirmation :

While the statutory jurisdiction that the new band councils can exercise is more extensive than that of their *Indian Act* predecessors, they are no more delegates of Parliament than the band councils they replaced. Neither the Agreement nor the *Cree-Naskapi Act* took away the inherent right to govern themselves that the James Bay Cree retained under the *Indian Act*. The source of the jurisdiction of the James Bay Crees over their lands and peoples originates in that inherent right, rather than in the legislation which regulates its exercise. So when section 45(1) of the *Cree-Naskapi Act* provides that a band “may make by-laws of a local nature for the good government of its Category 1A ... land and of the inhabitants of such land, and for the general welfare of the members of the band,” that is a declaratory affirmation of pre-existing authority rather than an original source of jurisdiction. For this reason, the James Bay Cree band councils, like the *Indian Act* band councils before them, are not brought within the general scope of the *Charter* by section 32(1)³²⁶.

McNeil utilise un raisonnement similaire à celui qu'il a employé à l'égard des conseils de bande au sens de la *Loi sur les Indiens*. Sa logique n'est pas dénuée de tout fondement puisque dans la décision *Bande d'Eastmain c. Gilpin*³²⁷, le juge de la Cour provinciale utilise les termes « souveraineté résiduaire » en tentant de qualifier le régime prévu par la *Loi sur les Cris et les Naskapis du Québec*³²⁸.

Dans cette affaire, il était d'abord plaidé qu'un conseil de bande cris n'avait pas l'autorité nécessaire pour d'édicter des normes réglementaires discriminatoires telles qu'un couvre-feu pour toute personne de moins de 16 ans, de la discrimination fondée sur l'âge. La défense, se fondant sur les conclusions de la Cour suprême dans *Montréal c. Arcade Amusements Inc.*³²⁹ plaidait qu'un Conseil de bande, au même titre qu'une municipalité, devait être expressément habilité à faire de la discrimination dans ses règlements, ce qui n'était pas le cas en l'espèce.

De son côté, la poursuite alléguait que cette règle de droit administratif n'était pas applicable puisqu'au sens de la *Convention de la Baie-James et du Nord québécois*, il ne saurait y avoir de délégation de pouvoir, les Cris jouissant d'une autorité inhérente.

325 *Loi sur les Cris et les Naskapis du Québec*, préc., note 321.

326 K. McNEIL, préc., note 98, p. 94.

327 *Bande d'Eastmain c. Gilpin*, préc., note 319.

328 *Loi sur les Cris et les Naskapis du Québec*, préc., note 321.

329 *Montréal c. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 R.C.S. 368. Le pouvoir de discriminer découle de la souveraineté détenue par les Parlements fédéral et provinciaux.

Dans son jugement, le tribunal a pris acte du fait que les terres de catégorie I sont de contrôle fédéral, que la Convention de la Baie-James a changé la perception d'une absence de souveraineté autochtone et que la convention prévoit à l'article 9.0.1 p) que les pouvoirs pouvant être exercés par ces gouvernements locaux ne sont pas exhaustifs³³⁰.

Bien que le juge qualifie l'administration crie de « type municipal », c'est en raison de la nature locale des pouvoirs qui y sont énumérés plutôt que par un lien de subordination typique aux municipalités :

Elle [la Convention] constitue plus qu'un traité; elle témoigne sans équivoque de *la volonté des autorités de reconnaître aux populations crie des droits exclusifs* sur les terres proprement dites de catégorie 1A mais aussi le droit à une administration locale de type municipal.

La Convention dresse ainsi une nette démarcation entre le régime tutélaire de la loi concernant les Indiens [...] auquel il aura été mis fin une fois ratifiée [...]. C'est pourquoi se dégage-t-il, de l'avis de la Cour, une volonté de rendre aux Cris une autonomie administrative qui se marie mal avec cette sorte de pouvoir traditionnel de surveillance que conservent les Parlements à l'égard du pouvoir réglementaire des autorités administratives qu'ils ont créées. *Il faut situer et interpréter la Convention dans le contexte plus global des revendications légitimes des autochtones auxquelles il a été agréé par les autorités du pays au nom de considérations certainement en partie historiques et qui tiennent vraisemblablement compte d'une entité sociale et culturelle distincte*³³¹. [Nos italiques]

L'explication qui précède ne saurait être transposable aux municipalités qui ne jouissent d'aucun statut particulier en matière d'autonomie gouvernementale. La *Loi sur les cités et villes*³³² peut être modifiée du seul consentement de l'Assemblée Nationale et le statut des villes peut être modifié de façon unilatérale, tel qu'en font foi les fusions municipales qui ont eu lieu au Québec en 2002. Il ne saurait en être le cas ici.

Malgré la qualification de « type municipal », le magistrat a insisté sur le statut unique dont jouissent les cris dans « l'état actuel du droit »³³³ et a affirmé sans réserve que leurs droits sont protégés par la Constitution³³⁴. Il faut donc écarter l'hypothèse suivant laquelle les Cris ne bénéficieraient que d'une législation déléguée :

Toutefois, en raison de l'esprit qui se dégage de la Convention et des textes législatifs qui ont suivi, la Cour ne croit pas être ici en face d'une législation déléguée au sens où on

330 *Bande d'Eastmain c. Gilpin*, préc., note 319, notamment les p. 13 et 14.

331 *Id.*, p. 17.

332 *Loi sur les cités et villes*, L.R.Q., c. C-19.

333 *Id.*, p. 18.

334 *Id.*, p. 21.

l'entend généralement en droit public³³⁵.

S'il ne s'agit pas de législation déléguée, il ne peut s'agir que d'une autorité inhérente reconnue par les termes du traité. Par conséquent, le tribunal confirme la validité du règlement prévoyant une discrimination fondée sur l'âge puisque la règle de non-discrimination sans habilitation expresse en matière municipale ne saurait être applicable. En effet, la Convention octroie « aux bandes crieuses, à l'intérieur des champs de compétence y spécifiés, pleine latitude de légiférer selon les besoins de leurs communautés qu'ils auront eux-mêmes identifiés »³³⁶. La Cour poursuit en affirmant que le pouvoir réglementaire n'est d'aucune façon assujéti à la volonté d'un autre ordre législatif :

Il s'ensuit que l'une des caractéristiques essentielles du pouvoir réglementaire dans notre système de droit, savoir, la subordination, ne se retrouve pas dans le cas qui nous occupe. Le pouvoir réglementaire des conseils de bande n'est pas assujéti à la bonne volonté du Parlement fédéral parce qu'il fait partie des droits garantis par la Constitution. [...] Ainsi, le Parlement fédéral ne pourrait pas, par exemple, par voie législative, retirer aux conseils de bande, le pouvoir de réglementer sur les couvre-feux. Il s'agit là d'une situation unique au Canada. [...] Si le Parlement ne peut légiférer constitutionnellement de façon à porter atteinte aux droits garantis concernant les terres de catégorie IA, il serait étrange que ce même Parlement puisse être présumé avoir conservé le droit de déléguer aux bandes crieuses le pouvoir de réglementer de façon discriminatoire. Il ne paraît pas logique et cohérent que l'on puisse céder irrévocablement [...], un pouvoir tout en se ménageant un droit de regard sur la façon de l'exercer³³⁷.

On pourrait croire que ce jugement mettrait un terme à l'affaire. De façon surprenante, la défense ne s'est toutefois pas arrêtée à son argument de droit administratif. Dans une deuxième requête³³⁸, et en plaidant cette fois-ci une violation du droit à l'égalité prévu à l'article 15 de la *Charte canadienne*, la défense a tenté à nouveau de rendre inopérant le règlement sur les couvre-feux.

Étant donné la conclusion de la Cour provinciale sur la nature inhérente et non déléguée des pouvoirs octroyés aux gouvernements locaux crieuses, des arguments fondés sur l'article 32 de la *Charte canadienne* auraient dû, à notre avis, être présentés. Or, le jugement révèle que cette question ne semble même pas avoir été abordée. D'un côté la défense a allégué qu'il y a eu une violation du droit à l'égalité alors que, d'un autre côté, la poursuite a plaidé le contraire. Au surplus, l'article 25 de la *Charte canadienne* offrirait une protection suffisante.

335 *Id.*, p. 21.

336 *Id.*, p. 24.

337 *Id.*, p. 23-24.

338 *Id.*

La question de l'application de la *Charte canadienne* aurait dû être abordée. Considérant le raisonnement de la Cour en ce qui a trait à la nature du gouvernement local cris, combiné à celui de McNeil et, de manière plus large, à la nature inhérente des pouvoirs des peuples autochtones concluant des traités, nous sommes d'avis qu'en l'absence de clause d'assujettissement à la *Charte canadienne*, la question de l'applicabilité de la *Charte canadienne* doit être posée et tranchée en fonction des interprétations exclusives et inclusives de l'article 32³³⁹. La chose vaut pour tous les traités muets sur la question.

Avant de passer à d'autres formes de gouvernance autochtone, il y subsiste une autre forme d'entente à laquelle nous voulons porter une attention. Dans des situations où une entente prévoit que l'État délègue des pouvoirs par voie d'entente ou de délégation administrative³⁴⁰, il est fort probable qu'un raisonnement analogue à celui proposé dans le cadre des conseils de bande au sens de la *Loi sur les Indiens* soit préconisé quant à l'application de la *Charte canadienne*. Dans ces circonstances, et suivant la doctrine majoritaire, la *Charte canadienne* trouverait très certainement application³⁴¹. C'est ce qu'en a conclu le juge dans *Charlie c. Vuntut Gwitchin Development Corp*³⁴² :

En bref, la *Charte* s'applique donc en général aux gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux et à certaines entités créées par la loi auxquelles les gouvernements confèrent certains pouvoirs. D'autres entités peuvent également faire l'objet d'un examen en fonction de la *Charte*, mais seulement dans la mesure où elles interviennent dans la mise en œuvre d'une politique gouvernementale. Ces arrangements signifient vraisemblablement que la *Charte* régira l'exercice par les gouvernements autochtones de la plupart, voire de tous les pouvoirs d'autonomie gouvernementale qui proviennent des gouvernements fédéral, provinciaux ou territoriaux³⁴³.

Amené à se prononcer sur une entente sans valeur constitutionnelle ne reconnaissant aucun droit inhérent et n'ayant pas de clause spécifique d'assujettissement, la Cour fédérale conclut à l'application de la *Charte canadienne* en vertu des mécanismes relatifs à la délégation de pouvoirs :

[...]L'accord-cadre prévoit une délégation de pouvoirs fédéraux qui permet à une Première nation signataire de soustraire ses terres aux dispositions de la *Loi sur les Indiens* portant sur la gestion des terres. Elle ne garantit pas l'égalité des droits entre les hommes et les femmes. L'accord-cadre n'est pas un traité auquel le paragraphe 35(4) de la Loi constitutionnelle de 1982 s'appliquerait, garantissant ainsi l'égalité entre les hommes et les

339 *Supra*, p. 59 et 62.

340 S. GRAMMOND, préc., note 1, p. 320.

341 Voir par exemple : K. WILKINS, préc., note 98, p. 61 : « It makes sense to assume, as well, that the Charter will govern the use of any additional self-government powers that the federal government may confer on such governments by treaty or agreement. »

342 *Charlie c. Vuntut Gwitchin Development Corp.*, 2002 CFPI 344 (CanLII).

343 *Id.*

femmes³⁴⁴.

[...]

Certes, la Couronne ne peut déléguer aux Premières nations qui sont signataires de l'accord-cadre le pouvoir de prendre des règlements d'application qui violent la Charte³⁴⁵.

En conclusion, la *Charte canadienne* risque de s'appliquer à la grande majorité des traités, soit par renvoi, soit par délégation ou encore, soit par une interprétation inclusive de l'article 32 de la *Charte canadienne*. Certains traités peuvent soulever des difficultés particulières. C'est le cas notamment de la *Convention de la Baie-James et du Nord québécois*. Cela dit, l'exemple de la cause *Bande d'Eastmain c. Gilpin*³⁴⁶ démontre qu'en pratique, la plupart de ces obstacles demeurent théoriques et que dans le doute, les juges préfèrent appliquer la *Charte canadienne*, ne voulant pas priver un groupe de leurs droits fondamentaux au détriment d'un pouvoir public.

2.4. Les formes de gouvernance traditionnelle non reconnues par la Constitution

Le dernier type de gouvernance autochtone qui peut se manifester dans l'espace juridique canadien est en quelque sorte une catégorie résiduaire. Il s'agit en fait de l'ensemble des formes traditionnelles de gouvernance autochtone³⁴⁷ qui ne sont pas reconnues par la *Loi sur les Indiens* ou bien qui fonctionnent en marge du régime imposé par la *Loi sur les Indiens* ou encore, à titre complémentaire³⁴⁸. Bien souvent, l'autorité de ces types de gouvernements est reconnue *de facto* par la communauté, bien que son existence ne soit pas officielle, ou du

344 *B.C. Native Women's Society c. Canada* (1re inst.), [2000] 1 C.F. 304.

345 *Id.*, par. 23.

346 *Bande d'Eastmain c. Gilpin*, préc., note 319.

347 Par forme de gouvernance traditionnelle, nous ne voulons aucunement insinuer que ce type de gouvernance est demeuré figé à un moment ou l'autre du temps et n'aurait pas su s'adapter aux temps modernes, bien au contraire. L'arrêt *Lovelace c. Ontario*, préc., note 25, par. 12-13, illustre ce à quoi peut ressembler ce type distinct de gouvernance :

Toutes les parties appelantes, sauf l'AMAO, se désignent comme étant des communautés. Même si Be-Wab-Bon et l'Association des Métis de Bonnechere se sont officiellement constituées en organismes de service à but non lucratif, elles ont dit l'avoir fait afin de doter [TRADUCTION] «la communauté d'une voix organisationnelle» et d'avoir accès à des sources de financement de projets. L'AMAO est un organisme à but non lucratif qui a été constitué afin de représenter les intérêts des Autochtones vivant hors réserve à l'égard de questions touchant le territoire, les ressources, les services sociaux, le logement, l'éducation, le développement économique et la reconnaissance des droits ancestraux inhérents. Bien qu'elle sollicite le droit de participer aux négociations relatives à la distribution des recettes du Fonds des Premières nations, l'AMAO ne demande pas une part de ces recettes.

Les appelants Lovelace peuvent être décrits comme des communautés dotées de formes traditionnelles de gouvernement autochtone. Elles tirent respectivement leurs racines ancestrales des Nations Mississauga (Kawartha), algonquine (Association des Métis de Bonnechere et Première nation d'Ardoch) et ojibway (Poplar Point et Beaverhouse). Leurs structures ancestrales, communautaires, politiques et sociales sont fondées sur les notions de famille ou de clan, les familles étant liées par l'usage commun de terres et par des intérêts sociaux communs. Elles ont établi des conseils de chefs de famille, et un chef ou un représentant est élu par la communauté. La structure organisationnelle de l'Association des Métis de Bonnechere a intégré une caractéristique essentielle du gouvernement algonquin en instituant le Cercle des aînés et en faisant de celui-ci l'organe décisionnaire le plus important de l'organisme.

348 *Supra*, p. 50 et suivantes, de même que la p. 57, note 239.

moins, sans reconnaissance juridique formelle de l'ordre juridique canadien. Le professeur Grammond tente de définir ce type unique de gouvernance de cette manière :

Aux yeux du droit canadien, celles-ci sont dépourvues de gouvernement. Or, elles peuvent néanmoins décider d'organiser elles-mêmes leurs institutions politiques, sans attendre l'intervention de l'État. Ces institutions empruntent souvent la forme juridique de la personne morale sans but lucratif. Fondées sur le consentement de leurs membres, de telles associations ne peuvent normalement pas exercer de pouvoir de contrainte³⁴⁹.

Il n'est pas acquis que toutes ces formes de gouvernance exercent un droit ancestral à l'autonomie gouvernementale reconnu et protégé par la Constitution. Dans ces circonstances, il paraît plus prudent de s'interroger sur l'application de la *Charte canadienne* à leur égard à l'extérieur du contexte des droits ancestraux.

Le professeur Grammond suppose que ces gouvernements seraient assimilés, en droit canadien, à des personnes morales de droit privé. Formellement, ces associations prennent en effet la forme d'organismes sans but lucratif. Or, la Cour suprême a jugé que la *Charte canadienne* ne vise pas ces entités, puisqu'elles ne mettent pas en œuvre de politiques gouvernementales particulières³⁵⁰.

Ainsi, ces modes de gouvernance ne seraient pas visés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et ne seraient définitivement pas sous le contrôle de l'un ou l'autre des gouvernements nommés à l'article 32 de la *Charte canadienne*.

Nous ne voyons pas comment certains des actes de ce type de gouvernement pourraient être assujettis à la *Charte canadienne* en exécutant une politique gouvernementale, car les gouvernements visés à l'article 32 ne les reconnaissent même pas. En effet, comment une entité pourrait-elle faire partie d'un gouvernement qui ne la reconnaît même pas? De même, en agissant la plupart du temps par consensus des membres, le pouvoir de contrainte nécessaire pour affirmer que l'organisme exerce des fonctions gouvernementales est particulièrement

349 S. GRAMMOND, préc., note 1, p. 297.

350 *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, préc., note 109, par. 35 :

Les personnes morales de droit privé sont entièrement des créatures de la loi; elles n'ont pas d'autres pouvoirs que ceux découlant de leur loi constitutive. Toutefois, la Charte ne s'applique pas à elles, parce que les législatures ne leur confient pas la mission de mettre en œuvre des politiques gouvernementales déterminées. Évidemment, il est possible que les gouvernements désirent que les personnes morales contribuent à la réalisation de certains objectifs socio-économiques, et qu'ils adaptent les conditions d'existence de celles-ci en fonction de ces objectifs. Mais une fois constituées, les personnes morales sont tout à fait indépendantes de l'État; elle ne sont habilitées à exercer, en matière de contrat et de droit de propriété, que les mêmes pouvoirs que les personnes physiques. En conséquence, même si les textes de loi créant les personnes morales sont assujettis à la Charte, les personnes morales elles-mêmes ne font pas partie du «gouvernement» pour l'application de l'art. 32 de la Charte.

affaibli. En s'appuyant sur les travaux du professeur Macklem nous soutenons que les concepts occidentaux des formes de gouvernance ne peuvent pas, dans bien des cas, traduire clairement la réalité des gouvernements autochtones³⁵¹.

Toujours est-il que nous nageons en plein cœur d'une forme de pluralisme juridique alors que des entités gouvernementales fonctionnent en marge du régime étatique dans lequel l'État n'a plus de monopole du droit : « L'expression « droit autochtone extra-étatique » fait référence à des règles de droit dont le foyer autochtone de production se trouve entièrement ou substantiellement à l'extérieur des instances de l'État. »³⁵²

Section 3. Les règles de droit autochtones et l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*

Au cours de la précédente section, nous avons constaté que dans de nombreux cas, la *Charte canadienne des droits et libertés de la personne* s'applique aux gouvernements autochtones, ceux-ci étant visés d'une manière ou d'une autre par l'article 32 de la *Charte canadienne*. Ainsi, l'action gouvernementale³⁵³ de ces gouvernements est susceptible de révision et réparation³⁵⁴, et ce, comme le prévoit l'article 24³⁵⁵ de la *Charte canadienne*. Toutefois, en dehors des cas de mauvaise foi³⁵⁶, une règle de droit qui serait contraire à la *Charte canadienne* n'est pas susceptible d'engendrer une réparation en vertu de l'article 24 de la *Charte canadienne*. Le remède approprié à ces situations se trouve plutôt à l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui établit que « [l]a Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend

351 *Supra*, p. 31, particulièrement la note 136.

352 Ghislain OTIS, « La place des cultures juridiques et des langues autochtones dans les accords d'autonomie gouvernementale au Canada », (2009) 54 *R.D. McGill* 237, p. 241.

353 P. HOGG, préc., note 5, p. 40-28.

354 Pour des illustration de la gamme possible de réparations en vertu de cette disposition, voir notamment *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse*, [2003] 3 R.C.S., 258, par. 54 à 59.

355 *Charte canadienne*, article 24 : « 24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances ». Dans *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, par. 37, La Cour suprême mentionne que ce recours est ouvert autant aux personnes physiques que morales : « Le paragraphe 24(1) prévoit un redressement pour les personnes, aussi bien physiques que morales, qui ont été victimes d'une atteinte aux droits qui leurs sont garantis par la Charte ».

356 *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances); Rice c. Nouveau-Brunswick*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405. Cependant, voir *R. c. Demers*, [2004] 2 R.C.S. 489, 2004 CSC 46 et Vinay SHANDAL, « Combining Remedies under Section 24 of the Charter and Section 52 of the Constitution Act, 1982: A Discretionary Approach », (2003) 61 *U.T. Fac. L. Rev.* 175, où l'on discute de la possibilité d'une réparation au sens d'article 24 de la *Charte canadienne* combinée à une déclaration d'inconstitutionnalité.

inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit »³⁵⁷.

L'effet d'une telle règle inopérante est la nullité *ab initio*³⁵⁸. Cependant, en matière de droits fondamentaux, les tribunaux ont développé des remèdes moins drastiques autres que la nullité pure et simple en raison des intentions, objectifs ou buts des règles qui peuvent par ailleurs être valides³⁵⁹. Pour ces motifs, les tribunaux ont développé de nouvelles solutions de rechange à une nullité pure et simple³⁶⁰ dont les principes sont exposés dans l'arrêt *Schachter c. Canada*³⁶¹.

Or, qui dit gouvernement et parlement dit nécessairement élaboration de diverses normes de conduites auxquelles les personnes assujetties à son autorité devront se soumettre. Dans certains cas, ce sont ces mêmes gouvernements et parlements qui élaborent ces normes tandis que dans d'autres cas, les normes sont plutôt le fruit de coutumes tirées de la pratique et des usages de la communauté.

Cette diversité des normes de droit autochtone rend bien évidemment encore plus complexe la question de savoir quelles sont les normes issues des communautés autochtones visées par l'article 52 de la *Charte canadienne*? Est-ce que les normes mises en œuvre par des gouvernements ou des groupes autochtones par l'entremise de leurs coutumes sont visées par l'article 52? En d'autres mots, constituent-elles des règles de droit susceptibles d'être déclarées inopérantes pour violation de la *Charte canadienne*? Dans l'affirmative, elles pourraient faire

357 *Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52. La déclaration d'inconstitutionnalité de l'article 52 ne vise pas des réparations personnelles, tel que le rappelle la Cour suprême dans l'arrêt *Ravndahl c. Saskatchewan*, [2009] 1 R.C.S. 181; 2009 CSC 9, par. 26 : « Comme les demandes de réparations personnelles sont prescrites, les réparations découlant de l'application de l'art. 52 ne seraient pas personnelles. Il s'agirait plutôt de réparations dont pourrait bénéficier l'appelante, à titre de personne touchée. »

358 H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 50, p. 1004; *Renvoi: Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, par. 52.

359 V. SHANDAL, préc., note 356, p. 179; Danielle PINARD, « Les sanctions d'une règle de droit législative incompatible avec la Charte canadienne des droits et libertés: le reading in, le reading down, l'interprétation large, l'interprétation atténuée, etc.! », (2003) 63-Numéro spécial en marge du 20e anniversaire de l'adoption de la Charte canadienne des droits et libertés *R. du B.* 421, p. 462.

360 À titre indicatif, dans D. PINARD, préc., note 359, p. 433, l'auteure Danielle Pinard, tout en faisant une revue de ces remèdes, critique la confusion qui règne à ce sujet à la Cour suprême, particulièrement au niveau de l'interprétation d'une disposition, qui relèverait plus de l'analyse préalable à la sanction que du remède lui-même.

361 *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679. On peut penser à la «dissociation» (*severance*) qui permet à un tribunal de déclarer une disposition inconstitutionnelle tout en gardant le reste de la règle de droit en vigueur ou encore à l'«interprétation atténuée» (*reading down*) qui consiste essentiellement à interpréter une disposition ambiguë de façon à ce qu'elle soit compatible avec la constitution en limitant sa portée. L'«interprétation large» (*reading in*) consiste à élargir la portée d'une disposition jugée inconstitutionnelle en, par exemple, ajoutant un groupe illicitement exclu d'un régime ou bénéficiaire quelconque tandis que l'exemption constitutionnelle, rend la disposition attaquée inopposable à la partie requérante ou à un petit groupe tout en gardant la règle en vigueur.

l'objet de contestation en vue d'une déclaration d'inconstitutionnalité pour non-compatibilité à la *Charte canadienne*. Des règles coutumières intimement liées aux traditions et aux spécificités des peuples autochtones pourraient ainsi être remises en question.

3.1. Les règles de droit visées par l'article 52

Dans son interprétation de l'article 52, la Cour suprême a toujours préconisé une interprétation large du terme « règle de droit » auquel la disposition fait référence³⁶². Ainsi, l'article 52 est utilisé contre toute norme juridiquement exécutoire d'application générale, soit des lois, des règlements ou des principes de common law³⁶³ ou encore des conventions collectives³⁶⁴.

Dans l'arrêt *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants — Section Colombie-Britannique*³⁶⁵, la Cour suprême devait déterminer si des politiques de commissions de transport autorisant la publicité commerciale, mais non la publicité politique sur les véhicules de transport en commun violaient le droit à la liberté d'expression. Après avoir estimé qu'au sens de l'article 32 de la *Charte canadienne* les deux commissions de transport constituaient des entités gouvernementales (l'une étant mandataire du gouvernement et l'autre assujettie au gouvernement local) dont toutes les activités sont visées par la *Charte canadienne*, la Cour a conclu que les politiques publicitaires violaient la liberté d'expression.

L'une des questions à résoudre était de « déterminer si la politique obligatoire d'application générale adoptée par une entité gouvernementale peut être qualifiée de « règle de droit » aux fins du par. 52(1) »³⁶⁶. Et puis, la Cour suprême ajoute :

Chacune des politiques des commissions de transport constitue clairement une « règle de droit » au sens du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Elle a été adoptée par une entité gouvernementale en vertu de son pouvoir de réglementation. En l'espèce, les commissions de transport ont exercé leur pouvoir de réglementation délégué pour adopter des politiques qui restreignent de façon injustifiée la liberté d'expression des intimées. Leurs politiques sont des règles obligatoires d'application générale qui établissent les droits des citoyens d'utiliser l'espace publicitaire des autobus. À mon avis, les politiques

362 *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants — Section Colombie-Britannique*, 2009 CSC 31, [2009] 2 R.C.S. 295, par. 86.

363 Dans H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 50, p. 998.

364 *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin; Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504, par. 38.

365 *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants — Section Colombie-Britannique*, préc., note 362.

366 *Id.*, par. 86.

publicitaires des commissions de transport s'entendent de « règles de droit » au sens du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et peuvent par conséquent être déclarées inopérantes dans la mesure de leur incompatibilité³⁶⁷. [Nos italiques]

Il ressort de ce passage deux points importants. D'abord, une règle de droit au sens de l'article 52 doit être adoptée par une entité gouvernementale³⁶⁸. Ainsi, ne serait pas une règle de droit au sens de l'article 52 les règlements d'une entité qui n'est pas un gouvernement visé par l'article 32³⁶⁹. Autrement dit, la règle de droit a besoin d'un port d'attache constitué par l'entité gouvernementale.

Ensuite, comme nous l'avons vu, il faut que la règle soit obligatoire et d'application générale, contrairement à un simple énoncé de politique ou un document administratif, par exemple.

Dans les faits, la notion de « règle de droit » au sens de l'article 52 est surtout utile à l'étape du choix des réparations. S'il ne s'agit pas d'une règle impersonnelle d'application générale, le remède à appliquer se fondera alors sur l'article 24 de la *Charte canadienne*.

En appliquant cette logique aux règles produites par des gouvernements autochtones, rien n'indique qu'un raisonnement différent devrait être opéré. À chaque fois qu'un gouvernement autochtone visé par l'article 32 (que ce soit un conseil de bande, un gouvernement autochtone jouissant de droits inhérents ou par traité) élabore une règle de droit telle que décrite ci-haut, que ce soit une loi, un règlement, une convention collective ou une politique ayant une portée générale, cette règle est susceptible de devenir inopérante si elle viole des garanties imposées par la *Charte canadienne*. À l'inverse, des règles ou des coutumes élaborées par des gouvernements autochtones qui évoluent en marge du droit étatique sont peu susceptibles d'être qualifiées de règle de droit au sens de l'article 52.

3.2. Le cas particulier des coutumes autochtones

Le cas des coutumes autochtones soulève plus de difficultés. Comme il peut y avoir plusieurs types de coutumes tout aussi différentes les unes des autres, il est difficile d'établir une solution générale afin de déterminer si elles peuvent être considérées comme des règles de droit au sens de l'article 52.

367 *Id.*, par. 90.

368 Se pose la question à savoir si l'entité gouvernementale dont serait issue la règle de droit au sens de l'article 52 pourrait être plus englobante et inclure des gouvernements qui ne sont pas visés à l'article 32.

369 *Keenan v. Certified General Accountants Assn. of British Columbia*, 1999 CanLII 5767 (BC SC).

Il paraît raisonnable d'assumer qu'une coutume, qu'importe sa source formelle, est une pratique, une façon de faire issue de répétitions d'actes qui s'est perpétuée par le temps, qui peut évoluer et qui est communément acceptée par la société en faisant l'objet d'un large consensus³⁷⁰.

Selon nous, sous réserve du fardeau de preuve requis, les coutumes constituent potentiellement des règles de droit visées par l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, dans la mesure où elles sont formellement incorporées dans le « droit étatique », soit par codification ou par renvoi. On peut penser à celles qui sont reconnues par la *Loi sur les Indiens*³⁷¹ ou par les termes d'un traité³⁷² ou tout autre acte législatif autochtone en ce sens. C'est ce que la Cour fédérale semble vouloir reconnaître :

L'avocat de Sakimay a également fait valoir, dans son argumentation orale, que le fait de refuser à Mme Scrimbitt ses droits d'appartenance à la bande était prescrit par une règle de droit parce qu'en agissant ainsi Sakimay se conformait à sa coutume. À mon avis, comme j'en ferai mention ci-dessous en examinant l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, Sakimay n'a pas déposé une preuve suffisante pour établir cette prétendue coutume. Si la coutume peut constituer le fondement d'une limite prescrite par une règle de droit au sens de l'article premier de la Charte, en l'espèce la coutume alléguée n'a pas les attributs d'une règle de droit.³⁷³

Cet extrait démontre que le juge de la Cour fédérale, sous réserve d'une preuve convaincante, aurait été en mesure d'assimiler la coutume à une règle de droit³⁷⁴.

Par ailleurs, même sans incorporation spécifique, il est probable que les traditions légales autochtones, dont les coutumes font partie intégrante, fassent partie du droit commun au même titre que le droit civil ou la common law. Dans l'extrait qui suit, l'auteur John Borrows affirme que le droit d'origine autochtone continue à coexister avec le droit civil et la common law :

The aspiration of many Indigenous communities are still largely turned towards their own norms and values. Indigenous peoples' agency continue to exist. As such, Indigenous legal perspectives and traditions continue to shape Canadian law by being a part of it. [...]

370 *Francis c. Conseil mohawk de Kanesatake*, préc., note 185, par. 22 et suivants.

371 *Supra*, p. 35 et suivantes. On y retrouve les coutumes électorales de la bande ainsi que celles relatives à l'adoption d'enfants.

372 *Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Labrador*, préc., note 311. La coutume fait, par exemple, partie du droit commun des Inuits du Labrador au sens de leur Constitution: *Labrador Inuit Constitution*, NUNATSIYAVUT, Nunatsiavut Assembly, chapitre 9, art. 9.1.1 et suivants, en ligne: <<http://www.nunatsiavut.com/images/stories/depts/assembly/labrador%20inuit%20constitution.pdf>> (à jour au 17 juin 2012).

373 *Scrimbitt c. Conseil de la bande indienne de Sakimay* (1re inst.), préc., note 194, par. 68.

374 Bien que dans ce cas, le juge faisait référence à une règle de droit au sens de l'article premier de la *Charte canadienne*.

[...] [T]here are sound arguments that Indigenous rights, obligations, and conflict resolution procedures are compatible with the Crown's assertion of sovereignty. Indigenous peoples believe many of their rights were not surrendered by treaties and were not extinguished by clear and plain government legislation, if reconciliation is the lens through which the courts interpret the parties' relationships. They believe that their laws coexist with common law and civil law traditions, and they are a strong part of Canada's constitutional inheritance³⁷⁵.

Ainsi, les coutumes autochtones pourraient répondre aux mêmes règles qui assujettissent le droit commun des deux autres grandes traditions juridiques du Canada à la *Charte canadienne*. Comparons d'abord l'assujettissement du droit civil et de la common law à la *Charte canadienne*. Le cas du droit civil, par l'entremise du *Code Civil du Québec* en tant que droit codifié, n'a jamais posé de problème³⁷⁶. Par contre, la common law, qui constitue en fait une « coutume » jurisprudentielle (autrement dit, du droit de nature jurisprudentielle, la « coutume des tribunaux »), mérite un peu plus de réflexion. Or, la Cour suprême a déjà statué que la common law est soumise à la *Charte canadienne*. Toutefois, ce qu'elle appelle la « common law » privée n'y est pas assujettie. Dans ce cas, ce ne serait que les valeurs de la charte auxquelles les règles de common law devraient se conformer³⁷⁷. Les mêmes principes devraient donc prévaloir en matière de coutumes autochtones. L'analogie entre la common law et les coutumes autochtones est, à notre sens, pertinente, puisque les deux systèmes reposent essentiellement sur les mêmes bases.

La coutume qui ne serait pas intégrée dans le droit étatique ne serait pas directement soumise à la *Charte canadienne*, sauf les cas où la règle coutumière est à la base d'un acte étatique. Dans ces circonstances, la coutume serait assimilée à des pratiques de common law privée, laquelle n'est pas directement assujettie à la *Charte canadienne*. De plus, il y a encore moins de raisons d'y appliquer la *Charte canadienne*, puisqu'une coutume émane par nature du groupe

375 J. BORROWS, préc., note 148, p. 136-137.

376 Cependant, France ALLARD, «L'impact de la *Charte canadienne des droits et libertés* sur le droit civil: une relecture de l'arrêt *Dolphin Delivery* à l'aide d'une réflexion sur les sources du droit civil québécois », (2003) 63-Numéro spécial en marge du 20e anniversaire de l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés R. du B.* 1, p. 71, s'est intéressé au droit civil coutumier en concluant que les principes énoncés par la Cour suprême pour la common law devraient être transposables en droit civil. Ce qui ajoute à notre hypothèse selon laquelle la conclusion devrait être sensiblement la même pour les coutumes autochtones, telle qu'en fait part l'auteure : « [...] En utilisant la distinction entre le droit écrit et droit le non écrit, la *Charte canadienne* peut alors avoir un impact direct dans le développement de la coutume et des principes généraux du droit qui, en droit civil, ont une fonction similaire à la common law. »

377 *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, préc., note 95 : La Charte s'applique à la common law dans la mesure où celle-ci constitue le fondement d'un acte gouvernemental qu'on dit porter atteinte à un droit ou à une liberté garantis; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, préc., note 261; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, préc., note 261; P. HOGG, préc., note 5, p. 37-23 et ss.

autochtone et non de son « gouvernement », sans qu'il n'y ait l'intervention de l'État ou des tribunaux, contrairement à la common law. Ce groupe, bien qu'élaborant des règles de droit, ne serait pas un acteur visé par l'article 32 de la *Charte canadienne*, ne répondant pas aux critères d'assujettissement de la *Charte*.

En terminant, nous ne saurions passer sous silence le fait que certaines coutumes jouissent d'un statut supralégislatif en tant que droit ancestral reconnu par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*³⁷⁸ :

En effet, il est possible d'affirmer que la reconnaissance des coutumes et des systèmes juridiques autochtones constitue un droit ancestral protégé par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il s'agirait, en fait, d'une manifestation du droit à l'autonomie gouvernementale. Une loi ne pourrait donc pas éteindre ou remplacer une coutume sans que l'État n'ait démontré sa justification selon le critère de l'arrêt *Sparrow*³⁷⁹.

Faisant partie de la Constitution au sens de l'article 52, ces coutumes ne sauraient être rendues inopérantes par l'effet d'autres dispositions de la même constitution. Que la coutume soit qualifiée de règle de droit ou non au sens de l'article 52, on ne pourrait pas invoquer une disposition de la *Charte* à l'aide du remède prévu à l'article 52 afin d'invalidier une coutume reconnue par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, puisqu'une partie de la constitution ne saurait en violer une autre. L'exercice de cette coutume demeurerait cependant assujetti à la *Charte*. En effet, les actes juridiques pris en vertu d'une coutume de rang constitutionnel pourraient cependant être assujettis à la *Charte canadienne*, dans la mesure où ces actes n'auraient qu'un rang infraconstitutionnel³⁸⁰.

En résumé, le présent chapitre nous a révélé que s'il va de soi que des individus autochtones peuvent se prévaloir de la *Charte canadienne* à l'encontre des gouvernements fédéral et provincial de la même manière que tout autre citoyen canadien, il en va tout autrement de la question de son application à des gouvernements autochtones. Cette problématique est en effet, d'une complexité non négligeable dont l'issue est, à ce jour, encore loin d'être scellée.

Malgré tout, il se dessine, autant dans la jurisprudence que dans la doctrine, une tendance lourde en faveur de son application aux diverses formes de gouvernance autochtone. À notre

378 Par exemple, dans *Casimel v. Insurance Corp. of British Columbia*, préc., note 61, on a reconnu comme étant un droit ancestral des coutumes liées à l'adoption d'enfants.

379 S. GRAMMOND, préc., note 1, p. 291.

380 Comme nous le verrons en détail au prochain chapitre, *infra*, p. 89.

avis, rien ne laisse supposer que cette tendance sera inversée dans le futur.

Cependant, il ne suffit pas de dire que la *Charte canadienne* s'applique, encore faut-il savoir comment et pourquoi elle s'applique et quelles sont les limitations et modulations de son application en matières autochtones. C'est ce que nous allons découvrir au prochain chapitre.

Chapitre II. Les articles 25 et 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* : une entrave partielle à l'application de la *Charte canadienne*

Nous avons décrit l'incertitude juridique qui règne quant à l'application de la *Charte canadienne* aux diverses formes de gouvernements autochtones. Au présent chapitre, nous poursuivrons l'analyse en supposant, par souci de commodité, que l'article 32 vise tous les gouvernements autochtones reconnus ou susceptibles d'être reconnus dans l'ordre étatique canadien, et ce, dans toutes leurs sphères d'activités. Par conséquent, non seulement des citoyens autochtones pourront invoquer les droits et libertés prévus à la *Charte canadienne* à l'encontre des gouvernements fédéral et provincial, comme cela a d'ailleurs toujours été le cas, mais aussi à l'endroit de leurs gouvernements autochtones respectifs.

Suivant cette hypothèse, l'objectif de ce chapitre sera de se pencher sur la question des modalités de l'application de la *Charte canadienne* et des rapports qu'elle entretient avec les trois ordres de gouvernements qui régissent la vie des autochtones dans une perspective plus large. En effet, diverses situations sont susceptibles de surgir outre celles qui témoignent d'une violation d'un droit ou liberté prévu par la *Charte canadienne* par un gouvernement autochtone à l'encontre d'un citoyen autochtone ou non. Par exemple, on peut penser aux effets de la *Charte canadienne* à l'égard des droits ancestraux ou issus de traités dont l'autonomie gouvernementale fait partie, considérant le jeu parfois contradictoire des droits individuels et collectifs. Nous pouvons aussi concevoir des cas où des non-autochtones contesteraient à l'aide de la *Charte canadienne* certains avantages octroyés par un ordre de gouvernement à des Autochtones.

Certaines dispositions de la *Charte canadienne* et de la Constitution canadienne comportent des mécanismes qui ont pour effet de moduler, voire de limiter l'application et les effets de la *Charte canadienne*. Nous dégagerons les principes de ces diverses dispositions constitutionnelles et leurs rapports avec la *Charte canadienne*.

De toutes les dispositions de la Constitution du Canada, ce sont probablement les articles 25 et 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui ont vraisemblablement l'impact le plus significatif sur l'application de la *Charte canadienne* en matières autochtones. Ces dispositions font explicitement référence aux droits ancestraux ou issus de traités des peuples autochtones.

Pour plus de commodité, voici une reproduction de ces deux dispositions constitutionnelles :

25. Le fait que la présente charte garantit certains droits et libertés ne porte pas atteinte aux droits ou libertés — ancestraux, issus de traités ou autres — des peuples autochtones du Canada, notamment :

- a) aux droits ou libertés reconnus par la proclamation royale du 7 octobre 1763;
- b) aux droits ou libertés existants issus d'accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis.

35.(1) Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés [...] ³⁸¹.

L'article 35, situé à l'extérieur de la *Charte canadienne*, crée des droits substantifs en reconnaissant et confirmant des droits ancestraux ou issus de traités. L'article 25, disposé en plein cœur des dispositions générales de la *Charte canadienne*, n'est pas créateur de droits mais prévoit que la *Charte canadienne* ne doit pas porter atteinte aux droits ou libertés des peuples autochtones.

Quels sont les effets de ces deux dispositions sur l'application de la *Charte canadienne* ? Est-ce possible, hormis la protection accordée par l'article 25, que les droits ancestraux ou issus de traités puissent être soumis dans leur entièreté à la *Charte canadienne*? Sans l'article 25, un justiciable pourrait-il obtenir gain de cause en tentant de faire invalider un droit ancestral en raison d'une violation d'un droit ou d'une liberté protégé par la *Charte canadienne*?

Bien que certains auteurs laissent présager cette possibilité, nous sommes incapables de partager une telle conclusion ³⁸². Accepter une telle prétention viendrait signaler qu'il est possible pour une disposition constitutionnelle d'en invalider une autre. Ceci reviendrait à établir une hiérarchie à l'intérieur des normes supralégislatives. De plus, le fait que les droits ancestraux ou issus de traités ne figurent pas dans la *Charte canadienne*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, mais bien dans la partie II qui est consacrée aux protections des droits autochtones, témoigne de la volonté du constituant d'accorder une importance particulière à ces droits. D'ailleurs, la Cour suprême, en statuant sur l'importance des droits ancestraux ou issus de traités, a confirmé qu'ils ont une « portée et une importance

381 *Loi constitutionnelle de 1982*, art. 25 et 35.

382 Contrairement à Thomas ISAAC, « Canadian Charter of Rights and Freedoms: The Challenge of the Individual and Collective Rights of Aboriginal People », (2002) 21 *Windsor Y.B. Access Just.* 431, p. 435, qui croit que l'article 25 serait nécessaire afin de préserver les droits ancestraux ou issus de traité dans une telle situation. Voir aussi William PENTNEY, « The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada and the *Constitution Act, 1982: Part I — The Interpretive Prism of Section 25* » (1988) 22 *U.B.C. L. Rev.* 21, p. 28.

égales aux droits inscrits dans la *Charte* »³⁸³, bien que leurs fins soient fort différentes. L'objectif est donc de concilier deux droits d'égale importance.

Cela étant établi, nous verrons dans la première section que l'article 35, en cas de conflit avec la *Charte canadienne* sait fort bien s'accommoder sans que l'on ait à se référer à l'article 25 de la *Charte canadienne*. De la sorte, nous analyserons la façon de procéder afin de résoudre un conflit entre deux droits constitutionnels d'égale importance et nous appliquerons cette façon de faire aux droits ancestraux ou issus de traités.

Dans la deuxième section, nous examinerons les raisons pour lesquelles l'article 25 ne fait que réaffirmer de manière sans équivoque cette méthode de résolution de conflits entre dispositions constitutionnelles, aussi connue en tant que règle de non-abrogation. Par contre, nous verrons que l'article 25 étend le spectre de cette règle à des droits ou libertés dont l'origine ne serait pas constitutionnelle.

Section 1. La Constitution comme un tout cohérent : l'interaction entre les droits ancestraux ou issus de traités et la Charte canadienne

Quelle est l'incidence de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* sur l'application de la *Charte canadienne*? Nous étudierons d'abord la règle constitutionnelle de non-abrogation, qui permet de résoudre tout conflit appréhendé entre deux normes supralégislatives. Ensuite, nous appliquerons cette règle aux droits ancestraux ou issus de traités, tout en gardant à l'esprit qu'en dépit de leur statut constitutionnel, les droits ancestraux comportent leurs propres limites intrinsèques³⁸⁴.

1.1. La règle constitutionnelle de non-abrogation

La méthode à suivre afin de résoudre un conflit potentiel entre un droit ancestral ou issu de traité et un droit ou une liberté protégé par la *Charte canadienne* se retrouve dans un principe constitutionnel plus large. Selon ce principe, une partie de la Constitution ne saurait en abroger

383 *R. c. Van der Peet*, préc., note 30, par. 19. D'autant plus que, comme mentionné, l'article 35 n'est pas situé dans la *Charte canadienne* mais dans la *Loi constitutionnelle de 1982*, soit une autre partie de la Constitution, il n'est pas assujéti aux droits et libertés qui y sont mentionnés, ni aux restrictions entourant l'article premier et son effet modérateur, ni à la clause nonobstant de l'article 33 : *R. c. Sparrow*, préc., note 59, p. 1108-1109 : « Pour répondre à l'argument de l'appelant que les droits visés au par. 35(1) bénéficient d'une protection plus sûre que ceux garantis par la Charte, il est vrai que le par. 35(1) n'est pas assujéti à l'article premier de la Charte »; P. HOGG, préc., note 5, p. 28-43.

384 *Supra*, p. 18.

ou en atténuer une autre³⁸⁵. En cas de conflit, les principes énoncés dans la disposition particulière devraient l'emporter sur le texte plus général³⁸⁶. La Constitution doit être interprétée d'une manière dont le tout constitue la somme de ses parties³⁸⁷. Au surplus, tout comme le rappelle la Cour suprême, il serait tout simplement déplacé d'utiliser des principes universellement reconnus à tous afin de tenter d'interpréter une disposition octroyant des droits particuliers à un groupe³⁸⁸.

Prenons exemple d'un recours en vertu du paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne* tentant de faire invalider un droit ancestral ou issu de traité reconnu et confirmé par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le motif serait qu'il constitue une atteinte au droit à l'égalité, car discriminatoire à l'endroit des non-autochtones. Par la règle de non-abrogation, le recours serait voué à l'échec, et ce, sans égard à l'article 25 de la *Charte canadienne*. Prétendre le contraire consisterait à dire que la gamme des droits ancestraux ou issus de traités reconnus et confirmés par une partie spécifique de la Constitution, qui vise essentiellement les peuples autochtones porterait atteinte à une règle plus générale d'une autre partie de la Constitution.

385 En effet, la Constitution est censée être un tout cohérent et une disposition de celle-ci ne pourrait pas en invalider une autre : « À mon avis, on n'a jamais voulu que la Charte puisse servir à annuler d'autres dispositions de la Constitution. » Dans *Renvoi relatif au projet de Loi 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148, par. 62. Voir également *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse*, préc., note 354, par. 42. Dans *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, préc., note 278, on mentionne au paragraphe 349 que « [n]otre Constitution a une architecture interne, ce que notre Cour à la majorité, dans *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2, à la p. 57, a appelé une « structure constitutionnelle fondamentale ». Chaque élément individuel de la Constitution est lié aux autres et doit être interprété en fonction de l'ensemble de sa structure ». De plus, les auteurs Brun, Tremblay et Brouillet écrivent à ce sujet que « les dispositions de la Constitution, anciennes ou nouvelles, sont toutes sur le même pied. Elles ont toutes la même valeur supralégislative. Elles doivent être interprétées et appliquées les unes par rapport aux autres. On doit donner à chacune un sens, de façon à ce qu'elles opèrent toutes de façon concomitante. Une disposition ne peut être interprétée de manière à vider de sens d'autres dispositions de la même Constitution. » : H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 50, p. 204-205; S. GRAMMOND, préc., note 48, p.46-48. Le professeur Otis intitule ce principe constitutionnel comme étant « la validation constitutionnelle à effet immunitaire » : G. OTIS, préc., note 74.

386 G. OTIS, préc., note 74, p. 240 : « La logique induite veut que la règle générale n'étant jamais tenue pour abrogatoire d'une règle particulière incompatible, cette dernière sera alors maintenue ou validée parce que soustraite au champ normatif de la première ».

387 *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal*, préc., note 39, par. 16; G. OTIS, préc., note 56, p. 256 et suivantes; G. OTIS, préc., note 74, p. 240-241 :

En donnant de la sorte un effet utile à chaque disposition, on évite de conclure qu'une partie de la Constitution se trouve implicitement à faire échec à une autre. Il est en effet de la nature même d'un article de la Constitution d'exprimer un compromis historique fondateur ou de régir durablement un aspect important de l'ordre politique et juridique de l'État. De plus, l'exercice du pouvoir constituant formel est à ce point encadré, et ce pouvoir si parcimonieusement déployé, que l'hypothèse de l'"erreur constitutionnelle" ne peut être avancée pour autoriser le juge à inférer d'une partie de la loi fondamentale une volonté tacite de rendre inopérante une autre composante de cette loi ou d'en neutraliser un aspect essentiel.

388 *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, p. 369; *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609, par. 34.

Compte tenu de ce qui précède, doit-on conclure que la *Charte canadienne* ne s'applique pas dès lors qu'un droit ancestral ou issu de traité est en jeu puisque son application aurait un effet abrogatoire à ces droits? Tentons d'y voir plus clair.

À notre sens, il y a lieu de faire certaines distinctions entre l'exercice d'un pouvoir et le pouvoir proprement dit. Seul le dernier bénéficierait de la règle d'immunité, de non-abrogation. Cette distinction trouve un fondement dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada. En effet, le plus haut tribunal a comparé les pouvoirs ou privilèges prévus par la Constitution à un arbre dont les fruits constitueraient l'exercice de ces pouvoirs ou privilèges :

Bien que la compétence législative des provinces de modifier leur constitution ne saurait leur être retirée sans modification constitutionnelle et qu'en ce sens, elle échappe à tout examen fondé sur la *Charte*, l'exercice par les provinces de leur compétence législative est assujéti à la *Charte*. Comme l'a observé le juge en chef McEachern [TRADUCTION] "[s]i le fruit de l'arbre constitutionnel n'est pas conforme à la *Charte* [...] il faut alors, dans cette mesure, l'abattre": *Dixon v. B.C. (A.G.)* (1986), 7 B.C.L.R. (2d) 174, à la p. 188. La convention que le ministre invoque ne fait qu'autoriser la province à fixer les limites de ses circonscriptions électorales. L'exercice de ce pouvoir est assujéti à l'art. 3 de la *Charte*, qui lie la Saskatchewan comme chaque province et territoire du Canada³⁸⁹.

Seul le fruit de l'arbre, c'est-à-dire l'exercice d'un pouvoir ou d'un privilège, serait visé par l'application de la *Charte canadienne*. Il faut ainsi distinguer le pouvoir, la compétence ou le privilège qui sont immunisés de toute atteinte par la *Charte canadienne* de l'encadrement de leur exercice, qui ne le serait pas³⁹⁰. Il faut donc s'interroger sur la nature de l'acte contesté, s'agit-il de l'arbre ou du fruit?

Toujours suivant cette métaphore, la *Charte canadienne* ne doit pas avoir pour effet d'abattre ou même de détériorer l'arbre, tel que précisé par la Cour suprême :

Toutefois, il est nécessaire d'examiner l'argument, accepté par mon collègue le juge Cory, que ce qui nous intéresse en l'espèce c'est l'exercice d'un pouvoir constitutionnel et le fait que l'exercice de pouvoirs constitutionnels est assujéti à la *Charte* selon le raisonnement adopté dans le *Renvoi relatif à la délimitation de circonscriptions électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158. En toute déférence, cet argument présume de la réponse à la

389 *Circ. électorales provinciales (Sask.)*, préc., note 278, p. 179.

390 D'ailleurs, l'un des objectifs de la *Charte canadienne* est justement de filtrer l'exercice des compétences prévues par la Constitution de manière conforme à cette dernière. Par contre, on pourrait en dire tout autant des droits ancestraux de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* par rapport aux pouvoirs législatifs du Parlement et des provinces : « Just as the *Charter* signalled that the legislative power of Parliament and the provincial legislatures would henceforth be restrained by a duty to respect the fundamental individual rights set out in the *Charter*, so too did s. 35 of the *Constitution Act, 1982* confirm that aboriginal rights held by First Nations and First Nations' citizens are a limit on legislative authority. » Dans P. HUTCHINS, C. HILLING et D. SCHULZE, préc., note 240, p. 271.

question critique de savoir si le droit revendiqué est un pouvoir constitutionnel, comme le fait valoir l'appelant, ou s'il s'agit simplement d'un acte accompli dans l'exercice d'un pouvoir constitutionnel. Pour employer les propos utilisés dans le *Renvoi relatif à la délimitation de circonscriptions électorales*, la question importante est de savoir si nous traitons du fruit de l'arbre législatif ou de l'arbre lui-même. Dans ce dernier cas, on ne saurait, pour les motifs exposés dans le *Renvoi relatif à la délimitation de circonscriptions électorales*, rejeter l'argument selon lequel le privilège revendiqué est constitutionnel. Il s'agit de savoir si retenir l'argument fondé sur la *Charte* reviendrait à supprimer ou à retirer un pouvoir constitutionnel. Dans l'affirmative, la *Charte* ne s'applique pas³⁹¹.

Cet extrait découle de l'arrêt *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*³⁹². La question à laquelle la Cour devait répondre était non pas de savoir si la manière d'exclure des étrangers par l'Assemblée législative se conformait à la *Charte* (le fruit), mais bien de déterminer si le droit d'exclure des étrangers existait dans la Constitution (l'arbre) et si l'application de la *Charte* avait pour effet de l'abroger, d'y porter atteinte :

C'est une règle fondamentale, non contestée en l'espèce, qu'une partie de la Constitution ne peut être abrogée ou atténuée par une autre partie de la Constitution: *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148. Par conséquent, si le privilège d'expulser des étrangers de l'assemblée législative est constitutionnel, il ne saurait être abrogé par la *Charte*, même si cette dernière s'applique par ailleurs à l'organisme qui a pris la décision. Cela soulève la question cruciale suivante: le privilège de l'assemblée législative d'exclure des étrangers de son enceinte constitue-t-il un pouvoir constitutionnel³⁹³?

Puisqu'il a été déterminé que le pouvoir d'exclure des étrangers faisait partie de la Constitution, l'application de la *Charte* aurait eu pour effet d'abroger ce droit en s'attaquant directement à l'arbre, ce qui n'est pas permis. L'arbre a donc été conservé. Par extension, l'exercice d'un pouvoir conforme à la disposition habilitante est lui aussi immunisé de toute contestation fondée sur la *Charte canadienne*, dans la mesure où elle aurait pour effet de rendre caduque le pouvoir³⁹⁴. L'encadrement de l'exercice ne doit donc pas avoir pour effet de restreindre le pouvoir lui-même.

La compétence sur les Indiens et les terres réservées pour les Indiens du paragraphe 91(24) de

391 *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319, p. 390.

392 *Id.*

393 *Id.*, p. 373.

394 *Adler c. Ontario*, préc., note 388, par. 61 :

Pour paraphraser le juge Wilson, à la p. 1198 du *Renvoi relatif au projet de loi 30*, précité, une loi sur le financement des écoles publiques est à l'abri de toute contestation fondée sur la *Charte* en tant que loi adoptée conformément au pouvoir absolu en matière d'éducation que se sont vu accorder les assemblées législatives provinciales dans le cadre du compromis confédéral. Si le pouvoir absolu est à l'abri d'une telle contestation, son exercice légitime l'est aussi.

la *Loi constitutionnelle de 1867* constitue une autre application de ce principe. Puisqu'il emporte nécessairement une distinction entre Autochtones et non-autochtones³⁹⁵, il y a potentiellement contradiction entre la *Charte canadienne* et le pouvoir prévu au paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il est évident que ce dernier pouvoir est à l'abri de toute contestation fondée sur le paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne*, qui emporte nécessairement la faculté de distinguer entre Indiens et non-Indiens. En comparant le paragraphe 91(24) à l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, la Cour suprême énonce effectivement qu'il serait inconcevable que l'arrivée de la *Loi constitutionnelle de 1982* puisse nier des compétences législatives :

En ce sens, l'art. 93 est l'équivalent provincial du par. 91(24) (les Indiens et les terres réservées aux Indiens) qui autorise le Parlement du Canada à légiférer au profit de la population indienne selon un mode préférentiel, discriminatoire ou distinctif, par rapport aux autres.

Le rôle de la *Charte* n'est pas conçu dans notre philosophie du droit comme opérant automatiquement l'abrogation de dispositions de la Constitution du Canada, laquelle inclut tous les documents énumérés à l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Une action fondée sur la *Loi constitutionnelle de 1867* est bien entendu assujettie au contrôle de la *Charte*. C'est là une chose fort différente que de dire qu'une compétence législative expresse, existant avant avril 1982, a été entièrement supprimée par la simple arrivée de la *Charte*. C'est une chose de contrôler et, lorsque cela s'impose, de restreindre l'exercice d'un pouvoir de légiférer; c'en est une toute autre que de dire qu'une compétence législative entière a été supprimée de la Constitution par l'introduction de ce pouvoir judiciaire de contrôle. Le pouvoir de créer un réseau d'écoles séparées catholiques ou de l'agrandir, qu'on trouve au par. 93(3), prévoit expressément que la province peut légiférer relativement à un système scolaire reposant sur la religion financé à même le trésor public. Certes, on a voulu que la *Charte* limite l'exercice des compétences législatives conférées par la *Loi constitutionnelle de 1867*, lorsqu'il est porté atteinte aux droits y énoncés des individus composant la société; mais elle ne saurait être interprétée comme rendant *ipso facto* inconstitutionnelles les distinctions expressément autorisées par la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Je suis donc d'avis de conclure que le par. 93(3) constitue effectivement une reconnaissance de la compétence législative conférée par la disposition liminaire de l'art. 93, qui survit à l'application du par. 93(1). Le reste de la Constitution ne saurait toucher à cette compétence législative de la province au point de l'abroger. On ne saurait avoir recours à la *Charte* pour désavouer la mise en œuvre du par. 93(1) ou de lois protégeant les droits garantis par le par. 93(1) ou encore de lois prévues au par. 93(3)³⁹⁶.

395 Jane M. ARBOUR, « The Protection of Aboriginal Rights Within a Human Rights Regime : In Search of an Analytical Framework for Section 25 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms », (2003) 21 *S.C.L.R.* (2d) 3, p. 48; H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 50, p. 204-205; S. GRAMMOND, préc., note 48, p.46-47. T. ISAAC, préc., note 382, p. 435, croit à tort que c'est l'article 25 de la *Charte canadienne* qui sauvegarde la constitutionnalité des dispositions visées par la *Loi sur les Indiens*.

396 *Renvoi relatif au projet de Loi 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.)*, préc., note 385, par. 79-81. Voir aussi J. M. ARBOUR, préc., note 395, p. 48.

Dans l'extrait qui précède, la Cour suprême énonce clairement le fait qu'une disposition constitutionnelle ne doit pas avoir pour effet de venir en abroger une autre. La compétence sur les Indiens et leurs terres serait vidée de tout son sens si des distinctions discriminatoires entre Indiens et allochtones n'étaient pas permises.

Cependant, tout comme c'est le cas pour le paragraphe 93(3) dans l'extrait qui précède, l'exercice de la compétence prévue au paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* demeure susceptible d'un examen au sens de la *Charte canadienne*. À ce titre, les tribunaux ont considéré que le gouvernement ne peut pas déterminer le statut d'Indien au moyen de critères discriminatoires³⁹⁷, ni criminaliser l'état d'ébriété des Autochtones à l'intérieur comme à l'extérieur des réserves³⁹⁸.

Or, quels indices permettent de déterminer si la *Charte* s'attaque à un droit, pouvoir ou privilège directement protégé par la Constitution et non à leur exercice? Essentiellement, la règle de non-abrogation suppose que la *Charte* ne doit pas avoir pour effet de porter atteinte³⁹⁹ à un droit autrement protégé par la Constitution. Ainsi, l'on a écarté la possibilité que la *Charte* puisse avoir pour effet d'abroger⁴⁰⁰, c'est-à-dire de supprimer⁴⁰¹, d'annuler⁴⁰², de retirer⁴⁰³, ou de stériliser⁴⁰⁴ un droit protégé par la Constitution. Il n'est pas plus permis d'y déroger⁴⁰⁵, c'est-à-dire le diminuer⁴⁰⁶, de « déroger à une caractéristique relevant de l'essence même »⁴⁰⁷ du droit protégé ou le vider de tout son sens de façon à ce qu'il perde toute effectivité⁴⁰⁸. Dans ces circonstances, l'application de la *Charte canadienne* vise autre chose que le simple exercice

397 *McIvor v. Canada (Registrar of Indian and Northern Affairs)*, préc., note 36. Ou encore discriminer selon le lieu de résidence : *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, préc., note 25.

398 Il a été déterminé dans l'arrêt *La Reine c. Drybones*, préc., note 18, qu'une distinction raciale pour une infraction criminelle était discriminatoire au sens de la *Déclaration canadienne des droits*.

399 *Renvoi relatif au projet de Loi 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.)*, préc., note 385, par. 62.

400 *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, préc., note 391, p. 390.

401 *Id.*, p. 390 et suivantes; *Renvoi relatif au projet de Loi 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.)*, préc., note 385, par. 67, 80, 82.

402 *Renvoi relatif au projet de Loi 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.)*, préc., note 385, par. 62; *Adler c. Ontario*, préc., note 388, par. 38.

403 *Circ. électorales provinciales (Sask.)*, préc., note 278, p. 159 et 179.

404 G. OTIS, préc., note 74, p. 244.

405 *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, préc., note 391, p. 391.

406 *Id.*, p. 392.

407 G. OTIS, préc., note 74, p. 241.

408 *Id.*, p. 243. Voir également *Circ. électorales provinciales (Sask.)*, préc., note 278; *Mahe c. Alberta*, préc., note 388.

d'un droit et lui porte atteinte. Autrement dit, en revenant à notre analogie de l'arbre, il ne faut ni l'abattre (abroger), ni le détériorer (déroger). La même règle doit s'appliquer en matière de droits ancestraux ou issus de traités : la *Charte canadienne* ne doit pas avoir pour effet d'y porter atteinte en les abrogeant ou en y dérogeant.

1.2. La règle appliquée aux droits ancestraux ou issus de traités

Compte tenu de ce qui précède, le même raisonnement doit prévaloir en ce qui concerne les droits prévus à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁴⁰⁹. Rappelons que ces droits incluent les droits ancestraux ou issus de traités de même que le principe de l'honneur de la Couronne dont l'une des résultantes est la procédure de consultation et d'accommodement⁴¹⁰. Ainsi, les pouvoirs d'un gouvernement autochtone ne sauraient être remis en cause par des droits ou libertés prévus à la *Charte canadienne* puisqu'ils seraient, en reprenant la métaphore de la Cour suprême⁴¹¹, l'équivalent de l'arbre lui-même⁴¹², peu importe qu'ils tirent leur source d'un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale ou d'un traité. Au sens de l'article 35, la *Charte* s'applique lorsqu'elle ne fait que régulariser l'exercice des droits ancestraux sans porter atteinte à l'un ou l'autre de leurs attributs essentiels, pour autant qu'elle n'ait pas pour effet de les stériliser, retirer, supprimer ou abroger. Par exemple, accorder les mêmes droits ancestraux à tous les Canadiens au nom de l'égalité de tous, bien que n'abrogeant pas en toutes lettres ces droits, les viderait nécessairement de tous leurs sens⁴¹³ et « contreviendrait à une caractéristique essentielle propre »⁴¹⁴ aux droits ancestraux. À l'inverse, un gouvernement autochtone ne serait probablement pas autorisé à faire de la discrimination fondée sur le handicap dans la sélection

409 P. MACKLEM, préc., note 99, p. 204 : « [...] [I]t cannot be suggested that federal and provincial legislative authority is not subject to the Charter simply because such authority is authorized by section 91 and 92 of the Constitution act, 1896. [...] Similarly, if Aboriginal governmental authority is recognized by section 35, that fact alone may be insufficient to insulate from Charter scrutiny the way in which such authority is exercised. »

410 Geneviève MOTARD et Simon PICARD, « R. c. Kapp : Quelle interprétation pour les articles 15 et 25 de la Charte canadienne ? » (2008) 2 *R.Q.D.C.* 196, p. 210-211. À tout le moins, les droits qui découlent de la procédure de consultation et d'accommodement devraient être visés par l'article 25 de la *Charte canadienne*. Voir *infra*, p. 116 et suivantes.

411 *Supra*, p. 94.

412 Ce raisonnement vaut aussi, à notre sens, pour les privilèges qui découlent de n'importe quel autre type de droit ancestral ou issu de traité.

413 Par analogie, voir *Adler c. Ontario*, préc., note 388, où des parents d'enfants fréquentant des écoles privées confessionnelles ont voulu obtenir en vain les mêmes « avantages » au nom du droit à l'égalité et à la liberté de religion que ceux dont les enfants fréquentaient les écoles catholiques romaines séparées et écoles publiques non confessionnelles. Puisque ces « avantages » étaient permis par l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, obliger le législateur à faire de même en raison de l'effet égalisateur de la *Charte canadienne* pour les autres écoles enlèverait toute la substance à la disposition constitutionnelle.

414 G. OTIS, préc., note 74, p. 244.

de personnes postulant pour un emploi au sein de la communauté.

La principale difficulté réside dans la caractérisation des droits ancestraux et des pouvoirs et privilèges qui en découlent. Où peut-on situer la ligne de démarcation entre l'exercice d'un droit ancestral et le droit ancestral lui-même? L'article 35 ne définit pas de compétences ou de pouvoirs précis et ne constitue pas non plus un chef de compétence au sens usuel du terme⁴¹⁵.

Afin de déterminer s'il y a un conflit entre un droit ou une liberté inscrit dans la *Charte canadienne* et un droit ancestral ou issu de traité reconnu et confirmé par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, nous proposons la grille d'analyse suivante.

Avant toute chose, il y a lieu de bien décrire la portée du droit ancestral ou issu de traité et ses limites intrinsèques⁴¹⁶, tel que la Cour suprême l'a fait à de maintes occasions. En tout état de cause, le droit à l'autonomie gouvernementale est sans l'ombre d'un doute, le plus complexe et le plus difficile à définir. En revanche, ceux qui sont constatés par voie de traité sont plus faciles à cerner, dans la mesure où ces droits sont explicitement définis.

C'est lorsque cette portée est bien établie que l'on doit vérifier si une revendication fondée sur la *Charte canadienne* vise à porter atteinte à ce droit ancestral ou issu de traité, de même qu'aux pouvoirs ou privilèges qui en découlent. Est-ce que la revendication a pour effet d'abroger ou de déroger au droit, ou bien vise-t-elle tout simplement à en moduler l'exercice de façon conforme aux droits ou libertés de la *Charte*? Dans l'éventualité où un droit ancestral ou issu de traité est menacé, la règle de non-abrogation s'applique. Il y a alors lieu de le protéger contre l'application de la *Charte* en empêchant toute contestation qui aurait comme conséquence de produire des effets indésirables sur des droits reconnus ou confirmés au sens de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

415 C'est une préoccupation partagée par J. M. ARBOUR, préc., note 395, p. 25 et 44.

416 Que ce soit approprié ou non, il y a fort à parier que les tribunaux tiendraient probablement compte, expressément ou tacitement, d'une violation grave (telle le droit à la vie) de la *Charte* en tant que limite justifiée d'un droit ancestral ou issu de traité au sens de l'arrêt *R. c. Sparrow*, préc., note 59 : « Thus, when the aboriginal and treaty rights are interpreted within the context of section 25, they are interpreted as they exist within s. 35(1), including any justifiable infringements or limitations on such rights. » Dans T. ISAAC, préc., note 382, p. 449. Par contre, l'on peut s'interroger quant à savoir si la procédure de justification ne transformerait pas les droits ancestraux en tant que droits constitutionnels de « deuxième classe », puisque d'autres, tels les privilèges parlementaires, ne sont pas soumis à une procédure de limitation de droits par des lois ordinaires. Pour une critique de la procédure de justification, voir Kent McNEIL, « How Can Infringements of the Constitutional Rights of Aboriginal Peoples Be Justified? » (1997) 8-2 *Forum constitutionnel* 33.

