

Les droits ancestraux des peuples autochtones n'ayant pas signé la Convention de la Baie-James : la thèse de l'extinction unilatérale à l'épreuve des droits fondamentaux

Ghislain Otis

Volume 51, Number 1, 2021

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1081836ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1081836ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Otis, G. (2021). Les droits ancestraux des peuples autochtones n'ayant pas signé la Convention de la Baie-James : la thèse de l'extinction unilatérale à l'épreuve des droits fondamentaux. *Revue générale de droit*, 51(1), 5–65.
<https://doi.org/10.7202/1081836ar>

Article abstract

Some indigenous peoples in Quebec who claim aboriginal rights in the territory governed by the James Bay and Northern Quebec Agreement are not signatories of the latter. However, the federal statute adopted in 1977 to approve and to give effect to the Agreement purports to extinguish the aboriginal land claims, rights and interests, not only of those of the Cree and the Inuit, who have signed and approved the Agreement, but of "all Indians and Inuit" in the territory. The author of this article examines whether this attempt to extinguish the aboriginal rights of non-signatories complies with the Canadian Bill of Rights. He concludes that the federal statute violates the Bill by unjustifiably depriving the members of non-signatory peoples of the right not to be subjected to racial discrimination in the enjoyment of their property.

ARTICLE

Les droits ancestraux des peuples autochtones n'ayant pas signé la Convention de la Baie-James : la thèse de l'extinction unilatérale à l'épreuve des droits fondamentaux

GHISLAIN OTIS*

RÉSUMÉ

Certains peuples autochtones du Québec revendiquent des droits ancestraux sur le territoire visé par la Convention de la Baie-James et du Nord québécois alors qu'ils ne sont pas signataires de cette dernière. Or, la loi adoptée par le Parlement du Canada en 1977 pour donner effet à la Convention prétend éteindre les droits et les revendications territoriaux de « tous les Indiens et de tous les Inuit » dans le territoire « conventionné », et non seulement ceux des Cris et des Inuit qui sont parties à la Convention. Dans cet article, l'auteur évalue la conformité de cette disposition extinctive avec la Déclaration canadienne des droits. Il conclut qu'elle viole la Déclaration en privant, de manière injustifiée, les membres des peuples non signataires du droit de ne pas faire l'objet de discrimination raciale dans la jouissance de leur bien.

MOTS-CLÉS :

Droits ancestraux, extinction unilatérale, Déclaration canadienne des droits.

ABSTRACT

Some indigenous peoples in Quebec who claim aboriginal rights in the territory governed by the James Bay and Northern Quebec Agreement are not signatories of the latter. However, the federal statute adopted in 1977 to approve and to give effect to the Agreement purports to extinguish the aboriginal land claims, rights and

* PhD, avocat et professeur à la Section de droit civil de l'Université d'Ottawa, titulaire de la Chaire de recherche du Canada sur la diversité juridique et les peuples autochtones. Les travaux dont est issu cet article ont bénéficié du soutien financier du Programme des chaires de recherche du Canada. L'auteur exprime sa gratitude aux évaluateurs anonymes dont les commentaires ont aidé à améliorer la version finale du texte. Il remercie aussi madame Florence Robert, étudiante de premier cycle en droit, pour son précieux travail de recherche.

interests, not only of those of the Cree and the Inuit, who have signed and approved the Agreement, but of "all Indians and Inuit" in the territory. The author of this article examines whether this attempt to extinguish the aboriginal rights of non-signatories complies with the Canadian Bill of Rights. He concludes that the federal statute violates the Bill by unjustifiably depriving the members of non-signatory peoples of the right not to be subjected to racial discrimination in the enjoyment of their property.

KEY-WORDS:

Aboriginal rights, unilateral extinguishment, Canadian Bill of Rights.

SOMMAIRE

Introduction.....	6
I. Concilier les volontés exprimées par le législateur : la sauvegarde des droits fondamentaux.....	12
II. Les conditions d'invocabilité de la <i>Déclaration canadienne des droits</i>	16
A. Une violation imputable à la loi fédérale.....	16
B. Des droits invocables par un individu.....	19
C. La jouissance d'un « bien ».....	24
D. Être bénéficiaire de la disposition antidiscriminatoire.....	29
III. Une dépossession discriminatoire.....	35
A. La non-discrimination : une exigence jumelée au respect des biens.....	35
B. Un traitement discriminatoire envers les autochtones.....	37
C. Une discrimination envers les individus appartenant aux nations non signataires.....	46
D. Une discrimination injustifiée.....	49
1. L'objectif poursuivi : la sécurité juridique pour le Québec et les signataires.....	52
2. L'extinction unilatérale : un moyen disproportionné.....	58
Conclusion.....	63

INTRODUCTION

Quarante-cinq ans se sont maintenant écoulés depuis le discours prononcé à l'Assemblée nationale du Québec, le 5 novembre 1975, par le député John Ciaccia, représentant spécial du premier ministre pour

la négociation de la *Convention de la Baie-James et du Nord québécois* [« Convention »]¹. Le gouvernement québécois présentait alors aux élus un accord complexe, fruit de deux ans de négociations intenses, aux termes duquel les parties autochtones — à savoir les Cris et les Inuit du Québec — renonçaient à leurs revendications et droits ancestraux relativement à la terre et aux ressources dans le Territoire². En échange, ils obtenaient les droits et les avantages prévus dans l'entente. Négociée dans la foulée d'un arrêt historique de la Cour suprême qui avait affirmé la persistance des droits ancestraux au Canada³, la Convention était alors un document moderne d'une portée sans précédent⁴. La Convention fut par la suite approuvée et mise en vigueur par la *Loi sur le règlement des revendications des autochtones de la Baie James et du Nord québécois*⁵, une loi du Parlement du Canada, entrée en vigueur en 1977 (« Loi de 1977 »)⁶.

Cette loi, tout comme la Convention, traite toutefois d'un sujet passé sous silence dans l'allocution de M. Ciaccia, à savoir le sort réservé aux droits ancestraux des peuples autochtones qui n'ont pas signé la Convention, mais dont les membres ont traditionnellement occupé et utilisé le Territoire « conventionné », et dont certaines communautés sont même établies sur celui-ci⁷. Il s'agit essentiellement des Innus, des Atikamekw Nehirowisiwok, des Anishnabeg et des Inuit du Labrador

1. *Convention de la Baie-James et du Nord québécois et conventions complémentaires*, Publications du Québec, Québec, 1998, en ligne : <www.aenq.org/fileadmin/user_upload/syndicats/z77/Stock/Francais/Documents/Conv_Baie_James/ConventionBaieJamesCompleet.pdf> [Convention].

2. Voir Convention, *supra* note 1, art 2.1. Le « Territoire » visé par la Convention correspond à la superficie des terres prévues dans les lois de 1898 et 1912 concernant la délimitation et l'agrandissement du territoire du Québec (voir *ibid*, art 1.16). Dans la présente étude, l'usage de la majuscule (Territoire) servira à désigner l'espace géographique visé par la Convention.

3. Voir *Calder et al c Colombie-Britannique (PG)*, 1973 CSC 4, [1973] RCS 313 [Calder].

4. Comme l'écrit la Cour suprême, « [l']importance et la complexité du texte distinguent notamment les traités modernes globaux, dont la Convention de la Baie-James et du Nord québécois a été le précurseur, des traités historiques conclus avec les peuples autochtones »; voir *Québec (PG) c Moses*, 2010 CSC 17 au para 7, [2010] 1 RCS 557 [Moses].

5. *Loi sur le règlement des revendications des autochtones de la Baie James et du Nord québécois*, SC 1976-77, c 32 [Loi de 1977].

6. Voir aussi la loi québécoise, *Loi approuvant la Convention de la Baie-James et du Nord Québécois*, LQ 1976, c 46.

7. La Première Nation Abitibiwinni, la Première Nation Anishnabeg du Lac Simon et la Première Nation Innu Matimekush-Lac John.

terre-neuvien⁸. Le Parlement fédéral a en effet inséré dans l'article 3 de sa loi une disposition se lisant comme suit :

(3) La présente loi éteint tous les revendications, droits, titres et intérêts autochtones, quels qu'ils soient, aux terres et dans les terres du Territoire, de tous les Indiens et de tous les Inuit, où qu'ils soient, mais rien dans la présente loi ne porte atteinte aux droits de telles personnes en tant que citoyens canadiens et celles-ci continuent de bénéficier des mêmes droits et avantages que tous les autres citoyens, et de ceux prévus dans la *Loi sur les Indiens*, telle qu'applicable, et dans toute autre loi qui les vise en tout temps⁹.

En mentionnant l'extinction des droits « de tous les Indiens et de tous les Inuit où qu'ils soient »¹⁰, la Loi de 1977 reprend les termes de la Convention¹¹ qui sont suffisamment larges pour viser même les autochtones autres que les Cris et les Inuit du Québec ayant des revendications de droits à l'égard du Territoire. De fait, Ottawa a ainsi formulé sa loi alors qu'il savait que des peuples tiers avaient de telles revendications, d'autant que les porte-paroles de certains de ces peuples ont fait de longues représentations devant les parlementaires étudiant le projet de loi, appelé projet de loi C-9. Cartes et témoignages détaillés d'ainés à l'appui, ils ont informé les élus fédéraux de leur lien ancestral au Territoire et exigé la sauvegarde de leurs revendications et droits à l'égard de celui-ci¹².

8. Nous ne traiterons, dans cet article, que des droits des autochtones vivant au Québec. Les Naskapis comptaient aussi parmi les non-signataires concernés, mais ils ont réglé leur revendication en signant, le 31 janvier 1978, la *Convention du Nord-Est québécois*, 1978, en ligne : Niganenakwemin <kopiwadan.ca/wp-content/uploads/2017/01/Convention-du-Nord-Est-québécois-1.pdf>.

9. Loi de 1977, *supra* note 5, art 3.

10. *Ibid.*

11. Voir Convention, *supra* note 1, art 2.6 : « La législation approuvant la Convention, la mettant en vigueur et la déclarant valide doit éteindre les droits, titres et intérêts autochtones, quels qu'ils soient, de tous les Indiens et de tous les Inuit aux terres et dans les terres du Territoire et les revendications, droits, titres et intérêts autochtones, quels qu'ils soient au Canada, des Inuit de Port Burwell ».

12. Voir, notamment, le témoignage présenté au nom des Atikamekw Nehirowisiwok et des Innus, Ottawa, Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent des Affaires indiennes et du développement du Nord canadien concernant : Bill C-9, Loi sur le règlement des revendications des autochtones de la Baie-James et du Nord québécois*, 30-2, n° 19 (1^{er} mars 1977) [Comité des Affaires indiennes]. Voir aussi le témoignage des Anishnabeg, *ibid*, n° 20 (3 mars 1977).

L'extinction législative des droits ancestraux des peuples autochtones était possible avant l'entrée en vigueur de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*¹³, à la condition que l'autorité extinctrice ait la compétence législative pour ce faire et qu'elle exprime de manière « claire et expresse » son intention de supprimer complètement et définitivement ces droits¹⁴. Il incombe toujours à la partie alléguant l'extinction unilatérale d'en faire la preuve¹⁵. Certains estiment que le paragraphe 3(3) de la Loi de 1977 exprime effectivement une intention « claire et expresse » de mettre fin aux droits de tous les autochtones à l'égard du Territoire, y compris ceux des peuples n'étant pas partie à la Convention et n'ayant donc pas consenti à cette extinction¹⁶.

Cependant, les représentants des peuples non signataires n'ont jamais admis la thèse de l'extinction unilatérale de leurs droits ancestraux aux termes de la Loi de 1977. Le bien-fondé juridique de cette thèse est d'ailleurs remis en cause dans des procédures judiciaires n'ayant pas abouti à ce jour. L'argumentaire étayant cette contestation s'appuie le plus souvent sur des documents constitutionnels historiques et sur l'honneur de la Couronne¹⁷. Sans aucunement minimiser l'importance et le bien-fondé de cet argumentaire, nous voulons, dans la présente étude, mettre au jour un fondement quasi constitutionnel à l'inopposabilité de la Loi de 1977 aux membres des peuples tiers, à

13. *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11, art 35 [Loi de 1982]. Le paragraphe 35(1) de cette loi se lit comme suit : « Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés ».

14. Voir, notamment, *Calder*, *supra* note 3 à la p 404 (juge Hall) : *R c Sparrow*, [1990] CSC 104, [1990] 1 RCS 1075 [*Sparrow*]; *R c Gladstone*, 1996 CSC 160, [1996] 2 RCS 723 au para 31 [*Gladstone*]; *Delgamuukw c Colombie-Britannique*, 1997 CSC 302, [1997] 3 RCS 1010 au para 180 [*Delgamuukw*].

15. Voir *Sparrow*, *supra* note 14 à la p 1099; *R c Sappier*; *R c Gray*, 2006 CSC 54 au para 57 [*Sappier*; *Gray*].

16. Voir, notamment, René Morin, « La Convention de la Baie-James et du Nord québécois et le développement du droit autochtone » dans Alain G Gagnon et Guy Rocher, dir, *Regards sur la Convention de la Baie-James et du Nord québécois*, Montréal, Québec Amérique, 2002, 39 à la p 40; Sébastien Grammond, *Terms of Coexistence, Indigenous Peoples and Canadian Law*, Toronto, Carswell, 2013 à la p 250. Grammond y souligne toutefois que la validité de la loi est contestée. Voir aussi Renée Dupuis, *Le statut juridique des peuples autochtones en droit canadien*, Toronto, Carswell, 1999 à la p 65. Dans *Québec (PG) c Lachapelle*, 2016 QCCS 3961, la Cour supérieure du Québec fait état de l'intention expressément formulée au paragraphe 3(3) et lui donne effet, tout en soulignant, toutefois, que la validité de la loi n'était pas contestée dans cette affaire.

17. Voir en particulier le *Décret sur la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest (R-U)*, reproduit dans LRC 1985, annexe II, n° 9 [Décret impérial de 1870].

savoir la violation de la *Déclaration canadienne des droits*¹⁸ (« Déclaration canadienne »).

Cette loi quasi constitutionnelle sur les droits et libertés, la première à s'appliquer dans le champ des compétences fédérales, est entrée en vigueur en 1960. Ainsi, même si la *Charte canadienne des droits et libertés* (« Charte canadienne »)¹⁹ n'existait pas au moment de la sanction royale de la Loi de 1977²⁰, certains droits fondamentaux étaient protégés par la Déclaration canadienne. La Cour suprême a rappelé la préséance de la Déclaration canadienne sur les autres lois du Parlement :

La *Déclaration canadienne des droits* est une loi fédérale qui rend inopérante toute loi fédérale incompatible avec les garanties qu'elle prévoit. Elle protège les droits qui existaient au moment de son entrée en vigueur en 1960. Si le législateur désire contourner les garanties prévues dans la *Déclaration canadienne des droits*, il doit le faire de manière explicite en déclarant que la loi en question s'applique malgré la *Déclaration canadienne des droits*²¹.

Une loi fédérale contraire à la Déclaration canadienne sera, en l'absence de disposition dérogatoire expresse²², déclarée inopérante et

18. *Déclaration canadienne des droits*, SC 1960, c 44 [Déclaration canadienne].

19. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11 [Charte canadienne].

20. La Charte canadienne, *ibid*, n'a pas d'effet rétroactif de sorte qu'elle ne peut être appliquée à un acte qui est censé avoir produit ses effets avant son entrée en vigueur, comme ce serait le cas de l'extinction des droits des non-signataires. Dans *R c Stevens*, 1988 CSC 44, [1988] 1 RCS 1153 au paragraphe 4, la Cour suprême a déclaré qu'« on applique la loi en vigueur au moment de l'acte qu'on allègue être en contravention avec un droit ou une liberté garantis par la Charte ».

21. *Authorson c Canada* (PG), 2003 CSC 39 au para 10, [2003] 2 RCS 40 au para 10 [Authorson]. Voir aussi *ibid* au para 32; *Singh c Ministère de l'Emploi et de l'Immigration*, 1985 CSC 65, [1985] 1 RCS 177 au paragraphe 81, opinion du juge Beetz. Le caractère quasi constitutionnel de la Déclaration canadienne a été affirmé dès 1970 par la Cour suprême dans l'affaire *R c Drybones*, 1969 CSC 1, [1970] RCS 282 [Drybones]. Le juge Ritchie y écrit ce qui suit au nom de la majorité :

Il me semble qu'il faut donner à ces mots un sens plus réaliste; à mon avis, ils indiquent très clairement que l'art 2 veut dire, et signifie effectivement que, si une loi du Canada ne peut être « raisonnablement interprétée et appliquée » sans supprimer, restreindre ou enfreindre un des droits ou libertés reconnus et proclamés dans la Déclaration, une telle loi est inopérante « à moins qu'une loi du Parlement du Canada ne déclare expressément qu'elle s'appliquera nonobstant la *Déclaration canadienne des droits* » (à la p 294).

22. Une telle clause est exigée par l'article 2 de la Déclaration canadienne, *supra* note 18, qui se lit comme suit :

Toute loi du Canada, à moins qu'une loi du Parlement du Canada ne déclare expressément qu'elle s'appliquera nonobstant la *Déclaration canadienne des droits*, doit s'interpréter et

donc sans effet dans la mesure de son incompatibilité avec cette déclaration. Comme l'a souligné la Cour d'appel du Québec, « depuis l'adoption de la Charte canadienne en 1982, les tribunaux n'ont pas hésité à utiliser la Déclaration canadienne pour déclarer inopérante toute disposition législative du Parlement canadien qui y serait contraire »²³.

Or, la Déclaration canadienne protège le droit de tout individu, quelles que soient sa race et son origine nationale, à la jouissance de ses biens. Les dispositions pertinentes se lisent comme suit :

1. Il est par les présentes reconnu et déclaré que les droits de l'Homme et les libertés fondamentales ci-après énoncés ont existé et continueront à exister pour tout individu au Canada quels que soient sa race, son origine nationale, sa couleur, sa religion ou son sexe :

a) Le droit de l'individu à la vie, à la liberté, à la sécurité de la personne ainsi qu'à la jouissance de ses biens, et le droit de ne s'en voir privé que par l'application régulière de la loi²⁴.

La version anglaise du paragraphe introductif de l'article premier affirme que les droits fondamentaux existent « *without discrimination by reason of race, national origin [...]* »²⁵.

Nous nous attacherons à démontrer, dans les pages qui suivent, que l'extinction unilatérale des droits ancestraux, selon les modalités particulières prévues dans la Loi de 1977 et la Convention, constituerait une violation du droit des autochtones appartenant aux peuples tiers de ne pas être dépossédés, de manière discriminatoire, de leurs droits relatifs à la terre et aux ressources dans le Territoire. Nous traiterons d'abord des questions d'interprétation que soulève la formulation du paragraphe 3(3) de la Loi de 1977, soulignant qu'il ne ressort pas de cette disposition une intention claire d'éteindre les droits des non-signataires lorsque cette extinction violerait leurs droits fondamentaux (partie 1). Nous montrerons ensuite que les individus membres des peuples autochtones non signataires satisfont les conditions d'invocabilité de la Déclaration canadienne (partie 2). Enfin, nous ferons valoir que l'extinction unilatérale des droits ancestraux des non-signataires, prévue

s'appliquer de manière à ne pas supprimer, restreindre ou enfreindre l'un quelconque des droits ou des libertés reconnus et déclarés aux présentes, ni à en autoriser la suppression, la diminution ou la transgression [...].

