

Nation Tsilhqot'in c Colombie-Britannique : bonne décision, mauvaises raisons

Maxime St-Hilaire

Volume 44, Number 2, 2014

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1028141ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1028141ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

St-Hilaire, M. (2014). *Nation Tsilhqot'in c Colombie-Britannique* : bonne décision, mauvaises raisons. *Revue générale de droit*, 44(2), 445–504.
<https://doi.org/10.7202/1028141ar>

Article abstract

The word is overused, but the Supreme Court of Canada's decision in *Tsilhqot'in Nation v British Columbia* well and truly deserves to be qualified as "historic." For the first time in the history of Canadian law, a court has recognized, concretely, formally, and definitively, a constitutional ancestral aboriginal title. This decision puts to rest the main doubts regarding the credibility of judicial enforcement of the constitutional rights which Part II of the *Constitution Act, 1982* guarantees to Aboriginal peoples. However, although they contain some useful clarifications, the Supreme Court's reasons are deeply flawed in many respects. Regarding the constitutional rights of Aboriginal peoples, the most of the Court's errors result from the way in which it mainly relies on the *Guerin* decision. As for the division of powers issues, the multiple errors, especially the conceptual ones, in the Chief Justice's reasons are symptoms of even deeper problems.

Nation Tsilhqot'in c Colombie-Britannique : bonne décision, mauvaises raisons

MAXIME ST-HILAIRE*

RÉSUMÉ

Le qualificatif est galvaudé, mais l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'affaire Nation Tsilhqot'in c Colombie-Britannique est véritablement « historique ». Il représente la première reconnaissance judiciaire, concrète, formelle et définitive d'un titre constitutionnel autochtone ancestral dans l'histoire du droit canadien. Il dissipe les principaux doutes sur la crédibilité du contrôle judiciaire des droits constitutionnels que la partie II de la Loi constitutionnelle de 1982 garantit aux peuples autochtones. Or, au-delà de quelques précisions utiles, sa motivation est sérieusement problématique, et ce, à maints égards. Relativement aux droits constitutionnels des peuples autochtones, la plupart des erreurs de la Cour proviennent de la manière dont, sur nombre de questions fondamentales, elle se fonde principalement sur l'arrêt Guerin. À l'égard du droit relatif à la résolution des conflits de compétences attribuées au sein de la fédération, les nombreuses erreurs, conceptuelles notamment, que consignent les motifs de la juge en chef sont symptomatiques de problèmes encore plus profonds.

MOTS-CLÉS :

Titre aborigène, droits ancestraux, obligation de consultation, obligation de fiduciaire, honneur de la Couronne, partage des compétences.

ABSTRACT

The word is overused, but the Supreme Court of Canada's decision in Tsilhqot'in Nation v British Columbia well and truly deserves to be qualified as "historic." For the first time in the history of Canadian law, a court has recognized, concretely, formally, and definitively, a constitutional ancestral aboriginal title. This decision puts to rest the main doubts regarding the credibility of judicial enforcement of the constitutional rights which Part II of the Constitution Act, 1982 guarantees to Aboriginal peoples.

* Professeur adjoint à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke. Bien que je demeure évidemment le seul responsable du contenu de cet article, je tiens à remercier MM. Lawrence David, Leonid Sirota et Martin Papillon.

However, although they contain some useful clarifications, the Supreme Court's reasons are deeply flawed in many respects. Regarding the constitutional rights of Aboriginal peoples, the most of the Court's errors result from the way in which it mainly relies on the Guerin decision. As for the division of powers issues, the multiple errors, especially the conceptual ones, in the Chief Justice's reasons are symptoms of even deeper problems.

KEY-WORDS :

Aboriginal title, aboriginal rights, duty to consult, fiduciary duty, honour of the Crown, division of powers.

SOMMAIRE

Introduction.....	447
I. Droits constitutionnels des peuples autochtones.....	450
A. Nouvelle terminologie des droits ancestraux.....	451
B. Mauvais ancrage de la nature du titre ancestral.....	451
C. Précisions sur les sources matérielles du titre ancestral.....	452
D. Confusion des conditions d'existence et modes de preuve du titre ancestral.....	454
E. Possible réduction du contenu substantiel du titre ancestral....	459
F. Retour de la confusion entourant l'obligation de fiduciaire....	462
G. Possible extension de l'obligation honorable de la Couronne de négocier de bonne foi les revendications de droits ancestraux.....	467
H. Reformulation du test de justification de la restriction des droits.....	468
I. Précisions sur l'obligation de consultation.....	470
II. Répartition fédérative des compétences.....	475
A. Analogie trompeuse avec la <i>Charte canadienne des droits et libertés</i>	484
B. Cadre d'intervention de l' <i>obiter dictum</i> relatif à la protection des compétences exclusives.....	485
C. Intervention précise de l' <i>obiter dictum</i> relatif à la protection des compétences exclusives.....	492
D. Non-abolition de la compétence fédérale exclusive sur les Autochtones.....	493
E. Non-abolition du cœur protégé de la compétence fédérale exclusive sur les Autochtones.....	499
F. Non-abolition de l'article 88 de la <i>Loi sur les Indiens</i>	501
Conclusion.....	502

INTRODUCTION

L'arrêt unanime que la Cour suprême du Canada a rendu, sous la plume de la juge en chef McLachlin, le 26 juin dernier dans l'affaire de la *Nation Tsilhqot'in c Colombie-Britannique*¹ représente, dans l'histoire du droit canadien, la première reconnaissance judiciaire, concrète, formelle et définitive d'un titre autochtone ancestral sur un territoire.

La procédure avait été entamée à l'origine en 1983, en réponse à la délivrance de droits d'exploitation forestière par le gouvernement de la Colombie-Britannique. Le jugement de première instance², décision de feu l'honorable David Vickers, n'a pu être rendu que le 20 novembre 2007. Il compte 486 pages. L'instance a duré 339 jours. Le juge Vickers avait finalement émis un simple « avis » consultatif sur le titre des demandeurs plutôt que de prononcer formellement une déclaration à ce sujet, et ce, au motif que la revendication avait pris la forme du « tout ou rien »³. Dans son avis, il avait appliqué, relativement à l'exigence d'une occupation du territoire qui soit antérieure à l'affirmation de souveraineté de l'État, un critère d'occupation suffisante régulière « territoriale » — par opposition à un critère circonscrit à des « sites » d'occupation intensive, et ce, pour se dire d'opinion que les demandeurs étaient vraisemblablement titulaires d'un titre sur des parties du territoire revendiqué ainsi que sur certaines terres se situant à l'extérieur de ce territoire. Il avait d'autre part reconnu formellement, par déclaration, des droits ancestraux, eux aussi revendiqués, de chasse et de trappe

*for the purposes of securing animals for work and transportation, food, clothing, shelter, mats, blankets and crafts, as well as for spiritual, ceremonial, and cultural uses. This right is inclusive of a right to capture and use horses for transportation and work. Tsilhqot'in people have an Aboriginal right to trade in skins and pelts as a means of securing a moderate livelihood*⁴.

La Cour d'appel⁵ a, unanimement, rejeté la thèse d'une demande de « tout ou rien ». Elle a même nié que puisse exister une telle chose, c'est-à-dire un principe de coïncidence parfaite entre la demande écrite

1. *Nation Tsilhqot'in c Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44 [*Nation Tsilhqot'in*].

2. *Tsilhqot'in Nation v British Columbia*, 2007 BCSC 1700.

3. *Ibid* au para 129.

4. *Ibid* aux pp v-vi.

5. *William v British Columbia*, 2012 BCCA 285.

et les représentations lors de l'audition⁶. Elle a toutefois conçu les conditions d'existence (et donc de preuve) du titre ancestral de manière différente, en vertu d'un critère d'occupation intensive de sites circonscrits, de sorte qu'elle n'a pas transformé en déclaration formelle les parties de l'« avis » consultatif du juge de première instance relatives à l'existence d'un titre sur certaines parties du territoire revendiqué. Tout comme le juge de première instance, c'est « sans préjudice » au droit des demandeurs de saisir la justice d'une nouvelle demande que la Cour d'appel a formulé ce refus. Elle a d'autre part confirmé les conclusions du juge de première instance sur les droits ancestraux de chasse, de trappe et d'échange. Au final, la Cour d'appel a donc confirmé l'ensemble des dispositions du jugement de première instance.

À l'unanimité, la plus haute juridiction a rendu un jugement déclarant l'existence du titre ancestral des Tsilhqot'in sur les parties du territoire visé en ce sens par l'« avis » du juge de première instance et qui se situent à l'intérieur du territoire qui était revendiqué par les demandeurs. Ce résultat s'explique par le fait que, d'une part, la Cour suprême a retenu la conception « territoriale » et « régulière » de l'exigence d'occupation antérieure suffisante qui était celle du juge de première instance⁷ et que, d'autre part, la province avait renoncé à plaider que le juge de première instance avait correctement adopté l'approche du « tout ou rien »⁸. Dans un *obiter dictum*, la Cour suprême du Canada a pris soin d'ajouter que, de toute façon, elle aurait rejeté cette thèse, puisqu'en matière de droits constitutionnels des Autochtones, il faut à cette dernière approche préférer une autre, « fonctionnelle »⁹. À cet égard, la juge en chef aurait sans doute dû s'interroger sur la compatibilité de cette directive avec l'arrêt *Lax Kw'alaams*, dans lequel la Cour avait, sous la plume du juge Binnie, jugé que c'était à bon droit que la revendication, au terme de l'audition du procès, de droits « moindres » que ceux invoqués dans l'acte procédural de demande avait été rejetée¹⁰. Enfin, dans l'arrêt *Tsilhqot'in*, la Cour a aussi déclaré que le gouvernement de la Colombie-Britannique a manqué à son obligation constitutionnelle de consulter les Tsilhqot'in dans l'aménagement du territoire et la délivrance de droits d'exploitation forestière à des tiers.

6. *Ibid* aux para 104-26.

7. *Nation Tsilhqot'in*, *supra* note 1 aux para 24-44, 50.

8. *Ibid* au para 19.

9. *Ibid* aux para 19-23.

10. *Bande indienne des Lax Kw'alaams c Canada (PG)*, 2011 CSC 56 au para 68, [2011] 3 RCS 535.

On savait depuis longtemps que des titres équivalant au titre ancestral existaient (et existent toujours, à notre avis) en vertu de la *Proclamation royale*¹¹ du 7 octobre 1763 (ci-après la *PR*). On sait depuis l'arrêt *Calder*¹² de 1973 que, abstraitement, c'est-à-dire comme institution juridique, le titre ancestral existe en common law d'une manière indépendante de cette *PR*. En 1982, les « droits ancestraux » — qui devaient comprendre le titre — ont été constitutionnalisés par la partie II de la *Loi constitutionnelle de 1982* (ci-après la *LC 1982*)¹³. Dans l'arrêt *Delgamuukw*¹⁴ de 1997, un jugement dont les motifs majoritaires ont été rédigés par le juge en chef Lamer, la Cour suprême du Canada, sans aller jusqu'à reconnaître formellement le titre ancestral des demandeurs, s'était grandement penchée sur l'institution du titre ancestral constitutionnel, notamment sur ses conditions d'existence, son contenu matériel et les conditions de sa restriction justifiée, mais aussi sur sa nature *sui generis*. À ce dernier égard, le juge en chef, après avoir affirmé que l'article 35 de la *LC 1982* avait « constitutionnalisé les droits que les peuples autochtones possédaient en common law », avait précisé que le contenu des droits garantis par cette disposition ne se réduisait pas à la seule common law¹⁵. L'origine, la source matérielle du titre ancestral résidaient plus exactement dans le rapport entre la common law et les régimes juridiques autochtones « préexistants » afin de créer un régime jurisprudentiel autonome¹⁶. Depuis le traité de Nanfan du 19 juillet 1701, l'État régi par le droit de tradition britannique reconnaît aussi un titre territorial autochtone dans la mesure où il en négocie la « cession », l'« abandon » ou une forme de « gel »¹⁷.

En droit, la principale signification de l'arrêt *Tsilhqot'in* est sans doute de représenter, comme nous venons de le dire, la première déclaration judiciaire concrète, formelle et définitive d'un titre ancestral. Bien qu'il soit plutôt facile, devant la chose faite, de dire qu'un tel jugement

11. *Proclamation royale de 1763*, reproduite dans LRC 1985, app II, n° 1.

12. *Calder c Colombie-Britannique (PG)*, [1973] RCS 313 [*Calder*].

13. *Loi constitutionnelle de 1982*, art 35 et 35.1, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada (R-U)*, 1982, c 11, celle-ci ajoutée aux termes de la *Proclamation de 1983 modifiant la Constitution*, TR/84-102.

14. *Delgamuukw c Colombie-Britannique*, [1997] 3 RCS 1010 [*Delgamuukw*].

15. *Ibid* au para 133.

16. *Ibid* au para 114.

17. Maxime St-Hilaire, *La lutte pour la pleine reconnaissance des droits ancestraux. Problématique juridique et enquête philosophique*, coll « Dikè », Québec, Presses de l'Université Laval [à paraître en 2015].

n'était qu'une question de temps, à notre connaissance, il s'agissait plutôt précisément d'une possibilité en laquelle même les praticiens optimistes ne croyaient généralement plus. Il ne faut donc pas sous-estimer le courage de la Cour suprême du Canada, qui, pour n'avoir pas manqué de mettre régulièrement en garde les autorités publiques dans ses motifs¹⁸, était probablement à bout de patience. L'arrêt veut aussi préciser une des conditions d'existence de tout titre ancestral, en l'occurrence celle que l'occupation antérieure du territoire par le groupe autochtone revendicateur ait été « suffisante ». Accessoirement cependant, cet arrêt va bien au-delà de ce qui précède, et ce, pas toujours pour le meilleur, cela dit du point de vue, proprement jurisprudentiel, de la cohérence des motifs. La partie la moins forte, la moins éclairante et, finalement, la plus problématique des motifs de la juge en chef est à notre avis celle qui porte sur la répartition fédérative des compétences. Mais nombre d'autres aspects ne se dérobent pas à toute critique.

I. DROITS CONSTITUTIONNELS DES PEUPLES AUTOCHTONES

L'arrêt *Tsilhqot'in* porte principalement sur le titre ancestral. Il le fait d'abord en statuant sur la question de savoir si le juge de première instance s'était trompé en concluant que les demandeurs avaient fait la preuve d'une « occupation suffisante » du territoire revendiqué. C'est donc dire que cet arrêt traite principalement du titre ancestral par l'entremise de ses conditions d'existence. Cependant, les motifs unanimes de la juge en chef interviennent accessoirement sur d'autres aspects de la jurisprudence relative au titre ancestral : terminologie, nature et sources matérielles, contenu substantiel. Enfin, sans tenir compte encore de leur relation avec la répartition fédérative des compétences, l'arrêt qui nous occupe intéresse les droits constitutionnels des peuples autochtones à plusieurs autres égards : terminologie ; obligation de fiduciaire et honneur de la Couronne ; restriction des droits ; droit d'être consultés ; droit à la négociation de bonne foi.

18. Alain-Robert Nadeau, « Propos inédits du juge Antonio Lamer : la révolution des droits et le pouvoir des juges », *Le Devoir* (27 octobre 2008).

A. Nouvelle terminologie des droits ancestraux

D'une part, dans sa version française, ce que la jurisprudence de la Cour suprême du Canada appelait le « titre aborigène » devient dans l'arrêt *Tsilhqot'in* le « titre ancestral ».

D'autre part, certains droits ancestraux d'une autre et anonyme catégorie, en l'occurrence les droits ancestraux *territoriaux* (car les droits ancestraux ne sont pas tous territoriaux) moindres que le titre, reçoivent un nom, celui de « droits usufruituaires »¹⁹.

B. Mauvais ancrage de la nature du titre ancestral

Sur cette question de la nature du titre ancestral, il est surprenant de voir la juge en chef s'appuyer avec autant d'insistance²⁰ sur l'arrêt *Guerin*²¹ de 1984. Cet arrêt, qui techniquement est venu combler le vide juridique que laissaient les dispositions de la *Loi sur les Indiens*²² (ci-après la *LI*) relatives à la cession de terres de réserve, n'avait abordé qu'accessoirement la question du titre ancestral, et ce, d'une manière qui s'était par la suite révélée créer la confusion. La jurisprudence ultérieure y avait remédié. La juge en chef cite²³ d'ailleurs la mauvaise page de l'arrêt *Guerin*, celle où il est dit : « comme nous l'avons souligné plus haut »²⁴... Or, ce qui avait été dit plus haut, c'était effectivement que le titre ancestral existe indépendamment de la loi ou des actes du pouvoir exécutif, mais cela était bien établi depuis l'arrêt *Calder*²⁵, qui demeure l'arrêt de principe sur la question. En effet, si le titre ancestral existe en common law, indépendamment de la *PR*, alors il est évident qu'il existe indépendamment de la loi ordinaire et des règlements et décrets de l'exécutif. Dans l'affaire *Guerin*, la mobilisation du principe de l'arrêt *Calder* servait précisément à écarter la thèse d'une pure relation de droit public entre l'État et les Indiens (au sens de la *LI*) au sujet de la cession de terres de réserves. Le but, louable, était de fonder une « obligation de fiduciaire » de la Couronne, qui seule peut recevoir la cession du droit qu'a une bande indienne sur les terres de réserve et à

19. *Nation Tsilhqot'in*, *supra* note 1 au para 47.

20. *Ibid* au para 12.

21. *Guerin c R*, [1984] 2 RCS 335 [*Guerin*].

22. *Loi sur les Indiens*, LRC 1985, c I-5.

23. *Nation Tsilhqot'in*, *supra* note 1 au para 12.

24. *Guerin*, *supra* note 21 à la p 385.

25. *Calder*, *supra* note 12.

qui il peut donc revenir de céder ensuite des droits à des tiers, à la manière d'un intermédiaire. Le moyen était d'établir un lien — pourtant condamné à être démenti par la suite — d'identité entre le droit d'une bande indienne sur des terres de réserve et le titre ancestral. « À mon avis, il est sans importance que la présente espèce concerne le droit d'une bande indienne sur une réserve plutôt qu'un titre aborigène non reconnu sur des terres tribales traditionnelles », d'écrire alors le juge Dickson dans ses motifs majoritaires²⁶. La thèse sous-jacente était que, de toute façon, des terres de réserve sont toujours en même temps l'objet d'un titre ancestral, ce qui était forcément faux et a été corrigé dans l'arrêt de la *Bande indienne d'Osoyoos* de 2001 : « L'appelante a plaidé que, en droit, le titre aborigène subsiste à l'égard d'une réserve créée sous le régime de la *Loi sur les Indiens*. Cet argument est clairement erroné »²⁷, d'écrire dans cette affaire le juge Iacobucci dans des motifs majoritaires que partageait du reste la juge en chef McLachlin. Plus exactement, ce titre peut ou non, suivant le cas, subsister sur les terres d'une réserve. En effet, la question de l'existence d'un titre ancestral est indépendante de celle d'une réserve en vertu de la *LI*. Qui plus est, et il nous faudra y revenir, cette obligation de fiduciaire qui a été dégagée dans l'arrêt *Guerin* a par la suite été montée en épingle, avant d'être plus tardivement circonscrite par la jurisprudence de la Cour suprême. Il est stupéfiant d'assister maintenant à un retour à la case départ.