Dans la négative, si la *Charte canadienne* n'a pas pour effet de porter atteinte à ce droit ancestral ou issu de traité et les pouvoirs ou privilèges qui en découlent, mais plutôt de moduler son exercice, alors elle trouve application, sous réserve de ses limites intrinsèques et de ses autres dispositions qui peuvent en pondérer ses effets⁴¹⁷. Voici quelques situations qui devraient permettre de mieux comprendre cette méthode d'analyse.

Prenons exemple d'un droit ancestral autorisant un groupe d'autochtones de pêcher à un endroit donné de manière exclusive. Ce droit serait reconnu et confirmé par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et aurait également passé avec succès le test de justification élaboré par la Cour suprême dans l'arrêt *Sparrow*⁴¹⁸. Un non-autochtone pourrait-il tenter de faire invalider ce droit en invoquant qu'il est discriminatoire à son endroit? Pourrait-il demander de l'étendre de manière à pouvoir en profiter lui-même? La réponse est non, car en vertu de la règle de non-abrogation, le droit à l'égalité viendrait à toutes fins pratiques vider de tout son sens ce droit ancestral.

Maintenant, ajoutons un nouveau paramètre à ce droit ancestral. Il pourrait explicitement prévoir que les aînés d'une communauté doivent avoir préséance dans le choix de l'emplacement. Le droit comporterait donc une limitation discriminatoire interne à la communauté. Appliquer la *Charte canadienne* de façon à permettre à tous les individus de la communauté de pêcher à l'endroit qui leur plaise aurait-il pour effet de porter atteinte au droit ancestral? La réponse est moins évidente, d'où l'importance de bien définir le droit ancestral. Si seulement le droit de pêcher est visé, il y a alors de fortes chances que la *Charte* s'applique et empêche la distinction fondée sur l'âge⁴¹⁹. Toutefois, si cette distinction fait partie du droit reconnu et confirmé, alors la *Charte* aurait pour effet de l'abroger, ce qui est interdit.

En revanche, la disposition d'un traité qui prévoirait explicitement une telle distinction fondée sur l'âge serait nécessairement à l'abri d'une contestation au sens de la *Charte canadienne* parce qu'explicitement prévue par un traité garanti par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Dans cette situation, le pouvoir lui-même serait protégé car l'application de la *Charte* aurait

417 *Infra*, p. 125 et suivantes.

418 *R. c. Sparrow*, préc., note 59.

419 Par contre, ce n'est pas parce que la *Charte* s'applique à cette situation qu'elle ne peut pas être interprétée de manière à rendre conforme cette pratique. Voir *infra*, p. 125 et suivantes.

pour effet de retirer cette distinction protégée par traité. Du même souffle, une distinction discriminatoire autre que celles prévues explicitement dans un traité serait considérée comme l'exercice du droit et par conséquent soumise à un examen fondé sur la *Charte canadienne*.

On pourrait aussi penser aux coutumes électorales autochtones reconnues et confirmées par l'article 35 qui reconnaissent le droit pour une bande ou un autre groupe autochtone de choisir ses chefs et dirigeants selon la coutume⁴²⁰. Encore une fois, « l'existence même de ce droit ainsi que ses caractéristiques fondamentales »⁴²¹ seraient à l'abri d'une contestation au sens de la *Charte canadienne* mais pas nécessairement ses modalités d'exercice⁴²².

Poussons plus loin notre analyse avec l'exemple suivant : un gouvernement autochtone reconnu par un traité qui confirmerait le pouvoir de construire des routes en vertu d'une compétence sur le transport. Ce gouvernement devra-t-il respecter la liberté de religion de ses membres dans sa décision de construire une route à un endroit servant de rituel religieux? Si l'on considère que c'est alors l'exercice d'une compétence qui serait visé, la *Charte* s'appliquerait à première vue. Du reste, le rituel religieux pourrait lui-même être considéré comme un droit ancestral, ce qui offrirait une double protection aux individus en question⁴²³.

Enfin, si le cas du droit ancestral de pêche ne nécessitait pas d'analyses approfondies, le cas du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale est plus complexe, puisque la nature exacte de ses compétences et pouvoirs n'est pas inscrite sur un document, contrairement aux traités. En effet, contrairement à des cas du type « Westbank »⁴²⁴ pour lesquels les compétences sont clairement inscrites dans un document ayant la forme d'un traité, les situations d'un gouvernement agissant de manière inhérente ne sont pas toujours évidentes. Comment déterminer si l'application de la *Charte canadienne* aurait ou non pour effet d'y porter atteinte? Intéressons-nous à des situations où des gouvernements de ce type fonderaient leurs actions seulement sur la base du droit à l'autonomie gouvernementale.

420 Et si la coutume n'était pas reconnue comme un droit ancestral, elle serait néanmoins protégée par l'article 25 de la *Charte canadienne*, qui étend la règle de non-abrogation à d'autres droits qui appartiennent aux Autochtones. Voir *infra*, p. 116 et suivantes.

421 G. OTIS, préc., note 178, p. 413.

422 *Id.*

423 J. M. ARBOUR, préc., note 395, p. 62 et suivantes. Par ailleurs, il y a lieu de se questionner sur la manière de procéder en présence de deux droits ancestraux contradictoires.

424 *Supra*, p. 71.

En dehors de ses sources inhérentes, qu'est-ce qui peut distinguer le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale par rapport à un autre type de gouvernance allochtone? Qu'est-ce qui constitue le cœur de ce droit duquel il n'est pas permis à la *Charte* d'y porter atteinte, soit en l'abrogeant ou en y dérogeant sous peine de le supprimer ou de le rendre sans réelle effectivité? Comme c'est le cas pour les autres types de droits ancestraux ou issus de traités, il faut tenter de qualifier le droit, connaître sa substance et sa portée de manière générale, ce qui n'est pas une mince tâche.

Sans prétendre donner une réponse exhaustive, il est clair que le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale a pour visée de permettre aux Autochtones d'exercer une souveraineté résiduaire dans des domaines qui leurs sont essentiels⁴²⁵. Il garantit également que les coutumes, lois et traditions légales des autochtones soient maintenues et protégées⁴²⁶. Ce droit assure aussi que la différence autochtone⁴²⁷ soit affirmée, que ce soit par l'expression et la promotion de la culture, de la langue et des différentes institutions autochtones⁴²⁸.

Cela dit, dans les situations impliquant un droit à l'autonomie gouvernementale, il faut d'abord se demander si l'application de la *Charte canadienne* a pour effet d'abroger ou de déroger à un droit ancestral qui serait spécifiquement reconnu et confirmé (autre que le droit à l'autonomie gouvernementale). Dans la négative, il faut ensuite se questionner à savoir si l'application de la *Charte* a pour effet de porter atteinte à une compétence spécifiquement reconnue d'un gouvernement bénéficiant d'un droit à l'autonomie gouvernementale. Si la réponse s'avère positive à l'une ou l'autre de ces questions, la *Charte canadienne* ne doit pas s'appliquer.

Si la réponse s'avère négative, il faut alors se demander si l'application de la *Charte canadienne* a pour effet de porter atteinte au droit inhérent à l'autonomie gouvernementale ou si l'application ne fait que régir son exercice. Nous sommes d'avis que dans la grande majorité des cas, la *Charte canadienne* n'aura pas pour effet d'abroger ou de déroger au droit à l'autonomie gouvernementale. Elle aura tout au plus effet de le filtrer, de régir son exercice, ce qui est permis par la Constitution. Le professeur Otis est catégorique sur cette question en

425 P. MACKLEM, préc., note 99, p. 208. Voir également notre définition du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale de même que les notes qui l'accompagnent, *supra*, p. 57.

426 J. BORROWS, préc., note 148, p. 197.

427 P. MACKLEM, préc., note 99, p. 4.

428 *Id.*, p. 208; G. OTIS, préc., note 74, p. 252.

affirmant que l'application de la *Charte* n'aurait jamais pour effet de déroger au droit à l'autonomie gouvernementale :

Une réponse négative s'impose puisque le simple effet régulateur de la Charte n'est pas assimilable à une abrogation ou une dérogation au droit à l'autonomie gouvernementale. L'incidence de la Charte sur les institutions autochtones ne diffère pas de son impact sur le pouvoir général d'une province, protégé par la Constitution, d'adopter une législation en fonction de son contexte social, linguistique ou culturel particulier ou de se doter d'une constitution de nature à refléter une identité propre. C'est également le même effet qu'aura la Charte sur l'action des institutions minoritaires confessionnelles ou linguistiques de type gouvernemental qui ont nul doute pour raison d'être de renforcer la capacité de ces groupes de protéger et de promouvoir leur identité singulière⁴²⁹.

De l'avis du professeur Otis, l'application de la *Charte canadienne* ne mettrait donc aucunement en péril le droit à l'autonomie gouvernementale. Elle ne ferait que régir, tout au plus, son exercice. Dans son application, la *Charte* doit déjà tenir compte du contexte et n'a jamais eu comme objectif de tout uniformiser, ce qui serait contraire aux principes sous-jacents à notre Constitution⁴³⁰.

Nous sommes généralement en accord avec la position du professeur Otis selon laquelle l'application de la *Charte* n'aurait pas pour effet de faire perdre son effectivité ou de vider de son sens le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale. Toutefois nous croyons que cette règle n'est pas absolue et qu'il y a des nuances à y apporter.

Bien que certaines coutumes ou traditions pourraient certainement être modifiées de façon à les rendre conformes au texte constitutionnel sans remettre en question le droit à l'autonomie gouvernementale, il y a aussi d'autres situations où nous sommes d'avis que l'application de la *Charte canadienne* viendrait frustrer un gouvernement autochtone dans ses missions essentielles. Par exemple, l'application de certaines garanties procédurales de la *Charte canadienne* à un système de justice pénale adapté à la culture autochtone⁴³¹ risquerait de porter atteinte à une caractéristique essentielle du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale⁴³². Il faut se rappeler que non seulement le pouvoir est protégé de toute abrogation, mais aussi l'exercice conforme à son habilitation par la disposition constitutionnelle⁴³³, faute de quoi le pouvoir n'a plus de raison d'être.

429 G. OTIS, préc., note 74, p. 252.

430 *Infra*, p. 125 et suivantes.

431 P. HOGG et M. E. TURPEL, préc., note 177, p. 215; S. GRAMMOND, préc., note 1, p. 343.

432 De même, certaines procédures pourraient faire l'objet d'une protection supplémentaire par l'intermédiaire de l'article 25 de la *Charte canadienne*. À ce sujet, voir *infra*, p. 116 et suivantes.

433 *Supra*, p. 94, de même que la note 394.

Par ailleurs, il semble évident que certaines pratiques devront être révisées de manière à se conformer à la *Charte*. D'ailleurs, bon nombre d'auteurs⁴³⁴ s'inquiètent des effets de certaines pratiques sur les droits individuels des Autochtones au sein de leur communauté. Afin d'exprimer leurs craintes, ces auteurs se réfèrent pour la plupart au cas largement cité de l'affaire *Thomas v. Norris*⁴³⁵.

Dans cette affaire de responsabilité civile, le demandeur a été soumis à une cérémonie d'initiation à un rituel religieux comprenant voies de fait, enlèvement et séquestration, le tout contre son gré. En défense, l'on a invoqué un droit ancestral fondé sur ce rituel. Même si le tribunal n'a pas voulu reconnaître un droit ancestral de ce type, il s'est néanmoins prêté au jeu de la justification pour conclure que les règles de la common law sur la responsabilité pouvaient effectivement justifier la violation d'un droit ancestral. À ce sujet, le tribunal écrit que :

It seems to me that this submission misses the mark in a number of respects; for example, the plaintiff was in fact injured and the motives of the defendants are irrelevant. Further, and most importantly, it seems to me that the protection of the plaintiff's civil rights is a more than adequate and valid objective served by the application of the common law of tort to the defendants' activities⁴³⁶.

Dans cette affaire, la *Charte canadienne* n'a pas été invoquée, puisqu'il s'agissait d'un litige entre deux parties privées. Cependant, des auteurs s'interrogent quant aux répercussions qu'un droit ancestral de ce type pourrait avoir sur des individus autochtones lorsqu'une partie au litige est soumise à l'application de la *Charte*. À notre avis, leurs appréhensions sont exagérées. D'abord, le juge du procès a déterminé que ce type de droit ancestral est contraire à l'ordre public et qu'il ne passerait pas le test de l'arrêt *Sparrow*⁴³⁷. De plus, si l'on en venait à la conclusion qu'une telle pratique constituait bel et bien un droit ancestral, hypothèse examinée le juge, la protection des droits civils d'une victime serait fort probablement considérée comme une limite raisonnable au droit ancestral en question⁴³⁸.

434 Par exemple, voir T. ISAAC, préc., note 382, p. 445 et suivantes; Celeste HUTCHINSON, « Case Comment on R. v. Kapp: An Analytical Framework for Section 25 of the Charter », (2007) 52 *R.D. McGill* 173, p. 188-189.

435 *Thomas v. Norris*, 1992 CanLII 354 (BC S.C.).

436 *Id.*, p. 45.

437 *R. c. Sparrow*, préc., note 59.

438 Encore faudrait-il que la législation provinciale en la matière n'entrave pas la compétence fédérale sur les Indiens et leurs terres réservées. À ce sujet, voir *infra*, p. 191 et suivantes.

Or, il faut bien cerner la portée du droit ancestral et ses limites intrinsèques avant de se demander si l'application de la *Charte canadienne* aurait pour effet de l'abroger ou d'y déroger. Dans ce cas, les limites intrinsèques du droit ancestral telles que délimitées par le juge empêcheraient de procéder au rituel sans le consentement de l'initié⁴³⁹.

Pour des fins académiques, assumons que ce droit ancestral ne comporte pas de limites intrinsèques et que la partie défenderesse soit un gouvernement autochtone visé par l'application de la *Charte*. La prochaine question à se poser est alors de savoir si l'application de la *Charte canadienne* aurait pour effet d'abroger ou de déroger à ce droit, notamment par son article 7 qui prévoit que « [c]hacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne [...] »⁴⁴⁰ ou son article 9 qui prévoit que « [c]hacun a droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires »⁴⁴¹.

À notre sens, une réponse négative s'impose. Dans de telles circonstances, la *Charte canadienne* ne ferait que filtrer l'exercice de ce droit de manière à protéger toute personne ne voulant pas prendre part à de tels rituels. La *Charte* ne viendrait en rien supprimer ou modifier de manière substantielle le droit en question de façon à ce qu'il perde toute sa substance. L'effet de la *Charte* serait tout au plus de s'assurer que l'exercice du droit soit conforme à ses prescriptions.

Le même raisonnement vaut pour un gouvernement autochtone qui bénéficierait d'un droit à l'autonomie gouvernementale, lequel adopterait une norme de conduite fondée sur ce rituel d'initiation qui aurait force de loi. La loi en question serait *ultra vires* et devrait nécessairement se conformer à la *Charte*. Par contre, cette application de la *Charte* ne viendrait en rien porter atteinte aux caractéristiques essentielles du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale et ne ferait que régir son exercice.

De toute manière, les traditions légales autochtones doivent être attentives et s'adapter aux questions fondamentales telles que la dignité humaine. Des pratiques contraires à ces principes

439 D'ailleurs, selon T. ISAAC, préc., note 382, p. 448-449, les dispositions du *Code criminel*, L.R.C., 1985, c. C-46 (ci après *Code criminel*), qui encadrent et criminalisent les voies de fait et la séquestration seraient des limites justifiables aux droits ancestraux.

440 *Charte canadienne*, art. 7 : « Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. »

441 *Id.*, art. 9 : « Chacun a droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires. »

doivent être rejetées, tel que le mentionne le professeur Borrows⁴⁴²:

Indigenous people are not backwards. Sometimes, when people say they are concerned about Indigenous legal traditions, their worry is not as much with the community's social state but with the ancient nature and connection Indigenous people have to their laws. *I have been asked: "won't the application of Indigenous law lead to injustice?" When pressed further as to what they mean, people often think Indigenous law will inevitably demean women, deny due process, and be inconsistent with democracy and cherished ideas about the rule of law.*

While it is true that the application of Indigenous law may violate individual rights, all legal systems face potential challenges in this regard. Nevertheless, we must guard against stereotypes which might cause us to see such problems as inevitable within Indigenous societies. *Of course, as with any system, Indigenous legal traditions must be attentive to foundational questions of human dignity to have any chance of continued growth and acceptance*⁴⁴³. [Nos italiques]

L'auteur rappelle qu'il ne faut pas tomber dans le piège des croyances populaires selon lesquelles l'ensemble des lois d'origine autochtone irait à l'encontre de l'état de droit, de la démocratie ou de l'intérêt des femmes. Bien que quelques coutumes puissent aller à l'encontre de certains droits individuels, il ne faudrait pas croire que ce sont toutes les coutumes qui en sont ainsi. En effet, les Autochtones ne sont pas rétrogrades et il faut faire attention de ne pas les enfermer dans un carcan historique sans tenir compte de leurs aspirations contemporaines.

De plus, le respect des droits de la personne constitue également une préoccupation chez les Autochtones. La *Charte canadienne* appliquée de manière à filtrer l'exercice contemporain du droit à l'autonomie gouvernementale, permet de répondre en partie à ces aspirations :

As has been reiterated throughout this book, it is important that each of Canada's legal traditions embraces contemporary human rights concerns, including those with a colonial origin that have negatively affected Indigenous peoples. It is also important that human rights concerns do not become an excuse to further colonize Indigenous and other Canadian communities without further extending the discriminatory practices and attitudes of earlier imperial policies. This is best done by Indigenous peoples and non-Indigenous Canadians reformulating their traditions in a manner that respectfully integrates traditional and contemporary normative values, and also protects and harmonizes their law with international human rights standards⁴⁴⁴.

Par conséquent, nous pensons que chaque cas est un cas d'espèce et qu'une approche pragmatique de type cas par cas devrait être développée afin de déterminer si l'application de la *Charte* irait au-delà de son objectif de régir la manière dont est exercé le droit à l'autonomie gouvernementale. Le tout, sans remettre en question la généralité qui précède selon laquelle

442 J. BORROWS, préc., note 148, p. 37 et 45.

443 *Id.*, p. 37.

444 *Id.*, p. 205.

dans la grande majorité des cas, la *Charte canadienne* ne viendrait pas porter atteinte au droit à l'autonomie gouvernementale. De même, nous sommes aussi d'avis qu'il ne faut pas accorder une importance démesurée au poids que peut avoir la *Charte canadienne* sur la vie d'une communauté⁴⁴⁵.

En terminant, il faut également rappeler que l'application de la *Charte canadienne* serait nécessairement filtrée de manière à tenir compte du contexte dans lequel elle doit s'appliquer avec ses limites intrinsèques⁴⁴⁶. Il serait également étonnant dans ce contexte qu'il y ait un risque d'atteinte disproportionnelle à des pratiques, coutumes ou traditions autochtones. Cependant, une application de la *Charte* qui tient compte du contexte se fait à une étape subséquente à celle de l'analyse de conflit potentiel entre deux droits protégés par la Constitution.

Section 2. L'article 25 : une disposition qui laisse une impression de déjà-vu

L'article 25 de la *Charte canadienne* prévoit que « [l]e fait que la présente charte garantit certains droits et libertés ne porte pas atteinte aux droits ou libertés — ancestraux, issus de traités ou autres — des peuples autochtones du Canada [...] ». Nous avons brièvement mentionné plus haut⁴⁴⁷ qu'indépendamment de cette disposition, un justiciable ne pourrait pas obtenir gain de cause en tentant de faire invalider un droit ancestral en raison d'une violation d'un droit ou d'une liberté protégé par la *Charte canadienne*. En effet, nous avons vu qu'une disposition constitutionnelle ne peut pas avoir pour effet d'abroger ou de déroger à une autre.

Si l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* assure que les droits ou libertés garantis par la *Charte canadienne* ne doivent pas porter atteinte aux droits ancestraux ou issus de traités, quel est au juste le rôle de l'article 25 de la *Charte canadienne*?

Nous verrons dans la présente section que l'article 25 de la *Charte canadienne* ne fait qu'exprimer en termes sans équivoque le principe constitutionnel étudié plus haut voulant qu'une partie de la Constitution ne puisse en abroger ou en atténuer à une autre partie⁴⁴⁸, ni plus, ni moins.

445 *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483, par. 100 (j. Bastarache); G. OTIS, préc., note 74, p. 253.

446 *Infra*, p. 125 et suivantes.

447 *Supra*, p. 91 et suivantes.

448 C'est également la conclusion à laquelle en vient le professeur G. OTIS, préc., note 74, p. 240.

Outre l'affirmation spécifique de la règle de non-abrogation, l'article 25 de la *Charte canadienne* a-t-il un autre rôle à jouer? Nous devons répondre affirmativement à cette question. Nous verrons que l'article 25 fait aussi référence à des droits qui ne sont pas visés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et qui ne sont pas constitutionnalisés.

2.1. Une disposition déclarative avant tout

À notre avis, l'objectif principal de l'article 25 de la *Charte canadienne*, notamment en raison de son libellé et de son emplacement aux côtés d'autres dispositions du même type, est la matérialisation écrite de la règle de non-abrogation selon laquelle une partie de la Constitution ne peut venir en abroger ou atténuer une autre partie⁴⁴⁹. S'il y a conflit, les droits et libertés prévus par l'article 25 doivent nécessairement l'emporter⁴⁵⁰. Dans la récente affaire *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*⁴⁵¹, la Cour suprême a tenu bon de souligner que l'objectif de l'article 25 était d'abord et avant tout d'éviter tout conflit entre droits fondamentaux et droits autochtones⁴⁵².

Il faut se rappeler qu'au moment de la rédaction initiale de l'article 25 de la *Charte canadienne*⁴⁵³, il n'était pas prévu que les droits constitutionnels des peuples autochtones fassent l'objet d'une quelconque reconnaissance ou confirmation constitutionnelle positive. L'article 25 avait plutôt pour but d'assurer un certain *statu quo* à l'égard de leurs droits, qui à l'époque, n'étaient pas encore définis⁴⁵⁴. On s'assurait donc que leurs droits, quels qu'ils soient, ne soient pas anéantis ou altérés par les effets de la *Charte canadienne*⁴⁵⁵. Ainsi, dans un contexte où l'article 35 ne figurait pas encore sur la planche à dessin, l'article 25 demeurait la seule protection quant aux droits des Autochtones par rapport à la *Charte canadienne* et ses effets, le droit à l'égalité étant à l'époque particulièrement redouté⁴⁵⁶.

449 *Id.*, p. 250 :« [L]'article 25, à l'instar des dispositions de sauvegarde de nature similaire que l'on retrouve dans la Charte, ne fait qu'exprimer un principe général de droit constitutionnel. Tant de par sa logique sous-jacente que de par sa finalité, cette disposition ne semble pas pouvoir prétendre à quelque originalité de nature à en faire découler, en faveur des peuples autochtones, une immunité plus ample que celle qui résulte de la technique de validation constitutionnelle décrite dans la section précédente. »

450 Bruce H. WILDSMITH, *Aboriginal Peoples & Section 25 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Saskatoon, University of Saskatchewan Native Law Centre, 1988, p. 23.

451 *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103.

452 *Id.*, par. 97-98.

453 Pour un résumé de l'histoire de la disposition, voir B. H. WILDSMITH, préc., note 450, p. 5 et suivantes; J. M. ARBOUR, préc., note 395, p. 30 et suivantes; C. HUTCHINSON, préc., note 434, p. 177-178; T. ISAAC, préc., note 382, p. 433-434.

454 J. M. ARBOUR, préc., note 395, p. 32 et 36.

455 *Id.*, p. 36.

456 B. H. WILDSMITH, préc., note 450, 1988, p. 6.

Avec l'avènement de l'article 35, le rôle de l'article 25 dans la protection des droits ancestraux ou issus de traités a donc été considérablement réduit⁴⁵⁷, tel que l'affirme l'auteur Jane M. Arbour, en le comparant à d'autres dispositions de ce type qui se retrouvent au sein de la *Charte canadienne* :

Section 29, in contrast to section 27, has been given no effective role. It has been held to exist for “greater certainty” only. Its purpose is served by the principle that one part of the Constitution cannot be used to invalidate another part. Just as section 29 is to some extent redundant, section 25 may be redundant at least with respect to the protection it affords to Aboriginal and treaty rights. Recalling the legislative history of section 25, it is not impossible to conclude that the need for the section was greatly reduced if not eliminated once the decision was made to entrench a positive protection for Aboriginal and treaty rights in the Constitution. However, as “other rights” may include rights not otherwise constitutionally protected, section 25 has a role to play⁴⁵⁸.

Outre sa portée plus étendue dans les droits des autochtones qu'il vise, l'article 25 aurait été laissé en place dans un souci de clarté et pour s'assurer que les droits des peuples autochtones ne soient pas minés par l'application de la *Charte canadienne*. En reprenant la métaphore de la Cour suprême selon laquelle la *Charte* ne peut pas avoir pour effet s'attaquer à « l'arbre » constitutionnel, l'article 25 constituerait un panneau planté bien en vue en face de l'arbre qui afficherait qu'il est interdit de l'abattre ou de le détériorer. Il demeure bien entendu interdit de le faire nonobstant la présence du panneau, mais celui-ci amène encore plus de certitude.

C'est d'ailleurs ce qu'a statué la Cour suprême au sujet de l'article 29⁴⁵⁹ de la *Charte canadienne*, l'une des dispositions sœur de l'article 25, à l'occasion du *Renvoi relatif au projet de Loi 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.)*⁴⁶⁰ :

Toutefois, cela ne signifie pas que ces droits ou privilèges peuvent être contestés en vertu de l'al. 2a) et de l'art. 15 de la *Charte*. J'ai indiqué que les droits ou privilèges garantis par le par. 93(1) ne peuvent faire l'objet d'un examen en vertu de l'art. 29 de la *Charte*. J'estime que cela est clair. Ce qui est moins clair, c'est la question de savoir si l'art. 29 de la *Charte* était nécessaire pour atteindre ce résultat. J'estime que la réponse est non. Je crois qu'on l'a placé là simplement pour souligner que la *Charte* ne porte pas atteinte au traitement spécial que la Constitution garantit aux écoles confessionnelles, séparées ou dissidentes, même s'il s'accorde mal avec le concept de l'égalité enchâssé dans la *Charte* du fait que les autres écoles ne peuvent en bénéficier. À mon avis, on n'a jamais voulu que la *Charte* puisse

457 Tout comme le constate P. HOGG, préc., note 5, p. 28-57: « Section 35 is not merely a saving provision, but affords constitutional protection from legislative impairment for the rights that it covers. Section 35 obviously leaves s. 25 with very little work to do. »

458 J. M. ARBOUR, préc., note 395, p. 38-39. Sur les droits « autres » et le rôle de l'art. 25, voir *infra*, p. 116 et suivantes.

459 *Charte canadienne*, art. 29 : « Les dispositions de la présente charte ne portent pas atteinte aux droits ou privilèges garantis en vertu de la Constitution du Canada concernant les écoles séparées et autres écoles confessionnelles. »

460 *Renvoi relatif au projet de Loi 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.)*, préc., note 385.

servir à annuler d'autres dispositions de la Constitution et, en particulier, une disposition comme l'art. 93 qui représente une partie fondamentale du compromis confédéral. *L'article 29 n'est, à mon sens, présent dans la Charte que pour assurer une plus grande certitude*, en ce qui concerne tout au moins la province de l'Ontario⁴⁶¹. [Nos italiques]

L'adoption de l'article 25 a donc clarifié explicitement ce qui pouvait néanmoins être déduit implicitement. Ceci a probablement dissuadé des justiciables d'invoquer la *Charte* en matière de droits ancestraux ou issus de traité⁴⁶², puisque la jurisprudence sur la substance de cette disposition est plutôt rarissime⁴⁶³.

Dans l'une des rares décisions relatives à l'article 25, l'affaire *Campbell v. British Columbia*⁴⁶⁴, les plaignants demandaient à ce qu'un segment du traité Nisga'a⁴⁶⁵ soit déclaré inconstitutionnel, notamment parce qu'il ne permettait pas à des non-citoyens de voter lors des élections, ce qui serait contraire à l'article 3 de la *Charte canadienne*. Dans son jugement, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a rejeté cet argument, statuant du même coup que le traité et ses dispositions relatives au droit de vote étaient directement visés et protégés par l'article 25 contre toute atteinte :

Although there are few cases considering s. 25, what they show is that the section is meant to be a “shield” which protects aboriginal, treaty and other rights from being adversely affected by provisions of the *Charter*. It does not in itself add any substantive rights. The section is only triggered when aboriginal or treaty rights are challenged on the basis of the *Charter* and the outcome of that challenge might abrogate or derogate from “rights or freedoms that pertain to the aboriginal peoples of Canada”. [...]

This case being one involving treaty rights, s. 25 is triggered and must be given effect.

Keeping these authorities in mind, and applying a purposive interpretation to s. 25 in light of the admonition of the Supreme Court of Canada that where there is ambiguity, constitutional or statutory provisions are to be given a large and liberal interpretation in favour of aboriginal peoples, one comes to the conclusion that the purpose of this section is to shield the distinctive position of aboriginal peoples in Canada from being eroded or undermined by provisions of the *Charter*⁴⁶⁶. [Références omises]

461 *Id.*, par. 62.

462 B. W. MORSE, préc., note 35, p. 422 : « [...] The presence of section 25 has likely discouraged many litigants from invoking the *Charter of rights and Freedoms* and it has, therefore, lost some of its potential substantial significance. »

463 Et dans les cas où l'article 25 est invoqué, les tribunaux trouvent généralement un moyen afin de résoudre la question en litige sans en tenir compte, souvent par manque de preuve. Par exemple, voir *R. c. Kapp*, préc., note 445; *Jaime Grismer c. Première Nation de Squamish*, 2006 CF 1088; *Scrimbitt c. Conseil de la bande indienne de Sakimay*, préc., note 194; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, préc., note 25; *Bande d'Eastmain c. Gilpin*, préc., note 319.

464 *Campbell v. British Columbia*, préc., note 58.

465 *Accord définitif nisga'a*, préc., note 306.

466 *Campbell v. British Columbia*, préc., note 58, par. 156-158.

Dans les circonstances, le tribunal a fait une juste application de l'article 25 en le qualifiant de « bouclier »⁴⁶⁷ dont le but est d'empêcher une disposition de la *Charte canadienne* de supprimer un droit prévu par traité, ce qui est en tous points conforme à la règle de non-abrogation⁴⁶⁸.

Malgré les nombreuses analyses doctrinales⁴⁶⁹ dont l'article 25 a fait l'objet au cours des trois dernières décennies, rares sont les auteurs qui ont considéré la règle de non-abrogation⁴⁷⁰. Or, leurs conclusions quant à l'application et la portée de l'article 25 diffèrent sensiblement⁴⁷¹. Outre le fait évident et non contesté que la disposition ne crée pas de nouveaux droits⁴⁷², les opinions diffèrent quant au rôle que doit jouer l'article 25.

Certains auteurs suggèrent que l'article 25 constituerait une simple disposition interprétative à laquelle les tribunaux doivent se référer afin d'interpréter les droits ou libertés prévus à la *Charte* de manière conforme aux aspirations et à la spécificité des peuples autochtones. Cette approche est communément appelée celle du « prisme interprétatif »⁴⁷³. À la lumière de cette

467 Voir aussi *Shubenacadie Indian Band c. Canada (Human Rights Commission)*, [2000] 4 C.F. D-19 (C.A.), notamment les par. 52 et suivants; C. HUTCHINSON, préc., note 434, p. 189.

468 Voir aussi G. OTIS, préc., note 74, p. 255, qui est du même avis.

469 Ces auteurs se sont prononcés, à divers degrés, sur la portée et l'amplitude que devrait se voir reconnaître l'article 25 de la *Charte canadienne*: G. MOTARD et S. PICARD, préc., note 410; Dominique NOUVET, « R. v. Kapp : A Case of Unfulfilled Potential », (2010) 8-1 *ILJ* 81; C. HUTCHINSON, préc., note 434; G. OTIS, préc., note 74; Sophia MOREAU, « R. v. Kapp: New Directions for Section 15 », (2008-2009) 40 *R.D. Ottawa* 283; S. GRAMMOND, préc., note 1, p. 340-345; P. MACKLEM, préc., note 99, p. 209, 221 et suivantes; Timothy DICKSON, « Section 25 and Intercultural Judgement », (2003) 61 *U. T. Fac. L. Rev.* 141; J. M. ARBOUR, préc., note 395; B. W. MORSE, préc., note 35, p. 421-422; W. PENTNEY, préc., note 382; T. ISAAC, préc., note 382; R. DUPUIS, préc., note 1, p.122; GOUVERNEMENT DU CANADA, préc., note 265; Kent McNEIL, « The Constitution Act, 1982, Sections 25 and 35 » (1988) 1 *Canadian Native Law Reporter* 1; B. H. WILDSMITH, préc., note 450; Kent McNEIL, « The Constitutional Rights of the Aboriginal Peoples of Canada », (1982) 4 *Supreme Court Law Review* 255.

470 Avec la notable exception de G. OTIS, préc., note 74. Quant au texte de J. M. ARBOUR, préc., note 395, l'auteur semble tenir compte de la règle de non-abrogation dans son interprétation de l'article 25 qui consiste à encourager une réconciliation entre libertés individuelles et droits autochtones. Par contre, il croit qu'en cas de conflit irréconciliable, les droits ou libertés prévus à l'article 25 doivent l'emporter. L'auteur croit que la règle de non-abrogation est difficile d'application en matière autochtone, car les droits ancestraux ne constituent pas des chefs de compétence.

471 M. C. HURLEY, préc., note 304, p. 8:

Un autre point digne de mention concerne la *Charte canadienne des droits et libertés*. En règle générale, les ententes sur l'autonomie gouvernementale précisent que la *Charte* s'applique au signataire autochtone. À cet égard, la portée de la « protection » de l'article 25 de la *Charte* s'appliquant aux droits ancestraux et issus de traités, y compris ceux qui sont énoncés dans les ententes sur l'autonomie gouvernementale ou d'autres ententes comportant un volet sur l'autonomie gouvernementale, continue d'alimenter les discussions.

472 C. HUTCHINSON, préc., note 434, p. 180 où l'auteure relève bien les points sur lesquels les tribunaux et la doctrine s'entendent.

473 W. PENTNEY, préc., note 382. Cette approche est somme toute partagée par T. DICKSON, préc., note 469. C'est également l'approche que semble préconiser la Commission royale sur les peuples autochtones dans GOUVERNEMENT DU CANADA, préc., note 265: « Troisièmement, pour ce qui est de son application aux gouvernements autochtones, il faut interpréter la Charte en prenant largement en considération les conceptions philosophiques, les cultures et les traditions distinctives des autochtones.

hypothèse, les juges seraient amenés à interpréter les libertés prévus à la *Charte canadienne* de manière à ne pas porter atteinte aux droits ancestraux ou issus de traité. Autrement dit, les droits prévus à la *Charte canadienne* devraient faire l'objet d'une analyse de façon à refléter et préserver le contexte social, politique ou historique des peuples autochtones. La portée ou le contenu du droit ou de la liberté ainsi revendiqué seraient aussi modifiées afin de tenir compte de ces nouveaux facteurs tout en étant le moins attentatoires possible aux droits autochtones⁴⁷⁴. Si après analyse, il ne peut y avoir réconciliation avec les droits ancestraux ou issus de traités, alors les droits ou libertés prévus à la *Charte* l'emporteraient⁴⁷⁵.

À notre avis, pareille position paraît insoutenable. Tout d'abord, la *Charte canadienne* n'a pas besoin d'une deuxième procédure de justification⁴⁷⁶. Ensuite et en tout état de cause, les tribunaux doivent déjà, dans une analyse fondée sur la *Charte canadienne*, tenir compte de ces paramètres, surtout lorsqu'il s'agit du droit à l'égalité⁴⁷⁷. D'ailleurs, la protection des minorités, et encore plus des Autochtones et de leurs droits, constitue une valeur constitutionnelle sous-jacente et applicable à toute affaire⁴⁷⁸.

De toute façon, pareille approche réduirait la portée réelle de l'article 25. En effet, cette façon

Cette règle d'interprétation est donnée par l'article 25 de la Charte. »

474 W. PENTNEY, préc., note 382, p. 57: « Section 25 should then be applied as an interpretive prism, which will modify the usual definition or scope of the substantive guarantee so as to preserve and protect the particular aboriginal, treaty or other right or freedoms which would otherwise be impinged upon. Only then should a court consider whether the limit on the right or freedom *as modified by s. 25* is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society in accordance with s. 1. » Voir aussi, T. DICKSON, préc., note 469, p. 158: « The effect of section 25 should be to transform *Charter* rights interpretation from the context of Canadian society to the context of the society of the First Nation. » Puis, elle ajoute à la p. 159 : « Section 25 should be interpreted to mean that the *Charter* must be sensitive to the new context in which it is operating, such that Aboriginal legal and social traditions inform the content of its provisions. » Voir aussi T. ISAAC, préc., note 382, p. 436. Quant à lui, P. MACKLEM, préc., note 99, p. 209, 221 et suivantes, ajoute une nouvelle dimension à cette approche en distinguant les restrictions externes aux droits ou libertés de la *Charte*, lesquelles ne devraient pas frustrer des initiatives favorables aux Autochtones, des restrictions internes, qui, en cas de conflit irréconciliable, devraient laisser la place aux droits ou libertés de la *Charte canadienne*.

475 H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 50, p. 962.

476 K. WILKINS, préc., note 98, p. 117. De même, le rôle de l'article 25 ne se situe pas au stade de la justification sous l'article premier : *R. c. Kapp*, préc., note 445, par. 110 (j. Bastarache).

477 *R. c. Kapp*, préc., note 445, par. 109 (j. Bastarache) : « Je ne crois pas qu'il existe des droits distincts garantis par la Charte pour les Autochtones et les non-Autochtones pris individuellement, ni qu'il soit possible de prendre en considération l'expérience culturelle spécifique des Autochtones pour définir des droits garantis par la *Charte*. Les droits sont les mêmes pour tous; leur application est une question de justification en fonction du contexte. » Nous reviendrons brièvement sur la prise en compte d'intérêts autochtones à la conclusion de cette partie. Voir *infra*, p. 125.

478 *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 82. Voir aussi *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, préc., note 451, par. 97-98. Au sujet des principes constitutionnels sous-jacents, voir *infra*, p. 125 et suivantes.

de voir l'article 25 semble plus compatible avec un libellé similaire à celui de l'article 27 de la *Charte canadienne* qui prévoit que :

27. Toute interprétation de la présente charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens⁴⁷⁹.

Or, l'article 25 ne prévoit pas que « toute interprétation de la présente charte doit concorder avec la protection des droits ou libertés — ancestraux, issus de traités ou autres — des peuples autochtones du Canada »⁴⁸⁰. Dans cette optique, malgré la présence d'un conflit entre deux droits constitutionnels, l'un devrait l'emporter sur l'autre, ce qui n'est pas permis par la règle de non-abrogation, tel que l'affirme le professeur Otis :

En fait, l'idée que l'article 25 ne soit qu'une règle d'interprétation méconnaît la finalité essentielle de ce genre de disposition qui est précisément d'empêcher que la validité d'une mesure autorisée par une disposition constitutionnelle soit évaluée à l'aune d'une autre partie de la loi fondamentale. C'est la possibilité même de contraindre le juge à se demander si une norme constitutionnelle en respecte une autre qui est proscrite⁴⁸¹.

Nous sommes d'accord avec l'idée selon laquelle la *Charte canadienne* doit être interprétée de manière à ce que, selon les termes de la Commission royale sur les peuples autochtones, elle « empêche les conceptions et les méthodes autochtones d'être emportées dans le flot d'une interprétation sans nuance de la Charte »⁴⁸². Par contre, et nous sommes catégoriques sur cette question, l'article 25 n'est pas une simple disposition interprétative. Or, qui dit interprétation dit nécessairement application. L'article 25 joue son rôle non pas au stade de l'interprétation, mais à celui de l'application même de la *Charte* aux droits ancestraux ou issus de traités. Par ailleurs, l'article 25 ne pourrait pas à la fois empêcher l'application de la *Charte canadienne* pour certaines situations, et moduler son interprétation pour des situations où elle s'appliquerait, lorsqu'elle ne porterait pas atteinte aux droits ancestraux ou issus de traités. C'est l'un ou l'autre, et certainement pas les deux.

Cela dit, d'autres auteurs postulent que l'article 25 aurait l'effet, non seulement d'un « bouclier », mais aussi d'une fin de non-recevoir à toute action visant à faire appliquer la *Charte canadienne* au détriment des droits ancestraux ou issus de traité. En vertu de cette approche, les droits ancestraux, dont le droit à l'autonomie gouvernementale fait partie, ne sauraient être limités d'une quelconque façon par la *Charte canadienne*⁴⁸³. Autant le droit que

479 *Charte canadienne*, art. 27.

480 Cependant, la méthode du prisme interprétatif pourrait peut-être avoir une raison d'être dans le cadre d'une analyse sous l'article 27 de la *Charte canadienne*.

481 G. OTIS, préc., note 74, p. 255.

482 GOUVERNEMENT DU CANADA, préc., note 265.

483 K. WILKINS, préc., note 98, p. 60: « Section 25, in other words, not only 'prevents distinctive

l'exercice du droit seraient donc immunisés de la *Charte canadienne* et n'importe quelle loi, mesure ou action prise par un gouvernement autochtone seraient hors de portée de la *Charte canadienne*, sous réserve des articles 28 et 35(4) de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui garantissent l'égalité entre les deux sexes⁴⁸⁴. L'argument principal, selon les tenants de cette approche, est que l'application de la *Charte canadienne* aux droits ancestraux, particulièrement le droit à l'autonomie gouvernementale, aurait nécessairement pour effet de les limiter et donc, d'y déroger, ce qui serait interdit aux termes de l'article 25⁴⁸⁵, notamment ceux de la version anglaise :

25. The guarantee in this Charter of certain rights and freedoms shall not be construed so as to *abrogate or derogate* from any aboriginal, treaty or other rights or freedoms that pertain to the aboriginal peoples of Canada including [...].
[Nos italiques]

25. Le fait que la présente charte garantit certains droits et libertés ne *porte pas atteinte* aux droits ou libertés — ancestraux, issus de traités ou autres — des peuples autochtones du Canada, notamment [...].

À leur sens, le vocable déroger (*derogate*), viendrait conforter leur vision selon laquelle la *Charte canadienne* ne trouverait jamais application, tel que le fait valoir l'auteur Kerry Wilkin :

In common usage, 'derogation' from a right does not require suppression, amputation or abrogation; it also occurs whenever a right is diminished, impaired or infringed. Section 25, therefore, arises, as Pentney says, 'even if there is no absolute denial of these rights.'
[...]

If some particular conduct or practice comes within the intendment, properly understood, of such a right, then any external restrictions or prohibitions imposed on the conduct or practice — including those imposed by the Charter — would derogate from the right, because they would diminish the right's capacity to protect engagement in it. This, as McNeil and others have said, is exactly the kind of impact that section 25 says the Charter must not be allowed to have on aboriginal rights. Attempting to distinguish between self-government rights and their exercise, therefore, will not preclude section 25 from immunizing such rights from the Charter's impact⁴⁸⁶.

Selon cette approche, le terme déroger ne permettrait d'aucune façon que la *Charte* puisse s'immiscer dans l'exercice des droits ancestraux. À cet égard, la règle de non-abrogation ne

Aboriginal understandings and approaches from being washed away in a flood of undifferentiated Charter interpretation; it appears to prevent the Charter from interfering with the exercise of self-government rights at all. » D'autres, moins drastiques dans leur approche, prônent une immunité seulement dans des cas où des initiatives se fondent sur la différence et spécificité autochtone, des « éléments centraux de la société autochtone ». Autrement, la *Charte canadienne* trouverait application. À ce sujet, voir S. GRAMMOND, préc., note 1, p. 342-345; P. HOGG et M. E. TURPEL, préc., note 177, p. 214-215.

484 K. McNEIL, préc., note 98, p. 75, note 43. Concernant la suprématie de l'égalité des sexes, voir les p. 76-79. Sur notre position à ce sujet, voir *infra*, p. 124.

485 K. McNEIL, préc., note 98, p. 74-75.

486 K. WILKINS, préc., note 98, p. 112-114.

ferait que gérer les situations où il y a une abrogation d'un droit et non pas celles où il y a une simple dérogation. Selon Kent McNeil, l'article 25 aurait donc une portée plus grande que la règle de non-abrogation :

Section 25 was clearly intended to shield the rights of the Aboriginal peoples, and thus the right of self-government, not just from abrogation but from derogation by the Charter as well.

[...]

As the right of self-government, along with other Aboriginal and treaty rights, has constitutional status due to s. 35(1), it would not have required s. 25 to be protected against abrogation by the *Charter*. To give s. 25 work to do where the Aboriginal right of self-government is concerned, and to give significance to the words “derogate from” as well to “abrogate,” the section must shield not only the existence but also the exercise of the right from the *Charter*⁴⁸⁷.

À notre avis, le fait de porter atteinte à un droit, tel que la version française le prévoit, est autant compatible avec les termes « derogate » (déroger) ou « abrogate » (abroger) de la version anglaise. D'ailleurs, la Cour suprême, dans ses réflexions sur la règle de non-abrogation, utilise également le mot atteinte afin de qualifier la généralité de la règle⁴⁸⁸. Ainsi, porter atteinte à un droit signifierait à la fois l'abroger ou y déroger, soit « un effet attentatoire à la logique fondamentale ou à la nature profonde d'un droit »⁴⁸⁹. Or, les tenants de l'approche de non-application complète de la *Charte* ne se réfèrent qu'à la version anglaise du texte.

Par conséquent, nous considérons que cette façon de voir l'article 25 ne tient pas compte de la version française et ignore les enseignements de la Cour suprême quant à la règle de non-abrogation ainsi que de la conclusion qu'elle en a tirée de l'article 29 de la *Charte canadienne*, laquelle est tout à fait transposable aux fins de l'article 25⁴⁹⁰. De plus, dans l'arrêt *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*⁴⁹¹, la

487 K. McNEIL, préc., note 98, p. 74, note 43 et p. 75.

488 *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, préc., note 391; *Renvoi relatif au projet de Loi 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.)*, préc., note 385, par. 60 et suivants.

489 G. OTIS, préc., note 74, p. 246.

490 Le juge Bastarache, dans ses motifs relativement à l'arrêt *R. c. Kapp*, préc., note 445, est d'avis que l'interprétation qui a été donnée à l'article 29 doit être la même pour l'article 25 :

Il importe par ailleurs de souligner qu'on trouve dans le texte français de l'art. 25 les mêmes termes que dans les art. 21 et 29 de la *Charte*, qui ont déjà été interprétés par la Cour. Dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148, la Cour a estimé, dans des remarques incidentes, que les mots « ne porte pas atteinte aux » figurant à l'art. 29 faisaient obstacle à des droits inconciliables. La règle de la cohérence interne exigerait que les mêmes mots utilisés dans la même *Charte* (surtout dans la même section, formée de dispositions générales) soient interprétés de la même manière, ce qui s'opposerait à la conclusion suivant laquelle le texte français ne fournit pas la réponse la plus cohérente pour la recherche d'une signification commune. Voir *R. c. Daoust*, [2004] 1 R.C.S. 217, 2004 CSC 6; voir aussi *Renvoi relatif au projet de loi 30 et Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609.

491 *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, préc., note 391.

majorité, sous la plume du juge McLachlin, utilise spécifiquement le terme déroger afin de décrire la règle de non-abrogation à laquelle l'article 25 ne peut que faire référence :

Souscrivant à la conclusion des juges formant la majorité que la *Charte* ne saurait être appliquée de façon à *abroger* les droits ou privilèges garantis par la Constitution ou à y *déroger* [...].

[...]

En d'autres termes, le pouvoir constitutionnel de la province de fournir un réseau d'écoles séparées lui donnait le droit constitutionnel d'établir des distinctions entre les groupes. Lui refuser ce pouvoir pour le motif qu'il porte atteinte à la Charte reviendrait à *diminuer ou à abroger le pouvoir* même que la Constitution a accordé à la province, ce que ne saurait faire la Charte.

On peut comparer cela avec ce qui s'est passé dans le *Renvoi relatif à la délimitation de circonscriptions électorales*. Dans cette affaire, on était parti de la prémisse qu'une convention constitutionnelle autorisait les provinces à fixer les limites de leurs circonscriptions électorales. Ce pouvoir n'était pas contesté. La question en litige était de savoir si la province pouvait, conformément à ce pouvoir, adopter une loi qui violait le droit de vote garanti par l'art. 3 de la *Charte*. On a répondu à cette question par la négative. J'ai eu alors l'occasion d'affirmer (à la p. 179) que «[b]ien que la compétence législative des provinces de modifier leur constitution ne saurait leur être retirée sans modification constitutionnelle et qu'en ce sens, elle échappe à tout examen fondé sur la *Charte*, l'exercice par les provinces de leur compétence législative est assujéti à la Charte.» En d'autres termes, ce qui était contesté était non pas le pouvoir de légiférer, mais le «fruit» de ce pouvoir, une loi établissant certaines circonscriptions électorales. *La loi en question était assujéti à la Charte parce que le fait de la rendre inopérante n'aurait pas pour effet d'accomplir ce que la constitution interdit, en l'occurrence retirer à la province le pouvoir même de créer ses circonscriptions électorales*⁴⁹². [Nos italiques]

Contrairement à l'approche de non-application complète, le plus haut tribunal répète que par la règle de non-abrogation, c'est le droit lui-même qui ne doit pas être diminué (terme voisin de déroger) ou abrogé tout en faisant les distinctions avec l'exercice du droit qui n'est pas visé par la règle. Comme nous l'avons soulevé plus haut⁴⁹³, par déroger, l'on veut simplement dire qu'il ne faut pas que la *Charte* porte atteinte à une caractéristique essentielle du droit ancestral ou issu de traité en question, sans nécessairement le supprimer. Elle peut par contre filtrer son exercice.

Pour tous les motifs qui précèdent, nous considérons qu'autant les arguments des tenants des approches du « prisme interprétatif » et de la non-application complète sont non fondés. En tenant compte du contexte dans lequel gravite l'article 25 de la *Charte canadienne*, c'est-à-dire des autres dispositions générales de la *Charte*, de la règle de non-abrogation et du libellé de la version française, la fonction première de l'article 25 est d'empêcher qu'une partie de la

492 *Id.*, p. 391-392.

493 *Supra*, p. 97 et suivantes.

Constitution ne vienne abroger ou déroger une autre partie. Cependant, nous verrons au prochain point que les droits protégés sont plus généreux que ceux visés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

2.2. Une protection qui va au-delà des droits ancestraux ou issus de traités

Bien que ne créant pas de nouveaux droits⁴⁹⁴, l'article 25 de la *Charte canadienne*, par son libellé, semble toutefois procurer une plus ample protection en allant au-delà des droits ancestraux ou issus de traités de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Effectivement, l'article 25 fait référence à des droits et à des libertés, tandis que l'article 35 ne vise que des droits⁴⁹⁵. De plus, l'article 25 donne des exemples de droits ou libertés qui seraient protégés par la règle de non-abrogation, tels ceux protégés par la *Proclamation royale*⁴⁹⁶, tout en spécifiant par le terme « notamment » que ces exemples ne sont pas limitatifs. La présence du terme « autres » permet de croire qu'en plus des droits ancestraux ou issus de traités, l'article 25 aurait potentiellement pour effet d'étendre la règle de non-abrogation à des droits, qui, sans cette disposition, n'en bénéficieraient pas. Puisque l'article 25 fait référence aux droits des peuples autochtones, les « autres » droits auxquels fait référence la disposition devront nécessairement être propres aux Autochtones⁴⁹⁷.

À ce stade, la question est donc de connaître la nature de ces autres droits. Cela dit, l'application de l'article 25 à un plus large éventail de droits ne modifie pas les caractéristiques essentielles de la règle de non-abrogation. Il faut encore une fois établir l'existence d'un droit « autre », avant de déterminer les caractéristiques essentielles constitutionnellement protégées de l'application de la *Charte*. L'exercice de ces droits demeurera bien entendu soumis aux prescriptions de la *Charte canadienne*.

494 *R v. Nicholas and Bear*, [1989] 2 C.N.L.R. 131 (N.B. Q.B.). Par contre, sans les constitutionnaliser, l'objectif serait de protéger les droits prévus à l'article 25 contre une atteinte par la *Charte* : *R. c. Kapp*, préc., note 445, par. 107 (j. Bastarache).

495 P. HOGG, préc., note 5, p. 28-57; R. DUPUIS, préc., note 1, p. 122.

496 La *Proclamation royale*, bien que toujours en vigueur, n'est pas visée expressément par l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. L'article 25 a donc comme effet, en ce qui concerne les droits et libertés de la *Charte canadienne*, de s'assurer que les droits et libertés qui y sont inscrits continuent d'être protégés par la règle de non-abrogation, nonobstant une abrogation de la Proclamation.

497 En se référant à la version anglaise, particulièrement au mot « pertain », l'on peut affirmer que les droits « autres » doivent être propres aux Autochtones contrairement à des droits qu'ils pourraient posséder en tant que citoyens canadiens. *R. c. Kapp*, préc., note 445, par. 101 (j. Bastarache); W. PENTNEY, préc., note 382, p. 55. L'auteur J. M. ARBOUR, préc., note 395, p. 28 soumet l'hypothèse selon laquelle ces droits propres aux Autochtones devraient nécessairement viser des droits de groupes.

De façon minimale, nous sommes d'avis que les droits issus de l'exercice conforme de la compétence du Parlement fédéral au sens du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1967* pourraient faire partie de ces autres droits et libertés prévus à l'article 25 de la *Charte canadienne*⁴⁹⁸. Toutefois, comme c'est le cas pour les droits ancestraux ou issus de traité de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, il se peut fort bien de toute manière qu'ils n'aient aucun besoin de l'article 25 de la *Charte canadienne* pour être sauvegardés, toujours en raison de la règle de non-abrogation. Plus haut, nous avons effectivement établi que cette compétence permet au Parlement fédéral de légiférer de manière préférentielle, distinctive ou discriminatoire par rapport à la population indienne, bien que l'exercice de cette compétence demeure soumis à la *Charte canadienne*⁴⁹⁹.

Dans *R. c. Kapp*⁵⁰⁰, la majorité de la Cour suprême n'a pas voulu se prononcer quant à la possibilité qu'un permis de pêche communautaire octroyé par le fédéral et favorisant la participation des Autochtones à la pêche commerciale puisse être considéré ou non comme un droit « autre » de l'article 25⁵⁰¹, tel que révélé par ce passage tiré de l'arrêt :

La première question est de savoir si le permis de pêche communautaire dont il est question en l'espèce tombe sous le coup de l'art. 25. Selon nous, le libellé de l'art. 25 et les exemples qu'on y trouve — droits ancestraux, droits issus de traités et autres « droits ou libertés », tels les droits émanant de la *Proclamation royale* ou d'accords sur des revendications territoriales — indiquent que les droits des Autochtones ou les programmes destinés à ceux-ci ne sont pas tous visés par cette disposition. Au contraire, seuls les droits de nature constitutionnelle sont susceptibles de bénéficier de la protection de l'art. 25. Si c'est le cas, nous nous demandons alors, sans pour autant trancher la question, si le permis de pêche constitue un droit ou une liberté visé par l'art. 25⁵⁰².

Cette réponse nous laisse perplexe. Que veut dire exactement la Cour par « droits de nature constitutionnelle »⁵⁰³? Se réfère-t-elle seulement aux droits de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*? Le cas échéant, pourquoi se questionne-t-elle quant à la possibilité de protéger le permis de pêche par l'article 25? Serait-ce parce que le permis serait la représentation d'une mesure d'accommodement découlant du principe de l'honneur de la

498 B. H. WILDSMITH, préc., note 450, p. 33-35.

499 *Supra*, p. 3 et suivantes et *infra*, p. 191 et suivantes.

500 *R. c. Kapp*, préc., note 445.

501 Elle a plutôt préféré de qualifier ce permis de « programme améliorateur » au sens du paragraphe 15(2) de la *Charte canadienne*. À ce sujet, voir *infra*, p. 131.

502 *R. c. Kapp*, préc., note 445, par. 63.

503 Les auteurs Motard et Picard nous informent que par droits de nature constitutionnelle, ce pourrait être des droits tels que ceux issus de documents tels que la *Loi constitutionnelle de 1930*, 20-21 George V, c. 26 (R.-U.), « qui entérine les *accords sur le transfert des ressources naturelles* » : G. MOTARD et S. PICARD, préc., note 410, p. 210.

Couronne et protégé par l'article 35⁵⁰⁴? Ou plutôt voulait-elle sous-entendre que les droits issus d'un exercice conforme à la compétence du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* en font partie et que par conséquent, l'application de la *Charte* au permis de pêche aurait eu pour effet d'abroger ou de déroger à la compétence prévue à l'article 91(24)?

Si le permis de pêche constitue la représentation d'un exercice conforme de la compétence sur les Indiens ou les terres réservées, nous sommes d'opinion que l'application de la *Charte* dans ces circonstances aurait effectivement eu pour effet d'y porter atteinte de façon contraire à l'article 25. Empêcher le gouvernement de légiférer de façon préférentielle dans l'octroi de permis de pêche aux Autochtones enlèverait tout sens pratique à la compétence sur les Indiens considérant que la pêche fait partie du cœur de la quiddité indienne⁵⁰⁵. Cela, est d'autant plus supporté par le fait que le permis « consistait à offrir à des collectivités autochtones ayant historiquement occupé et utilisé un territoire des possibilités de pêcher à des fins alimentaires, sociales et rituelles, et dans certains cas de participer à un programme pilote de vente »⁵⁰⁶. Avec respect pour l'opinion contraire, ce type d'initiative est directement visé par le paragraphe 91(24) et par ricochet par les droits « autres » de l'article 25⁵⁰⁷, puisque l'application de la *Charte* aurait eu pour effet de supprimer le programme duquel est issu le permis de pêche. Il y aurait atteinte à l'exercice conforme de la compétence prévue à 91(24). Supprimer ce droit au nom du droit à l'égalité de tous viderait de tout son sens la compétence sur les Indiens et leurs terres.

504 Le permis pourrait effectivement constituer une mise en œuvre du principe de l'honneur de la Couronne, « dans la mesure où le programme fédéral contesté a été adopté dans le cours de négociations devant mener à un traité, et cela même si aucun droit ancestral de pêche à des fins commerciales n'avait été démontré » : G. MOTARD et S. PICARD, préc., note 410, p. 210-211. Voir également D. NOUVET, préc., note 469, p. 87 et suivantes, dont les conclusions sont similaires.

505 De façon simple, ce qui « distingue » un non-autochtone d'un Autochtone au sens constitutionnel. Pour une définition complète de la quiddité indienne, voir *infra*, p. 191 et suivantes.

506 *R. c. Kapp*, préc., note 445, par. 69 (j. Bastarache).

507 *Id.*, par. 121. Le juge Bastarache semble vouloir faire le parallèle entre la règle de non-abrogation, la compétence prévue au paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et l'article 25 de la *Charte canadienne* :

À mon avis, enfin, le droit dont il est question en l'espèce dépend entièrement de l'exercice des pouvoirs conférés au Parlement par le par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui concerne une catégorie de personnes, soit les Indiens. Là encore, il est intéressant de relever le parallèle établi entre l'art. 93 et le par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* par le juge Estey dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30*, p. 1206 : « En ce sens, l'art. 93 est l'équivalent provincial du par. 91(24) (les Indiens et les terres réservées aux Indiens) qui autorise le Parlement du Canada à légiférer au profit de la population indienne selon un mode préférentiel, discriminatoire ou distinctif, par rapport aux autres. ». Soutenir que l'octroi de ces permis n'est pas un droit mais l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire ministériel, c'est privilégier la forme par rapport au fond. On ne peut interpréter la *Charte* comme si elle rendait inconstitutionnel l'exercice de pouvoirs conformes aux objectifs du par. 91(24), et il n'est pas logique de croire que tout exercice de la compétence établie au par. 91(24) exige une justification en vertu de l'article premier. L'article 25 est un compagnon indissociable du par. 35(1); il protège les objectifs du par. 35(1) et accroît la portée des mesures nécessaires pour que soit remplie la promesse de réconciliation.

Par ailleurs, le permis aurait très bien pu être considéré comme étant une mesure d'accommodement au sens de l'obligation de consultation et d'accommodement qui découle du principe de l'honneur de la Couronne, une obligation issue de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. En effet, la plupart des Premières Nations concernées croyaient et continuent de croire en leurs droits ancestraux de pêche aux endroits concernés⁵⁰⁸. Le permis constituait l'une des composantes devant éventuellement mener à la reconnaissance de droits ancestraux et au développement de traités et de droits à l'autonomie gouvernementale⁵⁰⁹. Ainsi, les droits découlant de l'obligation de consultation et d'accommodement devaient, dans l'éventualité où ils ne seraient pas protégés de plein droit par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, être considérés comme des droits de la catégorie « autres » de l'article 25 de la *Charte canadienne*⁵¹⁰ auxquels la *Charte* ne peut pas porter atteinte.

Toujours à propos de cette notion de droits « autres » au sens de l'article 25, le juge Bastarache dans l'arrêt *Kapp*, est non seulement d'avis que le permis de pêche en litige est directement visé par les droits « autres » de l'article 25 de la *Charte canadienne*, mais aussi que les lois adoptées en vertu de la compétence établie au par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* le sont. De cette manière, des droits d'origine législative pourraient être visés comme des droits « autres »⁵¹¹. Il s'efforce également de décrire quels types de droits ou libertés sont susceptibles d'être protégés par l'article 25, exposé auquel nous souscrivons :

508 D. NOUVET, préc., note 469, p. 88.

509 *Id.*, p. 86-89.

510 *Id.*, p. 92 :

The more regrettable silence was with respect to whether the PSP counts as an "other right or freedom" under s. 25. The majority hints that it does not, but ultimately this question remains unanswered. I have argued above that the PSP constituted a reasonable accommodation of commercial and domestic fishing rights within the meaning of the *Haida* framework. In my view, *Kapp* was an ideal opportunity to confirm that reasonable accommodations fall within the ambit of s. 25.

As the Supreme Court of Canada confirmed in *Kapp*, the Crown has a *constitutional* obligation to consult with Aboriginal groups about their proven and asserted Aboriginal and treaty rights. In some cases, it will also have a *constitutional* obligation to seek to reasonably accommodate those rights. Moreover, accommodation agreements are essential to the Crown-Aboriginal reconciliation process, which is the "fundamental objective of the modern law of aboriginal and treaty rights" and s. 35(1) more generally. For all of these reasons, it makes sense to consider reasonable accommodation agreements as "other rights" within the meaning of s. 25 of the *Charter* ». [Références omises]

511 Ce que qui était proposé par la juge L'Heureux-Dubé dans *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, préc., note 25, par. 52 :

Cet article [25] s'applique lorsque des droits ancestraux ou issus de traités garantis par l'art. 35 sont en litige, ou quand la réparation demandée dans le cadre d'une contestation fondée sur la Charte pourrait porter atteinte à d'«autres» droits ou libertés des peuples autochtones du Canada. Ce passage montre que les droits visés à l'art. 25 sont plus étendus que ceux visés à l'art. 35, et qu'il peut s'agir de droits d'origine législative. Cependant, le seul fait qu'une mesure législative concerne les autochtones ne la fait pas entrer dans le champ d'application des «autres» droits ou libertés visés à l'art. 25.

Les lois adoptées en vertu de la compétence établie au par. 91(24) feraient normalement partie de cette catégorie, cette compétence concernant les peuples autochtones en tant que tels, mais pas les lois visées par l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, puisqu'il s'agit par définition de lois d'application générale. Sont compris dans les droits et libertés « autres » les droits d'origine législative qui visent à protéger des intérêts liés à la culture, au territoire et à l'autonomie gouvernementale des Autochtones, comme je l'ai déjà signalé, ainsi que les accords de règlement qui remplacent des droits ancestraux ou issus de traités. Mais les droits privés dont jouissent les Autochtones sur le plan individuel, à titre privé, en tant que citoyens canadiens comme les autres, ne seraient pas protégés⁵¹². [Nos italiques]

Le critère utilisé afin de déterminer les droits « autres » de l'article 25 serait celui de la « différence culturelle autochtone »⁵¹³. Il s'agit d'un critère qui est plus englobant que les droits ancestraux ou issus de traités de l'article 35 mais qui ne vise pas « l'ensemble des droits découlant de l'exercice de la compétence fédérale et [qui] dépasse celle-ci quant à d'autres aspects »⁵¹⁴. Ainsi, des permis de chasse provinciaux pour Autochtones, étant liés à la culture et au territoire autochtone, pourraient faire partie des droits « autres » au sens de l'article 25 auxquels la *Charte canadienne* ne devrait pas porter atteinte⁵¹⁵.

Certaines lois provinciales devraient nécessairement faire partie de la catégorie de droits « autres » de l'article 25 lorsqu'elles visent à accorder des pouvoirs d'autonomie gouvernementale et des avantages comparables à la *Loi sur les Indiens* à des groupes métis en leur donnant une assise territoriale leur permettant d'enrichir leur identité et leur culture. Or, à l'instar de l'arrêt *Kapp*, la Cour suprême, dans l'arrêt *Alberta (Affaires autochtones et développement du Nord) c. Cunningham*⁵¹⁶, bien qu'elle ait qualifié une loi de ce type comme faisant partie des programmes améliorateurs pour des groupes défavorisés de la société au sens de l'article 15 (2)⁵¹⁷ de la *Charte canadienne*, elle n'a pas dit un seul mot sur l'article 25. Dans

512 *R. c. Kapp*, préc., note 445, par. 105 (J. Bastarache). Voir également P. MACKLEM, préc., note 99, p. 225, où il mentionne à ce sujet que « [...] Section 25 protects federal, provincial and Aboriginal initiatives that seek to further interests associated with indigenous difference from Charter scrutiny. Legislation that distinguishes between Aboriginal and non-Aboriginal people in order to protect interests associated with Aboriginal culture, territory, sovereignty, or the treaty process deserves to be shielded from Charter scrutiny. »

513 Tel que reformulé par G. MOTARD et S. PICARD, préc., note 410, p. 211-212.

514 *Id.*, p. 212. Nous avons vu en effet que la compétence sur les Indiens et leurs terres est bien vaste et permet de légiférer sur une multitude de questions qui seraient autrement de compétence provinciale. À ce sujet, voir *supra*, p. 3 et suivantes et *infra*, p. 145 et suivantes, de même que les p. 191 et suivantes.

515 G. MOTARD et S. PICARD, préc., note 410, p. 212:

C'est d'ailleurs le cas, par exemple, des ententes particulières conclues entre les communautés et les provinces. Dans ce cas de figure, il s'agirait alors de comprendre comment un acte provincial pourrait être soustrait à une analyse sous la *Charte*, car faisant partie de la différence culturelle autochtone au sens de l'article 25, tout en n'empiétant pas de manière significative sur la compétence fédérale en matière d'indianité. La distinction entre ces deux dernières expressions demeure pour le moins subtile et requiert, dans tous les cas, que les tribunaux s'interrogent et se prononcent sur ce qui constitue la spécificité autochtone.

516 *Alberta (Affaires autochtones et développement du Nord) c. Cunningham*, 2011 CSC 37.

517 Sur ce sujet, voir *infra*, p. 131.

cet arrêt, ce programme était contesté parce que la loi empêchait des Indiens au sens de la *Loi sur les Indiens* de devenir membres des communautés métisses. Ironiquement, en justifiant l'application du paragraphe 15(2), elle a ni plus ni moins appliqué la règle de non-abrogation dans ses motifs :

Accorder aux Métis qui sont aussi des Indiens inscrits le droit d'être membres des communautés établies en vertu de la MSA *compromettrait l'objet du programme qui consiste à enrichir l'identité, la culture et l'autonomie gouvernementale des Métis et pourrait potentiellement vider de son sens l'objectif de la MSA qui consiste à préserver et à enrichir la culture, l'identité et l'autonomie gouvernementale distinctes des Métis.*

Accepter comme membres un grand nombre de Métis qui sont des Indiens inscrits pourrait compromettre les objectifs de préservation et d'enrichissement de la culture, de l'identité et de l'autonomie gouvernementale distinctives des Métis. Si les Indiens inscrits étaient membres des établissements métis, l'identité distinctive des Métis, avec l'importance historique accordée à la distinction qui existe entre *leur identité et l'identité indienne, serait compromise.* En outre, si les Indiens inscrits étaient membres des établissements métis, *l'objectif qui consiste à atteindre une autonomie gouvernementale risquerait de ne pas se réaliser.* Par exemple, les Indiens qui jouissent déjà du droit de chasser à l'extérieur des réserves pourraient avoir peu d'intérêt à promouvoir le droit des Métis de chasser à l'extérieur des terres désignées. Il en va de même pour d'autres avantages et privilèges. Comme la *Loi sur les Indiens* prévoit un régime d'avantages conférés aux Indiens inscrits, qu'il s'agisse des soins médicaux, du logement ou de l'exemption d'impôt, les Indiens inscrits qui sont membres d'établissements métis risquent d'être moins intéressés que les Métis n'ayant pas le statut d'Indien à se battre pour obtenir des avantages semblables⁵¹⁸. [Nos italiques]

Il s'agit ici clairement d'un cas pour lequel l'application de la *Charte canadienne* porterait atteinte au droit des métis d'établir leur culture et identité propre. La Cour, en utilisant les termes « vider de son sens » démontre de manière sans équivoque que la *Charte* dérogerait aux droits protégés par l'article 25.