23. *Air Canada c Canada (PG)*, 2003 CanLII 32929 (QC CA) au para 43, [2003] RJQ (CA) 322.

24. Déclaration canadienne, *supra* note 18, art 1.

25. *Ibid.*

par la loi, constituerait une discrimination raciale injustifiée et donc contraire à la Déclaration canadienne (partie 3).

I. CONCILIER LES VOLONTÉS EXPRIMÉES PAR LE LÉGISLATEUR : LA SAUVEGARDE DES DROITS FONDAMENTAUX

La complexité de la structure du paragraphe 3(3) de la Loi de 1977 et la volonté qu'y exprime le législateur ressortent à la première lecture. Le Parlement manifeste en effet deux intentions : une intention extinctrice de droits et une intention protectrice de droits²⁶. Après la formule d'extinction, le législateur a inséré une disposition de sauvegarde précisant ce qui suit :

[M]ais rien dans la présente loi ne porte atteinte aux droits de telles personnes en tant que citoyens canadiens et celles-ci continuent de bénéficier des mêmes droits et avantages que tous les autres citoyens²⁷.

À première vue, et dans l'abstrait, le dessein du Parlement paraît limpide : on entend supprimer les droits ancestraux de tous les autochtones concernés sur la terre et les ressources, mais pas les droits dont ils jouissent à l'instar de tous les autres citoyens. Après tout, ces deux catégories de droits sont fort différentes. Les droits ancestraux sont des droits de groupe *sui generis* d'origine précoloniale, reconnus aux autochtones en tant que nations distinctives, alors que les droits universels individuels bénéficient à tous et à toutes sans égard à l'appartenance ethnoculturelle. Ainsi, on peut comprendre que l'extinction de droits ancestraux sur la terre et les ressources peut opérer sans toucher le droit qu'ont, comme les autres citoyens, les individus autochtones de voter aux élections provinciales ou fédérales, ou de se prévaloir des droits sociaux et économiques que les lois offrent à tous.

Le tableau s'embrouillera toutefois s'il s'avère que les modalités et les conditions particulières de l'extinction envisagée sont *elles-mêmes* contraires aux droits fondamentaux universels dont jouissent, par ailleurs, les autochtones non signataires, notamment le droit de ne pas

26. Comme l'écrit la Cour d'appel fédérale, « [l']objet principal du paragraphe 3(3) n'est pas seulement l'extinction de droits, mais aussi le maintien de droits » (*Administration régionale crie c Canada*, [1991] 3 CF 533 au para 31 [*Robinson*]).

27. Loi de 1977, *supra* note 5, art 3(3).

faire l'objet de discrimination aux termes de la Déclaration canadienne. En effet, au paragraphe 3(3) de la Loi de 1977, le Parlement ne dit pas que les personnes autochtones visées continuent à jouir de leurs droits universels, « sous réserve » de l'extinction de leurs droits ancestraux. Il n'affirme pas non plus que les droits ancestraux sont éteints, « nonobstant » les droits d'application générale dont jouissent les personnes autochtones à titre de citoyens. La loi énonce l'extinction des droits ancestraux des non-signataires, tout en précisant ne pas vouloir violer les droits fondamentaux universels des personnes concernées.

On voit alors que le paragraphe 3(3) de la Loi de 1977 ne peut être considéré comme exprimant une intention claire et expresse d'éteindre les droits ancestraux sans égard aux droits fondamentaux que la Déclaration canadienne reconnaît aux autochtones en tant que citoyens canadiens. Loin de déroger à cette déclaration, la disposition de sauvegarde des droits, formulée dans ce paragraphe, en réaffirme en quelque sorte l'importance. Elle fixe une limite aux effets extinctifs de la loi, limite qui réside dans le respect des droits universels des autochtones, dont ceux protégés par la Déclaration canadienne. Dès lors, l'extinction prévue par la loi n'opérerait pas s'il s'avérait qu'elle doive se faire au prix de la violation des droits fondamentaux des autochtones non signataires.

Il se peut que les légistes fédéraux n'aient pas envisagé que la loi puisse violer la Déclaration canadienne. Or, la validité juridique de ce postulat n'a pas, à ce jour, été confirmée par les tribunaux. Ces derniers pourront être amenés à se prononcer même si des décennies se sont écoulées depuis l'entrée en vigueur de la loi. En effet, la question de savoir si une loi exprime une intention manifeste de supprimer les droits ancestraux peut se poser aujourd'hui relativement à des lois très anciennes²⁸. Les tribunaux doivent trancher si les autochtones prouvent l'existence de leurs droits ancestraux et qu'une partie intéressée allègue et tente de démontrer que ces droits ont été valablement éteints par une loi.

On notera, par ailleurs, que les non-signataires n'auraient pas pu se prévaloir de la disposition de sauvegarde du paragraphe 3(3) si le Parlement avait simplement transposé, dans sa loi, les termes exacts de l'article pertinent de la Convention, qui se lit comme suit :

28. Pour ne donner qu'un exemple, la Cour suprême a dû, dans une affaire, se demander, notamment, si des lois préconfédératives avaient éteint des droits ancestraux au Nouveau-Brunswick (voir *Sappier; Gray*, *supra* note 15 aux para 56–61).

2.11. Rien dans la Convention ne porte atteinte aux droits des autochtones en tant que citoyens canadiens du Québec, et ceux-ci continuent de bénéficier des mêmes droits et avantages que tous les autres citoyens [...] [nos soulignements]²⁹.

Le terme « autochtones » désigne, en vertu de l'article 1.12 de la Convention, « les Cris et les Inuit »³⁰. De même, selon l'article 1.13, le terme « autochtone » renvoie à « un Cri ou un Inuk »³¹.

Si le Parlement s'était contenté de reproduire le *verbatim* de l'article 2.11 de la Convention, il n'aurait pas accordé expressément aux autochtones non signataires la possibilité d'invoquer le maintien continu de leurs droits universels. Toutefois, contrairement à l'article 2.11 de la Convention, le paragraphe 3(3) de la loi fédérale offre une protection qui s'étend explicitement aux personnes appartenant aux peuples non signataires. Il est clair, en effet, que les termes « telles personnes », qui désignent les bénéficiaires de la protection, réfèrent à « tous les Indiens et tous les Inuit ». Le Parlement exprime donc une intention protectrice plus forte et plus large que ce qui est prévu dans la Convention, en faisant bénéficier de la disposition de sauvegarde les personnes autochtones autres que les Cris et les Inuit.

Le Parlement n'ignorait pas le contenu de la Convention, y compris la définition du mot « autochtone » insérée dans celle-ci, qui a été minutieusement négociée. Il savait aussi que les termes « tous les Indiens et Inuit », également utilisés dans la Convention, étaient de portée bien plus ample. Il faut présumer que c'est donc en connaissance de cause qu'il a fait le choix des mots qui se retrouvent dans la loi. Cet élément contextuel vient renforcer l'idée que le Parlement n'a pas voulu que l'extinction des droits ancestraux se fasse au détriment des droits fondamentaux dont jouissent les personnes appartenant aux peuples non signataires, à l'instar de l'ensemble de leurs concitoyens.

Il ne faudrait toutefois pas penser que la disposition de sauvegarde du paragraphe 3(3) était juridiquement nécessaire pour rendre la Déclaration canadienne invocable par les autochtones non signataires. Les droits et libertés qu'elle protège peuvent être invoqués à l'encontre de la Loi de 1977, même en présence d'une intention claire et expresse

29. Convention, *supra* note 1, art 2.11.

30. *Ibid*, art 1.12.

31. *Ibid*, art 1.13.

d'éteindre les droits ancestraux, en vue de faire déclarer cette intention inopérante. En effet, une telle intention ne peut neutraliser la Déclaration canadienne, qui jouit de la préséance que lui a très formellement conférée le Parlement lui-même en prescrivant un mécanisme précis de dérogation. Il y a, certes, l'article 8 de la Loi de 1977, qui dispose qu'« en cas de conflit ou d'incompatibilité, la présente loi l'emporte sur toute autre loi qui s'applique au Territoire dans la mesure nécessaire pour résoudre le conflit ou l'incompatibilité ». Mais le législateur savait que, s'il voulait faire prévaloir sa loi, dont la disposition d'extinction des droits ancestraux, sur les droits et libertés protégés par la Déclaration canadienne, il devait le faire conformément à l'article 2 de celle-ci, qui exige l'insertion dans la loi d'une disposition énonçant *expressément* que cette dernière « s'appliquera nonobstant la *Déclaration canadienne des droits* »³². Alors qu'il s'attachait justement à déterminer le statut hiérarchique de sa loi par l'entremise de l'article 8, le Parlement a omis de recourir au mécanisme législatif prescrit par la Déclaration canadienne, qui lui aurait permis de supplanter les droits qu'elle protège. Il ne s'agit pas d'un simple détail technique, car la Cour suprême ne tolère aucune exception à l'obligation de se conformer rigoureusement à la procédure de dérogation imposée par un instrument quasi constitutionnel de protection des droits et libertés³³.

Si l'intention législative d'éteindre unilatéralement les droits s'avère en contradiction avec les droits quasi constitutionnels des personnes visées, le simple passage du temps n'a pu rendre opérante une loi

32. Déclaration canadienne, *supra* note 18, art 2. La version anglaise de l'article 2 est tout aussi univoque que la version française, puisqu'il y est écrit que la loi est subordonnée à la Déclaration canadienne « *unless it is expressly declared by an Act of the Parliament of Canada that it shall operate notwithstanding the Canadian Bill of Rights* ».

33. Dans *Tranchemontagne c Ontario (Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées)*, 2006 CSC 14, [2006] 1 RCS 51 au paragraphe 38, la Cour affirme ce qui suit au sujet de la disposition consacrant le statut quasi constitutionnel du *Code ontarien des droits de la personne* : Cette disposition prévoit non seulement que le Code prime sur les autres textes législatifs, mais aussi que cette primauté s'applique « à moins que [l'autre] loi ou [...] règlement visé ne précise expressément qu'il s'applique malgré la présente loi » [le Code]. Ainsi, le législateur a réfléchi à la question des conflits entre le Code et d'autres textes de loi, a déclaré que le Code prévaut en règle générale et a élaboré des instructions sur la façon d'éviter l'application de la primauté du Code. Étant donné qu'il n'a pas suivi la procédure qu'il a déclarée obligatoire pour passer outre à la primauté du Code, la Cour n'est pas en mesure de déduire qu'il avait l'intention de le faire ou qu'il a failli le faire. Cela est d'autant plus vrai que cette déduction aurait pour conséquence de restreindre l'application des règles de droit en matière de droits de la personne » [les soulignements sont dans l'original].

privée d'effet par la Déclaration canadienne dès le moment où le conflit de normes s'est cristallisé³⁴.

II. LES CONDITIONS D'INVOCABILITÉ DE LA DÉCLARATION CANADIENNE DES DROITS

La violation de la Déclaration canadienne pourra être soulevée en pratique par les autochtones non signataires à l'occasion d'un litige où ils allégueraient détenir un droit ancestral sur le Territoire visé par la Convention. Ce n'est en effet qu'à ce moment que pourrait être tranchée la question de l'extinction ou non de ce droit ancestral par la Loi de 1977. Le droit en question pourra être soit de la nature d'un titre foncier exclusif, soit de celle d'un droit non exclusif d'usage de la terre et de prélèvement de ressources³⁵.

Les personnes appartenant aux peuples non signataires devront aussi satisfaire aux conditions d'accès aux dispositions de la Déclaration canadienne qui sont pertinentes à leur recours. Il s'agira des articles qui délimitent le champ d'application de cette déclaration (art 2) et des dispositions sur lesquelles repose la prétention de privation discriminatoire de leurs droits sur la terre et les ressources (art 1 introductif et al 1a)). L'invocabilité de ces dispositions par les personnes concernées devra être établie préalablement à la preuve de leur violation.

A. Une violation imputable à la loi fédérale

Le premier jalon du parcours consistera à vérifier si les instruments en cause, à savoir la Loi de 1977 et les dispositions afférentes de la Convention, relèvent du domaine général d'application de la Déclaration canadienne. Le paragraphe introductif de l'article 2 de celle-ci énonce que « [t]oute loi du Canada »³⁶ doit « s'interpréter et s'appliquer

34. La Cour suprême a jugé que les règles de prescription ne font pas obstacle à la contestation constitutionnelle d'une loi. Voir, notamment, *Manitoba Metis Federation Inc c Canada (PG)*, 2013 CSC 14, aux para 133-139, [2013] 1 RCS 623. Le raisonnement sur ce point précis est transposable à un recours visant à faire constater le caractère inopérant d'une loi rendue inopérante par un instrument quasi constitutionnel.

35. Dans l'arrêt *Nation Tsilhqot'in c Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 RCS 256 [*Tsilhqot'in*], la Cour suprême écrit au paragraphe 47 : « [L]'utilisation régulière, mais non exclusive, peut donner naissance à des droits ancestraux usufruitaires; en ce qui concerne le titre ancestral, l'utilisation doit avoir été exclusive ».

36. Déclaration canadienne, *supra* note 18, art 2.

de manière à ne pas supprimer, restreindre ou enfreindre l'un quelconque des droits ou des libertés reconnus et déclarés aux présentes »³⁷. Sans que cela soit nécessaire, le législateur précise au paragraphe 5(3) de la Loi de 1977 que la Déclaration canadienne doit s'interpréter comme ne visant que les matières qui sont de la compétence fédérale. La Loi de 1977 est incontestablement une loi du Canada. Elle est toutefois étroitement articulée à un instrument, à savoir la Convention, qui est une entente préalablement négociée par l'exécutif fédéral, le Québec et les représentants des autochtones signataires.

La contestation par les non-signataires des modalités et des conditions de l'extinction unilatérale de leurs droits pour violation de la Déclaration canadienne visera-t-elle une mesure législative imputable au Parlement du Canada ou visera-t-elle plutôt la Convention, qui est une entente entre deux paliers de gouvernement et des peuples autochtones³⁸? Il ne fait pas de doute que c'est dans le paragraphe 3(3) de la loi elle-même que l'on trouve les dispositions au cœur de la contestation et sans lesquelles l'extinction des droits des personnes autres que celles qui sont parties à la Convention ne pourrait s'opérer. En outre, l'octroi aux personnes bénéficiaires de la Convention des droits et des avantages qui y sont prévus est aussi expressément formulé au paragraphe 3(2) de la loi. Cependant, certaines dispositions problématiques du point de vue des non-signataires pourront, comme nous le verrons plus loin, se retrouver dans la Convention sans être reprises mot à mot dans le corps même de la loi, ce qui soulève la question de savoir si ces dispositions peuvent être attaquées au titre d'« une loi du Canada » au sens de la Déclaration canadienne.

En fait, lorsqu'on examine les textes et le contexte, il n'est pas possible de dissocier de manière étanche la Convention et la Loi de 1977 dont l'adoption était jugée nécessaire juridiquement, notamment pour donner un effet *erga omnes* aux termes de l'entente négociée par les parties. En effet, la loi approuve, met en vigueur et déclare valide la Convention en droit fédéral (para 3(1)). La Cour fédérale d'appel a affirmé « le caractère législatif plutôt que purement contractuel de la Convention »³⁹. Après avoir passé en revue les dispositions de la

37. *Ibid.*

38. Voir *Moses*, *supra* note 4 au para 7.

39. *Robinson*, *supra* note 26 au para 23. La Cour suprême a refusé la demande de pourvoi en appel (voir *Cree Regional Authority v Robinson*, [1991] SCCA No 264).

Convention relatives à la nécessité d'une législation fédérale, la déclarant valide et la mettant en vigueur, la Cour conclut que :

Lorsque, dans cette optique de la Convention, nous nous penchons alors sur la Loi fédérale, il devient évident que l'intention du législateur était non pas d'englober la Convention comme partie de la loi au sens étroit, mais de façon plus étendue de lui donner son caractère, son effet et sa validité en tant que loi⁴⁰.

Des pouvoirs prévus par les dispositions de la Convention en matière d'évaluation environnementale ont donc été considérés comme découlant de la loi fédérale aux fins de la compétence de la Cour fédérale. Il faudra conclure, de la même manière, qu'une disposition de la Convention contestée pour violation de la Déclaration canadienne, disposition à laquelle la loi donne valeur législative, fait partie du *corpus* législatif fédéral aux fins de celle-ci, dès lors que la disposition en question se rapporte à une matière de compétence fédérale⁴¹.

À cet égard, les aspects de la loi et de la convention contestables par les non-signataires sont effectivement du ressort de la compétence législative du Parlement en vertu du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁴². Certes, la mise en œuvre de la Convention est une responsabilité partagée en vertu du fédéralisme, certains chapitres de celle-ci intéressant davantage la province⁴³. Toutefois, les conditions, la procédure et les modalités d'extinction des droits ancestraux sont des matières qui relèvent de la compétence législative fédérale⁴⁴.

Le recours des non-signataires tombera dès lors dans le champ d'application de la Déclaration canadienne en ce qui concerne l'action gouvernementale contestée.

40. *Robinson*, *supra* note 26 au para 29. Le raisonnement de la cour a été approuvé par la Cour suprême dans *Colombie-Britannique (PG) c Ontario (PG)*, *Acte concernant le chemin de fer de l'Île de Vancouver (Re)*, 1994 CSC 81, [1994] 2 RCS 41 à la p 110.

41. Ce qui n'empêchera pas d'interpréter la loi comme relayant l'intention des parties à la Convention (voir *Bande d'Eastmain c Robinson*, [1993] 1 CF 501 aux para 24-26).

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

43. Voir en particulier les chapitres 12 à 21 de la Convention, *supra* note 1.

44. Dans *R c Howard*, 1994 CSC 86, [1994] 2 RCS 299, la Cour suprême rappelle, à la page 308, que « le processus de cession des terres par traité relève au Canada de l'autorité fédérale ». Dans *Delgamuukw*, *supra* note 14 au para 180, la Cour a établi que seul le Parlement fédéral peut éteindre les droits ancestraux des peuples autochtones.

B. Des droits invocables par un individu

Les droits ancestraux sont des droits de groupe⁴⁵. Un individu ne peut en jouir qu'en raison de son lien avec un groupe titulaire des droits et conformément aux règles du groupe. Or l'alinéa introductif de l'article premier de la Déclaration canadienne affirme que les droits et libertés fondamentaux continuent à exister « pour tout individu au Canada quels que soient sa race, son origine nationale, sa couleur, sa religion ou son sexe » [nos soulignements]⁴⁶. De même, l'alinéa 1(a) protège « le droit de l'individu à la vie, à la liberté, à la sécurité de la personne ainsi qu'à la jouissance de ses biens [...] » [nos soulignements]⁴⁷. La question se posera de savoir si l'extinction unilatérale des droits ancestraux des peuples non signataires aurait une incidence sur des intérêts ou des droits individuels au sens de la Déclaration canadienne.

Un examen attentif du régime des droits ancestraux montre que ce serait une erreur de postuler une antinomie fondamentale entre la tenure du groupe et l'existence d'intérêts ou de droits individuels, et donc de nier en toute circonstance aux individus membres des peuples non signataires la protection offerte par la Déclaration canadienne. Le fait que la tenure est imputée au groupe signifie que ce sont les règles de ce dernier qui régiront l'occupation et l'usage des terres par ses membres⁴⁸. Autrement dit, la dévolution du titre ou d'un droit ancestral au groupe ne veut pas dire que les individus autochtones ne peuvent jouir de droits qui leur sont propres sur la terre et les ressources, mais plutôt que ces droits ou intérêts individuels découlent, le cas échéant, du régime foncier propre au groupe autochtone et non de la loi sur le domaine public ou du droit commun des biens. La reconnaissance des droits ancestraux par la common law fait que le droit canadien admet deux catégories de droits sur la terre et les

45. Voir, notamment, *Delgamuukw*, *supra* note 14 au para 115; *Terre-Neuve-et-Labrador (PG) c Uashaunnuat (Innus de Uashat et de Mani-Utenam)*, 2020 CSC 4 au para 30 [*Uashaunnuat*].