C. Précisions sur les sources matérielles du titre ancestral

En revanche, l'arrêt *Tsilhqot'in* a le grand mérite de dissiper certains des doutes qu'avait semés l'affaire *Marshall/Bernard*²⁸ de 2005 au sujet du « pluralisme » des sources (matérielles) du titre ancestral. Comme nous l'avons écrit plus haut, l'arrêt *Delgamuukw* avait établi que la source matérielle du titre aborigène résidait dans le rapport entre la common law et les régimes juridiques autochtones « préexistants ». Les motifs majoritaires de la juge en chef McLachlin dans l'affaire *Mitchell* de 2001 reprenaient, cette fois pour les droits ancestraux au sens large, une telle interprétation « pluraliste » de l'histoire et de l'actualité de notre droit relatif aux droits constitutionnels des peuples

26. *Guerin*, *supra* note 21 à la p 379.

27. *Bande indienne d'Osoyoos c Oliver (Ville)*, 2001 CSC 85 au para 159, [2001] 3 RCS 746.

28. *R c Marshall; R c Bernard*, 2005 CSC 43, [2005] 2 RCS 220 [*Marshall/Bernard*].

autochtones²⁹. Cet esprit n'avait pas été repris en tous points par la majorité dans l'affaire *Marshall/Bernard* de 2005, où le titre aborigène avait été défini comme un droit (constitutionnalisé) de common law par lequel celle-ci s'accommode de certains faits, parmi lesquels la pratique autochtone antérieure à la souveraineté. Aucun mot n'était dit au sujet des régimes juridiques autochtones préexistants, dont il fallait conclure qu'ils étaient reconduits à ce « point de vue des Autochtones » dont il faut tout de même tenir compte en même temps que de « la perspective de la common law »³⁰. Dans cette même affaire, le juge LeBel, auteur de motifs minoritaires concordants, était plus « juspluralistement » d'avis, à l'instar du juge en chef Lamer dans *Delgamuukw*, qu'« il faudrait recourir à des conceptions autochtones de territorialité, d'utilisation du territoire et de propriété pour modifier et adapter les notions traditionnelles de propriété en common law »³¹. Dans *Tsilhqot'in*, la juge en chef indique que le titre ancestral « découle d'une possession antérieure à l'affirmation de la souveraineté britannique » [italiques dans l'original]³². Le terme « possession » étant juridique, cela suggère que le titre ancestral du droit constitutionnel canadien reconnaît la juridicité des régimes fonciers autochtones « préexistants » auxquels il donne effet. La juge en chef affirme du reste que

le tribunal doit veiller à ne pas perdre de vue la perspective autochtone, ou à ne pas la dénaturer, en assimilant les pratiques ancestrales aux concepts rigides de la common law, ce qui irait à l'encontre de l'objectif qui consiste à traduire fidèlement les droits que possédaient les Autochtones avant l'affirmation de la souveraineté en droits juridiques contemporains équivalents³³.

La réactivation du « pluralisme juridique » des sources matérielles des droits ancestraux par ce récent arrêt ne saurait faire de doute, la juge en chef posant nettement, en renvoyant à l'arrêt *Delgamuukw*, que le « point de vue des Autochtones est axé sur les règles de droit, les pratiques, les coutumes et les traditions du groupe »³⁴. La détermination

29. *Mitchell c MRN*, 2001 CSC 33 aux para 9-10, [2001] 1 RCS 911 [Mitchell].

30. *Marshall/Bernard*, *supra* note 28 au para 46.

31. *Ibid* au para 127.

32. *Nation Tsilhqot'in*, *supra* note 1 au para 14.

33. *Ibid* au para 32.

34. *Ibid* au para 35.

d'un titre ancestral correspond à celle de « la façon dont les droits et intérêts qui existaient avant l'affirmation de la souveraineté peuvent trouver leur juste expression en common law moderne »³⁵. Le titre ancestral est la reconnaissance, non pas d'un pur fait, mais d'un fait tenu pour juridique, pour ressortir à une juridicité autre que celle du droit étatique :

[le] titre ancestral postérieur à l'affirmation de la souveraineté reflète le fait que les Autochtones occupaient le territoire avant l'affirmation de la souveraineté, avec tous les attributs que constituent les droits d'utilisation et de jouissance qui existaient avant l'affirmation de la souveraineté et qui composaient le titre collectif détenu par les ancêtres du groupe revendicateur — notamment le droit de contrôler l'utilisation des terres³⁶.

D. Confusion des conditions d'existence et modes de preuve du titre ancestral

Les conditions d'existence du titre ancestral avaient été posées par l'arrêt *Delgamuukw*. Elles étaient apparemment au nombre de trois et consistaient en autant d'aspects d'une « occupation » du territoire revendiqué. Cette occupation devait (1) avoir été antérieure à l'affirmation de la souveraineté britannique, même si la jurisprudence a hésité entre les moments de l'affirmation de cette souveraineté et de celle d'une souveraineté « européenne »³⁷; (2) s'être « continuée » depuis,

35. *Ibid* au para 50.

36. *Ibid* au para 75.

37. Dans l'affaire *Marshall/Bernard*, *supra* note 28, qui portait entre autres sur une revendication, par des Mi'kmaq, de titres aborigènes en Nouvelle-Écosse et au Nouveau-Brunswick, la Cour suprême, comme les juridictions inférieures, ont retenu, suivant les territoires revendiqués, l'année 1713 ou 1759, soit dans chaque cas, celle de l'affirmation de la souveraineté britannique, et non pas celle de l'affirmation de la souveraineté française, comme moment déterminant. Cela peut sembler compatible avec l'arrêt *R c Côté*, [1996] 3 RCS 139, qui a établi que comme les droits ancestraux relèvent du droit public plutôt que du droit privé, le droit qui pouvait s'appliquer sur cette question en Nouvelle-France a perdu tout effet depuis la conquête britannique. Du fait même de la conquête, l'essentiel du droit public britannique se serait automatiquement substitué à celui du pays conquis. Voilà qui du moins finira par être affirmé par une certaine jurisprudence. Or, le droit de la Nouvelle-France mis entre parenthèses, il n'en demeure pas moins un fait qu'au cours de cette période, plus d'un peuple autochtone a quitté ses terres ancestrales pour s'établir à proximité d'établissements français. Voilà pourquoi nous partageons l'avis du professeur Ghislain Otis selon lequel, concernant les territoires qui ont appartenu à la Nouvelle-France, le moment déterminant pour l'existence d'un titre aborigène devrait être celui de l'affirmation de la souveraineté française, quitte à se reporter plutôt à la *Proclamation royale de 1763*

si l'occupation actuelle est invoquée en preuve de l'occupation antérieure ou autrement faire partie de la mémoire culturelle d'un groupe revendicateur qui descend de l'occupant antérieur; et (3) avoir été « exclusive »³⁸. Dans l'arrêt *Tsilhqot'in*, la juge en chef reformule ces trois conditions. Celle de l'antériorité d'occupation devient la condition fondamentale, dont les trois suivantes sont présentées comme autant de « caractéristiques » dérivées : (1) suffisance, (2) continuité et (3) exclusivité³⁹. En réalité, ainsi formulée en termes de « continuité d'occupation », la seconde exigence est fautive; elle n'en est pas une. Cela n'est pas un détail technique sans incidence « politique ». Enfin, comme nous l'avons annoncé en introduction, ce que la Cour a considéré être véritablement en cause dans cette affaire qui nous occupe est l'exigence, formulée de manière aussi pléonastique qu'inopinée, de « suffisance » d'occupation. Quant à l'exigence d'exclusivité d'occupation, l'arrêt *Tsilhqot'in* n'avait pas grand-chose à y ajouter.

En français du moins, la parenthèse sert le plus souvent à apporter une précision qui n'est pas absolument nécessaire au propos. Ce n'est pourtant pas l'usage qu'en fait ici la juge en chef alors qu'elle écrit de l'occupation qu'elle « doit être *continue* (si l'occupation actuelle est invoquée) »⁴⁰. Même si, considérant que les demandeurs se sont en l'espèce fondés en partie sur leur occupation actuelle du territoire, la juge en chef s'exprime plus justement ailleurs dans ses motifs⁴¹, cette parenthèse explique sans doute au moins en partie pourquoi le commentaire journalistique et politologique a pour ainsi dire colporté l'information selon laquelle un groupe autochtone doit nécessairement avoir jusqu'à ce jour continué d'occuper le territoire revendiqué pour être titulaire d'un titre ancestral sur celui-ci. Et ce, d'autant plus que la malheureuse parenthèse s'est retrouvée dans la note d'arrêt (le « résumé »). L'enjeu est pourtant de taille. En effet, c'est un aspect problématique de la politique fédérale de règlement des revendications territoriales fondées sur les droits ancestraux que l'exigence que « le groupe autochtone continue d'utiliser et d'occuper le territoire à des

relativement aux territoires occupés par des « Indiens domiciliés » au moment de la conquête britannique : Ghislain Otis, « Le titre aborigène : émergence d'une figure nouvelle et durable du foncier autochtone ? » (2005) 46:4 C de D 795 à la p 819.

38. *Delgamuukw*, *supra* note 14 au para 143. Voir aussi *Marshall/Bernard*, *supra* note 28 au para 70.

39. *Nation Tsilhqot'in*, *supra* note 1 aux para 25, 32.

40. *Ibid* au para 25.

41. *Ibid* aux para 45, 57.

fins traditionnelles»⁴². La continuité d'occupation n'est en rien une condition d'existence du titre ancestral. Seule l'est l'occupation historique (suffisante et) exclusive. L'occupation actuelle n'est qu'un mode facultatif de preuve de l'occupation historique, si, bien entendu, on peut la rattacher à celle-ci par une preuve de continuité. En fait, il était question dans l'arrêt *Delgamuukw* d'une condition d'existence du titre ancestral qui demeure apparentée, mais aucunement identique, à la continuité d'occupation : le maintien, par le groupe revendicateur, d'un « rapport substantiel » avec le territoire revendiqué, rapport qui se devrait d'être « suffisamment important pour avoir une importance fondamentale pour la culture des demandeurs »⁴³. Dans *Marshall/Bernard*, les motifs majoritaires de la juge en chef McLachlin parlaient à cet égard d'une « exigence de continuité » qui se résumait à celle de la démonstration, par le groupe revendicateur d'un titre ancestral, « qu'il descend, depuis la période précédant l'affirmation de la souveraineté, du groupe sur les pratiques duquel repose la revendication du droit »⁴⁴. Autrement dit, la continuité du lien avec la terre passerait, non pas par celle de son occupation, mais par celle du groupe revendicateur. Suivant une telle logique, un groupe autochtone qui, sans que ceci ne soit dû à une cession volontaire de sa part ou à une autre forme de renonciation, et en l'absence d'une extinction unilatérale valide — ce qui n'était possible qu'avant l'entrée en vigueur de la *LC 1982* —, n'occupe plus physiquement les terres qu'il occupait de manière exclusive au moment de l'affirmation de la souveraineté britannique pourra néanmoins essayer de faire la preuve qu'il a maintenu avec ces terres un rapport culturel ou juridico-coutumier substantiel. Voilà ce que, à tort, n'envisagent pas la politique fédérale et le commentaire journalistique et politologique. Il est regrettable que, en sus de la confusion suscitée par sa parenthèse, la juge en chef ait, dans l'arrêt *Tsilhqot'in*, fait l'impasse sur cette exigence de maintien d'un lien culturel substantiel avec le territoire qu'on peut légitimement revendiquer même si l'on ne l'occupe plus.

La « suffisance » de l'occupation ne figurait pas comme condition distincte d'existence du titre ancestral dans les motifs du juge en chef Lamer dans l'affaire *Delgamuukw*, où l'on aurait pu autrement y voir

42. Canada, Ministère des Affaires autochtones et du Développement du Nord, *Règlement des revendications des Autochtones : un guide pratique de l'expérience canadienne*, Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2003 à la p 8.

43. *Delgamuukw*, *supra* note 14 au para 151.

44. *Marshall/Bernard*, *supra* note 28 au para 70.

une redite. Dans cette affaire, les parties s'opposaient sur la question de savoir si l'occupation historique ne pouvait être prouvée que par des faits d'occupation physique, ou si elle pouvait aussi l'être au moyen des normes du droit traditionnel autochtone préexistant du groupe revendicateur. Sur cette question, le juge en chef Lamer avait donné raison à la partie autochtone, en admettant la pertinence du droit autochtone coutumier⁴⁵. Sachant pourtant ce qu'elle faisait puisqu'elle a pris soin d'en retrancher le qualificatif « physique », c'est hors contexte que, dans *Tsilhqot'in*, la juge en chef cite un extrait des motifs de son prédécesseur dans *Delgamuukw*, et ce, pour faire dire à un passage sur la seule occupation physique une règle sur l'occupation « suffisante » en général⁴⁶. En réalité, tout ce dont avait besoin la Cour pour trancher la question de la « suffisance » de l'occupation se trouvait dans la partie des motifs majoritaires de l'arrêt *Delgamuukw* relative à l'exigence d'exclusivité de cette même occupation. Le juge en chef Lamer avait défini une telle occupation comme celle qui unit une intention à une capacité de contrôle effectif du territoire, notamment celles d'en tenir les étrangers à distance⁴⁷. L'intention et la capacité ne correspondant pas à l'exclusion effective systématique, il devait donc être « possible de prouver l'exclusivité de l'occupation même si d'autres groupes autochtones étaient présents ou se rendaient souvent sur les terres revendiquées »⁴⁸. L'hypothèse d'un titre conjoint était aussi admise⁴⁹. Dans l'affaire *Marshall/Bernard* de 2005, la juge en chef McLachlin avait ainsi rappelé qu'il n'était pas nécessaire au groupe revendicateur de faire la preuve d'actes accomplis d'exclusion, l'essentiel pour ce groupe étant de convaincre le tribunal qu'il aurait pu en exclure d'autres s'il l'avait voulu⁵⁰. Mais, quoi qu'en dise aujourd'hui la Cour, cet arrêt de 2005 a pu servir de mauvais guide à la Cour d'appel dans l'affaire *Tsilhqot'in*.

En 2005, en effet, la juge en chef McLachlin écrivait ce qui suit :

Il résulte de l'exigence de l'occupation exclusive que l'exploitation des terres, des rivières ou du littoral marin pour la chasse ou la pêche, ou la récolte d'autres ressources, peut se traduire

45. *Delgamuukw*, *supra* note 14 au para 148.

46. *Nation Tsilhqot'in*, *supra* note 1 au para 37.

47. *Delgamuukw*, *supra* note 14 au para 156.

48. *Ibid.*

49. *Ibid* au para 158.

50. *Marshall/Bernard*, *supra* note 28 aux para 64-65.

en un titre aborigène sur le territoire si la pratique de l'activité était suffisamment régulière et exclusive pour fonder un titre en common law. Le plus souvent toutefois, la pratique de la chasse ou de la pêche saisonnière dans une région déterminée se traduira par un droit de chasse ou de pêche. C'est ce qu'établissent clairement les arrêts *Van der Peet*, *Nikal*, *Adams* et *Côté* de cette Cour⁵¹.

En toute logique, une telle affirmation devait assombrir l'horizon des revendications de titre des peuples autochtones nomades ou semi-nomades, et ce, même si son auteur écrivait quelques paragraphes plus loin que « la possibilité pour les peuples nomades ou semi-nomades de revendiquer un titre aborigène plutôt que des droits d'utilisation traditionnelle du territoire [...] dépend de la preuve »⁵². Rappelons d'ailleurs, comme le fait elle-même la juge en chef dans l'arrêt de 2005⁵³, qu'avant d'affirmer la possibilité théorique qu'un peuple nomade puisse être titulaire d'un titre ancestral, la Cour avait, dans l'affaire *Adams* de 1996, justifié la distinction entre le titre et les droits territoriaux moindres par le fait que certains peuples autochtones du Canada étaient à l'origine nomades⁵⁴. Dans l'arrêt *Tsilhqot'in*, au sujet de ce qui est au centre du litige, la juge en chef veut préciser que la Cour suprême du Canada « n'a jamais répondu directement » à la question de savoir comment « déterminer si un groupe autochtone semi-nomade détient un titre [ancestral] sur des terres »⁵⁵. Elle répond ainsi que, dans *Marshall/Bernard*, la Cour « n'a pas rejeté l'approche fondée sur le territoire » pour lui préférer une approche fondée sur des sites circonscrits d'occupation intensive, « mais a seulement estimé (au par. 72) qu'il fallait "la preuve d'une utilisation suffisamment régulière et exclusive" du territoire en question, une exigence établie dans l'arrêt *Delgamuukw* »⁵⁶. Dans *Marshall/Bernard*, d'ajouter la juge en chef, « notre Cour a confirmé que les groupes nomades et semi-nomades peuvent établir l'existence d'un titre s'ils établissent une possession physique suffisante d'un territoire, ce qui constitue une question de fait »⁵⁷. Non seulement cela est-il peu convaincant, mais

51. *Ibid* au para 58.

52. *Ibid* au para 66.

53. *Ibid*.

54. *R c Adams*, [1996] 3 RCS 101 au para 28.

55. *Nation Tsilhqot'in*, *supra* note 1 au para 24.

56. *Ibid* au para 43.

57. *Ibid* au para 44.

encore a-t-il pour effet d'exclure sans motif ce qu'avait explicitement admis l'arrêt *Delgamuukw* : la preuve de l'occupation historique par la prise en compte des régimes juridiques autochtones préexistants, en sus de l'occupation physique. Si dans *Tsilhqot'in*, la Cour suprême du Canada a reconnu le titre ancestral d'un groupe descendant d'un peuple semi-nomade, il est exagéré de soutenir que jusqu'alors, cette possibilité était clairement admise par la jurisprudence.

Sur l'exigence d'exclusivité de l'occupation, venant de créer un doublon et d'ainsi en traiter, la juge en chef n'a plus rien à ajouter. Elle laisse entendre que les erreurs de la Cour d'appel à cet égard étaient tributaires de celles qu'elle avait commises au sujet du critère de suffisance de l'occupation⁵⁸. Mais on pourrait dire que cela est d'autant évident que, par l'entremise du critère de l'occupation suffisante, la juge en chef vient en réalité de traiter de celui de l'occupation exclusive.