Par ailleurs, il nous semble aussi que plusieurs coutumes autochtones pourraient entrer dans la sphère des droits « autres », lorsqu'elles ne sont pas reconnues en tant que droits ancestraux, pour autant que ces coutumes répondent aux critères élaborés par le juge Bastarache. On pourrait penser à celles reconnues par la *Loi sur les Indiens* permettant aux membres d'une bande de choisir leurs dirigeants⁵¹⁹ ou encore des codes d'appartenance⁵²⁰. En d'autres mots, ces coutumes pourraient être protégées lorsque « l'application des protections établies dans la *Charte* à l'endroit des individus diminuerait l'identité distinctive, collective et culturelle d'un

518 *Alberta (Affaires autochtones et développement du Nord) c. Cunningham*, préc., note 516, par. 77-78.

519 Le tribunal, dans *Cockerill c. Première nation No 468 de Fort McMurray*, préc., note 197, par. 26, a reconnu que de telles coutumes pourraient être visées par l'article 25 de la *Charte canadienne*. Voir aussi G. OTIS, préc., note 178, p. 413.

520 S. GRAMMOND, préc., note 1, p. 313.

groupe autochtone »⁵²¹. Renée Dupuis ajoute que des règles héréditaires coutumières, dans la sélection de représentants, pourraient également faire partie des droits « autres » visés par l'article 25⁵²².

À ces coutumes, on peut ajouter certaines approches traditionnelles aux affaires criminelles et pénales qui cadreraient mal avec les objectifs de la *Charte*⁵²³. Les garanties liées au droit au silence, au droit à l'avocat ou à l'impartialité d'un décideur pourraient ne pas être compatibles avec l'objectif spécifique aux peuples autochtones de rétablir la paix et l'harmonie dans une communauté en réconciliant la conscience de l'accusé avec celle de la victime et de sa famille.

Cela dit, il est manifeste que les « autres » droits ou libertés de l'article 25 de la *Charte canadienne* ne sont pas les mêmes pour tous les Autochtones du Canada⁵²⁴. Par exemple, certains groupes autochtones sont clairement visés par la Proclamation royale, tandis que d'autres non. L'exemple du permis de pêche de Kapp le démontre également.

En tout état de cause, l'article 25 ne peut pas être invoqué de manière autonome et des droits protégés par la *Charte canadienne* doivent nécessairement intervenir pour qu'il trouve application. On ne saurait par exemple invoquer l'article 25 dans une affaire impliquant la *Loi canadienne sur les droits de la personne* sans qu'une violation d'un droit ou liberté prévu à la *Charte canadienne* ne soit soulevée⁵²⁵.

Avant conclure cette partie, une dernière précision s'impose. Autant dans la doctrine que dans la jurisprudence⁵²⁶ consultée, l'on ne semble pas être en mesure de s'entendre sur le moment approprié afin de faire jouer la protection prévue par l'article 25.

521 *R. c. Kapp*, préc., note 445, par. 89 (j. Bastarache).

522 R. DUPUIS, préc., note 1, p. 123.

523 Il faut se rappeler qu'il y a de fortes chances que l'application de la *Charte* à de telles pratiques pourrait purement et simplement porter atteinte au droit à l'autonomie gouvernementale d'une communauté. Dans ces circonstances, ces pratiques seraient protégées par l'article 35 de la *Charte canadienne*. À ce sujet, voir *supra*, p. 97 et suivantes.

524 B. H. WILDSMITH, préc., note 450, p. 36.

525 *Shubenacadie Indian Band c. Canada (Human Rights Commission)*, préc., note 467, particulièrement les par. 52 et suivants.

526 Par exemple, dans la décision *R. v. Kapp*, 2006 BCCA 277 (CanLII), de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, aucun des juges ne semblent s'entendre sur le moment permettant de faire jouer la protection prévue à l'article 25. L'un croit que c'est après qu'une violation d'un droit ou d'une liberté ait été établie qu'elle doit entrer en jeu, l'autre est plutôt d'avis que l'article 25 ne trouve pas application dans le cadre de permis de pêche, tandis que l'autre soumet que c'est dès qu'il y a possibilité de conflit entre des droits protégés par la *Charte* et ceux visés par l'article 25 et l'autre n'est pas certain quant au moment approprié.

2.3. Une protection immédiate

Nous avons vu que dans le cas précis de l'article 25, les tribunaux, y compris la majorité de la Cour suprême dans l'arrêt *Kapp*, ont préféré mener l'analyse au sens de la *Charte canadienne* afin de déterminer d'abord s'il y avait violation de la *Charte* pour ensuite, s'il y a lieu, se pencher sur la protection accordée par l'article 25⁵²⁷. Cette manière de procéder, bien que nous n'y adhérons pas, est cependant défendable. En effet, l'article 25, et de façon globale, la règle de non-abrogation empêchent qu'en cas de conflit entre deux droits protégés par la Constitution, il y en ait un qui l'emporte sur l'autre en y dérogeant ou en l'abrogeant. Or, si après une analyse exhaustive, l'on détermine qu'il n'y a pas de violation de la *Charte*, alors il n'y a forcément aucun conflit⁵²⁸.

À notre avis, rien n'indique que le moment de faire jouer cette protection doit être différent de celui impliquant de façon générale la règle de non-abrogation. Nous ne voyons aucune raison qui permettrait de déroger à cette règle dans le cadre de l'article 25. Par conséquent, il y a lieu de procéder à l'analyse de la règle de non-abrogation dès qu'une atteinte potentielle à un droit protégé par l'article 25 par la *Charte canadienne* est démontrée.

Ainsi, la bonne méthode d'analyse⁵²⁹ serait d'abord d'évaluer si la revendication constitue une violation *prima facie* à un droit protégé par la *Charte*. Le cas échéant, il faut par la suite déterminer s'il y a un conflit entre la *Charte* et un droit protégé par l'article 25. Pour ce faire, il faut se demander si l'application de la *Charte* a pour effet de porter atteinte en abrogeant ou dérogeant à ce droit ou bien si elle ne fait que régir ses modalités d'exercice⁵³⁰. S'il y a atteinte,

527 Nous pouvons supposer que les tribunaux préfèrent, dans la mesure du possible, éviter tout débat sur l'article 25, probablement en raison d'une « peur irrationnelle » de la portée que cette disposition pourrait se voir reconnaître. Cette retenue est critiquée par le juge Bastarache, dans *R. c. Kapp*, préc., note 445, par. 100 :

Certains souhaiteraient voir la Cour ne faire aucun cas de l'art. 25 à cause de l'incertitude quant à son application, en particulier en ce qui a trait aux pouvoirs législatifs envisagés par la *Loi sur les Indiens*. Il n'est pas raisonnable, à mon sens, de prétendre que cette Cour ne devrait pas appliquer une disposition législative parce qu'elle présente des difficultés insurmontables. Après tout, l'art. 25 est la seule disposition de la *Charte* qui fait expressément mention des peuples autochtones, et la *Charte* a maintenant 25 ans. Je pense également que les craintes exprimées sont exagérées.

528 C'est par exemple l'opinion du juge Low dans *R. v. Kapp*, préc., note 526, par. 88.

529 C'est d'ailleurs la méthode préconisée par le juge Bastarache dans *R. c. Kapp*, préc., note 445, par. 111 : L'application de l'art. 25 comporte trois étapes. La première exige une évaluation de la revendication afin d'établir la nature du droit fondamental garanti par la *Charte* et de déterminer si le bien-fondé de la revendication a été établi à première vue. La deuxième étape consiste à évaluer le droit autochtone afin de déterminer s'il relève de l'art. 25. La troisième étape consiste à déterminer s'il existe un conflit véritable entre le droit garanti par la *Charte* et le droit autochtone.

530 Pour plus de détails quant à ce cadre d'analyse, voir notre sous-section dédiée à la règle de non-abrogation, *supra*, p. 91 et suivantes.

la *Charte* ne trouve pas application et, dans la négative, l'analyse au sens de la *Charte canadienne* peut suivre son cours.

2.4. L'égalité entre les hommes et les femmes, un droit prépondérant

Il y a cependant un point sur lequel la quasi-totalité des commentateurs de l'article 25 s'entendent : les droits ancestraux ou issus de traités ou les autres droits auxquels l'article 25 fait référence ainsi que leur exercice doivent se conformer au principe de l'égalité des sexes⁵³¹. Ce serait la seule exception à laquelle il serait impossible de déroger, indépendamment de toute autre disposition. Cette certitude est établie conformément à l'application conjointe des articles 28 et 35(4) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le constituant ayant jugé plus prudent de consacrer cette protection à deux endroits différents du texte constitutionnel⁵³².

28. Indépendamment des autres dispositions de la présente charte, les droits et libertés qui y sont mentionnés sont garantis également aux personnes des deux sexes.

35. (4) Indépendamment de toute autre disposition de la présente loi, les droits — ancestraux ou issus de traités — visés au paragraphe (1) sont garantis également aux personnes des deux sexes.

Par l'effet conjoint de ces deux dispositions et de leurs libellés non équivoques avec le mot « indépendamment », un droit ancestral ou tout autre droit autochtone visé par l'article 25 ne saurait, de par sa nature, conférer des avantages auxquels seul l'un des sexes ne pourrait y accéder. Même la clause nonobstant de l'article 33 de la *Charte canadienne* ne saurait y déroger⁵³³.

En gardant en tête le principe de l'égalité des sexes en tant que valeur suprême dans la Constitution canadienne, nous avons été en mesure de constater dans cette section que l'exercice des droits ancestraux, issus de traités ou autres des peuples autochtones du Canada, demeure soumis aux prescriptions de la *Charte canadienne*, pour autant que cette dernière n'ait pas pour effet d'abroger ou de déroger à ces droits autochtones.

531 GOUVERNEMENT DU CANADA, préc., note 265: « Isolément et conjointement, ces dispositions garantissent de façon absolue l'égalité d'accès des autochtones de l'un ou l'autre sexe au droit inhérent à l'autonomie gouvernementale et leur droit d'être traités sur un pied d'égalité par leurs gouvernements. Vu leur formulation explicite, ces dispositions de la Charte transcendent toutes les autres, y compris l'article 33. » Voir également *R. c. Kapp*, préc., note 445, par. 97 (J. Bastarache); K. McNEIL, préc., note 98, p. 77-78; K. WILKINS, préc., note 98, p. 111; B. H. WILDSMITH, préc., note 450, p. 23 et suivantes; T. ISAAC, préc., note 382, p. 451; G. OTIS, préc., note 74, p. 256, note 175; J. M. ARBOUR, préc., note 395, p. 68; S. GRAMMOND, préc., note 1, p. 340 et 357; P. MACKLEM, préc., note 99, p. 231.

532 Et même trois, en incluant l'article 15 de la *Charte canadienne*.

533 H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 50, p. 963. Sur la clause nonobstant, voir *infra*, p. 136.

Conclusion de la partie I

Cette première partie nous a d'abord permis de connaître de manière plus précise le champ d'application de l'article 32 de la *Charte canadienne*, et ce, afin de déterminer si les administrations et gouvernements autochtones sont visés par la *Charte canadienne*. Comme la source d'autorité des diverses administrations autochtones diffèrent, nous avons dû distinguer les conseils de bande, les gouvernements autochtones bénéficiant d'un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, les gouvernements issus de traités et les formes de gouvernance traditionnelles non reconnues par la Constitution. Outre ces dernières qui ne sont pas visées par l'article 32 de la *Charte canadienne*, nous avons conclu que les autres gouvernements sont, à divers degrés, visés en tant que gouvernements au sens de l'article 32 de la *Charte canadienne*, et ce, sous réserve des droits ancestraux ou issus de traités.

Par ailleurs, les règles de droit produites par ces entités gouvernementale visées par l'article 32 sont susceptibles d'être déclarées inopérantes dans la mesure où elles violeraient des garanties imposées par la *Charte canadienne*, ce qui inclut leurs coutumes intégrées dans le droit étatique.

Malgré la présence de droits ancestraux ou issus de traités et de manière générale, de droits ou libertés spécifiquement reconnus aux Autochtones, la *Charte canadienne* s'applique dans une certaine mesure à l'exercice de ces droits. Cependant, elle ne doit pas avoir pour effet de leur porter atteinte en vertu de la règle de non-abrogation, qui prévoit qu'une norme constitutionnelle ne peut pas avoir pour effet d'en invalider une autre.

En étudiant cette règle de non-abrogation, nous avons constaté que beaucoup d'auteurs s'inquiétaient du potentiel uniformisateur de la *Charte canadienne*. Dans leur interprétation des articles 25 et 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, certains militent pour l'inapplication totale de la *Charte* aux gouvernements autochtones, aux droits ancestraux ou issus de traités ou autres droits des peuples autochtones. D'autres auteurs, partageant sensiblement les mêmes préoccupations, sont d'avis que l'article 25 doit être interprété de manière à ce que les droits ou libertés prévus à la *Charte canadienne* s'interprètent d'une manière compatible aux droits ancestraux ou issus de traités et qu'en cas de conflit irréconciliable, les droits de la *Charte* doivent l'emporter. Or, ces visions ne sont pas compatibles avec la règle de non-abrogation.

Selon le premier scénario, des droits constitutionnels protégés par la *Charte* pourraient être perdus, et ce, même en l'absence de conflit avec d'autres normes constitutionnelles. Selon le deuxième scénario, la *Charte canadienne* aurait un caractère prépondérant sur les autres droits protégés par la Constitution, ce qui reviendrait à en faire une charte supra-constitutionnelle.

Cela étant, nous partageons certaines de ces préoccupations quant aux effets potentiellement uniformisateurs que la *Charte canadienne* pourrait occasionner quant à l'exercice de certains droits autochtones. En effet, les « philosophies, traditions et pratiques culturelles particulières »⁵³⁴ des Autochtones ne doivent pas « [...] être emportées dans le flot d'une interprétation sans nuance de la Charte »⁵³⁵. Cependant, sauf si ces préoccupations se matérialisent d'une manière qui porte atteinte à un droit protégé par la Constitution, elles ne doivent pas être adressées au stade d'analyse d'un conflit entre la *Charte* et un droit autochtone protégé par l'article 25 de la *Charte canadienne*. Ces préoccupations doivent plutôt être prises en compte lorsqu'il est démontré que la *Charte* trouve application, au stade de l'analyse d'une revendication selon laquelle il y aurait eu la violation d'un droit ou d'une liberté prévus par la *Charte*.

Il demeure que par certaines de ses protections et de ses mécanismes internes, la *Charte canadienne* peut parfois permettre de protéger la culture et les aspirations autochtones. La *Charte canadienne* est à bien des égards compatible avec une certaine présence de pluralisme juridique. La Constitution doit s'interpréter comme un tout d'une manière cohérente. Elle est fondée sur des principes sous-jacents, notamment ceux du fédéralisme, de la protection des minorités et de l'honneur de la Couronne. Ces principes sous-jacents doivent guider l'utilisation de la *Charte canadienne*. Ils sont propices à différentes formes d'accommodements, d'asymétrie ou d'interprétation différenciée. Le fait d'appliquer la *Charte* d'une manière qui dénaturerait ses propres principes sous-jacents ne viendrait que déstabiliser les bases sur lesquelles la *Charte* est édifée. La Cour suprême, dans *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*⁵³⁶ résume bien les principes qui sous-tendent la Constitution canadienne :

À l'occasion du *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 48-82, notre Cour a dégagé quatre principes qui sous-tendent l'ensemble de notre Constitution et de son évolution : (1) le constitutionnalisme et la primauté du droit; (2) la démocratie; (3) le respect des droits des minorités; (4) le fédéralisme. Ces quatre principes structurants s'articulent dans trois pactes fondamentaux : (1) pacte entre l'État et les personnes au sujet

534 GOUVERNEMENT DU CANADA, préc., note 265.

535 *Id.*

536 *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, préc., note 451.

des droits et libertés fondamentaux de ces dernières; (2) pacte entre la population allochtone et les peuples autochtones sur le respect des droits ancestraux des seconds et des traités conclus avec eux; (3) « pacte fédératif » entre les provinces. Le pacte qui nous intéresse tout spécialement en l'espèce est le deuxième, dont nous verrons qu'il est, dans les faits, porteur d'un cinquième principe sous-jacent à notre Constitution : l'honneur de la Couronne.

Notre *Loi constitutionnelle de 1982*, par. 35(1), reconnaît et confirme les droits ancestraux et issus de traités des peuples autochtones du Canada. Le constituant a également jugé bon de préciser, à l'art. 25 de cette même loi, que le fait qu'il reconnaisse des droits et libertés fondamentaux aux personnes et citoyens ne devait pas être jugé en soi incompatible avec la reconnaissance de droits spéciaux aux peuples autochtones. Autrement dit, lorsqu'on interprète les premier et deuxième pactes, il ne faut pas le faire de sorte qu'ils entrent en conflit, mais plutôt qu'ils se complètent. Enfin, le par. 35(4) confirme que, nonobstant toute autre disposition de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les droits ancestraux ou issus de traités reconnus et confirmés par le par. 35(1) « sont garantis également aux personnes des deux sexes ». Le pacte relatif aux droits spéciaux des peuples autochtones s'harmonise donc avec les deux autres pactes fondamentaux et avec les quatre principes structurants de notre ordre constitutionnel⁵³⁷.

Ainsi, la protection des minorités, incluant les populations autochtones⁵³⁸, se retrouve au cœur des principes qui sous-tendent l'ensemble de la Constitution canadienne⁵³⁹. Mais il y a plus. Les Autochtones ont « conclu »⁵⁴⁰ un double pacte, l'un portant sur le respect de leurs droits fondamentaux et l'autre sur le respect de leurs droits ancestraux ou issus de traités. La Cour suprême démontre dans son raisonnement que les droits des peuples autochtones doivent jouer un rôle qui s'étend au-delà du statut de minorité. Les communautés autochtones sont des nations minoritaires avec un statut historique particulier que nulle autre minorité ethnique au Canada ne puisse espérer revendiquer⁵⁴¹. Autrement dit, contrairement aux autres

537 *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, préc., note 451, Par. 97-98. D'autant plus que cette façon de voir les articles 25 et 35 s'accorde tout à fait avec la règle générale de non-abrogation.

538 *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 478, par. 82 :

Conformément à cette longue tradition de respect des minorités, qui est au moins aussi ancienne que le Canada lui-même, les rédacteurs de la *Loi constitutionnelle de 1982* ont ajouté à l'art. 35 des garanties expresses relatives aux droits existants -- ancestraux ou issus de traités -- des autochtones, et à l'art. 25 une clause de non-atteinte aux droits des peuples autochtones. La « promesse » de l'art. 35, comme l'appelle l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, à la p. 1083, reconnaît non seulement l'occupation passée de terres par les autochtones, mais aussi leur contribution à l'édification du Canada et les engagements spéciaux pris envers eux par des gouvernements successifs. La protection de ces droits, réalisée si récemment et si laborieusement, envisagée isolément ou dans le cadre du problème plus large des minorités, reflète l'importance de cette valeur constitutionnelle sous-jacente.

539 D'ailleurs, ce principe sous-jacent pourrait également trouver écho à l'article l'article 27 de la *Charte canadienne*, qui prévoit que « [t]oute interprétation de la présente charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens » Sur ce sujet, voir Gerald L. Gall, « Symposium: 20 Years Under The Charter: Jurisprudence under Section 27 of the Charter: The Second Decade » (2002) 20 *Windsor Y.B. Access Just.* 307; Natasha BAKHT, « Reinvigorating Section 27: An Intersectional Approach » (2009) 6-2 *Journal of Law & Equality* 135 .

540 Jusqu'à un certain point, ils se seraient plutôt fait imposer ces pactes. Pour les fins de notre analyse, on retiendra le point de vue de la Cour suprême selon lequel ils ont bel et bien conclu des pactes.

541 J. M. ARBOUR, préc., note 395, p. 49.

communautés culturelles issues de l'immigration, les Autochtones sont, depuis toujours, une composante historique et essentielle au Canada, et aucune comparaison ne serait possible avec ces autres communautés culturelles. Les droits constitutionnels dont bénéficient les Autochtones du Canada, tels que ceux prévus par les articles 25 de la *Charte canadienne* et 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, démontrent que les Autochtones ne sont pas une simple minorité ethnique. Ce sont des nations fondatrices du Canada et constituent une minorité historique⁵⁴².

L'application de la *Charte canadienne* doit donc être de nature à pouvoir s'harmoniser aux droits des peuples autochtones, compte tenu de leur place unique au sein de la Constitution et du principe sous-jacent à la Constitution que constitue l'honneur de la Couronne. Le principe sous-jacent de la protection des minorités autochtones implique à tout le moins une prise en compte de leurs aspirations et différences dans l'application de la *Charte canadienne*⁵⁴³, sans nécessairement qu'il n'y ait une *Charte* particulière pour les Autochtones.

En fait, c'est dans l'application de ces droits et non dans leur définition qu'il faut tenir compte du contexte et des aspirations des Autochtones.

Tout comme le principe sous-jacent du fédéralisme, celui de la protection des peuples autochtones relève, à certains égards, du même objectif. En effet, en matière de législation provinciale, la *Charte* n'a jamais eu comme objectif de tout uniformiser de manière à enlever toute spécificité à quelque législation que ce soit. La *Charte canadienne* vise simplement à protéger les droits de la personne⁵⁴⁴. Le même principe devrait s'appliquer pour les matières

542 D'ailleurs, la Cour suprême a reconnu ce principe dans l'arrêt *R. c. Van der Peet*, préc., note 30, par. 30 : « À mon avis, la doctrine des droits ancestraux existe et elle est reconnue et confirmée par le par. 35(1), et ce pour un fait bien simple: quand les Européens sont arrivés en Amérique du Nord, les peuples autochtones s'y trouvaient déjà, ils vivaient en collectivités sur ce territoire et participaient à des cultures distinctives, comme ils l'avaient fait pendant des siècles. *C'est ce fait, par dessus tout, qui distingue les peuples autochtones de tous les autres groupes minoritaires du pays et qui commande leur statut juridique — et maintenant constitutionnel — particulier.* »[Nos italiques]; Voir aussi P. MACKLEM, préc., note 99, p. 99, reprenant dans son argumentation, la même terminologie que celle utilisée par la Cour suprême.

543 *R. c. Kapp*, préc., note 445, par. 109 (j. Bastarache) : « Je ne crois pas qu'il existe des droits distincts garantis par la Charte pour les Autochtones et les non-Autochtones pris individuellement, ni qu'il soit possible de prendre en considération l'expérience culturelle spécifique des Autochtones pour définir des droits garantis par la Charte. Les droits sont les mêmes pour tous; leur application est une question de justification en fonction du contexte. »

544 *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 2001 CSC 70, [2001] 3 R.C.S. 209, par. 275-276 :

Dans un système de partage des compétences législatives où les membres de la fédération ont vécu des expériences culturelles et historiques différentes, le principe du fédéralisme signifie que l'application de la Charte dans les domaines de compétence provinciale n'équivaut pas à un appel à l'uniformité des lois. Ce

autochtones. Selon le professeur Borrows, c'est un équilibre entre uniformité et diversité qu'il est plutôt souhaitable de rencontrer :

It must be also remembered that Canada is a federal system. There are ten provinces, three territories, and one central government; they both create and enforce a variety of legal rules throughout the country. Some of these laws even contradict one another. For example, some provinces permit state-funded denominational schools, while others prohibit them. Some provinces are required to fund religious schools through constitutional obligation, while others have no such constraint. Even the *Criminal Code*, a federal statute, is administered differently in each provinces. Provinces vary greatly in the application of criminal law, despite its common source. The law in Canada unites uniformity with diversity. It is appropriate to want the country's laws (including Indigenous legal traditions) to be interconnected, balanced, and harmonized, and it is inappropriate to regard the law as undifferentiated and insist that exactly the same legal principles should apply to everyone in the same way when to do so would foment inequality⁵⁴⁵.

Au même titre que les Autochtones doivent se conformer à la *Charte* tout en conservant une bonne marge de manœuvre dans la mise en œuvre de leurs objectifs, la *Charte canadienne*, dans son application, doit dûment tenir compte de la spécificité autochtone⁵⁴⁶.

C'est ainsi que dans son application⁵⁴⁷, la *Charte canadienne* doit tenir compte des aspirations autochtones⁵⁴⁸ tout en permettant de protéger des individus autochtones contre des initiatives

principe exprime des valeurs communes, susceptibles d'être mises en œuvre différemment dans des cadres différents.

Dans le contexte de la vie et de l'histoire de chaque province ou région canadienne, notre Cour a une conception des valeurs du fédéralisme canadien qui accepte les solutions législatives propres à chaque province. Notre Cour doit étudier en profondeur le contexte et les faits ayant mené à l'adoption de la loi contestée ainsi que l'effet de celle-ci dans son ensemble.

545 J. BORROWS, préc., note 148, p. 153.

546 G. OTIS, préc., note 74, p. 254.

547 Pour un recensement des affaires visant la *Charte canadienne* pour lesquelles des Autochtones ont été partie, voir B. W. MORSE, préc., note 35.

548 Au chapitre des libertés fondamentales, la liberté d'expression, de conscience ou de religion pourrait permettre à des autochtones de porter des objets culturels distinctifs dans des lieux publics tels des écoles, de manière à affirmer leur culture distinctive : *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, préc., note 125. De plus, un point sensible et névralgique pour toute culture, la langue et le droit de l'utiliser pour s'exprimer publiquement seraient protégés par la liberté d'expression, conformément aux enseignements de la Cour suprême dans l'arrêt *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, par. 40. Toute restriction quant à l'utilisation de la langue par des autochtones serait inconstitutionnelle en plus d'être contraire au droit à l'égalité, car discriminatoire. À ce sujet, voir G. OTIS, préc., note 352, p. 253, note 78 :

[...] Toute interdiction ou restriction substantielle de la capacité des autochtones de parler leur langue maternelle dans la sphère publique violerait donc leur liberté d'expression et serait déclarée inconstitutionnelle, puisqu'un tribunal ne trouverait guère de justification à une telle atteinte à ce droit dans une société libre et démocratique. Une contrainte linguistique visant ou affectant plus particulièrement les autochtones serait en outre discriminatoire et a priori inconstitutionnelle en vertu de l'art. 15 de la *Charte canadienne* (ibid.) et de l'art. 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne* (L.R.Q. c. C-12).

Par ailleurs, il y a lieu de s'interroger sur la capacité réelle d'une province de régir les langues autochtones. La langue est à notre avis si intimement liée à la culture autochtone et au cœur de la quiddité indienne qu'une restriction de l'utilisation de cette dernière entraverait certainement la compétence fédérale sur les Indiens et leurs terres réservées : *Mitchell c. M.R.N.*, préc., note 86, par.

gouvernementales qui peuvent miner les intérêts ou la spécificité autochtone⁵⁴⁹. Dans cette optique, il faut rappeler que l'objectif du droit à l'égalité est d'empêcher que les « lois et les actes gouvernementaux qui perpétuent un désavantage et un préjugé, ou qui imposent à certains individus ou groupes un traitement préjudiciable fondé sur des stéréotypes »⁵⁵⁰ ne soient mis en œuvre.

De plus, la *Charte canadienne* peut parfois être une source de protection pour les Autochtones. Il en est ainsi à chaque fois qu'un gouvernement légifère de manière préférentielle aux Autochtones par rapport aux populations non-autochtones. Le droit à l'égalité est alors utilisé à l'avantage des peuples autochtones afin de favoriser leur épanouissement dans la société. En effet, la Cour suprême a affirmé que l'objectif du droit à l'égalité était de parvenir à une égalité réelle⁵⁵¹. Ainsi, des traitements différents sont souvent nécessaires afin de parvenir à l'égalité réelle⁵⁵² et des distinctions entre Autochtones et allochtones sont parfois utiles, particulièrement lorsque ces différences de traitement « contribue[nt] à l'amélioration de la situation des défavorisés au sein de la société canadienne »⁵⁵³.

133. Pour les concepts de quiddité indienne et de partage des compétences, voir *infra*, p. 144 et suivantes, de même que les p. 191 et suivantes.

549 À ce titre, le droit à l'égalité peut être utile afin de contester certains programmes gouvernementaux, autochtones ou non, qui seraient discriminatoires et non justifiables à l'encontre d'un segment d'une population autochtone. Par exemple, dans *Première nation algonquienne d'Ardoch c. Canada (Procureur général)*, 2003 CAF 473, [2004] 2 R.C.F. 108 (C.A.), Développement des ressources humaines Canada, en refusant de conclure des accords de développement des ressources humaines autochtones avec des communautés autochtones non constituées en réserves, aurait agi de façon discriminatoire au sens de l'article 15 de la *Charte canadienne*. Par ailleurs, le mode de vie autochtone pourrait aussi être indirectement protégé par la *Charte canadienne*, du moins, celui des autochtones qui dépendent de la chasse avec des armes à feu pour fins de subsistance. Par exemple, les peines du *Code criminel* qui empêchent la possession et l'utilisation d'armes à feu pourraient être considérées comme des peines cruelles et inusitées au sens de l'article 12 de la *Charte canadienne*. Voir *R. v. Chief*, 1989 CanLII 281 (YK CA); *R. v. Ratt* [1986] 1 C.N.L.R. 123 (Sask. Prov. Ct.); B. W. MORSE, préc., note 35, p. 404-408.

550 *Alberta (Affaires autochtones et développement du Nord) c. Cunningham*, préc., note 516, par. 39.

551 *Andrews c. Law Society of British Columbia*, préc., note 23, p. 171 :

Cependant, il faut reconnaître que favoriser l'égalité au sens de l'art. 15 vise un but plus précis que la simple élimination de distinctions. Si la *Charte* avait pour objet d'éliminer toutes les distinctions, des dispositions comme l'art. 27 (maintien du patrimoine multiculturel), l'al. 2a) (liberté de conscience et de religion), l'art. 25 (maintien des droits et libertés des autochtones) et les autres dispositions destinées à sauvegarder certaines distinctions n'auraient plus alors leur place. De plus, le fait qu'un traitement identique puisse souvent engendrer de graves inégalités est reconnu par le par. 15(2) qui stipule que les droits à l'égalité contenus au par. 15(1) n'ont "pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés . . ."

552 J. BORROWS, préc., note 148, p. 51.

553 *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497 par. 51. De façon similaire, voir *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, par. 131 *in fine* : « [...] Ils (les motifs de discrimination) traduisent l'objectif général de la garantie d'égalité prévue dans la Charte - empêcher la violation de la dignité et de la liberté de la personne par l'imposition de restrictions, de désavantages ou de fardeaux fondés sur une application stéréotypée de présumées caractéristiques de groupe plutôt que sur les mérites ou capacités d'une personne ou encore sur les circonstances qui lui sont propres ». Ainsi, une loi qui distingue entre Autochtones et allochtones n'est pas nécessairement menacée par l'article 15 de la *Charte canadienne* : P. MACKLEM, préc., note 99, p. 215.

Dans l'arrêt *Corbiere*⁵⁵⁴, la juge L'Heureux-Dubé souligne qu'au moment d'évaluer en matière de droit à l'égalité, les facteurs contextuels de l'arrêt *Law*, il est nécessaire de prendre en considération la spécificité autochtone :

[...] Ainsi, en ce qui concerne les droits à l'égalité qui touchent les peuples et les communautés autochtones, il faut évaluer la mesure législative contestée en accordant une attention spéciale aux droits des peuples autochtones, à la protection des droits ancestraux ou issus de traités garantis par la Constitution ainsi qu'à l'histoire des autochtones au Canada, et en faisant montre de respect et de considération à l'égard de la culture de tous les autochtones — hommes et femmes — et de leur attachement à cette culture [...]⁵⁵⁵.

De façon particulière, des distinctions entre Autochtones et allochtones pourraient s'avérer utiles dans le cadre de programmes « améliorateurs » au sens du paragraphe 15(2) de la *Charte canadienne*⁵⁵⁶. De cette manière, des programmes améliorateurs qui ne répondent pas à la définition de droits « autres » au sens de l'article 25 de la *Charte canadienne*⁵⁵⁷ peuvent toutefois être sauvegardés par cette disposition, qui vise à garantir constitutionnellement les différentes formes de discrimination positive. La Cour suprême a donc établi que l'effet combiné des paragraphes 15(1) et 15(2) était de parvenir à l'égalité réelle⁵⁵⁸.

554 *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, préc., note 25.

555 *Id.*, par. 67.

556 *Charte canadienne* par. 15(2) : « Le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques ». La méthode d'analyse de cette disposition est la suivante : Si le demandeur démontre la présence d'une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue, le gouvernement peut alors démontrer que la mesure répond aux critères de 15(2). Pour ce faire, il doit démontrer que cette mesure a un objet améliorateur ou réparateur et que le programme vise un groupe défavorisé caractérisé par un motif énuméré ou analogue. C'est l'objectif législatif dont il faut tenir compte pour déterminer si une mesure peut effectivement bénéficier de la protection de 15(2). Il ne s'agit pas d'une obligation de résultat, mais de savoir si le programme ou la mesure est nécessaire pour remédier à la situation du groupe défavorisé, de manière à tendre vers l'objectif d'égalité réelle. Les distinctions ne doivent pas outrepasser l'objet du programme améliorateur. À ce sujet, voir les arrêts de la Cour suprême *Alberta (Affaires autochtones et développement du Nord) c. Cunningham*, préc., note 516 et *R. c. Kapp*, préc., note 445.

557 *Supra*, p. 116 et suivantes. En ces pages, nous avons effectivement fait état que plusieurs de ces programmes pourraient entrer dans la définition de droits « autres » au sens de l'article 25 de la *Charte canadienne*.

558 *Alberta (Affaires autochtones et développement du Nord) c. Cunningham*, préc., note 516, par. 38 et suivants et particulièrement les par. 40 et 41 et 45. Voir également *R. c. Kapp*, préc., note 445, par. 14 et suivants. De plus, les remarques suivantes de l'auteur P. MACKLEM, préc., note 99, p. 221., même si elles ont été formulées avant l'arrêt *Kapp*, demeurent tout à fait pertinentes :

Instead of operating to save a discriminatory law, subsection 15(2) provides insight into the meaning of discrimination itself. This approach relies on subsection 15(2)'s commitment to substantive equality to answer the critical question of whether two classes of persons are sufficiently similar in relevant respects to warrant different treatment. Subsection 15(2) provides that differential treatment based on listed and analogous grounds is warranted, that is, it is not discriminatory, when its object is to ameliorate disadvantage and does not demean the dignity of others. *This approach involves substantive equality considerations because substantive equality requires differential treatment based on the material circumstances of socially and*

C'est en se référant au paragraphe 15(2) de la *Charte canadienne* que la majorité de la Cour suprême, dans *R c. Kapp*, a validé le permis de pêche octroyé à trois bandes autochtones pour leur permettre de pêcher le saumon de façon exclusive, pendant une période de 24 heures. C'est aussi en vertu de cette disposition qu'elle a empêché qu'une loi prévoyant la protection et l'enrichissement de la culture, de l'identité et de l'autonomie gouvernementale distinctives des Métis, mais qui excluait les Indiens au sens de la *Loi sur les Indiens* de devenir membres des communautés métisses visées par la loi, ne contrevienne au droit à l'égalité⁵⁵⁹. Par contre, nous conservons notre point de vue initial selon lequel ces deux initiatives étaient d'abord et avant tout visées par l'article 25 de la *Charte canadienne*⁵⁶⁰. Ces exemples donnent toutefois un aperçu du potentiel de la protection accordée par le paragraphe 15(2) pour des initiatives visant à protéger et améliorer la culture et l'identité autochtone⁵⁶¹.

Il existe donc différentes façons de préserver l'identité et la culture autochtone dans l'application de la *Charte canadienne*. Comme le remarque le professeur Grammond, il sera « très difficile pour un non-autochtone de contester la validité de mesures destinées à améliorer la condition des autochtones »⁵⁶². Il se peut toutefois que certaines initiatives violent manifestement des droits ou libertés prévues à la *Charte*. Le cas échéant, ces initiatives autochtones pourraient néanmoins être justifiées par l'article premier de la *Charte canadienne*.

À ce titre, l'article premier permet de tenir compte de plusieurs préoccupations autochtones. Il permet de tenir compte du contexte dans lequel la *Charte* s'applique en permettant de sauvegarder des règles de droit qui seraient autrement inconstitutionnelles. L'article premier de la *Charte canadienne* en matières autochtones est particulièrement utile dans des situations où, par exemple, une initiative visant à protéger ou affirmer la culture ou la différence autochtone se révélerait contraire à l'un ou l'autre droit ou liberté prévu par la *Charte canadienne*. En effet, l'article premier permet à un gouvernement de justifier de telles initiatives, lorsqu'elles se fondent sur des règles de droit⁵⁶³ et qu'elles se démontrent dans le cadre d'une société libre et

economically disadvantaged groups in society. [Nos italiques]

559 *Alberta (Affaires autochtones et développement du Nord) c. Cunningham*, préc., note 516.

560 À ce sujet, voir *Supra*, p. 120.

561 L'alinéa 718.2e) du *Code Criminel* qui permet d'application de sanctions substitutives dans le cas de délinquants autochtones, pourrait se voir accorder la protection du paragraphe 15(2) de la *Charte canadienne*. La Cour suprême a examiné la portée de cette disposition en matières autochtones dans le cadre de l'arrêt *R. c. Gladue*, préc., note 26.

562 S. GRAMMOND, préc., note 1, p. 358.

démocratique⁵⁶⁴.

Il est difficile d'imaginer toutes les situations possibles pour lesquelles l'article premier de la *Charte canadienne* pourrait être utile afin de sauvegarder une règle de droit, qu'elle provienne d'un gouvernement extérieur ou qu'elle provienne d'un gouvernement autochtone. Une chose est certaine, si les objectifs d'une règle de droit ont pour objet d'aider les Autochtones à se sortir de la situation précaire à laquelle un nombre substantiel d'entre eux font face, de tels objectifs devraient être qualifiés d'urgents et réels⁵⁶⁵. Lorsqu'il s'agit de réconcilier des intérêts sociaux,

563 Par règle de droit, on vise une règle obligatoire d'application générale d'origine législative (par opposition à une politique administrative de régie interne) qui soit suffisamment précise et accessible. La règle de droit peut autant être un règlement (ce qui vise autant une convention collective, un règlement municipal ou des organismes de réglementation) qu'une règle de common law et, à notre avis, une coutume autochtone. Le tout, dans le but de protéger contre l'arbitraire de l'État : *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants — Section Colombie-Britannique*, préc., note 362, par. 58 et suivants.

564 C'est en 1986, dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, que la Cour suprême est venue établir des critères de justification afin de déterminer si une règle de droit est raisonnable et peut se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique. Essentiellement, le test dont le fardeau repose sur la partie qui cherche à justifier une atteinte, consiste à se demander si la mesure contestée poursuit un objectif urgent et réel, s'il y a un lien rationnel entre la mesure et l'objectif poursuivi, si l'atteinte aux droits protégés par la *Charte* est minimale et en dernier lieu, si l'objectif visé est proportionnel à l'effet de la loi. Pour des exemples d'application de cette disposition, voir *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants — Section Colombie-Britannique*, préc., note 362, par. 74 et suivants; *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, [2004] 3 R.C.S. 381, 2004 CSC 66, aux paragraphes 52 et suivants; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, préc., note 109, par. 84 et suivants. Concernant l'évolution de la position de la Cour suprême sur cette question, voir H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 50, p. 969 et suivantes.

565 L'article premier permettrait par exemple à des bandes dans une situation socio-économique précaire en raison de problèmes démographiques conjugués à un manque de ressources, d'exclure des non-membres de leurs communautés, même si une telle mesure viole sans aucun doute le droit à l'égalité lorsque ces non-membres cohabitent avec des membres. En effet, les membres qui sont conjoints avec des membres sont traités de manière différente que ceux l'étant avec des non-membres. C'est du moins la conclusion à laquelle en vient la Cour du banc de la Reine de l'Alberta dans *Six Nations of the Grand River Band v. Henderson*, préc., note 179:

This relatively recent by-law was validly passed in 1986 pursuant to the authority of s.81(1) of the Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5. 1985 amendments to the Indian Act had made it possible for a great number of persons to re-acquire Indian status and band membership. At least 7,600 persons and perhaps as many as 9,000 persons not then residing on the Six Nations Reserve became eligible to chose to reside there; potentially a virtual doubling of the Reserve's population. The Band Council decided that if those members were permitted to bring non-band member spouses and others with them, the band would not be able to accommodate the influx in terms of space or social services. At trial, Chief Steve Williams, of the Six Nations Band Council, explained that when council considered the by-law that the councillors tried to set aside their personal feelings and do what was best for and acceptable to the community. In its wisdom, the Band Council passed the by-law concluding that it was in the best interest of its community to limit residency on the reserve to Six Nations Band Members.

Par ailleurs, en plus des objectifs liés à la résolution des problèmes socio-économiques, la Cour albertaine a tenu compte du facteur historique voulant que les terres réservées pour les Indiens soient effectivement d'abord et avant tout pour les Indiens en vertu de la compétence prévue au paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Par contre, nous sommes d'avis qu'un tel argument n'a pas sa place dans l'analyse de l'article premier. Il devrait plutôt se retrouver au stade de l'application même de la *Charte canadienne* en regard de la règle de non-dérogation, lorsqu'il s'agit de se demander si

économiques et politiques divergents, les tribunaux doivent faire montre de déférence⁵⁶⁶. Dans ces circonstances, un gouvernement devrait se voir accorder une bonne marge de manœuvre dans le choix des moyens à utiliser, d'autant plus qu'il n'est pas nécessairement obligé dans ces circonstances de choisir le moyen le moins attentatoire possible⁵⁶⁷. Comme l'affirme le juge Bastarache dans l'arrêt *Kapp*⁵⁶⁸ :

[M]ême avec la justification actuelle dans le cadre d'une analyse fondée sur l'article premier, le gouvernement a beaucoup de latitude pour établir qu'il ne faut pas donner une importance exagérée aux valeurs consacrées par la *Charte* lorsqu'il s'agit des exigences de l'égalité fondamentale des peuples autochtones⁵⁶⁹.

À notre avis, cette dernière affirmation est encore plus véridique lorsqu'il s'agit d'une mesure entreprise par un gouvernement autochtone ayant toute sa légitimité à l'intérieur de sa communauté, en ayant des connaissances spécifiques sur sa culture et ses traditions, de même que du contexte et de la situation particulière qui peut prévaloir⁵⁷⁰.

En raison des caractéristiques énumérées ou analogues au sens de l'article 15 de la *Charte canadienne*, le rôle particulier de certaines personnes dans l'administration des communautés,

l'application de la *Charte* aurait pour effet de porter atteinte à cette compétence.

566 P. MACKLEM, préc., note 99, note 13, p. 196. Pour faire ce constat, il s'inspire des décisions suivantes : *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927 et *Mckinney c. Université de guelph*, préc., note 95. Voir aussi INSTITUT CANADIEN D'INFORMATION JURIDIQUE, préc., note 111, art. 1 : « Ainsi, lorsque les tribunaux sont appelés à contrôler les résultats des délibérations du législateur, surtout en matière de protection de groupes vulnérables, ils doivent garder à l'esprit la fonction représentative du pouvoir législatif. »

567 *Harper c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 827, 2004 CSC 33, par. 110.

568 *R. c. Kapp*, préc., note 445

569 *R. c. Kapp*, préc., note 445, par. 100 (j. Bastarache).

570 *Id.*, par. 110 (j. Bastarache); *R. c. Oakes*, préc., note 564, par. 64 : « Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société ». Voir aussi G. OTIS, préc., note 74, p. 256. Par analogie, en dehors de clauses le reconnaissant expressément, c'est dans l'article premier que la Cour suprême a été amenée à tenir compte du caractère distinct du Québec. C'est à tout le moins l'interprétation du professeur P. HOGG, préc., note 5, p. 38-23 et 38-24 de l'arrêt *Ford c. Québec (Procureur général)*, préc., note 548. Plus spécifiquement en matières autochtones, dans *Bande d'Eastmain c. Gilpin*, préc., note 319, p. 23, 25-28, 32, la Cour provinciale affirme effectivement que le contexte et la situation particulière des Autochtones doivent nécessairement être pris en compte dans l'analyse de l'article premier lorsqu'elle mentionne que :

Les libertés garanties par la Constitution se marient aux contextes sociaux au sein desquels elles évoluent; les unes ne peuvent être dissociées des autres. La société libre et démocratique à laquelle réfère l'article 1 évoque sans aucun doute les valeurs de la société canadienne; mais celles-ci comportent aussi la reconnaissance de certaines spécificités, et particulièrement, dans le cas qui nous occupe, puisque le législateur fédéral a adopté en 1984 la *Loi sur les Cris et les Naskapis* qui confère précisément aux Cris une autonomie originale dans certaines sphères d'activités.

tel que le rôle des aînés, devrait selon nous être sauvegardé en vertu de l'article premier⁵⁷¹. Cependant, il faut que la restriction constitue une limite raisonnable à un droit et non une négation complète⁵⁷².

En bout de piste, si un tribunal en vient à déclarer qu'une règle n'est pas justifiable au sens de l'article premier, et qu'aux yeux d'un gouvernement autochtone cette violation le frustre dans ses missions essentielles, celui-ci devrait être en mesure de se rabattre sur la clause nonobstant prévue par l'article 33 de la *Charte canadienne*⁵⁷³. Le tout, afin que la *Charte canadienne* ne devienne pas forcément un obstacle à l'affirmation de la culture, de la différence et l'identité autochtone.

En raison du libellé même de la disposition, il semble incertain qu'un gouvernement autochtone puisse se prévaloir de cette dérogation expresse puisque l'article 33 fait référence à un Parlement et non à un gouvernement. De plus, il semble qu'un conseil de bande au sens de la *Loi sur les Indiens* qui ne dispose pas d'un droit à l'autonomie gouvernementale ne pourrait pas

En effet, la Cour a statué qu'un règlement instaurant un couvre-feu pour les personnes de moins de 16 ans n'était pas discriminatoire. Elle s'est néanmoins prêtée à l'analyse au sens de l'article premier afin de savoir si un tel règlement était raisonnable dans une société libre et démocratique. Dans ses motifs, le tribunal a d'abord constaté que le règlement avait l'appui d'une grande majorité de la population et a affirmé que dès « qu'un consensus social appuie une législation, les cours de justice ne devraient intervenir qu'avec la plus grande circonspection ». De plus, le juge a fait remarquer que la communauté a longtemps exercé des activités traditionnelles et qu'elle devait s'adapter à des changements rapides de mœurs auxquels elle était totalement étrangère il y a à peine quelques années. Ces changements ont accentué la difficulté des parents d'affermir leur autorité envers leurs enfants, ce qui a résulté à un plus grand taux d'absentéisme à l'école conjugué à un mauvais rendement scolaire et des actes de vandalisme. Ainsi, le tribunal a bien tenu compte du contexte dans lequel le règlement a été mis en vigueur, c'est-à-dire les « effets perturbateurs d'un bouleversement sociologique important en regard du mode de vie et des valeurs traditionnelles ». Voir également *Cockerill c. Première nation No 468 de Fort McMurray*, préc., note 197, affaire dans laquelle il était question d'un code électoral coutumier adopté par une bande discriminatoire au sens de l'article 15 de la *Charte canadienne* mais justifié au sens de l'article premier, notamment en raison du fait puisqu'il avait pour mission de répondre aux besoins de ses résidents et qu'il répondait à l'objectif urgent d'offrir un gouvernement à ses résidents.

571 Dans la mesure où il ne serait pas protégé par les articles 25 ou 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

572 P. HOGG, préc., note 5, p. 38-24. Un rôle consultatif de type « sénatorial » remplirait cette exigence. Pour plus de détails concernant cet aspect, voir G. OTIS, préc., note 178, p. 414-415.

573 *Charte canadienne*, art. 33 :

33. (1) Le Parlement ou la législature d'une province peut adopter une loi où il est expressément déclaré que celle-ci ou une de ses dispositions a effet indépendamment d'une disposition donnée de l'article 2 ou des articles 7 à 15 de la présente charte.

(2) La loi ou la disposition qui fait l'objet d'une déclaration conforme au présent article et en vigueur a l'effet qu'elle aurait sauf la disposition en cause de la charte.

(3) La déclaration visée au paragraphe (1) cesse d'avoir effet à la date qui y est précisée ou, au plus tard, cinq ans après son entrée en vigueur.

(4) Le Parlement ou une législature peut adopter de nouveau une déclaration visée au paragraphe (1).

(5) Le paragraphe (3) s'applique à toute déclaration adoptée sous le régime du paragraphe (4).

se prévaloir de la clause dérogatoire. En effet, un tel conseil ne dispose pas de pouvoirs de légiférer, mais seulement des pouvoirs réglementaires délégués. Or, la *Loi sur les Indiens* ne contient aucune disposition selon laquelle elle déroge ou permet de déroger de manière expresse à des droits prévus à la *Charte canadienne*.

Dans la mesure où la *Charte canadienne* est applicable aux gouvernements autochtones, inhérents ou par voie de traité, que ce soit par l'intermédiaire de l'article 32 de la *Charte canadienne* ou par renvoi, ce serait une limite à leur pleine autonomie que la clause de dérogation expresse prévue à l'article 33 de la *Charte canadienne*⁵⁷⁴ ne leur soit pas accessible⁵⁷⁵.

À notre avis, seul un gouvernement autochtone aurait la légitimité nécessaire, en présence d'un véritable consensus au sein de sa communauté⁵⁷⁶, de violer certains droits ou libertés d'individus autochtones par l'intermédiaire de l'article 33. Cette façon de procéder aurait également l'avantage de recentrer le débat sur des causes politiques et sociales à l'intérieur et dans les mains d'une communauté, plutôt que d'être examiné par des décideurs extérieurs à la communauté dont les connaissances sur les affaires et enjeux autochtones sont souvent limitées

574 Sur l'article 33 de la *Charte canadienne*, voir André BINETTE, « Le pouvoir dérogatoire de l'article 33 de la Charte canadienne des droits et libertés et la structure de la Constitution du Canada », (2003) (Numéro spécial - Mars 2003) *R. du B.*, 107; Barbara BILLINGSLEY, « Symposium : 20 Years Under the Charter : Section 33: The Charter's Sleeping Giant », 21 *Windsor Y.B. Access Just.* 331 ; P. HOGG, préc., note 5, p. 39-1 et suivantes; H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 50, p. 927-930.

575 K. WILKINS, préc., note 98, p. 100 et 101; G. OTIS, préc., note 74, p. 253; K. McNEIL, préc., note 98, p. 73: « However, the alternative of applying the *Charter* to Aboriginal governments without providing them with the option other governments have to use the notwithstanding clause seems inappropriate and unjustifiable. »

576 G. OTIS, préc., note 74, p. 253, 256-257; John BORROWS, « Contemporary Traditional Equality: The Effect of the Charter on First Nation Politics », (1994) 43 *U.N.B.L.J.* 19, p. 44 et suivantes. Ce consensus devrait inéluctablement inclure les femmes autochtones, lesquelles sont particulièrement méfiantes face à l'utilisation de la clause nonobstant par des communautés. Par exemple, dans *NATIVE WOMEN'S ASSOCIATION OF CANADA*, préc., note 46, p. 8, on fait valoir au sujet de l'article 33 que :

Often that means women and children are subject to physical and sexual abuse within the home, including spouse battering, incest and other crimes which go undetected and unpunished by the State. The suspension of section 8 rights which protect citizens against "unreasonable search and seizure" could mean the violation of these rights by tribal police. Even today in some communities, homes of private citizens are searched for liquor on dry reserves, or for incriminating evidence which is not legal under the Charter. Do we want Aboriginal governments which have the power to "arbitrarily detain and imprison" Aboriginal citizens by the suspension of section 9 of the Charter? Do we want Aboriginal governments which can subject their citizens to cruel and unusual treatment or punishment? Some women and some Aboriginal peoples may say that this already occurs, but do we want this condoned by giving section 33 powers to Aboriginal governments? This list is by no means exhaustive ».

Voir également Joyce GREEN, « Constitutionalising the Patriarchy: Aboriginal Women and Aboriginal Government », (1992-1993) 4 *Const. F.* 110.

et superficielles⁵⁷⁷.

577 P. HOGG, *préc.*, note 5, p. 39-11:

It is also wrong to assume that a judicial decision at the highest level is always “right”. There are no right and wrong decisions on the issues that reach the Supreme Court of Canada. More than this, however, judges have their biases and blind spots, like the rest of humanity. And they are often poorly informed about the costs and other consequences of their decision. If the judges have the last word on the issues of social and political justice that arise in the form of Charter litigation, there is no guarantee that the issues will always be decided more wisely than if the last word rests with the peoples' elected representatives. The power of override allows for the rare case where the elected representatives are convinced that a judicial decision is an inappropriate answer to the rights issue. By that device, citizens are able to participate in the policy choices for their political community.

Partie II. Les instruments quasi constitutionnels de protection des droits de la personne et les Autochtones : une relation encore largement inexplorée

Dans la première partie de ce mémoire, nous avons constaté que la *Charte canadienne*, faisant partie intégrante de la Constitution, ne s'applique qu'aux gouvernements énumérés à son article 32. La question était d'abord de vérifier si les gouvernements autochtones sont visés par cette disposition. En assumant une réponse essentiellement positive à cette question aux fins de ce mémoire, nous nous sommes interrogés sur les limites au champ d'application de la *Charte canadienne* en matières autochtones.

Dans cette deuxième partie, nous entamons l'étude de l'application aux Autochtones des instruments quasi constitutionnels de protection des droits de la personne, que ces instruments soient fédéraux ou provinciaux. Nous verrons que plusieurs des concepts étudiés à propos de l'application de la *Charte canadienne* en matière autochtone n'ont qu'une faible incidence sur l'application des instruments quasi constitutionnels de protection des droits de la personne.

Ces instruments sont en vigueur depuis des décennies dans toutes les juridictions du Canada. Ceux-ci s'appliquent autant à l'État⁵⁷⁸ qu'aux personnes privées⁵⁷⁹ qui se situent sous leurs juridictions. Ainsi, la qualification public-privée/entité gouvernementale-privée, n'est pas aussi déterminante quant aux questions relatives à l'application de ces instruments que ce que l'on peut observer pour la *Charte canadienne*.

Dans le cas spécifique des Autochtones, la question se pose de savoir si ces instruments s'appliquent de manière uniforme, qu'ils soient personnes physiques, morales, conseils de bande ou gouvernements.

Cette question a largement été ignorée dans la littérature juridique⁵⁸⁰. Même chez les praticiens du droit, l'utilisation d'instruments provinciaux tels que la *Charte québécoise* en matière

578 Voir par exemple, les articles 54 de la *Charte québécoise* ou 47 du *Code des droits de la personne*, L.R.O. 1990, c. H-19 (Ont.) de l'Ontario.

579 À l'exception de la *Déclaration canadienne des droits*.

580 Mis à part ces quelques exceptions : R. DUPUIS, préc., note 52; Sébastien GRAMMOND, « Pour l'inclusion des droits des autochtones dans la Charte des droits et libertés de la personne », (2006) (numéro thématique hors série) *R. du B.* 295.

autochtone ne semble pas être un réflexe. En effet, ces derniers sont souvent éclipsés par la *Charte canadienne* ou les instruments fédéraux, qui semblent s'imposer plus naturellement pour ces questions. Et pour cause. En vertu du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, la compétence sur les Indiens et les terres réservées pour les Indiens est en effet sous la juridiction exclusive du Parlement fédéral⁵⁸¹. Or, les codes provinciaux de protection des droits de la personne sont des lois provinciales.

Il y a donc un double obstacle à l'application des instruments provinciaux en matière autochtone. D'abord, il y a un problème de partage des compétences qui rend plus difficile l'application des lois provinciales relatives à la protection des droits de la personne aux peuples autochtones. Il y a ensuite, à l'instar de la *Charte canadienne*, la nécessité d'assurer une application des instruments quasi constitutionnels qui tiennent compte des droits ancestraux constitutionnellement reconnus et protégés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

À partir de ces données, nous tenterons au premier chapitre de situer les instruments quasi constitutionnels de protection des droits de la personne à la lumière des différentes doctrines régissant le partage législatif des compétences. Qui détient la compétence en la matière? Les provinces ou le fédéral? Est-ce une compétence concurrente ou exclusive? Les droits de la personne sont-ils vraiment une matière relevant d'un ordre de gouvernement plus qu'un autre?

En partant des règles qui auront été explorées au premier chapitre, nous serons en mesure dans un deuxième temps de préciser la façon dont les instruments fédéraux et provinciaux peuvent s'appliquer chez les Autochtones, en tenant compte du partage des compétences et des droits ancestraux ou issus de traités. En effet, il faut garder à l'esprit qu'un droit ancestral ou issu de traité est protégé par la Constitution. Par conséquent, les instruments quasi constitutionnels de protection des droits de la personne, bien que bénéficiant d'un statut quasi constitutionnel, demeurent évidemment assujettis à ces droits ancestraux ou issus de traités. Nous verrons donc comment ces droits reconnus et confirmés par la Constitution affectent l'application des instruments quasi constitutionnels de protection des droits et libertés de la personne.

Avant de poursuivre, une dernière précision s'impose quant aux instruments provinciaux. Nous

581 *Supra*, p. 10 et suivantes.

analyserons principalement la *Charte québécoise* tout en tenant compte des autres instruments de protection des droits de la personne. Toutefois, la situation unique du Québec en tant que province de droit civil incite à faire preuve d'une certaine prudence quant aux interactions entre la *Charte québécoise*, la tradition civiliste du Québec en matière de droit commun et le partage des compétences relatif aux droits et libertés, d'une part, et aux affaires autochtones, d'autre part. Certaines de nos conclusions pourraient ne pas être transposables *mutatis mutandis* aux juridictions de common law. Malgré tout, nous sommes d'avis que dans la majorité des cas, la plupart des observations que nous ferons au sujet de la *Charte québécoise* sont transposables aux autres instruments issus de juridictions de common law. Lorsque nous le jugerons à propos, nous tenterons de faire les distinctions qui s'imposent. C'est la raison pour laquelle cette partie du mémoire demeure pertinente pour l'ensemble des instruments provinciaux de protection des droits de la personne, quoique l'analyse demeure centrée sur la *Charte québécoise* qui figure comme référence de premier choix.

Chapitre I. L'incidence du partage législatif des compétences entre le fédéral et les provinces

La compétence sur les Indiens et les terres réservées pour les Indiens laisse une importante marge de manœuvre au Parlement fédéral afin d'édicter des lois qui, autrement, tomberaient nécessairement sous la juridiction des provinces⁵⁸². Les successions, l'éducation, la propriété ou la santé en sont des exemples parmi tant d'autres, pour autant que ces dispositions portent, dans leurs objets et leurs effets, sur les Indiens ou leurs terres.

En raison de cette compétence exclusive, force est d'admettre que les provinces n'assument aucune responsabilité légale directe à l'égard des Autochtones. Cette responsabilité revient à la Couronne fédérale⁵⁸³. Or, l'un des effets indirects de cette responsabilité fédérale est de laisser aux Autochtones une plus grande sphère d'autonomie par laquelle ils ne sont pas atteints par les lois provinciales⁵⁸⁴.

Puisque les instruments provinciaux sont avant toute chose, des lois provinciales, et les instruments fédéraux, des lois fédérales, est-ce à dire qu'en raison de cette compétence sur les Indiens et leurs terres, ces lois provinciales deviendraient inapplicables aux Autochtones au profit des instruments fédéraux? Autrement dit, doit-on conclure que le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* fait des Indiens des « personnes fédérales » et qu'il crée pour leurs terres, des murs étanches à l'abri de toute loi provinciale? La Cour suprême a tôt fait de répondre par la négative. En 1974, elle écarta la théorie selon laquelle les réserves étaient des « enclaves » à l'application du droit provincial⁵⁸⁵, puis, à l'occasion de l'affaire *Mitchell c. M.R.N.*⁵⁸⁶, elle précisa :

Au début du 20e siècle, le gouvernement fédéral faisait occasionnellement valoir que la compétence du Parlement en vertu du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* (« Les Indiens et les terres réservées aux Indiens ») était absolue. On disait que les Indiens étaient

582 *Supra*, p. 10 et suivantes.

583 A. ÉMOND, préc., note 5, p.75. Par ailleurs, il est somme toute très rare que la validité des lois adoptées par le parlement fédéral ne soit contestée : *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, préc., note 15, par. 177; S. GRAMMOND, préc., note 1, p. 363.

584 S. GRAMMOND, préc., note 1, p. 361; B. RYDER, préc., note 7. Dans son texte, l'auteur Ryder milite pour une double interprétation du partage des compétences qui conférerait d'une part, une plus grande autonomie aux provinces par rapport au gouvernement central et d'autre part, une plus grande autonomie des Premières Nations face aux provinces et au gouvernement fédéral.

585 *Cardinal c. Alberta (Procureur général)*, [1974] R.C.S. 695, p. 702 et 703; *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, 2002 CSC 31, [2002] 2 R.C.S. 146, par. 66; *R. c. Morris*, 2006 CSC 59, [2006] 2 R.C.S. 915, par. 84.

586 *Mitchell c. M.R.N.*, préc., note 86.

des personnes fédérales » dont la vie était entièrement régie par la « réglementation » fédérale. *Cette approche a été rejetée par les tribunaux, qui ont jugé que, bien qu'un autochtone puisse être caractérisé comme Indien à certaines fins, notamment la langue, la culture et l'exercice des droits traditionnels, il ne cesse pas pour autant d'être résident d'une province ou d'un territoire.* Pour d'autres fins, il doit être reconnu et traité comme un membre ordinaire de la société canadienne. Peu après l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982*, dans *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, une affaire fiscale, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) écrit, à la p. 36 : « Les Indiens possèdent la citoyenneté canadienne et, dans les affaires qui ne sont régies ni par des traités ni par la *Loi sur les Indiens*, ils ont les mêmes responsabilités [. . .] que les autres citoyens canadiens ». [...] Dans *Gladstone* (au par. 73) et encore une fois dans *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010 (au par. 165), le juge en chef Lamer répète que « les sociétés autochtones distinctives existent au sein d'une communauté sociale, politique et économique plus large, communauté dont elles font partie et sur laquelle s'exerce la souveraineté de Sa Majesté » (je souligne). L'objectif constitutionnel est la conciliation et non pas l'isolement mutuel⁵⁸⁷. [Nos italiques]

La Cour suprême considère donc que la compétence sur les Indiens et leurs terres, bien que vaste, n'écarte pas systématiquement l'application de toute loi provinciale. Se pose donc la question de savoir dans quelle mesure les lois provinciales en général, et les lois relatives à la protection des droits et libertés en particulier peuvent s'appliquer aux Autochtones.

Afin d'y répondre, nous devons maintenant nous pencher sur les principales doctrines qui gouvernent le partage des compétences pour ensuite tenter de situer, à la lumière de ces règles, les instruments provinciaux et fédéraux de protection des droits de la personne.

Section 1. Les principales doctrines qui guident le partage des compétences

Cette section a pour objectif de rappeler certaines notions liées au partage des compétences, qui seront utiles tout au long de cette partie du mémoire.

Les questions de partage des compétences soulèvent trois types de difficultés, toutes aussi présentes en matières autochtones. Ainsi, une loi ou une disposition législative peut être suspecte de trois manières différentes, soit en raison de son invalidité, de son inapplicabilité ou de son inopérabilité⁵⁸⁸.

Avant tout, le partage des compétences entre les provinces et le Parlement fédéral a été élaboré de manière à ce que chaque ordre de gouvernement soit souverain dans ses champs de

587 *Id.*, par. 133.

588 P. HOGG, préc., note 5, p. 15-28; Eugénie BROUILLET, « Le fédéralisme et la Cour suprême du Canada : quelques réflexions sur le principe d'exclusivité des pouvoirs », (2010) 3 *R.Q.D.C.*, en ligne : <http://www.aqdc.org/volumes/pdf/Eugenie_Brouillet.pdf> (à jour au 19 décembre 2012), p. 11.

compétence respectifs⁵⁸⁹. Selon la conception classique du partage des compétences, chacune des rubriques énoncées aux articles 91 à 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁵⁹⁰ constitueraient des compartiments étanches pour lesquels des chevauchements entre les provinces et le fédéral devraient être évités⁵⁹¹. Bien que la conception moderne du partage des compétences permette des chevauchements entre les ordres de gouvernements⁵⁹², il n'en demeure pas moins que pour l'essentiel, « les compétences exclusives d'un ordre de gouvernement ne peuvent donc être envahies par l'autre »⁵⁹³. Récemment, la Cour suprême a rappelé la philosophie qui doit guider les règles relatives au partage fédératif des compétences :

En somme, même si la Cour préconise un fédéralisme coopératif et souple, les frontières constitutionnelles qui sous-tendent le partage des compétences doivent être respectées. Le « courant dominant » du fédéralisme souple, aussi fort soit-il, ne peut autoriser à jeter des pouvoirs spécifiques par-dessus bord, ni à éroder l'équilibre constitutionnel inhérent à l'État fédéral canadien⁵⁹⁴.

Ainsi, et tout au long de la démonstration qui suit, il faudra considérer cet équilibre entre les pouvoirs exclusifs inhérents à la nature fédérale de l'État canadien.

1.1. La doctrine de validité constitutionnelle

En matière de validité constitutionnelle, une loi ne saurait pas porter sur une matière qui relève de la compétence de l'autre ordre de gouvernement⁵⁹⁵. Dans le cas contraire, en prenant pour exemple la compétence sur les Indiens ou leurs terres réservées, il en résulterait que la province exercerait la compétence prévue au paragraphe 91(24), ce qui serait constitutionnellement inacceptable⁵⁹⁶. Par illustration, une loi provinciale qui viendrait modifier le statut d'Indien serait *ultra vires* et donc invalide sur le plan constitutionnel⁵⁹⁷.

Les questions liées à la validité d'une loi dépendent d'abord et avant tout de sa qualification⁵⁹⁸.

589 *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, Par. 71-73, 119.

590 Sauf en ce qui concerne l'exportation des ressources naturelles, les pensions de vieillesse, l'agriculture et l'immigration, qui sont de compétence concurrente.

591 *Procureur général du Canada c. Procureur général de l'Ontario (Conventions de travail)*, [1937] A.C. 326, 354. Sur les conceptions classiques et modernes du partage des compétences, voir par exemple B. RYDER, préc., note 7, p. 322 et suivantes; E. BROUILLET, préc., note 588, p. 7 et suivantes.

592 E. BROUILLET, préc., note 588, p. 11.

593 *Id.*, p. 7. Voir aussi P. HOGG, préc., note 5, p. 15-38.4.

594 *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, préc., note 589, par. 62.

595 « Singling out », dans la littérature canadienne anglaise. P. HOGG, préc., note 5, p. 15-10 et 28-11.

596 *R. c. Morris*, préc., note 585, par. 41; P. HOGG, préc., note 5, p. 28-11.

597 S. GRAMMOND, préc., note 1, p. 366 et 367. On pourrait aussi penser à une loi prévoyant un traitement plus contraignant aux Autochtones qu'aux non-autochtones en leur accordant un traitement spécial : G. OTIS, préc., note 56, p. 75.

598 P. HOGG, préc., note 5, p. 15-28.

Pour qu'une loi soit constitutionnellement valide, il faut que son « caractère véritable »⁵⁹⁹ porte sur une matière⁶⁰⁰ sur laquelle le gouvernement qui l'a adoptée a compétence⁶⁰¹. Dans l'analyse du caractère véritable, l'attention doit être portée sur « l'objet⁶⁰² et les effets⁶⁰³ »⁶⁰⁴ de la législation⁶⁰⁵. C'est lorsque le caractère véritable de la loi a été dégagé qu'il faut alors le rattacher à un chef de compétence, fédéral ou provincial⁶⁰⁶.