46. Déclaration canadienne, *supra* note 18, art 1. Le libellé de la Déclaration canadienne est à cet égard plus limitatif que celui de l'article 6 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ c C-12 [Charte québécoise], qui protège « toute personne » contre une atteinte à la libre jouissance de son bien.

47. Déclaration canadienne, *supra* note 18, art 1(a). La Cour fédérale a conséquemment refusé aux personnes morales le bénéfice des dispositions de la Déclaration canadienne; voir, notamment, *Canada (AG) v Central Cartage Co (CA)*, [1990] 2 FC 641; *New Brunswick Broadcasting Co v Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission*, [1984] 2 FC 410.

48. Dans *R c Bernard*, 2017 NBCA 48 au para 58, la Cour affirme que « la nature des droits collectifs implique que la collectivité réglemente ou autorise l'exercice approprié de ces droits par ses membres pris individuellement ».

ressources : (1) ceux détenus par des groupes et des individus autochtones dans le cadre des systèmes fonciers autochtones régissant l'exercice des droits ancestraux, et (2) ceux détenus par toute personne aux termes de la loi ou d'une concession de la Couronne.

Le droit relatif aux droits des autochtones sur la terre admet d'emblée que la tenure de la collectivité peut s'accompagner de droits ou de titres individualisés en matière d'occupation et d'usage de la terre. La *Loi sur les Indiens*⁴⁹ comporte un régime d'octroi de certificats individuels de possession, lesquels sont transmissibles au sein de la bande⁵⁰. Des droits individuels constitués selon la coutume sont aussi admis⁵¹. Or, la Cour suprême estime que « les droits des autochtones sur les terres des réserves et leurs droits sur les terres détenues en vertu d'un titre aborigène sont régis par les mêmes principes juridiques »⁵², de sorte que les droits ancestraux sont généralement de même nature que les droits d'une bande sur une réserve. La capacité du groupe d'attribuer à ses membres des droits particuliers d'occupation ou de prélèvement dans le cadre du régime organisant la tenure ancestrale sera donc reconnue. C'est d'ailleurs l'hypothèse que formule la Cour suprême qui a répondu ce qui suit à la prétention selon laquelle la tenure du groupe fait invariablement obstacle à la revendication d'un droit particulier par un individu :

[...]. Il est vrai que les droits ancestraux et issus de traités sont, de par leur nature, des droits collectifs [...]. Toutefois, certains droits, bien que la collectivité autochtone en soit titulaire, sont néanmoins exercés par des membres à titre individuel ou attribués à ceux-ci. De tels droits peuvent par conséquent posséder des attributs à la fois collectifs et individuels. Il est possible que des membres de la collectivité possèdent à titre individuel un intérêt acquis dans la protection de ces droits. Comme certains intervenants l'ont fait valoir, il se peut fort bien que, lorsque les circonstances s'y prêtent, des membres d'une collectivité puissent être en mesure d'invoquer à titre individuel certains droits ancestraux ou issus de traités.

[...]

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

50. Voir *ibid*, arts 20–29.

51. Voir par ex *Crowchild c Nation Tsuu T'ina*, 2017 CF 861; *Frank c Tribu des Gens-du-Sang*, 2018 CF 1016.

52. *Guérin c La Reine*, [1984] 2 RCS 335 à la p 379 [Guérin]. Voir aussi *Delgamuukw*, *supra* note 14 aux para 120–121.

[...]. Il suffit de reconnaître qu'en dépit de l'importance cruciale que revêt l'aspect collectif des droits ancestraux et issus de traités, des droits peuvent parfois être attribués à des membres des collectivités autochtones ou exercés par eux sur une base individuelle, ou encore être créés en leur faveur. On pourrait affirmer, de façon générale, que ces droits leur appartiendraient peut-être ou qu'ils comporteraient un aspect individuel malgré leur nature collective. Il ne convient pas d'en dire davantage pour l'instant⁵³.

S'appuyant sur *Behn*, la Cour d'appel de l'Ontario a établi qu'un individu pourra, dans certains cas, jouir d'intérêts découlant d'un droit ancestral, qui seront suffisamment individualisés pour qu'il puisse les revendiquer en justice à titre personnel⁵⁴. La capacité d'agir de l'individu n'exclut pas, bien sûr, la participation du groupe au litige en qualité d'intervenant ou de mis en cause, et on peut d'emblée s'attendre à une étroite collaboration entre les groupes non signataires et leurs membres lorsqu'il sera question de contester la Loi de 1977 sur le fondement de la Déclaration canadienne⁵⁵.

La tendance jurisprudentielle observable au Canada rejoint la position de la High Court de l'Australie, qui reconnaît l'existence d'intérêts et de droits individuels dans le cadre du régime des droits ancestraux, et donc la qualité pour agir en justice de sous-groupes ou d'individus pour faire respecter leurs droits et intérêts dérivés de la tenure de groupe. Selon la haute juridiction : « [t]hose rights and interests are, so

53. *Behn c Moulton Contracting Ltd*, 2013 CSC 26 aux para 33, 35, [2013] 2 RCS 227 [*Behn*].

54. Voir *Beaver v Hill*, 2018 ONCA 816. Dans cette affaire, monsieur Hill alléguait avoir le droit que son conflit matrimonial soit traité par une instance autochtone coutumière. La Cour écrit, au paragraphe 39, que :

Consistent with LeBel J.'s observations in Behn, some Aboriginal and treaty rights might be capable of being asserted by an individual. The claim Mr. Hill makes could fall into that category, depending on how the evidence unfolds.

Elle ajoute ce qui suit au para 65 :

If Mr. Hill's factual assertions about the existence of Haudenosaunee laws and protocols are true, and if he can prove they do qualify as Aboriginal rights under s 35 of the Constitution Act, 1982, then I see no way for him to obtain access to the alleged Aboriginal family dispute resolution system to which he claims entitlement other than by the means he has pursued in this case.

55. Pour une discussion sur l'articulation des initiatives individuelles et collectives en matière de revendication judiciaire de droits ancestraux et issus de traités, voir Francesca Allodi-Ross, « Who Calls the Shots? Balancing Individual and Collective Interests in the Assertion of Aboriginal and Treaty Harvesting Rights » dans John Borrows et Michael Coyle, dir, *The Right Relationship, Re-Imagining the Implementation of Historical Treaties*, Toronto, University of Toronto Press, 2017, 149.

to speak, carved out of the communal native title. A sub-group or individual asserting a native title dependent on a communal native title has a sufficient interest to sue to enforce or protect the communal title»⁵⁶. En Nouvelle-Zélande, la dimension individuelle des droits ancestraux est explicitement admise dans les termes mêmes du *Traité de Waitangi*⁵⁷.

De son côté, la Cour interaméricaine des droits de l'Homme (CIDH) a établi que la protection du droit de propriété dans le cadre de la *Convention américaine relative aux droits de l'Homme*⁵⁸ s'étend aux «droits des membres des communautés autochtones découlant de la propriété collective»⁵⁹.

La constitution d'intérêts individualisés adossés à la tenure du groupe correspond d'ailleurs à la manière dont plusieurs peuples gèrent leur territoire traditionnel. Par exemple, la communauté innue de Mashteuiatsh a adopté, en s'autorisant expressément de ses droits ancestraux aux termes de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, un code régissant l'occupation de son territoire traditionnel par ses membres (les Pekuakamiulnuatsh) aux fins de l'exercice de leurs activités ancestrales de prélèvement⁶⁰. Le code instaure, notamment, un

56. *Mabo v Queensland (No 2)*, [1992] 107 ALR 1 au para 69 des motifs du juge Brennan auxquels souscrivent les juges Mason et McHugh. Voir aussi les motifs des juges Deane et Gaudron (*ibid* aux para 20 et 74-76). Ces derniers déclarent, dans leur dispositif, que «*the entitlement of particular Island families or individuals with respect to particular land under that common law communal title falls to be determined by reference to traditional law or custom*». Le législateur australien confirme la possibilité d'intérêts individuels dans le *Native Title Act 1993* (Cth), 1993/43, dont l'article 223 énonce que : «*(1) The expression "native title" or "native title rights and interests" means the communal, group or individual rights and interests of Aboriginal peoples or Torres Strait Islanders in relation to land or waters [...]*».

57. *Traité de Waitangi; 1840* (N-Z), en ligne : <www.treatyofwaitangi.maori.nz>. L'article deuxième du traité édicte ce qui suit :

Her Majesty the Queen of England confirms and guarantees to the Chiefs and Tribes of New Zealand and to the respective families and individuals thereof the full exclusive and undisturbed possession of their Lands and Estates Forests Fisheries and other properties which they may collectively or individually possess so long as it is their wish and desire to retain the same in their possession [...].

58. *Convention américaine relative aux droits de l'Homme: Pacte de San José de Costa Rica*, 22 novembre 1969, 1144 RTNU 123 [Convention américaine].

59. *Comunidad Mayagna (Sumo) Awast'ingni c Nicaragua* (2001), Inter-am Ct HR (ser C) n° 79 au para 148 (notre traduction) [*Comunidad Mayagna*]. Une auteure a toutefois mis en lumière le fait qu'à ce jour, la Cour et la Commission interaméricaines ne se sont guère penchées sur la nature et la portée des droits individuels et familiaux subsidiaires reconnus par les ordres juridiques autochtones. Voir Doris Farget, «Le droit collectif de propriété sur les territoires ancestraux : un collectif abstrait; des entités intermédiaires effacées» (2016) 29 RISJ 135.

60. Voir *Code d'occupation et d'utilisation de Tshitassinu*, n° 2017-01 (2017), en ligne : <www.mashteuiatsh.ca/images/stories/bureau/pdf/201701CodeOccupationUtilisationTshitassinu.pdf>.

mécanisme de délivrance aux individus membres de la communauté de certificats d'occupation permanente de camps dont l'individu est propriétaire⁶¹. Ces droits sont eux-mêmes transmissibles à d'autres individus au sein de la communauté, sous réserve des conditions fixées par le code⁶². D'autres peuples appliquent leurs règles coutumières pour reconnaître à des individus, parfois à titre de chef de famille, des droits d'occupation et d'usage du territoire ancestral⁶³. Dans pratiquement tous les cas, les droits s'accompagnent de responsabilités et d'obligations liées, notamment, au respect du territoire.

Dès lors qu'existent des droits ou des intérêts individuels découlant du régime foncier autochtone, il ne saurait être question de leur nier toute protection sous l'empire de la Déclaration canadienne pour le seul motif qu'ils ne découlent pas de la loi d'application générale. Ces droits ressortissant aux droits ancestraux étaient en effet reconnus par la common law en 1977 et sont aujourd'hui protégés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Les exclure du champ d'application de la Déclaration canadienne reviendrait à affirmer l'infériorité juridique inhérente des droits détenus par les individus et les familles autochtones du Canada sur le fondement de leur tradition juridique distinctive.

La protection quasi constitutionnelle des droits ou intérêts individuels pourra avoir pour effet incident le maintien du régime foncier autochtone dont ils sont issus. Il n'y aura là rien de juridiquement problématique puisque ce sera l'effet de la loi elle-même, le résultat d'une autolimitation valide par laquelle le Parlement bride sa discrétion dans la manière dont il exerce sa compétence relativement aux droits autochtones afin de protéger les droits fondamentaux des Canadiens, y compris des autochtones. Autrement dit, le fait que la Déclaration canadienne protège l'individu n'interdit pas qu'il en résulte des conséquences sur le groupe. Il n'est, au demeurant, pas inhabituel que la

61. Voir *ibid*, arts 2.7–2.15.

62. Voir *ibid*, arts 3.1–3.5.

63. Les règles coutumières des peuples algonquiens reconnaissent souvent des territoires de chasse individuels en faveur de chefs de famille (voir, notamment, José Mailhot, *Au pays des Innus : les gens de Sheshatshit*, Montréal, Recherches amérindiennes du Québec, 1993 à la p 138). Une autre auteure estime que le « système de territoires de chasse individuels ou familiaux, que connaît aussi une bonne partie des Innus de Uashat et de Man-Uténam, serait répandu chez plusieurs groupes de l'aire algonquienne [Cris, Algonquins, Ojibwa, etc.] » (Sylvie Vincent, « Circulation sur le territoire et régime foncier des Innus dans la première moitié du XX^e siècle » dans Pierre Noreau, dir, *Gouvernance autochtone : reconfiguration d'un avenir collectif*, Montréal, Thémis, 2010, 133 aux pp 140–41).

protection des droits fondamentaux de l'individu profite au collectif dont il fait partie. Ce sera souvent le cas en matière de liberté de religion⁶⁴ et de liberté d'association⁶⁵.

C. La jouissance d'un « bien »

L'individu bénéficiaire de la protection de la Déclaration canadienne doit, en outre, faire valoir un droit ou un intérêt qui se rapporte à un « bien » aux fins de son alinéa 1(a). La Cour suprême n'a eu de cesse d'affirmer que les droits ancestraux, y compris le titre ancestral, sont des droits *sui generis* dont les attributs et la qualification ne sont pas du ressort du droit commun des biens⁶⁶. Dans une affaire récente émanant du Québec, par exemple, la haute juridiction a statué de manière non équivoque que le titre ancestral ne saurait être assimilé à un « droit réel », au sens du droit civil québécois⁶⁷. Il n'en résulte toutefois pas qu'un droit ancestral sur la terre et les ressources, et tout intérêt individuel s'y rapportant, ne peut être considéré comme un bien aux fins d'un instrument de protection des droits et libertés de la personne. Dès lors que l'on est en présence d'un droit de nature patrimoniale, on peut d'emblée le ranger dans la nomenclature des biens⁶⁸.

64. On reconnaît que la liberté de religion comporte une dimension collective. Voir *Alberta c Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37 aux para 131, 182, [2002] 2 RCS 567; *École secondaire Loyola c Québec*, 2015 CSC 12 aux para 62–64, [2015] 1 RCS 613; *Ktunaxa Nation c Colombie-Britannique (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 CSC 54 au para 74, [2017] 2 RCS 386.

65. La liberté d'association s'étend notamment à un processus de négociation collective; voir, notamment, *Saskatchewan Federation of Labour c Saskatchewan*, 2015 CSC 4, [2015] 1 RCS 245.

66. Voir Guérin, *supra* note 52 à la p 382; *Canadien Pacifique Ltée c Paul*, 1988 CSC 104, [1988] 2 RCS 654 aux pp 677–78; *R c Marshall*; *R c Bernard*, 2005 CSC 43 au para 129, [2005] 2 RCS 220 [Marshall; Bernard]; *Sappier*; *Gray*, *supra* note 15 au para 21; *Tsilhqot'in*, *supra* note 35 au para 72; *Uashanunuat*, *supra* note 45 aux para 29–33.

67. Voir *ibid* aux para 34–36.

68. Voir Sylvio Normand, *Introduction au droit des biens*, 3^e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2020 à la p 57 : « Le bien s'entend d'un droit patrimonial, soit d'un droit qui présente une valeur pécuniaire » [italiques de l'auteur]. Le terme « bien » relevant du domaine de la propriété et des droits civils, il doit, selon la règle générale, s'interpréter en recourant aux principes et aux notions du droit civil québécois aux fins de l'application de la Déclaration canadienne au Québec; voir l'article 8.1 de la *Loi d'interprétation*, LRC 1985, c I-21. Par ailleurs, il ne semble pas que l'usage du mot « property » dans la version anglaise n'entraîne de différence significative entre la portée de la Déclaration canadienne dans les provinces de common law et celle qu'elle a au Québec. Ainsi, dans une affaire émanant de l'Ontario, la Cour fédérale a établi, en s'appuyant sur le terme « property », qu'un droit doit comporter une dimension économique pour être qualifié de « bien » au sens de l'alinéa 1(a) de la Déclaration canadienne; voir *Tabingo c Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2014] 4 RCF 150.

S'agissant du titre ancestral, la Cour suprême évoque une tenure constituant « une forme de propriété »⁶⁹ et pouvant « concurrencer sur un pied d'égalité d'autres droits de propriété »⁷⁰; elle n'hésite donc pas à tenir les autochtones pour des « propriétaires fonciers »⁷¹. La Cour souligne que « le titre aborigène a inévitablement une dimension économique, particulièrement quand on tient compte des utilisations qui peuvent être faites aujourd'hui des terres détenues en vertu d'un titre aborigène »⁷². Les bénéficiaires de cette propriété peuvent opter pour une mobilisation marchande, commerciale et même industrielle de la terre, sous réserve de la préservation du lien à la terre pour les générations futures⁷³. Il s'agit donc d'un très important patrimoine sur le plan économique. Un individu détenteur de droits particuliers dans le cadre du titre ancestral l'habilitant à bénéficier personnellement des attributs économiques de ce titre possèdera donc un bien⁷⁴.

Par ailleurs, un peuple peut, à défaut de détenir un titre ancestral, posséder des droits ancestraux non exclusifs d'usage de la terre et de prélèvement des ressources se rapportant aux activités faisant partie intégrante de sa culture distinctive⁷⁵. Ces droits procurent une gamme potentiellement importante de bénéfices et d'avantages économiques aux individus membres du groupe. Un droit de prélèvement à des fins de subsistance ou d'usage « domestique » emportera la faculté d'occuper le territoire en lien avec le prélèvement en question; il pourrait permettre de prélever des quantités substantielles de ressources aux fins de l'alimentation, du chauffage, du transport, de la construction d'infrastructures d'habitation et de la fabrication de divers biens meubles⁷⁶. Si la pratique ancestrale est de nature commerciale, la ressource pourra alors être écoulée sur les marchés nationaux ou internationaux, et constituer ainsi une source significative de revenu⁷⁷.

69. *Tsilhqot'in*, *supra* note 35 au para 72.

70. *Delgamuukw*, *supra* note 14 au para 113.

71. *Ibid* au para 75. Dans cette affaire, la Cour n'a de cesse d'évoquer le « droit de propriété du groupe autochtone » (para 124). Voir aussi *Uashaunnuat*, *supra* note 45 au para 33.

72. *Delgamuukw*, *supra* note 14 au para 169.

73. Voir *ibid* aux para 124–32.

74. Voir Kent McNeil, « Aboriginal Title as a Constitutionally Protected Property Right » dans Kent McNeil, dir, *Emerging Justice, Essays on Indigenous Rights in Canada and Australia*, Saskatoon, Native Law Centre, University of Saskatchewan, 2001.

75. Voir, notamment, *Bande indienne des LaxKw'alaams c Canada* (PG), 2011 CSC 56, [2011] 3 RCS 535.

76. Voir *Sappier; Gray*, *supra* note 15 aux para 42–49.

77. Voir par ex *Gladstone*, *supra* note 14 aux para 22–29.

On constate que ces droits représentent un bien précieux pour ceux qui en jouissent.