E. Possible réduction du contenu substantiel du titre ancestral

Sur la question du contenu substantiel du titre ancestral, l'arrêt *Tsilhqot'in* pourrait très bien marquer un certain recul par rapport à l'arrêt *Delgamuukw*, ou du moins par rapport à la lecture qu'en a faite une certaine doctrine. En effet, le choix des sources doctrinales, déjà trop peu nombreuses, consultées par la juge en chef s'expose à la critique. Sur le titre et les autres droits ancestraux, la juge en chef ne cite que quatre sources doctrinales. Sur ces quatre, deux sources, qui datent respectivement de 1987 et de 1989, avaient déjà été prises en compte dans l'arrêt *Delgamuukw*. Une troisième source citée l'est par voie de nécessité, car, dans son mémoire, le gouvernement de la Colombie-Britannique s'y appuyait pour défendre la thèse — que nous venons de soutenir nous-mêmes, mais cela sur un plan descriptif et non normatif du droit positif — selon laquelle, en réalité, la Cour suprême avait, dans l'affaire *Marshall/Bernard*, retenu une exigence d'occupation « intensive » plus restrictive que l'exigence d'occupation « régulière » évoquée par le juge en chef Lamer dans l'arrêt *Delgamuukw*. Quant à la quatrième source, il s'agit d'un article de l'un des, voire du constitutionnaliste le plus réputé au pays, mais qui ne s'est somme toute intéressé qu'accessoirement au droit des peuples autochtones; il signe ici un texte d'introduction, qui est d'ailleurs cité en ce sens, sur une généralité, soit le fait que l'arrêt *Calder* a contribué à la reprise de la politique

58. *Ibid* au para 60.

de négociation du règlement des revendications de titres ancestraux⁵⁹. Autrement dit, la Cour suprême ignore ici des décennies de recherche doctrinale. Le droit des Autochtones est pourtant un domaine en pleine effervescence depuis les années 1990. Dans l'affaire *Delgamuukw*, les motifs majoritaires du juge en chef Lamer étaient largement redevables, outre ceux du juge dissident de la Cour d'appel, le juge Lambert⁶⁰, à la doctrine des auteurs. Depuis lors, cet arrêt a fait couler beaucoup d'encre.

Parmi les travaux brillants sur le titre ancestral figurent ceux du professeur Ghislain Otis. Ce dernier en était venu à synthétiser en quelques mots bien sentis tout l'esprit du régime élaboré par le juge en chef Lamer dans l'arrêt *Delgamuukw*. Le titre ancestral serait ainsi porteur de la maîtrise d'un « espace foncier global ». En effet, ce droit ancestral territorial le plus complet

s'étend aux droits miniers et peut comprendre le lit de cours d'eau et des droits hydriques. Ainsi, le titre autochtone diffère, au Québec à tout le moins, de la propriété foncière privée assujettie dans un grand nombre de cas au principe de la domanialité des substances minérales. Nous ne pouvons écarter la possibilité que le titre aborigène grève également certains espaces maritimes [notes omises]⁶¹.

En effet, à titre de droit constitutionnel de contenu *sui generis*, le titre ancestral présente un double aspect de droit privé et de droit public. Dans l'arrêt *Tsilhqot'in*, la juge en chef nous paraît mettre l'accent sur ce premier aspect selon lequel le titre relève du droit des biens, et ce, aux dépens de ce second aspect selon lequel il revêt une dimension qui relève de la compétence relative à la gestion du territoire. C'est que la juge en chef McLachlin définit comme suit les « attributs » du titre ancestral :

Le titre ancestral confère des droits de propriété semblables à ceux associés à la propriété en fief simple, y compris le droit de déterminer l'utilisation des terres, le droit de jouissance et d'occupation des terres, le droit de posséder les terres, le droit aux avantages économiques que procurent les terres et le droit d'utiliser et de gérer les terres de manière proactive⁶².

59. *Ibid* au para 10.

60. *Delgamuukw v British Columbia*, 104 DLR (4th) 470, 1993 CanLII 4516 (BC CA).

61. Otis, *supra* note 37 à la p 838.

62. *Nation Tsilhqot'in*, *supra* note 1 au para 73.

Du reste, que la juge en chef qualifie d'« usufructuaires » les droits ancestraux territoriaux moindres peut bien être symptomatique d'un recentrage — qui ici n'est pas motivé — de la jurisprudence relative aux droits ancestraux territoriaux, pour ne pas dire d'une oblitération de leur volet ressortissant au droit public.

L'histoire de l'inaliénabilité du titre ancestral sauf à la Couronne est longue et répond en réalité à des raisons autres que celles, paternalistes, par lesquelles la jurisprudence veut la justifier. En vertu de la *PR* déjà, les colons n'étaient plus autorisés à acquérir des terres directement auprès des Autochtones. Ces derniers devaient d'abord céder dûment les terres convoitées à la Couronne, à la suite de quoi celle-ci pouvait les concéder, les vendre, les louer, etc. à des particuliers ou à des entreprises. Ainsi la *PR* devait-elle apporter une solution à un problème sur lequel avait été appelé à se pencher, entre autres personnes, nul autre que John Locke, qui occupa, de 1696 à 1700, la charge de commissaire du commerce et des colonies de peuplement : l'achat direct de terres auprès des nations autochtones par des colons britanniques dont on craignait qu'ils puissent de cette façon se dérober à la souveraineté de Sa Majesté. Cette inaliénabilité a par la suite été codifiée par la *LI*. Elle a aussi été reprise par la jurisprudence relative au titre ancestral constitutionnalisé, qui lui, a voulu lui donner une raison d'être plus noble : la protection des générations d'Autochtones à venir contre les actuelles. C'est ainsi que, dans l'arrêt *Delgamuukw*, cette inaliénabilité est devenue la « limite intrinsèque » du titre ancestral⁶³. En pratique, cela veut dire qu'un groupe titulaire d'un tel titre ne peut pas autoriser une forme d'exploitation qui rendrait impossible la poursuite d'activités traditionnelles qui, par exemple, pourraient avoir été alléguées comme preuve d'occupation. Le juge en chef Lamer donnait l'exemple d'une mine à ciel ouvert. Pour ce faire, le groupe autochtone titulaire devra céder, en tout ou partie, son titre à la Couronne, qui pourra ensuite conférer à des tiers des droits sur les terres qui en faisaient l'objet⁶⁴. Si l'objectif déclaré par le juge en chef Lamer était de protéger l'intérêt des générations à venir, son atteinte est assurément compromise par la possibilité d'une telle cession. Autrement dit, là ne peut résider la vraie raison d'être de cette « limite ». L'arrêt *Tsilhqot'in* ne remet aucunement en cause cette idée, quasi unanimement critiquée par la doctrine, de limite intrinsèque du titre ancestral, limite dont

63. *Delgamuukw*, *supra* note 14 aux para 125-28.

64. *Ibid* au para 131.

la Cour parle maintenant comme de « l'énoncé négatif »⁶⁵ du contenu de ce titre aussi bien que comme des « limites inhérentes au titre collectif détenu au bénéfice des générations futures »⁶⁶.

En matière de droits ancestraux et issus de traités comme en matière de droits et libertés de la personne, la jurisprudence distingue clairement, et à raison, entre la question d'une « atteinte » ou « restriction » à un droit, d'une part, et, d'autre part, si et seulement s'il y a restriction, la question de savoir si celle-ci est justifiée. Cela veut donc dire que, négativement, les cas indiqués de non-atteinte nous renseignent sur la portée que la Cour est disposée à reconnaître à un droit. Or, dans l'arrêt *Tsilhqot'in*, notwithstanding ses affirmations de principe, la juge en chef restreint sensiblement la portée du titre ancestral dès lors qu'elle annonce que, dans le cas d'une « loi de nature réglementaire de portée générale, par exemple une loi visant la gestion des forêts en prévenant les infestations de ravageurs ou les feux de forêt », il n'y aura « aucune atteinte » au titre ancestral⁶⁷. Cela veut donc dire que celui-ci ne comprend pas la compétence générale de gestion des forêts du territoire qu'il couvre. Aussi, dans un tel cas, il n'y aura pas d'obligation constitutionnelle incombant à l'État de consulter les titulaires du titre ancestral, que celui-ci soit établi ou revendiqué.

F. Retour de la confusion entourant l'obligation de fiduciaire

Comme nous avons eu l'occasion de l'annoncer, avec l'arrêt *Tsilhqot'in*, il est épatant d'assister à un retour à la case départ sur la question de l'« obligation de fiduciaire » de la Couronne. Cela est dû à une curieuse insistance sur l'arrêt *Guerin*⁶⁸, et à une mécompréhension de celui-ci, que la juge en chef n'arrive pas à bien situer dans le cours de l'évolution de la jurisprudence. Comme nous l'avons expliqué, c'est dans le but de combler un vide juridique de la *LI* que l'arrêt *Guerin*, en établissant un faux lien de nécessité de coexistence entre le droit d'une bande indienne sur les terres de réserve (le tout au sens de la *LI*) et le titre ancestral de manière à suggérer un volet de droit privé dans la relation juridique en cause, avait dégagé une « obligation de fiduciaire » de la Couronne. Par conséquent, malgré le silence de la *LI*, qui semble

65. *Nation Tsilhqot'in*, *supra* note 1 au para 15.

66. *Ibid* au para 94.

67. *Ibid* au para 123.

68. *Guerin*, *supra* note 21.

attribuer une large discrétion à « Sa Majesté » dans la gestion des terres cédées par une bande, le gouvernement fédéral, bien au-delà même d'éventuelles conditions formelles écrites qui peuvent accompagner la cession, doit toujours agir dans l'intérêt supérieur de la bande cessionnaire. L'obligation de fiduciaire était en effet dérivée du principe d'*equity* selon lequel, « lorsqu'une loi, un contrat ou peut-être un engagement unilatéral impose à une partie l'obligation d'agir au profit d'une autre partie et que cette obligation est assortie d'un pouvoir discrétionnaire, la personne investie de ce pouvoir devient un fiduciaire »⁶⁹. Cette partie est alors assujettie à des « normes strictes de conduite »⁷⁰ et doit par conséquent « faire preuve d'une loyauté absolue envers son commettant »⁷¹. Dans *Guerin* donc, même si l'acte de cession ne les constatait pas, le ministre ne pouvait pas, comme il l'avait fait, ignorer les conditions verbales posées par la bande.

Or, si dans *Guerin*, l'intervention de l'obligation de fiduciaire était justifiée par le fait que le gouvernement avait été appelé à agir pour le compte d'une bande indienne, la jurisprudence et la doctrine ultérieures, qui ont voulu voir dans cette obligation le principe structurant du droit constitutionnel relatif aux droits ancestraux et issus de traités des peuples autochtones, n'ont pas expliqué en quoi il ferait sens de soutenir que, à chaque fois que l'action ou l'omission de l'État est susceptible d'intéresser les droits constitutionnels des peuples autochtones, l'État agit « au profit » de ceux-ci, devrait être tenu de le faire ou devrait avoir l'obligation juridique de le faire. Il y a même quelque chose de paternaliste à suggérer que l'État est une espèce de « représentant légal » des peuples autochtones dans la mise en œuvre de leurs droits constitutionnels. Ce paternalisme a pourtant des racines historiques profondes.

Bref, on a voulu étendre l'obligation de fiduciaire de la Couronne bien au-delà de son périmètre de sens. Voilà pourquoi, dans l'arrêt *Wewaykum*, le juge Binnie écrivait ce qui suit : « Les appelantes semblent parfois invoquer cette obligation [de fiduciaire] comme si elle imposait à la Couronne une responsabilité totale à l'égard de tous les aspects des rapports entre la Couronne et les bandes indiennes. C'est aller trop loin »⁷². Ces motifs unanimes entendaient préciser que

69. *Ibid* à la p 384.

70. *Ibid*.

71. *Ibid* à la p 389.

72. *Bande indienne Wewaykum c Canada*, 2002 CSC 79 au para 81, [2002] 4 RCS 245 [*Wewaykum*].

le contenu substantiel de l'obligation de fiduciaire de la Couronne envers les Autochtones varie avec les intérêts collectifs autochtones en jeu, si bien que ce n'est qu'une version allégée de cette obligation qui s'appliquerait à la mise en œuvre d'un « programme gouvernemental qui visait à *créer des réserves sur des terres ne faisant pas partie des "terres tribales traditionnelles"* » [italiques dans l'original]⁷³, en l'occurrence un « programme » exigé par les articles 13 et 14 du décret impérial de 1871 portant adhésion de la Colombie-Britannique à la fédération⁷⁴ — décret pris en vertu de l'article 146 de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁷⁵ (ci-après la *LC 1867*) qui prévoit sa force de loi constitutionnelle. Or, dans l'affaire de la *Manitoba Metis Federation* de 2013, la juge en chef McLachlin et la juge Karakatsanis, auteures des motifs majoritaires, ont curieusement affirmé que « [l']existence d'un intérêt autochtone donnant naissance à une obligation fiduciaire [sic] ne saurait être établie par un traité ou, par extension, par une loi »⁷⁶. Voilà qui tombait difficilement sous le sens, puisque les réserves indiennes sont toujours créées par loi, et parfois même, en sus, par traité. Cette affirmation contredisait donc directement la jurisprudence qui se dégageait des arrêts *Guerin*⁷⁷, *Wewaykum*⁷⁸ et *Elder Advocates of Alberta Society*⁷⁹. À en croire l'état du droit dont voulait rendre compte cet arrêt de 2013, une obligation de fiduciaire pouvait découler (1) du fait que la Couronne exerce un pouvoir discrétionnaire à l'égard d'un intérêt collectif autochtone déterminé ou (2) d'un engagement réunissant les trois conditions suivantes : (2.1) un engagement de la part du fiduciaire à agir au mieux des intérêts du bénéficiaire ou des bénéficiaires; (2.2) l'existence d'une personne ou d'un groupe de personnes définies vulnérables au contrôle du fiduciaire (le bénéficiaire ou les bénéficiaires); (2.3) un intérêt juridique ou un intérêt pratique important du bénéficiaire ou des bénéficiaires sur lequel l'exercice, par le

73. *Ibid* au para 77.

74. *Conditions de l'adhésion de la Colombie-Britannique* (anciennement : Arrêté en conseil de Sa Majesté admettant la Colombie-Britannique en date du 16 mai 1871 (R-U)), reproduites dans LRC 1985, app II, n° 10.

75. *Loi constitutionnelle de 1867* (R-U), 30 & 31 Vict, c 3, reproduite dans LRC 1985, app II, n° 5.

76. *Manitoba Metis Federation Inc c Canada (PG)*, 2013 CSC 14 au para 58, [2013] 1 RCS 623 [*Manitoba Metis Federation*].

77. *Guerin*, *supra* note 21.

78. *Wewaykum*, *supra* note 72.

79. *Alberta c Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 CSC 24, [2011] 2 RCS 261.

fiduciaire, de son pouvoir discrétionnaire ou de son contrôle pourrait avoir une incidence défavorable⁸⁰.

Dans l'arrêt *Tsilhqot'in*, la juge en chef McLachlin affirme, très généralement, que l'arrêt *Guerin* a établi que titre ancestral fonde « une obligation fiduciaire *sui generis* de la Couronne »⁸¹. Elle affirme aussi que, en matière de restriction justifiée du titre ancestral (et des autres droits constitutionnels, ancestraux et issus de traités, des peuples autochtones?), l'exigence de proportionnalité découle de cette « obligation fiduciaire »⁸². Si la juge en chef est soudainement d'avis que cette obligation de fiduciaire fonde celle de ne pas restreindre le titre ancestral davantage que de manière proportionnelle à un objectif « impérieux et réel », cela ne l'empêche d'affirmer d'autre part que le titre sous-jacent de la Couronne se compose des deux éléments suivants : (1) une obligation de fiduciaire et (2) le droit de restreindre l'exercice du titre ancestral pourvu que ce soit de manière justifiée⁸³, manière dont elle vient pourtant d'enseigner que l'exigence de proportionnalité qu'elle comprend est dérivée de... l'obligation de fiduciaire! Plus loin, la juge en chef affirmera que la « reconnaissance et la confirmation des droits ancestraux [et issus de traités?] consacrent dans la Constitution les obligations fiduciaires de la Couronne envers les peuples autochtones »⁸⁴. Il y a donc bel et bien retour à la case départ d'une idée qui, pour correspondre à une notion juridique qu'on a sortie du cadre relationnel qui lui donnait sens, est manifestement floue et avec laquelle la jurisprudence de la Cour suprême du Canada a, tout aussi manifestement, du mal à jongler.

Plutôt que ce malheureux recul, la juge en chef aurait dû relayer les propos que tenait la juge Deschamps dans les motifs concordants qu'elle a rendus dans l'affaire *Beckman* :

Dans notre jurisprudence, le principe de l'honneur de la Couronne tend à se substituer à une notion qui possède à la fois une portée se limitant à certains types de rapports n'intéressant pas toujours les droits constitutionnels des Autochtones et des relents de paternalisme, à savoir l'obligation de fiduciaire⁸⁵.

80. *Manitoba Metis Federation*, *supra* note 76 au para 50.

81. *Nation Tsilhqot'in*, *supra* note 1 aux para 12, 69.

82. *Ibid* au para 18.

83. *Ibid* au para 71.

84. *Ibid* au para 119.

85. *Beckman c Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53 au para 105, [2010] 3 RCS 103 [*Beckman*].

Le principe d'honneur de la Couronne est effectivement ce « principe non écrit » qui sous-tend la partie II de la *LC 1982*. Depuis l'affaire *Hunter c Southam Inc*⁸⁶, le principe général d'interprétation des droits constitutionnels est, au Canada, celui de l'interprétation téléologique. L'arrêt *Van der Peet*⁸⁷ a déterminé que l'article 35 de la *LC 1982* a pour objectif de concilier la préexistence des peuples autochtones avec la souveraineté de la Couronne. Pourquoi une telle conciliation? Parce que l'affirmation ultérieure de sa souveraineté par la Couronne britannique, puis par l'État canadien doit se justifier par une conduite honorable — « Couronne » et « honneur » étant tous deux des notions féodales connexes, et loin d'être les seules que contient encore la common law. Dans l'affaire *Mitchell*, la juge en chef McLachlin avait elle-même fort bien indiqué que « [c]ette 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 [...] »⁸⁸. Voilà comment elle avait pu dire, dans l'affaire de la *Nation haïda*, que ce principe processuel,

[c]e processus [normatif] de conciliation découle de l'obligation de la Couronne de se conduire honorablement envers les peuples autochtones, obligation qui, à son tour, tire son origine de l'affirmation par la Couronne de sa souveraineté sur un peuple autochtone et par l'exercice de fait de son autorité sur des terres et ressources qui étaient jusque-là sous l'autorité de ce peuple⁸⁹.

Dans les motifs majoritaires qu'elles signaient dans l'affaire de la *Manitoba Metis Federation* de 2013, la juge en chef McLachlin et la juge Karakatsanis n'affirmaient-elles pas ce qui suit?