À partir du moment où une loi dont le caractère véritable est avéré en ce que la matière relève de la juridiction qui l'a adoptée, il a été jugé que des empiétements sur la compétence d'un autre ordre de gouvernement sont possibles, pour autant que les effets ne soient qu'accessoires ou secondaires⁶⁰⁷ et suffisamment intégrés dans un régime législatif par ailleurs valide⁶⁰⁸. C'est « l'objectif déterminant » de la législation qui demeure le principal facteur⁶⁰⁹.

La législation en matière autochtone constitue un parfait exemple de chevauchements possibles dans des matières relevant de la compétence provinciale. Il ne fait pas de doute que le caractère véritable de la *Loi sur les Indiens* porte sur les Indiens et leurs terres réservées. Pourtant, certaines de ses dispositions portent sur les successions ou l'éducation, matières de compétence

599 Ce que la loi accomplit en réalité et pourquoi : *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 CSC 39, [2010] 2 R.C.S. 536, par. 17.

600 *Id.*, par. 16 : « La matière d'une loi est essentiellement [...] « un résumé du contenu de la loi » [...] »

601 *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3, par. 25-26; P. HOGG, préc., note 5, p. 15-7.

602 Par exemple, l'objet peut regrouper la « preuve intrinsèque, telles les dispositions énonçant les objectifs généraux et la structure générale de la loi, que de la preuve extrinsèque, tels le Hansard ou d'autres comptes rendus du processus législatif [...] » : *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, préc., note 599, par. 18.

603 *Id.*, par. 18 : « L'effet d'une loi se retrouve tant dans les répercussions juridiques de son texte que dans les effets pratiques découlant de son application [...] »

604 « Pith and substance » dans la littérature canadienne anglaise. P. HOGG, préc., note 5, p. 15-7.

605 *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, préc., note 601, par. 27. Par exemple, une loi peut avoir pour effet de taxer les banques, qui sont de compétence fédérale. Cependant, si le caractère véritable de la loi réside dans la taxation directe, qui est de compétence provinciale, la loi demeure valide.

606 *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, préc., note 589, Par. 93.

607 *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, préc., note 601, par. 28. Voir aussi *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, 2003 CSC 55, [2003] 2 R.C.S. 585, par. 14 :

La règle des effets accessoires veut que toute loi provinciale d'application générale qui est valide s'applique si ses effets sur des matières relevant de la compétence législative fédérale sont [TRADUCTION] « simplement accessoire[s] et [ne sont] pas pertinent[s] sur le plan constitutionnel » : P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada (éd. feuilles mobiles)*, vol. 1, p. 15-8, cité dans *Global Securities [Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)]*, [2000] 1 R.C.S. 494, 2000 CSC 21, par. 22. Voir également *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, p. 670. Autrement dit, pour reprendre les propos des juges Iacobucci et Major dans l'arrêt *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437, par. 81, « la Constitution permet qu'une loi provinciale de portée générale, valablement édictée, touche des questions relevant de la compétence exclusive du Parlement » [...].

608 La théorie des pouvoirs accessoires ne peut donc pas être invoquée en présence d'une loi, prise dans son ensemble, qui serait invalide : *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, préc., note 589, par. 129; *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, préc., note 599, par. 16.

609 *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, préc., note 601, par. 28.

provinciale mais qui sont suffisamment intégrées dans un régime législatif valide⁶¹⁰. À l'inverse, une loi provinciale visant à protéger les objets patrimoniaux des Autochtones constitue un exercice valide de la compétence sur la propriété et les droits civils, même si elle peut avoir des effets accessoires ou secondaires sur la compétence sur les Indiens⁶¹¹.

De plus, en vertu de la théorie du double aspect, des lois provinciales et fédérales peuvent porter sur les mêmes sujets, puisqu'une matière peut à la fois relever de compétence fédérale et provinciale, selon la perspective donnée⁶¹².

1.2. La doctrine de l'exclusivité des compétences

Une loi valide sur le plan constitutionnel peut néanmoins être inapplicable en vertu de la doctrine de l'exclusivité des compétences, ou doctrine de l'applicabilité constitutionnelle⁶¹³. Selon cette doctrine, toutes les lois provinciales par ailleurs valides qui portent atteinte au contenu essentiel d'un chef de compétence fédéral, même de façon accessoire⁶¹⁴, deviennent inapplicables⁶¹⁵. Ou vice-versa, puisque la doctrine vise autant les empiètements provinciaux que fédéraux⁶¹⁶. Le fondement de cette doctrine est d'empêcher un ordre législatif de faire indirectement, par une loi valide, ce qu'elle ne peut pas faire directement⁶¹⁷. De la sorte, cette compétence conserve et protège une aire d'exclusivité⁶¹⁸, un contenu minimal⁶¹⁹ pour lequel les lois provinciales ne peuvent pas trouver application⁶²⁰, et ce, même en présence d'un vide

610 P. HOGG, préc., note 5, p. 28-5.

611 *Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, préc., note 585. En effet, il ne fait peu de doute que la compétence prévue au paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* permettrait au Parlement de protéger leurs objets patrimoniaux. Dans *Kitkatla*, la Cour a déterminé de façon surprenante que la loi provinciale en question, qui permettait la destruction des objets à certaines conditions n'empiétait même pas sur la compétence sur les Indiens et leurs terres (voir les par. 75 et 76), quoi qu'elle laisse entendre que le contraire pourrait tout aussi être possible, dans d'autres circonstances (par. 78).

612 *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, préc., note 589, Par. 66. On peut penser à la conduite dangereuse, qui sous l'aspect criminel relève de la compétence fédérale en même temps qu'elle peut relever de la compétence provinciale sur la propriété et les droits civils : *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, préc., note 601, par. 30; P. HOGG, préc., note 5, p. 15-11.

613 E. BROUILLET, préc., note 588, p. 11 et 13. « Interjurisdictional immunity », en anglais.

614 *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, préc., note 599, par. 39; *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, préc., note 601, par. 32.

615 *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, préc., note 599, par. 63.

616 *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, préc., note 601, par. 35; P. HOGG, préc., note 5, p. 15-38.2 à 15-38.4.

617 Kerry WILKINS, « R. v. Morris: A Shot in the Dark and Its Repercussions », (2008) 7-1 *Indigenous L.J.* 1, p. 12.

618 E. BROUILLET, préc., note 588, p. 14.

619 *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, préc., note 599, par. 26.

620 P. HOGG, préc., note 5, p. 15-38.2.

législatif dans les cas où le Parlement n'exercerait pas sa compétence⁶²¹.

Cette doctrine vise donc à protéger toutes les matières qui se situent au cœur de chacun des chefs de compétence à l'encontre d'empiètements en provenance de l'autre ordre de gouvernement⁶²². La doctrine a été utilisée afin de protéger l'exercice d'activités relevant du cœur d'un chef de compétence⁶²³. Elle a également été utilisée afin de protéger la spécificité et les éléments vitaux des objets ou sujets fédéraux, que ce soient des entreprises, ouvrages, choses, ou personnes sous juridiction fédérale (l'identité des participants⁶²⁴). Autrement dit, à chaque fois qu'une loi provinciale empiète sur une activité couverte par le cœur de la compétence relative aux Indiens et à leurs terres, la doctrine de l'exclusivité des compétences s'applique et conduit à l'inapplicabilité de la loi provinciale⁶²⁵. Ou encore, l'inapplicabilité d'une loi provinciale est déclarée lorsque la loi a pour effet de porter atteinte à l'un des éléments essentiels de ces objets ou sujets fédéraux⁶²⁶. Dans le cas de la compétence prévue au paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, il s'agit des Indiens, de leurs terres, de leurs entreprises (tel que des conseils de bande) ou ouvrages.

Bien que cette doctrine doive être appliquée avec retenue, la jurisprudence a tendance à considérer que les matières autochtones sont des sujets pour lesquels l'exclusivité des compétences demeure pertinente⁶²⁷.

621 *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, préc., note 601, par. 44 : « Par ailleurs, nous tenons à rappeler que l'exclusivité des compétences signifie que même si un ordre législatif n'a pas légiféré sur une matière donnée, l'autre ne pourrait pas adopter des lois ayant des effets même accessoires sur ce qu'il est convenu d'appeler le « contenu essentiel » de la compétence. Ce genre de situation accroît le risque de création de « vides juridiques », ce que notre Cour a reconnu dans *Law Society of British Columbia c. Mangat*, [2001] 3 R.C.S. 113, 2001 CSC 67, par. 52. En principe, ces « vides juridiques » ne sont guère souhaitables. » Voir au même effet, H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 50, p. 463. De plus, le fait d'invoquer la possibilité pour le Parlement fédéral qu'il puisse légiférer sur la matière en question pour ainsi écarter la loi provinciale litigieuse n'est pas pertinent : *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, préc., note 599, par. 49 et suivants. En matière autochtone, ces vides législatifs peuvent avoir pour effet de laisser une plus grande sphère d'autonomie aux Premières nations visés. Voir *supra*, p. 143.

622 K. WILKINS, préc., note 54, p. 68.

623 *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, préc., note 601, par. 41.

624 *Id.*

625 *R. c. Morris*, préc., note 585, par. 42. Il est maintenant établi que chacun des chefs de compétence exclusifs au sens de la *Loi constitutionnelle de 1867* comporte un noyau pour lequel les lois valides d'un autre ordre de gouvernement ne pourraient pas l'envahir, sans quoi on ne saurait parler de compétence exclusive : P. HOGG, préc., note 5, p. 15-38, 15-38.3.

626 *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, préc., note 601, par. 48.

627 *NIL/TU, O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees' Union*, 2010 CSC 45, [2010] 2 R.C.S. 696, par. 69 (j. McLachlin et j. Fish); *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, préc., note 601, par. 42, 60, 61, 67.

1.2.1. Ce qui est protégé : le contenu essentiel, le cœur d'un chef de compétence

Il faut donc distinguer l'essentiel, soit le cœur d'un chef de compétence, qui constitue le « contenu minimum élémentaire et irréductible »⁶²⁸ de la compétence en elle-même qui est beaucoup plus vaste⁶²⁹. Or, aussi étendue que la compétence puisse paraître, son cœur est quant à lui restreint à des questions jugées essentielles qui permettent au Parlement « de réaliser l'objectif pour lequel la compétence législative exclusive a été attribuée »⁶³⁰. Ainsi, selon la Cour suprême, le cœur de la compétence protège ce qui est absolument nécessaire et essentiel à l'objet ou le sujet fédéral afin de réaliser ce qui les distinguent⁶³¹. Il s'agit donc d'un critère de nécessité : l'activité visée par la loi provinciale est-elle absolument essentielle de manière à mettre en péril le cœur de la compétence fédérale? Ce n'est seulement que ce segment qui est protégé par la doctrine de l'exclusivité des compétences⁶³².

1.2.2. Le degré d'atteinte requis

Il ne suffit pas qu'une loi provinciale empiète sur le cœur d'une compétence fédérale. Cet empiètement doit être suffisamment grave pour la rendre inapplicable. C'est la raison pour laquelle il est nécessaire de s'interroger sur le degré d'atteinte requis pour enclencher le mécanisme de la doctrine de l'exclusivité des compétences.

Avant 2007, le degré d'atteinte requis faisait en sorte qu'une loi devenait inapplicable à partir du moment où elle touchait au cœur d'une compétence exclusive⁶³³. Cependant, dans l'affaire *Banque canadienne de l'Ouest*⁶³⁴, la Cour suprême a conclu que des banques, de compétence fédérale, devaient respecter les lois provinciales réglementant la promotion de la vente d'assurances. Dans ses motifs, la Cour en a profité pour modifier les critères qui permettent de faire intervenir la doctrine de l'exclusivité des compétences⁶³⁵. Désormais, il ne faut plus qu'une loi provinciale touche au cœur de la compétence spécifique (dans notre cas, l'indianité,

628 *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, préc., note 601, par. 60.

629 *NIL/TU, O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees' Union*, préc., note 627, par. 22; P. HOGG, préc., note 5, p. 15-36.

630 *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, préc., note 601, par. 77.

631 *Id.*, par. 53.

632 La portion résiduaire qui ne se situe pas au cœur de la compétence demeure cependant protégée par les doctrines de validité, *supra* p. 145, et d'opérabilité, *infra*, p. 153.

633 *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749.

634 *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, préc., note 601.

635 En fait, l'on a déterminé que la promotion et la vente d'assurance ne faisaient pas partie du cœur de la compétence fédérale sur les banques. Le changement de critère d'atteinte ne serait ni plus, ni moins, qu'un obiter selon le professeur Hogg : P. HOGG, préc., note 5, p. 15-35.

le cœur de la compétence fédérale sur les Indiens) afin de faire intervenir la doctrine de l'exclusivité des compétences et d'écarter l'application d'une loi provinciale. Il faut désormais qu'elle ait pour effet d'entraver cette compétence, tel que le dénote la Cour suprême :

Même dans les cas où la doctrine de l'exclusivité des compétences peut être utilisée, nous devons examiner la mesure de l'empiètement sur le « contenu essentiel » de la compétence de l'autre ordre de gouvernement qui ferait intervenir l'utilisation de cette doctrine :

« Dans l'arrêt *Bell Canada* (1988), le juge Beetz a écrit ce qui suit, aux p. 859-860 :
Pour que joue la règle de l'inapplicabilité, il suffit que la sujétion de l'entreprise à la loi provinciale ait pour effet d'affecter un élément vital ou essentiel de l'entreprise sans nécessairement aller jusqu'à effectivement entraver ou paralyser cette dernière. [Nous soulignons.]

[...]

En toute déférence, nous ne pouvons souscrire à cette opinion. Nous estimons que l'état du droit antérieur à l'arrêt *Bell Canada* (1988) était plus fidèle à notre régime fédéral. À notre avis, il ne suffit pas que la législation provinciale « touche » simplement la spécificité fédérale d'un sujet ou d'un objet fédéral. La différence entre la notion de « toucher » et celle d'« entraver » réside dans le fait que la première ne suppose pas de conséquences fâcheuses, contrairement à la seconde. Le changement opéré dans *Bell Canada* (1988) en passant de la notion d'« entraver » à la notion de « toucher » n'est pas compatible avec le point de vue adopté par la suite dans l'arrêt *Mangat*, selon lequel « [l]e fait que la matière visée [. . .] comporte un double aspect joue en faveur de l'application de la règle de la prépondérance plutôt que de celle de l'exclusivité des compétences » (par. 52). Ce passage n'est pas compatible non plus avec l'application qu'avait faite le juge Beetz lui-même du critère de l'« entrave » dans l'arrêt *Dick c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 309, p. 323-324. *C'est lorsque l'effet préjudiciable d'une loi adoptée par un ordre de gouvernement s'intensifie en passant de « toucher » à « entraver » (sans nécessairement « stériliser » ou « paralyser ») que le « contenu essentiel » de la compétence de l'autre ordre de gouvernement (ou l'élément vital ou essentiel d'une entreprise établie par lui) est menacé, et pas avant*⁶³⁶. [Nos italiques]

En conformité avec ce changement de direction, la Cour suprême réitère dans une décision ultérieure que le critère de l'entrave, à mi-chemin entre toucher et stériliser, nécessite une atteinte grave ou importante de même qu'un empiètement important ou grave à la compétence fédérale, sans pour autant la stériliser⁶³⁷. Dans tous les autres cas, en l'absence d'entrave, la loi contestée demeurera applicable⁶³⁸.

1.2.3. Les relations de travail dans les entreprises fédérales : une application particulière de l'exclusivité des compétences

Ce qui vient d'être étudié s'applique aussi dans le cas des relations de travail au sein d'entités fédérales telles que des conseils de bande. C'est parce qu'on a jugé que les relations de travail constituaient une partie essentielle des entreprises fédérales que les lois provinciales portant sur ces matières devenaient inapplicables. En fait, le partage des compétences en matière de

636 *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, préc., note 601, par. 48.

637 *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, préc., note 599, par. 44 et 45.

638 *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, préc., note 601, par. 49.

relations de travail n'est qu'une application particulière des principes généraux que nous venons de survoler jusqu'à maintenant⁶³⁹.

Cela dit, les relations de travail ne constituent pas un chef de compétence distinct au sens de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il faut donc les rattacher à l'une ou l'autre des rubriques du texte constitutionnel. En conformité avec ce principe, c'est somme toute tôt dans l'histoire constitutionnelle canadienne que le Comité judiciaire du Conseil privé de même que la Cour suprême se sont livrés à cet exercice. Ces tribunaux ont à tour de rôle conclu qu'il était incontestable que les relations de travail étaient d'abord et avant tout exclusivement de compétence provinciale en vertu de la compétence sur la propriété et les droits civils et de celle portant sur les affaires locales ou privées dans la province⁶⁴⁰.

Par dérogation à cette compétence de principe, il a été déterminé que le Parlement bénéficiait d'une compétence d'exception⁶⁴¹ en ce qui concerne les « travaux, entreprises ou affaires du fédéral »⁶⁴², de même que les « entreprises à l'égard desquelles la Constitution l'a habilité, de façon générale, à légiférer »⁶⁴³. Cette compétence lui a octroyé la capacité de régir de manière exclusive les relations de travail de ces entités, pour autant que les relations de travail fassent partie intégrante d'une compétence principale sur un autre sujet⁶⁴⁴.

Cette exception repose sur le principe selon lequel la réglementation des relations de travail est inhérente au pouvoir de réglementer les activités de l'entreprise fédérale⁶⁴⁵. Or, en vertu de la

639 *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, préc., note 633, par. 20 et 21.

640 Par exemple, *NIL/TU, O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees' Union*, préc., note 627, par. 11; *Attorney General for Canada c. Attorney General for Ontario*, [1937] A.C. 326; *In Re la compétence législative quant aux heures de travail*, [1925] R.C.S. 505. Pour un résumé de l'histoire sur la question et des décisions clés en la matière, voir Nicola DI IORIO, « L'arrière-plan constitutionnel en droit du travail », dans Collection de droit 2012-2013, École du Barreau du Québec, Vol. 8, *Droit du travail*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 19 et suivantes.

641 Voir *NIL/TU, O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees' Union*, préc., note 627, par. 11; *Four B Manufacturing c. Travailleurs unis du vêtement*, [1980] 1 R.C.S. 1031, p. 1046 ainsi que les nombreuses décisions auxquelles se réfèrent ces arrêts.

642 *NIL/TU, O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees' Union*, préc., note 627, par. 12.

643 N. DI IORIO, préc., note 640, p. 19.

644 *NIL/TU, O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees' Union*, préc., note 627, par. 13, se référant à *Northern Telecom c. Travailleurs en communication*, [1983] 1 R.C.S. 733; *Four B Manufacturing c. Travailleurs unis du vêtement*, préc., note 641, p. 1047. Voir aussi *Construction Montcalm Inc. c. Com. Sal. Min.*, [1979] 1 R.C.S. 754; *Donio-King v. Thunder Bay Indian Friendship Centre*, [2009] C.L.A.D. No. 5, 75 C.C.E.L. (3d) 140.

645 N. DI IORIO, préc., note 640, p. 20.

doctrine de l'exclusivité des compétences, il a été déterminé que les relations de travail au sein de ces entreprises fédérales en constituaient des éléments vitaux⁶⁴⁶, pour autant qu'elles en soient des composantes indissociables⁶⁴⁷. En d'autres mots, les relations de travail constituent un élément essentiel de la gestion et des opérations d'une entreprise et se situent au cœur de la compétence fédérale sur ces dernières. Une loi provinciale sur les relations de travail aurait donc le potentiel d'entraver cet élément essentiel, ce qui n'est pas permis par la doctrine de l'exclusivité des compétences.

Puisque toute entreprise relève de la compétence fédérale sur certains aspects, dont le droit criminel, comment détermine-t-on sa nature fédérale? Comment détermine-t-on que les relations de travail font partie intégrante de la compétence principale sur une autre matière?

La Cour suprême a élaboré dans sa jurisprudence un critère dit « fonctionnel » visant à déterminer la nature véritable des activités d'une entreprise⁶⁴⁸ en examinant la nature de l'entité, son exploitation et ses activités habituelles⁶⁴⁹. C'est ce qu'elle fait qui importe, ni plus ni moins⁶⁵⁰. Si au terme de ce test, on détermine qu'il s'agit d'une entreprise fédérale, les lois fédérales du travail s'appliqueront. Si l'application de ce critère fonctionnel ne permet pas de déterminer s'il s'agit d'une entreprise fédérale (par exemple, entreprise fédérale sur certains aspects et provinciale sous d'autres), la présomption de compétence provinciale continuera de s'appliquer, puisque logiquement, sans entreprise fédérale, les relations de travail ne peuvent donc pas en former le contenu essentiel. Dans ces circonstances, les relations de travail demeureront de compétence provinciale, sauf dans les cas où la réglementation par la province des relations de travail porterait atteinte au cœur d'une compétence fédérale, sous un aspect autre que celui des relations de travail⁶⁵¹. En effet, même si une province possède le pouvoir de régir les relations de travail d'une entreprise, cela ne lui octroie pas le pouvoir, par cette compétence, de porter atteinte à un élément essentiel d'une compétence fédérale⁶⁵² sans égard à

646 *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, préc., note 601, par. 40.

647 *Four B Manufacturing c. Travailleurs unis du vêtement*, préc., note 641, p. 1048.

648 Plutôt que la nature et les activités des personnes qui participent à l'entreprise : *NIL/TU, O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees' Union*, préc., note 627, par. 72 (j. McLachlin et j. Fish).

649 *NIL/TU, O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees' Union*, préc., note 627, par. 3, 12, 14 et suivants; *Four B Manufacturing c. Travailleurs unis du vêtement*, préc., note 641, p. 1046.

650 *NIL/TU, O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees' Union*, préc., note 627, par. 45.

651 *Id.*, par. 22.

652 Cependant, la question de la compétence en matière de relations de travail a toujours été tranchée au

la nature de l'entreprise.

En présence d'une entreprise fédérale, les lois provinciales visant les relations de travail deviennent donc inapplicables au profit de la réglementation fédérale. Qu'entend-t-on au juste par relations de travail? De manière plus globale, quels éléments essentiels d'une entreprise fait en sorte que l'exclusivité des compétences rend les lois provinciales inapplicables à leur égard?

Selon la Cour suprême, font en outre partie de ces éléments essentiels toutes les questions reliées aux conditions et relations de travail, comme la réglementation des salaires de même que toutes choses qui sont étroitement liées à la mise en place et l'exploitation d'une entreprise, dont sa gestion et ses opérations⁶⁵³.

1.3. La prépondérance fédérale : la doctrine de l'opérabilité

C'est lorsqu'une loi est valide et applicable que se pose la question de son opérabilité⁶⁵⁴. En vertu de la doctrine de la prépondérance fédérale⁶⁵⁵, en cas de conflit entre une loi fédérale et provinciale, c'est la première qui doit l'emporter en rendant la loi provinciale inopérante, dans la mesure de l'incompatibilité et pour le temps qu'elle durera⁶⁵⁶. Le fait que la province fonde son action en vertu de ses pouvoirs principaux et pour le fédéral, en vertu de ses pouvoirs accessoires, n'a pas d'importance selon cette règle⁶⁵⁷.

Selon la jurisprudence récente de la Cour suprême, une loi provinciale peut devenir inopérante par deux manières différentes, celle du conflit véritable et celle de « l'intention fédérale ».

stade de la qualification de l'entreprise : *NIL/TU,O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees' Union*, préc., note 627, par. 4.

653 *Construction Montcalm Inc. c. Com. Sal. Min.*, préc., note 644, p. 769; *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, préc., note 633; *Commission de transport de la communauté urbaine de Québec c. Canada (Commission des champs de bataille nationaux)*, [1990] 2 R.C.S. 838.

654 E. BROUILLET, préc., note 588, p. 11-13; Alain GINGRAS, « Les impacts des arrêts Banque canadienne de l'Ouest et Lafarge en matière de partage des compétences », dans *Conférence des juristes de l'État 2009*, Conférence des juristes de l'État, 2009, p. 265, aux p. 270-272.

655 Pour plus de détails sur cette doctrine, voir P. HOGG, préc., note 5, chap. 16; E. BROUILLET, préc., note 588, p. 16 et suivantes, H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 50, p. 456-457.

656 *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, 2005 CSC 13, [2005] 1 R.C.S. 188, par. 11; E. BROUILLET, préc., note 588, p. 16.

657 *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, préc., note 601, par. 69. Cependant, nous sommes d'avis qu'une loi fédérale qui entraverait le cœur d'une compétence provinciale serait toutefois inapplicable en vertu de la doctrine de l'exclusivité, qui s'applique aussi dans ces circonstances. À ce sujet, voir P. HOGG, préc., note 5, p. 15-38.2 et suivantes.

Selon la première, il faut qu'il y ait un conflit véritable avec la loi fédérale de façon à ce qu'il soit impossible de se conformer aux deux textes de lois en même temps⁶⁵⁸. Autrement dit, il est nécessaire qu'un texte dise « oui » et que l'autre dise « non ». S'il est possible de se conformer aux deux textes en même temps, alors il n'y a pas de conflit opérationnel. Par exemple, l'article 116 de *Loi sur les Indiens* prévoit qu'un Indien peut être tenu de fréquenter l'école jusqu'à 18 ans tandis que l'article 14 de la *Loi sur l'instruction publique*⁶⁵⁹ limite l'âge obligatoire à 16 ans. Or, il est possible pour l'Indien de se conformer aux deux dispositions à la fois en fréquentant l'école jusqu'à son dix-huitième anniversaire, le cas échéant. Dans cette situation, il n'y a donc pas de conflit opérationnel.

Cette règle du conflit véritable souffre cependant d'une exception. Il s'agit du critère de « l'intention fédérale » qui peut rendre une loi provinciale inopérante si elle est incompatible avec l'objet d'une loi fédérale de manière à l'entraver⁶⁶⁰. En revanche, une loi fédérale permissive n'est pas en soi suffisante pour rendre une loi provinciale inopérante, car cela viendrait modifier le critère en faveur de celui du champ occupé, ce qui a été rejeté par la Cour suprême⁶⁶¹. Il faut que la loi provinciale vienne en quelque sorte frustrer les objectifs d'une législation fédérale⁶⁶². En reprenant notre exemple portant sur l'obligation de fréquenter l'école jusqu'à un certain âge, mais cette fois-ci en inversant les exigences des deux ordres de gouvernement, il serait tout aussi possible pour l'élève indien de se conformer aux exigences des deux lois en fréquentant l'école jusqu'à 18 ans. Dans un tel scénario, l'objectif de la législation fédérale qui consisterait sans doute à donner le choix à l'élève de poursuivre ou non ses études dès l'âge de 16 ans serait dans ce cas contrecarré par la législation provinciale.

Telles sont les règles qui doivent guider les tribunaux dans leur interprétation du partage des compétences. Maintenant que ces règles sont établies, nous allons tenter de qualifier les instruments de protection provinciaux des droits de la personne en regard du partage des compétences et de faire ressortir les problèmes de partage que ces instruments peuvent soulever.

658 *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, préc., note 599, par. 64; *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, préc., note 601, par. 70-72; P. HOGG, préc., note 5, p. 16-9.

659 *Loi sur l'instruction publique*, LRQ, c I-13.3.

660 *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, préc., note 599, par. 44 et 45, par. 66; *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, préc., note 656, par. 12-14.

661 *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, préc., note 601, par. 74; *O'Grady c. Sparling*, [1960] R.C.S. 804.

662 *Law Society of British Columbia c. Mangat*, 2001 CSC 67, [2001] 3 R.C.S. 113; P. HOGG, préc., note 5, p. 16-6.1 et suivantes.

Section 2. Les droits et libertés de la personne : de simples accessoires à des compétences principales?

Dans une décision rendue en 1978, la Cour suprême s'est exprimée de la manière suivante au sujet des libertés fondamentales :

Aucune de ces libertés ne correspond à une seule matière relevant de la compétence exclusive fédérale ou provinciale. Chacune d'elles est composée de plusieurs matières qui, selon l'aspect, relèvent de la compétence fédérale ou provinciale⁶⁶³.

Contrairement à d'autres sujets, les droits et libertés de la personne ne figurent à aucune rubrique des dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui établissent les compétences des deux paliers de gouvernements. De la sorte, il serait tout à fait loisible pour le Parlement fédéral d'adopter une disposition au sein du *Code criminel* prévoyant que le fait de discriminer selon certains motifs constitue une infraction criminelle passible d'une peine déterminée. D'un autre côté, les relations de travail étant en principe de compétence provinciale, les provinces pourraient quant à elles interdire la discrimination dans le domaine de l'emploi, un aspect légitime provincial⁶⁶⁴.

Sur cette question, dans *Harwood c. Laganière*⁶⁶⁵, les appelants prétendaient que la discrimination était une matière relevant du Parlement fédéral, laquelle constituait un « mal public ». De cette manière, la *Loi sur la discrimination dans l'emploi*⁶⁶⁶ aurait été déclarée *ultra vires* et inconstitutionnelle, car visant une matière de compétence fédérale. Les juges majoritaires de la Cour d'appel n'étaient pas de cet avis et ont confirmé que les provinces étaient en mesure de traiter le sujet dans leurs champs de compétence respectifs :

Les mesures contre la discrimination ne sont pas l'apanage du Parlement du Canada. On en trouve dans la législation de toutes les provinces et je cite à titre d'exemple *The Ontario Human Rights Code, 1961-62*, qui est une refonte de trois lois antérieures, et qui a pour objet principal d'empêcher la discrimination dans divers domaines. Des difficultés ont amené la Cour suprême du Canada à se prononcer sur la portée de cette loi, mais je ne sais pas que l'on ait contesté sa constitutionnalité malgré qu'on en aurait eu l'occasion. Le *Fair Accommodation Practices Act 1954* de l'Ontario avait déjà été déclaré valide dans *Regina ex rel. Nutland c. McKay* :

It may well be that the Parliament of Canada, under the head of « Peace, Order

663 *Dupond c. Ville de Montréal et autre*, [1978] 2 R.C.S. 770, p. 796-797.

664 P. HOGG, préc., note 5, p. 34-10: « For example, the provincial Legislatures may prohibit racial discrimination in occupations subject to provincial jurisdiction, and the federal Parliament may prohibit discrimination in occupations subject to federal jurisdiction. In other words, it is the nature of the regulated occupations that determines the law's classification, not the law's impact on racial discrimination. » Voir également la p. 55-3 du même ouvrage.

665 *Harwood c. Laganière*, [1976] C.A. 301.

666 *Loi sur la discrimination dans l'emploi*, S.R.Q. 1964, c. 142.

and good Government » could pass valid legislation along the same lines, as it has done in the case of the *Canada Temperance Act*, now R.S.C. 1952, c. 30, but it has not done so far as the matter before us is concerned and therefore we are not at the present time with any conflict which there might be in legislation. I cannot see that this Act comes within the domain of what may be considered « criminal law » or « public law ».

Ce n'est pas parce que le Parlement du Canada pourrait éventuellement faire un crime de la discrimination sous toutes ses formes qu'entre temps les provinces n'auraient pas le droit d'adopter des mesures pour combattre la discrimination dans les contrats civils où elle a compétence législative. Ce n'est pas non plus parce qu'au *Code criminel* le Parlement a prohibé une forme précise de discrimination dans l'emploi (C.Cr. Art. 382 : refus d'emploi pour appartenance à un syndicat) que tout autre forme de discrimination dans l'emploi serait soustraite à la compétence législative provinciale et par le fait même assurée de l'immunité.

L'appelant croit mieux faire entrer la discrimination sous la coupole exclusive du droit criminel en la qualifiant de « *public wrong* » et en la rattachant aux libertés fondamentales ou aux droits de l'homme. Aucune de ces notions ne relève exclusivement de l'autorité législative du Parlement canadien. Non mentionnées expressément dans les articles 91 et 92 de l'*A.A.N.B.*, elles sont trop générales pour pouvoir être contenues tout entières dans une des matières ou des catégories de sujets énumérés dans ces articles. C'est précisément l'existence d'une double autorité législative qui a rendu difficile et retardé l'adoption de la *Déclaration canadienne des droits*. C'est également le partage de compétence législative en cette matière qui a obligé le Parlement canadien à limiter considérablement la portée de la *Déclaration canadienne des droits* à l'article 5(3)

(3) Les dispositions de la Partie I doivent s'interpréter comme ne visant que les matières qui sont de la compétence législative du Parlement du Canada⁶⁶⁷.

L'article 5 de la *Déclaration canadienne des droits* est similaire à l'article 55 de la *Charte québécoise* qui prévoit que : « La Charte vise les matières qui sont de la compétence législative du Québec »⁶⁶⁸. Dans le même sens, l'article 2 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* prévoit que :

La présente loi a pour objet de compléter la législation canadienne en donnant effet, dans le champ de compétence du Parlement du Canada, au principe suivant : le droit de tous les individus, dans la mesure compatible avec leurs devoirs et obligations au sein de la société, à l'égalité des chances d'épanouissement et à la prise de mesures visant à la satisfaction de leurs besoins, indépendamment des considérations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'orientation sexuelle, l'état matrimonial, la situation de famille, la déficience ou l'état de personne graciée⁶⁶⁹.

Le raisonnement de la Cour d'appel du Québec dans *Harwood c. Laganière*⁶⁷⁰ de même que ces dernières dispositions précisent que le domaine des droits de la personne « ne constitue pas un domaine de compétence au sens de la *Loi constitutionnelle de 1867*, mais plutôt une façon d'exercer les titres de compétence qui y sont distribués »⁶⁷¹, ou encore « une approche de leurs

667 *Harwood c. Laganière*, préc., note 665, p. 305-306.

668 *Charte québécoise*, article 55.

669 *Loi canadienne sur les droits de la personne*, art. 2.

670 *Harwood c. Laganière*, préc., note 665.

671 H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 50, p. 910.

titres respectifs »⁶⁷². Autrement dit, c'est l'accessoire d'une compétence auquel se greffent les droits de la personne.

Cette façon de voir les droits et libertés de la personne trouverait écho en matière de langues⁶⁷³. Par exemple, dans *Devine c. Québec (Procureur général)*⁶⁷⁴, l'on a jugé applicable la *Charte de la langue française*⁶⁷⁵ à une entreprise d'imprimerie de Montréal, au motif que les dispositions concernées visaient le commerce à l'intérieur de la province, un domaine pour lequel les provinces ont juridiction⁶⁷⁶.

Dans la même voie, l'article 9 de la *Charte québécoise* prévoit que chacun a droit au respect du secret professionnel. Or, il a été déterminé que la réglementation des professions est une matière qui relève de la compétence provinciale en matière de propriété et de droits civils⁶⁷⁷.

Dans l'arrêt *Scowby c. Glendinning*⁶⁷⁸, la Cour suprême a apporté certaines précisions quant à la caractérisation constitutionnelle d'un instrument des droits et libertés de la personne :

Il faut immédiatement préciser que l'on n'aborde pas un code provincial sur les droits de la personne en présumant au départ qu'il est suspect sur le plan constitutionnel. *Les protections accordées par ces codes sembleraient en grande majorité incontestables à titre de législation relative à la propriété et aux droits civils ou à des matières d'une nature purement locale ou privée*. Ces codes traitent, par exemple, de questions de discrimination en matière de logement et d'emploi et d'égalité d'accès aux biens et services. Ces protections législatives sont valides non pas parce qu'elles affirment des droits comme la liberté ou la dignité humaine, mais parce que les activités qu'elles visent, comme par exemple le logement, l'emploi et l'éducation, constituent elles-mêmes des domaines

672 *Id.*, p. 938.

673 *Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 790, Mémoire du Procureur général du Québec, dossier 20297, p. 10 et 12 :

Il s'ensuit que le pouvoir de légiférer sur la langue doit être fractionné en fonction des catégories de sujets autonomes, de sorte que chaque palier de gouvernement pourra légiférer sur la langue dans les matières qui ressortissent de leurs champs de compétence. C'est donc dire que chaque paragraphe des articles 91 et 92 contient une composante linguistique qui en fait partie intégrante. Toute autre approche aurait pour effet de bouleverser la structure du partage des compétences et de permettre des invasions massives dans les champs de compétence provinciales.

[...]

À titre d'analogie, on peut souligner qu'il n'en va pas autrement pour les droits et libertés de la personne. Comme en matière linguistique, aucun palier de gouvernement ne peut prétendre à l'exclusivité en ce domaine, étant donné le caractère composite et l'absence d'unité et d'identité de cette matière. Pourtant, l'on ne saurait remettre en question la validité constitutionnelle des différentes chartes provinciales des droits de la personne.

674 *Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 790.

675 *Charte de la langue française*, L.R.Q., c. C-11.

676 *Devine c. Québec (Procureur général)*, préc., note 674, par. 19 et suivants. Voir aussi P. HOGG, préc., note 5, p. 56-4.

677 *Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372.

678 *Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226. Voir aussi *Dupond c. Ville de Montréal et autre*, préc., note 663, p. 796-797.

d'intérêt légitimes pour les provinces en vertu des art. 92 et 93.

[...]

Tout comme la province n'est pas compétente pour porter atteinte à une liberté ou à un droit de la personne lorsque la disposition législative est à bon droit considérée comme relevant d'un chef de compétence fédérale exclusive, *la compétence d'une province pour protéger affirmativement une liberté ou un droit de la personne doit dépendre de la validité indépendante de la disposition sur les droits de la personne en vertu de l'une des rubriques de l'art. 92.* Dans chacune, la question essentielle est de savoir si la loi provinciale est valide comme se rapportant à la propriété et aux droits civils ou à quelque autre rubrique de l'art. 92, ou si elle traite d'une manière inacceptable de matières qui relèvent d'un chef de compétence législative exclusive du Parlement fédéral⁶⁷⁹. [Références omises] [Nos italiques]

Cela réaffirme que les droits de la personne demeurent essentiellement l'accessoire d'une autre compétence. Cependant, cette même Cour a tout de même invalidé l'article 7 du *Saskatchewan Human Rights Code*⁶⁸⁰ relatif aux arrestations et détentions arbitraires qui prévoyait que « [e]very person and every class of persons shall enjoy the right to freedom from arbitrary arrest or detention, and every person who is arrested or detained shall enjoy the right to an immediate judicial determination of the legality of his detention and to notice of the charges on which he is detained »⁶⁸¹. En l'espèce, la majorité a déterminé que la disposition, par son caractère véritable, constituait du droit criminel et empiétait sur la compétence exclusive fédérale en la matière.

Ainsi, les instruments quasi constitutionnels de protection des droits de la personne ont pour objectifs de s'appliquer dans les domaines de compétence des juridictions qui les ont adoptés. Ils ne posent donc pas de problèmes de validité constitutionnelle, mais bien d'applicabilité :

Les questions que soulève le partage des compétences en matière de protection des droits de la personne sont donc des questions d'applicabilité constitutionnelle et non des questions de validité : une Charte provinciale s'applique en matières provinciales et une Charte fédérale en matières fédérales⁶⁸².

Puisque « le fédéral et les provinces peuvent affecter les droits de la personne en exerçant leurs titres respectifs de compétence »⁶⁸³, il y a maintenant lieu d'analyser les répercussions sur la portée des instruments provinciaux et fédéraux.

2.1. Une compétence provinciale de principe

Si les droits et libertés de la personne ne constituent pas un chef de compétence au sens de la

679 *Scowby c. Glendinning*, préc., note 678, par. 4 et 8. Voir aussi le par. 3.

680 *Saskatchewan Human Rights Code*, préc., note 32.

681 *Id.*, art. 7.

682 H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 50, p. 910.

683 *Id.*

Loi constitutionnelle de 1867, mais tout au plus une façon de les exercer, comment pourrait-on en venir à la conclusion que les provinces détiennent une compétence de principe en la matière?

Par matières de compétence provinciale, doit-on conclure que l'application d'un instrument de protection des droits et libertés de la personne est subordonnée à la capacité d'une province de régir les activités de l'ouvrage, l'entreprise ou la personne contre lesquels l'on tente d'invoquer l'instrument, comme l'affirme l'auteur Ryan Rempel :

In the result, therefore, one must judge the validity of the various sections of the *Bill of Rights* as regards the division of powers not on the basis of the nature of their substantive guarantees, but rather by the nature of the underlying activities they regulate. The difficulty here is that the *Bill of Rights* does not restrict the nature of the underlying activities which it regulates. Thus, one cannot judge the validity of the sections of the *Bill of Rights* in the abstract. Instead, one must examine each use of the Bill of Rights to see whether the underlying activity in question is one which the provincial government may regulate.

This legal situation is neither unique nor particularly difficult. It already exists with regard to the provisions of *The Saskatchewan Human Rights Code* relating to employment. While these provisions purport to apply to employment generally, they may only be constitutionally applied to employment within provincial jurisdiction, not employment within federal jurisdiction. A similar situation exists as regards the application of provincial and federal labour legislation generally.

Therefore, a defendant under the *Bill of Rights* may argue that the underlying activity by which he is said to be liable is not within provincial jurisdiction, so that the standards embodied in the *Bill of Rights* do not apply⁶⁸⁴.

L'auteur prétend que les garanties prévues à un instrument de protection des droits de la personne ne seraient applicables que lorsqu'une province est habilitée par la Constitution à réglementer une activité donnée. Cette affirmation, fondée sur l'arrêt *Scowby c. Glendinning*⁶⁸⁵, doit à notre avis être critiquée. Une même activité peut être qualifiée de fédérale sous certains aspects et provinciale sous d'autres. Certes, il est vrai qu'on n'évalue pas la validité d'un instrument de protection des droits de la personne à la lumière des garanties substantives qui y sont énoncées. Mais de dire qu'une personne n'est pas soumise aux prescriptions d'un code provincial des droits de la personne sous prétexte que l'activité qu'elle pratique serait de juridiction fédérale nous semble un peu exagéré.

À notre avis, par activité, l'on doit entendre une matière sur laquelle une province a compétence. Les provinces ont choisi de mettre en œuvre des instruments qui s'appliquent dans

684 Ryan REMPEL, « Fundamental Freedoms, Private Actors and the Saskatchewan Bill of Rights », (1991) 55 *Sask. L. Rev.* 263, p. 284.

685 *Scowby c. Glendinning*, préc., note 678.

tous leurs champs de compétence. Bien qu'en théorie, les droits de la personne sont de juridiction provinciale en matière provinciale, et fédérale en matière fédérale, dans la pratique, le résultat est tout autre. En effet, nous sommes d'avis que par leur nature et leur finalité, les compétences provinciales, particulièrement celles qui prévoient « la propriété et les droits civils dans la province »⁶⁸⁶ et « les matières d'une nature purement locale ou privée dans la province »⁶⁸⁷ au sens des paragraphes 92(13) et 92(16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, permettent d'affirmer qu'en pratique, les droits et libertés de la personne relèveront d'abord et avant tout des provinces. Cela demeure vraisemblable même lorsqu'il s'agit d'acteurs sous responsabilité fédérale, qu'ils soient entreprises, personnes ou ouvrages.

Les professeurs Brun, Tremblay et Brouillet vont même jusqu'à affirmer que cette compétence sur la propriété et les droits civils fait en sorte que dans la grande majorité des situations, les provinces auront une compétence de principe sur les droits de la personne⁶⁸⁸. Cette affirmation rejoint en quelque sorte l'opinion du professeur Hogg selon laquelle le champ des droits et libertés de la personne est largement occupé par les provinces en vertu de leur compétence sur la propriété et les droits civils⁶⁸⁹. Nous avons tendance à appuyer cette affirmation, pour plusieurs raisons.

Tout d'abord, la compétence sur la propriété et les droits civils est vaste, très vaste⁶⁹⁰. Cette compétence comprend en outre toutes les questions de droit civil au sens large, privé ou public, de nature contractuelle ou extracontractuelle, en plus du droit de la famille, des successions ou encore, du droit des biens. Cette compétence, tel que le mentionne le professeur Hogg, couvre la grande majorité du droit entre personnes au Canada⁶⁹¹.

Il faut de plus considérer le paragraphe 92(12) de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui prévoit une compétence résiduaire sur toutes les matières d'une nature purement locale ou privée dans

686 *Loi constitutionnelle de 1867*, par. 92(13).

687 *Loi constitutionnelle de 1867*, par. 92(16).

688 H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 50, p. 947.

689 P. HOGG, préc., note 5, p. 55-3:

The authority to enact legislation of this kind is distributed between the federal Parliament and the provincial Legislatures according to which has jurisdiction over the employment, accommodation, restaurants and other businesses or activities in which discrimination is forbidden. *Most of the field is accordingly provincial under property and civil rights in the province (s. 92(13))*. However, there is little doubt that the federal Parliament could if it chose exercise its criminal law power (s. 91(27)) to outlaw discriminatory practices generally. [Nos italiques]

690 *St-Hilaire c. Canada (Procureur général)*, 2001 CAF 63, [2001] 4 C.F. 289 (C.A.), par. 48.

691 P. HOGG, préc., note 5, p. 21-3.

la province. Ainsi, il importe de rappeler que « [l]orsqu'un texte législatif est en soi de nature locale ou privée, il incombe à la partie qui affirme qu'il relève d'une ou de plusieurs catégories de sujets énumérés à l'art. 91 [de la *Loi constitutionnelle de 1867*] de le prouver »⁶⁹². Or, les textes qui prévoient des droits ou libertés fondamentales sont nécessairement de nature locale ou privée.

Les provinces peuvent donc, à bon droit, légiférer sur l'aspect droits et libertés de ces questions en plus de toutes les autres matières sur lesquelles elles ont compétences. Il est ainsi loisible pour une province de régir les aspects civils de la violation d'un droit ou d'une liberté de la personne.

2.1.1. Les aspects civils de la violation d'un droit ou d'une liberté

Il y a lieu de s'interroger sur la nature véritable des instruments de protection des droits de la personne. Que cherchent-ils à accomplir au juste? Une lecture rapide des différents instruments provinciaux et fédéraux permet d'en arriver à la conclusion que ces instruments cherchent à instaurer des recours civils qui permettent à des victimes de demander une réparation pour la violation de leurs droits fondamentaux. En vertu de la compétence sur la propriété et les droits civils, les recours civils sont *a priori* de la compétence exclusive des provinces. Ceci a été confirmé par la Cour suprême, alors qu'elle avait à statuer sur la validité constitutionnelle d'un recours civil institué par le Parlement fédéral. Elle a déclaré que :

Comme l'art. 31.1 crée un droit d'action de nature civile, il n'est pas difficile de conclure que la disposition semble, à première vue, empiéter dans une certaine mesure sur la compétence provinciale. La création d'un droit d'action de nature civile relève généralement de la compétence provinciale conférée au par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cette compétence provinciale en matière de droits civils est importante et elle constitue un pouvoir sur lequel il ne faut pas empiéter à la légère⁶⁹³.

Allant dans le même sens, le Tribunal des droits de la personne de la Colombie-Britannique a bien cerné que la protection offerte par le *Human Rights Code*⁶⁹⁴ en matière de propagande haineuse, avait pour effet de régir les conséquences et les aspects civils de tels gestes :

The proposition that jurisdiction to regulate speech is divided in the manner suggested has no support whatsoever in the jurisprudence. Speech is a matter of divided jurisdiction but the division concerns the nature and purpose of the regulation (that is, its "aspect"), not the topic of the particular speech in issue: *Attorney-General (Canada) and Dupond v. Montreal*, [1978] 2 S.C.R. 770 at 796-7. (See also *Nova Scotia Board of Censors v.*

692 *Dupond c. Ville de Montréal et autre*, préc., note 663, p. 793.

693 *General motors of canada ltd. c. City national leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, partie VI du jugement.

694 *Human Rights Code*, RSBC 1996, c. 210 (B.C.).

McNeil, [1978] 2 S.C.R. 662 at 688 where the Court held that provincial legislative authority to restrict the public viewing of films was not diminished in the case of films imported from another country.) Regulation of speech about "Indians", who are assigned to exclusive federal jurisdiction by s. 91(24), for example, is clearly not beyond the competence of the province. To suggest otherwise would mean that an individual who was defamed by speech that focused on his or her aboriginal status could not seek a civil remedy under the Libel and Slander Act. Similarly, provincial regulation of advertising could not encompass advertising concerning the postal service (assigned to federal jurisdiction by s. 91(5)). Such an approach to jurisdiction over speech is inconsistent with the pith and substance doctrine which underlies division of powers analysis and enables a government to enact laws with a substantial impact on matters outside its jurisdiction as long as the law itself is generally found to be "in relation to" one of the heads of power assigned to that level of government⁶⁹⁵.

Il faut donc essentiellement retenir que malgré l'absence de compétence directe en matière de droits et libertés de la personne, il est tout à fait légitime pour une province de régir les aspects civils d'une violation d'un droit fondamental. L'identité des acteurs n'a qu'une importance somme toute relative.

D'ailleurs, la Cour d'appel du Yukon affirme ni plus ni moins que toutes les formes de discrimination dont les origines ne sont pas de source gouvernementale sont l'apanage des provinces ou des territoires en vertu de leur compétence sur la propriété et les droits civils⁶⁹⁶. Dans *Saunders v. Labrador Inuit Assn.*⁶⁹⁷, la Cour va encore plus loin en affirmant que le *Human Rights Code*⁶⁹⁸ de Terre-Neuve et Labrador est clairement de la législation provinciale valide en matière de propriété et de droits civils. On se rend rapidement compte qu'en matière de législation relative aux droits et libertés de la personne, on parle plus que de simples accessoires.

Revenons à l'arrêt *Scowby c. Glendinning*⁶⁹⁹ pour lequel l'article 7 du *Saskatchewan Human Rights Code*⁷⁰⁰ était en litige. Cette disposition se reportait aux arrestations et détentions arbitraires. Selon les juges majoritaires, l'effet de cet article était de définir « les limites à

695 *Canadian Jewish Congress v. North Shore Free Press Ltd. (c.o.b. North Shore News)*, [1997] B.C.H.R.T.D. No. 23, par. 60.

696 *Yukon (Human Rights Commission) v. Yukon Order of Pioneers, Dawson Lodge #1*, 1993 CanLII 3415 (YK CA), p. 52 : « The control of non-governmental forms of discrimination is left to the provincial and territorial governments as part of their legislative sovereignty in respect to property and civil rights. »

697 *Saunders v. Labrador Inuit Assn.*, [1994] N.H.R.B.I.D. No. 1 (Nfld. Board of Inquiry under the Human Rights Code), par. 59. Voir aussi *Wood c. Association canadienne de soccer*, 1984 CanLII 8 (TCDP), par. 5.

698 *Human Rights Code*, RSNL 1990, c H-14 (Nfld).

699 *Scowby c. Glendinning*, préc., note 678.

700 *Saskatchewan Human Rights Code*, préc., note 32.

l'intérieur desquelles une arrestation ou une détention est autorisée »⁷⁰¹. Conséquemment, la disposition dépassait le cadre des conséquences civiles d'une arrestation ou détention illégale, de sorte qu'elle ne pouvait pas s'appuyer sur le droit civil. Aucun régime parallèle provincial valide ne pouvait la sauvegarder⁷⁰².

Quoi qu'il en soit, et malgré une conclusion confuse⁷⁰³, la majorité a néanmoins admis que la common law de la Saskatchewan comportait le droit de réclamer des dommages-intérêts pour emprisonnement illégal, en plus du pouvoir de la province de légiférer sur les conséquences civiles d'un tel emprisonnement⁷⁰⁴.

Malgré cette conclusion, nous préférons nettement le raisonnement de l'opinion minoritaire, qui nous semble plus conforme à ce que devrait être l'état du droit en la matière tout en étant plus étoffé et motivé. Les trois juges dissidents ont estimé parfaitement valide l'article 7 du *Saskatchewan Human Rights Code*⁷⁰⁵. Tout en rejetant sans hésitation l'opinion selon laquelle la disposition, par son caractère véritable constituait du droit criminel⁷⁰⁶, ils ajoutent que :

L'article 7, il est vrai, va au-delà des domaines dans lesquels les commissions des droits de la personne exercent habituellement compétence au Canada, notamment les dispositions interdisant la discrimination en matière d'emploi ou de logement. Cependant, je ne vois rien de mal à ce que les provinces étendent cette compétence à d'autres domaines d'activité humaine dans la mesure, évidemment, où elles ne dépassent pas les limites de leur compétence législative. La préoccupation — la dignité et l'égalité inhérentes de tous les êtres humains et la prévention de la discrimination injuste — est la même; la procédure énoncée dans le Code a simplement été étendue à un nouveau domaine qui se rapporte à la manière d'effectuer une arrestation⁷⁰⁷.

De plus, les magistrats dissidents ne voient aucunement en quoi le fait pour le Parlement de régler l'arrestation et la détention en droit criminel devrait l'emporter sur les

701 *Scowby c. Glendinning*, préc., note 678, par. 13.

702 *Id.*, par. 13 et 17.

703 *Id.*, par. 18. Les juges majoritaires concluent en statuant que l'article 7 pouvait valablement s'appliquer pour une arrestation ou une détention à une loi provinciale (ce qui va de soi), mais qu'il était inapplicable à l'arrestation ou la détention effectuée en vertu du droit criminel. S'agit-il d'un cas de validité constitutionnelle ou d'applicabilité au sens de la doctrine de l'exclusivité des compétences? Si c'est la deuxième voie que la majorité a choisi, pourquoi le caractère véritable de la disposition a-t-il été au centre de son argumentaire pour finalement conclure que la loi est simplement inapplicable dans le cadre des affaires criminelles? À notre avis, elle a déterminé que la disposition était invalide et devait recevoir une interprétation atténuée, ce qui serait plus conforme à l'ensemble de son raisonnement.

704 *Id.*, par. 1 et 13.

705 *Saskatchewan Human Rights Code*, préc., note 32.

706 *Scowby c. Glendinning*, préc., note 678, par. 55.

707 *Id.*, par. 43.

conséquences civiles de cette arrestation⁷⁰⁸. À leur avis, il ne fait aucun doute que ce sont des questions de droit civil pures pour lesquelles les provinces sont entièrement et exclusivement compétentes⁷⁰⁹:

Si on laisse de côté pour l'instant la question de savoir si la disposition vise l'administration et la gestion de la G.R.C., j'aurais cru qu'il ne pouvait y avoir aucun doute que les provinces pouvaient, conformément à toute loi fédérale définissant la légalité d'une arrestation, traiter des aspects civils d'une arrestation illégale effectuée par des agents de police, peu importe que l'arrestation soit en apparence à l'égard de la violation d'une loi provinciale ou du *Code criminel*. La compétence des provinces, en vertu du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867* portant sur la propriété et les droits civils, leur donne assez de pouvoir pour traiter des droits civils des personnes qui ont subi un préjudice lors d'une arrestation effectuée dans le cours de l'administration de la justice dans la province.

Par conséquent, je ne vois rien qui empiète sur la compétence en matière de droit criminel dans des dispositions qui visent à appliquer les procédures habituelles d'un code sur les droits de la personne à une arrestation arbitraire du genre dont il est question en l'espèce, c.-à-d. qui n'est pas justifiée aux termes du *Code criminel*. Je ne vois non plus rien de répréhensible à ce que la province cherche à appliquer de cette manière les exigences habituelles qui visent à assurer qu'une détention est légale et que la personne détenue est informée des accusations portées contre elle. Ces procédures sont évidemment exigées par le droit fédéral et relèvent à juste titre de la compétence fédérale en matière de droit criminel. Cependant, il n'y a certainement rien de mal à ce que la province impose des sanctions civiles à ceux qui ne se conforment pas aux normes fédérales et prévoient l'indemnisation de ceux qui ont pu subir un préjudice par suite du non-respect de ces normes, ainsi que le règlement à l'amiable des litiges et l'éducation du public en ce qui a trait aux aspects relatifs aux droits de la personne, que comporte une telle conduite⁷¹⁰.

Les provinces peuvent donc par un instrument de protection des droits de la personne, traiter des aspects civils d'une arrestation illégale, que la violation soit issue du *Code criminel* ou d'une loi provinciale. Dans *Chevrier c. VCS investigation inc.*⁷¹¹, une agence de gardiens de sécurité dont l'agent a effectué une arrestation sans mandat de manière contraire aux prescriptions du *Code criminel* a été condamnée à payer des dommages-intérêts à la victime pour la violation de la *Charte québécoise*. L'identité des auteurs de la violation ne devrait pas à elle seule être influente.

De manière concrète, nous sommes d'avis que la plupart des droits judiciaires énoncés à la *Charte québécoise* devraient suivre la même approche, dans la mesure où ces droits traitent d'aspects purement civils tout en ne visant pas à régir la procédure de tribunaux échappant à la compétence de la province⁷¹².

708 *Id.*, par. 52.

709 *Id.*, par. 65.

710 *Id.*, par. 57-58.

711 *Chevrier c. VCS investigation inc.*, 2000 CanLII 14703 (QC CQ).

712 Par exemple, il est clair que le droit à une audition impartiale de l'article 23 de la *Charte québécoise* vise les tribunaux pour lesquels le Québec exerce une compétence. Pour une illustration de l'application de

En somme, si une province est tout à fait compétente pour légiférer sur les conséquences civiles d'une arrestation, il en va de même, pour les autres droits ou libertés que les instruments provinciaux de protection des droits de la personne peuvent renfermer. À première vue, le fait que ce soit un acteur fédéral qui fonde son action en fonction de lois fédérales ne devrait pas être un obstacle, puisque les provinces sont compétentes pour régir les aspects civils de la violation d'un droit fondamental.

2.1.2. Les droits de la personne : une composante du droit civil

Bien qu'il soit possible pour une province de régir les aspects civils des droits et libertés de la personne, nous pensons qu'il faut pousser l'analyse encore plus loin en se demandant si les droits et libertés de la personne pourraient être une composante du droit civil. En matière de droit civil ou à tout le moins, en droit civil québécois⁷¹³, les droits et libertés de la personne sont à notre sens, bien plus qu'un simple accessoire ou une façon d'exercer cette compétence. En réalité, les droits et libertés de la personne font à plusieurs égards, pleinement et intégralement partie du droit civil⁷¹⁴. En effet, il faut savoir que les droits de la personne existaient bien avant l'avènement des Chartes et de plusieurs manières⁷¹⁵. Historiquement, c'est par l'entremise du droit civil⁷¹⁶, plus précisément par le domaine de la responsabilité civile⁷¹⁷, contractuelle ou

cette disposition, voir 2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919.

713 *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés*, [1996] 2 R.C.S. 345, par. 124 : « D'ailleurs, la relation entre les instruments de protection des droits fondamentaux et le droit commun, dans les provinces de common law, n'est pas tout à fait la même qu'au Québec ». Bien que la relation semble différente, le fondement de la relation entre les deux, comme nous le verrons, nous semble le même.

714 C'est ce que semble également admettre la minorité dans *Scowby c. Glendinning*, préc., note 678, par. 44.

715 Bien qu'il soit vrai que dans certaines circonstances, le partage des compétences ait eu pour effet de protéger des droits ou libertés, ce ne fut que de manière incidente. Par exemple, dans *Union Colliery Co. of British Columbia v. Bryden*, [1899] A.C. 580, le Comité judiciaire du Conseil privé a déclaré qu'une loi empêchant l'emploi de personnes d'origine chinoise dans une mine était invalide, cette compétence étant attribuée au Parlement fédéral au sens du paragraphe 91(25) de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui prévoit la naturalisation et les aubains. En vertu de cet arrêt, il est donc fort probable que les décisions des provinces de ne pas accorder le droit de vote aux Autochtones n'ont jamais été légales, qu'il y ait des chartes des droits ou non.

716 Madeleine CARON, « Le Code civil québécois, instrument de protection des droits et libertés de la personne? », (1978) 56 *R. du B. can.* 197; Louis PERRET, « De l'impact de la Charte des droits et libertés de la personne sur le droit civil des contrats et de la responsabilité au Québec », (1981) 12 *R.G.D.* 121.

717 Louis LEBEL, « La protection des droits fondamentaux et la responsabilité civile », (2004) 49 *R.D. McGill* 231. L'auteur, juge à la Cour suprême, fait effectivement état qu'avant même l'avènement des Chartes, le droit de la responsabilité civile ordinaire permettait, certes dans une moindre mesure, de protéger les droits fondamentaux. Voir particulièrement la section I, aux pages 235 à 240.

extracontractuelle, que les droits et libertés de la personne se sont frayé un chemin dans l'ère pré-chartes⁷¹⁸, un domaine incontestablement de compétence provinciale. Par exemple, dans *Augustus c. Gosset*⁷¹⁹, la Cour suprême a rappelé que le droit à la vie n'a pas été créé par la *Charte québécoise*, « lequel a toujours été valorisé et reconnu en droit civil québécois »⁷²⁰.

Dans *Gooding c. Edlow Investment Corp.*⁷²¹, affaire remontant à 1966, la Cour supérieure a déterminé que la discrimination constituait une faute civile susceptible de réparation sous forme de dommages-intérêts. Dans cette affaire, un locateur a refusé de louer un appartement à une femme en raison de la couleur de sa peau. Au chapitre de la discrimination, le juge a déterminé que :

Considérant que toute discrimination raciale est illégale parce que contraire à l'ordre public et aux bonnes moeurs;

Considérant que le geste discriminatoire posé par la défenderesse constitue une violation des règles couramment admises de la morale applicables à la vie en société; qu'il est aussi de la catégorie des actes attentatoires à l'ordre public, étant de nature à troubler la paix dans la société;

Considérant qu'un tel acte de discrimination posé dans les circonstances exposées plus haut constitue une faute civile délictuelle, dont la défenderesse doit répondre;

Considérant que pour cet acte de discrimination dont elle a été victime, la demanderesse, humiliée et atteinte dans sa sensibilité, a droit d'obtenir, en réparation de ce préjudice moral, une somme d'argent que le tribunal fixe à 300 \$; [...] ⁷²².

Ainsi, les notions d'ordre public et de faute ont donc servi de fondement à la protection du droit à l'égalité de la demanderesse en matière contractuelle⁷²³.

Dans, *Robbins v. Canadian Broadcasting Corp. (Que.)*⁷²⁴, un animateur d'une émission de Radio-Canada a invité les téléspectateurs à s'adresser directement à une personne qui avait préalablement fait part de son insatisfaction par rapport à l'émission. Pour ce faire, l'animateur a fait apparaître le nom du demandeur au bas de l'écran ainsi que son adresse. Dans son

718 *Contra* : Mélanie SAMSON « Droit civil et droits de la personne au Québec et en France : conflit et réconciliation », (2009) in *Jurisdoctrina : Revue doctorale de droit public comparé et de théorie juridique* n° 2 (Le conflit, 2009), p. 99 à 127.

719 *Augustus c. Gosset*, [1996] 3 R.C.S. 268.

720 *Id.*, par. 61 et suivants.

721 *Gooding c. Edlow Investment Corp.*, AZ-66021072, [1966] C.S. 436.

722 *Id.*, p. 7-8.

723 Voir aussi Matthieu JUNEAU, *La notion de droit commun en droit civil québécois*, Mémoire de maîtrise, Québec, Faculté de Droit, Université Laval, 2009, p. 85-86.

724 *Robbins v. Canadian Broadcasting Corp. (Que.)*, [1958] C.C.S. NO. 1073, (1958) 12 D.L.R. (2d) 35 (C.S.).

jugement, la Cour supérieure a octroyé des dommages-intérêts pour l'humiliation et la violation du droit à la vie privée subi par le demandeur par la faute du préposé de Radio-Canada. Cette affaire de responsabilité civile révèle donc que la violation du droit à la vie privée pouvait constituer une faute civile, même en 1958, et ce, sans qu'aucune charte des droits ne soit encore en vigueur en sol québécois⁷²⁵.

Dans une affaire récente, la Cour supérieure du Québec a attribué 5000\$ à la demanderesse en raison de la violation de son droit à la vie privée prévue par la *Charte québécoise* et par le *Code civil du Québec* par une entreprise de télécommunications sous juridiction fédérale⁷²⁶.

Ces deux dernières décisions démontrent qu'une violation d'un droit de la personne peut constituer une faute civile pouvant donner ouverture à un recours en dommages-intérêts, autant dans les domaines contractuels qu'extracontractuels⁷²⁷. Dans les deux derniers cas, il s'agissait d'entreprises de télécommunications, pourtant de compétence fédérale. Ces deux décisions illustrent que les questions de droits de la personne sont avant tout des questions de droit civil et de droit commun pour lesquelles les provinces sont entièrement compétentes, quel que soit le domaine d'activité en cause, fédéral ou provincial⁷²⁸.

Conformément à ces principes, il est maintenant établi aujourd'hui que la violation d'un droit ou d'une liberté reconnu par la *Charte québécoise* constitue une faute civile, tel qu'en fait part la majorité des juges dans l'arrêt *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés*⁷²⁹ :

Ainsi, il est manifeste que la violation d'un droit protégé par la Charte équivaut à une faute civile. La Charte formalise en effet des normes de conduite, qui s'imposent à l'ensemble des citoyens. La reconnaissance législative de ces normes de conduite a dispensé la jurisprudence, dans une certaine mesure, d'en préciser le contenu. Cependant, cette reconnaissance ne permet pas de distinguer, en principe, les normes de conduite en question de celle qui découle de l'art. 1053 C.c.B.C., et que les tribunaux appliquent aux circonstances de chaque espèce. La violation d'un des droits garantis constitue donc un comportement fautif, qui, comme l'a déjà reconnu la Cour d'appel, contrevient au devoir général de bonne conduite (voir Association

725 La violation du droit à la vie privée ne constituerait cependant pas un délit en common law s'il n'est pas codifié : John D.R. CRAIG, « Invasion of Privacy and Charter Values: The Common-Law Tort Awakens », (1997) 42 *R.D. McGill* 355.

726 *Amziane c. Bell Mobilité*, 2004 CanLII 4929 (QC CS).

727 Pour d'autres illustrations, voir L. PERRET, préc., note 716, p. 125 et suivantes.

728 Nous verrons plus bas que ce n'est pas parce qu'une entreprise est fédérale sous un aspect que les lois provinciales ne peuvent pas trouver application sous d'autres aspects. Voir *infra*, p. 176 et suivantes.

729 *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés*, préc., note 713. À titre d'illustration, voir *Chevrier c. VCS investigation inc.*, préc., note 711, où l'on a déterminé qu'une arrestation sans mandat par un agent de sécurité constituait une faute civile en raison de la violation des droits reconnus par la *Charte québécoise*.

des professeurs de Lignery c. Alvetta-Comeau, [1990] R.J.Q. 130). Le fait que l'interprète de la *Charte* ait d'abord à préciser la portée d'un droit protégé à la lumière d'un texte précis ne différencie pas cet exercice de celui qui consiste à déduire du principe reconnu à l'art. 1053 C.c.B.C. une application particulière. D'ailleurs, l'art. 1457, al. 1 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, prend maintenant bien soin de préciser que les règles de conduite dont la violation entraîne responsabilité civile peuvent découler de la loi [...] ⁷³⁰. [Nos italiques]

D'une manière tout à fait analogue, le tribunal des droits et libertés de la personne de la Colombie-Britannique a tenu à affirmer que l'expression et la diffamation font partie de la common law de cette province et qu'à ce titre, il est tout à fait loisible pour la Colombie-Britannique d'aménager la législation et la procédure en la matière de la façon qu'elle le souhaite :

Speech (or expression) itself is not explicitly mentioned as a subject matter under ss. 91 or 92; neither is accommodation or employment. However, the regulation of speech through the common law tort of defamation falls within provincial jurisdiction under s. 92(13), as part of the general body of tort law, which concerns the legal rights of persons against each other: Hogg, supra, at 958. The province is legislatively competent to modify the substance or procedure for enforcing common law torts, as for example, in the Libel and Slander Act, R.S.B.C. 1996, c. 263. By analogy, the fact that a province chooses to regulate some speech by means of an administrative process rather than through the civil litigation process does not, without more, deprive the province of its jurisdiction over speech under s. 92(13). The enforcement may occur in administrative rather than civil form, but generally, as long as it is civil rights that are being enforced, the matter falls within provincial jurisdiction ⁷³¹.

Les provinces demeurent totalement libres d'aménager la procédure à suivre lorsqu'une violation d'un droit fondamental est constatée. Elles peuvent également aménager la compétence des tribunaux ou encore créer un régime parallèle ou indépendant de responsabilité ⁷³². Ces modifications ne changent en rien la nature de la violation d'un droit fondamental, qui consiste en une faute civile.

Ce faisant, au Québec, non seulement la *Charte québécoise* a-t-elle été élevée au rang de loi quasi constitutionnelle, de source de droit fondamental ⁷³³, mais le *Code civil du Québec*, par sa

730 *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés*, préc., note 713, par. 120.

731 *Canadian Jewish Congress v. North Shore Free Press Ltd. (c.o.b. North Shore News)*, préc., note 695, par. 44.