La valeur patrimoniale des droits individuels d'occupation et d'usage des terres de réserve, et le fait qu'ils constituent, en conséquence, des biens, ont été explicitement admis par la Cour suprême qui a jugé qu'un tribunal peut, en cas de divorce, octroyer à un ex-conjoint une compensation représentant une part de la valeur pécuniaire des droits de possession des terres de réserve, détenus par l'autre ex-conjoint⁷⁸. La loi fédérale a, par la suite, pris le relais et aménagé un régime complet d'évaluation et de partage de la valeur pécuniaire des droits et intérêts individuels sur les terres de réserve en cas de décès d'un conjoint ou de rupture de l'union matrimoniale⁷⁹. Cette loi qualifie d'ailleurs explicitement de « bien » les intérêts individuels qu'elle vise⁸⁰. Il n'y a aucun motif juridique qui autorise à établir, sur ce point, une distinction décisive entre les terres de réserve et celles qui sont grevées de droits ancestraux. Des droits assimilables à ceux existant dans le cadre de la loi peuvent tout à fait être constitués sous le régime foncier d'un peuple autochtone et devraient donc être aussi qualifiés de biens au sens de la Déclaration canadienne.

On constate d'ailleurs que les juridictions qui ont eu à statuer sur la question ont d'emblée considéré comme des biens les droits des autochtones sur la terre et les ressources. Dans l'affaire *Mabo v Queensland (No 1)*⁸¹, la haute juridiction australienne devait décider si une loi du Queensland prétendant éteindre unilatéralement les droits ancestraux des peuples autochtones violait le *Racial Discrimination Act*⁸², une loi fédérale donnant notamment effet en droit australien à la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*⁸³. À l'instar de l'instrument international, et tout comme la

78. Voir *Derrickson c Derrickson*, 1986 CSC 56, [1986] 1 RCS 285. Au para 87, le juge Chouinard écrit ce qui suit au nom de la Cour :

[u]ne fois qu'on a tenu compte de toute la masse des biens familiaux et qu'un partage égal n'est pas possible parce que certains biens, en l'espèce des terres sur une réserve, ne peuvent être partagés, je ne vois pas pourquoi une ordonnance d'indemnisation ne pourrait être obtenue » [nos soulignements].

79. Voir *Loi sur les foyers familiaux situés dans les réserves et les droits ou intérêts matrimoniaux*, LC 2013, c 20.

80. Voir *ibid*, arts 21(3)(g), 41(1), traitant des biens du défunt.

81. *Mabo v Queensland (No 1)*, [1988] HCA 69 [*Mabo (No 1)*].

82. *Racial Discrimination Act 1975* Cth, 1975/52.

83. *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, 21 décembre 1965, 660 RTNU 195 (entrée en vigueur : 4 janvier 1969). Le Canada l'a ratifiée le 14 octobre 1970.

Déclaration canadienne, la loi australienne reconnaît le droit de toute personne de jouir de ses biens sans discrimination fondée sur la race⁸⁴. La Cour a considéré comme des biens, au sens de la loi, les droits revendiqués par les individus appartenant au peuple mérim d'occuper et d'utiliser la terre conformément au droit coutumier de ce peuple autochtone. Les juges majoritaires écrivent que « “[p]roperty” in this context must embrace rights of any kind in or over the Murray Island »⁸⁵.

La CIDH n'a pas hésité non plus à répondre par l'affirmative lorsqu'elle a été appelée à décider si l'article 21 de la *Convention américaine relative aux droits de l'Homme*, aux termes duquel « [t]oute personne a droit à l'usage et à la jouissance de ses biens »⁸⁶, s'étend aux droits des personnes autochtones découlant de l'occupation traditionnelle de leurs terres ancestrales. La Cour affirme être « d'avis que le droit de propriété protégé par l'article 21 de la Convention comprend, entre autres, les droits des membres des communautés autochtones découlant de la propriété collective »⁸⁷.

À l'instar de la CIDH, les instances de mise en œuvre de la *Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*⁸⁸, communément appelée Convention européenne des droits de l'Homme (« Convention européenne »), ont eu à connaître de certaines affaires comportant une revendication autochtone à l'égard de la terre et des ressources, fondée sur l'article premier du Protocole n° 1 de la Convention européenne, qui affirme que « [t]oute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens »⁸⁹. Dans l'affaire

84. L'alinéa 5(v) de la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, *ibid*, incorporé dans la loi australienne, exige des États qu'ils interdisent la discrimination raciale, notamment, dans l'exercice et la jouissance du droit « de toute personne, aussi bien seule qu'en association, à la propriété ».

85. *Mabo (No 1)*, *supra* note 81 au para 18 des motifs des juges Brennan Toohey et Gaudron. Dans ses motifs concurrents, le juge Deane qualifie systématiquement les droits ancestraux de « *proprietary rights and interests* » protégés par l'interdiction d'une atteinte discriminatoire au droit de propriété (voir, notamment, aux para 19–24).

86. Convention américaine, *supra* note 58, art 21.

87. *Comunidad Mayagna*, *supra* note 59 au para 148.

88. Conseil de l'Europe, *Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, STE n° 5.

89. Conseil de l'Europe, *Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, tel qu'amendé par le Protocole n° 11*, 20 mars 1952, STE n° 9, art 1. Voir notamment Ghislain Otis et Aurélie Laurent, « Le défi des revendications foncières autochtones : la Cour européenne des droits de l'Homme sur la voie de la décolonisation de la propriété ? » (2012) 89 RTDH 43.

*Könskä et autres c Suède*⁹⁰, la Commission européenne admet que des droits de chasse et de pêche revendiqués par les Samis « peuvent être considérés comme des biens au sens de l'article 1 du Protocole n° 1 »⁹¹. Cette position a été confirmée par la Cour européenne des droits de l'Homme, qui conclut que des droits de pâturage des rennes, de chasse et de pêche, revendiqués par des autochtones, relèvent de la notion de « bien » au sens de la Convention européenne⁹².

Il est vrai toutefois que la Cour suprême des États-Unis a décidé dans *Tee-Hit-Ton v United States*⁹³ que la prise unilatérale de ressources sur des terres ancestrales autochtones ne peut fonder une demande de compensation en vertu du cinquième amendement de la Constitution américaine. Cette disposition impose au gouvernement l'obligation d'indemniser toute personne dépossédée d'une propriété privée dans un but d'utilité publique⁹⁴. Les conclusions dans *Tee-Hit-Ton* ne sont cependant pas transposables au contexte de l'alinéa 1(a) de la Déclaration canadienne. La décision repose en effet sur la théorie très contestée selon laquelle le titre autochtone originel a été éteint par conquête et remplacé par une faculté d'occupation de pure tolérance⁹⁵. Dans un passage très connu, la Cour affirme que le lien autochtone à la terre « *is not a property right but amounts to a right of occupancy which the sovereign grants* »⁹⁶. La Cour n'hésite pas, d'ailleurs, à appuyer sa position sur l'affirmation selon laquelle :

*Every American schoolboy knows that the savage tribes of this continent were deprived of their ancestral land by force and that, even when the Indians ceded millions of acres by treaty in return for blankets, food and trinkets, it was not a sale but the conqueror's will that deprived them of their land*⁹⁷.

90. *Könskä et autres c Suède*, n° 27033/95, [1996] CEDH 87 à la p 78.

91. *Ibid* à la p 85.

92. Voir *Handölsdalen Sami Village et autres c Suède*, n° 39013/04, [2010] CEDH au para 46.

93. *Tee-Hit-Ton v United States*, (1955) 348 US 272 [*Tee-Hit-Ton*].

94. Le cinquième amendement de la Constitution des États-Unis se lit comme suit : « [...] *nor shall private property be taken for public use, without just compensation* » (aucune propriété privée ne sera prise à des fins publiques sans une juste indemnisation), *Bill of Rights*, en ligne : <<http://billofrightsinstitute.org/wp-content/uploads/2019/07/Branded-Bill-Of-Rights.pdf>>.

95. Pour consulter l'une des nombreuses critiques de l'arrêt *Tee-Hit-Ton*, *supra* note 93, voir Neil Jessup Newton, « At the Whim of the Sovereign: Aboriginal Title Reconsidered » (1980) 31 *Hastings LJ* 1215 aux pp 1241–53.

96. *Tee-Hit-Ton*, *supra* note 93 à la p 279.

97. *Ibid* aux pp 289–90.

La Cour suprême du Canada a clairement rejeté cette théorie en établissant non seulement que le titre ancestral n'est pas un droit concédé par la Couronne, mais un titre préexistant grevant *ab initio* celui de Sa Majesté⁹⁸, mais aussi qu'il constitue une véritable propriété *sui generis* reconnue comme telle en droit canadien. Un tribunal canadien devrait donc conclure qu'un droit ou intérêt individualisé sur la terre et les ressources découlant d'un droit ancestral constitue un bien protégé par la Déclaration canadienne.

D. Être bénéficiaire de la disposition antidiscriminatoire

Pour être en mesure de contester la Loi de 1977 pour cause de discrimination, les personnes appartenant aux peuples non signataires doivent compter parmi les bénéficiaires de la disposition antidiscriminatoire contenue dans la Déclaration canadienne. Cette dernière interdit, notamment, la discrimination fondée sur la race et l'origine nationale. Les peuples autochtones constituent autant de groupes ethnoculturels distinctifs et la Cour suprême a jugé qu'une distinction fondée sur l'identité autochtone constitue une différence de traitement fondée sur la « race », aux termes de la Déclaration canadienne⁹⁹. La notion de race est dénuée de validité scientifique, mais le racisme est, quant à lui, une réalité sociologique que le droit est habilité à saisir et à combattre¹⁰⁰.

Les personnes appartenant aux peuples non signataires font donc, en principe, partie des bénéficiaires de la disposition antidiscriminatoire. Mais il faut encore voir si cette disposition les protège d'une discrimination découlant de la Loi de 1977, adoptée par le Parlement en vertu de la compétence que lui donne le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* de légiférer relativement aux « Indiens » et aux « Terres réservées pour les Indiens »¹⁰¹. Cette question, qui pourrait *a priori* étonner, se pose parce que, dans les années 1970, une majorité des juges de la Cour suprême a exprimé l'avis que la disposition antidiscriminatoire de la Déclaration canadienne est en quelque sorte mise en échec par l'autorisation accordée au Parlement, aux termes

98. Voir *Calder*, *supra* note 3 à la p 328; *Guérin*, *supra* note 52 aux pp 376-78; *Roberts c Canada*, 1989 CSC 122, [1989] 1 RCS 322 à la p 340; *Delgamuukw*, *supra* note 14 au para 114; *Uashausnuat*, *supra* note 45 au para 29.

99. Voir *Drybones*, *supra* note 21.

100. Voir *Grammond*, *supra* note 16 aux pp 456-57.

101. *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 42, art 91(24).

du paragraphe 91(24), d'adopter des lois concernant spécifiquement les « Indiens », en tant que groupes ethnoculturels distincts, ainsi que leurs terres¹⁰². Le passage suivant exprime bien la position de ces juges d'abord exprimée dans l'affaire *Lavell*:

Suggérer que les dispositions de la *Déclaration canadienne des droits* ont pour effet de rendre toute la *Loi sur les Indiens* inopérante comme étant discriminatoire équivaut à affirmer que la Déclaration a enlevé au Parlement le pouvoir d'exercer la compétence qui lui est assignée en vertu de la constitution d'adopter des lois qui traitent les Indiens vivant dans des réserves différemment des autres Canadiens en ce qui concerne leur propriété et leurs droits civils¹⁰³.

L'arrêt *R c Drybones*¹⁰⁴, dans lequel la Cour avait jugé discriminatoire une loi interdisant à un Indien d'être ivre à l'extérieur d'une réserve, a été distingué au motif que les dispositions attaquées dans cette affaire ne visaient pas « la réglementation interne de la vie des Indiens dans des réserves, ou leur droit à l'usage et aux avantages de terres de la Couronne situées dans celles-ci »¹⁰⁵. Cette position consiste à considérer que le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* octroie au Parlement « a licence to discriminate »¹⁰⁶ en ce qui concerne la situation juridique particulière des autochtones eu égard à leur statut, l'organisation ou la gouvernance interne des bandes, ainsi que toute question se rapportant spécifiquement à leurs terres. La Cour d'appel de l'Alberta a repris ainsi le raisonnement:

*In a sense, that provision [par 91(24)] of the Constitution Act constitutes discrimination on account of race, because no other racial group in Canada is made the subject of such special legislative attention. It is thus accepted in the supreme law of the land that special federal legislative considerations are warranted and valid for this racial group [...]*¹⁰⁷.

Cette thèse d'une neutralisation de la disposition antidiscriminatoire en matière autochtone repose donc sur le sens attribué à la Constitution

102. Voir *Canada (PG) c Lavell*, 1973 CSC 175, [1974] RCS 1349 [*Lavell*].

103. *Ibid* à la p 1359 (j Ritchie).

104. *Drybones*, *supra* note 21.

105. *Ibid* à la p 1372. Voir également les motifs des juges majoritaires dans *Canada (PG) c Canard*, 1975 CSC 137, [1976] 1 RCS 170 [*Canard*].

106. Grammond, *supra* note 16 à la p 457.

107. *Alberta (AG) v Lefthand*, 1985 ABCA 81 au para 11 [*Lefthand*].

et non à la Déclaration canadienne comme telle. Ce n'est pas le texte de cette déclaration qui énonce une réserve ou une exception à l'interdiction de discriminer qu'elle contient, mais une disposition constitutionnelle particulière dont l'application concrète emporterait nécessairement, selon cette position, une distinction fondée sur un motif interdit de discrimination pour ce qui concerne les autochtones. En fait, le principe de validation constitutionnelle d'une différence de traitement n'a rien de propre à la Déclaration canadienne. Il s'applique aux dispositions antidiscriminatoires de tous les instruments de protection des droits de la personne, y compris la Charte canadienne. Ainsi, lorsque la Constitution elle-même reconnaît des droits particuliers en faveur d'un groupe en fonction de la religion¹⁰⁸, de la citoyenneté¹⁰⁹ et de la langue¹¹⁰, une loi reflétant cette différence de traitement ne peut être contestée sur le fondement de la disposition antidiscriminatoire contenue à l'article 15 de la Charte canadienne¹¹¹. Mais cela vaut aussi pour l'interdiction de discriminer énoncée dans un instrument quasi constitutionnel. Par exemple, dans *Gosselin c Québec*¹¹², l'article 23 de la Charte canadienne a été interprété comme validant, en matière de droit d'accès aux écoles publiques de langue anglaise, une distinction législative entre les parents francophones et les parents anglophones au Québec. La Cour suprême a établi que cette validation constitutionnelle d'une distinction fondée sur la langue fait obstacle à une contestation fondée sur la norme antidiscriminatoire contenue dans la Charte québécoise¹¹³.

Si la Constitution rend valide une distinction fondée sur un motif normalement interdit de discrimination, on ne peut contrer la volonté du constituant en recourant à un instrument constitutionnel ou quasi

108. Voir *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont)*, 1987 CSC 65, [1987] 1 RCS 1148; *Adler c Ontario*, 1996 CSC 148, [1996] 3 RCS 609. Voir aussi l'article 29 de la Charte canadienne, *supra* note 19.

109. Voir *Canada (Ministère de l'Emploi et de l'Immigration) c Chiarelli*, 1992 CSC 87, [1992] 1 RCS 711.

110. Voir *Mahe c Alberta*, 1990 CSC 133, [1990] 1 RCS 342; *Gosselin (Tuteur de) c Québec*, 2005 CSC 15, [2005] 1 RCS 238 [Gosselin].

111. Il ne s'agit que d'une application particulière du principe général selon lequel on ne peut invoquer une disposition de la Constitution pour « en abroger une autre »; voir *New Brunswick Broadcasting Co c Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, 1993 CSC 153, [1993] 1 RCS 319 à la p 390.

112. *Gosselin*, *supra* note 110.

113. Voir *ibid*. La Cour écrit qu'on « ne saurait donc affirmer que, par la mise en œuvre de l'art 23, le législateur québécois a violé les droits à l'égalité prévus au para 15(1) de la Charte canadienne et aux arts 10 et 2 de la Charte québécoise » (*ibid* au para 2).

constitutionnel. À l'inverse, toutefois, si le constituant ne valide pas une différence de traitement particulière, on ne peut s'appuyer sur la loi fondamentale pour refuser de donner effet à une interdiction constitutionnelle ou quasi constitutionnelle de discriminer. Une disposition antidiscriminatoire constitutionnelle ou quasi constitutionnelle jouera alors pleinement de manière à rendre inopérante une loi qui l'enfreindrait.

Or, le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* n'est plus considéré aujourd'hui par les tribunaux, y compris la Cour suprême, comme autorisant, par implication nécessaire, une discrimination fondée sur la race, l'origine nationale ou tout autre motif en matière autochtone. La théorie de la validation constitutionnelle de la discrimination raciale — dont les autochtones ont fait les frais en pratique — a certes perduré pendant quelques années au sein de certaines cours d'appel¹¹⁴. Elle a aussi été appliquée, en toute logique, à la disposition antidiscriminatoire de la Charte canadienne¹¹⁵. En 1999, toutefois, la Cour suprême a, dans *Corbière c Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*¹¹⁶, invalidé, pour cause de discrimination contraire à la Charte canadienne, les dispositions de la *Loi sur les Indiens* niant aux membres d'une bande indienne vivant à l'extérieur d'une réserve le droit de voter et d'être candidat lors des élections d'un conseil de bande. La thèse de l'immunité constitutionnelle eu égard aux matières se rapportant aux autochtones en tant que groupe ethnoculturel distinct et à la vie interne ou à la gouvernance des bandes indiennes n'a été ni invoquée ni appliquée. La Cour se distancie d'ailleurs expressément de l'affaire *Lavell*¹¹⁷.

Depuis lors, les tribunaux n'hésitent pas à se fonder sur les dispositions antidiscriminatoires pour déclarer inopérante la législation fédérale adoptée aux termes du paragraphe 91(24). Il faut souligner que des dispositions de la *Loi sur les Indiens* relatives au statut d'Indien, dispositions que la Cour suprême avait spécifiquement immunisées, dans les années 1970, sur le fondement de la doctrine de validation constitutionnelle, ont depuis été invalidées sans aucune mention de cette

114. Voir *Lefthand*, *supra* note 107; *R v Campbell*, [1997] 1 CNLR 120 [*Campbell*].

115. Voir *Campbell*, *ibid* au para 13.

116. *Corbière c Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 1999 CSC 687, [1999] 2 RCS 203 [*Corbière*].

117. Dans *ibid* au para 87, la Cour souligne qu'elle avait adopté dans *Lavell*, *supra* note 102, « une approche qui a par la suite été rejetée dans l'arrêt *Andrews* ».

doctrine¹¹⁸. Par ailleurs, dans l'affaire *R c Kapp*¹¹⁹, des non-autochtones attaquaient l'octroi à des autochtones de permis particuliers de pêche commerciale, arguant que ce traitement favorable constituait une discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique. La haute juridiction canadienne n'a nulle part mentionné le principe de validation constitutionnelle découlant du paragraphe 91(24) pour rejeter l'argument de discrimination¹²⁰. De même, dans *Première Nation de Kahkewistahaw c Taypotat*¹²¹, la Cour suprême a appliqué la disposition antidiscriminatoire de la Charte canadienne à un règlement électoral adopté par une Première Nation en vertu de la *Loi sur les Indiens*, sans la moindre évocation d'une théorie de discrimination autorisée par le paragraphe 91(24)¹²².

En outre, l'interdiction de la discrimination énoncée dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne*¹²³ est appliquée aux lois et aux programmes fédéraux découlant du paragraphe 91(24)¹²⁴. L'exception qui immunisait l'exercice des pouvoirs conférés par la *Loi sur les Indiens* a d'ailleurs été abrogée en 2008.