En droit des Autochtones, le principe de l'honneur de la Couronne remonte à la *Proclamation royale* de 1763, qui renvoie aux « nations ou tribus sauvages qui sont en relations avec Nous et qui vivent sous Notre protection » [...]. Cette « protection », toutefois, ne procédait pas d'un désir paternaliste de protéger les peuples autochtones; elle traduisait plutôt une

86. [1984] 2 RCS 145.

87. *R c Van der Peet*, [1996] 2 RCS 507.

88. *Mitchell*, *supra* note 29 au para 9.

89. *Nation haïda c Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73 au para 32, [2004] 3 RCS 511 [*Nation haïda*].

reconnaissance de leur force. L'honneur de la Couronne n'est pas non plus un concept paternaliste⁹⁰.

G. Possible extension de l'obligation honorable de la Couronne de négocier de bonne foi les revendications de droits ancestraux

Si les motifs unanimes de la juge en chef dans l'affaire *Tsilhqot'in* renferment de lourdes conséquences politiques au-delà de la pression mise sur l'État par une première reconnaissance judiciaire formelle, concrète et définitive d'un titre ancestral, c'est à notre avis par la possible inauguration d'une obligation constitutionnelle juridiquement contraignante incombant à l'État de négocier le règlement de la revendication territoriale sérieuse qu'un groupe autochtone fonde sur celle d'un titre ancestral.

Jusqu'ici, ce qui était établi, c'est que dès lors qu'il entreprend de négocier le règlement d'une telle revendication, l'État doit le faire de bonne foi, et que l'obligation d'ainsi agir de bonne foi se poursuivait dans la mise en œuvre du traité de règlement. C'est ce qui ressortait clairement d'arrêts tels que *Première nation crie Mikisew*⁹¹, *Beckman*⁹² et *Manitoba Metis Federation*⁹³. À l'extrême rigueur, on pourrait, à l'appui de la thèse d'une obligation de négocier logiquement antérieure à celle de le faire de bonne foi, citer le passage suivant de cette dernière affaire : « si l'honneur de la Couronne garantit l'exécution de ses obligations, il s'ensuit que l'honneur de la Couronne exige qu'elle prenne des mesures pour faire en sorte que ses obligations soient exécutées »⁹⁴. Ce serait hors contexte, car il était ici question de la mise en œuvre des traités.

Dans l'arrêt *Tsilhqot'in*, la juge en chef écrit que « les gouvernements ont l'obligation légale de négocier de bonne foi dans le but de régler les revendications de terres ancestrales »⁹⁵. La version anglaise de l'extrait se lit comme suit : « *Governments are under a legal duty to negotiate*

90. *Manitoba Metis Federation*, *supra* note 76 au para 66.

91. *Première nation crie Mikisew c Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 RCS 388 [*Mikisew*].

92. *Beckman*, *supra* note 85.

93. *Manitoba Metis Federation*, *supra* note 76.

94. *Ibid* au para 79.

95. *Nation Tsilhqot'in*, *supra* note 1 au para 18.

in good faith to resolve claims to ancestral lands ». Plus facilement que tout ce que la Cour avait pu jusqu'alors écrire à ce sujet, cette affirmation peut être interprétée comme faisant état d'une obligation juridique incombant à l'État de négocier le règlement des revendications d'un titre ancestral aux mêmes conditions qu'il est tenu de consulter les Autochtones préalablement à la prise d'une mesure pouvant avoir des incidences sur des droits ancestraux qu'ils revendiquent : lorsque la revendication est « crédible »⁹⁶. Si une telle interprétation devait s'avérer, il pourrait s'ensuivre une redynamisation du processus national de négociation de traités modernes.

H. Reformulation du test de justification de la restriction des droits

Aucune disposition de la loi suprême ne prévoyait la restriction des droits des peuples autochtones. Tout comme cette possibilité même, le test de vérification du caractère justifié des restrictions apportées par l'État à l'exercice des droits constitutionnels des peuples autochtones a été élaboré dans l'arrêt *Sparrow*⁹⁷, où étaient en cause des droits ancestraux « usufruitiers » (même si non encore théorisés comme tels) de pêche. Il ne faut pas y voir une application de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Celle-ci constitue la première partie de la *LC 1982*, tandis que les droits des peuples autochtones y figurent plutôt en deuxième partie. À la différence de ce que prévoit l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*, la jurisprudence relative à la restriction des droits constitutionnels des peuples autochtones n'exige pas que celle-ci prenne la forme d'une « règle de droit ». L'application de ce « test de l'arrêt *Sparrow* » à la restriction de l'exercice du titre ancestral a été confirmée dans l'arrêt *Delgamuukw*⁹⁸. Son application à la restriction de l'exercice de droits issus de traités aurait été posée par l'arrêt *Badger*⁹⁹, même si cet arrêt statuait plutôt sur une affaire fondée sur la *Loi constitutionnelle de 1930*¹⁰⁰ (ci-après la *LC 1930*) et sur l'une des « conventions de transfert des ressources naturelles » reproduites en annexe à cette loi. L'arrêt

96. *Nation haïda*, *supra* note 89 au para 37.

97. *R c Sparrow*, [1990] 1 RCS 1075.

98. *Delgamuukw*, *supra* note 14 aux para 160-69.

99. *R c Badger*, [1996] 1 RCS 771.

100. *Loi constitutionnelle de 1930* (R-U), 22 Geo IV, c 36, reproduite dans LRC 1985, app II, n° 26.

Côté¹⁰¹ a quant à lui établi que les procureurs provinciaux pouvaient se prévaloir de ce test, c'est-à-dire que les législateurs, gouvernements et administrations provinciaux pouvaient à ses termes restreindre les droits constitutionnels des peuples autochtones.

Jusqu'ici, le test de vérification du caractère justifié de la restriction des droits constitutionnels des peuples autochtones se déroulait en deux grandes étapes : (1) la vérification de la présence d'un objectif « régulier » ou, en d'autres termes, « impérieux et réel »; (2) la vérification de ce que la mesure en cause, c'est-à-dire le moyen pris dans la poursuite de cet objectif, de cette fin, ne salisse pas l'honneur de la Couronne. La « consultation » du groupe titulaire du droit était une sous-étape de cette seconde grande étape. Elle l'était toutefois de manière confuse; à l'exigence minimale d'une « consultation » au sens strict et usuel du terme, pouvait s'ajouter celle d'une « consultation » en un sens plus large et inusité et de degré variable, allant de la « consultation » au premier sens (pour créer un doublon) jusqu'à l'exigence d'obtenir le consentement du groupe titulaire du droit restreint, en passant par l'attribution d'une « priorité » ou autre forme d'« accommodement », celle d'une indemnité ou la « participation » des Autochtones concernés à la prise de décision¹⁰².

Dans l'arrêt *Tsilhqot'in*, bien que par moments, en raison de la nature de l'espèce, elle ne parle que de la restriction du titre ancestral, la juge en chef se livre en réalité à une reformulation générale (c'est-à-dire pour la restriction de tous les droits constitutionnels des peuples autochtones) de ce test hérité de l'arrêt *Sparrow*. Cette reformulation se fait d'une triple manière : (1) la consultation (au sens usuel et plus strict du mot) devient une étape distincte et première d'une suite de trois; (2) l'obligation de fiduciaire vient (de manière autant regrettable que confuse) se substituer à l'honneur de la Couronne comme principe fondateur de l'exigence de proportionnalité des restrictions; (3) l'analogie avec le test de l'arrêt *Oakes*¹⁰³ (relatif à la justification de la restriction des droits et libertés de la personne) est renforcée. Désormais, dans la justification de la restriction du droit constitutionnel d'un groupe autochtone, « le gouvernement doit établir : (1) qu'il s'est acquitté de son obligation procédurale de consultation et d'accommodement, (2) que ses actes poursuivaient un objectif impérieux et

101. *R c Côté*, *supra* note 37.

102. *Delgamuukw*, *supra* note 14 au para 168.

103. *R c Oakes*, [1986] 1 RCS 103.

réel, et (3) que la mesure gouvernementale est compatible avec l'obligation fiduciaire qu'a la Couronne envers le groupe : *Sparrow*¹⁰⁴. Quant au rapprochement avec le test de l'arrêt *Oakes*, à l'exigence d'un objectif « impérieux et réel », vient maintenant s'ajouter une forme d'exécution de l'« obligation de fiduciaire » qui correspond au principe de proportionnalité, l'obligation fiduciaire insufflant une obligation de proportionnalité dans le processus de justification :

Il ressort implicitement de l'obligation fiduciaire qu'a la Couronne envers le groupe autochtone que l'atteinte doit être nécessaire pour atteindre l'objectif gouvernemental (lien rationnel), que le gouvernement ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif (atteinte minimale) et que les effets préjudiciables sur l'intérêt autochtone ne l'emportent pas sur les avantages qui devraient découler de cet objectif (proportionnalité de l'incidence)¹⁰⁵.

On aura remarqué la maladresse rédactionnelle par laquelle la juge en chef emploie le mot « nécessité » en deux sens différents, la première fois de manière à amalgamer confusément les idées de rationalité et de nécessité qui structurent le test de l'arrêt *Oakes*, qui sert ici de point de référence. Enfin, il vaut la peine de relever le fait que, à la suite de son prédécesseur le juge en chef Lamer, la juge en chef McLachlin met l'accent sur la distinction entre, d'une part, la justification de la restriction des droits « usufruitaires » de prélèvement de ressources et, d'autre part, la justification de la restriction du titre ancestral. Dans le premier cas, la proportionnalité exigerait que soit reconnue au groupe autochtone titulaire une forme variable de « priorité », tandis que dans le second cas, la proportionnalité exigerait plutôt une forme, elle aussi variable, de « participation » de ce groupe à la prise de décision¹⁰⁶.

I. Précisions sur l'obligation de consultation

Nous avons vu que la consultation des peuples autochtones compte parmi les conditions auxquelles une restriction à l'exercice de leurs droits constitutionnels (ancestraux ou issus de traités) pourra être tenue pour justifiée. Or, ainsi que l'a reconnu la juge en chef McLachlin dans l'affaire de la *Nation haïda*,

104. *Nation Tsilhqot'in*, *supra* note 1 au para 77.

105. *Ibid* au para 87.

106. *Ibid* au para 16.

prouver l'existence de droits peut prendre du temps, parfois même beaucoup de temps. Comment faut-il traiter les intérêts en jeu dans l'intervalle? Pour répondre à cette question, il faut tenir compte de la nécessité de concilier l'occupation antérieure des terres par les peuples autochtones et la réalité de la souveraineté de la Couronne. Celle-ci peut-elle, en vertu de la souveraineté qu'elle a proclamée, exploiter les ressources en question comme bon lui semble en attendant que la revendication autochtone soit établie et réglée? Ou doit-elle plutôt adapter son comportement de manière à tenir compte des droits, non encore reconnus, visés par cette revendication? La réponse à cette question découle, encore une fois, de l'honneur de la Couronne. Si cette dernière entend agir honorablement, elle ne peut traiter cavalièrement les intérêts autochtones qui font l'objet de revendications sérieuses dans le cadre du processus de négociation et d'établissement d'un traité. Elle doit respecter ces intérêts potentiels mais non encore reconnus. La Couronne n'est pas paralysée pour autant. Elle peut continuer à gérer les ressources en question en attendant le règlement des revendications. Toutefois, selon les circonstances, question examinée de façon plus approfondie plus loin, le principe de l'honneur de la Couronne peut obliger celle-ci à consulter les Autochtones et à prendre raisonnablement en compte leurs intérêts jusqu'au règlement de la revendication. Le fait d'exploiter unilatéralement une ressource faisant l'objet d'une revendication au cours du processus visant à établir et à régler cette revendication peut revenir à dépouiller les demandeurs autochtones d'une partie ou de l'ensemble des avantages liés à cette ressource. Agir ainsi n'est pas une attitude honorable¹⁰⁷.

Voilà pourquoi, comme le résume bien la juge Deschamps dans l'arrêt *Beckman*,

[a]fin de protéger l'intégrité du processus de négociation, la Cour a formulé, à partir de ce qui n'était à l'origine qu'une étape de la justification des atteintes aux droits ancestraux, une obligation de consultation préalable à la prise de mesures pouvant porter atteinte à ces droits non encore définis. Plus tard, elle a élargi le contenu obligationnel minimal d'un traité lorsque celui-ci omettait de prévoir la façon dont la Couronne

107. *Nation haida*, *supra* note 89 aux para 26-27.

peut exercer les droits que lui reconnaît un traité et qui ont une incidence sur ceux conférés à la partie autochtone par ce même traité¹⁰⁸.

À ce sujet de l'obligation de consultation, dans l'arrêt *Tsilhqot'in*, s'observe encore le retour à la case départ de la confusion entre l'obligation de fiduciaire et le principe d'honneur de la Couronne. La réactivation de l'obligation de fiduciaire tous azimuts par la juge en chef vient suggérer que cette obligation se place aussi au fondement de l'obligation constitutionnelle de consultation des peuples autochtones. Cette dernière obligation a pourtant été dérivée du test de justification des restrictions à l'exercice des droits ancestraux et issus de traités, test que dans ce même arrêt *Tsilhqot'in*, la juge en chef affirme (à raison) découler plutôt du principe d'honneur de la Couronne¹⁰⁹. Dans l'affaire *Mikisew*, le juge Binnie avait pu écrire ce qui suit : « L'obligation de consultation repose sur l'honneur de la Couronne, et il n'est pas nécessaire pour les besoins de l'espèce d'invoquer les obligations de fiduciaire »¹¹⁰. Dans l'affaire de la *Manitoba Metis Federation*, conjointement avec la juge Karakatsanis, la juge en chef avait d'ailleurs soutenu que « [l]e principe de l'honneur de la Couronne guide l'interprétation téléologique de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et fait naître une obligation de consultation lorsque la Couronne envisage des mesures qui auront une incidence sur un intérêt autochtone revendiqué, mais non encore établi »¹¹¹. Dans un arrêt qui vient tout juste d'être rendu dans l'affaire de la *Première Nation de Grassy Narrows*, la juge en chef écrit très généralement, et de manière plutôt ambiguë, que les provinces doivent exercer leur compétence « conformément à l'honneur de la Couronne et [...] sont] assujettie[s] aux obligations fiduciaires de Sa Majesté à l'égard des intérêts autochtones »¹¹². Il aurait pourtant été aussi aisé pour tout le monde que plein de sens de dire plutôt que le principe d'honneur de la Couronne fonde l'obligation de consultation, tout comme les conditions de justification de la restriction des droits constitutionnels des peuples autochtones, conditions dont cette obligation a été dérivée.

108. *Beckman*, *supra* note 85 au para 90.

109. *Nation Tsilhqot'in*, *supra* note 1 au para 78.

110. *Mikisew*, *supra* note 91 au para 51.

111. *Manitoba Metis Federation*, *supra* note 76 au para 73.

112. *Première Nation de Grassy Narrows c Ontario (Ressources naturelles)*, 2014 CSC 48 au para 50 [*Grassy Narrows*].

Dans l'arrêt *Nation haïda*, la Cour s'était reportée au paragraphe 168 de l'arrêt *Delgamuukw*, relatif au test de justification des restrictions aux droits constitutionnels des peuples autochtones, pour parler de la « transposition de ce passage dans le contexte des revendications non encore établies »¹¹³. Cette transposition n'était toutefois pas parfaite, puisque, en vertu de ce régime de mise en œuvre préventive (par opposition à son intervention « curative » à titre de condition de justification d'une atteinte avérée) de l'obligation de consultation, « il n'y a pas obligation de parvenir à une entente, mais plutôt de procéder à de véritables consultations »¹¹⁴. Mise en œuvre de manière préventive plutôt que de voir son exécution être vérifiée *ex post facto* avec le caractère justifié d'une atteinte avérée, l'obligation de consultation

ne donne pas aux groupes autochtones un droit de veto sur les mesures susceptibles d'être prises à l'égard des terres en cause en attendant que la revendication soit établie de façon définitive [; l]e « consentement » dont il est question dans *Delgamuukw* n'est nécessaire que lorsque les droits invoqués ont été établis, et même là pas dans tous les cas¹¹⁵.

Dans *Taku River*, une affaire jumelle de *Nation haïda*, la Cour suprême a confirmé que, « [l]orsqu'une véritable consultation a eu lieu, il n'est pas essentiel que les parties parviennent à une entente ». Autrement dit, « [l]'obligation d'accommodement exige plutôt que les préoccupations des Autochtones soient raisonnablement mises en balance avec l'incidence potentielle de la décision sur ces préoccupations et avec les intérêts sociétaux opposés [, l]'idée de compromis fai[sant] partie intégrante du processus de conciliation »¹¹⁶. Est-ce à dire que, dans les cas où le risque est le plus grave, les Autochtones sont invités, plutôt qu'à chercher à le prévenir par la mise en œuvre de l'obligation de consultation, à attendre qu'il se réalise afin de, en établissant le droit qu'ils revendiquent, demander d'être indemnisés pour le défaut de la part de l'État d'obtenir leur consentement? Il semble que non, et ce, d'après ce que l'arrêt *Tsilhqot'in* vient d'ajouter.

113. *Nation haïda*, *supra* note 89 aux para 24, 40.

114. *Ibid* au para 42.

115. *Ibid* au para 48.

116. *Première nation Tlingit de Taku River c Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, 2004 CSC 74 au para 2, [2004] 3 RCS 550.

En effet, l'arrêt *Tsilhqot'in* vient répondre à une question importante, celle de la possible rétroactivité d'une reconnaissance de droits ancestraux, et ce, non seulement sur le plan du redressement, mais aussi sur celui de l'obligation de consultation. En effet, nous venons de voir que le contenu substantiel de l'exigence de consultation diffère selon qu'il s'agit d'une étape de la vérification du caractère justifié d'une restriction aux droits constitutionnels établis des peuples autochtones ou d'une obligation autonome relative à des droits ancestraux qui ne sont encore que revendiqués, le consentement des Autochtones concernés pouvant être requis dans le premier cas, mais jamais dans l'autre. Une fois le droit revendiqué établi, comment traiter la conduite de l'État au moment où il ne l'était pas encore? La question de la rétroactivité reçoit une réponse négative. Même si la revendication de titre est ici avérée par la Cour suprême, et même si celle-ci laisse entendre que les effets actuels d'une mesure prise antérieurement auraient pu désormais représenter une atteinte au titre ancestral des demandeurs si seulement la *Forest Act* de la Colombie-Britannique avait prétendu s'appliquer aux terres qui sont l'objet d'un titre ancestral¹¹⁷, il ne semble pas pour autant que la juge en chef soit d'avis qu'une atteinte aux droits ancestraux puisse être redressée rétroactivement :

Pendant cette période [où les revendications territoriales sont en cours de négociation et où le titre ancestral demeure incertain], les groupes autochtones n'ont pas le droit de gérer les forêts; ils ont seulement droit qu'on les consulte et, s'il y a lieu, qu'on les accommode relativement à l'utilisation des terres : *Nation haïda*¹¹⁸.