732 *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés*, préc., note 713. La Cour suprême a déclaré dans l'arrêt *de Montigny c. Brossard (Succession)*, 2010 CSC 51, [2010] 3 R.C.S. 64 que les notions de faute civile et d'acte illicite au sens de l'article 49 de la *Charte québécoise* ne se recoupent pas toujours parfaitement. L'article 49 de la *Charte québécoise* permettrait donc, dans certaines circonstances, un recours indépendant du régime général de responsabilité civile. Voir les par. 44 et suivants. Pour les autres provinces canadiennes, voir *Seneca College of Applied Arts and Technology c. Bhadauria*, [1981] 2 R.C.S. 181 et *Honda Canada Inc. c. Keays*, 2008 CSC 39, [2008] 2 R.C.S. 362, par. 63 et suivants. En résumé, si un Code de protection des droits de la personne prévoit un régime complet et exclusif d'indemnisation, il faut alors se référer à celui-ci. Par ailleurs, il semble y persister une controverse quant à la question de reconnaître un délit distinct de discrimination en common law.

733 *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de*

disposition préliminaire, y fait explicitement référence :

Le Code civil du Québec régit, en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne (chapitre C-12) et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens.

Le code est constitué d'un ensemble de règles qui, en toutes matières auxquelles se rapportent la lettre, l'esprit ou l'objet de ses dispositions, établit, en termes exprès ou de façon implicite, le droit commun. En ces matières, il constitue le fondement des autres lois qui peuvent elles-mêmes ajouter au code ou y déroger.

Sans pour autant faire partie du droit commun, une partie de la *Charte québécoise* a néanmoins codifié certaines normes qui faisaient intégralement partie du droit commun⁷³⁴ en les élevant à titre de droit impératif⁷³⁵. Ces normes, qui étaient autrefois « implicites », sont devenues « explicites »⁷³⁶.

On n'a jamais prétendu qu'une entreprise, une personne ou un ouvrage fédéral (tel qu'un Indien ou un conseil de bande) se verrait soustrait aux règles édictées par le *Code civil du Québec*⁷³⁷ et du droit commun de façon générale simplement par sa nature fédérale. Il ne fait maintenant aucun doute que c'est le droit civil québécois (ou à l'extérieur du Québec, la common law) qui régit toutes les matières fédérales qui se rapportent à la compétence vaste de la propriété et des droits civils. D'ailleurs, l'article 8.1 de la *Loi d'interprétation*⁷³⁸ fédérale le prévoit expressément :

Le droit civil et la common law font pareillement autorité et sont tous deux sources de droit en matière de propriété et de droits civils au Canada et, s'il est nécessaire de recourir à des règles, principes ou notions appartenant au domaine de la propriété et des droits civils en vue d'assurer l'application d'un texte dans une province, il faut, sauf règle de droit s'y opposant, avoir recours aux règles, principes et notions en vigueur dans cette province au moment de l'application du texte⁷³⁹.

Montréal, préc., note 39, par. 20. Et aussi ailleurs au Canada : *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, préc., note 39, p. 146 et 158.

734 Comme le démontrent les exemples des pages précédentes.

735 M. JUNEAU, préc., note 723, p. 89, 93, 229.

736 *Id.*, p. 229.

737 Pour une illustration récente, voir *Succession Bastien c. Canada*, 2011 CSC 38, [2011] 2 R.C.S. 710, où la Cour suprême a fait référence au *Code civil du Québec* afin de l'aider de solutionner un litige en matière d'exemption fiscale en vertu de l'article 87 de la *Loi sur les Indiens*. Voir également *Malec c. Conseil de bande des Innus de Natashquan*, préc., note 229.

738 *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, c. 1-21.

739 *Id.*, art. 8.1. De plus, il faut garder dans la mire la présence de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. 1985, c. C-50, qui opère un renvoi aux règles de responsabilité provinciales. Ce renvoi permettrait en théorie l'application de la *Charte québécoise* dans les cas où la Couronne fédérale engagerait sa responsabilité en violant une liberté fondamentale qui y est prévue. Voir Jean-Louis BAUDOIN et Patrice DESLAURIERS, *La responsabilité Civile*, 7^e Édition, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, volume 1: Principes généraux, par. 1-137; *Duval c. O.N.F.*, [1988] R.R.A. 288, 292 (C.S.). *Contra* : *LeFrançois c. Canada (Procureur général)*, 2010 QCCA 1243

Or, puisque nous avons établi que les provinces sont compétentes afin de régir les aspects civils de la violation d'un droit fondamental et qu'au surplus, les droits et libertés de la personne font ni plus ni moins partie du droit civil, le même raisonnement doit être suivi dans le cas de la *Charte québécoise*. Elle doit tout autant régir, en tant que loi fondamentale⁷⁴⁰, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens de la même manière que le *Code civil du Québec* mais sous l'aspect droits et libertés :

Le champ d'application de la Charte des droits et libertés est donc extrêmement vaste, car il recouvre tout le domaine dont le Code civil assume la protection, y compris celle contre les atteintes à l'intégrité physique et celle contre la jouissance paisible des biens. La Charte assure ainsi la protection de l'individu même contre les dommages corporels et contre les dommages matériels qui peuvent lui être causés, alors qu'il est déjà protégé contre ces atteintes par l'a. 1053 du Code civil. Elle recouvre également la notion d'ordre public contenue dans l'a. 13 du Code civil et couramment utilisée en matière contractuelle⁷⁴¹.

La *Charte québécoise* ferait donc partie d'un droit commun en matière de droits et libertés de la personne⁷⁴². Le droit doit être interprété de manière à respecter les droits qui y sont inscrits⁷⁴³. Par conséquent, nous verrons que pour toutes les raisons qui précèdent, la *Charte québécoise* et les autres instruments provinciaux de protection des droits de la personne trouveront application en matière autochtone au même titre que toute autre loi provinciale valide.

2.2. Une compétence fédérale d'exception

Attendu que ce sont les provinces qui possèdent une compétence de principe en matière de droits et libertés de la personne en vertu de la compétence sur la propriété et les droits civils, comment justifie-t-on la place qu'occupent les instruments fédéraux de protection des droits de la personne, à savoir la *Déclaration canadienne des droits* de même que la *Loi canadienne sur les droits de la personne*? Après tout, les instruments fédéraux ne constituent pas du droit criminel et de ce fait, le Parlement ne saurait se rabattre sur cette compétence afin de justifier la pertinence de ces instruments. La procédure de même que les sanctions énoncées dans ces instruments, surtout en ce qui concerne la *Loi canadienne*, sont propres au droit civil, pourtant

(CanLII), par. 83 et suivants; *Citoyens pour une qualité de vie c. Aéroports de Montréal*, 2004 CanLII 48024 (QC CS), par. 53 et suivants; *Ouimette c. Canada (Procureur général)*, 2002 CanLII 30452 (QC CA), par. 75 et suivants.

740 *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés*, préc., note 713, par. 120.

741 L. PERRET, préc., note 716, p. 137.

742 M. JUNEAU, préc., note 723, p. 92-93; H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 50, p. 938; *Ouimette c. Canada (Procureur général)*, préc., note 739, par. 84.

743 M. JUNEAU, préc., note 723, p. 229. Cet énoncé est renforcé par l'article 53 de la *Charte québécoise* qui prévoit que « [s]i un doute surgit dans l'interprétation d'une disposition de la loi, il est tranché dans le sens indiqué par la Charte ».

de compétence provinciale⁷⁴⁴. D'ailleurs, le Tribunal canadien des droits de la personne reconnaît lui-même qu'en principe, les droits de la personne sont de compétence provinciale :

Ce qui nous préoccupe, c'est que, d'une manière générale, les droits de la personne ressortissent principalement à la question de la propriété et des droits civils, laquelle relève de la compétence des provinces⁷⁴⁵.

Rappelons-nous que les droits et libertés de la personne constituent de prime abord des accessoires à des compétences principales. Conformément à cette approche, c'est précisément en vertu de la théorie des pouvoirs accessoires que ces instruments ont leur raison d'être. De plus, outre les cas concernant la Couronne fédérale, situations pour lesquelles les instruments provinciaux ne sauraient trouver application⁷⁴⁶, les instruments fédéraux pourraient constituer l'ultime recours ouvert à certains justiciables lorsque l'application des instruments provinciaux aurait pour effet de porter atteinte au cœur d'un chef de compétence fédérale aux termes de la doctrine de l'exclusivité des compétences.

Avant de poursuivre, il nous semble essentiel de reprendre les dispositions qui établissent le champ d'application de ces lois quasi constitutionnelles fédérales. Le paragraphe 5(3) de la *Déclaration canadienne des droits* énonce que « [l]es dispositions de la Partie I doivent s'interpréter comme ne visant que les matières qui sont de la compétence législative du Parlement du Canada »⁷⁴⁷. De son côté, l'article 2 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* prévoit de manière analogue que :

La présente loi a pour objet de compléter la législation canadienne en donnant effet, dans le champ de compétence du Parlement du Canada, au principe suivant : le droit de tous les individus, dans la mesure compatible avec leurs devoirs et obligations au sein de la société, à l'égalité des chances d'épanouissement et à la prise de mesures visant à la satisfaction de leurs besoins, indépendamment des considérations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'orientation sexuelle, l'état matrimonial, la situation de famille, la déficience ou l'état de personne graciée⁷⁴⁸. [Nos italiques]

La *Déclaration* a pour objet de s'appliquer à toutes les lois fédérales⁷⁴⁹ tandis que la *Loi*

744 *General motors of canada ltd. c. City national leasing*, préc., note 693, partie VI du jugement.

745 *Wood c. Association canadienne de soccer*, préc., note 697, par. 5.

746 H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 50, p. 944.

747 *Déclaration canadienne des droits*, par. 5(3).

748 *Loi canadienne sur les droits de la personne*, art. 2.

749 *Déclaration canadienne des droits*, par. 5(2) :

L'expression « loi du Canada », à la Partie I, désigne une loi du Parlement du Canada, édictée avant ou après la mise en vigueur de la présente loi, ou toute ordonnance, règle ou règlement établi sous son régime, et toute loi exécutoire au Canada ou dans une partie du Canada lors de l'entrée en application de la présente loi, qui est susceptible d'abrogation, d'abolition ou de modification par le Parlement du Canada.

canadienne s'applique également aux relations entre personnes privées⁷⁵⁰. De ce fait, ce sera la *Loi canadienne* qui nous intéressera davantage aux fins du partage des compétences. Nous reviendrons plus tard sur l'implication de ces instruments dans les affaires autochtones⁷⁵¹.

Tout comme la *Charte québécoise*, la *Loi canadienne* vise à s'appliquer dans tous les domaines qui sont propres à la compétence du Parlement fédéral. Comme nous l'avons souligné, la procédure et les sanctions prévues à cette loi sont caractéristiques au droit civil.

À notre connaissance, peu de décisions des tribunaux et peu de doctrine se sont intéressées de manière approfondie à la nature, à la portée et aux fondements de la compétence fédérale en matière de droits et libertés de la personne.

Dans *Cooligan c. British American Bank Note*⁷⁵², l'une des rares décisions à se pencher sur la nature et la portée de la *Loi canadienne*, le Tribunal canadien des droits de la personne a unanimement conclu qu'une entreprise qui imprime des billets de banque, des timbres, des chèques de voyage, des mandats postes et des billets de loterie, dont l'un de ses principaux clients étant le gouvernement et la Banque du Canada n'était pas assujettie à la *Loi canadienne*, mais bien au *Code des droits de la personne*⁷⁵³ de l'Ontario.

Les décideurs du tribunal ont convenu que la compétence fédérale portant sur la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada (p.o.b.g.) permettrait au Parlement d'édicter une loi universelle sur les droits de la personne partout au Canada. Les magistrats ont cependant ajouté que tel n'était pas l'objet de la *Loi canadienne*⁷⁵⁴. Les deux membres majoritaires ont néanmoins ajouté que la *Loi canadienne* découlerait du pouvoir fédéral sur la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, « dans les domaines qui ne ressortissent pas expressément aux gouvernements provinciaux »⁷⁵⁵. À notre avis, pareille affirmation dénature complètement le pouvoir fédéral sur la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada de même que la nature constitutionnelle des droits et libertés de la personne. Sur cette question il nous semble clair que le tribunal fait erreur sur toute la ligne. Puisque les droits de la personne sont d'abord et essentiellement des questions portant sur la propriété et les droits civils et de nature locale ou

750 H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 50, p. 947.

751 *Infra*, p. 210 et suivantes.

752 *Cooligan c. British American Bank Note Co*, 1980 CanLII 4 (TCDP).

753 *Code des droits de la personne*, préc., note 578.

754 *Cooligan c. British American Bank Note Co*, préc., note 752, p. 5 et 10.

755 *Id.*, p. 6.

privée, on ne saurait prétendre qu'il s'agit d'une matière nouvelle. De plus, le Parlement ne pourrait pas s'arroger une compétence sur les droits de la personne par la clause p.o.b.g., laquelle a été interprétée de manière restreinte, en prétendant que les droits de la personne constituent des questions d'envergure nationale ou urgentes⁷⁵⁶. Cela n'aurait aucun sens. D'ailleurs, quelques années plus tard, ce même tribunal a reconnu cet état de fait :

Même si la *Loi canadienne sur les droits de la personne* constitue un ensemble législatif fédéral, la question des droits de la personne ne possède pas l'unité et l'identité requises pour la faire relever du pouvoir résiduel du Parlement. Il s'agit d'un agrégat de questions. Donc, les droits de la personne ne relèvent pas, en eux-mêmes, du pouvoir résiduel fédéral, bien que les parties de l'agrégat qui se rattachent à d'autres questions relevant autrement du pouvoir général du gouvernement fédéral, comme les droits de la personne par rapport à l'aéronautique et la radiodiffusion soient visées par ce pouvoir fédéral⁷⁵⁷.

Il faut rappeler que dans leur essence, les droits et libertés de la personne constituent d'abord et avant tout des accessoires à des compétences principales. Conformément à cette approche, l'un des membres qui a participé à la décision dans *Cooligan c. British American Bank Note*⁷⁵⁸, a insisté sur le fait que la compétence fédérale sur les droits et libertés de la personne tire sa source non pas du pouvoir fédéral sur la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, mais bien sur la théorie des pouvoirs accessoires. Nous souscrivons à ce raisonnement.

En vertu des pouvoirs accessoires, une disposition ou des dispositions législatives suffisamment intégrées à un régime législatif par ailleurs valide, quoiqu'elles puissent empiéter sur les compétences de l'autre ordre de gouvernement, demeurent néanmoins valides⁷⁵⁹. Or, les objectifs de la *loi canadienne* sont de « compléter » la législation canadienne, à savoir les lois provinciales sur les droits de la personne. L'empiètement demeure donc minime.

Toujours dans *Cooligan c. British American Bank Note*⁷⁶⁰, comme le fait remarquer le troisième membre du tribunal dans son avis conforme, le Parlement aurait pu inclure des dispositions interdisant la discrimination dans chacune de ses lois et pour chacun des domaines et des secteurs d'activité pour lesquels il jouit d'une compétence exclusive :

Ainsi, en ce qui concerne les droits de la personne, des dispositions pourraient être ajoutées à la *Loi sur les banques* afin d'interdire les actes discriminatoires dans les établissements bancaires. Ces dispositions, sans être en rapport immédiat avec la législation bancaire,

756 Sur p.o.b.g., voir P. HOGG, préc., note 5, p. 17-1 et suivantes.

757 *Wood c. Association canadienne de soccer*, préc., note 697, par. 14.

758 *Cooligan c. British American Bank Note Co*, préc., note 752.

759 *Supra*, p. 145.

760 *Cooligan c. British American Bank Note Co*, préc., note 752.

pourraient néanmoins être adoptées par le Parlement au titre des pouvoirs qui lui sont dévolus dans ce domaine. En outre, il ne serait pas indispensable que ces dispositions soient incluses dans la *Loi sur les banques* car leur simple application exclusive aux banques constituerait le lien constitutionnel avec le pouvoir fédéral en matière bancaire.

Par l'entremise de la *Loi canadienne*, une loi d'application générale, le Parlement a décrété que sa compétence accessoire en matière de droits et libertés de la personne s'étendra dans toutes les sphères d'activité pour lesquelles la Constitution l'a habilité à légiférer et pour toutes les personnes, ouvrages, choses ou entreprises qui relèvent directement de sa responsabilité en vertu d'une compétence principale sur une autre matière. La Commission canadienne des droits de la personne considère effectivement qu'elle est compétente dans les secteurs sous réglementation fédérale⁷⁶¹.

Cela dit, nous partageons l'opinion majoritaire de *Cooligan c. British American Bank Note*⁷⁶² selon laquelle la *Loi canadienne* se veut d'abord et avant tout un complément à la législation canadienne sur les droits de la personne :

L'article 2 de cette loi stipule que son objet est de "compléter la législation canadienne actuelle en donnant effet, dans le champ de compétence du Parlement du Canada", aux principes déjà évoqués. Cette définition pourrait être prise littéralement; dans ce cas, elle manifesterait la volonté du Parlement d'étendre l'application de la loi à tous les domaines sur lesquels la constitution lui donne autorité. Ce ne semble pas être l'objectif visé par le Parlement. *L'avocat de la Commission a admis, au cours de la discussion, que la Loi est conçue pour ne s'appliquer qu'aux entreprises qui relèvent pour une raison précise de la juridiction fédérale.* Cette interprétation est confirmée par l'étude des débats parlementaires qui ont précédé le vote de la loi. En présentant le projet de loi à la Chambre, le ministre de la Justice a indiqué que les provinces avaient déjà passé des lois couvrant les domaines de leur compétence. *Il a bien précisé qu'il n'était pas question, en passant une loi fédérale, de remplacer et d'annuler les lois provinciales. Le ministre a notamment déclaré: "Ces mesures interdisant tout acte discriminatoire s'appliquent à tous les ministères et organismes fédéraux ainsi qu'aux entreprises sous juridiction fédérale."* Lorsqu'il aborda l'étude des dispositions garantissant le respect du principe "à travail égal, salaire égal", invoqué par les demanderesse dans le cas qui nous intéresse, il a pris l'exemple d'une entreprise de camionnage exploitant à l'échelon interprovincial ou international. Au cours du débat, personne n'a suggéré de donner à la loi un champ d'application plus vaste que celui défini par le ministre. Nous pensons donc que la Loi

761 COMMISSION CANADIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE, aperçu, en ligne: <http://www.chrc-ccdp.ca/discrimination/federally_regulated-fra.aspx> (à jour au 17 juin 2012):

La Loi canadienne sur les droits de la personne protège quiconque est légalement présent au Canada ou a le droit d'y revenir contre la discrimination exercée par tout employeur ou fournisseur de services sous réglementation fédérale. Cela comprend :

- les ministères, les organismes et les sociétés d'État du gouvernement fédéral;
- les banques à charte;
- les compagnies aériennes;
- les télédiffuseurs et les radiodiffuseurs;
- les compagnies de télécommunications et de téléphone interprovinciales;
- les compagnies d'autobus et de chemins de fer assurant le transport entre les provinces;
- les Premières nations;
- les autres industries sous réglementation fédérale, par exemple, certaines mines.

762 *Cooligan c. British American Bank Note Co*, préc., note 752.

canadienne sur les droits de la personne ne vise nullement à supplanter les lois provinciales existant en ce domaine, mais qu'elle cherche à couvrir certains secteurs qu'elles ont passés sous silence⁷⁶³. [Nos italiques]

Tel qu'en font part les membres du tribunal, les débats parlementaires révèlent que la *Loi canadienne* aurait été élaborée de manière à s'appliquer spécifiquement aux entreprises fédérales. En adoptant la *Loi canadienne*, on s'assurait que les droits et libertés des personnes œuvrant au sein de ces entreprises ou y ayant des liens quelconques puissent être sauvegardés et protégés. Il faut en effet se rappeler que lorsqu'une entreprise est qualifiée de fédérale d'un point de vue fonctionnel, les lois provinciales qui visent à s'immiscer dans la gestion et les opérations d'une telle entreprise deviennent inapplicables au profit de la législation canadienne. On a probablement estimé, à tort ou à raison, que les lois provinciales sur les droits de la personne devaient suivre la même voie.

Cependant, cette protection conférée par la *Loi canadienne* ne s'étend pas aux entreprises de juridiction provinciale, l'accessoire suivant le principal. En l'absence de compétence principale, on ne saurait prétendre à une quelconque compétence accessoire en matière de droits ou libertés. En pareilles circonstances, ces lois fédérales sur les droits de la personne sont inapplicables à l'égard d'entités sous juridiction provinciale.

Dans *Cooligan c. British American Bank Note*⁷⁶⁴, l'on a conclu à bon droit que l'entreprise d'imprimerie en question ne relevait pas de la compétence fédérale et que, par conséquent, la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ne trouvait pas application.

L'on peut convenir avec assurance que la *Loi canadienne* trouvera également application dans tous les cas où les relations de travail seront de compétence fédérale. Par conséquent, dans tous les litiges qui font intervenir les relations de travail, ce seront aussi les règles visant à déterminer la compétence en matière de relations de travail qui dicteront l'application de la *Loi canadienne* :

L'article 11 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, qui traite de discrimination dans l'emploi, établit que le fait pour un employeur d'instaurer ou de pratiquer la disparité salariale entre les hommes et les femmes qui exécutent, dans le même établissement, des fonctions équivalentes constitue un acte discriminatoire. La Partie II du *Code canadien du travail*, R.S.C. 1970, chap. L-1, contenait auparavant des dispositions semblables. Comme l'avocat des appelantes, je pense que l'article 11 porte sur les relations employeurs-

763 *Id.*, p. 5.

764 *Id.*

employés et que son application constitutionnelle dépend des principes concernant la détermination des compétences législatives en ce domaine⁷⁶⁵.

Maintenant que nous connaissons mieux la nature de la compétence fédérale en droits et libertés de la personne, il faut maintenant se questionner à savoir si les instruments provinciaux peuvent trouver application de manière concomitante aux instruments fédéraux.

2.3. Le cumul et la coexistence des instruments provinciaux et fédéraux

En matière de relations de travail, la compétence fédérale est exclusive dès qu'elle fait partie intégrante de sa compétence principale sur une autre matière fédérale⁷⁶⁶. Doit-on en venir à la même conclusion en ce qui concerne les droits et libertés de la personne?

Chose certaine, dans l'éventualité où les instruments provinciaux venaient qu'à trouver application en même temps que la *Loi canadienne*, la doctrine de prépondérance fédérale ne trouverait pas application. En effet, les textes provinciaux et fédéraux visent à protéger des droits et libertés de la personne dans leurs propres champs de compétence. Il n'y a aucune contradiction, bien au contraire. Il est possible d'obéir aux deux textes à la fois. Comme les objectifs de la *Loi canadienne* visent à compléter la législation déjà en vigueur en la matière, un instrument provincial ne viendrait en aucun temps entraver l'objectif fédéral.

Certes, l'on peut se référer à la logique du partage des compétences en matière de relations de travail afin de déterminer si oui ou non le Parlement fédéral peut faire valoir une compétence accessoire en matière de droits et libertés de la personne. Toutefois, ce raisonnement ne saurait pas à lui seul exclure l'application des instruments provinciaux de droits de la personne. Faut-il rappeler que la compétence fédérale en matière de relations de travail est dite exclusive, car les relations de travail font partie intégrante de la gestion et des opérations d'une entreprise fédérale. Or, la gestion et les opérations d'une entreprise constituent des éléments essentiels de la compétence fédérale en la matière pour lesquels la doctrine de l'exclusivité des compétences trouve application. Il a donc été déterminé que les lois provinciales sur les relations de travail entravaient justement la gestion et les opérations d'une entreprise fédérale. C'est la raison pour laquelle elles ne s'appliquent généralement pas dès qu'il est déterminé qu'une entreprise est sous juridiction fédérale.

⁷⁶⁵ *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Haynes*, [1983] A.C.F. No 106 (C.A.F.).

⁷⁶⁶ *NIL/TU, O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees' Union*, préc., note 627, par. 13.

Par conséquent, dans la mesure où les lois provinciales sur les droits de la personne n'entravent pas la spécificité des entités sous responsabilité fédérale, ou qu'elles ne portent pas atteinte à l'un de leurs éléments essentiels comme la gestion et les opérations d'une entreprise, les lois provinciales sur les droits de la personne demeurent applicables. Cependant, les auteurs Brun, Tremblay, Brouillet, bien qu'évoquant cette possibilité théorique, croient qu'en pratique, ce sera la *Loi canadienne* qui s'appliquera :

En principe, il ne devrait en être ainsi que dans la mesure où une législation provinciale en matière de droits de la personne, par ailleurs valide, ne peut trouver application en ce qu'elle entrave un élément essentiel de la compétence fédérale. Mais il faut admettre qu'en pratique la jurisprudence ne s'impose pas cette précision, et qu'elle semble considérer ces personnes et ces situations comme généralement sujettes à la *Loi canadienne*. Il faut dire aussi que le pouvoir fédéral d'empiéter sur les compétences provinciales ne connaît plus beaucoup de limites effectives⁷⁶⁷.

Malgré l'aveuglement volontaire de la jurisprudence à ce sujet, nous sommes d'avis que la question mérite d'être approfondie, compte tenu de ses possibles répercussions en matière autochtone.

2.3.1. Les instruments provinciaux et les sujets ou objets fédéraux

Les instruments provinciaux trouvent application même à l'égard de personnes ou d'entreprises qui relèvent sous l'aspect fonctionnel de la compétence fédérale (comme les Indiens), compte tenu de la compétence provinciale de principe en matière de droits et libertés de la personne. Il est important de garder en tête l'aspect fonctionnel d'une personne ou entreprise, car autrement, toute personne ou entreprise relèverait de la compétence fédérale d'une manière ou d'une autre, ne serait-ce qu'en matière criminelle.

Comme nous l'avons soulevé à plus d'une reprise, la Cour suprême a vigoureusement rejeté la théorie de l'enclave. Par conséquent, et compte tenu de la compétence provinciale de principe en droits de la personne, ce n'est que dans leur spécificité fédérale et dans la mesure où elles l'entravent, que les lois provinciales valides que constituent les instruments de protection des droits et libertés de la personne deviennent inapplicables aux activités ou entreprises fédérales aux termes de la doctrine de l'exclusivité des compétences⁷⁶⁸.

767 H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 50, p. 947.

768 *Id.*, p. 938; C. BRUNELLE, préc., note 93, p. 36. C'est d'ailleurs la position qu'a adopté de nombreux tribunaux, dont les cours d'appel du Québec et de l'Ontario : *LeFrançois c. Canada (Procureur général)*, préc., note 739, par. 83 et suivants; *Citoyens pour une qualité de vie c. Aéroports de Montréal*, préc.,

C'est ainsi que dans l'arrêt *Commission de transport de la communauté urbaine de Québec c. Canada (Commission des champs de bataille nationaux)*⁷⁶⁹, la Cour suprême rappelle qu'autant les personnes, choses ou entreprises fédérales, en dehors de ce qui les distingue ou de ce qui leur est vital, demeurent soumises aux lois provinciales d'application générale :

C'est la responsabilité fédérale fondamentale à l'égard d'une chose ou d'une personne qui détermine ses dimensions spécifiquement fédérales, celles qui font partie intégrante de la compétence fédérale exclusive sur cette chose ou cette personne: *Clark c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1988] 2 R.C.S. 680, à la p. 708. Par exemple, la spécificité fédérale des Indiens a été décrite par les expressions "quiddité indienne" ou "statut et droits des Indiens", qui traduisent la responsabilité fédérale fondamentale à leur égard dans le contexte constitutionnel et historique canadien. Par exemple, une loi provinciale sur la chasse ne peut s'appliquer à des Indiens dans la mesure où elle atteint leur statut en tant qu'Indiens: *Dick c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 309, alors que le droit provincial sur les relations de travail peut s'appliquer aux Indiens dans la mesure où il ne touche pas la quiddité indienne: *Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d'Amérique*, [1980] 1 R.C.S. 1031.

Lorsqu'il s'agit d'une entreprise fédérale, on dira généralement que sa spécificité est atteinte si la loi provinciale touche un élément vital ou essentiel de sa mise en place, de sa gestion ou de son exploitation, ce qui est généralement le cas d'une loi sur les relations de travail: *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, précité; *Commission du salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada*, précité. Cette particularisation du test est transposable au cas d'un service fédéral, qui s'assimile sous plusieurs aspects fonctionnels à la notion d'entreprise⁷⁷⁰.

Le même raisonnement doit suivre en matière d'instruments de protection des droits de la personne. Ils trouveront application à chaque fois qu'ils n'atteindront pas ces entités fédérales dans leurs caractéristiques essentielles, leur spécificité. C'est seulement cette spécificité qui est protégée par la doctrine de l'exclusivité des compétences⁷⁷¹. En d'autres termes, seules les activités qui se situent au cœur de cette compétence font l'objet de la protection accordée par

note 739, par. 53 et suivants; *Ouimette c. Canada (Procureur général)*, préc., note 739, par. 75 et suivants; *Canada Mortgage and Housing Corp. v. Iness*, 2004 CanLII 15104 (ON CA) (demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême rejetée, dossier 30292). Voir aussi *Amziane c. Bell Mobilité*, préc., note 726, par. 36 et suivants; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Bombardier inc. (Bombardier Aerospace Training Center)*, 2010 QCTDP 16 (CanLII), par. 217 et suivants (requête pour permission d'appeler accueillie : *Bombardier inc. c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2011 QCCA 322 (CanLII)); *Iness v. Caroline Co-operative Homes Inc.*, 2006 HRTO 19 (CanLII).

769 *Commission de transport de la communauté urbaine de Québec c. Canada (Commission des champs de bataille nationaux)*, préc., note 653.

770 *Id.*, p. 853 et 854. Il faut maintenant lire « entrave » au lieu de « touche ».

771 *Id.*, p. 853 : « L'immunité relative à la spécificité fédérale s'applique aux choses ou aux personnes tombant sous juridiction fédérale dont certaines dimensions spécifiquement fédérales seraient atteintes par la législation provinciale. Il en est ainsi car ces dimensions spécifiquement fédérales font partie intégrante de la compétence fédérale sur ces choses ou ces personnes et cette compétence se veut exclusive. »

l'exclusivité des compétences et seulement dans la mesure où il y a entrave⁷⁷². Les autres activités qui ne se situent pas au cœur de la compétence fédérale, bien qu'elles puissent relever du Parlement sous certains aspects, demeurent soumises aux lois provinciales sous ses aspects provinciaux⁷⁷³.

En application de ces principes, l'on a déterminé que la *Charte québécoise* était inapplicable à l'égard de la rémunération d'un dirigeant d'une société d'État, car elle constituait « un élément essentiel de la compétence fédérale en matière de fixation et paiement « des salaires et honoraires des officiers civils et autres du gouvernement du Canada » en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867* »⁷⁷⁴. Pour des motifs semblables, la *Charte québécoise* a aussi été jugée inapplicable en matière de bruit causé par les aéroports⁷⁷⁵, à l'égard de la gestion d'un barrage par la Couronne fédérale⁷⁷⁶ ou de la décision d'un ministre du gouvernement fédéral⁷⁷⁷. Dans la même veine, on a jugé le *Code des droits de la personne*⁷⁷⁸ de l'Ontario inapplicable à l'égard de la Société canadienne d'hypothèque et de logements lorsque cette dernière fonde son action en vertu du pouvoir fédéral de dépenser⁷⁷⁹.

Le tribunal des droits de la personne du Québec a par ailleurs déterminé la *Charte québécoise* applicable à la formation de la main-d'œuvre dans une entreprise en aéronautique, car l'application de cette charte n'entravait pas le cœur de la compétence fédérale en la matière. Au surplus, la formation en entreprise relevait de la compétence provinciale en éducation⁷⁸⁰.

2.3.2. Les instruments provinciaux et les relations de travail au sein des entreprises fédérales

Les lois provinciales du travail sont inapplicables aux entreprises fédérales au terme de la

772 *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, préc., note 599, par. 4.

773 C'est effectivement la solution qui semble de plus en plus préconisée par la Cour suprême. Pour une illustration, voir *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Lafarge Canada Inc.*, 2007 CSC 23, [2007] 2 R.C.S. 86. Voir aussi P. HOGG, préc., note 5, p. 15-36.

774 *LeFrançois c. Canada (Procureur général)*, préc., note 739, par. 83 et suivants. Il faut s'interroger sur le critère utilisé par la Cour d'appel. À la lecture de l'arrêt, elle semble s'être fondée sur le critère moins contraignant en utilisant le terme « toucher » un élément essentiel d'une compétence.

775 *Citoyens pour une qualité de vie c. Aéroports de Montréal*, préc., note 739, par. 53 et suivants.

776 *Quimette c. Canada (Procureur général)*, préc., note 739, par. 75 et suivants.

777 *Rivet c. Canada (Procureur général)*, 2007 CF 1175 (CanLII).

778 *Code des droits de la personne*, préc., note 578.

779 *Canada Mortgage and Housing Corp. v. Iness*, préc., note 768.

780 *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Bombardier inc. (Bombardier Aerospace Training Center)*, préc., note 768.

doctrine de l'exclusivité des compétences. Qu'en est-il des instruments provinciaux de protection des droits et libertés de la personne? Est-ce que la compétence fédérale exclusive en matière de relations de travail a pour effet d'exclure l'application des instruments provinciaux? Les instruments de protection des droits de la personne se qualifient-ils en tant que lois visant les relations de travail ou la gestion et les opérations d'une entreprise? La question est importante dans la mesure où lorsque des lois sont qualifiées ainsi, elles ont tendance à devenir inapplicables en vertu de la doctrine de l'exclusivité des compétences.

Dans la mesure où ces instruments s'ingèrent dans les relations de travail, ils doivent en être qualifiés ainsi. À l'origine, les premières législations contre la discrimination visaient expressément à réglementer les relations de travail, car elles constituaient à l'époque le besoin le plus criant en la matière⁷⁸¹. Aujourd'hui, tous les instruments provinciaux prévoient expressément qu'ils visent à réglementer les relations de travail, d'une manière ou d'une autre.

Par exemple, les articles 16 à 19 de la *Charte québécoise* visent expressément des situations caractéristiques des relations de travail et de la gestion d'une entreprise. Mentionnons par exemple la non-discrimination dans l'embauche, l'apprentissage, la durée de la période de probation, la formation professionnelle, la promotion, la mutation, le déplacement, la mise à pied, la suspension, le renvoi ou les conditions de travail d'une personne. La discrimination par l'établissement de catégories ou de classifications d'emploi⁷⁸² ou encore par des restrictions imposées aux formulaires de demande d'emploi ou lors d'une entrevue relative à un emploi⁷⁸³ en sont d'autres exemples. La liberté d'association, prévue à l'article 3 de la *Charte québécoise*, fait aussi partie des dispositions qui peuvent directement influencer les relations de travail dans une entreprise.

La jurisprudence britanno-colombienne en matière de droits et libertés dans les relations de travail au sein des entreprises autochtones et fédérales a tendance à considérer que les lois en matière de droits et libertés de la personne deviennent inapplicables au profit de la législation fédérale en la matière dès que l'on détermine la nature fédérale de l'entreprise. Le Tribunal des droits de la personne de la Colombie-Britannique s'est néanmoins questionné à propos de l'application du *Human Rights Code*⁷⁸⁴, loi d'application générale, à un centre d'aide pour

781 Voir par exemple, la *Loi sur la discrimination dans l'emploi*, préc., note 666.

782 *Charte québécoise*, art. 16.

783 *Charte québécoise*, art. 18.1.

784 *Human Rights Code*, préc., note 694.

autochtones, et ce, après que le tribunal eut statué qu'il relevait de la compétence du Parlement fédéral :

Even though I have found the Society to be a federal undertaking, it is possible that provincial laws of general application, such as the Code, may apply to it. As noted by the Supreme Court of Canada in *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, at paras. 179 and 181, notwithstanding s. 91(24) of the Constitution Act, provincial laws of general application apply to Indians and Indian Lands. However, given the doctrine of interjurisdictional immunity, provincial laws of general application do not apply to a federal undertaking where the application of such laws would affect a vital part of the operation or management of such a federal undertaking.

The application of this doctrine with respect to First Nations entities was described by the Tribunal in *Mathison v. Musqueam Indian Band and Easton (No. 2)*, 2006 BCHRT 204, as follows:

In relation to First Nations entities such as Indian Bands, the application of the doctrine has prevented provincial laws of general application from being applied where they would affect what has variously been described as "Indians qua Indians" or "the status and capacity of Indians" or "the essential and distinctive core values of Indianness": see Hogg, Peter W., *Constitutional Law of Canada*, 4th ed. (loose leaf edition) (Scarborough: Thomson Carswell, 1997) at 27-11. As cases like *Azak* and the cases cited therein demonstrate, human rights and labour legislation may have the capacity to affect "Indians qua Indians", with the result that the doctrine of interjurisdictional immunity has been applied to render provincial legislation inapplicable. (at para. 25)

It has often been held that the power to regulate the labour relations of a First Nation entity forms an integral part of the federal jurisdiction over "Indians and Indian Lands": see, for example, *P.S.A.C. v. Qu'Appelle Indian Residential School* [1986] C.H.R.D. No. 5; and *Sagkeeng*⁷⁸⁵.

La décision rendue dans l'affaire *Azak v. Nisga'a Nation*⁷⁸⁶, va dans le même sens :

This means that I must reject the Complainants' theory that the Code, as a law of general application in the province, may validly apply to the Respondents, either concurrently with the Canadian Human Rights Act or exclusively, with the result that the Tribunal would have jurisdiction over these Complaints. The jurisprudence is clear that, as relates to labour relations and human rights law, the federal and provincial governments do not have concurrent jurisdiction.

[...]

In respect of human rights and labour relations, the Supreme Court of Canada has consistently applied the doctrine of interjurisdictional immunity. *Where the doctrine of interjurisdictional immunity applies, the province has no jurisdiction over a vital part of a federal undertaking, and any otherwise valid provincial law which would affect a vital part of a federal undertaking will be held to be inapplicable to that federal undertaking.* Thus, for example, in *Derrickson v. Derrickson*, [1986] 1 S.C.R. 285, a case dealing with the applicability of the Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, c. 121, to lands reserved for Indians, the Supreme Court held:

When otherwise valid provincial legislation, given the generality of its terms, extends beyond the matter over which the legislature has jurisdiction and over a

785 *Mottershead v. Tsow Tun Le Lum Society*, [2006] B.C.H.R.T.D. No. 600, 2006 BCHRT 600, par. 41 à 44.

786 *Azak v. Nisga'a Nation*, [2003] B.C.H.R.T.D. No. 75, 2003 BCHRT 79.

matter of federal exclusive jurisdiction, it must, in order to preserve its constitutionality, be read down and given the limited meaning which will confine it within the limits of the provincial jurisdiction. (at para. 42)⁷⁸⁷ » [Nos italiques]

Une précision s'impose à propos de ces deux derniers extraits. Au sens de la doctrine de l'exclusivité des compétences, il ne faut pas se questionner à savoir si les droits de la personne forment une partie intégrante de l'entreprise fédérale⁷⁸⁸, mais plutôt de savoir si la réglementation des droits de la personne par la province aurait pour effet d'entraver des éléments vitaux ou essentiels de l'entreprise.

Ce tribunal applique systématiquement la doctrine de l'exclusivité des compétences aux lois portant sur les droits et libertés de la personne de la même manière qu'il le ferait pour les lois du travail⁷⁸⁹ lorsque surgissent des litiges portant sur les relations de travail. Cette interprétation de la doctrine de l'applicabilité aurait été certes correcte pour les lois ordinaires du travail qui ont effectivement tendance à s'ingérer « directement et massivement »⁷⁹⁰ dans la gestion et les opérations des entreprises.

Or, en affirmant qu'ils « peuvent »⁷⁹¹ avoir des effets sur le cœur de la compétence fédérale sur les Indiens, le tribunal ne s'est pas questionné sur les effets et les impacts occasionnés par un instrument de protection des droits de la personne aux relations de travail au sein de l'entreprise fédérale⁷⁹². Il faut donc se demander si ces instruments vont vraiment jusqu'à entraver le fonctionnement d'une entreprise. À notre avis, cette question est essentielle. À cette question, c'est à bon droit que le professeur Christian Brunelle fait valoir qu'il y a lieu de faire la distinction entre les effets « normatifs » et les effets « indemnitaires » des lois provinciales sur les droits de la personne :

Par ailleurs, ce nouveau critère n'apparaît pas incompatible avec la distinction que font parfois les tribunaux entre l'effet « normatif » et l'effet « indemnitaire » des lois provinciales. Si la *Charte québécoise* fonde uniquement une réclamation en dommages-intérêts – par opposition à une ordonnance de réintégration par exemple – elle « ne saurait avoir un impact significatif sur les relations ouvrières » des entreprises fédérales de telle sorte que le droit provincial sera alors applicable⁷⁹³. [Références omises]

787 *Id.*, par. 33 à 35.

788 *Pierre v. Bertrand and another*, 2011 BCHRT 284 (CanLII), par. 10.

789 *Id.*

790 *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, préc., note 601.

791 *Mathison v. Musqueam Indian Band*, [2006] B.C.H.R.T.D. No. 204.

792 Même en 2011, après que la Cour suprême ait statué sur le critère de l'entrave au sens de la doctrine de l'exclusivité des compétences, le même tribunal des droits de la personne de Colombie-Britannique a néanmoins refusé d'appliquer le Code des droits de la personne de Colombie-Britannique à une entreprise autochtone fédérale : *Scodane v. Albright and another*, 2011 BCHRT 366 (CanLII).

793 C. BRUNELLE, préc., note 93, p. 37.

Ainsi, une réclamation en dommages-intérêts pour violation de la *Charte québécoise*, quoique s'immisçant dans les relations de travail, n'aurait probablement pas de conséquences fâcheuses sur l'entreprise et sa gestion, pas au point de l'entraver ou de la menacer sérieusement dans son fonctionnement. À l'appui de ses prétentions, le professeur Brunelle se fonde en outre sur l'arrêt *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*⁷⁹⁴ dans lequel la Cour statuait que les régimes compensateurs, tels que ceux prévus à la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*⁷⁹⁵, étaient pleinement applicables aux entreprises fédérales⁷⁹⁶. Le tout, non pas en vertu du critère de l'entrave, mais en vertu de celui moins favorable qui empêche une loi provinciale de toucher à un élément essentiel d'une entreprise fédérale. Il serait effectivement surprenant que le fonctionnement et les opérations d'une entreprise fédérale soient entravés par une demande en dommages-intérêts. De manière générale, le respect des droits fondamentaux ne devrait pas constituer une entrave au point où seule une violation de ces derniers permettrait à une entreprise « [d']accomplir son mandat fondamental « dans ce qui constitue justement [sa] spécificité fédérale » (*Bell Canada (1988)*, p. 762) »⁷⁹⁷.

À notre avis et conformément à l'approche du professeur Brunelle, les fonctions indemnitaires des instruments de protection des droits de la personne devraient être applicables aux relations de travail des entreprises fédérales, sauf dans la mesure où l'on démontrerait que malgré une simple indemnisation, l'application de ces instruments viendrait entraver un élément essentiel d'une entreprise fédérale⁷⁹⁸. C'est ainsi que la Cour supérieure du Québec, dans *Amziane c. Bell Mobilité*⁷⁹⁹, a déclaré la *Charte québécoise* applicable à un litige impliquant un employeur fédéral et une salariée pour violation de son droit à la vie privée :

Sans se prononcer sur l'impact d'une éventuelle demande de réintégration, non en cause ici, le tribunal estime que la seule réclamation en dommages de la demanderesse ne saurait avoir un impact significatif sur les relations ouvrières entre la défenderesse et ses employés

794 *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, préc., note 633.

795 *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q., c. A-3.001.

796 P. HOGG, préc., note 5, p. 15-38.1.

797 *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, préc., note 601, par. 57.

798 H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 50, p. 939. *Contra* : P. HOGG, préc., note 5, p. 21-12 et suivantes. Le professeur Hogg rappelle que la Cour suprême a refusé d'appliquer les lois provinciales sur le salaire minimum aux entreprises fédérales (*Commission du Salaire Minimum v. Bell Telephone Company of Canada*, [1966] S.C.R. 767; *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, préc., note 633). Cependant, nous sommes d'avis que ce raisonnement ne serait peut-être pas le même si le critère de l'entrave avait été préféré, comme ce serait le cas aujourd'hui.

799 *Amziane c. Bell Mobilité*, préc., note 726.

ni sur les conditions de travail de ces derniers.

L'argument constitutionnel n'est pas retenu.

Bell Mobilité, toute société fédérale qu'elle soit, a violé le droit fondamental de Mme Amziane au respect de sa vie privée, violation pour laquelle elle lui doit réparation tant en vertu de la *Charte des droits et libertés* que du *Code civil*⁸⁰⁰.

De plus, jurisprudence à l'appui⁸⁰¹, le professeur Brunelle fait remarquer que les dispositions « indemnitaires » du *Code civil du Québec* ont toujours été applicables aux contrats et relations de travail des entreprises fédérales⁸⁰². À notre avis, la *Charte québécoise*, instituant un régime de droit commun en droits et libertés de la personne⁸⁰³, devrait suivre la même voie en vertu de la compétence de principe des provinces en matière de droits et libertés⁸⁰⁴.

Par analogie, on a déterminé que des dispositions du *Residential Tenancies Act*⁸⁰⁵ de l'Alberta qui ne déterminaient pas un quelconque droit de possession sur des terres indiennes (protégé par le cœur de la compétence sur les Indiens) demeuraient applicables sur des terres de réserve indienne. Dans ses motifs, le juge de la Cour provinciale de l'Alberta a admis que des dispositions qui n'avaient que pour effet d'indemniser ou de compenser n'avaient pas pour effet d'entraver le cœur de la compétence sur les terres réservées⁸⁰⁶.

À l'opposé, des demandes de réintégration, ou toute autre requête qui viendraient s'ingérer de façon fâcheuse et significative dans les entreprises fédérales rendraient inapplicables les instruments de protection des droits de la personne.

En terminant, faut-il rappeler que le fait pour le Parlement fédéral de réglementer les relations

800 *Id.*, par. 43 à 45. Voir également les paragraphes 36 et suivants.

801 *Banque Laurentienne du Canada c. Saulnier*, [1998] R.D.J.T. 22, REJB 1998-04777 (C.A.); *Sauvé c. Banque Laurentienne du Canada*, 1998 CanLII 12592 (QC CA).

802 C. BRUNELLE, préc., note 93, p. 37.

803 *Supra*, p. 170.

804 *Supra*, p. 165 et suivantes.

805 *Residential Tenancies Act*, S.A. 2004, c. R-17.1 (Alta.).

806 *Little Leaf v. Houle*, 2011 ABPC 31 (CanLII), par. 35 :

The provisions of the *Residential Tenancies Act* which may be used by a landlord to obtain a judgment for arrears of rent, or by a tenant to obtain damages as compensation for interference with the tenant's use of the premises (assuming there was no issue with the tenant's right to occupation of the premises) are examples of non-land related provisions of the Residential Tenancies Act that would be operative on a Reserve in Alberta. In these examples, the Court would not be determining occupancy or possession, but merely providing an order of compensation for unpaid rent or an order of compensation for damages for interference with a lawful occupancy. Beyond these general comments, I am not prepared to itemize which provisions of the *Residential Tenancies Act* are applicable and which are not. Whether a remedy sought by the landlord or the tenant is land related or non-land related will have to be determined in each case as it may arise from time to time before the Courts.

de travail des entreprises sous sa juridiction n'a pas pour effet d'usurper les compétences provinciales sur d'autres questions. Les relations de travail constituent une partie essentielle de la gestion et de l'exploitation d'une entreprise fédérale, c'est la raison pour laquelle les provinces ne peuvent pas légiférer sur ces questions. En fait, la seule présence d'une entreprise fédérale est suffisante afin de déclencher le mécanisme de la doctrine de l'exclusivité des compétences, mais seulement dans le cas des relations de travail. Dans ces circonstances, l'on considère que la réglementation de ces relations constitue un empiétement direct et massif de la gestion et des opérations d'une entreprise qui en sont des éléments essentiels⁸⁰⁷. Pour le reste, la compétence de la propriété et les droits civils dans la province, ou toute autre compétence provinciale ne deviennent pas pour autant court-circuitées et continuent de produire leurs effets tant et aussi longtemps qu'elles ne portent pas atteinte à un élément essentiel d'une entreprise fédérale. De la sorte, pour toutes les questions qui n'entrent pas dans les relations de travail, il faut se référer au schéma classique de la doctrine de l'exclusivité des compétences afin de déterminer l'application d'un instrument de protection des droits de la personne. En effet, la portée de ces instruments dépasse largement le cadre des relations de travail. Il faut maintenant appliquer toutes les notions générales étudiées au cours du dernier chapitre au cas particulier des Autochtones.

807 *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, préc., note 601, par. 52.

Chapitre II. L'application des instruments quasi constitutionnels aux Autochtones

Le partage constitutionnel des compétences au sens de la *Loi constitutionnelle de 1867* a pour effet de ranger les Indiens et leurs terres sous la responsabilité de la Couronne fédérale.

En vertu de la doctrine de validité constitutionnelle, seul le Parlement fédéral est en mesure d'édicter des lois portant directement sur les Indiens et leurs terres. Or, nous avons constaté que les instruments de protection des droits et libertés de la personne sont plutôt des lois d'application générale qui ne visent pas spécifiquement les Indiens ou leurs terres réservées. À ce titre, les instruments provinciaux ne supposent pas de véritables problèmes de validité constitutionnelle en matière autochtone.

En revanche, conformément à la doctrine de l'exclusivité des compétences, les instruments provinciaux ne doivent pas entraver le cœur de la compétence sur les Indiens et leurs terres. Dans un premier temps, nous déterminerons d'abord ce qui constitue le cœur de cette compétence, mieux connu sous « quiddité indienne ». De plus, l'application des instruments provinciaux de protection des droits de la personne ne dépend pas seulement du partage des compétences. En effet, nous verrons que l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*, à certaines conditions, a pour effet de modifier les règles du partage des compétences.

Les instruments fédéraux, ayant été adoptés par le Parlement fédéral, ne supposent pas de problèmes d'application en matières autochtones puisque le fédéral y détient la responsabilité constitutionnelle. Néanmoins, comme la compétence fédérale en matière de droits et libertés de la personne se limite à une compétence d'exception et accessoire, nous devons déterminer dans quelles situations impliquant des Autochtones ces instruments pourront être invoqués. Nous profiterons de l'occasion pour ajouter quelques mots au sujet de l'abrogation de l'article 67 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et de ses possibles répercussions.

Dans un dernier temps, comme les instruments quasi constitutionnels se rangent du côté des lois ordinaires, ils demeurent assujettis à la Constitution formelle du pays et par le fait même, aux droits ancestraux ou issus de traités prévus à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Dans la première partie de ce mémoire, nous avons pu prendre connaissance des types de droits

qui peuvent découler de ces protections, que ce soient de simples droits de pêche jusqu'au droit inhérent à l'autonomie gouvernementale. Nous devons déterminer comment s'articule l'application des instruments quasi constitutionnels au travers de ces protections constitutionnelles. En effet, l'application d'un instrument sera conditionnelle au respect des droits ancestraux ou issus de traités qui sont affirmés et protégés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Section 1. Les instruments provinciaux : le choc du partage des compétences

Les instruments provinciaux de protection des droits de la personne sont des lois provinciales valides qui constituent non seulement un exercice légitime des chefs de compétence des provinces, mais qui sont également le fruit d'une compétence provinciale de principe en matière de droits et libertés de la personne.

Cependant, cette compétence de principe se heurte à celle portant sur les Indiens et les terres réservées pour les Indiens, en vertu du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Comme le fait valoir le professeur Elliot, le partage des compétences en matière autochtone est d'une complexité considérable : « Although the case law on legislative jurisdiction and Aboriginal issues is extraordinarily complex, it would be wrong to blame this situation wholly on courts »⁸⁰⁸.

Les instruments provinciaux de protection des droits et libertés ne doivent donc pas avoir effet de porter atteinte au cœur de cette compétence sur les Indiens et leurs terres. Lorsqu'une entreprise peut se qualifier d'entreprise autochtone au sens du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, un instrument provincial ne doit pas non plus avoir pour effet d'entraver l'une de ses composantes essentielles, telles la gestion et les opérations de cette entreprise, incluant les relations de travail.

Toutefois, et c'est vrai pour n'importe quelle affaire d'applicabilité constitutionnelle, ce n'est pas le statut du demandeur qui importe, mais celui de l'identité des personnes (physiques ou morales) auxquelles on tente de faire appliquer l'instrument qui en détermine l'application. Les différents principes étudiés jusqu'ici permettent de faire le constat suivant : dans un bon nombre de cas, un Autochtone peut bénéficier de la protection accordée par un instrument

808 D. W. ELLIOT, préc., note 76, p. 71.

provincial de protection des droits de la personne comme n'importe quel autre justiciable canadien⁸⁰⁹.

Par définition, des allochtones ne sauraient se réfugier derrière la doctrine de l'exclusivité des compétences afin d'échapper à l'application d'un instrument provincial des droits et libertés de la personne à leur endroit, qu'importe si la violation a lieu sur une terre réservée ou non. En effet, la compétence n'est tout simplement pas en jeu⁸¹⁰ : un allochtone ne jouit d'aucune spécificité fédérale pour laquelle l'exclusivité des compétences pourrait être déclenchée et ne saurait prétendre à accomplir une activité relevant du cœur de la compétence fédérale sur les Indiens et leurs terres, l'application va de soi. Le contraire serait un non-sens.

La jurisprudence ne s'est d'ailleurs jamais interrogée sur les questions d'applicabilité constitutionnelle dans ces circonstances et les exemples abondent, particulièrement dans les cas de violation du droit à l'égalité⁸¹¹.

809 H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 50, p. 940.

810 Sauf dans les circonstances pour lesquelles un autre chef de compétence fédérale serait invoqué. Dans ces circonstances, nous renvoyons le lecteur aux principes généraux développés plus haut. *Supra*, p. 144.

811 Si l'on ne doute pas que les instruments provinciaux sont inapplicables à l'égard de la Couronne fédérale pour des raisons évidentes, les provinces ont choisi d'être liées par leurs instruments quasi constitutionnels. Par exemple, l'article 54 de la *Charte québécoise* prévoit qu'elle lie l'État. Ce faisant, les Autochtones pourront l'invoquer dans leurs relations avec l'État québécois. Ainsi, dans *McKinnon v. Ontario (Ministry of Correctional Services)*, [1998] O.H.R.B.I.D. No. 10, révisé par *Ministry of Correctional Services v. McKinnon*, 2010 ONSC 3896 (CanLII), une longue et complexe affaire, le ministère des affaires correctionnelles de l'Ontario a été condamné à payer des dommages-intérêts d'un montant de plus de 17 000\$, en plus du salaire perdu, pour la violation des droits fondamentaux du plaignant, notamment pour de la discrimination fondée sur son origine autochtone. Par ailleurs, Au Québec, deux cas pour lesquels des Autochtones étaient impliqués ont été analysés par le Tribunal des droits de la personne. Il s'agit des affaires *Québec (Commission des droits de la personne) c. Thibodeau*, 1993 CanLII 2699 (QC T.D.P.) et *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Blais*, 2007 QCTDP 11 (CanLII). Dans l'affaire *Thibodeau*, le juge Sheehan a indiqué qu'un locateur ne pouvait refuser de consentir à sous-louer des lieux pour des motifs discriminatoires fondés sur l'origine autochtone des candidats sous-locataires, peu importe l'origine ethnique du locataire. De façon similaire, dans *Blais*, on a déterminé que des femmes autochtones ne pouvaient pas se faire refuser l'accès à un bar en raison d'une politique discriminatoire visant directement leur origine autochtone et qu'aucune considération liée à ce critère discriminatoire ne saurait être acceptée. Le Tribunal a même octroyé des dommages punitifs, les conséquences de l'élaboration d'une politique d'exclusion des Autochtones ne pouvant être que souhaitées. Contrairement au Québec, la Colombie-Britannique regorge d'exemples impliquant de la discrimination fondée sur les origines autochtones. Par exemple, à l'instar de l'affaire *Blais*, on a statué dans l'affaire *Carpenter v. Limelight Entertainment Ltd. (c.o.b. "Limit Night Club")*, [1999] B.C.H.R.T.D. No. 50, qu'une femme d'origine autochtone qui s'est fait refuser l'accès à un bar en raison de ses origines, sous prétexte de son habillement inapproprié, et à qui le tenancier a tenu des propos discriminatoires devait obtenir une compensation pour l'atteinte à la dignité, la douleur et la perte d'estime de soi subies. Dans la même voie, l'affaire *Holland v. Prince George Taxi Assn.*, [2005] B.C.H.R.T.D. No. 317, 2005 BCHRT 317, révèle qu'un chauffeur de taxi ne pourrait pas non plus, pour des motifs discriminatoires, exiger à des « Indiens » de payer à l'avance un

Un Autochtone devra respecter les prescriptions prévues aux instruments provinciaux des droits de la personne dans toutes les situations pour lesquelles il agit à titre de citoyen canadien ordinaire lorsqu'il ne peut, d'une quelconque façon, invoquer sa spécificité autochtone, ou qu'il n'agit pas en fonction d'activités relevant du cœur de la compétence sur les Indiens ou de leurs terres. Cela revient à affirmer à nouveau le rejet de la théorie de l'enclave⁸¹² en ce que les lois provinciales d'application générale s'appliquent aux Autochtones comme aux autres Canadiens⁸¹³. Ce n'est seulement que dans leur dimension fédérale (la quiddité indienne) qu'ils ne sont exclusivement régis par le droit fédéral⁸¹⁴, tel qu'en fait part la Cour suprême :

[D]es ouvrages, tels les chemins de fer fédéraux, des choses, telles les terres réservées aux Indiens, des personnes, telles les Indiens, qui relèvent de la compétence particulière et exclusive du Parlement, demeurent assujettis aux lois provinciales d'application générale, qu'il s'agisse de lois municipales, de lois sur l'adoption, de lois sur la chasse, de lois sur le partage des biens familiaux, pourvu toutefois que cet assujettissement n'ait pas pour conséquence que ces lois les atteignent dans ce qui constitue justement leur spécificité fédérale⁸¹⁵.

Commentant cette affirmation, le professeur Hogg résume de cette manière l'interaction entre les lois provinciales et le cœur d'une compétence fédérale et de ses éléments essentiels :

According to this formulation, provincials laws may validly extend to federal subjects unless the laws “bear upon those subjects in what makes them specifically of federal jurisdiction”. The rule that emerged from this formulation was this: if the provincial law would affect the “basic, minimum and unassailable” core of the federal subject, then the interjurisdictional immunity doctrine stipulated that the provincial law must be restricted in its application (read down) to exclude the federal subject. If, on the other hand, the provincial law did not affect the core of the federal subject, then the pith and substance doctrine stipulated that the provincial law validly applied to the federal subject⁸¹⁶.

En illustrant ce qui précède, des lois sur la circulation automobile sont le meilleur exemple de lois provinciales qui s'appliquent aux Autochtones sans les toucher dans leur indianité⁸¹⁷. La

« dépôt » pour le trajet sous prétexte que les Autochtones ne paient leurs droits de passage. Dans *Radek v. Henderson Development (Canada) Ltd.*, [2005] B.C.H.R.T.D. No. 302, fait étonnant et grave, on a condamné un centre d'achat pour la discrimination systémique exercée à l'encontre des Autochtones et des personnes handicapées en les empêchant d'y avoir accès. Pour d'autres illustrations, voir notamment les affaires *Adams v. Vancouver Management Ltd.*, [2007] B.C.H.R.T.D. No. 403, 2007 BCHRT 403 et *Emard v. Synala Housing Co-operative*, [1993] B.C.C.H.R.D. No. 39.

812 *Supra*, p. 143.

813 Dans ces circonstances, on dit qu'elles s'appliquent *ex proprio vigore*, c'est-à-dire d'elle-même, sans autre formalité.

814 *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, préc., note 601, par. 61.

815 *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, préc., note 633, par. 21.

816 P. HOGG, préc., note 5, p. 15-38.2.

817 *Dick c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 309, par. 39. Le professeur Sébastien Grammond, dans son article intitulé, « Pour l'inclusion des droits des autochtones dans la Charte des droits et libertés de la personne », préc., note 580, p. 311, démontre à l'aide d'exemples que dans les faits, le Québec a adopté un bon nombre de lois visant les Autochtones. Dans cette même veine, une loi ayant un effet

circulation automobile ne fait pas partie des matières couvertes par le cœur de la compétence sur les Indiens et leurs terres et ne saurait par conséquent être un élément absolument essentiel, indispensable ou nécessaire⁸¹⁸ à la vie des Indiens, de leurs collectivités ou de leur survie culturelle⁸¹⁹. Autrement dit, ce n'est pas parce qu'on légifère sur la circulation automobile que l'identité autochtone risque d'être mise en péril. Dans ces circonstances, on dira que ces lois s'appliquent *ex proprio vigore*, soit de leur propre force. Les mêmes principes doivent suivre en matière de droits et libertés de la personne.

1.1. La quiddité indienne : le cœur de la compétence sur les Indiens

La compétence sur les Indiens et leurs terres réservées donne une latitude confortable au Parlement fédéral pour légiférer sur une panoplie de questions qui seraient autrement de compétence provinciale⁸²⁰.

La question réside maintenant dans les composantes de la compétence sur les Indiens et leurs terres : quels en seraient ses éléments essentiels qui en constitueraient son noyau? Seuls ces éléments essentiels sont protégés en rendant constitutionnellement inapplicables les instruments provinciaux des droits de la personne⁸²¹.

Les termes « essentiel de l'indianité » ou encore « quiddité indienne » sont régulièrement utilisés par la jurisprudence afin de qualifier ce qui constitue le cœur de la compétence sur les Indiens et leurs terres⁸²². Bien que le concept d'indianité, soit la spécificité autochtone ou la quiddité indienne, soit difficile à cerner, il semble qu'il se définisse d'abord par des facteurs

améliorateur et qui bénéficie aux Autochtones serait plus susceptible d'être sauvegardée. À ce sujet, voir *Lovelace c. Ontario*, préc., note 25 (Mise en œuvre de casinos sur des réserves). D'un autre côté, une loi qui a plus d'effets sur les Autochtones que d'autres groupes n'est pas nécessairement invalide ou inapplicable : *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, préc., note 585, par. 68-69.

818 *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, préc., note 601, par. 51.

819 *Id.*, par. 61.

820 *Supra*, p. 13 et suivantes.

821 H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 50, p. 525 et 526. Sous réserve cependant de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens* qui permet aux lois d'applications générales affectant la quiddité indienne de s'appliquer par incorporation en droit fédéral. En ce sens, voir *infra*, p. 204 et suivantes.

822 Voir par exemple, les arrêts suivants : *NIL/TU, O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees' Union*, préc., note 627; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, préc., note 15; *Dick c. La Reine*, préc., note 817; *Commission de transport de la communauté urbaine de Québec c. Canada (Commission des champs de bataille nationaux)*, préc., note 653; G. OTIS, préc., note 56, p. 65; S. GRAMMOND, préc., note 1, p. 367.

historiques ou culturels, dont la langue, la culture et l'exercice de droits traditionnels⁸²³. C'est le concept qui permet de distinguer les Indiens des autres Canadiens de par leur statut et leurs droits⁸²⁴ :

La notion de quiddité indienne ou essence de l'indianité ne vise que le cœur de la compétence fédérale et c'est en rapport avec l'applicabilité des lois provinciales aux Indiens qu'elle prend son intérêt. En effet, l'applicabilité des lois provinciales est constitutionnellement empêchée à partir du moment où ces lois visent les attributs mêmes du statut d'Indien⁸²⁵.

Ainsi, il va de soi qu'un instrument de protection des droits de la personne ne saurait, même de façon accessoire, s'attaquer aux questions qui touchent le statut d'Indien, qui constitue probablement le noyau dur de toute la compétence sur les Indiens⁸²⁶. Pourtant, dans *Saunders v. Labrador Inuit Assn.*⁸²⁷, le tribunal des droits de la personne a néanmoins déterminé que le Code des droits de la province était tout à fait applicable à l'organisme non gouvernemental qui déterminait le statut des Inuits de la province. À notre avis, il s'agit d'une mauvaise décision. La démarche qui nous semble la plus logique aurait été non pas de déterminer si les droits et libertés de la personne faisaient partie intégrante de l'entité⁸²⁸, mais de vérifier si la réglementation des droits et libertés de la personne par la province avait pour effet de porter atteinte à l'une de ses composantes essentielles. Or, comme les questions de statut sont nécessairement au cœur de la compétence sur les Indiens, le code y portait atteinte. Le critère de l'entrave était également rempli, puisque l'organisme se voyait totalement réglementé dans ses aspects essentiels et il ne pouvait plus déterminer les questions de statut selon des critères ethniques et socioculturels. Le fait que ce soit un organisme indépendant plutôt que le Parlement fédéral qui a développé ses propres critères n'a pas d'influence sur la question, ni que le champ n'ait pas été occupé par le Parlement central. Une province ne peut pas affecter des questions si intimement liées au statut indien.

S'il est entendu que le statut formel d'Indien fait évidemment partie de la quiddité indienne, il va de soi que des activités qui font partie intégrante de ce statut particulier soient aussi au centre de ce qui constitue le cœur de la compétence fédérale sur les Indiens. Dans

823 *Mitchell c. M.R.N.*, préc., note 86, par. 133; G. OTIS, préc., note 56, p. 66.

824 *NIL/TU, O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees' Union*, préc., note 627, par. 70 (j. McLachlin et j. Fish).

825 H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 50, p. 526.

826 *Parents Naturels c. Superintendent of Child Welfare et al.*, [1976] 2 R.C.S. 751, p. 760-761; D. W. ELLIOT, préc., note 76, p. 67.

827 *Saunders v. Labrador Inuit Assn.*, préc., note 697.

828 *Id.*, par. 32.

*Delgamuukw c. Colombie-Britannique*⁸²⁹, la Cour suprême a tenté de préciser les activités qui pourraient en faire partie :

L'essentiel de l'indianité englobe toute la gamme des droits ancestraux protégés par le par. 35(1). Ces droits comprennent les droits se rapportant à un territoire; cette partie de l'essentiel de l'indianité découle de la référence aux «terres réservées aux Indiens» au par. 91(24). Cependant, ces droits comprennent également les coutumes, pratiques et traditions qui ne se rattachent pas à un territoire; cette partie de l'essentiel de l'indianité découle de la compétence du fédéral à l'égard des «Indiens». Il est interdit aux gouvernements provinciaux de faire des lois portant sur ces deux types de droits ancestraux.

[...]

On a défini l'essentiel de l'indianité qui est au cœur du par. 91(24) en disant ce qu'il est et en disant ce qu'il n'est pas. Dans des exemples de cette dernière situation, on a statué que l'essentiel de l'indianité ne comprenait pas les relations de travail (*Four B*) ni la conduite de véhicules à moteur (*Francis*). Le seul exemple concret d'indianité a été donné dans l'arrêt *Dick*. S'exprimant au nom de la Cour, le juge Beetz a tenu pour acquis, sans toutefois se prononcer sur la question, qu'une loi provinciale en matière de chasse ne s'appliquait pas d'elle-même aux membres d'une bande indienne lorsqu'ils chassent parce que ces activités étaient «au cœur même de leur existence et de leur être» (à la p. 320). Dans *Van der Peet*, toutefois, j'ai décrit et défini les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) d'une manière analogue, c'est-à-dire comme des droits protégeant l'occupation des terres et les activités qui font partie intégrante de la culture distinctive autochtone du groupe qui revendique le droit. Il s'ensuit que les droits ancestraux font partie de l'essentiel de l'indianité qui est au cœur du par. 91(24)⁸³⁰.

De cette affirmation, un seul constat s'impose : les droits ancestraux prévus à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* font indubitablement partie du cœur de la compétence sur les Indiens et leurs terres⁸³¹. S'ils en étaient exclus, il serait difficile d'imaginer, outre le statut, ce qui pourrait faire partie de la quiddité indienne⁸³².

De plus, rien dans cette affirmation ne semble s'opposer à ce que d'autres activités pouvant s'apparenter aux droits ancestraux sous certains aspects fassent également partie du cœur de la compétence fédérale sur les Indiens et leurs terres. On pourrait penser à certaines pratiques faisant « partie intégrante de la culture autochtone » mais dont la preuve de l'existence avant le premier contact avec les Européens ne permette pas de les qualifier comme droits ancestraux, comme en font part les avocats Gauvin et Morin :

829 *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, préc., note 15.