La jurisprudence reflète aujourd'hui le point de vue défendu avec constance, dans les années 1970, par le juge Laskin qui, parlant du paragraphe 91(24), écrivait que « le traitement discriminatoire fondé sur la race, la couleur et le sexe n'est pas compris dans l'attribution de ce pouvoir législatif »¹²⁵.

118. Voir *Mclvor c Canada (Registrar of Indian and Northern Affairs)*, 2009 BCCA 153; *Descheneaux c Canada (PG)*, 2015 QCCS 3555.

119. *R c Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 RCS 483 [*Kapp*].

120. Voir *ibid*. La Cour s'est fondée sur le paragraphe 15(2) de la Charte canadienne, *supra* note 19. Le juge Bastarache, pour sa part, se serait fondé sur l'article 25 de la Charte canadienne.

121. *Première Nation de Kahkewistahaw c Taypotat*, 2015 CSC 30, [2015] 2 RCS 548 [*Taypotat*].

122. La Cour a appliqué l'article 15, mais conclu qu'il n'existait aucun élément de preuve établissant un lien entre la disposition contestée et les effets distincts qu'elle aurait sur les membres d'un groupe énuméré à l'article 15 ou d'un groupe analogue (*ibid*).

123. *Loi canadienne sur les droits de la personne*, LRC 1985, c H-6.

124. Une décision emblématique en la matière est celle rendue par le Tribunal canadien des droits de la personne dans *First Nations Child and Family Caring Society of Canada v Canada (AG)*, 2016 CHRT 2, établissant que le gouvernement du Canada a commis un acte discriminatoire illicite en sous-finançant les services d'aide à l'enfance destinés aux enfants des Premières Nations vivant dans des réserves. Voir également, dans le même litige, la décision de la Cour fédérale d'appel dans le jugement de la Cour fédérale. Le jugement est le suivant: *Canada (PG) c Commission canadienne des droits de la personne*, 2013 CAF 75 [*Commission canadienne des droits de la personne*].

125. *Lavell*, *supra* note 102 à la p 1389.

L'abandon de la théorie de la discrimination inhérente au paragraphe 91(24) découle de l'évolution de la compréhension judiciaire de la discrimination. La consécration du principe d'égalité substantive ou réelle, que la Cour suprême qualifie de « norme fondamentale » du droit relatif à la discrimination¹²⁶, permet maintenant de faire la différence entre une distinction effectivement discriminatoire et une autre qui ne l'est pas parce qu'elle reflète les besoins, les aptitudes et le mérite des individus, déterminés, notamment, par la prise en considération du contexte sociohistorique¹²⁷. Ainsi, une loi ne sera pas jugée *a priori* discriminatoire du simple fait qu'elle traite différemment les autochtones et les non-autochtones en vertu du paragraphe 91(24). Au contraire, une distinction sera valide dès lors qu'elle ne vient pas perpétuer un désavantage préexistant ou appliquer un stéréotype¹²⁸, ce qui empêchera le plus souvent les non-autochtones de contester une mesure qui les traite différemment des autochtones. On admet aujourd'hui qu'il sera parfois nécessaire de réserver un traitement différencié pour assurer une égalité réelle, étant donné que « toute différence de traitement ne produira pas forcément une inégalité et qu'un traitement identique peut fréquemment engendrer de graves inégalités »¹²⁹. La crainte d'entraver la capacité du Parlement d'aménager un régime juridique propre aux autochtones, par l'application de la disposition antidiscriminatoire de la Déclaration canadienne, n'a pas lieu d'être.

Aucun trait distinctif de cette Déclaration canadienne ne permet de perpétuer la conception, aujourd'hui obsolète, de la discrimination mise de l'avant dans les années 1970.

126. *Fraser c Canada (PG)*, 2020 CSC 28 aux para 42 et 47–48 [*Fraser*].

127. Dans *ibid* au para 42, la Cour explique comme suit l'approche contextuelle qui caractérise la recherche de l'égalité réelle :

L'égalité réelle exige que l'on porte attention à « tous les éléments contextuels de la situation du groupe de demandeurs », à « l'effet réel de la mesure législative sur leur situation » et aux « désavantages systémiques persistants [qui] ont eu pour effet de restreindre les possibilités offertes » aux membres du groupe.

128. Voir, notamment, *Withler c Canada (PG)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 RCS 396 [*Withler*], et *Fraser*, *supra* note 126 aux para 27, 50 et 81.

129. *Taypotat*, *supra* note 121 au para 17. Voir aussi *Andrews c Law Society of British Columbia*, 1989 CSC 2, [1989] RCS 143 à la p 164 [*Andrews*], et *Fraser*, *supra* note 126 au para 47.

III. UNE DÉPOSSESSION DISCRIMINATOIRE

A. La non-discrimination : une exigence jumelée au respect des biens

Le Parlement est autorisé, par la Déclaration canadienne, à priver un individu de son bien en application régulière de la loi. Dans l'affaire *Authorson c Canada (PG)*¹³⁰, la Cour suprême a statué que les termes de l'aliéna 1(a), relatifs à la protection des biens, n'interdisent pas une expropriation effectuée conformément à une loi valide non équivoque. La haute juridiction écrit en effet que :

La *Déclaration canadienne des droits* ne protège que les droits qui existaient au moment de son adoption en 1960. À cette époque, tous s'entendaient pour dire, comme aujourd'hui, que le législateur avait le droit d'exproprier des biens à condition d'exprimer clairement son intention¹³¹.

Le Parlement peut donc, en s'exprimant sans ambiguïté, déposséder un individu de son bien ou restreindre sa capacité d'en jouir. Mais il ne peut le faire de manière discriminatoire, au sens de la Déclaration canadienne, puisque, selon la haute juridiction canadienne, lorsqu'un droit ou une liberté protégé par cette déclaration est en cause, la disposition antidiscriminatoire impose « une norme supplémentaire que la législation fédérale doit respecter »¹³². La Cour n'a pas, dans l'affaire *Authorson*, décidé que le législateur peut, par exemple, exproprier sans entrave un individu parce que celui-ci est musulman ou qu'il lui est loisible de dépouiller spécifiquement les femmes ou les personnes d'origine africaine. La disposition antidiscriminatoire n'était d'ailleurs ni invoquée ni applicable dans cette affaire. L'interdiction de discriminer qui est adossée aux autres droits et libertés impose une obligation *supplémentaire*, ce qui signifie que la loi doit non seulement se conformer au droit ou à la liberté en cause, mais *aussi* à la norme antidiscriminatoire. Il s'ensuit, par exemple, que les autorités fédérales ne peuvent prétendre qu'une expropriation qui ciblerait exclusivement les juifs serait tout à fait conforme à la Déclaration canadienne, si l'intention discriminatoire du législateur ne fait aucun doute.

130. *Authorson*, *supra* note 21.

131. *Ibid* au para 52.

132. *Curr c La Reine*, 1972 CSC 15, [1972] RCS 889 à la p 896 [Curr]. Voir aussi *Lavell*, *supra* note 102 à la p 1362.

Lorsque l'interdiction de discriminer est une modalité de protection des autres droits et libertés de la personne, son champ d'application est donc fort différent de celui d'une disposition qui fait de l'égalité un droit indépendant¹³³. Ainsi, en présence d'une telle norme antidiscriminatoire, la question n'est pas de savoir s'il y a une différence de traitement « dans » ou « devant » la loi, ou si on offre « l'égal bénéfice » ou « l'égal protection » de la loi, questions qui sont au cœur de dispositions égalitaires indépendantes comme l'alinéa 1(b) de la Déclaration canadienne et l'article 15 de la Charte canadienne. Il faut plutôt se demander s'il y a discrimination dans l'aménagement ou la restriction d'un des droits ou libertés protégés. La discrimination eu égard à l'égalité « devant la loi » ne sera un enjeu que si le droit jumelé par le demandeur à la disposition antidiscriminatoire est celui mentionné à l'alinéa 1(b) de la Déclaration canadienne.

La contestation de la Loi de 1977 pour discrimination raciale relativement à la jouissance d'un bien ne repose nullement sur le droit à « l'égalité devant la loi » mentionné à l'alinéa 1(b), qui énonce un droit très général, indépendant et distinct de la disposition antidiscriminatoire¹³⁴. Cette dernière a une finalité réparatrice qui lui est propre car, contrairement à l'alinéa 1(b), elle ne s'attaque pas indistinctement à

133. La disposition antidiscriminatoire de la Charte québécoise, *supra* note 46, est du même type que celle contenue dans la Déclaration canadienne, *supra* note 18. Dans *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c Bombardier Inc (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, 2015 CSC 39, [2015] 2 RCS 789 aux para 53–54 [Bombardier], la Cour suprême écrit qu'en vertu de la disposition québécoise :

[L]e demandeur doit démontrer que la distinction, l'exclusion ou la préférence affecte l'exercice en pleine égalité de l'un de ses droits ou libertés garantis par la *Charte*. Ainsi, contrairement à la *Charte canadienne*, la *Charte* ne protège pas le droit à l'égalité en soi; ce droit n'est protégé que dans l'exercice des autres droits et libertés garantis par la *Charte* [...]. Cela signifie que le droit à l'absence de discrimination ne peut à lui seul fonder un recours et doit nécessairement être rattaché à un autre droit ou à une autre liberté de la personne reconnu par la loi. Il ne faut toutefois pas confondre cette exigence avec la portée autonome du droit à l'égalité; la *Charte* n'exige pas une « double violation » (droit à l'égalité et, par exemple, liberté de religion), ce qui rendrait l'art 10 superflu [...].

134. La dissociation de la disposition antidiscriminatoire du droit mentionné à l'alinéa 1(b) est expliquée ainsi par la Cour suprême dans *La Reine c Burnshine*, 1974 CSC 150, [1975] 1 RCS 693 à la p 700 [Burnshine]:

Il faut d'abord remarquer qu'on ne peut prétendre que l'art 150 de la Loi implique une discrimination suivant la race, l'origine nationale, la couleur, la religion ou le sexe. Ce fait n'a pas, cependant, en lui-même, pour effet de trancher la question en litige, car comme l'a dit le Juge Laskin (alors juge puîné) dans l'arrêt *Curr c La Reine* à la p 896, l'existence d'une des formes de discrimination interdite n'est pas une condition *sine qua non* de l'application de l'art 1 de la *Déclaration des droits*. La question à décider est de savoir si les dispositions de l'art 150 enfreignent le droit déclaré de l'intimé à l'égalité devant la loi et à la protection de la loi.

toute différence de traitement constitutive d'une inégalité devant la loi, sans égard au motif de distinction et aux intérêts en jeu. Pour qu'il y ait discrimination, il faut davantage qu'une simple différence désavantageuse dans le traitement de groupes ou d'individus, car l'interdit de discriminer a pour but de protéger la valeur cardinale de respect de caractéristiques personnelles soit innées, soit correspondant à un choix fondamental, caractéristiques qui définissent l'individu en tant qu'être humain et qui sont énumérées limitativement dans la Déclaration canadienne, à savoir la race, l'origine nationale, la couleur, la religion ou le sexe.

B. Un traitement discriminatoire envers les autochtones

La démarche analytique qu'impose la Déclaration canadienne consiste donc à vérifier si les autochtones non signataires de la Convention sont victimes de discrimination raciale au regard de la privation de leurs droits sur la terre et les ressources. La définition générale de la discrimination qui fait autorité est celle proposée dans l'affaire *Andrews c Law Society of British Columbia*¹³⁵ et se lit comme suit :

[L]a discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société. Les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe sont presque toujours taxées de discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d'un individu le sont rarement¹³⁶.

Bien qu'elle ait été formulée dans une affaire concernant la Charte canadienne, cette définition est considérée comme d'application générale en droit canadien de la discrimination, ce qui explique qu'elle soit

135. *Andrews*, *supra* note 129. Dans *Fraser*, *supra* note 126 au para 41, la majorité de la Cour suprême affirme, au sujet de cette définition, que « [L]'arrêt *Andrews* s'est révélé un solide modèle en matière d'égalité réelle qui a été "enrichi mais qui n'a jamais été abandonné" par la jurisprudence ultérieure ».

136. *Andrews*, *supra* note 129 aux pp 174–75. Voir également *Kapp*, *supra* note 119 au para 17; *Bande et nation indiennes d'Ermineskin c Canada*, 2009 CSC 9 au para 188, [2009] 1 RCS 222.

appliquée également aux instruments quasi constitutionnels¹³⁷. Elle permet donc de cerner la discrimination aux fins du paragraphe introductif de l'article premier de la Déclaration canadienne, comme l'a reconnu la Cour d'appel de la Colombie-Britannique¹³⁸. Tel que le dit cette Cour, il serait anachronique d'interpréter la disposition antidiscriminatoire de la Déclaration canadienne en faisant comme si le droit n'avait pas évolué¹³⁹.

La distinction des non-signataires fondée sur la race et l'origine nationale réside dans le fait que la loi fédérale et la Convention protègent intégralement les droits existants des tiers sur la terre et les ressources dans le Territoire, *sauf* pour ce qui concerne les droits ancestraux des tiers autochtones, lesquels droits seraient éteints sans leur consentement et sans compensation. Parmi les tiers détenant des droits sur la terre et les ressources à l'intérieur du Territoire, seuls les autochtones titulaires de droits ancestraux seraient dépossédés purement et simplement.

Ainsi, l'article 2.13 de la Convention énonce que « [s]ous réserve des dispositions de la présente Convention, les droits des tiers ne sont touchés en rien »¹⁴⁰. Les termes « sous réserve des dispositions de la présente convention »¹⁴¹ visent essentiellement l'article 2.6, qui prévoit explicitement l'extinction des droits ancestraux de tous les Indiens et des Inuit sur le Territoire.

137. Voir par ex *Brooks c Canada Safeway Ltd*, [1989] 1 RCS 1219 [Brooks], où la loi manitobaine sur les droits de la personne était en cause. De même, la définition est appliquée à la disposition antidiscriminatoire de la Charte québécoise lorsqu'une loi ou une politique gouvernementale est contestée; voir par ex *Labelle c Agence de développement de réseaux locaux de services de santé et de services sociaux — région de Montréal*, 2011 QCCA 334; *Québec (PG) c Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2013 QCCA 141; *Québec c Alliance du personnel professionnel technique de la santé et des services sociaux*, 2016 QCCA 1659; *Droit de la famille — 191850*, 2019 QCCA 1484. On a aussi transposé la définition au *Code ontarien des droits de la personne*; voir *Ontario (Disability Support Program) v Tranchemontagne*, 2010 ONCA 593. La Cour fédérale d'appel a en outre établi que la jurisprudence relative à l'article 15 de la Charte canadienne, *supra* note 19, est pertinente pour appliquer les dispositions de la *Loi canadienne des droits de la personne*, *supra* note 123, relatives à la discrimination. Selon la Cour, « la Cour fédérale devait tenir compte de la jurisprudence relative à la Charte, et on peut en dire autant du Tribunal. La jurisprudence en matière d'égalité sous le régime de la Charte nous éclaire sur la teneur de la jurisprudence en matière d'égalité relevant des lois sur les droits de la personne, et réciproquement [...] ». Voir *Commission canadienne des droits de la personne*, *supra* note 124, et *Société du soutien à l'enfance et à la famille des premières nations du Canada*, 2013 CAF 75 au para 19.

138. Voir *R v Stymiest*, 1993 CanLII 14681 (BCCA).

139. Voir *ibid* au para 32. Voir également *R v Cembella*, 2002 BCSC 1129.

140. *Convention*, *supra* note 1, art 2.13.

141. *Ibid*.

En revanche, la Convention préserve l'ensemble des droits de propriété, d'occupation et d'usage concédés aux tiers par la Couronne avant l'entrée en vigueur de la Convention sur la totalité du Territoire. S'agissant du régime des terres de catégorie I, on y stipule que « les terres cédées à des tiers par lettres patentes ou appartenant à des tiers avant la signature de la Convention sont de la catégorie III »¹⁴². Pour les terres de catégorie II, il est prévu que « [l]es terres déjà cédées à des tiers en pleine propriété avant la signature de la Convention sont exclues des terres de la catégorie II »¹⁴³. Ce qui signifie que les autochtones signataires ne jouissent sur ces terres privées d'aucun des droits par ailleurs prévus par la Convention relativement aux terres de catégories I et II.

Il n'y a toutefois pas que les droits de pleine propriété détenus par les tiers qui sont sanctuarisés; la protection s'étend en effet à toute la gamme des « intérêts existants des tiers », donc à l'ensemble des baux et concessions faites aux particuliers relativement à l'occupation, à l'usage de la terre et à l'exploitation des ressources dans le Territoire. Par exemple, l'article 5.1.5, portant sur les terres crie de catégorie I, se lit comme suit :

Les terres sur lesquelles le Québec a cédé des droits à des tiers avant la signature de la Convention, sous forme de baux, permis d'occupation ou autres autorisations sont des terres de la catégorie III. Les titulaires de ces droits peuvent continuer à les exercer, sous réserve uniquement de toutes les lois et de tous les règlements provinciaux comme si les terres sur lesquelles lesdits droits sont accordés étaient des terres de la catégorie III, jusqu'à l'expiration de la période fixée pour l'exercice de ces droits, à moins que le Québec ne les renouvelle. Les terres à l'intérieur des superficies des terres de la catégorie I, comme l'illustrent les cartes ci-jointes, mais qui font actuellement l'objet de claims miniers, de permis de mise en valeur, de permis d'exploration, de concessions minières, de baux miniers et autres droits de même nature, comme les définit actuellement la *Loi des mines du Québec* (S.Q. 1965, c-34), telle qu'amendée, sont des terres de la catégorie III¹⁴⁴.

142. *Ibid*, arts 5.1.5 (terres crie), 7.1.8 (terres inuites).

143. *Ibid*, arts 5.2.2 (terres crie), 7.2.2 (terres inuites).

144. *Ibid*, art 5.1.5.

Les dispositions relatives aux terres inuites de catégorie I sont au même effet¹⁴⁵. La même protection des droits des tiers s'applique aux terres crie et inuites de catégorie II¹⁴⁶. Quant aux terres de catégorie III, le principe général de préservation des droits existants des tiers sur la terre et les ressources s'y applique intégralement¹⁴⁷.

Un traitement totalement différent est de la sorte réservé, d'une part, aux droits existants que la Couronne a concédés à des tiers, qui sont maintenus et confirmés, et, d'autre part, aux droits ancestraux des peuples autochtones non signataires, qui seraient éteints purement et simplement¹⁴⁸.

On pourrait arguer que ce n'est pas le fait d'être autochtone ou non qui explique la différence de traitement, mais le fait que les droits sont ancestraux ou découlent de la loi. Toutes les personnes détenant des droits octroyés dans le cadre de la loi voient leurs intérêts préexistants confirmés et maintenus, qu'elles soient autochtones ou non autochtones. Cet argumentaire serait, notamment, étayé en soulignant que les droits conférés par la loi aux autochtones non signataires sur les « réserves de castors » sont explicitement protégés par la Convention¹⁴⁹.

Mais ce serait comme dire qu'une distinction fondée sur la grossesse n'est pas une distinction visant les femmes, car toutes les personnes non enceintes sont traitées de la même manière, qu'elles soient hommes ou femmes. Un tel raisonnement formaliste, utilisé par la Cour suprême dans l'affaire *Bliss c Canada (PG)*¹⁵⁰, qui portait justement sur la disposition antidiscriminatoire de la Déclaration canadienne, a été

145. Voir *ibid*, arts 7.1.7(b), 7.1.8.

146. Voir *ibid*, arts 5.2.2 (terres crie), 7.2.2 (terres inuites).

147. Dans les terres de catégorie III, le régime foncier général relatif aux terres publiques s'applique, ce qui s'étend donc aux droits concédés aux particuliers sur ces terres; voir *ibid*, arts 5.3.1 (terres crie), 7.3.1 (terres inuites).