Enfin, toujours au sujet de l'obligation de consultation, les motifs unanimes de la juge en chef dans l'arrêt *Tsilhqot'in* font bien de confirmer l'autocorrection de l'erreur par laquelle la jurisprudence avait déjà opposé sur un même plan la mise en œuvre de l'obligation de consultation et l'obtention d'une injonction interlocutoire. La juge en chef avait fini par admettre, dans l'affaire *Rio Tinto Alcan* de 2010, que

[l]e recours pour manquement à l'obligation de consulter vari[ant] en fonction de la situation [, l']omission de la Couronne de consulter les intéressés peut donner lieu à un certain nombre de mesures allant de l'injonction visant l'activité

117. *Nation Tsilhqot'in*, *supra* note 1 aux para 92, 107-16.

118. *Ibid* au para 113. Voir aussi aux para 93-94.

préjudiciable, à l'indemnisation, voire à l'ordonnance enjoignant au gouvernement de consulter avant d'aller de l'avant avec son projet¹¹⁹.

Dans l'affaire qui nous occupe aujourd'hui, la juge en chef confirme une fois de plus que l'obligation constitutionnelle de consultation n'est pas un recours, mais une institution de droit substantiel qui peut donner lieu à une variété indéfinie de recours et de mesures de redressement : « Le manquement par la Couronne à son obligation de consultation peut donner lieu à diverses mesures de réparation, notamment une injonction, des dommages-intérêts ou une ordonnance enjoignant la tenue de consultations ou la prise de mesures d'accommodement »¹²⁰.

II. RÉPARTITION FÉDÉRATIVE DES COMPÉTENCES

Tout comme la constitution juridique de nombreux États de droit modernes, celle du Canada peut être appréhendée sous un double angle fonctionnel : la constitution — y compris fédérative — des pouvoirs et la constitution des droits — qui se présentent comme autant de limites matérielles à l'exercice des pouvoirs formellement constitués¹²¹. Ainsi anticipe-t-on déjà mieux les problèmes que peut poser le fait que, en droit constitutionnel canadien, les Autochtones soient à la fois titulaires de droits constitutionnels « collectifs » spéciaux et « objets » de la compétence exclusive du pouvoir central.

La question de la manière dont se rapportent les droits constitutionnels des peuples autochtones à la répartition fédérative des compétences — répartition qui comprend l'attribution au pouvoir central d'une compétence exclusive sur les Autochtones — est loin d'être la plus simple du droit canadien. À notre sens, cette question demeure partiellement irrésolue, même si, dans ce qui constitue techniquement un long *obiter dictum*¹²², l'arrêt *Tsilhqot'in* indique certaines pistes intéressantes. Mais au-delà de cette question précise qui n'y reçoit pas de

119. *Rio Tinto Alcan Inc c Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43 au para 37, [2010] 2 RCS 650.

120. *Nation Tsilhqot'in*, *supra* note 1 au para 89.

121. Maxime St-Hilaire et Laurence Bich-Carrière, « La constitution juridique et politique du Canada : notions, sources et principes » dans JurisClasseur Québec, coll « Droit public », *Droit constitutionnel*, feuilles mobiles (consultées le 11 novembre 2014), Montréal, LexisNexis Canada, fasc 1.

122. *Nation Tsilhqot'in*, *supra* note 1 au para 98.

réponse parfaitement cohérente, les motifs de cet arrêt contiennent nombre d'erreurs de droit du fédéralisme en général.

Avant 1867, la répartition des compétences exécutives et législatives se faisait entre l'empire et les colonies. L'empire demeurait maître de cette répartition, si bien qu'il s'agissait de « décentralisation » vers les colonies plutôt que de fédéralisme. En effet, le fédéralisme, c'est une répartition prévue dans une constitution qui lie ceux qui y prennent part, c'est-à-dire un pouvoir central et des entités fédérées¹²³. Ainsi, avant 1867, la compétence sur les Autochtones se rattachait d'abord, à partir de 1750, à ce qu'on appelle aujourd'hui la défense, puis à la compétence sur l'administration des terres publiques, avant de s'autonomiser pour devenir une compétence de son propre genre. En 1860, le législateur du Canada-Uni s'est vu reconnaître la compétence sur les affaires autochtones : les autorités impériales n'ont rien trouvé à redire de la loi de la colonie intitulée *Acte relatif à l'administration des terres et des biens des Sauvages*¹²⁴. En 1867, certaines colonies britanniques d'Amérique du Nord se sont fédérées. Sur le plan de la relation juridique entre Londres et l'Amérique du Nord britannique, peu de choses changeaient alors, contrairement à ce que cultive l'imaginaire politique canadien. L'empire demeurait le maître d'œuvre des constitutions coloniales. Jusqu'en 1982, il faudra l'intervention du Parlement du Royaume-Uni pour modifier les parties les plus importantes de la loi constitutionnelle impériale régissant le Canada. En 1926, du moins à en croire rétrospectivement l'arrêt que rendra la Cour d'appel d'Angleterre le 28 janvier 1982 dans l'affaire des *Indian Association of Alberta*, *Union of New Brunswick Indians* et *Union of Nova Scotian Indians*¹²⁵, avec l'accession du Canada au statut d'État souverain au sens du droit international et la « divisibilité » de la Couronne qui s'ensuit, les obligations et la responsabilité de la Couronne à l'endroit des peuples autochtones qui s'y trouvent deviennent celles de la « *Crown in respect of Canada* », non pas de la « *Crown in respect of the United Kingdom* ».

123. Vicky C Jackson, « Fédéralisme – Normes et territoires » dans Michel Troper et Dominique Chagnollaud, dir, *Traité international de droit constitutionnel*, t 2, *Distribution des pouvoirs*, Paris, Dalloz, 2012, 5 à la p 9.

124. *Acte relatif à l'administration des terres et des biens des Sauvages* (R-U), SPC 1860, 23 Vict, c 151.

125. *R v The Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex parte: The Indian Association of Alberta, Union of New Brunswick Indians, Union of Nova Scotian Indians*, [1981] 4 CNLR 86.

En 1867 donc, c'est plutôt la structure de certaines colonies britanniques qui change dès lors qu'elles obtiennent leur fédération. Cela implique une répartition des compétences jusqu'alors déléguées par l'empire aux colonies entre, d'une part, ces colonies devenant des entités fédérées et, d'autre part, une nouvelle sphère de pouvoir, le pouvoir central ou fédéral. La loi impériale de 1867, connue aujourd'hui sous le nom de *Loi constitutionnelle de 1867*¹²⁶, prévoit une répartition fédérative de compétences *législatives* seulement. C'est pourquoi, plus tard, l'arrêt du Conseil privé dans l'affaire *Bonanza*¹²⁷ est venu confirmer que la répartition fédérative des compétences *exécutives* suivait généralement celle des compétences *législatives*.

En vertu du paragraphe 91(24) de la *LC 1867*, c'est le Parlement fédéral qui est compétent sur « les Indiens et les terres réservées aux Indiens ». Le terme « Indien » a un sens technique dans la *LI*, qui est une loi fédérale qui ne s'applique qu'à certains Amérindiens (non pas tous) dont elle prévoit le droit à l'inscription, et ce, à l'exclusion notoire des Métis et des Inuits. Dans la *LC 1867* cependant, ce mot d'« Indien » a un sens plus large, qui selon toute vraisemblance correspond à celui d'« Autochtone ». Dans le renvoi relatif aux « Eskimos » de 1939¹²⁸, la Cour suprême du Canada fut unanime à dire que les « Indiens » au sens du paragraphe 91(24) de la *LC 1867* comprenaient les Inuits. En 1867, le Canada ne comptait pas d'Inuits, puisque ceux-ci se trouvaient au Labrador et dans la Terre de Rupert, celle-ci n'ayant été transférée au Canada qu'en 1870¹²⁹ et celui-là n'ayant, avec Terre-Neuve, intégré la fédération qu'en 1949¹³⁰. Depuis l'extension des frontières du Québec en 1912¹³¹, le pouvoir central refusait de se reconnaître compétent (et responsable) à l'égard des Inuits, alléguant qu'aux termes du paragraphe 91(24), il n'était compétent que sur les « Indiens ». Or la preuve était accablante : les autorités coloniales ont toujours tenu les Inuits pour une catégorie d'Indiens.

126. *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 75.

127. *Bonanza Creek Gold Mining Co v R*, [1916] 1 AC 566.

128. *Re Eskimos*, [1939] SCR 104, 1939 CanLII 22 (SCC).

129. *Décret en conseil sur la Terre de Rupert et le territoire du Nord-Ouest* (anciennement : Arrêté en conseil de Sa Majesté, 23 juin 1870 (R-U)), reproduit dans LRC 1985, app II, n° 9, adopté en vertu de l'article 146 de la *LC 1867*.

130. *Loi sur Terre-Neuve* (R-U), 12-13 Geo VI, c 22, reproduite dans LRC 1985, app II, n° 32.

131. *Loi de l'extension des frontières de Québec*, (1912) 2 Geo V, c 45; *Loi concernant l'agrandissement du territoire de la province de Québec par l'annexion de l'Ungava* (R-U), (1912) 2 Geo V, c 7.

Bien que certains passages de l'avis de 1939 sur les « Eskimos » laissent clairement entendre que, en vertu du paragraphe 91(24), le pouvoir central est compétent à l'égard de tous les Autochtones, celui-ci a continué de refuser de se reconnaître compétent à l'égard des Métis, qui sont pourtant reconnus comme peuple autochtone par la partie II de la *LC 1982*. La Cour suprême du Canada n'a toujours pas été appelée à se prononcer sur la question. L'Accord de Charlottetown de 1992 prévoyait l'ajout d'une disposition à la *LC 1867* « pour s'assurer que le paragraphe 91(24) s'applique à tous les peuples autochtones »¹³². La Commission royale sur les peuples autochtones a recommandé que lui soit plutôt donnée une réponse affirmative¹³³. L'article 31 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*¹³⁴, une loi constitutionnelle, reconnaît bien un « titre indien » aux Métis, même si, dans l'affaire de la *Manitoba Metis Federation*, la Cour suprême a distingué les droits que certains Métis détenaient en vertu de cette disposition de tout titre, autre droit ancestral ou même intérêt spécifiquement autochtone, au motif qu'ils seraient d'ordre individuel¹³⁵. Dans l'arrêt *Blais* de 2003, la Cour suprême a d'autre part statué que, n'étant pas partie aux traités numérotés, les Métis n'étaient pas des « Indiens » au sens du paragraphe 13 de la *Convention sur le transfert des ressources naturelles* relative au Manitoba, convention qui figure en annexe de la *LC 1930*, mais elle a tenu à souligner que serait « tranchée à une autre occasion la question de savoir si le mot "Indiens" au par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* s'entend également des Métis »¹³⁶. En Alberta, les Métis sont régis par une loi provinciale, la *Metis Settlements Act*¹³⁷. Dans l'affaire *Cunningham*¹³⁸, cette loi a fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité par la Cour suprême, mais en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés* (partie I de la *LC 1982*), non pas en vertu du partage

132. *Accord de Charlottetown*, 28 août 1992, art 54, en ligne : <<http://thecanadianencyclopedia.com/fr/article/charlottetown-accord-document/>>.

133. Commission royale sur les peuples autochtones, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones : vingt ans d'action soutenue pour le renouveau*, vol 5, Ottawa, Groupe communication Canada, 1996 à la p 11.

134. *Loi de 1870 sur le Manitoba*, 33 Vict, c 3 (Can), reproduite dans LRC 1985, app II, n° 8, loi dont la constitutionnalité fut assurée par la *Loi constitutionnelle de 1871* (R-U), 34-35 Vict, c 28, reproduite dans LRC 1985, app II, n° 11.

135. *Manitoba Metis Federation*, *supra* note 76 aux para 51-59.

136. *R c Blais*, 2003 CSC 44 au para 36, [2003] 2 RCS 236.

137. *Metis Settlements Act*, RSA 2000, c M-14.

138. *Alberta (Affaires autochtones et Développement du Nord) c Cunningham*, 2011 CSC 37, [2011] 2 RCS 670.

fédératif des compétences. Or, le 8 janvier 2013, la Cour d'appel fédérale a confirmé la déclaration selon laquelle les Métis sont des « Indiens » au sens du paragraphe 91(24) de la LC 1867¹³⁹.

Avant 1860, la fédération canadienne n'existait pas, mais la loi coloniale ayant une incidence sur les intérêts des Autochtones pouvait (en théorie) faire l'objet d'un contrôle de conformité à la loi impériale. Entre 1860 et 1982, c'étaient en principe les seules mesures provinciales ayant une incidence sur les intérêts des Autochtones qui pouvaient faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité, et ce, sur la base de la répartition fédérative des compétences. Exceptionnellement, certains droits reconnus aux Autochtones semblent avoir bénéficié d'une protection constitutionnelle.

L'arrêté en Conseil impérial de 1870 relatif au transfert de la Terre de Rupert et du Territoire du Nord-Ouest, arrêté pris en vertu de l'article 146 de la LC 1867 en même temps que d'une loi impériale de 1868¹⁴⁰, prévoit le droit des Indiens d'être indemnisés par « le gouvernement canadien en concertation avec le gouvernement impérial », pour la réquisition de leurs terres aux fins de la colonisation, « la Compagnie étant dégagée de toute responsabilité à cet égard »¹⁴¹. Son annexe A prévoit à son tour que

lors du transfert des territoires en question au gouvernement du Canada, il sera procédé, selon les principes d'équité qui ont toujours guidé la Couronne britannique dans ses rapports avec les Autochtones, à l'examen et au règlement des demandes d'indemnisation présentées par les tribus indiennes au sujet des terres nécessaires à la colonisation¹⁴².

Son annexe B prévoit en outre qu'il « incombera [au Canada] de prendre les mesures voulues pour la protection des tribus indiennes concernées quant à leurs intérêts et leur bien-être »¹⁴³. En 1909, la Cour suprême du Canada a, au passage, laissé entendre que ces dispositions étaient porteuses d'une obligation incombant à la Couronne d'obtenir par traité la cession volontaire du titre aborigène qui les grève avant

139. *Canada (Indian Affairs) v Daniels*, 2014 FCA 101 (disponible sur CanLII).

140. *An Act for Enabling Her Majesty to Accept a Surrender upon Terms of the Lands, Privileges, and Rights of "The Governor and Company of Adventurers of England Trading into Hudson's Bay", and for Admitting the Same into the Dominion of Canada* (R-U), 1868, 31-32 Vict, c 105.

141. *Décret en conseil sur la Terre de Rupert et le territoire du Nord-Ouest*, *supra* note 129 au para 14.

142. *Ibid*, annexe A.

143. *Ibid*, annexe B.

d'ouvrir des terres à la colonisation¹⁴⁴. Dans le même sens, en 1973, la Cour suprême des Territoires du Nord-Ouest a suggéré que ces dispositions représentaient une reconnaissance constitutionnelle du titre aborigène ou des droits ancestraux des peuples autochtones concernés, si bien que le droit de ceux-ci d'être indemnisés ne pouvait être aboli que par une loi impériale¹⁴⁵. En revanche, dans l'affaire *Baker Lake* de 1980, la Cour fédérale a statué que les dispositions qui nous occupent ne reconnaissent pas de droits en faveur des Autochtones davantage qu'elles n'en éteignent, ces dispositions étant sans effets sur le titre ancestral¹⁴⁶. Récemment, la Cour suprême du Yukon avait jugé que ces dispositions du décret impérial de 1870 qui concernent les Autochtones n'étaient porteuses d'aucun droit ni d'obligation corrélative qui soit justiciable, avant que cette décision ne soit infirmée par la Cour d'appel de ce Territoire, qui a renvoyé l'affaire à procès¹⁴⁷.

De manière similaire, le décret impérial de 1871 portant adhésion de la Colombie-Britannique à la fédération, décret lui aussi pris en vertu de l'article 146 de la *LC 1867*, prévoyait que :

14. Le gouvernement du dominion prend en charge les affaires indiennes ainsi que la gestion en fiducie des terres réservées à l'usage et au bénéfice des Indiens, en menant à cet égard après l'union une politique aussi libérale que l'a été jusqu'alors celle du gouvernement de la Colombie-Britannique.

15. Pour la mise en œuvre de cette politique, le gouvernement local, à la demande du gouvernement du dominion, lui transfère en fiducie, à l'usage et au bénéfice des Indiens, des terres d'une étendue comparable à celle des terres habituellement affectées avant l'union aux mêmes fins par le gouvernement de la Colombie-Britannique; en cas de désaccord entre les deux gouvernements sur les surfaces à transférer, l'affaire est renvoyée pour décision au secrétaire d'État aux Colonies¹⁴⁸.

144. *Province of Ontario v Dominion of Canada*, [1909] 42 SCR 1.

145. *Paulette v Canada (Registrar of Titles) (No 2)* (1973), 42 DLR (3d) 8 au para 70, 9 CNLC 307 (NWTSC). C'est sur une autre question que cette décision fut renversée par la Cour d'appel des Territoires du Nord-Ouest, dont le jugement fut confirmé par la Cour suprême du Canada: *Paulette v Canada (Registrar of Land Titles)* (1975), 63 DLR (3d) 1, 9 CNLC 342 (NWTCA); *Paulette c R*, [1977] 2 RCS 628.

146. *Baker Lake c Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1980] 1 CF 518 au para 102-03, (1979) 107 DLR (3d) 513.

147. *Ross River Dena Council v Canada (AG)*, 2012 YKSC 4 aux para 136-50 (disponible sur CanLII); *Ross River Dena Council v Canada (AG)*, 2013 YKCA 6 (disponible sur CanLII).

148. *Conditions de l'adhésion de la Colombie-Britannique*, supra note 74.

Avant la révision constitutionnelle de 1982, la Cour suprême du Canada a, dans l'affaire *Jack* de 1980, eu l'occasion de se pencher sur la première disposition. Dans des motifs majoritaires, le juge en chef Laskin écrivait alors que :

[R]ien dans l'art. 13 n'a l'effet de restreindre le pouvoir législatif fédéral en matière de pêcheries. Peu import[e] la ligne de conduite qui était suivie en Colombie-Britannique avant la Confédération et qui permettait aux Indiens de pêcher pour se nourrir dans les rivières ou dans d'autres eaux de l'île Vancouver comme de la Colombie-Britannique avant que l'île en fasse partie et par la suite, cette ligne de conduite ne semble assise sur aucun fondement juridique. En outre, l'art. 13 ne contient aucune reconnaissance juridique de droits de pêche des Indiens¹⁴⁹.