830 *Id.*, par. 178 et 181.

831 Réaffirmé par la Cour suprême dans *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, préc., note 607, par. 33. Voir également *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2007 BCSC 1700 (CanLII), par. 1020 et suivants. Cette opinion partagée par Kerry Wilkins dans plusieurs de ses travaux: Kerry WILKINS, « Dancing in the Dark: Of Provinces and Section 35 Rights After 2010 », (2011) 54 *S.C.L.R.* (2d) 529; K. WILKINS, préc., note 617, p. 23 et suivantes; Kerry WILKINS, « Of Provinces and Section 35 Rights », (1999) 22 *Dalhousie L.J.* 185.

832 D. W. ELLIOT, préc., note 76, p. 136.

Toutefois, on ne doit pas en conclure que la quiddité indienne se limite aux notions de droit ancestral et de titre aborigène. La quiddité indienne a une portée plus large car elle peut prendre naissance bien après le contact avec les Européens pourvu qu'elle se situe aujourd'hui au cœur de leur existence et de leur être⁸³³.

On pourrait assumer sans trop d'hésitation que plusieurs des droits « autres » auxquels l'article 25 de la *Charte canadienne* fait référence pourraient faire partie du cœur de la compétence sur les Indiens et leurs terres⁸³⁴. Tout compte fait, « un droit ancestral entrerait dans la sphère de la quiddité indienne mais l'inverse ne serait pas forcément vrai »⁸³⁵.

La notion de quiddité indienne semble donc assez englobante pour comprendre des droits religieux liés de manière marquée à la culture autochtone distinctive. Ainsi, des droits tels que ceux illustrés dans la fameuse affaire *Thomas v. Norris*⁸³⁶ pourraient faire partie de la quiddité indienne. Rappelons-nous que dans cette affaire, le demandeur avait été soumis contre son gré à une cérémonie d'initiation à un rituel religieux comprenant voies de fait, enlèvement et séquestration. Dans une affaire semblable où le droit à la vie, ainsi qu'à la sûreté, à l'intégrité et à la liberté de sa personne de l'article premier de la *Charte québécoise* serait invoqué, nous sommes d'avis que la *Charte québécoise* porterait atteinte à la quiddité indienne. Néanmoins, dans de telles circonstances, la *Charte québécoise* n'aurait pas pour effet d'entraver le cœur de la compétence fédérale, quoi qu'elle y touche certainement. Tout comme ce fut le cas dans notre analyse portant sur les articles 25 et 35 de la *Charte canadienne*, il serait toujours possible d'exercer le droit religieux en question, l'effet de la *Charte québécoise* n'étant que d'empêcher ceux qui subissent l'exercice contre leur gré d'y prendre part.

Concernant les traités conclus entre Indiens et la Couronne, la Cour suprême a unanimement déclaré dans l'arrêt *R. c. Morris*⁸³⁷, qu'une loi provinciale ne pourrait tout simplement pas contredire les termes d'un traité⁸³⁸. Dans cette affaire, deux membres de la bande indienne des Tsartlip de la Nation Saanich en Colombie-Britannique ont été appréhendés pour avoir chassé la nuit à l'aide d'une source lumineuse, en contravention de la *Wildlife Act*⁸³⁹. La majorité a

833 Mira GAUVIN, René MORIN, *Droit autochtone et quiddité indienne*, McCarthy Tétrault, Insight Information, Septième édition, Forum autochtone sur la gestion des ressources naturelles et du territoire, 28 et 29 septembre 2011, Montréal, p. 31.

834 *Supra*, p. 116 et suivantes.

835 M. GAUVIN, R. MORIN, préc., note 833, p. 25.

836 *Thomas v. Norris*, préc., note 435.

837 *R. c. Morris*, préc., note 585.

838 P. HOGG, préc., note 5, p. 28-12.

839 *Wildlife Act*, S.B.C. 1982.

conclu que le fait de chasser la nuit était directement protégé par un traité, et que seulement la chasse dangereuse ne l'était pas. Par conséquent, la loi provinciale qui empêchait cette pratique était inapplicable, portant atteinte au traité pour lequel on a déterminé qu'il constituait un élément essentiel du cœur de la compétence fédérale sur les Indiens. En effet, la loi provinciale empêchait purement et simplement la chasse durant l'obscurité et allait en directe contradiction avec les termes du traité. Dans ces circonstances, la loi provinciale faisait plus que simplement toucher à un élément essentiel de la compétence fédérale en empêchant de chasser la nuit. Elle l'entravait et même davantage, puisque les personnes touchées par l'interdiction perdaient de manière complète et irrévocable leur droit protégé par traité de chasser pendant la nuit. Comme le constate le professeur Wilkins, la sagesse d'une mesure provinciale ne peut être d'aucun secours :

It means that, as a general rule, there is nothing coercive that a province, acting as such, can do to prevent or disrupt the exercise of a right prescribed or preserved in an Indian treaty. It makes no difference how inconvenient or inconsequential a treaty right is or how salutary how justifiable the provincial measure constraining it might be. The treaty right wins; the provincial measure loses. And there is nothing that the province, acting as such, can do about this predicament⁸⁴⁰.

Que la mesure provinciale soit bonne ou mauvaise n'est d'aucune utilité quand vient le temps d'évaluer le degré d'atteinte à une activité protégée par la doctrine de l'exclusivité des compétences. S'il y a entrave, la loi provinciale devient inapplicable, ni plus, ni moins.

Doit-on conclure que ce sont tous les droits qui font l'objet d'un traité qui entrent dans la sphère du cœur de la compétence fédérale sur les Indiens? Certains en doutent, tel qu'en font part les avocats Gauvin et Morin :

Par exemple, la *Convention de la Baie James et du Nord québécois* (CBJNQ) comporte de nombreuses dispositions propres aux Cris et aux Inuits se rapportant à l'éducation, la santé et les services sociaux, la justice, la police et l'environnement. Doit-on conclure que toutes ces dispositions font désormais partie de la quiddité indienne des Cris et des Inuits?

[...]

En poussant plus loin la réflexion, on pourrait en déduire que toutes les dispositions issues d'un traité ou d'un accord de revendications territoriales n'entrent pas automatiquement dans la sphère de la quiddité indienne même si elles constituent des droits issus de traité au sens de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁸⁴¹.

Cette affirmation semble, à notre avis, fondée sur une conception erronée de la notion de quiddité indienne. Celle-ci ne constitue pas un concept abstrait ou indépendant, mais plutôt un

840 K. WILKINS, préc., note 617, p. 25.

841 M. GAUVIN, R. MORIN, préc., note 833, p. 27.

vocabulaire propre au droit autochtone permettant de déterminer ce qui entre dans le cœur de la compétence prévue au paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁸⁴².

Il demeure que les droits issus de traités font partie du cœur, de l'essentiel de la compétence fédérale et toutes les lois provinciales qui entravent un droit issu de traité portent nécessairement atteinte à la quiddité indienne⁸⁴³. Seul le Parlement fédéral détient le pouvoir, au sens de la Constitution, de conclure des traités avec les peuples autochtones, quoi que cette question n'ait pas, à notre connaissance, encore été directement abordée par un tribunal. Cela ne signifie pas que les provinces ne peuvent plus régir certains aspects prévus par un traité mais plutôt que les provinces perdent la capacité de porter atteinte de manière à entraver l'exercice des droits qui sont prévus par le traité. S'il n'y a pas d'entrave, la loi provinciale demeurera applicable⁸⁴⁴.

Pour le reste, dans l'arrêt *NIL/TU, O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees' Union*⁸⁴⁵ rendu en 2010, les juges McLachlin et Fish se sont efforcés à recenser les décisions de la Cour suprême qui ont illustré ce que peut représenter le cœur de la compétence sur les Indiens⁸⁴⁶. En font donc partie le statut d'Indien⁸⁴⁷, les « relations au sein des familles indiennes et des collectivités vivant dans les réserves »⁸⁴⁸, les « droits si intimement liés au statut d'Indien qu'ils devraient en être considérés comme des accessoires indissociables comme, par exemple, la possibilité d'être enregistré, la qualité de membre d'une bande, le droit de participer à l'élection des chefs et des conseils de bande, les privilèges relatifs à la réserve, etc. »⁸⁴⁹, le droit d'occuper la résidence familiale située sur une terre réservée⁸⁵⁰, le droit à la possession de terres sur une réserve et le partage des biens familiaux sur des terres

842 *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, préc., note 15, par. 182.

843 P. HOGG, préc., note 5, p. 28-12, 28-18.

844 Sous réserve de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*, *infra* p. 204, et de la procédure de justification de l'arrêt *R. c. Sparrow*, préc., note 59.

845 *NIL/TU, O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees' Union*, préc., note 627, par. 72 (j. McLachlin et j. Fish).

846 Il faut cependant souligner que l'auteur Kerry Wilkins, dans son article intitulé « Dancing in the Dark: Of Provinces and Section 35 Rights After 2010 », préc., note 831, aux p. 549 et suivantes, démontre à l'aide d'une analyse pour le moins convaincante qu'il ne faudrait pas suivre les yeux fermés la notion du cœur de la compétence fédérale sur les Indiens exprimée par les Juges McLachlin et Fish. Elle peut à tout le moins servir de complément à notre réflexion sur le sujet.

847 *Parents naturels c. Superintendent of Child Welfare*, préc., note 826, p. 760-761, 787.

848 *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, préc., note 601, par. 61.

849 *Four B Manufacturing c. Travailleurs unis du vêtement*, préc., note 641, p. 1048.

850 *Paul c. Paul*, [1986] 1 R.C.S. 306.

réservées⁸⁵¹, la chasse de subsistance en vertu des droits ancestraux et issus de traités⁸⁵², la revendication de l'existence ou de l'étendue d'un titre ou des droits ancestraux liés à des ressources ou des terres contestées⁸⁵³ ainsi que l'application des règles constitutionnelles et fédérales relatives aux droits ancestraux⁸⁵⁴.

Fait important à noter, on a déterminé que la gestion et les opérations des entreprises en constituaient des éléments vitaux ou essentiels⁸⁵⁵. Par conséquent, des lois provinciales ne pourraient pas porter atteinte à ces éléments en présence d'une entreprise relevant de la compétence relative aux Indiens et de leurs terres. Il faut donc déterminer quels types d'entreprises peuvent se qualifier en tant qu'entreprises autochtones au sens du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

1.2. L'applicabilité aux conseils de bande et aux entreprises autochtones

Un instrument de protection des droits de la personne ne peut en aucun temps porter atteinte à la quiddité indienne de manière à l'entraver. En fait, la quiddité indienne constitue le cœur de la compétence fédérale sur les Indiens et englobe un certain nombre de questions qui, dans leur essence, distinguent les Indiens des autres Canadiens. Ainsi, les instruments provinciaux qui porteront atteinte aux activités qui relèvent du cœur de la compétence sur les Indiens et de leurs terres seront inapplicables.

Nous savons aussi qu'une loi provinciale ne doit pas avoir pour effet de porter atteinte à l'un des éléments essentiels d'une entreprise fédérale. Dans le cas d'entreprises autochtones, ces éléments essentiels se rattachent nécessairement à la quiddité indienne, puisque « ce n'est pas la qualité ou le statut autochtone des individus exploitant une entreprise, qui en sont propriétaires ou qui y travaillent qui donnera juridiction au Parlement fédéral »⁸⁵⁶.

851 *Derrickson c. Derrickson*, [1986] 1 R.C.S. 285, par. 40 et suivants. Voir également *Little Leaf v. Houle*, préc., note 806, K. WILKINS, préc., note 54, p. 68 et suivantes.

852 *Dick c. La Reine*, préc., note 817. À notre avis, la chasse ou la pêche qui ne serait pas exercée en vertu de droits ancestraux ou issus de traités pourrait si les circonstances le permettent, faire partie de la quiddité indienne. Voir le par. 181 de l'arrêt *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, préc., note 15. Le professeur Hogg semble aussi de cet avis : P. HOGG, préc., note 5, p. 28-12. Le professeur Otis n'y trouve pas de réponse claire: G. OTIS, préc., note 56, p. 67.

853 *Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, préc., note 585; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, préc., note 15.

854 *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, préc., note 607.

855 *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, préc., note 601, par. 52.

856 G. OTIS, préc., note 56, p. 67.

Il demeure que la gestion et les opérations sont considérées comme des éléments essentiels de l'entreprise fédérale en vertu de la compétence principale en la matière, celle portant sur les Indiens et leurs terres réservées. Il est donc nécessaire de se questionner sur la notion d'entreprise autochtone, sur les entités qui peuvent entrer dans cette catégorie et sur les répercussions de l'application des instruments provinciaux des droits de la personne.

1.2.1. Les conseils de bande

Attardons-nous d'abord au cas des conseils de bandes au sens de la *Loi sur les Indiens* et des types de gouvernance connexe. Dans la première partie, nous nous sommes interrogés sur la nature de l'autorité de ces conseils, déléguée ou inhérente. Nous avons été en mesure de constater une tendance lourde en faveur d'une autorité de type déléguée. Vu l'état de la question, nous n'avons pas exclu qu'un conseil de bande puisse tirer son autorité d'un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale pour certaines fins et qu'elle soit le fruit d'une délégation pour d'autres situations.

Pour l'heure, nous allons tout simplement considérer qu'un conseil de bande tire son autorité d'une délégation de la part du Parlement fédéral. Dans la prochaine section, nous discuterons de l'application des instruments quasi constitutionnels aux gouvernements bénéficiant d'un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale et des gouvernements reconnus par voie de traité⁸⁵⁷.

Un conseil de bande peut être considéré comme un office fédéral dans certaines circonstances⁸⁵⁸ au sens de la *Loi sur les Cours fédérales*⁸⁵⁹. De plus, la Cour suprême a déterminé qu'un conseil de bande constitue également un employeur fédéral⁸⁶⁰ au sens du *Code canadien du travail*⁸⁶¹. Il ne fait donc aucun doute qu'un conseil de bande est une entreprise fédérale au sens fonctionnel du terme⁸⁶².

Dans ces circonstances, il serait très surprenant qu'un décideur déclare qu'un instrument provincial de protection des droits de la personne trouve application à l'égard d'un conseil de bande, surtout dans le cadre des relations de travail dont la compétence revient au Parlement

857 *Infra*, p. 222 et suivantes.

858 *Supra*, p. 43, note 186 et p. 54.

859 *Loi sur les Cours fédérales*, préc., note 186.

860 *Alliance de la Fonction publique du Canada c. Francis et autres*, [1982] 2 R.C.S. 72.

861 *Code canadien du travail*, LRC 1985, c. L-2.

862 G. OTIS, préc., note 56, p. 67.

fédéral. Comme nous l'avons constaté plus haut, il faudrait déterminer que l'instrument, par sa fonction « indemnitaire », n'entrave pas la gestion et les opérations du Conseil.

Malgré cela, dans *Malec c. Conseil de bande des Innus de Natashquan*⁸⁶³, la Cour du Québec a appliqué le *Code civil du Québec* à un conseil de bande et l'a condamné à payer des dommages-intérêts pour réparer l'imposition d'une suspension disciplinaire ne respectant pas le contrat de travail liant les parties. Afin de tirer cette conclusion, le tribunal a déterminé que le *Code civil du Québec* n'a pas pour effet de porter atteinte à la spécificité fédérale du conseil⁸⁶⁴. En effet, la Cour, se fondant sur une décision de la Cour d'appel⁸⁶⁵, souligne que le fait qu'une entreprise relève de la compétence fédérale ne fait pas pour autant disparaître le droit commun qui demeure applicable de manière simultanée au droit fédéral du travail, dans la mesure où il demeure compatible avec ce dernier. Nous avons relevé plus haut que la *Charte québécoise* fait partie d'un droit commun en matière de droits et libertés de la personne. Ainsi, le raisonnement de la Cour du Québec demeurerait sensiblement le même si c'était la *Charte québécoise* qui avait été invoquée et que le remède recherché avait été également des dommages-intérêts. Un tel recours n'aurait pas eu pour effet d'entraver la gestion et les opérations du conseil.

Précisons cependant qu'un instrument provincial qui contrecarrait une décision prise en vertu d'un quelconque pouvoir prévu à la *Loi sur les Indiens* viendrait immédiatement, à notre avis, entraver la gestion et les opérations du conseil. Dans tous ces cas, l'instrument provincial serait déclaré inapplicable⁸⁶⁶.

1.2.2. La notion d'entreprise autochtone

Si la question des conseils de bande semble claire, qu'en est-il des entreprises autochtones? Un instrument provincial des droits de la personne peut s'appliquer à des entreprises fédérales et, dans certaines circonstances, à ses relations de travail, pour autant que l'instrument n'a pas pour effet de porter atteinte à l'un de ses éléments essentiels qui se situent au cœur de la compétence fédérale en la matière. Outre sa gestion et ses opérations, nous avons vu au point 1.1. les

863 *Malec c. Conseil de bande des Innus de Natashquan*, préc., note 229.

864 *Id.*, par. 42 et suivants.

865 *Transports Kingsway ltée c. Laperrière*, AZ-93011207 (C.A.).

866 Pour une illustration d'une décision qui serait difficilement contestable, voir Louise LEDUC, « Kahnawake: les Blancs toujours menacés d'expulsion », *La Presse*, le 5 juillet 2010, en ligne: <http://www.cyberpresse.ca/actualites/quebec-canada/national/201007/04/01-4295489-kahnawake-les-blancs-toujours-menaces-dexpulsion.php?utm_categorieinterne=traffidriviers&utm_contenuinterne=cyberpresse_B4_manchettes_231_accueil_POS2> (à jour au 17 juin 2012).

éléments qui forment le cœur de la compétence fédérale sur les Indiens. Nous devons à présent nous pencher sur les types d'entreprises qui peuvent se qualifier en tant que tel.

Dans l'arrêt *Four B Manufacturing c. Travailleurs unis du vêtement*⁸⁶⁷, le plus haut tribunal du pays devait statuer sur la compétence d'une province en relations de travail à l'égard d'une entreprise située sur une réserve indienne. La Cour suprême a donc déterminé que le fait qu'une entreprise, possédée par des autochtones en vertu d'un permis fédéral, financée par le gouvernement fédéral, dont la majorité des salariés sont Autochtones, n'avait pas d'incidence sur la nature de l'exploitation de cette entreprise⁸⁶⁸. La nature véritable de l'entreprise, soit la couture d'empignes sur des souliers de sport, n'avait rien à voir avec la compétence sur les Indiens prévue au paragraphe 91(24). En d'autres mots, une entreprise autrement provinciale qui œuvre sur une réserve sera assujettie au droit provincial du travail et par le fait même, aux instruments provinciaux des droits et libertés de la personne.

De la sorte, le fait que les activités se déroulent sur une terre réservée n'a pas d'incidence sur la qualification de l'entreprise. Les entreprises œuvrant sur une réserve indienne dont les activités n'ont aucun lien avec la compétence relative aux Indiens comme c'était le cas dans *Four B Manufacturing*⁸⁶⁹, seront qualifiées de provinciale. Par exemple, le fait qu'une entreprise dont la seule particularité étant qu'elle fait affaire sur une réserve indienne et qu'elle engage du personnel autochtone serait insuffisant en lui-même pour permettre de la qualifier de compétence fédérale⁸⁷⁰.

Malgré la position de la Cour suprême dans *Four B Manufacturing*⁸⁷¹, il a subsisté des situations mitigées, particulièrement en ce qui concerne des organismes d'aide à des communautés autochtones, des entreprises ou des entités offrant des services à la communauté et d'intérêt public ainsi que des entreprises dirigées par des conseils de bande, sur les réserves ou à l'extérieur⁸⁷². Cela s'explique probablement par le fait que certaines associations privées

867 *Four B Manufacturing c. Travailleurs unis du vêtement*, préc., note 641.

868 *Id.*, p. 1047.

869 *Id.*

870 *Stephens v. Malach*, [2005] B.C.H.R.T.D. No. 393.

871 *Four B Manufacturing c. Travailleurs unis du vêtement*, préc., note 641.

872 Pour des exemples de décisions ayant qualifié la chose de compétence fédérale, voir : *Konkin v. Ts'kw'aylaxw First Nation*, [2007] B.C.H.R.T.D. No. 295 (Centre de soins de santé pour autochtones); *Letendre v. Esquiro*, [2005] B.C.H.R.T.D. No. 576 (Décision bien structurée. Organisme visant à procurer des services sociaux, incluant des services d'éducation, principalement à des premières nations en respectant leurs coutumes et valeurs.); *Lyon v. Fox*, [2006] B.C.H.R.T.D. No. 414 (Société incorporée selon les règles provinciales, offrant des services aux familles autochtones); *Fielden v. Gitxsan Child*

agissent à des fins communautaires ou d'intérêt public apparaissent comme le prolongement de l'action des autorités locales. La Cour suprême, en 2010, dans l'arrêt *NIL/TU,O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees' Union*⁸⁷³, a dû remettre les pendules à l'heure :

En dépit de la démarche appliquée depuis longtemps par notre Cour, il s'est développé un courant jurisprudentiel différent et ce, uniquement dans le cadre de litiges portant sur le par. 91(24) (voir *Conseil de la bande de Tobique c. Sappier*, [1988] A.C.F. no 435 (QL) (C.A.); *Qu'Appelle Indian Residential School Council c. Canada (Tribunal canadien des droits de la personne)*, [1988] 2 C.F. 226 (1re inst.), p. 239; *Sagkeeng Alcohol Rehab Centre Inc. c. Abraham*, [1994] 3 C.F. 449 (1re inst.), p. 459-460). Suivant cette différente analyse, et contrairement à *Four B*, le tribunal passe directement à la question de savoir s'il y a atteinte au « contenu essentiel » d'un chef de compétence fédéral, sans appliquer d'abord le critère fonctionnel. De plus, plutôt que d'examiner si la réglementation des relations de travail de l'entité porte atteinte à ce « contenu essentiel », ces décisions ont plutôt examiné si la nature des activités de l'entité se rattache au « contenu essentiel » et ont ainsi écarté la

and Family Services Society, [2004] B.C.H.R.T.D. No. 314, 2004 BCHRT 30 (Société d'aide aux autochtones financée par le fédéral, contrôlée par une bande); *Masso v. Nuu-chah-nulth Tribal Council*, [2008] B.C.H.R.T.D. No. 461 (Société contrôlée par plusieurs bandes dont l'autorité est une délégation du gouvernement fédéral et dont les principales activités consistent dans l'amélioration du sort de ses membres, en matière d'éducation, de langue, d'emploi, etc.); *Peters v. North Cariboo Aboriginal Family Program Society*, [2008] B.C.H.R.T.D. No. 94 (Organisme de mieux-être visant les autochtones, situé à l'extérieur d'une réserve, financé par la province); *Yamelst v. Blain*, [2009] B.C.H.R.T.D. No. 400, 2009 BCHRT 400 (centre de soins de santé, administré par la bande, dont tous les programmes sont financés par Santé Canada et qui s'attaque aux problèmes qui affectent de façon disproportionnelles les Autochtones).

Pour des exemples de décisions ayant qualifié la chose de compétence provinciale, voir : *Koehler v. Carson*, [2006] B.C.H.R.T.D. No. 178; *Konkin v. Ts'kw'aylaxw First Nation*, [2007] B.C.H.R.T.D. No. 3; *Saskatchewan Indian Gaming Authority Inc. v. National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers Union of Canada*, 2000 SKQB 176 (CanLII) (Relations de travail dans un casino opéré par une bande indienne sur une réserve); *Lanza v. VanASEP (Aboriginal Skills Employment Partnership) Training Society*, [2008] B.C.H.R.T.D. No. 398 (Centre de soins de santé pour autochtones); *D'Cruz v. Stl'atl'imx Tribal Police Board*, [2008] B.C.H.R.T.D. No. 457 (Décision bien étayée. Service de police autochtone sur une réserve. Décision fondée sur la compétence des provinces sur la propriété et le droit civil ainsi que l'administration de la justice dans la province.); *Hagen v. Aboriginal Community Career and Employment Services*, [2005] B.C.H.R.T.D. No. 456: 1 (Société incorporée selon les règles provinciales, offrant des services aux communautés autochtones); *Saunders v. Labrador Inuit Assn.*, préc., note 697 (Centre d'assistance aux Inuits de Terre-Neuve et Labrador).

Pour des exemples où l'on a été incapable de statuer sur la compétence : *Eustache v. Simpcw First Nation*, [2006] B.C.J. No. 3102, 2006 BCSC 1779 ; *Facca v. Community Futures Development Corp. Of Okanagan Similkameen*, [2006] B.C.H.R.T.D. No. 267; *Murray v. British Columbia Aboriginal Childcare Society*, [2006] B.C.H.R.T.D. No. 369; *Mottershead v. Tsow Tun Le Lum Society*, préc., note 785 (Dans cette affaire, la Commission canadienne des droits de la personne avait d'abord décliné sa compétence. Par la suite, dans une requête pour rejet d'action pour absence de compétence, le Tribunal des droits de la personne de la Colombie-Britannique l'a également déclinée et a recommandé au plaignant de faire reconsidérer la décision de la commission canadienne. Il s'agissait d'un centre d'aide aux membres des premières nations souffrant de problèmes d'alcoolisme ou d'autres substances. Pour en arriver à sa conclusion, le tribunal provincial a considéré le fait que la société est située sur une terre réservée aux Indiens, que ses programmes et sa mission visent le bien-être des Autochtones, que les administrateurs représentent des personnes issues autant des communautés que celles vivant en milieu urbain, que les clients non-autochtones font partie des familles des Autochtones).

873 *NIL/TU,O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees' Union*, préc., note 627.

présomption selon laquelle le pouvoir de réglementer les relations de travail relève du gouvernement provincial⁸⁷⁴.

La Cour avait raison de souligner qu'il ne suffisait pas que les principales activités de ces entreprises se rattachent au contenu essentiel de la compétence fédérale; il était nécessaire que la réglementation provinciale y porte atteinte (entrave, depuis 2007). Il en résultait que, dès que l'on considérait qu'une entreprise exerçait des activités se rattachant au cœur de la compétence fédérale, les tribunaux se déclaraient soit compétents ou incompétents, sans se questionner davantage.

Quoi qu'il en soit, la Cour suprême a déterminé que le fait qu'un centre d'aide à l'enfance, prodiguant des services de manière exclusive ou non à des Autochtones, à l'aide de personnel autochtone en tenant compte de la culture et de la langue autochtone, ne changeait rien à la qualification provinciale de l'entreprise :

La nature essentielle des activités de NIL/TU,O consiste à fournir des services aux enfants et aux familles, une question qui relève de la compétence provinciale. La présence de financement fédéral et le fait que les services de NIL/TU,O visent à répondre à des besoins précis sur le plan culturel ne changent pas, à mon avis, la nature manifestement provinciale de cette entité. La communauté visée par les activités de NIL/TU,O à titre d'agence d'aide à l'enfance ne change pas ce qu'elle fait, soit offrir des services d'aide à l'enfance. Les bénéficiaires visés peuvent et devraient sans doute influencer sur la façon dont ces services sont rendus, mais ils ne changent rien au fait que la prestation de services d'aide à l'enfance, une entreprise provinciale, est essentiellement la fonction de NIL/TU,O⁸⁷⁵.

En effet, ce n'est pas la manière dont une entreprise réalise une activité qui détermine la compétence, mais bien ce qu'elle fait.

La direction donnée par la Cour suprême au sujet de la qualification des entreprises autochtones au sens du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* nous amène à croire que leur nombre demeurera somme toute restreint.

Effectivement, dans *D'Cruz v. Stl'atl'imx Tribal Police Board*⁸⁷⁶, le tribunal des droits de la personne de Colombie-Britannique a déterminé qu'un service de police autochtone, bien que se spécialisant dans la prestation de services aux Autochtones, relevait de la compétence provinciale, en vertu des compétences sur la propriété et le droit civil ainsi que l'administration de la justice dans la province.

874 *Id.*, par. 19.

875 *Id.*, par. 45.

876 *D'Cruz v. Stl'atl'imx Tribal Police Board*, préc., note 872.

Dans *Pierre v. Bertrand and another*⁸⁷⁷, ce même tribunal a par contre déterminé qu'un centre de santé autochtone est de compétence fédérale, après s'être référé aux principes énoncés par la Cour suprême dans *NIL/TU, O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees' Union*⁸⁷⁸ :

Applying these principles to the present complaint, and in the particular circumstances of this case, I find that the Health Center is under federal jurisdiction for human rights purposes. TFN submits that it is a band within the meaning of the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5, and the delivery of health services on the reserve is governed by s. 81(1)(a) of the Act. The essential nature of the Health Center's operation is to provide health services to residents on the reserve. It is located on the reserve and carried out on behalf of the Band Council and at their direction.

While not all of the Health Center's employees are First Nations, and even assuming, without deciding, that some health services were provided to non-First Nations residents, this does not detract from the essentially First Nations character of the Health Center. The designated beneficiaries may and undoubtedly should affect how those services are delivered, but they do not change the fact that the delivery of health services is essentially what the Health Center does: *NIL/TU, O*, para. 45⁸⁷⁹.

La décision du tribunal semble fondée sur le fait que la prestation de services de santé est prévue à la *Loi sur les Indiens*, et ce, malgré la compétence provinciale en matière de prestation de soins de santé. Ainsi, des entités qui sont le fruit d'une question prévue par la *Loi sur les Indiens* seraient de compétence fédérale, d'autant plus lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, ces entités sont sous le contrôle direct du conseil de bande, bien que cet argument de contrôle ne soit pas le plus convaincant.

Par ailleurs, il existe d'autres situations pour lesquelles une entreprise pourra être qualifiée de fédérale au sens du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Plus haut, nous avons fait état d'une décision terre-neuvienne⁸⁸⁰ dans laquelle le tribunal a appliqué un code des droits de la personne de la province à un organisme non gouvernemental chargé, outre de déterminer le statut inuit, de fournir des services aux Inuits de la province⁸⁸¹. Nous avons mentionné que la question de la détermination du statut indien faisait partie des questions se situant au centre de la compétence sur les Indiens. À notre avis, il va de soi qu'un tel organisme devrait relever de la compétence fédérale au sens fonctionnel. Compte tenu de la nature de

877 *Pierre v. Bertrand and another*, préc., note 788.

878 *NIL/TU, O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees' Union*, préc., note 627.

879 *Pierre v. Bertrand and another*, préc., note 788, par. 8-9.

880 *Saunders v. Labrador Inuit Assn.*, préc., note 697.

881 *Supra*, p. 192.

l'entité, il y a fort à parier qu'un instrument des droits de la personne s'ingérerait intensément dans la gestion et les opérations de l'organisme, ce qui, rappelons-le, n'est pas permis par la doctrine de l'exclusivité des compétences.

Dans la même voie, les formes de gouvernance autochtone non reconnues par la Constitution⁸⁸² et ne faisant l'objet d'aucune législation particulière devraient à notre avis, entrer dans la catégorie des entreprises fédérales autochtones par l'entremise de la compétence sur les Indiens et de leurs terres réservées.

1.3. L'incorporation par renvoi de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens* : de l'exclusivité à la prépondérance fédérale

Exceptionnellement, des lois provinciales inapplicables aux Autochtones peuvent néanmoins trouver application par une incorporation au droit fédéral par renvoi à la législation provinciale.

Depuis 1951, la *Loi sur les Indiens* comprend un article prévoyant un mécanisme d'incorporation des lois provinciales d'application générale en droit fédéral. Ce dernier prévoit ce qui suit :

88. Sous réserve des dispositions de quelque traité et de quelque autre loi fédérale, toutes les lois d'application générale et en vigueur dans une province sont applicables aux Indiens qui s'y trouvent et à leur égard, sauf dans la mesure où ces lois sont incompatibles avec la présente loi ou la Loi sur la gestion financière et statistique des premières nations ou quelque arrêté, ordonnance, règle, règlement ou texte législatif d'une bande pris sous leur régime, et sauf dans la mesure où ces lois provinciales contiennent des dispositions sur toute question prévue par la présente loi ou la Loi sur la gestion financière et statistique des premières nations ou sous leur régime⁸⁸³.

Le terme indien auquel fait référence l'article 88 vise un Indien au sens de la *Loi sur les Indiens*⁸⁸⁴, ce qui a pour effet d'exclure les Indiens non inscrits, les métis de même que les Inuits. De plus, la disposition ne s'applique pas aux bandes qui, soit par traité ou autrement, ne sont plus soumises au régime de la *Loi sur les Indiens*. Pour ces personnes, une loi provinciale d'application générale ne pourrait pas être incorporée au sens de l'article 88. Dans ces circonstances, il ne subsisterait que deux possibilités : soit ces lois s'appliquent *ex proprio vigore*, ou encore elles sont tout simplement inapplicables⁸⁸⁵.

882 Telles que discutées au sein de la première partie de ce mémoire, *supra*, p. 79.

883 *Loi sur les Indiens*, art. 88.

884 *Loi sur les Indiens*, notamment les art. 4 et suivants.

885 Kerry WILKINS, « Still Crazy After All These Years: Section 88 of the Indian Act at Fifty », (2000) 38 *Alta. L. Rev.* 458, par. 48.

Cela dit, l'intention originelle à la base de cet article est pour le moins nébuleuse⁸⁸⁶. Néanmoins, on sait aujourd'hui que sa portée a plus qu'un simple effet déclaratoire des règles usuelles du partage des compétences. Quoi qu'il en soit, cette disposition a pour but d'incorporer en droit fédéral et d'appliquer aux Indiens des lois provinciales d'application générale⁸⁸⁷ qui seraient autrement inapplicables en raison de leur effet sur la quiddité indienne et qui ne pourraient donc pas s'appliquer *ex proprio vigore*⁸⁸⁸. Il s'agit en fait des lois « qui ne peuvent pas s'appliquer aux Indiens sans les toucher en tant qu'Indiens »⁸⁸⁹. Des lois visant la conservation de la faune et restreignant le droit de chasser ou de pêcher en sont le meilleur exemple⁸⁹⁰. Elles touchent nécessairement à l'indianité et seraient, sans l'article 88, inapplicables constitutionnellement. Par ailleurs, l'article 88 ne pourrait en aucun temps faire

886 L'auteur Kerry Wilkins, dans son article intitulé: « Still Crazy After All These Years: Section 88 of the Indian Act at Fifty », préc., note 885, aux pages 460 et suivantes, essaie tant bien que mal de retracer l'historique législatif de la disposition.

887 Au sujet des critères permettant de déterminer qu'une loi provinciale est d'application générale, voir *Kruger et al. c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104, p. 110 :

Deux critères peuvent nous permettre de déterminer si un texte législatif provincial est une loi d'application générale. En premier lieu, il faut examiner la portée territoriale de la Loi. Si la Loi n'a pas une portée uniforme sur tout le territoire, rien ne sert d'aller plus loin, il faut répondre par la négative. Par contre si la loi a une portée uniforme sur tout le territoire, il faut en étudier le but et les effets. L'objet et l'intention de la loi ne doivent pas être « relatifs à » un groupe de citoyens. Mais le fait qu'elle soit plus lourde de conséquences à l'égard d'une personne que d'une autre ne l'empêche pas, pour autant, d'être une loi d'application générale. Très peu de lois ont des effets uniformes. On franchit la frontière lorsqu'un texte législatif, bien que traitant d'un autre sujet, a pour effet de porter atteinte au statut ou aux droits d'un groupe particulier.

Un instrument provincial de protection des droits de la personne entre sans aucun doute dans cette catégorie : *R. DUPUIS*, préc., note 52, p. 27.

888 *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, par. 86 : « Premièrement, l'art. 88 sert un objectif important du point de vue du partage des compétences. En effet, sous le régime de cette disposition, des mesures législatives provinciales qui autrement ne s'appliqueraient pas aux Indiens, en raison du partage des pouvoirs entre le fédéral et les provinces, leur deviennent applicables en tant que droit fédéral incorporé par renvoi: *R. c. Dick*, [1985] 2 R.C.S. 309. »

889 *Dick c. La Reine*, préc., note 817. Par ailleurs, une polémique subsiste en regard de son application sur les terres réservées, l'article se référant uniquement aux Indiens. Voir par exemple *Little Leaf v. Houle*, préc., note 806, où le juge a préféré ne pas trancher la question, puisque les articles litigieux étaient de toute façon inopérants par l'effet des dispositions de la *Loi sur les Indiens* portant sur la gestion du territoire.

890 Pour autant que leur but n'est pas de régir la chasse chez les autochtones, tel que soulevé par la Cour suprême dans *Dick c. La Reine*, préc., note 817, par. 26 :

Les critères qu'a appliqués le juge Lambert en examinant la preuve dans ses motifs déjà cités conviennent parfaitement lorsqu'il s'agit de déterminer si l'application de la Wildlife Act à l'appelant aurait pour effet de le toucher en tant qu'Indien, auquel cas il serait nécessaire de donner à la Loi une interprétation atténuée; mais, mis à part l'intention du législateur et la doctrine de la législation déguisée, ces critères n'ont rien à voir avec la question de savoir si la Wildlife Act est une loi d'application générale. *Au contraire, c'est précisément en raison de son application générale que la Wildlife Act devrait, si ce n'était de l'art. 88 de la Loi sur les Indiens, recevoir une interprétation atténuée. Si l'effet spécial de la Wildlife Act sur les Indiens avait été exactement ce qu'envisageait le législateur et ce vers quoi elle tendait de par ses principes directeurs, on n'aurait pas pu lui donner une interprétation atténuée parce qu'il se serait agi d'une loi relative aux Indiens et, partant, manifestement inconstitutionnelle.* [Nos italiques]

Voir aussi K. WILKINS, préc., note 885, par. 41.

renaître des lois *ultra vires*⁸⁹¹. Des instruments provinciaux de protection des droits de la personne, qui ne posent pas de problèmes de validité constitutionnelle, pourraient donc être candidats à une incorporation en droit fédéral, dans la mesure où ils seraient autrement inapplicables.

En clair, l'article 88 modifie la règle d'inapplicabilité et la transforme par celle de la prépondérance fédérale. Les lois sauvegardées par l'effet de l'article 88 demeureront applicables, sous réserve de toute autre loi fédérale, arrêté, ordonnance, règle, règlement ou texte législatif d'une bande. Les règles de la prépondérance fédérale continuent donc de s'appliquer normalement, malgré l'incorporation des lois provinciales en droit fédéral.

Cependant, plusieurs exceptions à la règle de prépondérance ont été greffées à la disposition. Tout d'abord, pour toutes les questions prévues par la *Loi sur les Indiens*, il ne s'agit plus de savoir s'il y a conflit opérationnel avec la loi sauvegardée, comme nous l'avons vu plus haut⁸⁹², mais de savoir si le champ a été occupé. Ceci restreint les cas d'application des lois provinciales :

L'article 88 va cependant plus loin : une loi provinciale sera inapplicable si elle porte sur une matière traitée dans la *Loi sur les Indiens* ou un règlement dont celle-ci autorise l'adoption. Ainsi, l'article 88 cherche à remplacer le critère de l'incompatibilité opérationnelle par celui du champ occupé : même s'il est possible de se conformer en même temps à une loi provinciale et à un règlement d'une bande, seul le règlement s'appliquera si l'on juge que les deux textes portent sur un même sujet. Ce critère renforcé d'incompatibilité assure donc une plus grande protection aux règlements que les bandes peuvent adopter⁸⁹³.

De plus, l'article 88 accorde une protection quasi absolue aux traités, plus étendue que celle prévue à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1892*, tel que le révèle la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Côté*⁸⁹⁴ :

Je souligne toutefois que, selon le texte de l'art. 88, la *Loi sur les Indiens* semble accorder aux droits issus de traités une protection plus large contre les mesures législatives provinciales incompatibles que ne le fait la *Loi constitutionnelle de 1982*. En effet, une

891 P. HOGG, préc., note 5, p. 28-16; K. WILKINS, préc., note 885, par. 38:

To understand what this means in practice, we need to remember the kinds of provincial laws to which s. 88, as a whole, pertains. Section 88 exists to give federal effect to those valid provincial measures that could not, as such, apply to Indians. It does not govern the application of valid provincial laws that apply to Indians of their own force, and it cannot give effect to provincial laws that are simply invalid. The only provincial laws, then, even eligible for consideration for federal incorporation pursuant to s. 88 are those whose primary business is not to regulate s. 91(24) lands or Indians (or any other matter within exclusive federal authority) but whose provisions, applied full strength, would nonetheless have the effect of doing so.

892 *Supra*, p. 153 et suivantes.

893 S. GRAMMOND, préc., note 1, p. 375. Voir également P. HOGG, préc., note 5, p. 28-18.

894 *R. c. Côté*, préc., note 888.

fois qu'il a été démontré qu'une mesure législative provinciale porte atteinte aux «dispositions [d'un] traité», il est possible de soutenir que ces dispositions l'emporteraient par suite de l'application de l'art. 88, même en présence d'une justification fondée. Cette disposition législative ne comporte pas expressément une obligation de justification analogue à celle prévue par le cadre d'analyse établi dans *Sparrow*. Les limites précises de la protection conférée par l'art. 88 seront examinées à une autre occasion⁸⁹⁵.

Cette occasion s'est présentée dans le cadre de l'arrêt *R c. Morris*, discuté précédemment, où nous avons souligné qu'un traité faisait partie intégrante du cœur de la compétence fédérale sur les Indiens. Au sujet de l'article 88, la plus haute instance a déterminé que les lois provinciales incompatibles demeurent inapplicables et ne peuvent pas être incorporées par l'article 88 dès le moment où une atteinte *prima facie* à un traité est constatée⁸⁹⁶. Seule une atteinte négligeable au traité serait permise⁸⁹⁷.

Afin d'illustrer les effets de l'article 88 sur les instruments provinciaux de protection des droits de la personne, reprenons notre exemple de l'affaire *Thomas v. Norris*⁸⁹⁸ où un groupe d'autochtones s'est adonné à des activités de voies de fait en raison d'une cérémonie d'initiation à un rituel religieux sur un autochtone non consentant. Advenant le fait que l'instrument provincial ait pour effet d'entraver la quiddité indienne, l'article 88 le rendrait applicable par incorporation en droit fédéral. Ainsi, dans une poursuite en responsabilité civile, l'Autochtone subissant le préjudice pourrait donc, par exemple, choisir d'invoquer l'article premier de la *Charte québécoise*⁸⁹⁹.

Au Québec, il n'y a qu'une seule décision touchant la question de l'application de la *Charte québécoise* à un conseil de bande par l'intermédiaire de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*. Dans l'arrêt de la Cour d'appel du Québec *Conseil de la nation huronne Wendat c. Gagnon*⁹⁰⁰, l'intimée Huguette Gagnon avait été congédiée par le conseil de bande en raison du non-respect d'une directive empêchant les salariés de se présenter à des élections du conseil. À la suite

895 *Id.*, par. 87.

896 *R. c. Morris*, préc., note 585, par. 53 et suivants, par. 100. Ce qui voudrait dire, selon le professeur Kerry Wilkins, que la procédure de justification de la violation d'un droit issu de traité deviendrait dès lors superflue : K. WILKINS, préc., note 617, p.25 et 30; K. WILKINS, préc., note 885, par. 26.

897 *R. c. Morris*, préc., note 585, par. 48; H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 50, p. 528.

898 *Thomas v. Norris*, préc., note 435.

899 *Charte québécoise*, art. 1 : « Tout être humain a droit à la vie, ainsi qu'à la sûreté, à l'intégrité et à la liberté de sa personne. »

900 *Conseil de la nation huronne Wendat c. Gagnon*, 1991 CanLII 3744 (QC CA).

d'une plainte au sens de l'article 240 du *Code canadien du travail*⁹⁰¹, l'arbitre a jugé de façon erronée que la *Charte canadienne* ne s'appliquait pas en l'espèce, mais que cette directive était discriminatoire à sa face-même mais également au sens de la *Charte québécoise*. Puis, il a annulé le congédiement et ordonné la réintégration.

Les juges majoritaires de la Cour d'appel n'ont pas voulu aborder la question de l'application de la *Charte québécoise* à un employeur fédéral. Ils ont plutôt préféré valider la décision de l'arbitre en ajoutant « qu'il ne s'agirait tout au plus que d'un bon jugement prononcé pour les mauvaises raisons »⁹⁰². Qui plus est, la décision n'était pas déraisonnable à leurs yeux.

Cependant, la juge Rousseau-Houle n'était pas du même avis et estimait que la question du partage des compétences devait faire l'objet d'un examen. Elle a d'abord déterminé qu'un conseil de bande était visé par le terme « gouvernement » au sens de l'article 32 de la *Charte canadienne*. Elle a ensuite considéré l'application de la *Charte québécoise* à un conseil de bande en tant qu'employeur. La juge Rousseau-Houle s'est ensuite référée à un arrêt de la Cour suprême mentionnant que l'article 88 ne « se rapporte [pas] à des lois sans effet, mais plutôt à des lois provinciales qui, en tant que telles, sont inapplicables aux Indiens aux termes de la Loi sur les Indiens »⁹⁰³. Elle a donc déterminé que l'article 88 de la *Loi sur les Indiens* avait pour objectif d'incorporer des lois provinciales valides d'application générale ayant un effet sur l'indianité. Dans le cas en l'espèce, elle a conclu que la *Charte québécoise* était une loi d'application générale qui devait s'appliquer aux Indiens *ex proprio vigore*. Elle n'avait donc pas à être incorporée par renvoi :

La Charte (québécoise des droits et libertés de la personne) dans la mesure où ses dispositions ont un effet sur les relations de travail est une loi d'application générale de la première catégorie. Elle s'applique donc aux Indiens *ex proprio vigore* et n'a pas à être incorporée par renvoi dans la *Loi sur les Indiens*.

Si la Charte québécoise, en tant que loi d'application générale ne portant pas atteinte à la quiddité indienne, s'applique aux Indiens résidant au Québec, il ne s'ensuit pas qu'elle puisse être constitutionnellement appliquée aux relations du travail entre un Conseil de Bande et ses employés⁹⁰⁴.

La juge Rousseau-Houle continue son raisonnement en appliquant les principes enseignés dans l'arrêt *Four B Manufacturing*⁹⁰⁵. Elle jugea que la *Charte québécoise* ne pouvait pas

901 *Code canadien du travail*, préc., note 861, art. 240.

902 *Conseil de la nation huronne Wendat c. Gagnon*, préc., note 900, p. 5.

903 *Parents naturels c. Superintendent of Child Welfare*, préc., note 826, p. 763.

904 *Conseil de la nation huronne Wendat c. Gagnon*, préc., note 900, p.15.

905 *Four B Manufacturing c. Travailleurs unis du vêtement*, préc., note 641.

s'appliquer, les conseils de bande tirant leur existence de l'exercice de la compétence du fédéral sur les Indiens :

Contrairement à la situation prévalant dans l'arrêt *Four B Man. c. Travailleurs unis du Vêtement*, [1980] 1 R.C.S. 1031 ou l'exploitation sur une réserve indienne d'une entreprise de chaussures appartenant à quatre membres de la bande n'a pas été considérée comme une affaire de compétence fédérale soustraite à la *Loi sur les relations de travail de l'Ontario*, les relations de travail entre le Conseil de Bande et ses employés sont en l'espèce exclusivement régies par le *Code canadien du travail*.

Tant l'article 55 de la Charte québécoise que les principes constitutionnels relatifs au partage des compétences ne pouvaient permettre à l'arbitre d'interpréter l'article 88 de la *Loi sur les Indiens* de manière à ce que la Charte québécoise puisse être constitutionnellement appliquée aux relations de travail entre le Conseil de Bande et ses employés et de manière à ce que cette Charte invalide une résolution adoptée par une autorité administrative fédérale⁹⁰⁶.

À notre avis, la juge Rousseau-Houle, dans son raisonnement fait fausse route et son interprétation de l'article 88 est, à nos yeux, incorrecte. La *Charte québécoise* ne pouvait pas s'appliquer d'elle-même sans entraver un élément essentiel de la gestion et des opérations du conseil de bande, qui font partie intégrante de la compétence fédérale sur les Indiens. À l'instar de plusieurs, elle ne semble pas concevoir la quiddité indienne comme une façon d'exprimer le cœur de la compétence fédérale sur les Indiens. La gestion et les opérations faisant partie des éléments essentiels d'une entreprise autochtone, la *Charte québécoise* portait nettement atteinte à la quiddité indienne, ou, en d'autres mots, au cœur de la compétence sur les Indiens. Elle ne pouvait donc pas s'appliquer *ex proprio vigore*, c'est-à-dire d'elle-même, de sa propre autorité. Ainsi, selon la doctrine de l'exclusivité des compétences, la *Charte québécoise* devenait inapplicable. Ce que l'article 88 ne peut pas faire, c'est de « ressusciter », c'est-à-dire de « valider » des lois invalides en raison du partage des compétences. Or, la *Charte québécoise* est clairement une loi valide. L'objectif de l'article 88 est d'incorporer en droit fédéral des lois provinciales qui seraient autrement inapplicables selon les règles constitutionnelles, comme c'était le cas en l'espèce. N'eût-été son incompatibilité avec la résolution du Conseil au sens des exceptions prévues par l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*, la *Charte québécoise* aurait trouvé application par incorporation. En effet, au sens de l'article 88, la résolution du conseil aurait été considérée comme « quelque arrêté, ordonnance, règle, règlement ou texte législatif d'une

906 *Conseil de la nation huronne Wendat c. Gagnon*, préc., note 900, p.15. Par ailleurs, l'on pourrait s'interroger sur l'incorporation des lois provinciales du travail en droit fédéral par l'entremise de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*. À cette question, nous croyons que par la règle spéciale de prépondérance exprimée par l'article 88, les lois provinciales du travail seraient soit inapplicables ou à tout le moins, inopérantes.

bande pris sous leur régime »⁹⁰⁷. La magistrat avait, sur le fond, raison de refuser d'appliquer la *Charte québécoise*.

En terminant, précisons que d'autres dispositions encadrant l'application des lois provinciales se retrouvent dans d'autres lois fédérales visant certains Autochtones : la *Loi sur le gouvernement du territoire provisoire de Kanesatake*⁹⁰⁸, la *Loi sur le Nunavut*⁹⁰⁹ (vise autant les Indiens que les Inuits), la *Loi sur les Territoires du Nord-Ouest*⁹¹⁰ (ne vise que les Inuits) ou la *Loi sur le Yukon*⁹¹¹.

Section 2. Les instruments fédéraux : l'exercice d'une compétence accessoire

L'application des instruments fédéraux de protection des droits de la personne, soit la *Déclaration canadienne des droits* et la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, pose de moins grandes difficultés en matières autochtones que l'application des instruments provinciaux, compte tenu de la compétence fédérale sur les Indiens et leurs terres. En effet, la dimension d'entrave au cœur de la compétence par les instruments fédéraux est nécessairement absente, puisque le Parlement peut choisir de légiférer de la manière qu'il l'entend à l'intérieur de ses champs de compétence. Le partage des compétences n'entraîne donc pas d'obstacle à l'application des instruments fédéraux aux Autochtones comme c'est le cas pour les lois provinciales.

907 *Loi sur les Indiens*, art. 88.

908 *Loi sur le gouvernement du territoire provisoire de Kanesatake*, préc., note 142, art. 17 :

17. (1) Les dispositions de la présente loi et des lois des Mohawks de Kanesatake l'emportent sur les dispositions incompatibles des lois provinciales visées par l'article 88 de la Loi sur les Indiens et des règlements municipaux. Ces dernières lois et ces règlements sont de plus inapplicables en ce qui touche toute question régie par la présente loi ou ses textes d'application.

(2) Les dispositions des lois des Mohawks de Kanesatake l'emportent sur les dispositions incompatibles de toute autre loi provinciale.

(3) Les dispositions des lois fédérales l'emportent sur les dispositions incompatibles des lois des Mohawks de Kanesatake.

909 *Loi sur le Nunavut*, L.C. 1993, c. 28, art. 23 :

23. (1) Sous réserve de toute autre loi fédérale, la législature a compétence pour légiférer en toute matière comprise dans les domaines suivants :

[...]

(3) Sous réserve de toute autre loi fédérale, le paragraphe (2) n'a pas pour effet d'empêcher la législature d'adopter des lois de portée générale applicables aux Indiens et aux Inuit.

910 *Loi sur les Territoires du Nord-Ouest*, L.R.C. 1985, c. N-27, art. 22 :

22. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, les règles de droit applicables en Angleterre au 15 juillet 1870 en matière pénale et civile sont en vigueur dans les territoires, dans la mesure où elles peuvent s'y appliquer et n'ont pas été par la suite abrogées ou modifiées, en ce qui les concerne, par loi du Parlement britannique ou du Parlement canadien, ou par une ordonnance.

(2) Sauf disposition contraire, les lois et autres règles de droit de portée générale en vigueur dans les territoires s'appliquent aux Inuit qui s'y trouvent.

911 *Loi sur le Yukon*, L.C. 2002, c. 7, art. 22.

Malgré cela, il faut bien préciser le champ d'application des instruments fédéraux de protection des droits et libertés et s'assurer que leur application reste conforme aux droits ancestraux ou issus de traités. En effet, tout comme les instruments provinciaux, ces instruments fédéraux demeurent essentiellement, et malgré leur statut quasi constitutionnel, des lois ordinaires.

2.1. La Déclaration canadienne des droits

Premier instrument du genre, la *Déclaration canadienne des droits* a été adoptée par le Parlement fédéral, en 1960. Tout comme les autres instruments de protection des droits et libertés de la personne, elle a été qualifiée de quasi constitutionnelle par la Cour suprême dès 1974⁹¹².

La *Déclaration canadienne des droits* a généralement été interprétée de manière plus restrictive que la *Charte canadienne*, notamment en raison de l'absence d'une disposition analogue à celle de l'article premier de la *Charte canadienne* et de l'hésitation des tribunaux d'aller à l'encontre de la souveraineté parlementaire⁹¹³. Pour cette raison, et puisque la plupart de ses dispositions sont maintenant reprises dans la *Charte canadienne*, la *Déclaration canadienne des droits* reste un instrument peu déterminant dans l'histoire canadienne des droits de la personne⁹¹⁴.

Par exemple, elle n'a pas su permettre de corriger la discrimination engendrée à l'égard des femmes autochtones par la *Loi sur les Indiens* qui prohibait la transmission de leur statut à leurs enfants lorsqu'elles mariaient un allochtone⁹¹⁵. Cependant, elle a rendu inopérantes les dispositions de la *Loi sur les Indiens* qui prévoyaient l'interdiction de se retrouver en état d'ivresse à l'extérieur d'une réserve indienne⁹¹⁶.

Selon ses articles 2 et 5, la *Déclaration canadienne des droits* s'applique à toutes les lois du Canada, de même qu'à toutes les ordonnances et tous les règlements fédéraux. En fait, elle s'étend à « tous les actes de toutes les instances de l'administration fédérale »⁹¹⁷, mais

912 *Hogan c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 574, p. 583 et 597.

913 P. HOGG, préc., note 5, p. 35-10 et suivantes.

914 Elle refait de temps à autre surface, surtout à l'égard des protections offertes qui n'ont pas de pendant dans la *Charte canadienne*. Voir par exemple, *Compagnie des chemins de fers nationaux de Canada c. Canada (Procureur général)*, 2007 CF 371 (CanLII); *Authorson c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 39, [2003] 2 R.C.S. 40.

915 *Procureur général du Canada c. Lavell*, [1974] R.C.S. 1349.

916 *La Reine c. Drybones*, préc., note 18.

917 H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 50, p. 947.

probablement pas aux personnes privées⁹¹⁸. Elle rend inopérantes, sinon invalides, toutes les lois ne s'y conformant pas⁹¹⁹. Ainsi, elle s'applique à la *Loi sur les Indiens* et aux conseils de bande, dans la mesure où ces derniers tirent leur autorité d'une délégation de la part du Parlement.

Par ailleurs, la *Déclaration canadienne des droits* pourrait s'appliquer aux lois provinciales incorporées au sens de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*⁹²⁰. Ceci aurait pour conséquence de soumettre de manière tout à fait théorique et hypothétique la *Charte québécoise* ou tout autre instrument provincial à la *Déclaration canadienne des droits*. En effet, rappelons-nous que l'objectif de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens* est d'incorporer en droit fédéral les lois provinciales d'application générale qui seraient normalement inapplicables aux Indiens. S'agissant de lois fédérales aux fins de l'article 88, rien ne s'opposerait à ce que ces lois incorporées en droit fédéral soient assujetties à la *Déclaration canadienne des droits*.

2.2 La Loi canadienne sur les droits de la personne

À l'instar de la *Déclaration canadienne des droits*, la *Loi canadienne sur les droits de la personne* s'applique aussi aux actes de l'administration fédérale, tel que le révèle son article 66 qui prévoit que « [l]a présente loi lie Sa Majesté du chef du Canada sauf en ce qui concerne les gouvernements du Yukon, des Territoires du Nord-Ouest et du Nunavut »⁹²¹.

Tout comme les instruments provinciaux des droits de la personne, la *Loi canadienne* s'applique aux personnes privées sous juridiction fédérale⁹²². Rappelons que la *Loi canadienne* ne peut être constitutionnellement appliquée qu'à des entités fédérales au sens fonctionnel du terme, considérant que la compétence fédérale en matière de droits et libertés de la personne ne peut être qu'accessoire.

Mis à part les conseils de bande et les entreprises autochtones telles que décrites plus haut⁹²³, la difficulté ici repose sur le fait que les Indiens au sens du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne constituent pas des personnes fédérales au sens fonctionnel du terme, du moins, pas dans toutes leurs facettes. Dans tout ce qui ne relève pas de la

918 *Id.*, p. 946-947.

919 P. HOGG, préc., note 5, p. 35-3 et suivantes.

920 *Id.*, p. 28-7.

921 *Loi canadienne sur les droits de la personne*, art. 66.

922 H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 50, p. 947.

923 *Supra*, p. 197 et suivantes.

compétence fédérale sur les Indiens, ces derniers ne sont pas différents des autres citoyens canadiens et les lois provinciales leur sont normalement applicables. D'un autre côté, ils n'en demeure pas moins que le Parlement fédéral exerce une compétence exclusive sur les Indiens. Quoi qu'il en soit, il n'est pas impossible que la *Loi canadienne sur les droits de la personne* soit applicable aux Indiens à part entière, si l'on s'en tient qu'à l'article 2 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* qui prévoit l'application de la loi dans les champs de compétence du Parlement du Canada.

Est-ce réaliste de croire que les Indiens, contrairement à d'autres citoyens canadiens et peu importe les actes qu'ils accomplissent, soient toujours soumis aux prescriptions de la *Loi canadienne*, en plus de celles des instruments provinciaux? Par exemple, la *Loi canadienne* sur les droits de la personne s'appliquerait-elle à un Indien qui refuserait à une personne de louer son logement pour des motifs illicites et discriminatoires? La *Loi canadienne* s'appliquerait-elle à des cas similaires aux faits de l'affaire *Thomas v. Norris*⁹²⁴, fréquemment citée dans ce mémoire?

À notre connaissance, de tels recours n'ont jamais, à ce jour, été tentés⁹²⁵. Les auteurs Brun, Tremblay et Brouillet, en parlant de personnes ou de situations fédérales, telles que des Autochtones, semblent croire à une telle éventualité⁹²⁶. Pour sa part, l'auteure Shirish Pundit Chotalia, ne semble pas formellement s'y opposer :

Pursuant to section 91(24), Parliament has jurisdiction with respect to « Indians, and Lands reserved for the Indians ». However, conversely, provincial human rights codes may affect the same to the extent that the laws are not essentially related to Indians and Indian land, and this Act does not cover the same⁹²⁷.

Qu'importe, il serait surprenant que telle interprétation soit retenue, tout en admettant que cette éventualité demeure possible. D'ailleurs, un document d'information destiné à renseigner les citoyens, gouvernements et organisations des Premières Nations et préparé par l'Assemblée des Premières Nations déclare que tout citoyen canadien, incluant ceux des Premières Nations, peuvent se prémunir de la *Loi canadienne*. À leur avis, cette loi s'applique aux « ministères et

924 *Thomas v. Norris*, préc., note 435.

925 Ce qui pourrait être notamment expliqué par la plus grande étendue des droits protégés par les instruments provinciaux.

926 H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 50, p. 947.

927 Shirish PUNDIT CHOTALIA, *The 2000 Annotated Canadian Human Rights Act*, Scarborough, Carswell, 1999, p. 4.

organismes fédéraux, aux sociétés d'État et au Parlement », de même qu'« aux employeurs et aux entreprises ou entités relevant de la compétence fédérale qui offrent leurs services au public, ainsi qu'au contenu de la législation fédérale (comme la *Loi sur les Indiens*) » et aux « gouvernements des premières nations conformément à leurs pouvoirs aux termes de la *Loi sur les Indiens* »⁹²⁸. Aucun mot sur l'application à titre individuel ou à d'autres fins que celles précédemment décrites. La question demeure donc ouverte.

En revanche, nous savons que la *Loi canadienne sur les droits de la personne* s'applique aux entreprises autochtones et aux conseils de bande. Pour ces derniers, ce n'est que somme toute récemment que la *Loi canadienne* leur est applicable dans sa totalité. En effet, avant l'année 2008, l'article 67 de la *Loi canadienne*, maintenant abrogé, mais qui a fait l'objet de nombreuses critiques⁹²⁹, prévoyait que la loi « est sans effet sur la *Loi sur les Indiens* et sur les dispositions prises en vertu de cette loi »⁹³⁰. Les Autochtones étaient alors les seules personnes au Canada à bénéficier d'une protection atténuée contre la discrimination.

Cette limitation a été interprétée de manière restrictive par les tribunaux, s'agissant d'une

928 ASSEMBLÉE DES PREMIÈRES NATIONS, *La Loi canadienne sur les droits de la personne : information destinée aux citoyens, aux gouvernements et aux organisations des Premières Nations*, 2010, p.2, en ligne: <http://64.26.129.156/cmslib/general/09-11-19_summary-FR.pdf> (à jour au 20 décembre 2012).

929 David NEWMAN, « A Double Standard: Indians are not Protected Against Political Discrimination », (2007) 32 *Man. L.J.* 117; ASSOCIATION DES FEMMES AUTOCHTONES DU CANADA, *Abrogation de l'article 67 de la Loi canadienne sur les droits de la personne*, Exposé de l'Association des femmes autochtones du Canada, Exposé préparé pour le Sommet national des femmes autochtones du 20 au 22 juin 2007 à Corner Brook (Terre-Neuve-et-Labrador), 2007, en ligne: <http://www.travel-net.com/~nwacweb/fr/documents/F_nwac.repeal_of_s67.jun1607.pdf> (à jour au 17 juin 2012); Stefan MATIATION, « Where Are My Human Rights?: Aboriginal People and HIV/AIDS », (1999) 4 *Canadian HIV/AIDS Policy & Law Newsletter*, No. 2/3; Auteur inconnu, « HIV/AIDS and Aboriginal Communities: Problems of Jurisdiction and Discrimination: A Review » (1996) 3 *Canadian HIV/AIDS Policy & Law Newsletter* No. 1; R. DUPUIS, préc., note 21, p. 64 et suivantes, p. 130; GOUVERNEMENT DU CANADA, Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux, « *Toujours une question de droits* » – *Rapport spécial de la Commission canadienne des droits de la personne sur l'abrogation de l'article 67 de la Loi canadienne sur les droits de la personne*, Commission canadienne des droits de la personne 2008, en ligne: <http://www.chrc-ccdp.ca/pdf/rapport_still_matter_of_rights_fr.pdf> (à jour au 20 décembre 2012); GOUVERNEMENT DU CANADA, Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux, « *Une question de droits* » – *Rapport spécial de la Commission canadienne des droits de la personne sur l'abrogation de l'article 67 de la Loi canadienne sur les droits de la personne*, Commission canadienne des droits de la personne, 2005, en ligne: <http://www.chrc-ccdp.ca/pdf/rapport_a_matter_of_rights_fr.pdf> (à jour au 20 décembre 2012); Mary C. HURLEY, *Projet de loi C-21 : Loi modifiant la Loi canadienne sur les droits de la personne*, Division du droit et du gouvernement, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, 2008, LS-577F 31, en ligne: <http://www.parl.gc.ca/About/Parliament/LegislativeSummaries/Bills_ls.asp?Language=F&ls=c21&Parl=39&Ses=2> (à jour au 17 juin 2012).

930 *Loi canadienne*, Art. 67, abrogé par la *Loi modifiant la Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.C. 2008, c. 30, art. 1.

exception à une loi quasi constitutionnelle⁹³¹ :

Indubitablement, l'article 67 reconnaît que certaines dispositions de la *Loi sur les Indiens* et de ses règlements peuvent être en conflit avec la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et, dans un tel cas, la *Loi sur les Indiens* et son Règlement auront préséance, mais je ne crois pas que l'on puisse dire que l'article 67 enlève du champ de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* toutes les décisions prises par les conseils des bandes indiennes dans la mesure où elles sont prises en vertu du Règlement sur le mode de procédure au conseil des bandes d'Indiens. Si le législateur fédéral avait voulu soustraire toutes les décisions prises par les conseils des bandes indiennes au contrôle de la Commission des droits de la personne, il l'aurait expressément prévu au lieu d'édicter l'article 67. L'article 67 protège les décisions autorisées par la *Loi sur les Indiens* et par son Règlement, mais non toutes les décisions prises par les conseils des bandes indiennes. Je crois que cette conclusion s'accorde avec les remarques incidentes de l'arrêt *Desjarlais (Re)*. L'article 67 ne vient donc pas en aide au requérant⁹³².

En outre, la présence de l'article 67 de la *Loi canadienne* n'a pas exempté un conseil scolaire lié à une bande autochtone de respecter la *Loi canadienne*, puisqu'un congédiement ne constituait pas une décision prise en vertu de la *Loi sur les Indiens*⁹³³. Ce n'était en effet que les décisions autorisées par la *Loi sur les Indiens* en vertu d'une disposition spécifique et non celles prises par les conseils de bandes qui étaient visées⁹³⁴.

La *Loi modifiant la Loi canadienne sur les droits de la personne*⁹³⁵, afin de rendre la *Loi canadienne* pleinement applicable à l'ensemble des conseils de bande, prévoyait une période transitoire de 36 mois, qui est maintenant révolue.

Cette *Loi modifiant la Loi canadienne sur les droits de la personne*⁹³⁶ prévoit une disposition interprétative à son article 1.1 qui n'est pas sans rappeler l'article 25 de la *Charte canadienne* :

1.1. Il est entendu que l'abrogation de l'article 67 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ne porte pas atteinte à la protection des droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada découlant de leur reconnaissance et de leur confirmation au titre de l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982⁹³⁷.

Comme les droits ancestraux ou issus de traités font partie de la Constitution, cette disposition peut à première vue sembler inutile. Elle sert néanmoins de précaution sous forme de rappel en

931 *Canada (Commission des droits de la personne) c. Conseil de la Bande Gordon*, 2000 CanLII 17153 (CAF), [2001] 1 C.F. 124 (C.A.), par. 15; *Malec et autres c. Conseil des Montagnais de Natashquan*, 2010 TCDP 2 (CanLII), par. 101.

932 *Bande indienne de Shubenacadie c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1998] 2 CF 198, confirmé par [2000] A.C.F. N° 702 (C.A.).

933 *Bernard c. Conseil scolaire de Waycobah*, 1999 CanLII 1914 (TCDP).

934 *Malec et autres c. Conseil des Montagnais de Natashquan*, préc., note 931, par. 100 et suivants.

935 *Loi modifiant la Loi canadienne sur les droits de la personne*, préc., note 930.

936 *Id.*

937 *Id.*, art. 1.1.

établissant une certitude quant à la primauté des droits ancestraux ou issus de traités sur la *Loi canadienne*. Cette disposition confirme l'idée selon laquelle le législateur n'a jamais voulu porter atteinte à un droit ancestral ou issu de traité par l'entremise de la *Loi canadienne*⁹³⁸. Cet article pourrait également être considéré comme une mesure de consultation et d'accommodement.

La loi prévoit aussi une autre disposition interprétative qui est, à notre connaissance, sans pareil au sein de la législation canadienne, en affirmant que la *Loi canadienne* doit tenir compte des traditions juridiques et des règles de droit coutumier des Premières Nations :

1.2. Dans le cas d'une plainte déposée au titre de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* à l'encontre du gouvernement d'une première nation, y compris un conseil de bande, un conseil tribal ou une autorité gouvernementale qui offre ou administre des programmes et des services sous le régime de la *Loi sur les Indiens*, la présente loi doit être interprétée et appliquée de manière à tenir compte des traditions juridiques et des règles de droit coutumier des Premières Nations et, en particulier, de l'équilibre entre les droits et intérêts individuels et les droits et intérêts collectifs, dans la mesure où ces traditions et règles sont compatibles avec le principe de l'égalité entre les sexes⁹³⁹.