148. Le Décret impérial de 1870, *supra* note 17, sur la Terre de Rupert prévoit le respect des droits de propriété de la Compagnie de la Baie d'Hudson sur le territoire, ainsi que des droits concédés par celle-ci, avant l'annexion de la Terre de Rupert au Canada. Toutefois, cet instrument n'autorise nullement le Canada à discriminer en préservant les droits de tous les tiers tout en éteignant unilatéralement, sans négociation et sans compensation, les revendications et les droits des autochtones eu égard au territoire. On ne peut trouver dans ce document une quelconque validation claire de la discrimination opérée par la Loi de 1977, *supra* note 5, et la Convention, *supra* note 1.

149. Voir *ibid*, art 24.3.22, qui se lit comme suit : « L'exclusivité du droit de trapper est sans préjudice des droits de trappage, s'il en existe, que les autochtones non signataires de la Convention pourraient exercer dans les réserves de castors qui leur sont attribuées présentement ».

150. *Bliss c Canada (PG)*, [1979] 1 RCS 183 [*Bliss*].

répudié de manière non équivoque par la jurisprudence subséquente de la Cour. Dans *Brooks c Canada Safeway Ltd*¹⁵¹, la haute juridiction écrit :

Avec dix ans de recul et d'expérience en matière de litiges relatifs à la discrimination dans les droits de la personne et la jurisprudence qui en a résulté, je suis prêt à dire que l'arrêt *Bliss* est erroné ou, du moins, que maintenant on ne pourrait plus rendre le même arrêt [...]. Quoique la discrimination fondée sur la grossesse ne puisse frapper qu'une partie d'un groupe identifiable, elle ne peut frapper personne en dehors de ce groupe. Un grand nombre, sinon la majorité, des cas de discrimination partielle possèdent cette caractéristique. Comme de nombreux arrêts et de nombreux auteurs l'ont affirmé, cette réalité ne rend pas la distinction contestée moins discriminatoire¹⁵².

La Cour est revenue à la charge dans l'affaire *Fraser* en affirmant que « dans certains cas, les éléments de preuve concernant un groupe démontreront un lien si puissant avec certains traits — comme celui entre la grossesse et le sexe — que l'effet disproportionné sur les membres de ce groupe “sera visible et immédiat” »¹⁵³. Or, tout comme la grossesse est une caractéristique intrinsèque aux femmes, les droits ancestraux sont l'apanage des autochtones; il va alors de soi que personne d'autre qu'eux ne pourra être désavantagé par une loi qui prétend éteindre ces droits spécifiquement et que, par conséquent, le lien entre la race et les droits ancestraux est « visible et immédiat ». Comme l'a déjà souligné la Cour suprême, les droits ancestraux sont des « droits détenus par les autochtones parce qu'ils sont des autochtones »¹⁵⁴. Ces droits sont spécifiquement ciblés du fait qu'ils sont des « intérêts autochtones », selon les termes très explicites de la Loi de 1977. Réserver un traitement préjudiciable particulier aux droits ancestraux inhérents à la culture d'un groupe, c'est le cibler en raison de sa culture et de son identité ethnoculturelle. L'extinction unilatérale des droits ancestraux dépouillerait une catégorie de citoyens — les autochtones — de leurs droits les plus importants sur la terre et les ressources en raison de leur race ou de leur origine nationale.

151. *Brooks*, *supra* note 137.

152. *Ibid* à la p 1247.

153. *Fraser*, *supra* note 126 au para 61.

154. *R c Van der Peet*, 1996 CSC 216, [1996] 2 RCS 507 au para 20 [*Van der Peet*].

Dans d'autres juridictions de common law, des lois analogues à la Loi de 1977 ont d'ailleurs été considérées comme étant discriminatoires en raison de la race. Dans *Mabo (No 1)*¹⁵⁵, une affaire tranchée par la High Court d'Australie, les magistrats devaient décider si une loi du Queensland contrevenait à une loi fédérale australienne prépondérante, qui prohibe, tout comme la Déclaration canadienne, la discrimination raciale relative au droit de toute personne de jouir de son bien. À l'instar de la Loi de 1977, la loi du Queensland prétendait éteindre unilatéralement et sans compensation les droits ancestraux des autochtones sur un territoire, tout en préservant, par ailleurs, explicitement les droits concédés par la Couronne sur le même territoire¹⁵⁶. La majorité de la Cour a conclu qu'une loi extinctive ciblant de manière particulière les droits issus des régimes fonciers ancestraux, que possèdent des personnes autochtones, est constitutive d'une distinction fondée sur la race. Le juge Brennan explique dans les termes suivants en quoi cette loi établit une distinction raciale, bien que les droits concédés par la Couronne soient préservés sans égard à la race des personnes concernées :

By extinguishing the traditional legal rights characteristically vested in the Miriam people, the 1985 Act abrogated the immunity of the Miriam people from arbitrary deprivation of their legal rights in and over the Murray Islands. The Act thus impaired their human rights while leaving unimpaired the corresponding human rights of those whose rights in and over the Murray Islands did not take their origin from the laws and customs of the Miriam people. If we accord to the traditional rights of the Miriam people the status of recognized legal rights under Queensland law (as we must in conformity with the assumption earlier made), the 1985 Act has the effect of precluding the Miriam people from enjoying some, if not all, of their legal rights in and over the Murray Islands while leaving all other persons unaffected in the enjoyment of their legal rights in and over the Murray Islands. Accordingly, the Miriam people enjoy their human right of the ownership and inheritance of property to a "more limited" extent than others who enjoy the same human right¹⁵⁷.

155. *Mabo (No 1)*, *supra* note 81.

156. À la différence de la loi canadienne, toutefois, la loi du Queensland ne visait pas à mettre en œuvre une entente avec des peuples autochtones, mais à faire échec à un recours en revendication de droits ancestraux pendant devant les tribunaux.

157. *Mabo (No 1)*, *supra* note 81 au para 20. Voir au même effet les paragraphes 21–25 des motifs du juge Deane.

La High Court établit donc qu'une extinction unilatérale ciblée des droits spécifiquement autochtones (« *legal rights characteristically vested in the Miriam people* ») viole l'interdiction de discrimination raciale.

En Nouvelle-Zélande, le Parlement a voté, en 2004, une loi dont l'objet avoué était de priver les Maori de la possibilité, admise l'année précédente par la Cour d'appel¹⁵⁸, de se faire reconnaître un titre ancestral exclusif sur l'estran et les fonds marins¹⁵⁹. La loi attribuait à la Couronne la propriété complète et exclusive de ces espaces maritimes sous réserve des seuls droits concédés à des particuliers aux termes de la loi¹⁶⁰. En conséquence, seul le titre ancestral potentiel des Maori, que la loi désignait par l'expression « *territorial customary rights* », était supplanté par les droits attribués à l'État¹⁶¹. La procureure générale de la Nouvelle-Zélande elle-même reconnaissait la solidité de l'argument selon lequel la loi créait *a priori* une différence de traitement préjudiciable fondée sur la race au sens du *Bill of Rights* néo-zélandais¹⁶², bien qu'elle la jugeât nécessaire pour assurer la sécurité juridique¹⁶³. L'inopérabilité de la loi ne pouvant être prononcée par les tribunaux¹⁶⁴, les Maori se sont tournés vers les instances internationales de protection des droits de la personne, qui l'ont jugée discriminatoire envers les Maoris et contraire aux obligations internationales

158. Voir *Ngati Apa v AG*, (2003) 3 NZLR 643.

159. Voir *Foreshore and Seabed Act 2004* (NZ), 2004/93, art 13(1). Certains droits non exclusifs restaient possibles.

160. L'article 5 de la loi précise que le domaine public maritime exclusif ne comprend pas « *any land that is [...] subject to a specified free hold interest* ».

161. Comme l'observe un auteur, « *[t]hus only Maori property rights (as recognized by the Court of Appeal, but possibly extending to fee simple) are extinguished but not existing private titles* » (Geoffrey WG Leane, « *Indigenous Peoples Wronged: Extinguishing Native Title in New Zealand* » (2006) 29:1 Dal LJ 41 à la p 48).

162. *New Zealand Bill of Rights Act 1990* (NZ), 1999/109 [Bill of Rights]. L'article 19 interdit, notamment, la discrimination raciale.

163. La procureure générale écrit qu'il y a :

[...] a significant argument that the Bill, to the extent that it treats the holders of "specified freehold interests" and Maori customary landowners differently (the latter's rights are extinguished, while the former's rights are preserved), may contain a prima facie breach of section 19 [...].

(passage reproduit dans Leane, *supra* note 161 à la p 66).

164. Le *Bill of Rights*, *supra* note 162, ne jouit d'aucune préséance sur les autres lois et son article 4 interdit explicitement aux tribunaux de déclarer inopérante une loi qui lui serait contraire.

de la Nouvelle-Zélande¹⁶⁵. La loi a été abrogée en 2011 et la possibilité de revendications d'un titre ancestral, rétablie bien qu'encadrée¹⁶⁶.

Ces précédents montrent bien qu'un traitement défavorable ne frappant que les droits qui sont un patrimoine spécifiquement autochtone constitue une distinction fondée sur la race.

Il ne suffit toutefois pas, pour conclure à l'existence d'une discrimination illicite, de faire la preuve d'une distinction préjudiciable fondée sur un motif interdit. Le droit actuel relatif à la discrimination au Canada repose sur le concept central d'égalité réelle, ce qui vaut pour la Déclaration canadienne, comme le montre d'emblée le fait que la Cour suprême a précisément revisité et rejeté la façon formaliste dont elle abordait la discrimination dans les années 1970. Selon la Cour suprême :

La première façon de faire la preuve de l'inégalité réelle — la discrimination — est de démontrer que la mesure contestée, dans son objet et son effet, perpétue un préjugé et un désavantage à l'égard des membres d'un groupe en raison de caractéristiques personnelles [...]. Règle générale, il y a perpétuation d'un désavantage lorsqu'une mesure législative applique, à un groupe historiquement défavorisé, un traitement qui a pour effet d'aggraver sa situation¹⁶⁷.

Dans *R c Kapp*, la Cour suprême affirme qu'« [i]l est incontestable que les peuples autochtones sont défavorisés »¹⁶⁸. De même, dans l'arrêt *Corbière*¹⁶⁹, la Cour a souligné « l'héritage de stéréotypes et préjugés

165. Voir Doc off CERD NU, 66^e sess, 1700^e séance, Doc NU C/DEC/NZL/1 (2005) au para 7; Doc off CCPR NU, 98^e sess, 2696^e séance, Doc NU C/NZL/CO/5 (2010) à la p 19.

166. Voir *Marine and Coastal Area (Takutai Moana) Act 2011* (N-Z), 2011/03, art 5.

167. *Withler*, *supra* note 128 au para 35. Dans *Taypotat*, *supra* note 121 au para 20, la Cour réitère que le critère de discrimination pose « la question de savoir si la loi contestée ne répond pas aux capacités et aux besoins concrets des membres du groupe et leur impose plutôt un fardeau ou leur nie un avantage d'une manière qui a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d'accroître le désavantage dont ils sont victimes ». Dans *Québec (PG) c Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 CSC 17, [2018] 1 RCS 46 au para 33, la Cour juge que les dispositions d'une loi sont discriminatoires, car elles « perpétuent le désavantage préexistant des femmes ». Voir également *Centrale des syndicats du Québec c Québec (PG)*, 2018 CSC 18 aux para 22, 117, [2018] 1 RCS 522 [Centrale des syndicats]; *Québec (PG) c A*, [2013] 1 RCS 61 au para 323–24 et 327. Voir aussi *Fraser*, *supra* note 126 au para 27.

168. *Kapp*, *supra* note 119 au para 59.

169. *Corbière*, *supra* note 116.

visant les peuples autochtones »¹⁷⁰. En matière foncière, plus particulièrement, il est notoire que les revendications autochtones ont longtemps été méconnues ou sous-estimées¹⁷¹. Jusqu'aux années 1970, la jurisprudence canadienne tendait à nier l'existence de droits fonciers autochtones autres que ceux leur ayant été formellement concédés par la Couronne¹⁷². Jusqu'en 1951, la loi empêchait même les autochtones de retenir les services rémunérés d'avocats qui leur auraient permis de saisir les tribunaux en vue de faire reconnaître leur titre ancestral¹⁷³. La différence de traitement opérée par la Loi de 1977 à l'égard des autochtones vient indubitablement perpétuer un désavantage historique, social et économique préexistant.

Par ailleurs, dans *Withler*¹⁷⁴, la Cour suprême écrit que « la deuxième façon d'établir l'inégalité réelle est de démontrer que le désavantage imposé par une mesure législative repose sur un stéréotype qui ne reflète pas la situation et les caractéristiques véritables du demandeur ou du groupe »¹⁷⁵. Or, les autochtones voient leur lien ancestral au territoire réduit à néant, sans considération de son importance pour le bien-être matériel et culturel des personnes concernées. Accorder une protection inférieure aux droits sur la terre et les ressources que possèdent les personnes autochtones pour le simple motif que ces droits sont dérivés de la tenure autochtone ancestrale revient à considérer les droits autochtones comme des droits médiocres, moins dignes de respect parce que ce sont des droits autochtones issus des régimes fonciers des peuples premiers.

170. *Ibid* au para 66. Dans *Lovelace c Ontario*, 2000 CSC 37 au para 69, [2000] 1 RCS 950 [*Lovelace*], la Cour avait déjà noté que « [l]es peuples autochtones sont aux prises avec des taux élevés de chômage et de pauvreté, et [qu']ils font face à d'importants désavantages dans les domaines de l'éducation, de la santé et du logement ».

171. La Cour suprême, dans l'affaire *Sparrow*, *supra* note 14 à la p 1103, note que « [p]endant plusieurs années, les droits des Indiens à leurs terres ancestrales — certainement à titre de droits reconnus en common law — ont été à toutes fins pratiques ignorés ».

172. Le principe selon lequel les droits des autochtones ne peuvent découler que d'une concession de la Couronne a été formulé par le Comité judiciaire du Conseil privé dans l'affaire *St Catherine Milling and Lumber Co v The Queen*, [1888] UKPC 70. Ce n'est que dans *Calder*, *supra* note 3, que la Cour suprême a reconnu qu'en droit canadien, l'occupation précoloniale du territoire confère en soi un titre autochtone en common law. Pour une étude critique approfondie de cet enjeu, voir Kent McNeil, *Flawed Precedent: The St. Catherine's Case and Aboriginal Title*, Vancouver, UBC Press, 2019.

173. Voir *Loi sur les Indiens (établissement des soldats)*, LR 1927, c 98, art 141.

174. *Withler*, *supra* note 128.

175. *Ibid* au para 36.

S'il est vrai que les droits concédés par la Couronne étaient plus certains et que leur effet sur la Convention était donc plus aisément mesurable, il s'agit là d'un argument qui est sans lien aucun avec les besoins, le mérite et les caractéristiques véritables des individus visés.

C. Une discrimination envers les individus appartenant aux nations non signataires

En outre, la Convention et la loi établissent explicitement une différence de traitement entre les Cris et les Inuit, d'une part, et, d'autre part, les membres des autres peuples autochtones ayant des revendications de droits ancestraux sur le territoire visé par la Convention. Les modalités de la perte des droits ancestraux sur la terre et les ressources sont contrastées selon que les individus autochtones appartiennent ou non au peuple cri ou au peuple inuit. Ainsi, il résulte de la loi fédérale qu'alors que le Cri ou l'Inuk ne perd le bénéfice individuel des droits ancestraux de son peuple qu'après avoir pu se prononcer pour confirmer ou non son accord¹⁷⁶, l'Innu, l'Atikamekw et l'Anishnabeg sont dépouillés de leurs droits sans jamais avoir eu leur mot à dire, sans que personne se soit préoccupé de leur opinion. Les gouvernements ont conclu une entente avec les représentants des Cris et des Inuit, et recherché le consentement d'un nombre suffisant d'individus appartenant à ces peuples, ce qui explique la consultation et la faculté de se prononcer accordées aux individus appartenant à ces nations. Chaque Cri et chaque Inuk qui le souhaitait a pu s'exprimer sur la question de l'extinction des droits ancestraux et sur la contrepartie exigible. La loi fédérale vient ratifier et donner un effet législatif à la consultation des membres des peuples signataires et à la décision qu'ils ont prise.

Mais parce qu'il a été décidé de recourir à l'extinction de leurs droits ancestraux sans le consentement préalable des peuples non signataires, on a omis complètement de prendre en compte l'avis des individus appartenant à ces peuples. Il ne s'agit pas ici de prétendre qu'il existerait un droit indépendant et général des individus d'être consultés chaque fois qu'une action gouvernementale touche les droits ancestraux de leur nation¹⁷⁷, mais d'affirmer le droit d'être traité sans

176. L'article 2.16 de la Convention, *supra* note 1, édicte que « Dans les quatre (4) mois suivant la signature de la Convention, celle-ci devra être soumise aux Cris et aux Inuit à des fins de consultation et de confirmation et ce, d'une façon qui soit acceptable au Canada [...] ».

177. Dans *Behn*, *supra* note 53, la Cour suprême a décidé que le droit d'être consulté, afférent à un droit ancestral ou issu de traité, appartient au groupe et qu'un individu ne peut l'invoquer en son nom propre.

discrimination lorsque des moyens de consultation des individus relativement aux droits ancestraux sont effectivement mis en place.

Aux fins de la disposition antidiscriminatoire de la Déclaration canadienne, cette différence de traitement est fondée sur la race et l'origine nationale, ou sur l'un ou l'autre de ces motifs. Chaque peuple autochtone constitue, en effet, un groupe ethnoculturel distinct et une nation ayant sa propre culture, ses institutions sociales et politiques, ainsi que sa tradition juridique distinctive. Dès la *Proclamation royale de 1763*¹⁷⁸, les peuples autochtones furent désignés, en droit canadien, comme des « *Nations of Indians* ». La Cour suprême a insisté sur la politique très ancienne de la Couronne d'entretenir avec les peuples autochtones des relations de « nation à nation »¹⁷⁹.

La haute juridiction reconnaît systématiquement le caractère national des peuples autochtones. On trouve dans sa jurisprudence des références très nombreuses à cette réalité. Il suffira de ne donner ici que quelques exemples : la Cour écrit que les Sto:lo « font partie de la nation des Salish de la Côte »¹⁸⁰ ; que monsieur Marshall est « un membre de la nation mi'kmaq »¹⁸¹ ; que « le peuple de la nation Tsilhqot'in — un regroupement de six bandes ayant une culture et une histoire communes — vit dans une vallée éloignée entourée de rivières et de montagnes dans le centre de la Colombie-Britannique »¹⁸².

L'appartenance d'un individu à un peuple autochtone particulier relève clairement de son origine nationale, aux termes de la Déclaration canadienne, et les individus qui font les frais d'une distinction préjudiciable en conséquence de la Loi de 1977 qu'a adoptée le fédéral sont d'origine nationale anishnabeg, atikamekw nehirowisiw ou innue. On ne saurait par conséquent faire valoir qu'il n'y a pas de discrimination fondée sur la race ou l'origine nationale puisque la distinction est faite entre des autochtones et non entre autochtones et non-autochtones. La jurisprudence de la Cour suprême admet qu'une

178. *Proclamation royale de 1763*, 3 Geo III, reproduite dans LRC 1985, annexe II, n° 1, et la Loi de 1982, *supra* note 13.