Dans des motifs concordants, le juge Dickson exprimait plutôt l'avis selon lequel, par l'expression « une ligne de conduite aussi libérale », on avait entendu « accorder la première priorité à la pêche par les Indiens à des fins d'alimentation [...] ». Il s'était cependant dit d'opinion qu'il était « clair que les mesures destinées à la protection des ressources — totalement absentes des textes réglementaires avant 1871 — priment sur tout genre de pêche, qu'il s'agisse de la pêche par les Indiens, de pêche commerciale ou sportive »¹⁵⁰.

Par ailleurs, l'article 31 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* — loi qui fait partie de la « loi suprême » du Canada depuis l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1871*¹⁵¹ — reconnaît, notamment en faveur des Métis, l'existence d'un « titre indien » dans la nouvelle province qu'elle crée :

Attendu qu'il importe, pour l'extinction du titre indien sur les terres de la province, d'affecter une fraction des terres non concédées, dans la limite de un million quatre cent mille acres, au profit des familles métisses qui y résident, il incombe au lieutenant-gouverneur, en application des règlements pris en tant que de besoin par le gouverneur général en conseil, de procéder au partage, entre les enfants des chefs des familles métisses qui résident dans la province lors du transfert, de terrains dont le choix, dans la limite mentionnée ci-dessus, et

149. *Jack c R*, [1980] 1 RCS 294 à la p 299.

150. *Ibid* à la p 311.

151. *Loi constitutionnelle de 1871*, *supra* note 134.

la localisation relèvent de son appréciation, et de les leur concéder selon les modalités et aux conditions d'établissement ou autres fixées par le gouverneur général en conseil¹⁵².

Entre autres choses, l'article 32 prévoyait quant à lui que les droits de ceux qui possédaient des terres à titre d'occupant seraient maintenus. Le 8 mars 2013, la Cour suprême du Canada a statué à la majorité que la *Manitoba Metis Federation* et les autres appelants dans cette affaire avaient droit à un jugement déclaratoire du fait que « [l]a Couronne fédérale n'a pas mis en œuvre de façon honorable la disposition prévoyant la concession de terres énoncée à l'art. 31 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* »¹⁵³. Or, ce faisant, elle a distingué les droits que certains Métis détenaient en vertu de cette disposition de tout titre, autre droit ancestral ou même intérêt spécifiquement autochtone, au motif qu'ils seraient d'ordre individuel. De manière aussi curieuse que regrettable, la Cour a laissé entendre qu'un traité ou des dispositions constitutionnelles ne peuvent reconnaître ou aménager l'exercice de droits ancestraux précis, « [u]n droit ancestral repos[ant] plutôt sur l'usage et l'occupation historiques »¹⁵⁴, ce dont les appelants n'avaient pas fait la preuve en première instance. Pour cette raison parmi d'autres, la disposition en question engageait l'honneur de la Couronne, mais ne lui imposait pas d'obligation de fiduciaire à l'endroit des Métis du Manitoba. Quant à l'article 32, à l'instar de la Cour d'appel, la Cour suprême en est venue à la conclusion que, s'agissant d'un « avantage conféré de façon générale à tous les colons, qu'ils soient Métis ou non »¹⁵⁵, il n'engageait pas même l'honneur de la Couronne.

En vertu de l'article 30 de cette dernière loi, comme en vertu des dispositions équivalentes des lois portant création des provinces de l'Alberta¹⁵⁶ et de la Saskatchewan¹⁵⁷ — lois qui font elles aussi partie de la « loi suprême » du Canada depuis l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1871*¹⁵⁸ —, la propriété des terres et ressources naturelles publiques avait été réservée à la Couronne fédérale. Plus

152. *Loi de 1870 sur le Manitoba*, *supra* note 134, art 31.

153. *Manitoba Metis Federation*, *supra* note 76 au para 154.

154. *Ibid* au para 58.

155. *Ibid* au para 95.

156. *Loi sur l'Alberta* (1905), 4-5 Éd VII, c 3 (Can), art 21, reproduite dans LRC 1985, app II, n° 20.

157. *Loi sur la Saskatchewan* (1905), 4-5 Éd VII, c 42 (Can), art 21, reproduite dans LRC 1985, app II, n° 21.

158. *Loi constitutionnelle de 1871*, *supra* note 134.

tard, la *Loi constitutionnelle de 1930*¹⁵⁹ — une loi impériale qui est toujours en vigueur et qui fait partie elle aussi de la « loi suprême » du Canada — est venue donner une valeur juridique à des conventions de transfert des ressources naturelles, conclues entre le gouvernement fédéral et celui de ces trois provinces. Une des conditions du transfert était le respect du droit des « Indiens » de « se livrer en toute saison à la chasse, au piégeage et à la pêche, pour se nourrir, sur toutes les terres inoccupées du domaine public et sur les autres terres auxquelles ils ont un droit d'accès »¹⁶⁰, par ailleurs reconnu par les traités numérotés, de chasse, de trappe et de pêche des Autochtones sur les terres de la Couronne. Dans l'arrêt *Blais* de 2003¹⁶¹, la Cour suprême du Canada a statué que les Métis, qui ne seraient pas parties aux traités numérotés¹⁶², ne sont pas des « Indiens » au sens du paragraphe 13 de la *Convention sur le transfert des ressources naturelles* relative au Manitoba. D'autre part, dans une décision de 1990, l'arrêt *Horseman*¹⁶³, la Cour avait laissé entendre que ces dispositions de 1930 relatives aux droits des Autochtones dans les provinces des Prairies s'étaient substituées aux droits issus de traités dans ces trois provinces. Cela fut cependant sévèrement critiqué par la doctrine, ainsi que le relève Sébastien Grammond¹⁶⁴. Dans une décision de 1996, l'arrêt *Badger*, la Cour a précisé que cette extinction se limitait à la portée commerciale des droits issus de traités en cause, le « droit de chasser pour se nourrir » se continuant¹⁶⁵. En 1999, dans l'affaire *Sundown*, la Cour parlera du rapport de la *Loi constitutionnelle de 1930* aux droits issus de traités numérotés comme d'un rapport de modification¹⁶⁶.

Depuis 1982, la loi constitutionnelle protège les droits ancestraux et issus de traités des peuples autochtones contre l'exercice des

159. *Loi constitutionnelle de 1930* (R-U), 20-21 Geo V, c 26, reproduite dans LRC 1985, app II, n° 26.

160. Para 13, 12 et 12, respectivement, des conventions relatives au Manitoba, à l'Alberta et à la Saskatchewan figurant en annexe à la *Loi constitutionnelle de 1930*, *ibid*.

161. *R c Blais*, *supra* note 136 au para 36.

162. Pourtant, dans l'affaire *Daniels c Canada*, 2013 CF 6 au para 56 (disponible sur CanLII), le juge Phelan a retenu que « [d]ès 1905, l'Ontario et le Canada avaient échangé des lettres concernant la question de savoir quel palier de gouvernement était responsable de répondre aux revendications des Métis relativement au Traité n° 9 ».

163. *R c Horseman*, [1990] 1 RCS 901 à la p 933. Voir aussi *Frank c R*, [1978] 1 RCS 95 à la p 100; *Prince and Myron v R*, [1964] RCS 81 à la p 84.

164. Sébastien Grammond, *Aménager la coexistence : les peuples autochtones et le droit canadien*, Bruxelles, Cowansville (Qc); Bruylant, Yvon Blais, 2003 à la p 89.

165. *R c Badger*, *supra* note 99 aux para 43-48.

166. *R c Sundown*, [1999] 1 RCS 393 au para 8.

pouvoirs autant fédéraux que provinciaux, mais jusqu'ici ce contrôle n'a pas été considéré comme s'étant substitué à celui des mesures provinciales en vertu du paragraphe 91(24) de la *LC 1867*. C'est de manière utile, mais non sans ambiguïté que l'arrêt *Tsilhqot'in* pourvoit à une substitution rien que partielle du contrôle des droits constitutionnels des peuples autochtones au contrôle de la répartition fédérative des compétences.

D'autre part, l'article 3 de la *Loi constitutionnelle de 1871*¹⁶⁷ conférait au Parlement fédéral le pouvoir de modifier les frontières des provinces avec le consentement de la législature de celles-ci. C'est ainsi qu'en 1898 d'abord¹⁶⁸, puis en 1912, les législateurs fédéral et québécois ont augmenté le territoire du Québec à même des parties de la Terre de Rupert. La loi fédérale de 1912 prévoyait que « la province de Québec reconnaîtra les droits des habitants sauvages dans le territoire [cédé] »¹⁶⁹. Dans l'arrêt *Sparrow*, la Cour suprême du Canada en a parlé comme d'une « protection constitutionnelle »¹⁷⁰.

A. Analogie trompeuse avec la *Charte canadienne des droits et libertés*

Il faut d'entrée de jeu mettre en garde le lecteur de l'arrêt *Tsilhqot'in* contre une métaphore pour ainsi dire « *ultra petita* » que fait la juge en chef. En d'autres termes, il faut prendre garde à l'inadéquation entre, d'une part, la portée apparente de l'analogie qu'établit la juge en chef entre les droits des peuples autochtones et ceux garantis par la *Charte canadienne des libertés* et, d'autre part, la portée réelle de cette analogie, qui s'infère du rôle qu'elle vient jouer dans la motivation de l'arrêt. Voici l'analogie en question :

Le Parlement a une compétence exclusive en matière de droit criminel. Cependant, l'exercice de son pouvoir en droit criminel est circonscrit par l'art. 11 de la *Charte* qui garantit le droit à

167. *Loi constitutionnelle de 1871*, supra note 134.

168. *Acte concernant la délimitation des frontières nord-ouest, nord et nord-ouest de la province de Québec*, SC 1898, c 3; *Loi concernant la délimitation des frontières nord-ouest, nord et nord-ouest de la province de Québec*, SQ 1898, c 6.

169. *Loi de l'extension des frontières de Québec*, supra note 131, art 2. Quant à la loi provinciale, en voici la référence : *Loi concernant l'agrandissement du territoire de la province de Québec par l'annexion de l'Ungava*, supra note 131.

170. *R c Sparrow*, supra note 97 à la p 1104.

l'équité du processus criminel. Tout comme les droits ancestraux sont un aspect fondamental du droit autochtone, le droit à l'équité du processus criminel est un aspect fondamental du droit criminel. Mais nous ne disons pas que le droit à l'équité du processus criminel prévu à l'art. 11 fait partie du contenu essentiel de la compétence du Parlement en matière de droit criminel. Il s'agit plutôt d'une *limite* à la compétence du Parlement en matière de droit criminel¹⁷¹.

S'il faut se réjouir de la manière — différente de l'approche qui prévaut en droit constitutionnel américain où la restriction des droits peut être conçue comme une compétence — dont la juge en chef distingue d'autant nettement que fonctionnellement entre la constitution des pouvoirs et celle des droits, en revanche, il est important de bien comprendre que l'arrêt *Tsilhqot'in* ne déroge pas les droits constitutionnels des peuples autochtones à l'ensemble du contrôle de conformité à la répartition fédérative des compétences. En effet, cet arrêt n'exempte les lois provinciales restrictives des droits ancestraux (établis ou revendiqués sérieusement) ou issus de traités que de l'application d'une théorie précise, qui compose un cas d'inapplicabilité parmi d'autres, étant du reste entendu que le contrôle d'applicabilité n'est qu'une forme parmi les trois que peut prendre le contrôle de conformité à la répartition fédérative des compétences. Il s'agit en l'occurrence de la théorie de la protection des compétences exclusives, qu'à notre sens, la juge en chef ne devrait pas appeler « doctrine de l'exclusivité des compétences ».

B. Cadre d'intervention de l'*obiter dictum* relatif à la protection des compétences exclusives

Comme l'expliquait parfaitement la juge Deschamps dans les motifs dissidents qu'elle signait dans l'affaire *Lacombe*, de ce point de vue précis qu'est la répartition fédérative des compétences :

Validité, applicabilité et opérabilité sont toutes trois requises pour qu'un tribunal puisse conclure à la conformité constitutionnelle de la mise en œuvre d'une norme à l'égard de faits donnés. Pour être valide, la norme doit être *intra vires* de l'ordre de gouvernement qui l'a adoptée. Si la contestation concerne l'effet d'une ou de plusieurs dispositions sur une compétence

171. *Nation Tsilhqot'in*, *supra* note 1 au para 143.

exclusive de l'autre ordre de gouvernement, il faut alors, dans la mesure où sont réunies certaines conditions faisant intervenir la doctrine de la protection des compétences exclusives, déterminer si la norme en question est applicable à la catégorie de faits sur laquelle porte la contestation. En cas de conflit entre deux normes à la fois valides et applicables, la norme fédérale adoptée dans l'exercice d'une compétence fédérale exclusive aura préséance. Il en est de même si deux normes conflictuelles ont été adoptées en vertu d'une compétence concurrente, à l'exception de la prépondérance des lois provinciales en matière de pensions de vieillesse (*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 92A(2) et (3), 94A et 95)¹⁷².

La seule précision qu'il faut apporter à ce dernier extrait est que la théorie de la protection des compétences exclusives ne représente pas le seul cas d'inapplicabilité de lois par ailleurs valides en vertu de la répartition fédérative des compétences. Il existe en effet des cas où la loi valide d'un ordre (fédéral ou fédéré) sera inapplicable au gouvernement de l'autre ordre, dont le cas des dispositions de taxation¹⁷³.

En anglais, cette théorie jurisprudentielle de la protection des compétences exclusives qui est précisément en jeu dans l'*obiter dictum* qui nous occupe s'appelle celle de l'« *interjurisdictional immunity* ». C'est malencontreusement que, dans l'arrêt *Tsilhqot'in* comme dans d'autres affaires récentes telles que *PHS Community Services*¹⁷⁴ et *Marine Services*¹⁷⁵, on lui ait donné le nom français de théorie de l'« exclusivité des compétences ». Au lecteur non averti, cette expression paraîtra naturellement renvoyer à la notion, bien plus générale, de compétence exclusive, notion qui, au Canada comme dans toute fédération, s'oppose à celle de compétence concurrente — notion élémentaire dont nous verrons qu'elle n'est pourtant pas maîtrisée par notre jurisprudence. Dans les motifs majoritaires qu'elle signait dans l'affaire *Québec c Canada*¹⁷⁶ de 2011, en revanche, la juge Deschamps appelait, bien

172. *Québec (PG) c Lacombe*, 2010 CSC 38 au para 95, [2010] 2 RCS 453.

173. *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 75, art 125.

174. *Canada (PG) c PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 RCS 134 [*PHS Community Services*].

175. *Marine Services International Ltd c Ryan (Succession)*, 2013 CSC 44, [2013] 3 RCS 53 [*Marine Services*].

176. *Québec (PG) c Canada (Ressources humaines et Développement social)*, 2011 CSC 60, [2011] 3 RCS 635.

mieux, cette théorie celle de « la protection des compétences exclusives ». En somme, cette théorie, qui a été considérablement revue dans l'affaire de la *Banque canadienne de l'Ouest*¹⁷⁷, prévoit que, bien que valide, la loi d'un ordre pourra être déclarée inapplicable dans la mesure précise où son application se trouverait autrement à entraver l'exercice, en son cœur protégé par la jurisprudence, d'une compétence exclusive appartenant à l'autre ordre. Analysons brièvement ses conditions d'application : (1) la loi (valide) contestée doit avoir des effets sur la compétence *exclusive* de l'autre ordre; (2) ces effets doivent se répercuter sur un *cœur* ou *contenu essentiel* de compétence exclusive qui, sauf exception (malheureusement indéterminée), est déjà *reconnu par la jurisprudence*; (3) plus précisément, ces effets doivent se traduire par une *entrave*. La première condition confirme que la théorie ne s'applique qu'à la protection des compétences exclusives par opposition aux compétences concurrentes. La deuxième condition indique que ce n'est jamais l'intégralité d'une compétence (exclusive) qui est protégée, mais seulement ce que la jurisprudence a déjà circonscrit comme en formant le « cœur », et ce, de manière à suggérer un principe de non-prolifération des cœurs protégés. La troisième condition résulte de l'introduction d'un nouveau critère qui se voulait un entre-deux des critères antérieurs de la simple « atteinte » et (avant celui-ci) de la « paralysie ».

Le lecteur attentif l'aura deviné : si dans l'arrêt *Tsilhqot'in*, il est question de l'applicabilité de la théorie de la protection des compétences exclusives, c'est au minimum parce que la jurisprudence a reconnu que le titre ancestral fait partie du cœur protégé de la compétence exclusive sur les Autochtones qu'attribue au Parlement fédéral le paragraphe 91(24) de la *LC 1867*. À ce sujet, la juge en chef avance ce qui suit :

La jurisprudence est quelque peu ambiguë quant à savoir si les droits visés à l'art. 35 [de la *LC 1982*] font partie du contenu essentiel du pouvoir fédéral de faire des lois relatives aux « Indiens » prévu au par. 91(24) [de la *LC 1867*]. Aucune décision n'a conclu que les droits ancestraux, par exemple le titre ancestral sur des terres, font partie du contenu essentiel de la compétence fédérale prévue au par. 91(24) [de la *LC 1982*], mais on l'indique dans des remarques incidentes¹⁷⁸.

177. *Banque canadienne de l'Ouest c Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 RCS 3 [*Banque canadienne de l'Ouest*].

178. *Nation Tsilhqot'in*, *supra* note 1 au para 135.

Les propos de la juge en chef ne sont ici pourtant pas moins incidents que ceux auxquels elle fait allusion. Avant d'aborder ceux-ci, il faut savoir que, plus généralement, la jurisprudence établit clairement, notamment par le truchement de motifs déterminants plutôt qu'incidents, que la « quiddité autochtone » ou « contenu essentiel de l'indianité », autrement dit tout ce qui se rapporte à ce qui fonde l'altérité autochtone, forme le cœur protégé de la compétence fédérale exclusive qui est prévue au paragraphe 91(24) de la *LC 1867*. La question devient ainsi celle de savoir si les droits constitutionnels spéciaux des peuples autochtones en font partie. À l'occasion de l'affaire *Delgamuukw*, le juge en chef Lamer avait affirmé sans ambages que « l'essentiel de l'indianité englobe les droits ancestraux, y compris les droits reconnus et confirmés par le par. 35(1) [de la *LC 1982*] »¹⁷⁹. Dans l'affaire de la *Bande Kitkatla*, c'est de manière déterminante, et non incidente, que cette question s'était posée, le juge LeBel, au nom de la Cour, en venant à la conclusion que « les appelants [avaient] produit peu de preuves des rapports existant entre les arbres modifiés et la culture Kitkatla dans cette région »¹⁸⁰. Autrement, le juge LeBel aurait statué que la loi provinciale était inapplicable aux droits ancestraux des appelants. Ce n'est pas davantage de manière incidente que les motifs unanimes du juge Bastarache dans l'affaire *Paul c Colombie-Britannique* traitent de cette question :

L'« essentiel » de l'indianité [...] englobe l'ensemble des droits ancestraux protégés par le par. 35(1) : *Delgamuukw*, [...] par. 178. [...]. Dans l'arrêt *Bande Kitkatla*, [...] par. 70, la Cour a jugé que, compte tenu de la preuve déposée, la loi attaquée, à savoir la *Heritage Conservation Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 187, ne portait atteinte ni au statut ni aux droits des Indiens. Du fait qu'il a été jugé que ces questions de fond ne touchent pas à l'essentiel de l'indianité, je ne vois pas comment la question procédurale pourrait le faire en l'espèce¹⁸¹.