Cette règle interprétative semble résulter d'un compromis entre l'abrogation pure et simple de l'article 67 de la *Loi canadienne* et son maintien. Cette disposition a été adoptée à suite de nombreux débats⁹⁴⁰, et ce, afin de tenir compte des préoccupations ayant pris naissance dans certains milieux autochtones et de mieux considérer le contexte autochtone.

S'agissant d'une simple règle d'interprétation, on ne saurait donner plus d'effets à une telle disposition qu'elle n'en produit en réalité. Elle n'est pas le pendant quasi constitutionnel de l'article 25 de la *Charte canadienne*. Elle a plus de ressemblance avec l'article 27 de la *Charte canadienne*, qui prévoit que « toute interprétation de la présente charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens »⁹⁴¹.

De plus, il faut rappeler qu'un texte quasi constitutionnel demeure subordonné à la Constitution, dont la *Charte canadienne* fait partie intégrante⁹⁴². Toujours à l'article 1.2, le passage faisant

938 La disposition pourrait à la limite être considérée comme une renonciation à la procédure de justification de la violation d'un droit ancestral ou issu de traité, telle qu'élaborée dans l'arrêt *R. c. Sparrow*, préc., note 59.

939 *Loi modifiant la Loi canadienne sur les droits de la personne*, préc., note 930, art. 1.2.

940 M. C. HURLEY., préc., note 929.

941 *Charte canadienne*, art. 27.

942 *Vriend c. Alberta*, préc., note 99.

mention de l'égalité des sexes n'était pas davantage nécessaire, puisque, comme nous l'avons vu⁹⁴³, l'égalité des sexes est promulguée comme valeur absolue aux articles 28 et 35(4) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Du reste, il se pourrait fort bien que bon nombre des traditions et coutumes visées par cet article 1.2 fassent déjà l'objet de protections par l'entremise de l'article 25 de la *Charte canadienne*. Toutefois, comme l'article 25 de la *Charte canadienne* ne peut être invoqué de manière autonome, l'article 1.2 de la *Loi canadienne* demeure pertinent dans la protection des traditions juridiques et coutumes autochtones.

À notre sens, s'agissant d'une disposition interprétative, l'article 1.2 devrait être utilisé en tant que prisme interprétatif⁹⁴⁴. Un examen au sens de l'article 1.2 devrait sommairement chercher à refléter et préserver le contexte social, politique ou historique des peuples autochtones. L'allégation de discrimination devrait être ainsi filtrée par ce prisme de manière à réconcilier deux droits divergents. Cependant, dans la mesure où l'on ne peut réconcilier des droits collectifs avec des droits individuels, les droits prévus à la *Loi canadienne* doivent l'emporter, car l'article 1.2 n'est qu'une disposition interprétative.

Depuis l'abrogation de la disposition, de nombreuses plaintes ont été déposées devant le tribunal canadien des droits de la personne⁹⁴⁵. Par exemple, dans *Louie, James, Beattie, Joyce v. Indian and Northern Affairs Canada*⁹⁴⁶, le Ministère des affaires indiennes et Nord Canada a été condamné à reconsidérer sa décision de ne pas permettre la location d'une terre en vertu de l'article 58(3) de la *Loi sur les Indiens*⁹⁴⁷, laquelle était fondée sur la « protection » des personnes détenant un statut indien :

Since the Act is now subject to the CHRA, I conclude that the application process under s. 58(3) must become an enabling administrative function that recognizes and accepts status Indians (other than those who are minors or mentally incompetent) as personally responsible Canadians capable of making their own determinations of anticipated benefits to be derived from leasing their lands, and that ministerial discretion must not be exercised

943 *Supra*, p. 124 et suivantes.

944 *Supra*, p. 110.

945 CBC News, « Aboriginal people file hundreds of human rights complaints », *CBC Radio-Canada*, le 18 juin 2012, en ligne: <<http://www.cbc.ca/news/canada/story/2012/06/18/aboriginal-human-rights-complaints.html>> (à jour au 10 janvier 2013).

946 *Louie, James, Beattie, Joyce v. Indian and Northern Affairs Canada*, 2011 CHRT 2.

947 *Loi sur les Indiens*, par. 58(3) : « Le ministre peut louer au profit de tout Indien, à la demande de celui-ci, la terre dont ce dernier est en possession légitime sans que celle-ci soit désignée. »

unilaterally⁹⁴⁸.

La plupart des plaintes sont encore pendantes et les jugements à venir permettront de connaître la manière dont les tribunaux accueilleront l'abrogation de l'article 67 de la *Loi canadienne*. Il demeure que les droits ancestraux ou issus de traités devront être respectés dans l'application des instruments de protection des droits de la personne.

Section 3. Les instruments quasi constitutionnels subordonnés à la protection constitutionnelle des droits ancestraux ou issus de traités

Dans cette dernière section, nous analyserons les impacts des droits ancestraux ou issus de traités des peuples autochtones sur les instruments quasi constitutionnels de protection des droits de la personne.

Nous avons vu plus haut que les droits ancestraux correspondent à des coutumes, pratiques et traditions faisant partie intégrante de la culture autochtone distinctive du groupe. Ils peuvent varier d'un simple droit à pratiquer une activité jusqu'à l'utilisation et l'occupation de façon exclusive des terres, tels le titre aborigène ou le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale⁹⁴⁹. En y additionnant les traités⁹⁵⁰, qui peuvent ou non porter sur de semblables matières, il y a un potentiel de conflit avec les codes provinciaux et fédéraux de protection des droits de la personne. Même s'il semble indéniable qu'une loi ordinaire ne saurait porter atteinte à des droits protégés par la Constitution, nous avons eu l'occasion de constater que les droits ancestraux ou issus de traités n'étaient pas absolus et qu'une atteinte à ces derniers pouvait, à certaines conditions, être justifiée⁹⁵¹.

Nous verrons donc comment, dans un premier temps, les instruments quasi constitutionnels de protection des droits et libertés de la personne sont subordonnés aux droits ancestraux ou issus de traités. Puis, dans un deuxième temps, nous examinerons la question de l'application des instruments provinciaux et fédéraux aux gouvernements autochtones, issus de traités ou inhérents.

948 *Louie, James, Beattie, Joyce v. Indian and Northern Affairs Canada*. Préc., note 946, par. 59.

949 *Supra*, p. 15.

950 Pour plus de détails sur les traités, voir *supra*, p. 16.

951 *Supra*, p. 18.

3.1. Les instruments quasi constitutionnels et la possibilité d'une atteinte aux droits ancestraux ou issus de traités

Dans la première partie de ce mémoire, nous avons vu que toute loi, provinciale ou fédérale, qui enfreint un droit ancestral ou issu de traité, doit avoir été justifiée par l'entremise d'un examen au sens de l'arrêt *Sparrow*⁹⁵² de la Cour suprême. Dans le cas contraire, elle serait déclarée inopérante au sens de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

En ce qui concerne les instruments fédéraux de protection des droits et libertés de la personne, comme le Parlement fédéral détient la compétence exclusive sur les Indiens et leurs terres réservées, un instrument fédéral qui porte atteinte à un droit ancestral ou issu de traité devra faire l'objet d'une justification suivant les paramètres établis dans la décision *Sparrow*⁹⁵³. Cela dit, l'article 1.1 de la *Loi modifiant la Loi canadienne sur les droits de la personne*⁹⁵⁴ pourrait limiter la marge de manœuvre du Parlement dans sa justification d'une atteinte à un droit ancestral résultant de l'application de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. En effet, le législateur a explicitement prévu que cet instrument ne doit pas porter atteinte aux droits ancestraux ou issus de traités. Son intention étant claire, et il serait bien mal placé de venir plaider le contraire devant un tribunal. Par ailleurs, la disposition pourrait être considérée comme une simple mesure de consultation et d'accommodement⁹⁵⁵.

En ce qui a trait aux relations entre les instruments provinciaux de protection des droits de la personne et les droits ancestraux ou issus de traités constitutionnellement protégés, deux précisions s'imposent. D'une part, les instruments provinciaux, qui n'ont qu'une valeur quasi constitutionnelle, sont hiérarchiquement subordonnés aux droits ancestraux ou issus de traités protégés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. D'autre part, les provinces n'ont aucune compétence en ce qui concerne les droits ancestraux ou issus de traités, laquelle revient au Parlement fédéral. Les droits ancestraux ou issus de traités font partie du cœur de la compétence fédérale en la matière. Les lois provinciales valides que représentent les instruments de protection des droits et libertés de la personne deviennent donc inapplicables lorsqu'elles entravent l'exercice de ces droits constitutionnels. Par conséquent, lorsqu'un droit fondamental prévu par un texte provincial quasi constitutionnel enfreint un droit ancestral ou

952 *R. c. Sparrow*, préc., note 59.

953 *Id.*

954 *Loi modifiant la Loi canadienne sur les droits de la personne*, préc., note 930, art. 1.1.

955 *Supra*, p. 20.

issu de traité de manière à l'entraver, l'instrument provincial devient inapplicable.

Néanmoins, la Cour suprême a affirmé à plus d'une reprise que la procédure de justification de l'arrêt *Sparrow*⁹⁵⁶ était également offerte aux provinces :

Cependant, il est très clair que le critère formulé dans *Sparrow* s'applique lorsqu'on prétend qu'un texte législatif provincial porte atteinte à un droit ancestral ou issu de traité d'une manière qui ne peut être justifiée: *Badger*, précité, au par. 85 (application du critère établi dans *Sparrow* à une loi provinciale qui violait un droit issu de traité). Le texte et l'objet du par. 35(1) ne font pas de distinction entre les textes législatifs fédéraux et les textes législatifs provinciaux qui limitent des droits ancestraux ou issus de traités, et ces textes devraient être assujettis à la même norme d'examen constitutionnel⁹⁵⁷.

Il faut ajouter que pour chacune des occasions où la Cour suprême a fait pareille affirmation, le litige aurait pu être résolu sans que la Cour ne se prononce sur cette question⁹⁵⁸. D'un côté, la Cour suprême prétend que les droits ancestraux ou issus de traités sont protégés par la doctrine de l'exclusivité des compétences et que toute loi provinciale qui leur font entrave devient inapplicable. Cela devrait en soi être suffisant pour résoudre ce genre de litige. De l'autre côté, cette même tribunal nous apprend que la même loi provinciale pourrait limiter l'exercice de droits ancestraux ou issus de traités, dans la mesure où il y a une justification. Comment réconcilier le tout?

En tout état de cause, la question de la compétence doit être résolue avant d'aborder la procédure de justification. Si la Constitution n'octroie pas à la province la compétence de légiférer sur une question par l'entremise de l'exclusivité des compétences, la question de la justification ne devrait pas se poser en présence d'une loi inapplicable⁹⁵⁹.

Serait-il possible qu'une loi provinciale puisse porter atteinte à un droit ancestral sans l'entraver et demeurer constitutionnellement applicable? Où peut-on situer la ligne de démarcation entre une « atteinte » (infringement) et « entrave » (impairment)? Dans le contexte de notre réflexion

956 *R. c. Sparrow*, préc., note 59.

957 *R. c. Côté*, préc., note 888, par. 74. Voir également *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, préc., note 607, par. 24; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, préc., note 15, par. 160.

958 Kerry WILKINS, préc., note 831, p. 530.

959 *R. c. Morris*, préc., note 585, par. 55 :

Les provinces à qui on reproche une atteinte à première vue à un droit issu d'un traité ne peuvent invoquer l'art. 88 en ayant recours au critère de justification applicable dans le contexte du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, énoncé dans *Sparrow* et *Badger*, comme l'a laissé entendre le juge en chef Lamer dans *Côté*, par. 87. L'analyse élaborée dans ces deux arrêts vise à déterminer si la violation par un gouvernement, agissant dans les limites des pouvoirs que lui confère la Constitution, peut se justifier. L'analyse de la justification ne change pas le partage de ces pouvoirs, qui est l'objet de l'art. 88. C'est pourquoi, malgré l'utilité que peut revêtir le critère énoncé dans *Sparrow* et *Badger* en matière de violation, le cadre d'analyse établi dans ces arrêts ne saurait nous guider ici.

sur les articles 25 et 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, nous avons assumé qu'une atteinte pouvait à la fois signifier une dérogation ou une abrogation d'un droit. En matière d'exclusivité des compétences, nous savons que le terme entrave est déjà à mi-chemin entre toucher et stériliser⁹⁶⁰. Une atteinte serait-elle donc à mi-chemin entre toucher et entraver?

À notre avis, le mot atteinte utilisé dans le cas des droits ancestraux ou issus de traités est un terme générique et serait synonyme de violation d'un droit. La Cour suprême, afin de qualifier l'atteinte en cette matière, parle de « diminution appréciable »⁹⁶¹. Le mot atteinte est aussi utilisé en matière d'exclusivité des compétences et à cet égard, nous y avons fait référence à maintes reprises. Pour sa part, le mot « entrave » serait un terme spécifique à la doctrine de l'exclusivité des compétences qui se distingue du terme « toucher » (plus faible) ou « stériliser » (plus fort). Il signifie, comme nous l'avons vu, une « atteinte grave ou importante »⁹⁶².

Selon nous, une atteinte peut signifier à la fois toucher, entraver ou stériliser et constituerait également un terme générique aux fins de la doctrine de l'exclusivité des compétences. Il y a certainement une atteinte à un droit dans les trois cas. En accord avec l'auteur Kerry Wilkins, nous trouvons trop mince la ligne entre les terminologies « atteinte », soit une « diminution appréciable » et « entrave », soit une « atteinte grave ou importante », pour qu'une réelle distinction entre atteinte et entrave puisse être juridiquement viable⁹⁶³.

À notre sens, la seule manière de réconcilier les deux positions de la Cour suprême, à savoir qu'une province puisse entraver l'exercice d'un droit ancestral par l'entremise de la doctrine de l'exclusivité des compétences et à la fois que cette atteinte soit justifiée au sens du test de l'arrêt *Sparrow*, est par l'entremise des situations permises de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*⁹⁶⁴. La loi inapplicable serait alors incorporée en droit fédéral⁹⁶⁵. Et même à cela, nous avons vu que cela exclut les traités, puisque la loi provinciale demeure inapplicable ou devient inopérante dès qu'une atteinte *prima facie* est constatée, sauf si le traité lui-même prévoit l'application des lois provinciales d'une manière ou d'une autre.

960 *Supra*, p. 150.

961 *R. c. Gladstone*, préc., note 90, par. 43.

962 *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, préc., note 599, par. 45.

963 K. WILKINS, préc., note 831, p. 534-535.

964 Et même à cela, Wilkins n'est pas convaincu que l'article 88 constitue la clé de l'énigme : K. WILKINS, préc., note 831, p. 536-537.

965 Dans une telle situation, serait-ce le rôle de la province ou du fédéral de justifier la violation d'un droit ancestral ou issu de traité?

À titre d'illustration, revenons à notre exemple dans lequel un groupe d'autochtones s'adonnait à des activités de voies de fait lors d'une cérémonie d'initiation à un rituel religieux sur un autochtone non consentant, la décision *Thomas v. Norris*⁹⁶⁶. À supposer un instant que cette pratique soit reconnue comme un droit ancestral, il y aurait alors de fortes chances qu'un tribunal trouve justifiée la violation du droit ancestral dans de telles circonstances où l'intégrité physique est menacée, dans l'éventualité où un instrument provincial est incorporé par l'article 88 de la *Loi sur les Indiens* ou qu'un instrument fédéral reçoive application⁹⁶⁷. En effet, la protection d'un droit aussi fondamental que le droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne pourrait être considérée comme un objectif amplement suffisant afin de permettre la violation d'un droit ancestral.

3.2. La gouvernance autochtone

La gouvernance autochtone est une manifestation particulière des droits ancestraux ou issus de traités, autant en ce qui concerne le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale que les accords de revendications territoriales ou autres types d'accords de gouvernance. Ainsi, l'analyse qui précède sur l'application des instruments fédéraux ou provinciaux aux droits ancestraux ou issus de traités est aussi valable en ce qui concerne la gouvernance autochtone inhérente ou issue de traité. Dans cette sous-section, nous nous contenterons de soulever quelques distinctions relatives à l'application des instruments quasi constitutionnels aux différents types de gouvernements autochtones.

3.2.1. L'incidence des traités d'autonomie gouvernementale sur les instruments quasi constitutionnels

Dans « [l]'approche du gouvernement du Canada concernant la mise en œuvre du droit inhérent des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale et la négociation de cette autonomie »⁹⁶⁸, le gouvernement fédéral s'est prononcé quant à l'application des lois aux nouveaux gouvernements autochtones qui prendraient forme à la suite de conclusion d'ententes :

Le gouvernement reconnaît que les règles de priorité ainsi négociées pourront énoncer le caractère prépondérant des règles de droit autochtones, mais celles-ci ne pourront écarter

⁹⁶⁶ *Thomas v. Norris*, préc., note 435.

⁹⁶⁷ Quoique pour une telle situation, il se peut fortement la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, qui constitue ni plus ni moins qu'une loi contre la discrimination, ne soit d'aucune utilité.

⁹⁶⁸ AFFAIRES AUTOCHTONES ET DÉVELOPPEMENT DU NORD CANADA, préc., note 244, en ligne: <<http://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1100100031843>> (à jour au 17 juin 2012).

l'application du principe fondamental selon lequel les lois fédérales et provinciales ayant une importance primordiale à l'échelle nationale ou provinciale, selon le cas, l'emportent sur les règles de droit autochtones conflictuelles. Avant que les ententes sur l'autonomie gouvernementale ne soient conclues, les lois fédérales et provinciales continuent de s'appliquer dans la mesure où elles le font actuellement⁹⁶⁹.

Considérant les valeurs occidentales qui guident les actions du gouvernement fédéral, il ne fait aucun doute que les instruments quasi constitutionnels de protection des droits et libertés de la personne correspondent aux lois fédérales et provinciales ayant une importance primordiale à l'échelle nationale ou provinciale. Le statut quasi constitutionnel de ces instruments ne fait que renforcer cette prétention. Il reste à savoir si ce souhait du gouvernement fédéral s'est transposé dans le texte final des ententes conclues avec des nations autochtones et visant à octroyer une autonomie gouvernementale.

La plupart du temps, le texte de ces ententes répond de manière satisfaisante à la question de l'application des instruments provinciaux ou fédéraux. En l'absence de termes exprès, les règles générales exprimées ci-haut à la dernière sous-section continuent de trouver application.

Dans un premier temps, l'*Accord définitif nisga'a*⁹⁷⁰ prévoit quelques dispositions quant à l'application des lois fédérales et provinciales :

Dispositions pertinentes :

8. L'Accord ne modifie pas la Constitution du Canada, notamment :

1. la répartition des pouvoirs entre le Canada et la Colombie-Britannique ;

[...]

13. Les lois fédérales et provinciales s'appliquent à la Nation Nisga'a, aux villages Nisga'a, aux institutions Nisga'a, aux sociétés Nisga'a, aux citoyens Nisga'a, aux Terres Nisga'a et aux terres Nisga'a en fief simple, mais :

1. en cas d'incompatibilité ou de conflit entre l'Accord et les dispositions de toute loi fédérale ou provinciale, l'Accord l'emporte dans la mesure de l'incompatibilité ou du conflit ; et

2. en cas d'incompatibilité ou de conflit entre la législation de mise en vigueur et les dispositions de toute autre loi fédérale ou provinciale, la législation de mise en vigueur l'emporte dans la mesure de l'incompatibilité ou du conflit.

[...]

29. Le Canada recommande au Parlement que la législation de mise en vigueur fédérale comprenne une disposition prévoyant que, dans la mesure où une loi de la Colombie-Britannique ne s'applique pas de sa propre force à la Nation Nisga'a, aux villages Nisga'a,

969 *Id.*, L'application des lois, en ligne: <<http://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1100100031843#applois>> (à jour au 17 juin 2012).

970 *Accord définitif nisga'a*, préc., note 306.

aux institutions Nisga'a, aux sociétés Nisga'a ou aux citoyens Nisga'a, cette loi de la Colombie-Britannique, sous réserve de la législation de mise en vigueur fédérale et de toute autre loi édictée par le Parlement, s'applique conformément à l'Accord à la Nation Nisga'a, aux villages Nisga'a, aux institutions Nisga'a, aux sociétés Nisga'a ou aux citoyens Nisga'a, selon le cas⁹⁷¹.

De manière simple, ces dispositions prévoient une règle de prépondérance en faveur du traité, autant en ce qui concerne les lois provinciales que fédérales. Ainsi, un instrument fédéral ou provincial ne pourrait pas venir contredire les termes de l'accord. Quant à l'article 29, il ne s'agit ni plus ni moins d'une adaptation de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens* à l'accord.

L'*Accord de la Première Nation de WestBank*⁹⁷² prévoit une disposition qui fait spécifiquement référence à la *Loi canadienne sur les droits de la personne* :

291. Aucune disposition du présent Accord ne restreint l'opération de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* à l'égard de la Première Nation de Westbank ou bien des Membres ou des Terres de Westbank. L'interprétation et la mise en oeuvre de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* en ce qui a trait à la Première Nation de Westbank ainsi qu'aux Membres et aux Terres de Westbank tiennent compte:

- (a) de la nature et l'objet du présent Accord;
- (b) du droit de la Première Nation de Westbank de fournir sur une base exclusive ou préférentielle, des programmes et des services aux Membres, lorsque cela se justifie; et
- (c) du droit de la Première Nation de Westbank de donner une préférence à ses Membres lorsqu'elle embauche des employés ou des contractuels pour ses opérations, lorsque cela se justifie⁹⁷³.

Les paragraphes (a), (b), et (c) constituent des exceptions à l'interdiction de discrimination qui permettent de donner une certaine priorité aux membres de la Première Nation de Westbank. En dehors de ces exceptions, la *Loi canadienne* semble s'appliquer à l'ensemble des activités de la Première Nation de Westbank, de même qu'à celles de ses membres. Toutefois, nous doutons qu'un tel accord ait une disposition extraterritoriale ayant pour effet de soumettre la *Loi canadienne* aux membres de la Première Nation à l'extérieur des limites du territoire délimité par l'Accord.

Cependant, la *Déclaration canadienne des droits* a été passée sous silence dans l'*Accord de WestBank*, n'étant pas mentionnée dans l'accord. Il faut donc se référer aux dispositions générales qui font référence aux lois fédérales :

« Législation » Loi du Parlement ayant pour effet de confirmer, mettre en oeuvre et mettre en vigueur le présent Accord.

[...]

971 *Id.*, art. 8, 13 et 29, aux p. 19, 21 et 24.

972 *Autonomie gouvernementale de la Première nation de Westbank*, préc., note 307.

973 *Id.*, art. 291.

29. Les lois fédérales continuent de s'appliquer à la Première Nation de Westbank, au Conseil, aux Terres de Westbank et aux Membres. En cas de conflit entre une Loi de Westbank et une loi fédérale, la priorité est établie conformément au présent Accord.

30. En cas de conflit entre une loi fédérale et une Loi de Westbank, la loi fédérale l'emporte dans la mesure du conflit, lorsque le sujet de la loi fédérale est un sujet sur lequel la Première Nation de Westbank n'a aucune compétence en vertu de cet Accord.

31. En cas de conflit entre une Loi de Westbank et une loi fédérale relative au maintien de la paix, à l'ordre et au bon gouvernement du Canada, la loi fédérale l'emporte dans la mesure du conflit.

32. Le gouvernement de la Première Nation de Westbank et le Conseil sont liés, pour toutes les questions relevant de leur pouvoir, par les dispositions de la Charte canadienne des droits et libertés, en tenant dûment compte de l'article 25 de la Charte qui prévoit que le fait que la Charte garantit certains droits et libertés ne porte pas atteinte aux droits ou libertés - ancestraux, issus de traités ou autres - des peuples autochtones du Canada, et les droits et libertés garantis par la Charte sont opposables en ce qui concerne le gouvernement de la Première Nation de Westbank et le Conseil.

33. En cas de conflit entre, d'une part, le présent Accord ou la Législation, ou les deux, et d'autre part, une autre loi fédérale, le présent Accord ou la Législation, ou les deux, l'emportent dans la mesure du conflit⁹⁷⁴.

Compte tenu des différentes dispositions qui précèdent, l'accord aurait préséance en cas de conflit avec la *Déclaration canadienne des droits*. La situation est plus complexe au chapitre des lois de Westbank puisque les droits de la personne constituent un accessoire à une compétence. Que se passerait-il si une loi de Westbank, adoptée conformément à une compétence prévue par l'accord, allait à l'encontre de la *Déclaration canadienne*? Selon notre interprétation de l'accord, il faudrait donner préséance à la loi de Westbank. Toutefois, si la loi de Westbank n'est pas un sujet de compétence prévu à l'accord, il faudra donner préséance à la *Déclaration canadienne*⁹⁷⁵.

Pour comprendre l'application du *Code des droits de la personne* de la Colombie-Britannique, il faut consulter l'article 34 de l'accord qui prévoit que :

34. a. Sous réserve de quelque autre loi fédérale, toutes les lois provinciales d'application générale et en vigueur en Colombie-Britannique sont applicables aux Membres, sauf dans la mesure où ces lois sont en conflit avec le présent Accord, la Législation ou quelque Loi de Westbank, et sauf dans la mesure où ces lois contiennent des dispositions sur toute question prévue par cet Accord, la Législation ou Loi de Westbank.

974 *Id.*, art. 29 à 33.

975 De plus, nous avons précédemment vu que certains considèrent une loi fédérale sur les droits de la personne comme étant une loi relative au maintien de la paix, à l'ordre et au bon gouvernement du Canada. *Supra*, p. 172.

b. Il est entendu que l'alinéa 34 a) vise à produire sur les lois provinciales d'application générale le même effet qu'a l'article 88 de la Loi sur les Indiens sur ces lois provinciales d'application générale⁹⁷⁶.

Ici encore, l'application de l'instrument provincial suivra les principes déjà étudiés en matière de partage des compétences, puisque l'article 34 de l'accord n'est qu'une répétition de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*, comme pour l'*Accord définitif niska'a*⁹⁷⁷. Ainsi, l'accord, la législation ou quelque loi de Westbank l'emportera en cas de conflit.

Sans surprise, la *Convention de la Baie-James et du Nord québécois* ne prévoit aucune disposition scellant le sort de l'application des instruments quasi constitutionnels de protection des droits de la personne. Il faut donc se référer aux articles qui traitent de l'application des lois fédérales et provinciales. Concernant les lois fédérales, l'article 3 de la *Loi sur les Cris et les Naskapis du Québec*⁹⁷⁸ prévoit que :

3. (1) Sous réserve du paragraphe (2), les dispositions de la présente loi l'emportent sur les dispositions incompatibles de toute autre loi fédérale⁹⁷⁹.

Les instruments fédéraux devront céder le pas dans la mesure du conflit potentiel. Ces instruments auront préséance dans la mesure où un règlement pris par un Conseil de bande serait incompatible. En effet, l'article 3 ne fait référence qu'aux dispositions de la loi et non ses règlements.

Quant aux instruments provinciaux, leur destinée est scellée par l'article 4 de *Loi sur les Cris et les Naskapis du Québec*⁹⁸⁰ :

4. Les lois provinciales d'application générale ne s'appliquent pas en cas d'incompatibilité avec la présente loi ou les règlements ou règlements administratifs pris sous son régime, ni dans la mesure où ces lois contiennent des dispositions sur toute question prévue par la présente loi⁹⁸¹.

Cette disposition rappelle également l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*. Contrairement à l'article 88, aucune incorporation n'est toutefois possible en cas de conflit avec la loi ou les règlements pris sous son régime. Il faut donc se référer aux règles classiques du partage des compétences. Dès qu'il y a entrave au cœur de la compétence sur les Indiens ou incompatibilité

976 *Autonomie gouvernementale de la Première nation de Westbank*, préc., note 307, art. 43.

977 *Accord définitif niska'a*, préc., note 306.

978 *Loi sur les Cris et les Naskapis du Québec*, préc., note 321.

979 *Id.*, art. 3.

980 *Id.*

981 *Id.*, art. 4.

avec le traité, la *Charte québécoise* est soit inapplicable ou inopérante⁹⁸². Elle demeure cependant applicable et opérante tant qu'il n'y a pas d'atteinte au cœur de la compétence fédérale sur les Indiens et leurs terres ou de conflit avec la *Loi sur les Cris et les Naskapis* ou les règlements ou règlements administratifs pris sous son régime.

L'analyse de ces dernières ententes nous permet d'affirmer que dans la plupart des cas, les instruments fédéraux trouveront application en matière de gouvernance autochtone par voie de traité, conformément à la volonté du gouvernement central. Cependant, bien que les instruments provinciaux revêtent une importance particulière au niveau provincial, les ententes sont totalement muettes quant à leur application, hormis les dispositions génériques entourant l'application des lois provinciales.

3.2.2. Le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale

Il est difficile de prévoir *in abstracto* les incidences d'un instrument provincial ou fédéral sur un gouvernement autochtone bénéficiant d'un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale. Certes, les instruments provinciaux ne doivent pas entraver le droit ancestral ou toute question se rapportant à la quiddité indienne. Les instruments fédéraux ne doivent pas porter atteinte au droit ancestral de manière injustifiée. Dans toutes ces situations, ils ne s'appliqueront pas.

Mais cela ne dit pas ce qui est protégé et ce qui ne l'est pas. Le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale est non écrit et sujet à interprétation au gré des idéologies. Il existe une certaine incertitude quant à sa nature et son étendue. Ceci rend la question beaucoup plus complexe que dans les cas où les traités prévoient spécifiquement l'application des lois provinciales ou fédérales. À notre avis, toutes les questions qui seront jugées essentielles à l'exercice des compétences par ce gouvernement seront protégées contre l'application de ces instruments. Nous avons traité des questions essentielles qui pourraient faire partie du cœur d'un gouvernement autochtone bénéficiant d'un droit à l'autonomie gouvernementale au cours de la première partie⁹⁸³. De manière brève, on peut imaginer que ces questions pourraient se résumer à des coutumes, des lois et des traditions légales, ou des mesures qui visent à protéger la différence autochtone, telles que des mesures visant à protéger et à affirmer la culture ou la langue.

982 S. GRAMMOND, préc., note 1, p. 376.

983 *Supra*, p. 101.

Conclusion de la partie II

Cette deuxième partie nous a permis de comprendre à quel point le partage législatif des compétences peut influencer le jeu de l'application des instruments quasi constitutionnels de protection des droits et libertés de la personne en matières autochtones. Il faut rappeler qu'au final, les instruments quasi constitutionnels de protection des droits et libertés de la personne sont des lois ordinaires, fédérales ou provinciales. Or, en regard du point de vue du partage des compétences, il existe des facettes provinciales et fédérales autant en ce qui concerne les Autochtones que les droits et libertés de la personne.

Bien qu'une personne puisse être un Indien au sens du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, il n'en demeure pas moins qu'une province demeure compétente afin de légiférer les aspects de la vie de cette personne qui ne se heurtent pas à ce qui fait spécifiquement de cette personne un Indien. Ainsi, conformément à la doctrine de l'exclusivité des compétences, une loi provinciale comme un instrument de protection des droits de la personne ne doit pas avoir pour effet de porter atteinte jusqu'à entraver le cœur de la compétence sur les Indiens, soit la quiddité indienne. Il en va généralement de même en ce qui concerne les conseils de bande ou les personnes morales autochtones qui relèvent de la compétence fédérale sur les Indiens. Il ne suffit donc pas qu'une personne ou une entreprise relève d'un point de vue fonctionnel d'un chef de compétence fédéral pour qu'un instrument de protection des droits de la personne devienne inapplicable. Il en est ainsi puisque les provinces détiennent une compétence de principe en matière de droits et libertés de la personne qui sont à notre avis plus que de simples accessoires à des compétences principales. Cette compétence tire principalement sa source du vaste pouvoir portant sur la propriété et les droits civils de l'article 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

De plus, et pour certaines situations spécifiques, l'article 88 de la *Loi sur les Indiens* permet à des lois provinciales qui portent atteinte à la quiddité indienne de s'appliquer aux Indiens par incorporation en droit fédéral. Par conséquent, des instruments provinciaux pourraient s'appliquer par incorporation dans des situations où ils seraient autrement inapplicables en vertu de la doctrine de l'exclusivité des compétences. De manière simple, dans les situations qui s'y prêtent, l'article 88 vient modifier la règle d'exclusivité pour en faire une règle de prépondérance.

Du côté des instruments fédéraux de protection des droits de la personne, ces derniers ne souffrent pas des mêmes problématiques liées au partage des compétences que celles reliées aux instruments provinciaux. Il n'y a aucun souci quant à une atteinte au cœur de la compétence fédérale sur les Indiens. Cependant, la problématique du partage des compétences demeure présente pour ces instruments, ne serait-ce qu'en raison de la compétence provinciale de principe en matière de droits et libertés de la personne. En cette matière, le fédéral ne peut être compétent que de manière accessoire à l'une ou l'autre de ses compétences principales.

La *Loi canadienne sur les droits de la personne* est donc applicable aux entreprises et personnes morales autochtones. L'abrogation de son article 67 a fait en sorte que cette loi est maintenant applicable aux conseils de bande et à toutes les dispositions prises en vertu de la *Loi sur les Indiens*. La *Déclaration canadienne sur les droits de la personne* est également applicable aux conseils de bande. Par ailleurs, nous nous sommes interrogés sur la portée que la *Loi canadienne sur les droits de la personne* peut avoir sur les individus autochtones, sans en tirer de conclusion convaincante. Est-ce l'ensemble de leurs activités qui sont visées, dans la mesure du champ d'application de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, ou bien celles relevant de la compétence fédérale sur les Indiens? En ce qui nous concerne, et comme l'objectif de la *Loi canadienne* est de compléter la législation en droits et libertés déjà en vigueur, la deuxième solution devrait être privilégiée.

En toutes circonstances, les droits ancestraux ou issus de traités sont reconnus en tant que normes supralégislatives auxquelles les lois provinciales et fédérales sont subordonnées. Toute violation doit être justifiée conformément à la procédure établie par l'arrêt *Sparrow*. Les traités d'autonomie gouvernementale que nous avons étudiés prévoient bien souvent des mécanismes permettant de déterminer l'applicabilité des lois fédérales et provinciales. Certaines dispositions vont même jusqu'à prévoir certaines modalités d'application de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Cependant, les traités consultés ne font aucunement référence aux instruments provinciaux de protection des droits de la personne. Quant à l'application des instruments provinciaux ou fédéraux aux gouvernements bénéficiant d'un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, il est difficile de déterminer leur application *in abstracto*. À tout le moins, nous sommes d'avis que ces instruments ne pourront pas être applicables à toutes les questions qui seront jugées essentielles à l'exercice des compétences de ces gouvernements.

En somme, les instruments quasi constitutionnels ont le potentiel de s'appliquer dans de nombreuses situations impliquant des Autochtones, qu'ils soient individus, personnes morales ou gouvernements. Tout comme c'est le cas pour la *Charte canadienne des droits et libertés de la personne*, ces instruments ne doivent pas avoir pour effet d'être interprétés sans nuance de manière à tout uniformiser sans tenir compte du contexte autochtone. Ainsi, et avec les adaptations nécessaires, nos conclusions à l'égard de la *Charte canadienne* doivent également être transposables dans le cadre des instruments quasi constitutionnels de protection des droits de la personne⁹⁸⁴.

D'ailleurs, les instruments territoriaux⁹⁸⁵ de protection des droits de la personne prévoient, à la manière de l'article 25 de la *Charte canadienne*, qu'ils n'ont pas pour effet de porter atteinte aux droits ancestraux ou issus de traités des peuples autochtones du Canada⁹⁸⁶. De plus, le

984 D'autant plus que la Cour suprême a énoncé dans *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville)*, 2000 CSC 27, [2000] 1 RCS 665, par. 46 et suivants, que la législation canadienne en matière de droits de la personne doit habituellement être interprétée « à la lumière de la *Charte canadienne* et des autres lois en matière de droits de la personne » (par. 47). Ainsi, nous ne voyons pas d'obstacles majeurs à ce que nos conclusions quant à la *Charte canadienne* (telles que celles portant sur le droit à l'égalité, l'article premier ou la clause de dérogation) soient transposables aux instruments quasi constitutionnels, dans la mesure où des équivalents existent. En ce qui concerne la *Charte québécoise*, on a en outre déterminé dans *Ford c. Québec (Procureur général)*, préc., note 548, par. 62 et suivants, que l'article 9.1 de la *Charte québécoise* constitue une procédure de justification analogue à celle de l'article premier de la *Charte canadienne*. Pour plus de détails sur l'impact de la *Charte canadienne* sur la *Charte québécoise*, voir Béatrice VIZKELETY, « Impact de la Charte canadienne sur la Charte québécoise : affirmation ou négation des droits et libertés prévus dans la Charte du Québec », dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, vol. 268, *Développements récents. Les 25 ans de la Charte canadienne des droits et libertés 2007*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 49-94.

985 Il y a lieu à s'interroger sur la nature des lois territoriales. Aux fins du partage des compétences, doivent-elles être considérées comme des lois provinciales ou des lois fédérales, compte tenu de la compétence fédérale de légiférer pour les territoires, prévue à l'article 4 de la *Loi constitutionnelle de 1871*, 1871, 34-35 Victoria, c. 28 (R.-U.) (ci après, *Loi constitutionnelle de 1871*)? À notre avis, et sans avoir approfondi la question, elles doivent être assimilées à lois provinciales, bien que nous soyons conscients qu'il s'agit de législation déléguée. Les lois constitutives des territoires prévoient les matières sur lesquelles les territoires sont compétents, qui sont en fait, une quasi-reproduction des articles 92 et suivants de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Par exemple, l'article 21 de la *Loi sur le Yukon*, préc., note 911, prévoit que « la législature peut, dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés par les articles 18 et 19, édicter des lois touchant aux matières visées au point 24 de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* en vue de mettre en œuvre les accords sur les revendications territoriales des peuples autochtones ou leur autonomie gouvernementale ». *A contrario*, un territoire n'est donc pas habilité à légiférer sur les autres questions se rattachant au paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui consiste en la compétence sur les Indiens et de leurs terres.

986 *Loi sur les droits de la personne*, L.T.N-O. 2002, c. 18, art. 2; *Loi sur les droits de la personne*, L.R.Y. 2002, c 116, par. 1(2), *Loi sur les droits de la personne*, L.Nun. 2003, c 12, art. 3 et 4.

préambule de la *Loi sur les droits de la personne*⁹⁸⁷ des Territoires du Nord-Ouest précise qu'il est vital de promouvoir à la fois le respect des droits de la personne et celui des droits et libertés des peuples autochtones reconnus par la Constitution canadienne⁹⁸⁸. Le préambule de *Loi sur les droits de la personne*⁹⁸⁹ du territoire du Yukon énonce quant à lui « qu'il est juste et conforme aux engagements internationaux auxquels le Canada souscrit de reconnaître les besoins uniques et le patrimoine culturel des peuples autochtones du Yukon et d'adopter des mesures spéciales à cet égard [...] »⁹⁹⁰. Ainsi, le message ne peut pas en être plus clair : en plus du respect des droits ancestraux ou issus de traités, ces instruments prévoient explicitement que toute interprétation doit être conforme aux inspirations autochtones.

Par ailleurs, et ceci vaut pour tous les instruments quasi constitutionnels, l'objectif du droit à l'égalité prévu à l'article 15 de la *Charte canadienne* qui consiste à parvenir à l'égalité réelle doit permettre de justifier un traitement différencié des Autochtones visant à améliorer et à promouvoir leur situation socio-économique. En matière de protection du droit à l'égalité, plusieurs de ces instruments renferment des exceptions qui permettent une certaine forme de discrimination et qui pourraient bénéficier aux Autochtones. Par exemple, l'article 20 de la *Charte québécoise* prévoit ce qui suit :

Une distinction, exclusion ou préférence fondée sur les aptitudes ou qualités requises par un emploi, ou justifiée par le caractère charitable, philanthropique, religieux, politique ou éducatif d'une institution sans but lucratif ou qui est vouée exclusivement au bien-être d'un groupe ethnique est réputée non discriminatoire⁹⁹¹.

De façon concrète, des groupes d'aide aux Autochtones pourraient prévoir, par des normes discriminatoires, qu'ils embauchent en priorité des Autochtones en tant que groupe ethnique protégé par cette disposition⁹⁹². Ainsi, ils pourraient s'assurer d'une certaine continuité dans la

987 *Loi sur les droits de la personne* (N.T.), préc., note 986.

988 *Id.*, préambule :

[...] Et attendu qu'il est d'une importance vitale, aux Territoires du Nord-Ouest, de promouvoir à la fois le respect des droits de la personne – y compris les droits et libertés protégés par la Charte canadienne des droits et libertés ou les instruments internationaux relatifs aux droits de la personne – et celui des droits et libertés des peuples autochtones qui sont reconnus et confirmés en vertu de la Constitution du Canada.

989 *Loi sur les droits de la personne* (Y.), préc., note 986.

990 *Id.*, préambule.

991 *Charte québécoise*, article 20. Voir également le *Code des droits de la personne*, préc., note 578 (Ontario); *Human Rights Act*, R.S.N.S. 1989, c. 214, art. 6 (Nouvelle-Écosse); *Human Rights Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. H-12, art. 6(4) et 10(2) (Île-du-Prince-Édouard).

992 Afin de pouvoir bénéficier de cette exclusion, ces groupes autochtones doivent démontrer qu'il y a un lien entre la discrimination, une préférence sur le choix de personnes autochtones, et la nature de groupe ou de l'institution, soit le bien-être des autochtones. Voir à ce sujet *Brossard (Ville) c. Québec (Comm. des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279; H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 50, p. 1196.

transmission des valeurs et traditions autochtones⁹⁹³.

Toujours en ce qui concerne la *Charte québécoise*, le législateur a choisi d'inclure dans cet instrument de nature quasi constitutionnelle, un chapitre consacré aux droits économiques et sociaux⁹⁹⁴. Parmi les dispositions du chapitre, y figure l'article 43 qui prévoit que : « [l]es personnes appartenant à des minorités ethniques ont le droit de maintenir et de faire progresser leur propre vie culturelle avec les autres membres de leur groupe »⁹⁹⁵. Cette disposition, pour l'heure, n'a que très peu été utilisée⁹⁹⁶ et sa portée demeure encore aujourd'hui incertaine⁹⁹⁷.

993 Dans la décision ontarienne *Sauve v. Ininew Friendship Centre*, 2010 HRTO 720 (CanLII), cette défense a été utilisée avec succès. Dans cette affaire, deux non-autochtones se sont plaints de discrimination fondée sur la race en raison du fait qu'ils n'étaient pas Autochtones. Le Tribunal ontarien des droits de la personne a déclaré que l'article 14 du *Code des droits de la personne*, préc., note 578 de l'Ontario avait pour but de promouvoir l'égalité réelle. L'organisme d'aide aux Autochtones en question prodiguait des services aux Autochtones de tout âge dans le but de leur permettre d'être en contact avec des Autochtones qui peuvent être des modèles pour eux dans la société, tel que le fait valoir le tribunal au par. 7 de la décision :

The respondent is an aboriginal based non-governmental organization providing services to aboriginal persons of all ages. The Ininew Policy Manual, in paragraph 2.2, provides that every effort will be made to recruit Aboriginal candidates for all positions that become available in order to fulfill its commitment to providing positive role models to the community and to the training and development of Aboriginal people. The respondent submits that this preference to hire Aboriginal Workers is intended to assist aboriginal persons achieve equal opportunity.

994 Ce chapitre regroupe des dispositions variées dans leur nature, allant du droit à l'instruction publique gratuite au droit à l'information en passant par des mesures d'assistance financière et des mesures sociales. Selon le ministre de la Justice de l'époque, ces droits sont plus que l'expression d'une simple bonne volonté et résument « des principes, des valeurs auxquelles nous sommes attachés au Québec » : Pierre BOSSET, « Les droits économiques et sociaux, parents pauvres de la Charte? » Étude No 5, p. 229, dans Pierre BOSSET, Michel COUTU, Muriel GARON, François FOURNIER, *Après 25 ans : la Charte québécoise des droits et libertés*, Volume 2 – études, Montréal, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2003. À l'opposé des droits prévus aux articles 1 à 38, il a été jugé que les droits économiques et sociaux n'avaient pas de valeur quasi constitutionnelle, en raison du libellé même de l'article 52 et de la structure interne de la *Charte québécoise*, tel que le fait valoir la Cour suprême dans *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés*, préc., note 713, par. 132 : « L'appelante oppose à ce raisonnement le caractère particulier de la Charte, et sa primauté relative à l'endroit des autres textes législatifs. Force est de constater, cependant, que l'art. 52 de la Charte, qui en affirme la prépondérance, fait défaut d'inclure l'art. 49 au sein du groupe des dispositions privilégiées. Seuls les art. 1 à 38 de la Charte ont préséance sur les autres lois, qui ne peuvent y déroger qu'expressément ». Ainsi, on ne pourrait pas rendre inopérante une loi qui ne respecterait pas les prescriptions de l'article 43.

995 *Charte québécoise*, article 43. Cette disposition prend sa source de l'article 27 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, préc., note 43. Voir Ghislain OTIS et Bjarne MELKEVIK, *Peuples autochtones et normes internationales*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996.

996 À tout le moins, nous savons que dans *Campisi c. P.G. Québec*, (1977) C.S. 1067, AZ-77022423, la Cour supérieure a refusé de qualifier la minorité anglophone de minorité ethnique au sens de l'article 43 de la *Charte québécoise*.

997 Il semble judicieux de distinguer l'article 43 de la plupart des autres droits économiques et sociaux trouvés dans la *Charte québécoise*. Si la plupart d'entre eux contiennent une limite intrinsèque du type « dans la mesure prévue par la loi », « prévues par la loi » ou encore « conformément dans la mesure et suivant les normes prévues par la loi », il n'en va pas de même pour l'article 43 qui ne comporte aucune limite intrinsèque de ce type. Selon la majorité de la Cour suprême dans l'arrêt *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, préc., note 278, ces limites intrinsèques ont pour effet d'empêcher le contrôle

Bien qu'avec raison, les Autochtones n'aiment pas être qualifiés de minorité ethnique, rien ne s'oppose à ce qu'ils soient inclus à titre de minorité ethnique pour les fins de cette disposition⁹⁹⁸, d'autant plus qu'un instrument de protection des droits de la personne doit être interprété de façon large et libérale. Prétendre le contraire serait tout simplement réducteur. Il demeure à tout le moins curieux que le législateur ait reconnu aux minorités culturelles des droits particuliers, alors qu'il est muet au sujet des Autochtones⁹⁹⁹.

On s'entend généralement pour dire que l'idée maîtresse derrière une disposition comme l'article 43 de la *Charte québécoise* est avant tout de protéger l'égalité réelle :

Ces mesures ne devraient donc pas être considérées comme des privilèges, mais comme des dispositions permettant aux personnes appartenant à une minorité de bénéficier d'un traitement préférentiel en compensation de l'inégalité dont elles sont les victimes vis-à-vis

judiciaire des mesures prises en vertu de ces dispositions et « exige seulement que le gouvernement puisse établir l'existence de mesures du type approprié, sans l'obliger à défendre la sagesse de ces mesures » (par. 92). Toutefois, les faits de l'affaire reposaient sur l'article 45 de la *Charte québécoise*, dont le libellé, les obligations et la portée qui en découlent sont fort différents de l'article 43. En fait, l'article 43 s'apparente plus à l'article 48 qui prévoit que « Toute personne âgée ou toute personne handicapée a droit d'être protégée contre toute forme d'exploitation » et que « [t]elle personne a aussi droit à la protection et à la sécurité que doivent lui apporter sa famille ou les personnes qui en tiennent lieu. » La majorité de la Cour suprême a indiqué au par. 92 que ce serait la seule disposition qui créerait un droit positif qui ne serait pas soumise aux limitations intrinsèques discutées ci-haut. À notre avis, elle a tout simplement oublié de considérer l'article 43 dans son raisonnement, ce dernier ayant été totalement évacué de l'affaire.

998 S. GRAMMOND, préc., note 1, p. 126. D'une certaine manière, ils n'ont rien à voir avec les autres minorités ethniques qui se sont établies au Québec au cours des années. À l'opposé de ces autres groupes, il y a de prime abord des éléments d'antériorité et de rapport à la terre que nul autre groupe ethnique minoritaire ne peut espérer revendiquer. L'expérience coloniale, des institutions politiques pré-étatiques et précoloniales ainsi qu'une culture juridique non occidentale sont d'autres exemples qui les différencient des autres minorités. À ce sujet, voir Ingrid ROY, *Vers un « droit de participation des minorités à la vie de l'État »? Évolution du droit international et pratique des États*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2006, par. 67; Ghislain OTIS, *Les peuples autochtones et le droit international des droits de l'homme : Notes et tableaux*, hiver 2007, Université Laval, 2007, p. 4. De même, le choix de s'installer ici plutôt qu'ailleurs par les membres des autres minorités ethniques a été bien souvent fondé sur des considérations personnelles. À titre d'exemple, on peut penser à des famines, des guerres, des politiques sociales qui ont poussé des personnes à venir s'installer au Canada avec une expectative de vie meilleure et d'amélioration de leurs conditions de vie : « No is it clear why the fact of prior occupancy works negatively to exclude non-aboriginal culture practices from constitutional protection. Perhaps prior occupancy is thought of as proxy for the idea that, unlike other groups who participate in distinctive cultures in Canada, Aboriginal people did not chose to immigrate to Canada and accept pre-existing law that conflict with their cultural practices ». Dans P. MACKLEM, préc., note 99, p. 60. D'un autre côté, les minorités, peuples et peuples autochtones ont plusieurs points en commun. Par exemple, ce sont tous des groupes ethnoculturels infra étatiques, distinctifs et non dominants, aspirant à titre collectif et individuel, à la dignité, à l'égalité et à la sécurité. Ils ont comme fondements normatifs la stabilité, la paix et la justice, la diversité culturelle ainsi que la corrélation entre la jouissance des droits individuels de l'homme et la dignité, l'égalité et la sécurité culturelle.

999 Pierre BOSSET, Michel COUTU, Muriel GARON, François FOURNIER, *Après 25 ans, la charte québécoise des droits et libertés*, volume 1, Bilan et recommandations, Montréal, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2003, p. 69.

des membres de la majorité et leur permettant d'acquérir ainsi une égalité réelle avec la majorité¹⁰⁰⁰.

Ainsi, l'article 43 de la *Charte québécoise* devrait être donc vu à tout le moins comme un complément au droit à l'égalité. La Commission des droits de la personne et de la jeunesse résume l'interprétation en droit international de dispositions analogues de cette manière :

Par ailleurs, le droit de maintenir sa propre vie culturelle et ses coutumes, constitue un droit de la personne protégé par la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec à l'article 43. Il est aussi protégé par le droit international, à l'article 27 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*. Tout dernièrement, le Comité des droits de l'homme des Nations unies faisait observer que « la culture peut revêtir de nombreuses formes et s'exprimer notamment par un certain mode de vie associé à l'utilisation des ressources naturelles, en particulier, dans le cas des populations autochtones ». Le Comité ajoutait que l'exercice de ces droits culturels pouvait « exiger des mesures positives de protection prescrites par la loi et des mesures garantissant la participation effective des membres des communautés minoritaires à la prise des décisions les concernant ¹⁰⁰¹.

Tout comme le dénote la Commission, le comité des droits de l'Homme a eu le loisir de préciser la portée de l'article 27¹⁰⁰². Outre le fait que la culture peut revêtir de nombreuses formes – qui peuvent aller jusqu'à une utilisation particulière du territoire¹⁰⁰³ – et que la disposition pouvait même aller jusqu'à imposer des obligations positives, et ce, malgré sa formulation négative, il en ressort que l'article 27 ne confère pas de droits collectifs, mais bien des droits individuels. Cependant, le respect de ces droits dépendrait néanmoins d'un aspect collectif, à savoir la « mesure dans laquelle le groupe minoritaire maintient sa culture, sa langue ou sa religion »¹⁰⁰⁴. Ces droits ne pourraient donc pas être exercés à l'extérieur de cet aspect collectif¹⁰⁰⁵, ce qui réduirait sa portée en matière autochtone¹⁰⁰⁶. Le Comité des droits de

1000 I. ROY, préc., note 998, p. 93.

1001 Pierre LEPAGE, *Mythes et réalités sur les peuples autochtones*, 2002, Québec, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, p. 64.

1002 *Observation générale du Comité des droits de l'Homme n°23 (50) (art 27)*, CCPP/C/21.Rev/Add.5, 26 avril 1994, A/49/40, 1994, vol. I, Annexe V, par. 6.1, reproduit dans UNIVERSITY OF MINNESOTA, *Observation générale 23, Article 27: Protection des minorités, Compilation des commentaires généraux et Recommandations générales adoptées par les organes des traités, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 (1994)*, Bibliothèque des Droits de la Personne de l'Université du Minnesota, en ligne: <<http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/french/f-HRC-comment23.htm>> (à jour au 17 juin 2012).

1003 *Id.*, par. 3.1 et 7.

1004 *Id.*, par. 6.2. « Ainsi, comme le rappelait le professeur Francesco Capotorti dans son étude sur l'application des principes énoncés à l'article 27 du Pacte, « [...] c'est l'individu en tant que membre d'un groupe minoritaire et non pas n'importe quel individu qui est appelé à bénéficier de la protection accordée par l'article 27. » Dans I. ROY, préc., note 998, p. 87, citant une étude du professeur Francesco Copotorti, *Études des droits des personnes appartenant aux minorités ethniques, religieuses et linguistiques*, Étude préparée pour le compte de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, Nations Unies, New York, 1991.

1005 I. ROY, préc., note 998, p. 89.

1006 *Id.*, p. 105 et suivantes.

l'Homme, en conclusion fait état que :

[...] L'article 27 énonce des droits dont la protection impose aux États parties des obligations spécifiques. La protection de ces droits vise à assurer la survie et le développement permanent de l'identité culturelle, religieuse et sociale des minorités concernées, contribuant ainsi à enrichir l'édifice social dans son ensemble. En conséquence, le Comité fait observer que ces droits doivent être protégés en tant que tels et ne doivent pas être confondus avec d'autres droits individuels conférés conformément au Pacte à tous et à chacun. Les États parties ont donc l'obligation de veiller à ce que l'exercice de ces droits soit pleinement garanti et ils doivent indiquer dans leurs rapports les mesures qu'ils ont adoptées à cette fin¹⁰⁰⁷.

Il en ressort donc qu'au sens du Comité des droits de l'Homme, l'article 27 constitue plus qu'un simple énoncé de nobles intentions et doit nécessairement produire des effets contraignants. Ainsi, un justiciable autochtone dont son droit à l'article 43 aurait été violé pourrait réclamer « la cessation de cette atteinte et la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte »¹⁰⁰⁸ au sens de l'article 49 de la *Charte québécoise*. Cette disposition pourrait être utilisée conjointement avec l'article 20 de la *Charte québécoise* afin de rendre plus étanche sa protection.

Il demeure qu'en pratique, la meilleure façon de tirer parti de l'article 43 est de le combiner avec l'article 10 de la *Charte québécoise* lorsque se présentent des situations faisant intervenir le droit à l'égalité, comme ce dernier ne constitue pas un droit autonome en droit québécois. L'article 43 pourrait donc empêcher la discrimination dans l'exercice, par des Autochtones, du droit de maintenir et de faire progresser leur propre vie culturelle avec les autres membres de leur groupe¹⁰⁰⁹.

1007 *Observation générale du Comité des droits de l'Homme n°23 (50) (art 27)*, préc., note 1002, par. 9.

1008 *Charte québécoise*, art. 49.

1009 P. BOSSET, préc., note 994, p. 235 :

En se fondant sur le droit à l'égalité, on peut contester la validité de dispositions législatives ou réglementaires et ce, même lorsqu'on se trouve en matière économique ou sociale. Le jeu combiné du droit à l'égalité, reconnu à l'article 10, et des droits économiques et sociaux, garantis aux articles 39 à 48, est alors susceptible de produire des effets juridiques très concrets.

Conclusion générale

Les Autochtones ne constituent pas du tout un groupe homogène de la population. En plus des trois grands peuples autochtones du Canada – Indiens d'Amérique du Nord, Inuits et Métis – on retrouve de multiples nations très différentes les unes des autres. Les organes de gouvernance sont aussi variés que complexes (conseils de bande, conseils parallèles, traités, droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, etc.); la source et l'étendue de leurs pouvoirs le sont tout autant. La situation des individus – personnes physiques ou morales – qui en sont membres est tout aussi diversifiée. La nature des gestes posés par ces entités, que ce soit des organes de gouvernance ou des personnes, peut aussi influencer la question de l'application aux Autochtones des instruments de protection des droits et libertés de la personne.

En ce qui a trait à la *Charte canadienne*, la nature des pouvoirs dont sont investis les conseils de bande au sens de la *Loi sur les Indiens* est déterminante quant à son application à leur endroit. Par conséquent, avant de déterminer si la *Charte canadienne* leur est applicable, il faut au préalable se questionner sur la nature inhérente ou déléguée des pouvoirs du conseil de bande. Nous avons conclu que les tribunaux interprètent leurs pouvoirs comme étant de nature déléguée, quoique nous n'ayons pas totalement écarté la possibilité que ces formes de gouvernance puissent porter à certaines fins un chapeau d'autorité inhérente.

En ce qui concerne les gouvernements autochtones bénéficiant d'un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale ou ceux issus de traités, l'article 32 de la *Charte canadienne* qui détermine son champ d'application peut être interprété de deux façons différentes : l'une est restrictive et exclusive et l'autre est large et inclusive. Une interprétation restrictive aurait pour conséquence potentielle de rendre la *Charte canadienne* inapplicable à ces gouvernements tandis que l'interprétation inclusive aurait l'effet contraire. Nous avons conclu qu'un tribunal serait peu enclin à adopter une interprétation restrictive de l'article 32.

Quant aux instruments quasi constitutionnels, ils restent en définitive des lois ordinaires fédérales ou provinciales soumises aux prescriptions de la Constitution. De plus, sur le plan du partage des compétences, les Indiens sont à plusieurs égards des personnes sous responsabilité fédérale, ce qui rend l'application des instruments provinciaux plus complexe et hasardeuse.

Les droits de la personne ne sont pas un chef de compétence à proprement dit. Bien qu'ils constituent d'abord et avant tout des accessoires à des compétences principales au sens de la *Loi constitutionnelle de 1867*, nous avons en fait déterminé que les provinces détiennent une compétence de principe en la matière. Cette compétence découle notamment, mais non exclusivement, de la vaste compétence sur la propriété et les droits civils, de même que celle se rapportant aux matières de nature locale ou privée dans la province. Inversement, la compétence fédérale ne pourrait être qu'accessoire à l'une de ses compétences principales, soit une compétence d'exception.

En bout de piste, les instruments canadiens de protection des droits de la personne s'appliquent aux Autochtones du Canada. Cependant, cette conclusion vient avec son lot de nuances, que voici.

En ce qui a trait à la *Charte canadienne*, elle ne s'applique qu'aux gouvernements tels que définis à son article 32. Dans la plupart des cas, les autorités autochtones pourront être considérées comme des gouvernements au sens de l'article 32 de la *Charte canadienne* et cette dernière leur sera donc applicable. Toutefois, elle ne s'appliquera pas entre personnes privées, qu'elles soient autochtones ou non.

De plus, la *Charte canadienne* ne saurait mettre en échec d'autres parties de la Constitution. Ainsi, les droits ancestraux ou issus de traités reconnus et confirmés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ont une importance égale aux droits prévus par la *Charte canadienne*. Une partie de la Constitution ne peut pas déroger ou en abroger une autre partie. C'est ainsi que les droits prévus à la *Charte canadienne* ne sauraient pas porter atteinte aux droits ancestraux ou issus de traités, quoi qu'elle puisse s'appliquer à leur exercice dans une certaine mesure. Cette application reste en tout temps subordonnée et limitée par la règle de non-abrogation qui interdit une hiérarchisation entre les droits garantis par la Constitution.

Quant à l'article 25 de la *Charte canadienne*, celui-ci ne fait ni plus ni moins que réaffirmer cette règle d'interprétation constitutionnelle, tout en y protégeant d'autres droits qui ne seraient pas de nature constitutionnelle.

Enfin, nous avons remarqué que bon nombre de dispositions de la *Charte canadienne* peuvent

protéger la spécificité autochtone et que ces dispositions donnent une certaine marge de manœuvre à des gouvernements en leur permettant de déroger à ces droits qui y sont inscrits par les articles 1^{er} et 33.

Les instruments provinciaux seront généralement applicables aux Autochtones, dans la mesure où ils ne portent pas atteinte à la quiddité indienne, soit leur spécificité ou leurs éléments essentiels. Quant aux instruments fédéraux, ils seront applicables aux conseils de bande. La *Loi canadienne sur les droits de la personne* sera de plus applicable aux entreprises autochtones. La question demeure ouverte quant à leur application aux individus autochtones et nous n'avons pas su trouver de réponse claire et convenable. Y sont-ils assujettis pour l'ensemble de leurs activités ou seulement, par exemple, pour les services ordinairement offerts au public se rattachant à la compétence fédérale sur les Indiens? En nous référant à l'objectif de la *Loi canadienne* qui est de compléter la législation canadienne en droits et libertés, nous privilégions la seconde option.

Autant les instruments fédéraux que provinciaux sont subordonnés aux droits ancestraux ou issus de traités, incluant les droits à l'autonomie gouvernementale, et ce, compte tenu du fait qu'ils font partie intégrante de la Constitution. Toute violation de ces droits par un instrument provincial ou fédéral devra impérativement faire l'objet d'une justification.

Les recherches effectuées dans le cadre de ce mémoire témoignent d'un fait révélateur : les Autochtones du Canada utilisent ouvertement le système de justice afin de faire valoir leurs droits fondamentaux. Cela dit, un avertissement semble de mise : les instruments actuels de protection des droits de la personne, aussi louables soient-ils, demeurent des instruments occidentaux qui n'ont pas été choisis par les Autochtones. Ces instruments leur ont été imposés. Certes, ils ne sont pas toujours applicables aux Autochtones, surtout dans ce qui les distingue et lorsque leurs droits ancestraux ou issus de traités sont en jeu. Toutefois, lorsque ces instruments s'appliquent, ils permettent une certaine flexibilité afin de tenir compte du point de vue autochtone. Malgré tout, il y réside toujours un risque d'effets secondaires potentiellement néfastes sur ces peuples. En effet, certaines pratiques pourraient être mises en péril, ou à tout le moins, diluées¹⁰¹⁰. Les pratiques traditionnelles consistant à séparer certaines fonctions au sein

1010 Dans la mesure où elles ne seraient pas toutes protégées par la Constitution.

d'une communauté selon l'âge en sont un exemple¹⁰¹¹.

À l'aube de la mise en œuvre de gouvernements autochtones en vertu du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, la meilleure solution pour les Autochtones serait probablement de mettre en œuvre, par consensus, leurs propres codes des droits de la personne qui pourraient refléter leur spécificité dans le paysage canadien. À cet égard, ils pourraient s'inspirer des chartes canadienne et québécoise et des instruments internationaux, tout en ajoutant des clauses interprétatives et toutes nouvelles dispositions qui leur seraient tout à fait adaptées.

En fait, il s'agit déjà d'une réalité bien en place pour certains d'entre eux. La Constitution du gouvernement Nunatsiavut des Inuits du Labrador¹⁰¹² contient une Charte des droits et responsabilités des Inuits du Labrador¹⁰¹³. Certes, la *Charte canadienne* s'applique déjà à ce gouvernement Inuit à l'égard de toutes les matières qui relèvent de son autorité en vertu du traité qui lui a donné naissance¹⁰¹⁴.

Quoi qu'il en soit, cette Charte des droits et responsabilités des Inuits du Labrador a pour objectif de contraindre le gouvernement inuit à préserver et à promouvoir l'identité et la culture collective et distincte des Inuits du Labrador en tant que peuple autochtone du Canada. Le tout, d'une manière qui respecte, protège et réalise la dignité humaine, l'égalité et la liberté de chaque Inuit du Labrador :

The purpose of the Labrador Inuit Charter of Rights and Responsibilities is to ensure that institutions of Labrador Inuit government preserve and promote the distinct collective identity and culture of the Labrador Inuit as one of the aboriginal peoples of Canada in a manner that respects, protects and fulfills the human dignity, equality and freedom of each Labrador Inuk¹⁰¹⁵.

La lecture de cette charte permet de réaliser que les droits qui y sont enchâssés recourent en grande partie ceux des chartes québécoises et canadiennes, tout en étant dûment adaptés à la culture inuit. On y retrouve des dispositions sur le droit à l'égalité¹⁰¹⁶, le droit à la vie, la liberté

1011 D'autres illustrations se retrouvent en introduction, à la p. 10.

1012 *Labrador Inuit Constitution*, préc., note 372. Cette Constitution a été adoptée à la suite de la conclusion d'un traité, l'*Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Labrador*, préc., note 311, lequel traité a été mis en vigueur par la *Loi sur l'Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Labrador*, préc., note 308.

1013 *Labrador Inuit Constitution*, préc., note 372, Chapitre 2, Labrador Inuit Charter of Rights and Responsibilities.

1014 *Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Labrador*, préc., note 311, art. 2.18.1.

1015 *Labrador Inuit Constitution*, préc., note 372, Chapitre 2, Labrador Inuit Charter of Rights and Responsibilities, art. 2.1.3.

1016 *Id.*, art. 2.4.1 et suivants.

et la sécurité de la personne tout en y ajoutant le droit d'être libre de toute forme de violence de source privée¹⁰¹⁷. De plus, la charte élève la dignité à titre de droit substantif et confère la responsabilité à chacun des Inuits de traiter avec respect chacun des autres membres de leur société¹⁰¹⁸. Cette charte protège le droit à l'intégrité physique et psychologique de même que le droit de faire des choix personnels concernant la reproduction et le contrôle du corps¹⁰¹⁹. Elle a enchâssé l'interprétation donnée par la Cour suprême sur les limitations à liberté d'expression, telles que l'incitation à la violence, la propagande haineuse ou le droit à la vie privée¹⁰²⁰. Par ailleurs, la charte prévoit la protection du statut inuit¹⁰²¹ de même qu'un droit à la propriété¹⁰²². Elle comporte un bon nombre de droits économiques et sociaux, tels que le droit de choisir librement de commercer, de travailler ou d'exercer une profession¹⁰²³, le droit à des conditions de travail justes et équitables¹⁰²⁴, le droit à un environnement sain¹⁰²⁵, le droit à de la nourriture, des soins de santé et des services sociaux¹⁰²⁶, le droit à l'éducation¹⁰²⁷ et le droit au logement¹⁰²⁸, entre autres choses.

Sans procéder à une analyse exhaustive de la portée des garanties énoncées dans cette charte, force est d'admettre que les garanties qui y sont énoncées sont semblables à celles que l'on peut retrouver dans des instruments de protection des droits de la personne dits occidentaux, bien qu'étant certainement adaptées aux réalités du peuple inuit du Labrador. De plus, l'on mentionne au sein même de cette charte que le besoin de protéger, de préserver et de promouvoir les droits ancestraux ou issus de traités doit notamment être considéré dans son interprétation :

When interpreting the Labrador Inuit Charter of Rights and Responsibilities an institution of Labrador Inuit government, court, tribunal or other forum must consider:

- (a) the need to protect, preserve and promote the aboriginal and treaty rights of the Inuit of Labrador as one of the aboriginal peoples of Canada;
- (b) the right of the Inuit of Labrador to maintain and develop Labrador Inuit society as a culturally and territorially distinct society based on the human dignity, equality and freedom of each Labrador Inuk; and

1017 *Id.*, art. 2.4.6.

1018 *Id.*, art. 2.4.5.

1019 *Id.*, art. 2.4.7.

1020 *Id.*, art. 2.4.9.

1021 *Id.*, art. 2.4.12.

1022 *Id.*, art. 2.4.14 et suivants.

1023 *Id.*, art. 2.4.17.

1024 *Id.*, art. 2.4.18.

1025 *Id.*, art. 2.4.20.

1026 *Id.*, art. 2.4.23.

1027 *Id.*, art. 2.4.24.

1028 *Id.*, art. 2.4.28.

(c) the desire of the Inuit of Labrador to encourage the realization of the human potential of each Labrador Inuk and the recognition that each Labrador Inuk has responsibilities to Labrador Inuit society and to all other Labrador Inuit¹⁰²⁹.