179. *R c Sioui*, [1990] 1 RCS 1025 à la p 1053. La Cour suprême affirme que la conclusion de traités modernes constitue « l'expression d'un partenariat entre les nations » (*First Nation of Nacho Nyak Dun c Yukon*, 2017 CSC 58 au para 1, [2017] 2 RCS 576).

180. *Van der Peet*, *supra* note 154 au para 209.

181. *Marshall; Bernard*, *supra* note 66 au para 9.

182. *Tsilhqot'in*, *supra* note 35 au para 3.

distinction entre différentes communautés ou peuples autochtones tombe sous le coup d'une norme prohibant la discrimination¹⁸³.

L'effet discriminatoire de la distinction tient au fait qu'elle contrevient au principe de l'égalité réelle en perpétuant un désavantage préexistant des personnes concernées, mais aussi parce qu'elle ne tient pas adéquatement compte de leur situation et de leurs caractéristiques véritables, ce qui a pour résultat une approche stéréotypée à leur égard. Si on a fait complètement l'impasse sur le consentement et la consultation des personnes appartenant aux peuples non signataires, c'est que l'on a présumé que leurs droits ancestraux étaient moins importants, car les principaux occupants traditionnels du Territoire étaient les Cris et les Inuit¹⁸⁴. Un tel raisonnement s'apparente à une conception quantitative des droits ancestraux, qui ne prend pas en considération l'importance qualitative et la valeur intrinsèque de ces droits pour les peuples et les personnes dont le lien ancestral à la terre est en jeu.

Il semble aussi que l'on n'ait aucunement pris en compte le point de vue des Innus, des Atikamekw Nehirowisiwok et des Anishnabeg avant d'éteindre leurs droits parce qu'aucune négociation n'avait eu lieu et aucune entente n'était intervenue avec leurs représentants¹⁸⁵, ce qui ne fait que souligner le caractère unilatéral de l'approche retenue et ne vient en rien supprimer l'importance réelle des droits ancestraux pour les personnes visées. Il serait faux d'affirmer que l'on n'avait rien à soumettre à la consultation et à la confirmation des non-signataires, car il était bel et bien question, comme pour les signataires, d'éteindre leurs droits, une proposition aux répercussions telles qu'un dialogue et une ouverture vers les personnes touchées étaient tout aussi indiqués que pour les signataires. Il serait cynique d'avancer que le fait que, contrairement aux individus membres des peuples signataires, les membres des peuples tiers ne reçoivent aucune contrepartie concrète pour la perte de leurs droits rend leur consultation sans objet.

183. Voir *Lovelace*, *supra* note 170; *Alberta (Affaires autochtones et développement du Nord) c Cunningham*, 2011 CSC 37, [2011] 2 RCS 670.

184. Interrogé au sujet de l'extinction des droits des peuples tiers, le ministre fédéral pilotant le projet de loi C-9 a notamment expliqué aux parlementaires que « Nous avons signé cette convention [...] parce que ces gens habitent là, ces Cris, ces Inuit et ces Naskapis et qu'on nous a dit qu'ils occupaient 90 à 95 % du territoire et qu'ils seraient bénéficiaires en vertu de la Convention [...] » (Comité des Affaires indiennes, *supra* note 12, n° 23.)

185. Voir *ibid.*

De plus, cet argument serait circulaire, car il consisterait à affirmer que l'extinction unilatérale en raison de la race et de l'origine nationale n'est pas discriminatoire précisément parce qu'elle est unilatérale.

Il est aussi possible qu'une autre considération ait été le besoin d'agir rapidement en raison des échéanciers serrés dont les parties aux négociations avaient convenu pour le parachèvement d'une entente. Permettre aux non-signataires de s'exprimer aurait peut-être été long, notamment en raison de la diversité de leurs situations et de leur état de relative sous-organisation politique à cette époque. Ce souci de commodité opérationnelle se rapporte à l'ordre du jour et aux échéanciers des parties, mais est sans rapport avec les besoins, le mérite et les caractéristiques réels des personnes à qui la distinction préjudiciable est imposée.

D. Une discrimination injustifiée

Contrairement à la Charte canadienne, la Déclaration canadienne ne contient aucune disposition autorisant expressément le gouvernement ou toute partie intéressée à démontrer le caractère justifié d'une atteinte à un droit ou à une liberté. Dans les affaires portant sur le droit à « l'égalité devant la loi », énoncé au paragraphe 1(b) de la Déclaration canadienne, la Cour suprême a néanmoins jugé licite une distinction législative dès lors qu'elle se rattache à un objectif fédéral régulier¹⁸⁶. La Cour n'a appliqué le test de l'objectif fédéral régulier que dans les affaires où le paragraphe 1(b) était invoqué. Dans les rares cas où le paragraphe 1(b) était jumelé à la disposition antidiscriminatoire, la Cour n'a qu'une seule fois, dans *R c Drybones*, conclu qu'il y avait effectivement discrimination au sens du paragraphe introductif de l'article premier¹⁸⁷. Elle n'a alors pas fait mention d'une quelconque justification

186. Pour une revue de la jurisprudence relative à l'alinéa 1(b), voir *R c Cornell*, 1988 CSC 64, [1988] 1 RCS 461 [Cornell]. Dans cette affaire, la Cour rejette le critère de la nécessité et résume le test applicable comme suit : « il doit exister un objectif fédéral qui constitue une justification raisonnable de l'inégalité en question, en ce sens que cette inégalité n'est pas manifestement arbitraire ni fantaisiste mais repose légitimement sur la politique législative en question » (à la p 393).

187. Voir *Drybones*, *supra* note 21. Dans les autres affaires où la clause antidiscriminatoire était invoquée, la Cour a conclu que celle-ci n'avait pas été violée, soit en application de la théorie de la validation constitutionnelle (voir *Lavell*, *supra* note 102; *Canard*, *supra* note 105), soit parce que le tribunal a estimé que la différence de traitement n'était pas fondée sur le motif énuméré invoqué (voir *Bliss*, *supra* note 150). Dans les autres arrêts de la Cour portant sur l'alinéa 1(b), aucun des motifs énumérés n'était invoqué (voir *Curr*, *supra* note 132; *Burnshine*, *supra* note 134; *Prata c Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, 1975 CSC 7, [1976] 1 RCS 376; *MacKay c La Reine*, 1980 CSC 217, [1980] 2 RCS 370; *Beauregard c Canada*, 1986 CSC 24, [1986] 2 RCS 56 [Beauregard];

possible et déclaré la loi discriminatoire inopérante. La Cour n'a, par ailleurs, pas encore abordé la question de la justification de la discrimination relativement à un droit autre que celui mentionné au paragraphe 1(b), ce qui fait que le tableau jurisprudentiel est vierge en présence d'une loi privant les autochtones de leur bien en raison de leur race ou de leur origine nationale.

L'interdiction de discriminer sur la base de caractéristiques humaines fondamentales participant de l'identité et de la dignité des personnes vise un mal précis que la haute juridiction canadienne a décrit comme suit :

La discrimination est inacceptable dans une société démocratique parce qu'elle incarne les pires effets de la dénégation de l'égalité et la discrimination consacrée par la loi est particulièrement répugnante. La pire forme d'oppression résulte de mesures discriminatoires ayant force de loi¹⁸⁸.

Les enjeux sociétaux de la discrimination étant *sui generis*, sa justification ne peut se poser dans les mêmes termes que celle d'une simple différence de traitement sans lien avec les attributs humains fondamentaux. Comme nous l'avons mentionné précédemment, lorsqu'elle a constaté une discrimination raciale envers des autochtones, la Cour suprême a déclaré la loi discriminatoire inopérante sans aborder la justification de la violation de la Déclaration canadienne¹⁸⁹. Toutefois, la tendance jurisprudentielle observable aujourd'hui, dans le droit

Cornell, *supra* note 186). Il est donc vrai, comme le souligne le juge Dickson dans *Beauregard*, *supra* note 187 au para 67, que le test de l'objectif fédéral régulier a été appliqué même dans les affaires où la clause antidiscrimatoire était invoquée (voir *Lavell*, *supra* note 102; *Canard*, *supra* note 105; *Bliss*, *supra* note 150). Il faut toutefois préciser que, dans aucune de ces affaires, la Cour a estimé qu'il y avait effectivement une violation de la clause antidiscrimatoire, ce qui fait que seule la norme générale du paragraphe 1(b) a fondé le jugement de la Cour.

188. *Andrews*, *supra* note 129 à la p 172.

189. Voir *Drybones*, *supra* note 21. Les cours d'appel ayant conclu à la violation de la clause antidiscrimatoire, en lien avec le paragraphe 1(b), ont adopté des positions différentes. Dans *R v Hayden*, 1983 CanLII 2970 (MBCA), la Cour n'a pas traité la question de la justification et, comme dans *Drybones*, *supra* note 21, a déclaré inopérante une loi discriminant les autochtones. Toutefois, dans *R c Rocher*, [1984] NWTR 288, la Cour a appliqué un test de justification calqué *grosso modo* sur le test appliqué à l'article premier de la Charte canadienne, *supra* note 19, pour conclure qu'un règlement accordant des droits de chasse prioritaires aux autochtones était justifié. La Cour souligne que « [t]he distinction is not irrelevant, arbitrary or unreasonable » (au para 13). Dans *R v B*, 1982 CanLII 3260, la Cour provinciale de l'Ontario, après avoir conclu à l'existence d'une discrimination envers les enfants autochtones, aux termes de la *Loi sur les Indiens*, *supra* note 49, a simplement observé, au paragraphe 26, que cette discrimination était « beyond justification », compte tenu de l'importance de l'intérêt en jeu pour les enfants concernés, à savoir leur scolarisation.

relatif à la discrimination, donne à penser que les tribunaux pourraient ouvrir la porte à la faculté, pour le gouvernement, de faire la preuve du caractère justifiable d'une loi par ailleurs discriminatoire au sens de la Déclaration canadienne¹⁹⁰. La Cour suprême reconnaît, en effet, deux types de défenses de justification en présence d'une mesure à première vue discriminatoire :

[L]e défendeur peut, lui aussi selon le degré de preuve que nous indiquerons plus loin, justifier sa décision ou sa conduite en invoquant les exemptions prévues par la loi sur les droits de la personne applicable ou celles développées par la jurisprudence. S'il échoue, le tribunal conclura alors à l'existence de discrimination [nos soulignements]¹⁹¹.

Une défense de justification peut dès lors être prévue expressément par une charte des droits, mais elle pourrait aussi être « développée par la jurisprudence », tel que mentionné dans le passage reproduit ci-haut. À ce jour, les tribunaux n'ont pas élaboré de défense de justification relativement à la privation d'un bien, constitutive de discrimination raciale, sous l'empire de la Déclaration canadienne. Toutefois, on constate, par exemple, que dans le cadre de la norme antidiscriminatoire énoncée dans la Charte québécoise, ils ont effectivement aménagé, en faveur du défendeur, une possibilité de justification pour des cas à l'égard desquels le texte de la Charte n'accorde pas explicitement cette possibilité¹⁹². La structure générale de la défense jurisprudentielle est calquée sur le raisonnement appliqué dans le cadre des dispositions justificatives expresses. Le tribunal exige d'abord du défendeur qu'il établisse que la mesure discriminatoire se rapporte à une préoccupation importante et qu'il démontre ensuite que le moyen choisi pour atteindre cet objectif est à la fois rationnel et raisonnablement nécessaire¹⁹³.

190. Cela est d'autant plus probable que, si aucune justification n'était admise, il serait stratégiquement plus avantageux de contester une loi fédérale discriminatoire en raison d'un motif énuméré sur le fondement de la Déclaration canadienne, *supra* note 18, que sur le fondement de la Charte canadienne, *supra* note 19.

191. *Bombardier*, *supra* note 133 au para 37.

192. Voir, notamment, les discriminations interdites par les arts 12–13, 15 et 17 de la Charte québécoise, *supra* note 46.

193. Une défense jurisprudentielle de « contrainte excessive » a été offerte à des défendeurs privés; voir, notamment, *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c 9185-2152 Québec inc (Radio Lounge Brossard)*, 2015 QCCA 577; *CDP c Bar La Divergence*, TDPQ Montréal, 1994 CanLII 3187 (QCTDP); *Québec (Commission des droits de la personne) c Restaurant Scampinata inc*, TDPQ Laval, 1994 CanLII 2338 (QCTDP); *Desroches c Québec (Commission des droits de la personne)*,

La préoccupation sous-jacente à cette approche semble être d'éviter de donner un caractère absolu au droit de ne pas faire l'objet de discrimination. On ne peut donc exclure que la jurisprudence s'attache à pallier l'absence de disposition justificative expresse dans la Déclaration canadienne. Il ne faudra pas s'étonner si la démarche de justification correspond *grosso modo* à celle appliquée dans le cadre de l'article premier de la Charte canadienne¹⁹⁴. Dans cette hypothèse, il incombera au gouvernement ou à toute autre partie intéressée d'établir que la discrimination raciale envers des non-signataires vise la réalisation d'un objectif suffisamment important et que les moyens choisis pour y arriver sont rationnellement liés à l'objectif recherché et raisonnablement nécessaires, ce qui correspond en pratique à un test de proportionnalité.

1. L'objectif poursuivi : la sécurité juridique pour le Québec et les signataires

La décision d'inclure une disposition d'extinction des droits des non-signataires au paragraphe 3(3) de la Loi de 1977 trouve son origine dans les négociations entre le Québec, les Cris et les Inuit, lesquelles étaient déjà avancées lorsque les autorités fédérales arrivèrent à la table¹⁹⁵. À la demande du Québec, les parties avaient inclus dans le projet d'entente le principe de l'extinction de toutes les revendications de droits ancestraux, y compris celles des non-signataires. Ottawa n'ignorait pas que des peuples autochtones autres que les Cris et les Inuit habitaient le Territoire ou l'utilisaient traditionnellement, et que ces peuples pouvaient donc revendiquer des droits ancestraux relativement à celui-ci¹⁹⁶. Il appert que les négociateurs fédéraux tentèrent alors de trouver un mécanisme qui aurait pu sauvegarder les droits des

1997 CanLII 10586 (QCCA); *Coopérative d'habitation L'Escale de Montréal c Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2010 QCCA 1791. Cette défense a aussi été mise à la disposition de défendeurs gouvernementaux; voir *Commission scolaire St-Jean-sur-Richelieu c Commission des droits de la personne du Québec*, [1994] RJQ 1227 (CA); *Commission scolaire régionale Chauveau c Commission des droits de la personne du Québec*, [1994] RJQ 1196 (CA).

194. La démarche a été établie dans *R c Oakes*, 1986 CSC 46, [1986] 1 RCS 103 [Oakes] et raffinée par la jurisprudence subséquente.

195. Le Québec, les Cris et les Inuit avaient déjà élaboré un accord de principe lorsque celui-ci fut présenté aux représentants fédéraux; voir Comité des Affaires indiennes, *supra* note 12, n° 23, à la p 23:10. Voir aussi à la p 23:22.

196. Voir le témoignage de J.T. Fournier, *ibid* aux pp 23:15–16, 19. Voir aussi le témoignage de l'honorable Warren Allmand à la p 23:20.

peuples tiers. Le résultat négocié fut l'insertion de l'article 2.14 aux termes duquel, après l'extinction unilatérale des droits ancestraux des non-signataires, le Québec serait tenu de négocier avec eux pour régler leurs revendications¹⁹⁷.

Le Québec et les signataires autochtones insistaient pour qu'il y ait extinction de tous les droits ancestraux sur la terre et les ressources afin de sécuriser complètement le titre du Québec et le régime des terres prévu dans l'entente. Dans un mémoire complémentaire présenté aux membres du comité de la Chambre des communes étudiant le projet de loi C-9, le Grand conseil des Cris explique l'extinction des droits en rappelant ce qui suit :

[...] la décision à l'effet que [*sic*] tous les droits, réclamations et intérêts des autochtones dans le territoire seraient éteints a été acceptée par toutes les parties [...]. Le gouvernement du Canada s'est engagé contractuellement à présenter une loi qui éteindrait tous les droits, car de l'avis des parties, après considération de toutes les questions, il était nécessaire de procéder ainsi afin d'établir un titre sans équivoque pour le Québec et établir ainsi de nouveaux systèmes et régimes de terres¹⁹⁸.

Les Cris ont en outre prétendu que les signataires étaient les seuls à détenir des droits sur approximativement 90 % à 95 % du Territoire et que les réclamations des autres peuples ne pouvaient, par conséquent, être que négligeables¹⁹⁹. Toutefois, les porte-paroles des Atikamekw Nehirowisiwok et des Innus ont, pour leur part, avancé, devant les parlementaires, que les autochtones non signataires fréquentaient traditionnellement environ 30 % du Territoire²⁰⁰.

Les autorités fédérales se rallièrent, malgré leur réticence, à la position du Québec et des Cris, estimant que l'article 2.14 constitue un mécanisme suffisant de prise en compte de la situation des non-signataires. L'extinction des droits était « non négociable » selon le Québec, et le ministre fédéral chargé de piloter le projet de loi expliqua,

197. Des fonctionnaires fédéraux ont expliqué que c'est à la suite de l'intervention des négociateurs fédéraux que l'article 2.14 fut inséré dans la Convention; voir *ibid* aux pp 23:15–16, 23:19 (pour le témoignage de JT Fournier).

198. Comité des Affaires indiennes, *supra* note 12, n° 21 (8 mars 1977), annexe « Land-22 » aux pp 21A:6–21A:10.

199. Voir *ibid* aux pp 21A:6, 21A:8–21A:9.

200. Voir Comité des Affaires indiennes, *supra* note 12 à la p 19:26.

par la suite, qu'il fallait éteindre les droits des peuples tiers, puisque les Cris et les Inuit, qui étaient les principaux occupants traditionnels du Territoire, acceptaient les termes de l'entente, y compris la disposition d'abandon de leurs droits ancestraux, et qu'il fallait donc leur permettre de bénéficier des droits et avantages prévus dans la Convention. Il s'exprima dans les termes suivants sur le pourquoi de la décision fédérale d'opérer l'extinction unilatérale :

Nous avons signé cette convention [...] parce que ces gens qui habitent là, ces Cris, ces Inuit et ces Naskapis et qu'on nous a dit qu'ils occupaient 90 à 95 % du territoire et qu'ils seraient les bénéficiaires en vertu de la convention. Il s'agit de personnes et si nous n'acceptons pas cette convention ou si elle est sabotée d'une façon ou d'une autre, ces gens ne profiteront pas des avantages prévus par la Convention²⁰¹.

Ottawa a donc choisi de sécuriser de manière complète les droits du Québec et ceux des peuples autochtones signataires, et de supprimer de manière tout aussi complète les droits ancestraux des peuples tiers. En d'autres termes, le paragraphe 3(3) de la loi est le résultat de la décision consciente et délibérée de faire prévaloir sur les droits ancestraux des non-signataires ceux du Québec, des signataires autochtones et des tiers détenteurs de droits concédés. Les droits des Innus, des Atikamekw Nehirowisiwok et des Anishnabeg ont été jugés secondaires. L'objectif poursuivi par l'extinction unilatérale des droits des peuples tiers était donc double. D'une part, il fallait donner effet à la volonté du Québec de sécuriser son titre sur les terres et les ressources afin de mener sans délai d'importants projets de développement économique sur le Territoire; d'autre part, il fallait accorder une priorité sans partage aux droits accordés aux autochtones signataires sur les terres et les ressources de même qu'aux droits des tiers titulaires de concessions dans le Territoire.