Enfin, les motifs concordants de la juge en chef McLachlin et du juge Fish dans l'arrêt *NIL/TU,O* contiennent un recensement de ce qui a

179. *Delgamuukw*, *supra* note 14 au para 178. Voir aussi le paragraphe 180, qui suggère que l'idée était implicite dans l'arrêt *R c Sparrow*, *supra* note 97.

180. *Bande Kitkatla c Colombie-Britannique* (Ministre des Petites et Moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture), 2002 CSC 31 au para 70, [2002] 2 RCS 146 [*Bande Kitkatla*].

181. *Paul c Colombie-Britannique* (Forest Appeals Commission), 2003 CSC 55 au para 33, [2003] 2 RCS 585 [*Paul*].

jusqu'ici été reconnu entrer dans la composition du cœur protégé de la compétence fédérale exclusive sur les Autochtones, relevé qui comprend :

la chasse de subsistance en vertu des droits ancestraux et issus de traités, comme le fait de tuer un cerf pour se nourrir : *Dick*; le droit de revendiquer l'existence ou l'étendue du titre ou des droits ancestraux relativement à des ressources ou des terres contestées : *Delgamuukw* et *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique* [...] ; l'application des [sic] règles constitutionnelles et fédérales relatives aux droits ancestraux : *Paul c. Colombie-Britannique*, entre autres décisions¹⁸².

Dans l'arrêt *Tsilhqot'in*, la juge en chef McLachlin écrit du reste que, « [d]ans l'arrêt *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533, [la] Cour a supposé que l'exclusivité des compétences [sic] ne s'appliquait pas en cas de conflit entre une loi provinciale et des droits issus d'un traité »¹⁸³. Elle ne précise pas sa référence d'un numéro de paragraphe ou de page. Or, nous n'avons rien trouvé de tel dans l'arrêt *Marshall*, qui ne traite aucunement de la théorie de la protection des compétences exclusives. Voulant pourtant prendre appui sur cet arrêt, la juge en chef entreprend d'écarter l'arrêt *Morris*, dont l'un des motifs déterminants était que cette théorie s'applique bel et bien à la protection des droits issus de traités¹⁸⁴. Dans *Tsilhqot'in*, la juge en chef veut justifier la mise à l'écart de cet arrêt par le soi-disant fait que « dans l'arrêt *Morris*, [la] Cour a fait une distinction avec l'arrêt *Marshall* puisque le droit issu du traité en question dans *Marshall* était un droit de nature commerciale »¹⁸⁵. Cela n'avait pourtant rien à voir. Toute « distinction » n'est pas « *distinguishing* ». Dans *Morris*, les motifs majoritaires des juges Deschamps et Abella ne font que souligner le fait que la vérification d'une atteinte à un droit issu de traités varie suivant qu'il s'agit d'un droit qui a une portée commerciale ou non. Dans les deux affaires, la Cour a conclu à une telle atteinte. Dans l'arrêt *Morris*, l'arrêt *Marshall*, qui n'est d'ailleurs d'aucun intérêt pour la question sur laquelle la juge en chef le mobilise dans *Tsilhqot'in*, figure parmi les arrêts appliqués, et non parmi les affaires qu'il fallait « distinguer », au sens jurisprudentiel du terme.

182. *NIL/TU, O Child and Family Services Society c BC Government and Service Employees' Union*, 2010 CSC 45 au para 71, [2010] 2 RCS 696 [NIL/Tu, O].

183. *Nation Tsilhqot'in*, *supra* note 1 au para 136.

184. *R c Morris*, 2006 CSC 59 aux para 42-43, [2006] 2 RCS 915.

185. *Nation Tsilhqot'in*, *supra* note 1 au para 137.

Donc, quoi qu'en dise la juge en chef dans le but d'atténuer l'allure de revirement jurisprudentiel que prend l'*obiter dictum* qui nous occupe, la jurisprudence de la Cour suprême du Canada avait bien établi que les droits spéciaux garantis aux peuples autochtones par l'article 35 de la *LC 1982* faisaient partie du cœur protégé de la compétence sur les Autochtones que le paragraphe 91(24) de la *LC 1867* attribue en propre au législateur fédéral.

En dépit du silence de la juge en chef sur ce qui suit, le cadre d'intervention de son *obiter dictum* relatif à la répartition fédérative des compétences ne s'arrête pas à ce qui précède. Encore faut-il traiter de l'article 88 de la *LI*. À ce sujet, il est capital de ne jamais perdre de vue que cette disposition ne s'applique qu'aux « Indiens » au sens de la *LI*. Elle ne concerne donc ni les « Indiens » non inscrits ou qui n'ont pas le droit de l'être en vertu de cette Loi, ni les Métis, ni les Inuits. Cette disposition se lit comme suit :

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 régime¹⁸⁶.

Par elle, le pouvoir central entend prendre trois mesures. Premièrement, il veut renoncer à la théorie de la protection des compétences exclusives; une loi provinciale qui leur serait normalement inapplicable est ainsi rendue applicable aux Indiens au sens de la *LI*. Deuxièmement, il entend renforcer la préséance dont bénéficient ses lois pour faire intervenir celle-ci, même en l'absence de conflit réel, dès lors qu'une norme provinciale porte « sur une question prévue » par la *LI* ou la *Loi sur la gestion financière des premières nations*¹⁸⁷. Même s'il veut se limiter à deux lois précises, un tel procédé est d'une constitutionnalité douteuse, la jurisprudence exigeant qu'il y ait conflit réel pour qu'intervienne la préséance de la loi d'un ordre sur celle de l'autre ordre.

186. *Loi sur les Indiens*, supra note 22, art 88.

187. *Loi sur la gestion financière des premières nations*, LC 2005, c 9.

Troisièmement, le pouvoir central étend la portée de la préséance de ses lois aux traités conclus avec des Indiens au sens de la *LI*. La jurisprudence prévoit ainsi qu'en vertu de cette disposition, tout traité conclu avec de tels Indiens l'emporte, en cas de conflit prenant la forme d'une atteinte plus que négligeable ou insignifiante des droits qui en sont issus, sur les lois provinciales valides et applicables d'elles-mêmes ou par le truchement de cette disposition¹⁸⁸. L'arrêt *Francis*¹⁸⁹ avait laissé entendre qu'en vertu de cet article, les traités « indiens » l'emportaient normalement aussi sur les lois fédérales, mais une telle hypothèse a été infirmée par l'arrêt *George*¹⁹⁰. Dans l'arrêt *Simon*¹⁹¹, la Cour suprême a confirmé que l'article 88 de la *LI* ne s'appliquait pas aux seuls traités portant cession de terres.

Dans l'arrêt *Côté*, où il signalait des motifs majoritaires, le juge en chef Lamer n'avait pas manqué, du moins en ce qui concerne la protection des droits autochtones issus de traités, de relever que l'article 88 de la *LI* avait perdu de son intérêt depuis l'entrée en vigueur de l'article 35 de la *LC 1982*¹⁹². Il avait alors suggéré que le test de justification de la restriction des droits constitutionnels des peuples autochtones puisse intervenir dans l'application de cette disposition de la *LI*. Sans répondre à la question, il avait, dans un souci d'harmonisation avec la jurisprudence relative à l'article 35 de la *LC 1982*, envisagé ainsi que la préséance reconnue aux traités par l'article 88 de la *LI* sur la loi provinciale puisse avoir pour limite le caractère justifié de la restriction apportée par celle-ci à des droits issus de traités :

Les limites précises de la protection conférée par l'art. 88 seront examinées à une autre occasion. Je ne connais pas de décision faisant autorité qui aurait écarté l'existence possible d'une étape implicite de justification dans l'application de l'art. 88. Dans un avenir rapproché, le Parlement ressentira sans aucun doute l'obligation de réexaminer l'existence et la portée de cette protection de nature législative, à la lumière des incertitudes évoquées précédemment et de la constitutionnalisation correspondante des droits issus de traités aux termes du par. 35(1) [soulignement dans l'original]¹⁹³.

188. *R c Morris*, *supra* note 184.

189. *Francis v R*, [1956] SCR 618.

190. *R v George*, [1966] SCR 267.

191. *Simon c R*, [1985] 2 RCS 387 à la p 410.

192. *R c Côté*, *supra* note 37 au para 87.

193. *Ibid.*

À défaut de la part de la juge en chef McLachlin de le faire dans l'arrêt *Tsilhqot'in*, où elle s'est pourtant attaquée à la question, il faudra se demander ce que, au lendemain de cette décision, il doit rester de l'article 88 de la *LI*.

C. Intervention précise de *l'obiter dictum* relatif à la protection des compétences exclusives

Dans l'*obiter dictum* de la motivation unanime de l'arrêt *Tsilhqot'in*, la juge en chef a, accessoirement, voulu répondre à la question de « savoir si les droits visés à l'art. 35 [de la *LC 1982*] font partie du contenu essentiel du pouvoir fédéral de faire des lois relatives aux "Indiens" prévu au par. 91(24) »¹⁹⁴. Sa réponse est précisément la suivante, qui prend la forme préalable d'une autre question, en l'occurrence une question d'utilité ou de fonctionnalité, suivie immédiatement d'une véritable réponse : « Alors, à quoi peuvent encore servir l'application de la doctrine de l'exclusivité des compétences et la notion que les droits ancestraux font partie du contenu essentiel du pouvoir fédéral sur les "Indiens" prévu au par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*? Il faut répondre comme suit : elles ne servent à rien »¹⁹⁵. Plus loin :

J'estime que, conformément aux commentaires formulés dans les arrêts *Sparrow* et *Delgamuukw*, la réglementation provinciale d'application générale s'appliquera à l'exercice des droits ancestraux, notamment au titre ancestral sur des terres, sous réserve de l'application du cadre d'analyse relatif à l'art. 35 qui permet de justifier une atteinte¹⁹⁶.

On remarquera à regret l'inadéquation entre la réponse et la question. Celle-ci portait plus généralement sur « les droits visés à l'art[icle] 35 » de la *LC 1982*, droits qui, outre les droits ancestraux dont seuls traite la réponse, s'étendent à ceux issus de traités. Mais il n'y a aucune raison pour que cette exclusion de la protection du cœur de la compétence fédérale exclusive sur les Autochtones ne couvre pas les droits issus de traités aussi bien que les droits ancestraux.

Donc, sur le plan précis de la répartition fédérative des compétences — répartition qui est une composante de la constitution des

194. *Nation Tsilhqot'in*, *supra* note 1 au para 135. Voir aussi au para 138.

195. *Ibid* au para 140.

196. *Ibid* au para 150.

pouvoirs —, les lois provinciales valides sont systématiquement applicables « aux terres détenues en vertu d'un titre ancestral »¹⁹⁷, à plus forte raison à celles qui sont grevées de droits ancestraux « usufruitaires » et, selon toute vraisemblance, à celles qui le sont de droits issus de traités. Elles devraient aussi l'être nonobstant tout droit ancestral ou issu de traités, que celui-ci soit territorial ou non. Cette proposition de droit est indépendante de la double question de savoir, sur cet autre plan qu'est la constitution des droits, si une loi provinciale donnée se trouve ou non à « porter atteinte », c'est-à-dire à restreindre un ou plusieurs droits ancestraux ou issus de traités et, dans l'affirmative, si elle le fait de manière justifiée.

D. Non-abolition de la compétence fédérale exclusive sur les Autochtones

Toujours du seul point de vue de la répartition fédérative des compétences, qui comprend un contrôle successif de validité, d'applicabilité et d'opérabilité, encore faut-il que la loi provinciale soit valide pour ainsi s'appliquer systématiquement nonobstant les droits ancestraux et issus de traités des peuples autochtones. L'arrêt *Tsilhqot'in* n'abolit pas la répartition fédérative des compétences ni n'abroge de manière jurisprudentielle l'article 91(24) de la *LC 1982*, qui attribue en propre au législateur fédéral la compétence sur « [l]es Indiens et les terres réservées pour les Indiens », disposition que les tribunaux, comme nous l'avons vu, ont interprétée comme étant attributive d'une compétence générale sur les Autochtones. C'est ce que veut dire la juge en chef McLachlin lorsqu'elle rappelle que « le pouvoir d'une province de réglementer les terres visées par un titre ancestral peut aussi, dans certains cas, être limité par le pouvoir fédéral sur les "Indiens et les terres réservées pour les Indiens" prévu au par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* »¹⁹⁸.

Avant de poursuivre, il faut rendre compte brièvement des notions élémentaires du droit du fédéralisme. Alors que, en droit, on distingue généralement entre le niveau des faits (1) et celui des normes juridiques (2), en droit constitutionnel du fédéralisme, où il est question d'une répartition constitutionnelle des compétences législatives, il faut insister sur un troisième niveau, celui des compétences (3). Que ces

197. *Ibid* au para 106.

198. *Ibid* au para 103.

trois niveaux soient bien distingués pour ne pas être confondus est essentiel à la compréhension de plusieurs phénomènes du fédéralisme, ainsi qu'au bon fonctionnement de toute fédération.

Au niveau des compétences (3), les compétences législatives réparties entre la sphère fédérale et la sphère fédérée peuvent être — entre autres distinctions que nous ne verrons pas toutes ici — « exclusives » ou « concurrentes ». D'autre part, il faut savoir que, au Canada comme dans plusieurs autres fédérations, chaque sphère de pouvoir est, à des conditions qui peuvent varier d'une fédération à l'autre, autorisée à excéder accessoirement sa compétence. Dans notre droit, la meilleure manière de désigner la théorie jurisprudentielle qui prévoit ces conditions est de l'appeler la théorie de la « compétence accessoire ».

Ensuite, dans la relation entre le niveau des faits (1) et celui des normes juridiques (2), on observe dans toutes les fédérations un phénomène de double (ou multiple) aspect. Les mêmes faits peuvent être appréhendés selon des perspectives juridiques différentes. Une personne qui en blesse une autre est un fait qui peut être considéré dans une perspective de responsabilité civile aussi bien que sous l'angle du droit pénal. Cela est vrai même dans les États unitaires. Or, dans une fédération, chaque perspective juridique doit être rangée dans l'une ou l'autre de ces catégories que représentent les compétences, quitte à appartenir à une compétence résiduelle. Ainsi la théorie du « double aspect » permet-elle d'expliquer aisément que le fait que la loi valide d'un ordre s'applique à une situation donnée n'est en rien une preuve d'invalidité de la loi de l'autre ordre qui veut elle aussi s'y appliquer.

En ce qui concerne la relation entre le niveau des normes juridiques (2) et celui des compétences (3), il faut savoir que, dans la vaste majorité des cas, un domaine du droit ne coïncide pas avec une compétence, mais, en fonction de l'ensemble varié des perspectives juridiques qu'il renferme, est partagé entre plusieurs compétences, dont certaines peuvent être concurrentes, d'autres exclusives. Il s'agit de la notion de « domaine partagé », qui s'applique à presque tous les domaines de notre droit : droit pénal, droit administratif, droit de la famille, droit des affaires, droit du travail, droit social, droit de la santé, droit de l'environnement...

Au grand dam des experts et professeurs, la Cour suprême du Canada continue, ainsi que nous le verrons, de ne pas maîtriser ces notions de base. Elle parle souvent de la compétence accessoire (qui est une théorie de validité) de manière à générer de la confusion avec

cette théorie d'applicabilité qu'est celle de la protection des compétences exclusives, ce que les juges LeBel et Deschamps ont dit regretter dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*¹⁹⁹. La Cour suprême s'est également révélée incapable de faire la distinction entre les notions de « double aspect » et de « domaine partagé », comme en témoigne le *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*²⁰⁰. Pire, nous verrons que, une fois de plus avec l'arrêt *Tsilhqot'in*, la Cour suprême confond ces notions regrettablement amalgamées de double aspect et de domaine partagé avec... celle de compétence concurrente.

Il faut savoir que la compétence fédérale exclusive sur les Autochtones est large. Du moment qu'une loi fédérale vise spécialement ceux-ci, elle sera selon toute vraisemblance reconnue valide. La validité de l'exercice de cette compétence a été rarement contestée. Dans l'arrêt *Canard*²⁰¹, la validité des dispositions de la *LI* relatives aux testaments des Indiens a été reconnue par la Cour suprême.

À l'inverse, toute loi provinciale qui porterait, de manière non accessoire, sur des Autochtones en tant que tels devrait normalement être déclarée invalide. Dans l'affaire *Kitkatla* de 2002, les motifs unanimes du juge LeBel résumaient comme suit l'état de notre droit sur cette question :

[I]l est clair qu'une loi prévoyant un traitement spécial pour les peuples autochtones excède la compétence de la province : voir *Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d'Amérique*, [1980] 1 R.C.S. 1031. Par exemple, on a jugé qu'une loi qui touchait le statut d'Indien d'enfants adoptés excédait la compétence de la province : voir *Parents naturels c. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 R.C.S. 751. De même, des lois qui visaient à définir l'accès des Indiens à des terres pour y chasser excédaient la compétence des provinces parce qu'elles imposaient un traitement particulier aux Indiens : voir *Sutherland*, précité; *Moosehunter c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 282. De plus, les lois provinciales ne doivent pas porter atteinte au statut ou aux droits des Indiens : voir *Kruger c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104, p. 110; *Dick*, précité, p. 323-324²⁰².

199. *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, 2010 CSC 61 au para 188, [2010] 3 RCS 457.

200. *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66 aux para 85, 11, [2011] 3 RCS 837.

201. *Canada (PG) c Canard*, [1976] 1 RCS 170.

202. *Bande Kitkatla*, *supra* note 180 au para 67.