Cette disposition interprétative irait donc moins loin que l'article 25 de la *Charte canadienne* en ce qui concerne les fins uniques de cette charte. En effet, doivent être considérés dans l'interprétation de cette charte, les droits ancestraux ou issus de traités. Il faut cependant mentionner que notre objectif ici n'est pas de procéder à l'analyse de l'impact juridique d'une telle disposition sur les droits ancestraux ou issus de traités, tout simplement souligner l'importance pour ce peuple de ce doter d'un instrument spécifique de protection des droits.

Ce qui est important de retenir, c'est qu'il s'agit de l'instrument choisi par ce peuple pour ce peuple et adopté à la suite d'un référendum pour lequel 66% de la population s'est prononcé en faveur de son adoption¹⁰³⁰. Cette charte a donc toute la légitimité politique dont elle requiert. Ceci tend à démontrer que les peuples autochtones ne sont pas insensibles à la protection des droits fondamentaux et qu'ils ont une conception somme toute assez semblable de la dignité humaine à celle du reste de la population canadienne. En ce sens, le professeur Otis semble avoir raison lorsqu'il mentionne qu'il ne faudrait pas exagérer l'opposition autochtonité/modernité en matière de protection des droits de la personne:

Lorsqu'elle aborde la question de l'incidence des droits et libertés individuels sur l'exercice de l'autonomie politique autochtone au Canada, la doctrine juridique dominante est pètrie d'un différentialisme qui amène certains auteurs à postuler une sorte d'antagonisme ontologique entre autochtonité et modernité juridique ou, à tout le moins, un potentiel permanent de friction entre la différence culturelle autochtone et le jeu des droits et libertés individuels. Paradoxalement, alors que les juristes fustigent à bon droit le passéisme autoritaire de la Cour suprême du Canada, qui réduit les droits ancestraux des Autochtones aux traditions d'origine pré-coloniale, nombre d'analystes, malgré quelques remarques convenues sur le dynamisme des cultures autochtones, doutent de la légitimité culturelle des droits fondamentaux en raison de la menace grave qu'ils feraient peser sur les structures tribales traditionnelles. Plusieurs se représentent deux mondes parallèles: d'un côté, un univers culturel occidental individualiste et libéral et, de l'autre, une autochtonie traditionnelle durablement imprégnée d'une philosophie de la responsabilité individuelle, de l'harmonie et de la solidarité communautaires.

[...]

Exilés de la modernité, les Autochtones? L'analyse différentialiste procède d'une tendance à faire pudiquement l'impasse sur l'historicité de la condition autochtone. Elle nie ou n'admet qu'avec réticence, de peur de paraître légitimer ou banaliser les ravages du colonialisme, que si les sociétés précoloniales avaient leurs formes de gouvernance adaptées aux conditions objectives dans lesquelles elles vivaient, ces conditions ont en bonne partie disparu sans qu'il soit possible de les recréer. Les contradicteurs de la *Charte*,

1029 *Id.*, art. 2.2.1.

1030 NUNATSIYAVUT, Nunatsiavut Government, en ligne: <<http://www.nunatsiavut.com/index.php/constitution>> (à jour au 12 janvier 2013). On ne peut pas en dire autant de la plupart, sinon la totalité des instruments canadiens étudiés dans ce mémoire, lesquels n'ont pas été soumis à l'approbation de la population.

ou ceux qui en proposent une application subordonnée à l'altérité autochtone, supposent l'absence, ou à tout le moins un déficit important, de normativité culturelle des droits et libertés individuels dans un univers autochtone imprégné par la tradition ou n'aspirant qu'à sa reviviscence. Pourtant, on aurait tort de présumer que dans leurs rapports sociaux, économiques et politiques, les femmes et les hommes autochtones plébiscitent cette opposition autochtonité/modernité¹⁰³¹.

Il serait donc faux de prétendre que les instruments de protection des droits de la personne seraient en perpétuel conflit avec les aspirations autochtones. Ainsi, militer pour une complète évacuation de l'application des chartes en matière autochtone afin d'éviter que des situations plus hypothétiques que plausibles ne se produisent nous semble, à juste titre, hors de question. Cela risquerait encore plus de confiner et d'isoler, comme le dénote le professeur Otis, les Autochtones dans un passé qui n'existe plus. Il faut éviter de faire une évaluation stéréotypée des traditions juridiques des Autochtones¹⁰³² et l'adoption de cette Charte inuit des droits et responsabilités témoigne de la voie privilégiée par les Inuits du Labrador. Le fait qu'ils aient librement choisi cette voie est déterminant et octroie une grande légitimité à la démarche, tout en démontrant qu'ils sont conscients de l'importance des droits fondamentaux dans une société. Comme le révèle John Borrows, professeur et lui-même membre d'une Première Nation, les Autochtones sont généralement bien conscients de ces réalités :

While it is true that the application of Indigenous law may violate individual rights, all legal systems face potential challenges in this regard. Nevertheless, we must guard against stereotypes which might cause us to see such problems as inevitable within Indigenous societies. Of course, as with any system, Indigenous legal traditions must be attentive to foundational questions of human dignity to have any chance of continued growth and acceptance. Fortunately, Indigenous peoples are very aware of foundational principles of civil, political, social and economic rights and responsibilities upon which legal systems rest. In fact, they call on these ideas all the time in their fight against colonial state domination. The development and application of Indigenous law is unlikely to thrive unless Indigenous peoples themselves also express these core precepts within their own distinctive systems. In fact, a large number of Indigenous people would likely not accept the double standard of expecting colonial governments to respect international human rights while their own governments failed to recognize similar principles. I know I would not accept this result in my own First Nation.

For Indigenous peoples to be persuasive in declaring and developing law they must

1031 G. OTIS, préc., note 74, p. 215-218.

1032 J. BORROWS, préc., note 148, p. 37:

At the same time, while it is important to acknowledge the significant struggles some indigenous communities face in revitalizing their legal traditions, we must also inoculate ourselves against drawing inaccurate and stereotypical conclusions about how Indigenous people will apply their laws in a contemporary context. Indigenous people are not backwards. Sometimes, when people say they are concerned about Indigenous legal traditions, their worry is not as much with the community's social state but with the ancient nature and connection Indigenous people have to their laws. I have been asked: "won't the application of Indigenous law lead to injustice?" When pressed further as to what they mean, people often think Indigenous law will inevitably demean women, deny due process, and be inconsistent with democracy and cherished ideas about the rule of law.

incorporate human rights principles in some form within their legal systems. These systems of human rights protection may be found in their own historic laws and experience, as well as in current human rights documents and declarations. The problem with the *Indian Act* for many years has been its failure to incorporate human rights standards. While the application of the Canadian *Human rights Act* may help to partially remedy this deficiency, a fuller solution would allow Indigenous peoples to develop their own legal traditions consistent with international human rights standards. While obligations vary according to the international instrument in question, Indigenous incorporation of these laws would include providing remedies for breaches of human rights, along with educative initiatives, independent monitoring and complaints procedures. The self-governing adoption of international human rights instruments would likely be more persuasive and generate greater loyalty within Indigenous communities than the forced application of another parliamentary enactment which further props up a discredited *Indian Act*. It is just not acceptable to have a racist and sexist document such as the *Indian Act* control peoples' lives. The Canadian *Human Rights Act* does not contain the level of detail necessary to overturn the *Indian Act's* central assimilatory premises¹⁰³³.

Ainsi, toute initiative autochtone visant à se libérer du régime de la *Loi sur les Indiens* combinée à la protection de leurs droits fondamentaux ne peut être que salutaire et prometteuse.

Les instruments de protection des droits et libertés de la personne, quels qu'ils soient, doivent être vus comme des outils visant à protéger les individus dans ce qu'il y a de plus fondamental, soit leur dignité. Ils ne doivent pas être considérés comme des méthodes remettant systématiquement en question les valeurs et la culture autochtone, ni comme des modèles rigides et prédéfinis, mais plutôt des instruments à géométrie variable.

Le nœud du problème ne se situe donc pas au niveau des droits et libertés de la personne. Les garanties qui se retrouvent dans les instruments de protection des droits et libertés de la personne font pour la plupart consensus un peu partout sur la planète. Le danger se situe plutôt au niveau d'une interprétation qui dénature le contexte dans lequel ces droits et libertés doivent être appliqués. Une interprétation faite par un juge peu au fait des réalités souvent différentes du contexte autochtone peut mener à plus de problèmes que de solutions. Les instruments de protection des droits de la personne ne doivent pas permettre à ceux qui les appliquent de s'aveugler face aux réalités sociales autochtones ou face à leurs coutumes, traditions légales ou culturelles uniques. L'interprétation de ces instruments doit être filtrée en tenant compte de ces derniers facteurs.

Une expansion et une plus grande légitimité des tribunaux autochtones déjà en place peut constituer une piste de solution. La présence d'un juge issu d'une communauté autochtone à la

1033 J. BORROWS, préc., note 148, p. 37-38.

Cour suprême du Canada pourrait aussi venir atténuer les risques d'interprétation sans distinction.

À ce titre, les questions de l'applicabilité ont, dans ce mémoire, largement éclipsé la question de l'interprétation. Cette dernière pourrait probablement faire l'objet d'un document tout aussi volumineux. En effet, nos conclusions nous n'ont permis qu'effleurer ce vaste sujet, lequel ouvre la porte à une interprétation différenciée des instruments de protection des droits et libertés de la personne aux peuples autochtones du Canada.

Bibliographie

A. Législation

Textes internationaux

Convention concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants, (1989)
72 Bulletin officiel du Bureau international du travail (Série A)

Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, Strasbourg, 1.II.1995

Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, A/RES/61/295

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966 de l'Assemblée générale des Nations unies

Projet de la déclaration interaméricaine relative aux droits des peuples autochtones, AG/RES.1022 (XIX-O/89)

Observation générale du Comité des droits de l'Homme n°23 (50) (art 27), CCPP/C/21.Rev/Add.5, 26 avril 1994, A/49/40, 1994, vol. I, Annexe V, par. 6.1

Textes constitutionnels

Charte canadienne des droits et libertés, Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [annexe B de la loi de 1982 sur le Canada, 1982, R.-U., c.11]

Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.)

Loi constitutionnelle de 1871, 34 & 35 Vict., c. 28 (R.-U.)

Loi constitutionnelle de 1982, [annexe B de la loi de 1982 sur le Canada, 1982, R.-U., c.11]

Textes fédéraux

Code canadien du travail, L.R.C. 1985, c. L-2

Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46

Déclaration canadienne des droits, L.C. 1960, c. 44

Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. 1985, c. H-6

Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, c. I-21

Loi modifiant la Loi canadienne sur les droits de la personne, L.C. 2008, c. 30

Loi sur l'Accord définitif niska'a, L.C. 2000, c. 7

Loi sur l'Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Labrador, L.C. 2005, c. 27

Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. 1985, c. C-50

Loi sur le gouvernement du territoire provisoire de Kanesatake, L.C. 2001, c. 8

Loi sur le Nunavut, L.C. 1993, c. 28

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C., 1985, c. F-7

Loi sur les Cris et les Naskapis du Québec, L.C. 1984, c. 18

Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, c. I-5

Loi sur les Territoires du Nord-Ouest, L.R.C. 1985, c. N-27

Loi sur le Yukon, L.C. 2002, c. 7

Textes provinciaux et territoriaux

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., c. C-12

Code civil du Québec, L.Q. 1991, c. 64

Code des droits de la personne, C.P.L.M., c. H-175

Code des droits de la personne, L.R.O. 1990, c. H-19

Human Rights, Citizenship and Multiculturalism Act, R.S.A. 2000, c. H-14

Human Rights Act, R.S.N.S. 1989, c. 214

Human Rights Act, R.S.P.E.I. 1988, c. H-12

Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, c. 210

Human Rights Code, R.S.N.L. 1990, c. H-14

Loi approuvant la convention de la Baie James et du Nord québécois, L.R.Q., c. C-67

Loi modifiant la Loi électorale, S.Q. 1969, c. 13

Loi sur la discrimination dans l'emploi, S.R.Q. 1964, c. 142

Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles, L.R.Q., c. A-3.001

Loi sur les cités et villes, L.R.Q., c. C-19

Loi sur les compétences municipales, L.R.Q., c. C-47.1

Loi sur les droits de la personne, L.Nun. 2003, c. 12

Loi sur les droits de la personne, L.R.N.-B. 1973, c. H-11

Loi sur les droits de la personne, L.T.N.-O. 2002, c. 18

Loi sur les droits de la personne, L.R.Y. 2002, c. 116

Residential Tenancies Act, S.A. 2004, c. R-17.1

Saskatchewan Bill of Rights Act, 1947, S.S. 1947, c. 35

Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, c. S-24.1

Wildlife Act, S.B.C. 1982

Traités, ententes et textes émanant de gouvernements autochtones

Accord définitif Nisga'a, Affaires autochtones et Développement du Nord Canada en ligne: <http://www.collectionscanada.gc.ca/webarchives/20071115100228/http://www.aainc-inac.gc.ca/pr/agr/nsga/nis/index_f.html>

Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Labrador; Accord sur les revendications territoriales entre les Inuit du Labrador et Sa Majesté la Reine du Chef de Terre-Neuve-et-Labrador et Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, Affaires autochtones et Développement du Nord Canada, en ligne: <<http://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1293647179208>>

Autonomie gouvernementale de la Première nation de Westbank, Accord entre Sa Majesté la Reine du chef du Canada et la Première nation de Westbank, Affaires autochtones et Développement du Nord Canada, en ligne: <<http://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1100100031766/1100100031768>>

Labrador Inuit Constitution, NUNATSIAVUT, Nunatsiavut Assembly en ligne: <<http://www.nunatsiavut.com/images/stories/depts/assembly/labrador%20inuit%20constitution.pdf>>

QUÉBEC, *Convention de la Baie-James et du Nord québécois et conventions complémentaires*, Québec, Les publications du Québec, 2006

B. Jurisprudence

- 2747-3174 Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919
- Adams v. Vancouver Management Ltd.*, [2007] B.C.H.R.T.D. No. 403, 2007 BCHRT 403
- Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609
- Alberta (Affaires autochtones et développement du Nord) c. Cunningham*, 2011 CSC 37
- Amziane c. Bell Mobilité*, 2004 CanLII 4929 (QC CS)
- Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143
- Attorney General for Canada c. Attorney General for Ontario*, [1937] A.C. 326
- Aubry c. Éditions Vice-Versa*, [1998] 1 R.C.S. 591
- Augustus c. Gosset*, [1996] 3 R.C.S. 268
- Authorson c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 39, [2003] 2 R.C.S. 40
- Azak v. Nisga'a Nation*, [2003] B.C.H.R.T.D. No. 75, 2003 BCHRT 79
- Alliance de la Fonction publique du Canada c. Francis et autres*, [1982] 2 R.C.S. 72
- B.C.G.E.U. c. British Columbia (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214
- B.C. Native Women's Society c. Canada*, [2000] 1 C.F. 304
- Baier c. Alberta*, 2007 CSC 31, [2007] 2 R.C.S. 673
- Bande d'Eastmain c. Gilpin*, [1987] R.J.Q. 1637 (C.S.P.)
- Bande indienne de Shubenacadie c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1998] 2 CF 198
- Bande indienne de Shubenacadie c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [2000] A.C.F. N° 702 (C.A.)
- Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, 2002 CSC 31, [2002] 2 R.C.S. 146
- Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3
- Banque Laurentienne du Canada c. Saulnier*, [1998] R.D.J.T. 22, REJB 1998-04777 (C.A.)
- Batchewana (membres non résidents) c. Bande indienne de Batchewana*, [1997] 1 C.F. 689

Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103

Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés, [1996] 2 R.C.S. 345

Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail), [1988] 1 R.C.S. 749

Bernard c. Conseil scolaire de Waycobah, 1999 CanLII 1914 (TCDP)

Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission), 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307

Bombardier inc. c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2011 QCCA 322 (CanLII)

Brossard (Ville) c. Québec (Comm. des droits de la personne), [1988] 2 R.C.S. 279

Calder et al. c. Attorney-General of British Columbia, [1973] R.C.S. 313

Cameron v. Albrich, 2011 BCSC 549 (CanLII)

Campbell v. British Columbia, 2000 BCSC 1123 (CanLII)

Campisi c. P.G. Québec, (1977) C.S. 1067, AZ-77022423

Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Haynes, [1983] A.C.F. No 106 (C.A.F.)

Canada (Commission des droits de la personne) c. Conseil de la Bande de Gordon, [2001] 1 C.F. 124 (C.A.).

Canada Mortgage and Housing Corp. v. Iness, 2004 CanLII 15104 (ON CA)

Canadian Jewish Congress v. North Shore Free Press Ltd. (c.o.b. North Shore News), [1997] B.C.H.R.T.D. No. 23

Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui, [1995] 1 R.C.S. 3

Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui, [2000] 1 C.F. 325 (C.A.)

Cardinal c. Alberta (Procureur général), [1974] R.C.S. 695

Carlson v. Turner, [2006] B.C.H.R.T.D. No. 116, 2006 BCHRT 116

Carpenter v. Limelight Entertainment Ltd. (c.o.b. "Limit Night Club"), [1999] B.C.H.R.T.D. No. 50

Casimel v. Insurance Corp. of British Columbia, [1994] 2 C.N.L.R. 22, 1993 CanLII 1258 (BC C.A.)

Charlie c. Vuntut Gwitchin Development Corp., 2002 CFPI 344 (CanLII)

Chevrier c. VCS investigation inc., 2000 CanLII 14703 (QC CQ)

Circ. électorales provinciales (Sask.), [1991] 2 R.C.S. 158

Citoyens pour une qualité de vie c. Aéroports de Montréal, 2004 CanLII 48024 (QC CS)

Clifton c. Bande indienne de Hartley Bay, 2005 CF 1030, [2006] 2 R.C.F. 24

Cockerill c. Première nation No 468 de Fort McMurray, 2010 CF 337 (CanLII).

Colombie-Britannique (Procureur général) c. Lafarge Canada Inc., 2007 CSC 23, [2007] 2 R.C.S. 86

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Bombardier inc. (Bombardier Aerospace Training Center), 2010 QCTDP 16 (CanLII)

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Blais, 2007 QCTDP 11 (CanLII)

Commission de transport de la communauté urbaine de Québec c. Canada (Commission des champs de bataille nationaux), [1990] 2 R.C.S. 838

Commission du Salaire Minimum v. Bell Telephone Company of Canada, [1966] S.C.R. 767

Comm. Ont. des Droits de la Personne c. Simpsons-Sears, [1985] 2 R.C.S. 536

Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin, [1994] 2 R.C.S. 525, p. 538.

Compagnie des chemins de fers nationaux de Canada c. Canada (Procureur général), 2007 CF 371 (CanLII)

Conseil de la nation huronne Wendat c. Gagnon, 1991 CanLII 3744 (QC CA)

Construction Montcalm Inc. c. Com. Sal. Min., [1979] 1 R.C.S. 754

Cooligan c. British American Bank Note Co, 1980 CanLII 4 (TCDP)

Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien), [1999] 2 R.C.S. 203

CN c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne), [1987] 1 R.C.S. 1114

Crow c. Bande de Blood, [1996] A.C.F. No 119

D'Crux v. Stl'atl'imx Tribal Police Board and others (No. 2), 2008 BCHRT 457

Dagenais c. Société Radio-Canada, [1994] 3 R.C.S. 835

Daniels c. Canada, 2013 CF 6 (CanLII)

Delgamuukw c. Colombie-Britannique, [1997] 3 R.C.S. 1010

de Montigny c. Brossard (Succession), 2010 CSC 51, [2010] 3 R.C.S. 64

Devine c. Québec (Procureur général), [1988] 2 R.C.S. 790

Dick c. La Reine, [1985] 2 R.C.S. 309

Donio-King v. Thunder Bay Indian Friendship Centre, [2009] C.L.A.D. No. 5, 75 C.C.E.L. (3d) 140

Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse, [2003] 3 R.C.S., 258

Douglas/kwantlen faculty assn. c. Douglas college, [1990] 3 R.C.S. 570

Dunmore c. Ontario (Procureur général), [2001] 3 R.C.S. 1016, 2001 CSC 94

Dupond c. Ville de Montréal et autre, [1978] 2 R.C.S. 770

Duval c. O.N.F., [1988] R.R.A. 288, 292 (C.S.)

Edwards c. Canada (A.G.), [1930] A.C. 114, 136 (C.P.)

Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général), [1997] 3 R.C.S. 624

Emard v. Synala Housing Co-operative, [1993] B.C.C.H.R.D. No. 39

Eustache v. Simpcw First Nation, [2006] B.C.J. No. 3102, 2006 BCSC 1779

Facca v. Community Futures Development Corp. Of Okanagan Similkameen, [2006] B.C.H.R.T.D. No. 267

Fielden v. Gitxsan Child and Family Services Society, [2004] B.C.H.R.T.D. No. 314, 2004 BCHRT 30

Ford c. Québec (Procureur général), [1988] 2 R.C.S. 712

Four B Manufacturing c. Travailleurs unis du vêtement, [1980] 1 R.C.S. 1031

Francis c. Conseil mohawk de Kanesatake, 2003 CFPI 115, [2003] 4 C.F. 1133

Francis v. CHC Composites Inc., [2006] N.J. No. 8

General motors of canada ltd. c. City national leasing, [1989] 1 R.C.S. 641

Godbout c. Longueuil (Ville), [1997] 3 R.C.S. 844

Gooding c. Edlow Investment Corp., AZ-66021072, [1966] C.S. 436

Gosselin c. Québec (Procureur général), [2002] 4 R.C.S. 429, 2002 CSC 84

Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants — Section Colombie-Britannique, 2009 CSC 31, [2009] 2 R.C.S. 295

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

Hagen v. Aboriginal Community Career and Employment Services, [2005] B.C.H.R.T.D. No. 456

Hall v. Dakota Tipi Indian Band, [2000] 4 C.N.L.R. 108 (C.F.)

Hardy et al v. Westbank First Nation et al, 2003 BCSC 878 (CanLII)

Harper c. Canada (Procureur général), [2004] 1 R.C.S. 827, 2004 CSC 33

Harwood c. Laganière, [1976] C.A. 301

Hill c. Église de scientologie de Toronto, [1995] 2 R.C.S. 1130

Hogan c. La Reine, [1975] 2 R.C.S. 574

Honda Canada Inc. c. Keays, 2008 CSC 39, [2008] 2 R.C.S. 362

Horse Lake First Nation v. Horseman, 2003 ABQB 152 (CanLII)

Horseman v. Horse Lake First Nation, 2005 ABCA 15 (CanLII)

Holland v. Prince George Taxi Assn., [2005] B.C.H.R.T.D. No. 317, 2005 BCHRT 317

Hopkins v. Turingia, [2003] B.C.H.R.T.D. No. 8, 2003 BCHRT 8

Iness v. Caroline Co-operative Homes Inc., 2006 HRTO 19 (CanLII)

In Re la compétence législative quant aux heures de travail, [1925] R.C.S. 505

Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink, [1982] 2 R.C.S. 145

Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général), [1989] 1 R.C.S. 927

Jack v. Nichol, [1999] B.C.H.R.T.D. No. 32

Jaime Grismer c. Première Nation de Squamish, 2006 CF 1088

Keenan v. Certified General Accountants Assn. of British Columbia, 1999 CanLII 5767 (BC SC)

Koehler v. Carson, [2006] B.C.H.R.T.D. No. 178

Konkin v. Ts'kw'aylaxw First Nation, [2007] B.C.H.R.T.D. No. 3

Konkin v. Ts'kw'aylaxw First Nation, [2007] B.C.H.R.T.D. No. 295

Krieger c. Law Society of Alberta, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372

Kruger et al. c. La Reine, [1978] 1 R.C.S. 104

Lanza v. VanASEP (Aboriginal Skills Employment Partnership) Training Society, [2008] B.C.H.R.T.D. No. 398

La Reine c. Drybones, [1970] R.C.S. 282

Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario, [1991] 2 R.C.S. 211

Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1999] 1 R.C.S. 497

Law Society of British Columbia c. Mangat, [2001] 3 R.C.S. 113, 2001 CSC 67

LeFrançois c. Canada (Procureur général), 2010 QCCA 1243 (CanLII)

Letendre v. Esquiro, [2005] B.C.H.R.T.D. No. 576

Little Leaf v. Houle, 2011 ABPC 31 (CanLII)

Louie, James, Beattie, Joyce v. Indian and Northern Affairs Canada, 2011 CHRT 2

Lovelace c. Ontario, [2000] 1 R.C.S. 950

Lyon v. Fox, [2005] B.C.H.R.T.D. No. 576

Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances); Rice c. Nouveau-Brunswick, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405

Mahe c. Alberta, [1990] 1 R.C.S. 342

Malec c. Conseil de bande des Innus de Natashquan, 2011 QCCQ 10814 (CanLII)

Malec et autres c. Conseil des Montagnais de Natashquan, 2010 TCDP 2 (CanLII)

Martin v. First Nations Urban Community Society, [2006] B.C.H.R.T.D. No. 47

Masso v. Nuu-chah-nulth Tribal Council, [2008] B.C.H.R.T.D. No. 461

Mathison v. Musqueam Indian Band, [2006] B.C.H.R.T.D. No. 204

McIvor v. The Registrar, Indian and Northern Affairs Canada, 2007 BCSC 827

McIvor v. Canada (Registrar of Indian and Northern Affairs), [2009] 2 C.N.L.R. 236, 2009 BCCA 153 (CanLII)

Mckinney c. Université de guelph, [1990] 3 R.C.S. 229

McKinnon v. Ontario (Ministry of Correctional Services), [1998] O.H.R.B.I.D. No. 10

Ministry of Correctional Services v. McKinnon, 2010 ONSC 3896 (CanLII)

Mitchell c. M.R.N., [2001] 1 R.C.S. 911, 2001 CSC 33

Miron c. Trudel, [1995] 2 R.C.S. 418

Montréal c. Arcade Amusements Inc., [1985] 1 R.C.S. 368

Moore v. Play It Again Sports Ltd., [2004] N.S.H.R.B.I.D. No. 2

Mottershead v. Tsow Tun Le Lum Society, [2006] B.C.H.R.T.D. No. 600, 2006 BCHRT 600

Motuz v. Songhees Nation, [2009] B.C.H.R.T.D. No. 405

Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256

Murray v. British Columbia Aboriginal Childcare Society, [2006] B.C.H.R.T.D. No. 369

Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts), [2004] 3 R.C.S. 511

Native Child and Family Services of Toronto c. Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, 2008 CAF 338 (CanLII)

New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative), [1993] 1 R.C.S. 319

NIL/TU, O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees' Union, 2010 CSC 45

NIL/TU, O Child and Family Services Society v. BCGEU, 2008 BCCA 333 (CanLII)

Northern Telecom c. Travailleurs en communication, [1983] 1 R.C.S. 733

Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin; Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504

O'Grady c. Sparling, [1960] R.C.S. 804

Ordre des comptables généraux licenciés du Québec c. Québec (Procureur général) [2004] R.J.Q. 1164

Ouimette c. Canada (Procureur général), 2002 CanLII 30452 (QC CA)

Parents Naturels c. Superintendent of Child Welfare et al., [1976] 2 R.C.S. 751

Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission), 2003 CSC 55, [2003] 2 R.C.S. 585

Paul c. Paul, [1986] 1 R.C.S. 306

Peters v. North Cariboo Aboriginal Family Program Society, [2008] B.C.H.R.T.D. No. 94

Pierre v. Bertrand and another, 2011 BCHRT 284 (CanLII)

Pitawanakwat c. Service de police tribale de Wikwemikong, 2010 CF 917 (CanLII)

Première nation algonquaine d'Ardoch c. Canada (Procureur général), 2003 CAF 473, [2004] 2 R.C.F. 108 (C.A.)

Procureur général du Canada c. Procureur général de l'Ontario (Conventions de travail), [1937] A.C. 326

Qu'Appelle Indian Residential School Council v. Canada (Human Rights Commission), (1987) 10 C.H.R.R. D/5476 (F.C.T.D.)

Québec (Commission des droits de la personne) c. Thibodeau, 1993 CanLII 2699 (QC T.D.P.)

Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville); Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville), 2000 CSC 27, [2000] 1 R.C.S. 665

Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal, [2004] 1 R.C.S. 789, 2004 CSC 30

Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand, [1996] 3 R.C.S. 211

Québec (Procureur général) c. A, 2013 CSC 5

Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association, 2010 CSC 39

Québec (Procureur général) c. Moses, 2010 CSC 17

R. c. Advance Cutting & Coring Ltd., 2001 CSC 70, [2001] 3 R.C.S. 209

R. c. Badger, [1996] 1 R.C.S. 771

R. c. Big M Drug Mart Ltd., [1985] 1 R.C.S. 295

R. c. Blais, [2003] 2 R.C.S. 236, 2003 CSC 44

R. c. Côté, [1996] 3 R.C.S. 139

R. c. Demers, [2004] 2 R.C.S. 489, 2004 CSC 46

R. c. Gladue, [1999] 1 R.C.S. 688

R. c. Gladstone, [1996] 2 R.C.S. 723

R. c. Hape, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292

R. c. Kapp, [2008] CSC 41

R. c. Marshall, [1999] 3 R.C.S. 456

R. c. Morgentaler, [1988] 1 R.C.S. 30

R. c. Morris, 2006 CSC 59, [2006] 2 R.C.S. 915

R. c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103

R. c. Pamajewon, [1996] 2 R.C.S. 821

R. c. Sappier; R. c. Gray, 2006 CSC 54, [2006] 2 RCS 686

R. c. Sioui, [1990] 1 R.C.S. 1025

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

R. c. Van der Peet, [1996] 2 R.C.S. 507

R. v. Campbell, 112 C.C.C. (3d) 107, [1997] 1 C.N.L.R. 120 (C.A. Man.)

R. v. Chief, 1989 CanLII 281 (YK CA)

R. v. Kapp, 2006 BCCA 277 (CanLII)

R v. Nicholas and Bear, [1989] 2 C.N.L.R. 131 (N.B. Q.B.)

R. v. Ratt [1986] 1 C.N.L.R. 123 (Sask. Prov. Ct.)

Radek v. Henderson Development (Canada) Ltd., [2005] B.C.H.R.T.D. No. 302

Ravndahl c. Saskatchewan, [2009] 1 R.C.S. 181; 2009 CSC 9

Re Eskimos, [1939] S.C.R. 104

Renvoi relatif au projet de Loi 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.), [1987] 1 R.C.S. 1148

Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières, 2011 CSC 66

Renvoi relatif à la sécession du Québec, [1998] 2 R.C.S. 217

Re Stacey and Montour and The Queen, (1981), 63 C.C.C. (3d) 61 (C.A. Qué.)

Rivet c. Canada (Procureur général), 2007 CF 1175 (CanLII)

Robbins v. Canadian Broadcasting Corp. (Que.), [1958] C.C.S. NO. 1073, (1958) 12 D.L.R. (2d) 35 (C.S.)

Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan, 2005 CSC 13, [2005] 1 R.C.S. 188

Saskatchewan Indian Gaming Authority Inc. v. National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers Union of Canada, 2000 SKQB 176 (CanLII)

Saunders v. Labrador Inuit Assn., [1994] N.H.R.B.I.D. No. 1

Sauvé c. Banque Laurentienne du Canada, 1998 CanLII 12592 (QC CA)

Sauve v. Ininew Friendship Centre, 2010 HRTO 720 (CanLII)

Schachter c. Canada, [1992] 2 R.C.S. 679

Schreiber c. Canada (Procureur général), [1998] 1 R.C.S. 841

Shubenacadie Indian Band c. Canada (Human Rights Commission), [2000] 4 C.F. D-19 (C.A.)

Scodane v. Albright and another, 2011 BCHRT 366 (CanLII)

Scowby c. Glendinning, [1986] 2 R.C.S. 226

Scrimbitt c. Conseil de la bande indienne de Sakimay, [2000] 1 C.F. 513

SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd., [1986] 2 R.C.S. 573

SEFPO c. Ontario (Procureur général), [1987] 2 R.C.S. 2

Seneca College of Applied Arts and Technology c. Bhadauria, [1981] 2 R.C.S. 181

Shubenacadie Indian Band c. Canada (Human Rights Commission), 2000 CanLII 15308 (C.A.F.)

Six Nations of the Grand River Band v. Henderson, [1996] O.J. No. 1953, [1997] 1 C.N.L.R. 202 (C.J. Ont.)

Slaight communications inc. c. Davidson, [1989] 1 R.C.S. 1038

Small Legs v. Dhillon, [2008] B.C.H.R.T.D. No. 104

Société Radio-Canada c. La Reine, 2011 CSC 3, [2011] 1 R.C.S. 65

St-Hilaire c. Canada (Procureur général), 2001 CAF 63, [2001] 4 C.F. 289 (C.A.)

Stephens v. Malach, [2005] B.C.H.R.T.D. No. 393

Stoffman c. Vancouver general hospital, [1990] 3 R.C.S. 483

Succession Bastien c. Canada, 2011 CSC 38, [2011] 2 R.C.S. 710

Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier c. Native Child and Family Services of Toronto, 2010 CSC 46

Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E., [2004] 3 R.C.S. 381, 2004 CSC 66

Thomas v. Norris, 1992 CanLII 354 (BC S.C.)

Thompson c. Première Nation Leq'á:mel, 2007 CF 707 (CanLII)

Transports Kingsway ltée c. Laperrière, AZ-93011207 (C.A.)

Tsilhqot'in Nation v. British Columbia, 2007 BCSC 1700 (CanLII)

Union Colliery Co. of British Columbia v. Bryden, [1899] A.C. 580

Vidéotron Ltée c. Industries Microlec Produits Électroniques Inc., [1992] 2 RCS 1065

Vriend c. Alberta, [1998] 1 R.C.S. 493

Whitebear Band Council and Carpenters Provincial Council of Saskatchewan et al. Re (1992), 135 D.L.R. (3d) 128 (C.A. Sask.)

Wilson v. Switlo, 2011 BCSC 1287 (CanLII)

Wood c. Association canadienne de soccer, 1984 CanLII 8 (TCDP)

Yamelst v. Blain, [2009] B.C.H.R.T.D. No. 400, 2009 BCHRT 400

Yukon (Human Rights Commission) v. Yukon Order of Pioneers, Dawson Lodge #1, 1993 CanLII 3415 (YK CA)

C. Doctrine

Monographies et recueils

ABEL, K. et J. FRIESEN, *Aboriginal Resource Use in Canada: Historical and Legal Aspects*, Winnipeg, University of Manitoba Press, 1991

B. KELLY, J. et P. MANFREDI, Christopher (Édité par), *Contested Constitutionalism: Reflections on the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Vancouver, UBC Press

BAUDOIN J-L. et P. DESLAURIERS, *La responsabilité Civile*, 7^e Édition, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007

BOSSET, P., M. COUTU, M. GARON et F. FOURNIER, *Après 25 ans : la charte québécoise des droits et libertés*, volume 1, Bilan et recommandations, Montréal, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2003

BOSSET, P., M. COUTU, M. GARON et F. FOURNIER, *Après 25 ans : la Charte québécoise des droits et libertés*, Volume 2 – études, Montréal, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2003

BORROWS, J., *Canada's Indigenous Constitution*, Toronto, University of Toronto Press, 2010

BORROWS, J. et L.I. ROTMAN, *Aboriginal Legal Issues - Cases, Materials & Commentary*, 3e édition, Markham, LexisNexis Canada, 2007

BRUN, H., P. BRUN et F. LAFONTAINE, *Charte des droits de la personne: Législation, jurisprudence et doctrine*, 22e édition, Montréal, Wilson et Lafleur, 2009

BROUILLET, E., H. BRUN et G. TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 5e édition, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008

CARBONNIER, J., *Sociologie juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1994

DAVIS, L., (Édité par), *Alliances, Re/Envisioning Indigenous-non-Indigenous Relationships*, Toronto, University of Toronto Press, 2010

Devine c. Québec (Procureur général), [1988] 2 R.C.S. 790, Mémoire du Procureur général du Québec, dossier 20297

DROITS ET DÉMOCRATIES et RÉSEAU CONTINENTAL DES FEMMES AUTOCHTONES DES AMÉRIQUES, « Les femmes autochtones du Canada : une discrimination juridique », dans *Femmes autochtones des Amériques, Deuxième édition*, 2006

DUPUIS, R., *La question indienne au Canada*, Montréal, Boréal, 1991

DUPUIS, R., *Le statut juridique des peuples autochtones en droit canadien*, Toronto, Thomson Carswell, 1999

DUPUIS, R., *Quel Canada pour les autochtones, La fin de l'exclusion*, Montréal, Boréal, 2001

FEMMES AUTOCHTONES DU QUÉBEC. *Mémoire. Discrimination des femmes autochtones*, 2001

GARDNER-O'TOOLE, E. et W. MOSS, *Les Autochtones: historique des lois discriminatoires à leur endroit*, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, Service de recherche, 1991, c1992

GAUVIN G. et R. MORIN, *Droit autochtone et quiddité indienne*, McCarthy Tétrault, Insight Information, Septième édition, Forum autochtone sur la gestion des ressources naturelles et du territoire, 28 et 29 septembre 2011, Montréal

GRAMMOND, S., *Aménager la coexistence. Les peuples autochtones et le droit canadien*, Bruxelles/Montréal, Bruylant/Éditions Yvon Blais, 2003

GRAMMOND, S., *Identity captured by law. Membership in Canada's indigenous peoples and linguistic minorities*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2009

HOGG, P., *Constitutional Law of Canada*, 1997 Student Edition, Toronto, Carswell, 1997

HOGG, P., *Constitutional Law of Canada*, 2010 Student Edition, Toronto, Carswell, 2010

HURLEY, M.C., *Projet de loi C-21 : Loi modifiant la Loi canadienne sur les droits de la personne*, Division du droit et du gouvernement, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, 2008, LS-577F 31

HURLEY, M.C., *L'autonomie gouvernementale des autochtones*, Division des affaires sociales, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, 2009, PRB 09-23F

IMAI, S., *The 2007 Annotated Indian Act and aboriginal constitutional provisions*, Toronto, Thomson Carswell, 2007, 754 p.

JUNEAU, M., *La notion de droit commun en droit civil québécois*, Mémoire de maîtrise, Québec, Faculté de Droit, Université Laval, 2009

KELLY, J. B. et C. P. MANFREDI (Édité par), *Contested Constitutionalism: Reflections on the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Vancouver, UBC Press, 2009

KOVACH, M., *Indigenous methodologies, characteristics, conversations, and contexts*, Toronto, University of Toronto Press, 2009

L. HARRING, S., *White Man's Law: Native People in Nineteenth-Century Canadian Jurisprudence*, Toronto, University of Toronto Press, 1998

LEPAGE, P., *Mythes et réalités sur les peuples autochtones*, Québec, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2002

MACKAAY, E., *L'analyse économique du droit : fondements*, Montréal, Éditions Thémis, 2000

MAY TIMPSON, A. (Édité par), *First Nations, First Thoughts*, Vancouver, UBC Press, 2009, 323 p.

MORIN, F., J-Y BRIÈRE et D. ROUX, *Le droit de l'emploi au Québec*, 3^e édition, Montréal, Wilson et Lafleur, 2006

MORIN, M., *L'usurpation de la souveraineté autochtone. Le cas des peuples de la Nouvelle-France et des colonies anglaises de l'Amérique du Nord*, Montréal, Boréal, 1997

MACKLEM, P., *Indigenous Difference and the Constitution of Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2001

NATIVE WOMEN'S ASSOCIATION OF CANADA, *Aboriginal women, self government & the canadian charter of rights and freedoms*, In the context of the 1991 "Canada Package" on Constitutional Reform, An NWAC Analysis, 1991

NATIVE WOMEN'S ASSOCIATION OF CANADA, *First nations/Metis human rights law: The History of Nwac's position & options fur future action*, An NWAC Special Assembly, March 18 - 22, 1988

PUNDIT CHOTALIA, S., *The 2000 annotated canadian human rights act*, Scarborough, Carswell, 1999

OTIS, G., *Droit autochtone*, Notes de cours et documentation, hiver 2007, Université Laval, 2007

OTIS, G., *Droits et libertés de la personne*, Recueil de notes de cours, automne 2006, Université Laval, 2006

OTIS, G., (dir.), *Droit, territoire et gouvernance des peuples autochtones*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2004

OTIS, G. *Les peuples autochtones et le droit international des droits de l'homme : Notes et tableaux*, hiver 2007, Université Laval, 2007

OTIS, G. et B. MELKEVIK, *Peuples autochtones et normes internationales*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996

PICARD, S., *La sécurité alimentaire des Inuit au Nunavik: Analyse de la sécurisation du régime foncier issu de la Convention de la Baie James et du Nord québécois*, Mémoire de maîtrise, Québec, Faculté de Droit, Université Laval, 2000

ROY, I., *Vers un « droit de participation des minorités à la vie de l'État »? Évolution du droit international et pratique des États*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2006

SARANCHUK, A., *Aboriginal and treaty rights : Collective or individual rights?*, mémoire de maîtrise, Québec, Faculté de droit, Université Laval, 1977

SCHNEIDERMAN, D. et K. SUTHERLAND (Édité par), *Charting the Consequences: The Impact of Charter Rights on Canadian Law and Politics*, Toronto, University of Toronto Press, 1997

TAILLON, P. *Les nouveaux obstacles juridiques au renouvellement du fédéralisme canadien*, étude préparée pour le compte de l'Institut de recherche sur le Québec, Montréal, I.R.Q., 2007

W. ELLIOT, D., *Law and aboriginal peoples in Canada*, 5e édition, Concord, Captus Press, 2005

WILDSMITH, B.H., *Aboriginal Peoples & Section 25 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Saskatoon, University of Saskatchewan Native Law Centre, 1988

Articles de revue et études d'ouvrages collectifs

ADJIN-TETTEY, E., « Sentencing Aboriginal Offenders: Balancing Offenders', Needs the Interests of Victims and Society, and the decolonisation of aboriginal people », (2007) 19 *Can. J. Women & L.* 179

ALLARD, F., « L'impact de la *Charte canadienne des droits et libertés* sur le droit civil: une relecture de l'arrêt *Dolphin Delivery* à l'aide d'une réflexion sur les sources du droit civil québécois », (2003) 63-Numéro spécial en marge du 20e anniversaire de l'adoption de la Charte canadienne des droits et libertés *R. du B.* 1

ARBOUR, J.M., « The Protection of Aboriginal Rights Within a Human Rights Regime : In Search of an Analytical Framework for Section 25 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms », (2003) 21 *S.C.L.R.* (2d) 3

ASCH, M. et MACKLEM, P., « Aboriginal Rights and Canadian Sovereignty: An Essay on *R. v. Sparrow* », (1991) 29 *Alta. L. Rev.* 498

ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, *Journal des Débats*, 32e Légis., 3e session, 20 mars 1985.

BAKHT, N., « Reinvigorating Section 27: An Intersectional Approach » (2009) 6-2 *Journal of Law & Equality* 135

BEAULIEU, J., C. CANTIN et M. RATELLE, « La proclamation royale de 1763: le droit refait l'histoire », (1989) 49-3, *R. du B.* 317

BERNATCHEZ, S., « Les traces du débat sur la légitimité de la justice constitutionnelle dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada », (2005-2006) 36 *R.D.U.S.* 165

BHABHA, F., « Between exclusion and assimilation: Experimentalizing multiculturalism », (2009) 54 *R.D. McGill* 45

BILLINGSLEY, B., « Symposium : 20 Years Under the Charter : Section 33: The Charter's Sleeping Giant », (2002) 21 *Windsor Y.B. Access Just.* 331

BINETTE, A., « Le pouvoir dérogatoire de l'article 33 de la Charte canadienne des droits et libertés et la structure de la Constitution du Canada », (2003) (Numéro spécial - Mars 2003) *R. du B.*, 107

BLACHE, P., « Étude comparative de l'évolution des normes antidiscriminatoires ou égalitaires des articles 15 de la Charte canadienne des droits et libertés et 10 de la Charte des droits et libertés de la personne: convergences et divergences », (2003) Numéro spécial - Mars 2003 *R. du B.* 151

BOIVIN, M., « Le besoin urgent d'un nouveau cadre conceptuel en matière de droits à l'égalité », (2004) 45 *C. de D.*, 327

BORROWS, J., « Constitutional Law From a First Nation Perspective: Self-Government and the Royal Proclamation », (1994) 28 *U.B.C. L. Rev.* 1

BORROWS, J., « Contemporary Traditional Equality: The Effect of the Charter on First Nation Politics », (1994) 43 *U.N.B.L.J.* 19

BORROWS, J., « With or Without You: First Nations Law (in Canada) », (1996) 41 *R.D. McGill* 629

BROUILLET, E., « Le fédéralisme et la Cour suprême du Canada : quelques réflexions sur le principe d'exclusivité des pouvoirs », (2010) 3 *R.Q.D.C.* 60

BRUNELLE, C., « La Dignité dans la Charte des droits et libertés de la personne: de l'ubiquité à l'ambiguïté d'une notion fondamentale », (2006) (numéro thématique hors série) *R. du B.* 143

BRUNELLE, C., « Les droits et libertés fondamentaux », dans Collection de droit 2012-2013, École du Barreau du Québec, vol. 7, Droit public et administratif, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012

CAIRNS, A. C., « Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples: Aboriginal Nationalism, Canadian Federalism, and Canadian Democracy », (2007) 70 *Sask. L. Rev.* 99

CARON, M., « Le Code civil québécois, instrument de protection des droits et libertés de la personne? », (1978) 56 *R. du B. can.* 197

CHARTRAND, L. N., « Re-Conceptualizing Equality: A Place for Indigenous Political Identity », (2001) 19 *Windsor Y.B. Access Just.* 243

COLLINS, H., « , Utility and Rights in Common Law Reasoning: Rebalancing Private Law Through Constitutionalization », (2007) 30 *Dalhousie L.J.* 1

CRAIG, J. D.R. « Invasion of Privacy and Charter Values: The Common-Law Tort Awakens », (1997) 42 *R.D. McGill* 355

DE VARENNES, F., « Langue et discrimination au Canada » (1992) 5 *Can. J.L. & Juris.* 321

DICKSON, T., « Self-Government by Side Agreement », (2004) 49 *R.D. McGill* 419

DICKSON, T., « Section 25 and Intercultural Judgement », (2003) 61 *U. T. Fac. L. Rev.* 141

DI IORIO, N., « L'arrière-plan constitutionnel en droit du travail », dans Collection de droit 2012-2013, École du Barreau du Québec, Vol. 8, *Droit du travail*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012

DUPLESSIS, I., A. LAJOIE, É. GÉLINEAU et G. ROCHER, « L'intégration des valeurs et des intérêts autochtones dans le discours judiciaire et normatif canadien » (2000) 38 *Osgoode Hall L.J.* 143

DUSSAULT, R., « The Vision of the Royal Commission on Aboriginal Peoples », (2007) 70 *Sask. L. Rev.* 93

DUPUIS, R., « La Charte des droits et libertés de la personne et les Autochtones », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, recueil no 142, *Les 25 ans de la Charte québécoise*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000

EDGER, R., « Collective Rights », (2009) 72 *Sask. L. Rev.* 1

ELLIOT, D. W., « Aboriginal Peoples in Canada and the United States and the Scope of the Special Fiduciary Relationship », (1996-1997) 24 *Man. L.J.* 137

ÉMOND, A., « Existe-t-il un titre indien originaire dans les territoires cédés par la France en 1763? », (1995) 41 *R.D. McGill* 59

ÉMOND, A., « Le sable dans l'engrenage du droit inhérent des autochtones à l'autonomie gouvernementale », (1996) 30 *R.J.T.* 89

ÉMOND, A., « Partenaire des peuples autochtones du Canada: les différents visages de la Couronne », (1997-1998) 29 *R.D. Ottawa* 63

FALLON, G., et J. PAQUETTE, « First-Nations Education and the Law: Issues and Challenges », (2008) 17 *Educ. & L.J.* 347

FLETCHER, G.P., « Human dignity as a constitutional value », (1984) 22 *U.W.O.L. Rev.* 171-182.

FYFE, J., « Dignity as theory: competing conceptions of human dignity at the Supreme Court of Canada », (2007) 70 *Sask. L. Rev.* 1

GALL, G. L., « Symposium: 20 Years Under The Charter: Jurisprudence under Section 27 of the Charter: The Second Decade » (2002) 20 *Windsor Y.B. Access Just.* 307

GAUDREAU-DESBIENS, J-F., « La Charte canadienne des droits et libertés et le fédéralisme: quelques remarques sur les vingt premières années d'une relation ambiguë », (2003) Numéro spécial-Mars 2003 *R. du B.* 271

GÉLINEAU-ASSERAY, É. et A. LAJOIE, « Droits autochtones – Les conceptions canadiennes des droits ancestraux », (2004) 38 *R.J.T.* 489

GERSTENBERG, O., « What Constitutions Can Do (but Courts Sometimes Don't): Property, Speech, and the Influence of Constitutional Norms on Private Law », (2004) 17 *Can. J.L. & Juris.* 61

GINGRAS, A., « Les impacts des arrêts Banque canadienne de l'Ouest et Lafarge en matière de partage des compétences », dans *Conférence des juristes de l'État 2009*, Conférence des juristes de l'État, 2009

GRAMMOND, S., « Disentangling "Race" and Indigenous Status: The Role of Ethnicity » (2008) 33 *Queen's L.J.* 487

GRAMMOND, S., « Les effets juridiques de la *Convention de la Baie James* au regard du droit interne canadien et québécois », (1992) 37 *R.D. McGill* 761

GRAMMOND, S., « Pour l'inclusion des droits des autochtones dans la Charte des droits et libertés de la personne », (2006) (numéro thématique hors série) *R. du B.* 295.

GRABEN, S., « The Nisga'a Final Agreement: Negotiating Federalism », (2007) 6:2 *Indigenous L.J.* 63

GREEN, J., « Constitutionalising the Patriarchy: Aboriginal Women and Aboriginal Government », (1992-1993) 4 *Const. F.* 110

GROOVE, R.K., « Curious Instance of the Irregular Band: A case study of Canada's missing recognition policy », (2007) 70 *Sask. L. Rev.* 153

HENDERSON, S., « Taking Equality into the 21st Century: An Aboriginal Commentary », (2001) 12 *Nat'l J. Const. L.* 31

HOGG, P. et M.E. TURPEL, « Implementing Aboriginal Self-Government: Constitutional and Jurisdictional Issues », (1995) 74 *La Revue du Barreau canadien* 187

HUGHES, P., « The intersection of Public and Private under the Charter », (2003) 52 *U.N.B.L.J.* 201

HUTCHINS, P., C. HILLING et D. SCHULZE, « The Aboriginal Right to Self-Government and the Canadian Constitution: The Ghost in the Machine », (1995) 29 *U.B.C. L. Rev.* 251

HUTCHINSON, C., « Case Comment on R. v. Kapp: An Analytical Framework for Section 25 of the Charter », (2007) 52 *R.D. McGill* 173

ISAAC, T., « Aboriginal peoples and the law, Individual versus collective rights. Aboriginal people and the significance of Thomas V. Norris », (1992) 21 *Man. L.J.* 618

ISAAC, T., « Canadian Charter of Rights and Freedoms: The Challenge of the Individual and Collective Rights of Aboriginal People », (2002) 21 *Windsor Y.B. Access Just.* 431

ISSAC, T. et M.S. MALOUGHNEY, « Aboriginal peoples and the law, Dually Disadvantaged and historically forgotten?: Aboriginal women and the inherent right of aboriginal self-government », (1992) 21 *Man. L.J.* 453

- INCONNU, « HIV/AIDS and Aboriginal Communities: Problems of Jurisdiction and Discrimination: A Review » (1996) 3 *Canadian HIV/AIDS Policy & Law Newsletter* No. 1
- LEBEL, L., « La protection des droits fondamentaux et la responsabilité civile », (2004) 49 *R.D. McGill* 231.
- JACKSON, M., « In Search of the Pathways to Justice Alternative Dispute Resolution in Aboriginal Communities », (1992) 26 *U. Brit. Colum. L. Rev.* 147
- KNIGHT, T., « Electoral Justice for Aboriginal People in Canada », (2001) 46 *R.D. McGill* 1063
- LAMPRON, L-P., « La Charte des droits et libertés : son application aux actes municipaux », (2002) 33 *Municipalité* 31
- LEBEL, L., « La protection des droits fondamentaux et la responsabilité civile », (2004) 49 *R.D. McGill* 231
- LECLAIR, J., « Réflexions critiques au sujet de la métaphore du dialogue en droit constitutionnel canadien », (2003) Numéro spécial - Mars 2003 *R. du B.* 377
- LESLIE, J., « La loi sur les Indiens : perspective historique », (2002) 25-2 *Revue parlementaire canadienne* 23
- LYON, N., « Perspective on the Application of the Criminal Code to Aboriginal Peoples in Light of the Judgment of the Supreme Court of Canada in R. v. Sparrow », (1992) 26 *U. Brit. Colum. L. Rev.* 306
- MACKLEM, P., « Aboriginal Rights and State Obligation », (1997) 36 *Alta. L. Rev.* 97
- MANDAMIN, L., D., CALLIHOO, A. ANGUS, et M. BULLER, « The criminal Code and aboriginal people », (1992) 26 *U. Brit. Colum. L. Rev.* 5
- McNEIL, K., « Aboriginal Governments and the Canadian Charter of rights and freedoms », (1996) 34 *Osgoode Hall Journal* 61
- MCNEIL, K., « Aboriginal Governments and the Charter: Lessons from the United States », (2002) 17-2 *Can. J.L. & Soc'y* 73
- McNEIL, K., « Challenging Legislative Infringements of the Inherent Aboriginal Right of Self-Government », (2003) 22 *Windsor Y.B. Access Just.* 329
- McNEIL, K., « How Can Infringements of the Constitutional Rights of Aboriginal Peoples Be Justified? » (1997) 8-2 *Forum constitutionnel* 33

McNEIL, K., « The Constitution Act, 1982, Sections 25 and 35 » (1988) 1 *Canadian Native Law Reporter* 1

McNEIL, K., « The Constitutional Rights of the Aboriginal Peoples of Canada », (1982) 4 *Supreme Court Law Review* 255

MONTURE-OKANEE, P.A. et M.E. TURPEL, « Aboriginal Peoples and Canadian Criminal Law Rethinking Justice », (1992) 26 *U. Brit. Colum. L. Rev.* 239

MOREAU, S., « R. v. Kapp: New Directions for Section 15 », (2008-2009) 40 *R.D. Ottawa* 283

MORIN, M., « Quelques réflexions sur le rôle de l'histoire dans la détermination des droits ancestraux et issus de traités », (2000) 34 *R.J.T.* 329

MORSE, B. W. « Twenty Years of Charter Protection: The Status of Aboriginal Peoples Under the Canadian Charter of Rights and Freedoms », (2002) 21 *Windsor Y.B. Access Just.* 385

MOTARD, G. et S. PICARD, « R. c. Kapp : Quelle interprétation pour les articles 15 et 25 de la Charte canadienne ? » (2008) 2 *R.Q.D.C.* 196

NADEAU, A-R., « Prolégomènes, Juges et pouvoirs: le pouvoir des juges depuis l'avènement de la Charte canadienne des droits et libertés », (2003) Numéro spécial - Mars 2003 *R. du B.* XIX-LVI

NEWMAN, D., « A Double Standard: Indians are not Protected Against Political Discrimination », (2007) 32 *Man. L.J.* 117

NEWMAN, D.G., « You Still Know Nothin' 'Bout Me: Toward Cross-Cultural Theorizing of Aboriginal Rights », (2007) 52 *R.D. McGill* 725

NOUVET, D., « R. v. Kapp : A Case of Unfulfilled Potential », (2010) 8-1 *ILJ* 81

MATIATION, S., « Where Are My Human Rights?: Aboriginal People and HIV/AIDS », (1999) 4 *Canadian HIV/AIDS Policy & Law Newsletter* No. 2/3

OLTHUIS, B., « The Constitution's Peoples: Approaching Community in the Context of Section 35 of the Constitution Act, 1982 », (2009) 54 *R.D. McGill* 1

OTIS, G., « Élection, gouvernance traditionnelle et droits fondamentaux chez les peuples autochtones du Canada », (2004) 49 *R.D. McGill* 393

OTIS, G. « La gouvernance autochtone avec ou sans la Charte Canadienne? », (2004-2005) 36 *R.D. Ottawa* 207

OTIS, G., « La Justice Constitutionnelle Au Canada à L'Approche De L' An 2000 : Uniformisation Ou Construction Plurielle Du Droit », (1995-1996) 27 *Ottawa L. Rev.* 261

OTIS, G., « La place des cultures juridiques et des langues autochtones dans les accords d'autonomie gouvernementale au Canada » (2009) 54 *R.D. McGill* 237

OTIS, G., « L'autonomie personnelle au coeur des droits ancestraux : sub qua lege », (2007) 52 *R.D. McGill* 657

OTIS, G. et A. ÉMOND, « L'identité autochtone dans les traités contemporains : de l'extinction à l'affirmation du titre ancestral », (1996) 41 *R.D. McGill* 543

OTIS, G., « Le titre aborigène : émergence d'une figure nouvelle et durable du foncier autochtone ? », (2005) 46 *C. de D.* 795

OTIS, G., « Territorialité, personnalité et gouvernance autochtone », (2006) 47 *C. de D.* 781

PENTNEY, W., « The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada and the *Constitution Act, 1982: Part I — The Interpretive Prism of Section 25* » (1988) 22 *U.B.C. L. Rev.* 21

PERRET, L., « De l'impact de la Charte des droits et libertés de la personne sur le droit civil des contrats et de la responsabilité au Québec », (1981) 12 *R.G.D.* 121

PINARD, D., « Les sanctions d'une règle de droit législative incompatible avec la Charte canadienne des droits et libertés: le reading in, le reading down, l'interprétation large, l'interprétation atténuée, etc.! », (2003) 63-Numéro spécial en marge du 20e anniversaire de l'adoption de la Charte canadienne des droits et libertés *R. du B.* 421

POTHIER, D., « Kapp gives affirmative action programs wide margins », (2008) 28-19 *The Lawyers Weekly* (September 19, 2008)

PROULX, D., « Le Concept de dignité et son usage en contexte de discrimination: deux Chartes, deux modèles », (2003) Numéro spécial - Mars 2003 *R. du B.* 485

RYAN, C., « L'impact de la Charte canadienne des droits et libertés sur les droits linguistiques au Québec », (2003) Numéro spécial - Mars 2003 *R. du B.* 543

REMPEL, R., « Fundamental Freedoms, Private Actors and the Saskatchewan Bill of Rights », (1991) 55 *Sask. L. Rev.* 263

RYDER, B., « The Demise and Rise of the Classical Paradigm in Canadian Federalism: Promoting Autonomy for the Provinces and the First Nations », (1991) 36 *R.D. McGill* 308

SAMSON, M., « Droit civil et droits de la personne au Québec et en France : conflit et réconciliation », (2009) in *Jurisdoctoria : Revue doctorale de droit public comparé et de théorie juridique* n° 2 (Le conflit, 2009)

SHANDAL, V., « Combining Remedies under Section 24 of the Charter and Section 52 of the Constitution Act. 1982: A Discretionary Approach », (2003) 61 *U.T. Fac. L. Rev.* 175

STACK, D., « The first Decade of RCAP's influence on aboriginal Law », (2007) 70 *Sask. L. Rev.* 123

STEVENSON, M., « Section 91(24) and Canada's Legislative Jurisdiction with Respect to the Metis », (2002) 1 *ILJ* 237

STRAYER, B.L., « In the Beginning: The Origins of Section 15 of the Charter », (2006) 5 *J.L. & Equality* 13

VIZKELETY, B., « Impact de la Charte canadienne sur la Charte québécoise : affirmation ou négation des droits et libertés prévus dans la Charte du Québec », dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, vol. 268, *Développements récents. Les 25 ans de la Charte canadienne des droits et libertés 2007*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007

WEINRIB, L.E., « Human dignity as a rights-protecting principle », (2005) 17-3 *N.J.C.L.* 325

WILKINS, K., « . . . But We Need the Eggs : The Royal Commission, the Charter of Rights and the Inherent Right of Aboriginal Self-government » (1999) 49 *U.T.L.J.* 53

WILKINS, K., « Dancing in the Dark: Of Provinces and Section 35 Rights After 2010 », (2011) 54 *S.C.L.R.* (2d) 529

WILKINS, K., « Negative Capability: Of Provinces and Lands Reserved for the Indians », (2002) 1 *ILJ* 57

WILKINS, K., « Of Provinces and Section 35 Rights », (1999) 22 *Dalhousie L.J.* 185

WILKINS, K., « R. v. Morris: A Shot in the Dark and Its Repercussions », (2008) 7-1 *Indigenous L.J.* 1

WILKINS, K., « Still Crazy After All These Years: Section 88 of the Indian Act at Fifty », (2000) 38 *Alta. L. Rev.* 458

WILKINS, K., « Take Your Time And Do It Right: Delgamuukw, Self-Government Rights And The Pragmatics Of Advocacy », (2000) 27 *Man. L.J.* 241

WOEHLING J., « Convergences et divergences entre fédéralisme et protection des droits et libertés : l'exemple des États-Unis et du Canada » (2000) 46 *R.D. McGill* 21

YOUNGBLOOD HENDERSON, J., « Constitutional powers and treaty rights », (2000) 63 *Sask. L. Rev.* 719

Sites Internet

AFFAIRES AUTOCHTONES ET DÉVELOPPEMENT DU NORD CANADA, *L'approche du gouvernement du Canada concernant la mise en œuvre du droit inhérent des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale et la négociation de cette autonomie, Le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale est un droit prévu à l'article 35*, en ligne: <<http://www.ainc-inac.gc.ca/al/ldc/ccl/pubs/sg/sg-fra.asp#inhrt>>

AFFAIRES AUTOCHTONES ET DÉVELOPPEMENT DU NORD CANADA, *Note d'information générale sur les politiques du Canada sur l'autonomie gouvernementale et les revendications territoriales et état actuel des négociations*, 2012, p. 2 en ligne: <http://www.aadnc-aandc.gc.ca/DAM/DAM-INTER-HQ/STAGING/texte-text/al_ldc_ccl_gbnjan2012_1324327698586_fra.pdf>

ASSEMBLÉE DES PREMIÈRES NATIONS, *La Loi canadienne sur les droits de la personne : information destinée aux citoyens, aux gouvernements et aux organisations des Premières Nations*, 2010, en ligne: <http://64.26.129.156/cmslib/general/09-11-19_summary-FR.pdf>

ASSOCIATION DES FEMMES AUTOCHTONES DU CANADA, *Abrogation de l'article 67 de la Loi canadienne sur les droits de la personne*, Exposé de l'Association des femmes autochtones du Canada, Exposé préparé pour le Sommet national des femmes autochtones du 20 au 22 juin 2007 à Corner Brook (Terre-Neuve-et-Labrador), 2007, en ligne: <http://www.travel-net.com/~nwacweb/fr/documents/F_nwac.repeal_of_s67.jun1607.pdf>

CENTRE NATIONAL POUR LA GOUVERNANCE DES PREMIÈRES NATIONS, *The Inherent Right of Self-Government Timeline*, en ligne: <http://www.fngovernance.org/timeline/inherent_tline>

CBC News, « Aboriginal people file hundreds of human rights complaints », *CBC Radio-Canada*, le 18 juin 2012, en ligne: <<http://www.cbc.ca/news/canada/story/2012/06/18/aboriginal-human-rights-complaints.html>>

COATES, K., *La loi sur les Indiens et l'avenir de la gouvernance autochtone au Canada*, Papier de Recherche pour Le Centre National pour la Gouvernance des Premières Nations, mai 2008, Centre National pour la Gouvernance des Premières Nations, en ligne: <http://fngovernance.org/ncfng_research/coates_fr.pdf>

COMMISSION CANADIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE, aperçu, en ligne: <http://www.chrc-ccdp.ca/discrimination/federally_regulated-fra.aspx>

GOUVERNEMENT DU CANADA, Bureau du Conseil privé, *Rapport de la Commission royale sur les Peuples autochtones*, en ligne: <http://www.collectionscanada.gc.ca/webarchives/20071115211319/http://www.ainc-inac.gc.ca/ch/rcap/sg/sgmm_f.html>

GOUVERNEMENT DU CANADA, Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux, « *Une question de droits* » – *Rapport spécial de la Commission canadienne des droits de la personne sur l'abrogation de l'article 67 de la Loi canadienne sur les droits de la personne*, Commission canadienne des droits de la personne, 2005, en ligne: <http://www.chrc-ccdp.ca/pdf/rapport_a_matter_of_rights_fr.pdf>

GOUVERNEMENT DU CANADA, Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux, « *Toujours une question de droits* » – *Rapport spécial de la Commission canadienne des droits de la personne sur l'abrogation de l'article 67 de la Loi canadienne sur les droits de la personne*, Commission canadienne des droits de la personne 2008, en ligne: <http://www.chrc-ccdp.ca/pdf/rapport_still_matter_of_rights_fr.pdf>

GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *La population autochtone au Québec*, Secrétariat aux affaires autochtones, en ligne]: <<http://www.autochtones.gouv.qc.ca/nations/population.htm>>

GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Profil des nations du Québec*, Secrétariat aux affaires autochtones, en ligne : <http://www.autochtones.gouv.qc.ca/relations_autochtones/profils_nations/profil.htm>

INSTITUT CANADIEN D'INFORMATION JURIDIQUE, *Décisions relatives à la charte*, dans *Recueil de décisions relatives à la Charte canadienne des droits et libertés*, en ligne: <http://www.canlii.org/fr/ca/commentaires_charte/index.html>

LECLAIR, J, *Les droits linguistiques des autochtones*, Trésor de la langue française au Québec, département de Langues, linguistique et traduction, Faculté des Lettres, Université Laval, en ligne: <<http://www.tlfq.ulaval.ca/axl/amnord/quebecautocht.htm>>

LEDUC, L., « Kahnawake: les Blancs toujours menacés d'expulsion », *La Presse*, le 5 juillet 2010, en ligne: <http://www.cyberpresse.ca/actualites/quebec-canada/national/201007/04/01-4295489-kahnawake-les-blancs-toujours-menaces-dexpulsion.php?utm_categorieinterne=traffiddrivers&utm_contenuinterne=cyberpresse_B4_manchettes_231_accueil_POS2>

LEPAGE, P., *Les autochtones à l'ombre du mépris*, *Revue Relations*, Page consultée le 3 mars 2009, [En ligne] Adresse URL : http://www.cjf.qc.ca/relations/archives/textes/immigration/immi_lepa_0111.htm,

McNEIL, K., *La compétence du droit inhérent des gouvernements autochtones*, Papier de recherche pour le Centre National pour la Gouvernance des Premières Nations, octobre 2007, Centre National pour la Gouvernance des Premières Nations, en ligne: <http://fngovernance.org/ncfng_research/kent_mcneil_fr.pdf>

NUNATSIAVUT, Nunatsiavut Government, en ligne: <<http://www.nunatsiavut.com/index.php/constitution>>

PERREAULT, L.-J., « Le Canada assommé de questions sur les droits des autochtones », *La Presse*, 4 février 2009, [En ligne] Adresse URL : <http://www.cyberpresse.ca/actualites/quebec-canada/national/200902/04/01-823904-le-canada-assomme-de-questions-sur-les-droits-des-autochtones.php>.

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE, *L'Entente de Charlottetown*, Bilan du siècle, en ligne: <<http://bilan.usherbrooke.ca/voutes/callisto/dhsp3/lois/Chalottetown.html>>

UNIVERSITY OF MINNESOTA, *Observation générale 23, Article 27: Protection des minorités, Compilation des commentaires généraux et Recommandations générales adoptées par les organes des traités, U.N. Doc. HRI\GEN\I\Rev.1 (1994)*, Bibliothèque des Droits de la Personne de l'Université du Minnesota, en ligne: <<http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/french/f-HRC-comment23.htm>>

RUSTAND, J.K., *Is “inherent Aboriginal Self-Government” Constitutional?*, Canadian Constitution Foundation, 2010, en ligne: <<http://www.canadianconstitutionfoundation.ca/files/24/Is%20Inherent%20Aboriginal%20Self-Government%20Constitutional%20-%20%2012-01-10.pdf>>

STATISTIQUE CANADA, *Peuples autochtones – peuples en données*, , en ligne: <<http://www12.statcan.ca/census-recensement/2006/dp-pd/hlt/97-558/pages/Page.cfm?Lang=F&Geo=CMA&Code=01&Table=1&Data=Count&Sex=1&Age=1&StartRec=126&Sort=2&Display=Page&CSDFilter=25036>>