Or, de nombreuses dispositions provinciales visant des Autochtones avaient été reconnues comme relevant de l'exercice valide de la compétence accessoire. Qui plus est, en pratique, les tribunaux tendaient déjà à reconnaître la validité de lois provinciales portant spécialement sur les Autochtones, pourvu que ces lois n'entendaient pas définir le statut ou la spécificité des Autochtones et qu'elles ne visaient pas principalement à restreindre leurs droits ou à leur imposer des obligations particulières²⁰³. À plus forte raison pouvait-on s'attendre à ce qu'une loi provinciale qui vise accessoirement à protéger les droits ancestraux ou issus de traités des Autochtones soit reconnue valide. Aussi, dans l'affaire *Paul* de 2003, la Cour suprême a-t-elle jugé que « [l]a province de la Colombie-Britannique a compétence législative pour habiliter un tribunal administratif à examiner une question de droits ancestraux dans l'accomplissement de la mission valide qu'elle lui a confiée »²⁰⁴. À cet égard, l'arrêt *Tsilhqot'in* vient ajouter que le législateur d'une province peut, dans l'exercice de sa compétence sur les forêts publiques provinciales, légiférer de manière à ce que sa loi « s'applique explicitement aux terres sur lesquelles l'existence du titre ancestral a été confirmée »²⁰⁵. La seule manière dont une telle loi peut être valide du point de vue de la répartition fédérative des compétences nous semble être de ne traiter qu'accessoirement du titre ancestral et, encore là, pour ne pas chercher à le restreindre. Autrement, l'énoncé de la juge en chef McLachlin nous paraît des plus improbables.

Relevons au passage que ces questions de la portée précise de la compétence fédérale exclusive sur les Autochtones et des conditions auxquelles les provinces peuvent valablement intervenir dans le domaine du droit des Autochtones devraient être tenues pour cruciales, et leur réponse, nécessaire à l'explication des conditions de validité des dispositions législatives fédérales comme provinciales relatives à la mise en œuvre des traités, notamment les traités dits « modernes », dont la négociation fut inaugurée par la *Convention de la Baie James et du Nord québécois* de 1975. Or, ces questions n'ont pas trouvé de réponse satisfaisante dans la doctrine davantage que dans la jurisprudence²⁰⁶. À cet égard, dans un arrêt encore plus récent que *Tsilhqot'in*, l'arrêt *Grassy Narrows*, la juge en chef McLachlin (sans dire un mot du pouvoir

203. *Lovelace c Ontario*, 2000 CSC 37, [2000] 1 RCS 950.

204. *Paul*, *supra* note 181 au para 46.

205. *Nation Tsilhqot'in*, *supra* note 1 au para 117.

206. *Campbell v AG BC/AG Cda & Nisga'a Nation*, 2000 BCSC 1123 (disponible sur CanLII); *Sga'nism Sim'augit (Chief Mountain) v Canada (AG)*, 2013 BCCA 49 (disponible sur CanLII).

reconnu par la jurisprudence au Parlement fédéral d'exproprier les provinces) vient d'avancer que « [l]e paragraphe 91(24) [de la *LC 1867*] ne confère pas au Canada le droit de prendre des terres provinciales à des fins exclusivement provinciales »²⁰⁷. Cela suggère que de grands pans des traités modernes conclus et à venir ressortissent à la compétence des provinces, même si celles-ci ne pourraient seules conclure un (véritable) traité avec un groupe autochtone.

Du point de vue de la répartition fédérative des compétences, le droit des Autochtones est sans conteste un domaine partagé. Au sein de ce domaine se trouvent notamment le titre ancestral et la gestion des forêts publiques provinciales, soit deux « aspects » juridiques que peut présenter une même forêt, le premier relevant de la compétence fédérale exclusive, le second de la compétence provinciale exclusive. C'est ce que dans *Tsilhqot'in* a voulu voir la juge en chef, qui cependant y assimile d'autant malheureusement qu'expressément la notion de « double aspect » à celle de « compétence concurrente » :

les ressources forestières qui se trouvent sur des terres visées par un titre ancestral relèvent à la fois de la compétence provinciale en matière de ressources forestières dans la province et de la compétence fédérale sur les « Indiens ». Ainsi, sur le plan constitutionnel, les ressources forestières qui se trouvent sur les terres visées par un titre ancestral comportent un double aspect puisque les deux paliers de gouvernement exercent sur elle une compétence concurrente²⁰⁸.

Le *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières* avait pourtant pris soin d'indiquer que la théorie du double aspect ne devait pas être confondue avec la notion de compétence concurrente : « Ce concept, connu sous le nom de doctrine du double aspect, ouvre la voie à l'*application concurrente* de législations fédérale et provinciales, mais ne crée pas de *compétence concurrente* sur une matière (comme le fait, par exemple, l'art. 95 de la *Loi constitutionnelle de 1867* en matière d'agriculture et d'immigration) » [italiques dans l'original]²⁰⁹.

Qui plus est, la juge en chef McLachlin s'est à notre sens trompée de catégorie lorsqu'il s'agissait d'indiquer de quelle compétence provinciale précise relève la gestion des forêts publiques provinciales. En

207. *Grassy Narrows*, *supra* note 112 au para 37.

208. *Nation Tsilhqot'in*, *supra* note 1 au para 129.

209. *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, *supra* note 200 au para 66.

effet, elle a écrit que « le point de départ est que, de façon générale, la réglementation de l'exploitation forestière dans la province relève du pouvoir que le par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867* accorde à la province en matière de propriété et de droits civils »²¹⁰. Or, c'est l'article 92(5) de la *LC 1867* qui prévoit précisément que le législateur d'une province peut seul « faire des lois » relativement à l'« administration et la vente des terres publiques appartenant à la province, et des bois et forêts qui s'y trouvent » — article auquel s'ajoutent les articles 92A(2) et (3) relativement à la compétence concurrente sur l'exportation hors de la province de la production primaire tirée des ressources forestières de la province, entre autres. Cet oubli de l'article 92(5) de la *LC 1867* ne s'est heureusement pas reproduit quelques jours plus tard, dans *Grassy Narrows*²¹¹.

Il faut encore indiquer comment, dans l'arrêt *Tsilhqot'in*, la juge en chef reproduit cette erreur si incompréhensiblement fréquente selon laquelle aux articles 91 et 92 de la *LC 1867* résumerait la totalité de la répartition de compétences législatives exclusives entre le pouvoir central et les entités fédérées, voire la totalité de l'attribution de toutes les compétences législatives, y compris les compétences concurrentes. La juge en chef écrit en effet que cette théorie de la protection des compétences exclusives « repose sur la prémisse que, puisque les compétences fédérales et provinciales prévues aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* sont exclusives, chaque palier de gouvernement exerce sa compétence sur un contenu minimum essentiel et irréductible auquel l'autre palier de gouvernement ne peut toucher »²¹². Or, les attributions exclusives prévues à nos lois constitutionnelles ne se réduisent pas aux articles 91 et 92 de la *LC 1867*, et rien n'indique que la théorie de la protection des compétences exclusives ne peut s'appliquer qu'à des compétences exclusives prévues à ces dispositions. Rien que dans la *LC 1867*, on trouve aussi des attributions exclusives aux articles 41, 51, 84, 88, 92A(1), 93, 101 et 132 (caduc). Et, quoi qu'on en dise, à ces dispositions doivent être ajoutés les articles 44 et 45 de la *LC 1982*, qui prévoient l'adoption de normes par les législateurs ordinaires fédéral et provinciaux respectivement, et ce, aux termes d'une procédure législative ordinaire. Au demeurant, la répartition fédérative de compétences que prévoient nos lois constitutionnelles comprend

210. *Nation Tsilhqot'in*, *supra* note 1 au para 128.

211. *Grassy Narrows*, *supra* note 112 aux para 4, 22, 31, 35, 50.

212. *Nation Tsilhqot'in*, *supra* note 1 au para 131.

aussi les attributions concurrentes des articles 92A(2) et (3), 94 (apparemment tombé en désuétude), 94A et 95 de la *LC 1867*.

Enfin, pour être intelligibles, les propos de la juge en chef doivent parfois être reformulés. C'est, par exemple, le cas de la phrase suivante : « Ainsi, la *Forest Act* [de la Colombie-Britannique] respecte le partage des compétences à moins qu'elle soit [*sic*] écartée par une compétence fédérale, même si elle peut, de manière incidente, toucher les matières relevant de la compétence fédérale »²¹³. Après « même si », la juge en chef parle en réalité de la théorie jurisprudentielle générale de la compétence accessoire. Juste après « à moins que », le seul sens que nous pouvons attribuer à ses propos est de leur faire dire plutôt : « à moins que l'exercice de sa compétence par le législateur fédéral ne se traduise dans une affaire donnée par un conflit réel avec la loi provinciale de manière à faire intervenir la préséance générale des lois fédérales » (ce que tend à confirmer le paragraphe 130).

E. Non-abolition du cœur protégé de la compétence fédérale exclusive sur les Autochtones

Nous avons vu qu'au moment où l'arrêt *Tsilhqot'in* a été rendu, c'est entre autres choses que le cœur protégé de la compétence fédérale exclusive sur les autochtones comprenait les droits constitutionnels de ces peuples. Il est important de ne pas l'oublier, car l'arrêt qui nous occupe n'abolit pas ce cœur, mais ne fait qu'en retrancher ces droits reconnus et protégés par l'article 35 de la *LC 1982*. Sous réserve de l'article 88 de la *LI*, demeure protégée contre les lois provinciales valides la compétence exclusive fédérale, par exemple, sur : le statut d'Indien; les « relations au sein des familles indiennes et des collectivités vivant dans les réserves »; 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. »; l'occupation de la résidence familiale située sur une réserve; le droit à la possession de terres sur une réserve et, par conséquent, le partage des biens familiaux sur des terres réservées²¹⁴.

213. *Ibid* au para 128.

214. *NIL/TU,O*, *supra* note 182 au para 71.

À ce sujet de la théorie de la protection des compétences exclusives, il faut encore une fois relever les erreurs de la juge en chef. Celle-ci écrit ce qui suit : « La doctrine de l'exclusivité des compétences [*sic*] vise à régler les conflits entre les compétences provinciales et les compétences fédérales; elle y parvient en créant des domaines de compétence exclusive pour chaque palier de gouvernement »²¹⁵. Voilà qui, pour prendre le particulier pour le général, est faux. Comme dans toute fédération, la « création de domaines exclusifs de compétence » vient de nos lois constitutionnelles. Particulière, la théorie jurisprudentielle de la protection des compétences exclusives vient quant à elle, dans notre droit, apporter un surcroît de protection à certaines de ces compétences exclusives, et ce, au moyen d'un contrôle d'applicabilité qui s'insinue entre ceux de validité et d'opérabilité. Des compétences exclusives peuvent très bien, comme c'est le cas dans la loi et la jurisprudence constitutionnelles de la plupart des fédérations, exister sans s'accompagner d'une théorie d'inapplicabilité telle que celle de la protection des (cœurs de) compétences exclusives.

Décevante est aussi l'impasse faite par la juge en chef sur ce nouveau critère de l'« entrave », dont nous avons vu qu'il avait été introduit par l'arrêt de la *Banque canadienne de l'Ouest*²¹⁶. Ce critère avait pourtant été appliqué de manière déterminante dans l'affaire *Marine Services International*²¹⁷, cela après avoir été une première fois oublié dans l'arrêt *PHS Community Services*²¹⁸.

En revanche, il faut à notre sens saluer comme un rééquilibrage de notre droit du fédéralisme, la reconnaissance concrète d'une exception, favorable aux provinces, au principe de non-prolifération des cœurs reconnus dignes de protection :

Dans le cas des forêts qui se trouvent sur les terres visées par un titre ancestral, les tribunaux devraient examiner la loi provinciale sur les ressources forestières afin de s'assurer qu'elle ne porte pas atteinte au contenu essentiel de la compétence fédérale sur les « Indiens » et devraient également examiner la loi fédérale afin de s'assurer qu'elle ne porte pas atteinte au contenu essentiel du pouvoir provincial de gérer les forêts²¹⁹.

215. *Nation Tsilhqot'in*, *supra* note 1 au para 144.

216. *Banque canadienne de l'Ouest*, *supra* note 177.

217. *Marine Services*, *supra* note 175.

218. *PHS Community Services*, *supra* note 174.

219. *Nation Tsilhqot'in*, *supra* note 1 au para 148.

Dans la mesure où la compétence provinciale de gestion des forêts publiques a été (erronément) tenue par la juge en chef comme se fondant sur l'article 92(13) de la *LC 1867* — soit la plus importante des compétences provinciales —, cette conclusion recèle un énorme potentiel correctif.

Par la voix de la juge en chef, la Cour suprême réitère ce que, sous la plume majoritaire des juges Binnie et Lebel, elle avait dit dans l'affaire de la *Banque canadienne de l'Ouest* au sujet de l'incompatibilité de la théorie de la protection des compétences exclusives avec le principe fédératif de coopération :

La doctrine de l'exclusivité des compétences — fondée sur l'idée que les contextes réglementaires peuvent être divisés en compartiments étanches — va souvent à l'encontre de la réalité moderne. Notre société devient plus complexe, et pour être efficace, la réglementation exige de plus en plus la coopération des régimes fédéral et provincial interreliés. Les deux paliers de gouvernement possèdent des outils, compétences et expertises différents et les doctrines plus souples du double aspect et de la prépondérance fédérale sont sensibles à cette réalité : suivant ces doctrines, on encourage la coopération intergouvernementale jusqu'au moment où survient un conflit qu'il faut régler. Par contre, la doctrine de l'exclusivité des compétences peut contrecarrer une telle coopération²²⁰.

Or, le double aspect n'est qu'une théorie explicative d'une foule d'opérations du droit de la résolution des conflits de compétence. La juge en chef aurait donc dû plutôt parler ici de celles de la compétence accessoire et du domaine de droit partagé sur le plan des compétences.

F. Non-abolition de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*

Rappelons que cet article n'est applicable qu'aux « Indiens » au sens de la *LI*.

Nous venons aussi de rappeler que le cœur protégé de la compétence fédérale sur les Autochtones — y compris sur les « Indiens » au sens de la *LI* — ne se réduisait aucunement à leurs droits constitutionnels ancestraux et issus de traités. Donc, au lendemain de l'arrêt

220. *Ibid* au para 148. Voir aussi au para 149.

Tsilhqot'in, le législateur fédéral continue utilement, par l'article 88 de la *LI*, à renoncer, à l'égard des Indiens au sens de la *LI*, à la protection (de ce qui reste) du cœur de sa compétence exclusive.

Nous avons vu que l'article 88 de la *LI* a également pour effet d'étendre aux traités conclus avec des « Indiens » au sens de cette loi la préséance de principe que la jurisprudence reconnaît aux lois fédérales en cas d'incompatibilité avec la loi provinciale. Ici, la juge en chef aurait dû aller jusqu'au bout du chemin qu'elle avait pris sur elle d'emprunter et ainsi ajouter que les cas d'incompatibilité entre la loi provinciale et un traité « indien » au sens de la *LI* devaient désormais eux aussi être tranchés en vertu du seul test de l'arrêt *Sparrow*²²¹, que l'arrêt *Badger*²²² a rendu applicable au contrôle de la restriction des droits issus de traités, et donc à l'exclusion, non seulement de la théorie de la protection des compétences exclusives, mais aussi de l'article 88 de la *LI*. Or, la motivation de l'arrêt *Grassy Narrows*²²³, rendu quelques jours après l'arrêt *Tsilhqot'in*, suppose que l'article 88 de la *LI* peut encore être invoqué à l'encontre de l'opérabilité de la loi provinciale véritablement incompatible avec un traité « indien ».

CONCLUSION

La décision qu'a rendue la Cour suprême du Canada dans l'affaire qui nous a occupés était la bonne. Il fallait bien qu'un jour un titre ancestral dont l'État échoue à négocier le règlement de la revendication pourtant fondée finisse par être l'objet d'une déclaration judiciaire. La crédibilité même du contrôle judiciaire des droits constitutionnels des peuples autochtones se jouait dans cette possibilité.

La Cour a eu raison de rejeter la thèse d'une demande écrite de « tout ou rien » devant obéir à un principe de coïncidence parfaite avec son audition. En outre, il est vrai que l'approche « territoriale » de l'occupation historique dont l'établissement du titre ancestral dépend de la preuve devait s'inférer aisément des motifs majoritaires de l'arrêt *Delgamuukw*; la thèse d'un critère d'occupation intensive était improbable. Les motifs unanimes de la juge en chef contiennent aussi

221. *R c Sparrow*, *supra* note 97.

222. *R c Badger*, *supra* note 99.

223. *Grassy Narrows*, *supra* note 112.

certaines précisions utiles sur l'obligation de consultation, notamment sur la non-rétroactivité d'une reconnaissance de droits ancestraux. Enfin, ses motifs sont conformes à la jurisprudence relative aux sources matérielles du titre ancestral. D'autre part, ce serait une contribution des motifs de la juge en chef s'il s'avérait qu'ils introduisent bel et bien une obligation générale incombant à la Couronne de négocier les revendications sérieuses de titre ancestral, plutôt que de simplement rappeler son obligation de le faire de bonne foi, si elle veut bien s'y adonner. Mais une telle obligation ne pouvant être que difficilement justiciable, la valeur de cette possible contribution demeure peut-être symbolique.

En revanche, la juge en chef cultive une certaine confusion entre les conditions d'existence et les modes de preuve du titre ancestral. Il n'était ni nécessaire ni utile d'introduire un nouveau critère de « suffisance » de l'occupation historique, puisque celui-ci fait double emploi avec celui de son exclusivité. La fausse précision de la « territorialité » par laquelle doit s'entendre cette suffisance ne résout en rien l'ambiguïté qui baigne la question de la possibilité pratique que des Autochtones descendant d'un groupe nomade ou semi-nomade puissent se faire reconnaître un titre ancestral. Encore plus gênante est la mobilisation, non seulement inutile ni même uniquement incohérente, mais carrément rétrograde, de l'arrêt *Guerin*. Cette mobilisation se traduit par une nouvelle mécompréhension de la nature du titre ancestral, que la juge en chef focalise aveuglément sur la dimension de droit privé. Elle entraîne la perte du bénéfice de toutes les corrections, ajustements et élucidations qu'avait entre-temps apportés la jurisprudence, non seulement à l'égard de la nature du titre ancestral, mais aussi, notamment, relativement aux fonction et portée respectives de l'obligation de fiduciaire et du principe d'honneur de la Couronne. À l'invraisemblable réactivation d'une soi-disant obligation de fiduciaire tous azimuts vient s'ajouter une tentative échouée de reformulation opérante du test de justification de la restriction des droits constitutionnels des peuples autochtones. Cette reformulation inconséquente voulant d'ailleurs se rapprocher du test de justification de la restriction des droits et libertés garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*, c'est d'une manière inintelligible qu'elle se retrouve à vouloir introduire l'idée d'une obligation étatique de fiduciaire au standard constitutionnel mondial de proportionnalité. Et dans sa mobilisation du principe de proportionnalité, la juge en chef multiplie confusément

les sens de la nécessité. Au reste, le retour confus de l'obligation de fiduciaire rejaillit sur la théorisation de l'obligation de consultation.

C'est cependant en ce qu'elle concerne la résolution des conflits de compétences fédérativement réparties que, répondant ainsi à une tendance lourde, la motivation de l'arrêt *Tsilhqot'in* demeure la plus préoccupante. Ses erreurs sont à cet égard trop nombreuses et fondamentales pour être ici résumées.