Or, les préoccupations de cet ordre ne sont pas de celles que la jurisprudence estime suffisamment impérieuses pour justifier de violer les droits fondamentaux de la personne au Canada.

S'agissant d'abord de la recherche de sécurité juridique, il est vrai que les droits des particuliers sur le Territoire étaient officiellement documentés, donc plus certains, et que leur effet sur la Convention

201. Témoignage de l'honorable Warren Allmand dans le Comité des Affaires indiennes, *supra* note 12, n° 23, à la p 23:26.

était alors plus aisément mesurable que celui des droits ancestraux encore indéterminés des peuples non signataires. L'arrêt *Calder* venait tout juste d'affirmer la persistance des droits ancestraux jusque-là contestée par les gouvernements. Cette évolution de fraîche date n'avait cependant pas permis de bien circonscrire la substance et les conditions d'existence de ces droits qui, du point de vue de la Couronne, restaient incertains.

Toutefois, invoquer l'indétermination de leurs droits pour les supprimer revient à faire payer les autochtones pour des complications pratiques découlant du sous-développement du droit canadien en matière de droits ancestraux. Or, le retard dans la définition et la délimitation des droits des peuples autochtones sur leur territoire traditionnel, malgré les engagements séculaires pris, notamment, dans la *Proclamation royale de 1763*, est largement imputable à l'État et participe justement du désavantage et du préjudice historiques subis par ces peuples. L'argument de l'insécurité juridique découlant des revendications de droits ancestraux dans un contexte jurisprudentiel nouveau et peu élaboré a aussi été avancé en Nouvelle-Zélande pour justifier le *Foreshore and Seabed Act* de 2004²⁰². Mais comme l'explique un auteur :

*There have simply been no legal or institutional means for Maori to have their common law native title "clarified", and yet this disenfranchisement is now turned back on them by the attorney-general to justify extinguishing the flicker of resuscitated rights offered by NgatiApa. It surely lies ill in the mouth of the perpetrator of those historical wrongs to invoke them as a defence*²⁰³.

Ces remarques valent pour ce qui concerne l'extinction unilatérale des droits des peuples non signataires de la Convention au nom de la sécurité juridique. En outre, la quête de certitude traduit au fond un souci de commodité et de facilité. Le Québec voulait régler de manière simple et rapide la question des droits des peuples tiers. Sa motivation sous-jacente était aussi essentiellement économique; l'extinction des droits levait un obstacle juridique à la réalisation de grands travaux visant l'exploitation d'énergie hydroélectrique, ainsi qu'à celle d'autres projets extractifs de différentes natures, mais porteurs de prospérité économique. Le législateur fédéral a jugé bon de

202. Voir Leane, *supra* note 161 à la p 68.

203. *Ibid.*

faire siens ces objectifs et d'agir rapidement par l'insertion de la disposition d'extinction. En tant que porteur de la responsabilité constitutionnelle en matière autochtone, à qui échoit le pouvoir exclusif de légiférer relativement à l'extinction des droits ancestraux, le Parlement du Canada ne peut se défausser de son imputabilité juridique sur le Québec ou sur les signataires autochtones de la Convention.

La plus haute juridiction canadienne a cependant exclu la possibilité de justifier une violation des droits fondamentaux pour des raisons économiques, financières ou d'efficacité, telles que la réduction des coûts²⁰⁴, le développement économique et l'augmentation des revenus fiscaux²⁰⁵, la commodité pratique²⁰⁶ ou la gestion efficiente des ressources budgétaires²⁰⁷. Les décisions fondées sur des impératifs économiques et financiers ne sont pas d'une nature qui autorise à transiger sur les droits fondamentaux. Les autorités fédérales ont jugé plus expéditif et commode d'éteindre les droits des non-signataires. Bien qu'avantageuse du point de vue des gouvernements, des signataires autochtones de la Convention et des tiers détenteurs de concessions, cette solution ne repose pas sur un objectif impérieux.

Quant à l'objectif de priorisation absolue des droits des autochtones signataires au détriment des droits ancestraux, tenus pour relativement insignifiants, des non-signataires, il comporte une finalité intrinsèquement discriminatoire qui fait obstacle à sa justification. La nature même de la démarche consiste à faire intentionnellement une distinction préjudiciable entre des personnes et des groupes, les droits des uns étant jugés plus importants et dignes de respect que ceux des autres. Il est troublant de voir un ministre de la Couronne justifier explicitement, et sans ambages, l'extinction unilatérale discriminatoire par le fait que des droits peuvent être supprimés puisqu'ils sont revendiqués par des personnes et des groupes ethnoculturels perçus comme minoritaires ou marginaux sur le Territoire. C'est comme dire qu'il est

204. Voir *R c Schachter*, 1992 CSC 74, [1992] 2 RCS 679 à la p 709; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'IPE*; *Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'IPE*, [1997] 3 RCS 3 aux para 281–85; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Ass. c Colombie-Britannique*, [2007] 2 RCS 391 au para 147.

205. Voir *Godbout c Ville de Longueuil*, [1997] 3 RCS 844 au para 104; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c Martin*, [2003] 2 RCS 504 aux para 109–110.

206. Voir *R c Big M Drug Mart Ltd*, 1985 CSC 69, [1985] 1 RCS 295 à la p 352 [*Big M Drug Mart*].

207. Dans *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c Colombie-Britannique*, 2020 CSC 13 au para 153 [*Conseil scolaire*], la Cour affirme que donner préséance aux considérations budgétaires «entraînerait la société sur une pente glissante».

justifiable, dans une société démocratique, de sacrifier les droits d'individus appartenant à une minorité religieuse ou sexuelle précisément parce qu'ils sont minoritaires et que leurs droits pèsent par conséquent moins lourd dans la balance.

Il se peut que les circonstances et les rapports de force entourant les négociations aient amené les autorités fédérales à penser qu'elles n'avaient pas d'autre option, étant donné le choix cornélien devant lequel elles étaient placées, leur imposant, en quelque sorte, de « déshabiller Pierre pour habiller Paul ». Toutefois, même lorsqu'elle procède d'une appréciation politique délicate, l'action gouvernementale reste encadrée par le droit, en particulier par les règles liées au respect des droits fondamentaux. La rationalité politique d'une décision doit être distinguée de son bien-fondé juridique. À cet égard, la Cour suprême a affirmé que ne peut justifier une atteinte aux droits et libertés la poursuite d'objectifs qui sont eux-mêmes inconciliables avec ces droits. Dans *R c Big M Drug Mart*²⁰⁸, la Cour a jugé qu'une loi dont l'objet même est d'imposer une contrainte religieuse ne peut se justifier aux fins de l'article premier de la Charte canadienne²⁰⁹. De même, la Cour considère insusceptibles d'être sauvegardées des mesures gouvernementales qui sont « contraires aux principes qui constituent l'essence même d'une société libre et démocratique »²¹⁰. Même lorsqu'il agit dans un contexte politiquement difficile, l'État libre et démocratique ne peut faire de la discrimination un principe de décision, c'est-à-dire se donner comme finalité de privilégier délibérément les droits d'un groupe racial ou national sur ceux d'un autre, même minoritaire. S'il estime néanmoins absolument nécessaire, sur le plan à la fois politique et juridique, de nier les droits fondamentaux, le législateur peut recourir au mécanisme de dérogation expresse aux droits lorsqu'une charte le permet, comme c'est le cas de la Déclaration canadienne. Cela n'a pas été fait.

À supposer même qu'il en soit autrement et que l'objectif poursuivi soit jugé suffisamment important, le caractère raisonnablement nécessaire de l'extinction des droits des non-signataires ne pourra pas être établi.

208. *Big M Drug Mart*, *supra* note 206.

209. Voir *ibid* à la p 353.

210. *Oakes*, *supra* note 194 au para 69.

2. L'extinction unilatérale : un moyen disproportionné

Au regard de l'histoire des relations entre la Couronne et les peuples autochtones au Canada, l'extinction unilatérale et sans compensation suffisante et immédiate constitue la manière la plus radicale de régler des revendications territoriales autochtones. Elle est aux antipodes des promesses faites par la *Proclamation royale de 1763*. Il devrait, dès lors, être singulièrement difficile de justifier le recours à un moyen aussi extrême.

La question-clé en ce qui concerne le test de proportionnalité est celle de savoir s'il existait une solution de rechange raisonnable, sur le plan juridique, à l'extinction unilatérale des droits des non-signataires. Certes, dans le contexte politique des négociations, les autorités fédérales ont pu se dire que, face au refus du Québec de discuter d'une autre approche de compromis, Ottawa n'avait pas vraiment de marge de manœuvre et que l'extinction immédiate sans le consentement des personnes concernées était « nécessaire » au regard des circonstances immédiates. L'opportunité politique de cette décision n'est évidemment pas du ressort des tribunaux. Il en va autrement de l'évaluation juridique des actions gouvernementales prises concrètement pour la mettre en œuvre. Autrement dit, le fait que les autorités fédérales ont accepté le caractère « non négociable » de la préservation des droits des peuples tiers, et n'ont donc pas jugé opportun d'en arriver à une autre solution, ne signifie pas que celle qui a été finalement retenue est, du point de vue juridique, « raisonnablement nécessaire » aux fins de la justification d'une atteinte aux droits fondamentaux.

Les tribunaux ont d'emblée admis que le législateur devrait jouir d'une certaine marge de manœuvre dans le choix des moyens d'atteindre ses objectifs, étant entendu que la solution privilégiée n'aura pas à être parfaite dès lors qu'elle « se situe à l'intérieur d'une gamme de mesures raisonnables »²¹¹. La Cour suprême a, notamment, écrit ce qui suit à ce sujet :

Le degré de déférence variera selon que le législateur (1) a soupesé les intérêts des groupes opposés, (2) a défendu un groupe vulnérable ayant une crainte subjective de préjudice, (3) a opté pour une mesure dont l'efficacité ne peut être évaluée

211. *RJR-MacDonald Inc c Canada (PG)*, 1995 CSC 64, [1995] 3 RCS 199 au para 160 [*RJR-MacDonald*]. Voir aussi *Centrale des syndicats*, *supra* note 167 aux para 46–54.

scientifiquement et (4) a supprimé une activité dont la valeur sociale ou morale est relativement minime²¹².

En décidant d'éteindre les droits des non-signataires autochtones, et non ceux des particuliers détenteurs de concessions, le législateur a sans nul doute soupesé les intérêts de groupes opposés. Il a aussi fait de même en traitant différemment les membres des nations signataires des membres des nations non signataires. On ne peut prétendre, toutefois, que l'extinction unilatérale discriminatoire des droits des membres des nations non signataires constitue une solution réparatrice pour un groupe vulnérable, ni qu'elle vise à supprimer une activité dont la valeur sociale ou morale est minime. De plus, la Cour précise qu'«il faut prendre soin de ne pas pousser trop loin la notion du respect»²¹³. Cet appel à la prudence paraît particulièrement idoine lorsque les personnes victimes de la discrimination appartiennent à des groupes historiquement marginalisés et n'ont pas eu la capacité égale de faire valoir leurs droits. Est particulièrement préoccupante une distinction très volontaire qui raye de la carte les droits ancestraux autochtones alors qu'est explicitement affirmée l'intangibilité des droits de propriété, des baux et autres autorisations existantes dont bénéficient les particuliers, notamment les sociétés commerciales et extractives.

Il ressort du dossier historique que les autorités fédérales ont privilégié l'extinction unilatérale même si des représentants des non-signataires et des experts ont proposé l'insertion dans la loi d'une disposition de sauvegarde qui protégerait les tiers autochtones autant que les particuliers titulaires de concessions²¹⁴. Le gouvernement fédéral considérait que l'engagement contractuel du Québec, exprimé à l'article 2.14 de la Convention, de négocier éventuellement *ex post facto* avec les non-signataires le règlement de leurs revendications constituait une solution de compromis de nature à minimiser l'effet préjudiciable de l'extinction unilatérale. Or, cette approche ne constitue nullement une solution de rechange à l'extinction unilatérale; c'est une simple modalité de l'extinction qui n'en modifie en rien les effets essentiels.

212. *Dunmore c Ontario*, 2001 CSC 94, [2001] 3 RCS 1016 au para 57.

213. *RJR-MacDonald*, *supra* note 211 au para 136. Voir aussi *Chaoulli c Québec (PG)*, 2005 CSC 35 au para 95, [2005] 1 RCS 791.

214. Voir, notamment, Comité des Affaires indiennes, *supra* note 12, n° 21, à la p 21A:4–5.

En cas d'échec d'éventuelles négociations de bonne foi aux termes de l'article 2.14 de la Convention, les autochtones se trouveront irrévocablement dépouillés de la possibilité de se tourner vers les tribunaux pour faire reconnaître et respecter leurs droits ancestraux sur le terrain. En revanche, en l'absence d'extinction unilatérale préalable aux négociations, l'échec de celles-ci n'aurait entraîné aucune dépossession des autochtones. Comme l'explique la Cour d'appel du Yukon :

*If, after nearly 30 years of good faith negotiation, no settlement is reached, the rights at issue in the negotiations are not extinguished, and breaches of the rights are not ameliorated, mitigated or somehow remedied. Rather, the result of unsuccessful negotiations, no matter how honourably conducted, is that the rights at issue remain justiciable in the same way they were before negotiations were undertaken — in court if necessary*²¹⁵.

Le caractère disproportionné de l'extinction unilatérale ressort de la manière dont les autorités fédérales elles-mêmes voyaient la situation des droits ancestraux sur le terrain. En effet, il est paradoxal que l'on ait jugé l'approche extinctive indispensable pour sécuriser les droits du Québec, des signataires autochtones et des titulaires de concessions, alors même que l'on estimait que les droits potentiels des peuples non signataires étaient d'une portée tellement limitée qu'il ne pouvait y avoir d'injustice à les oblitérer. On ne peut, sans s'enfermer dans la contradiction, professer que des droits sont de portée pratique insignifiante tout en jugeant leur effet concret potentiel à ce point destructeur de toute sécurité juridique qu'il faille s'en défaire tout à fait, sans attendre et sans aucun égard pour la volonté de ceux qui les revendiquent.

N'aurait-il pas été plus proportionné de décider que, puisque les droits potentiels des tiers sont apparemment — selon une analyse dont on n'oserait supposer qu'elle fût bâclée et superficielle — fort modestes, leur effet ne saurait être catastrophique au point de faire s'écrouler en bloc le solide édifice conventionnel méticuleusement érigé par les gouvernements et les signataires? Que si, un jour, un tribunal reconnaissait l'existence de ces maigres droits, seuls des ajustements modestes seraient éventuellement nécessaires pour les accommoder?

215. *Ross River Dena Council v Canada (AG)*, 2019 YKCA 3 au para 132.

De fait, une gamme de techniques juridiques aurait pu permettre de sauvegarder les droits des tiers autochtones tout en permettant d'aller de l'avant avec la Convention. Entre la suppression pure et simple des droits et l'absence totale de sécurité juridique, divers mécanismes intermédiaires d'encadrement de l'exercice des droits, de négociation et d'arbitrage obligatoires étaient disponibles. La manière de procéder à l'égard des peuples tiers, dans le cas de la Convention, est à ce point singulière qu'elle n'a plus, par la suite, été appliquée pour le règlement des revendications territoriales autochtones, lorsque la possibilité de revendications par d'autres peuples sur le territoire visé par un traité était connue ou pressentie.

Dans les accords et les lois postérieurs, les revendications et les droits des peuples non signataires ont en effet été expressément protégés et des mécanismes ont été mis en place pour régler, par la négociation, les conséquences d'une éventuelle reconnaissance judiciaire de droits ancestraux en faveur de ces peuples sur le territoire visé par un traité. Il est éclairant de constater, par exemple, que le traité conclu avec les Inuit du Labrador terre-neuvien, qui ont eux-mêmes une revendication sur le Territoire de la Convention, stipule ce qui suit :

2.10.1 Rien dans l'Accord n'est interprété de manière à reconnaître ou à conférer des droits en vertu de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* à l'égard de tout peuple autochtone du Canada autre que les Inuit ou d'avoir d'effet sur de tels droits.

2.10.2. Si un tribunal de dernière instance statue que l'article 2.10.1 a pour effet de rendre une disposition de l'Accord entièrement ou partiellement inopérante ou inefficace parce qu'une telle disposition porterait atteinte autrement aux droits en vertu de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* de tout peuple autochtone du Canada autre que les Inuit, les parties modifient l'Accord de manière à corriger ou à remplacer une telle disposition²¹⁶.

216. *Loi sur l'Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Labrador*, 2005, arts 2.10.1–2.10.2, en ligne : Gouvernement du Canada <www.rcaanc-cirnac.gc.ca/fra/1293647179208/1542904949105>. Les parties ont aussi convenu de ce qui suit :

2.10.3 Si le Canada ou la province conclut un accord sur des revendications territoriales avec tout peuple autochtone du Canada autre que les Inuit et qu'un tel accord sur des revendications territoriales a des effets négatifs sur les droits des Inuit tels qu'énoncés dans l'Accord, le Canada et la province, à la demande du gouvernement Nunatsiavut, négocient une modification à l'Accord afin de conférer aux Inuit des droits additionnels ou de remplacement ou d'autres redressements appropriés et si les parties ne parviennent

Il se peut que cette nouvelle pratique de respect des droits des peuples tiers soit attribuable, au moins en partie, à l'entrée en vigueur de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Elle montre néanmoins qu'il était raisonnablement possible pour le législateur fédéral d'optimiser la sécurité juridique de tous sans sacrifier allègrement les droits ancestraux des non-signataires²¹⁷. Ce genre de solution de rechange à l'extinction peut certes amener une adaptation du cadre juridique, car il est admis que l'éventuelle reconnaissance des droits ancestraux des tiers pourrait, dans certains cas, rendre une réouverture du traité opportune ou nécessaire pour concilier les intérêts des uns et des autres. Mais il n'y a ni chaos ni vide juridique, car les tribunaux assurent un processus ordonné de définition des droits, et les parties sont juridiquement engagées à trouver une solution négociée. En définitive, la proportionnalité exige un exercice de pondération. Or, une solution consistant à offrir une sécurité absolue aux uns par la négation absolue des droits des autres est tout, sauf un équilibre raisonnable entre les droits de groupes concurrents.

Par ailleurs, en ce qui concerne la proportionnalité des effets, l'impact de l'extinction unilatérale sur les non-signataires, particulièrement ceux qui vivent en permanence sur le Territoire et en dépendent substantiellement, s'avère bien plus préjudiciable que n'est avantageuse cette extinction pour le Québec, les concessionnaires et les signataires autochtones²¹⁸. Les solutions équilibrées du type de celles prévues dans les traités subséquents sont une réponse bien mieux adaptée au défi de la conciliation des droits sur le Territoire et de la réconciliation.

pas à s'entendre sur une telle modification dans les 90 jours francs à compter du commencement des négociations, toute partie peut renvoyer la question à l'arbitrage en vertu du chapitre 21.

2.10.4 Les dispositions d'accords de chevauchement, le cas échéant, concernant des intérêts qui se chevauchent entre les Inuit et d'autres peuples autochtones du Canada peuvent, avec l'accord des *parties*, être énoncées dans l'*Accord* (arts 2.10.3–2.10.4).

217. Une lecture attentive de l'ensemble des traités modernes montre qu'il existe au moins six modèles différents de mécanismes de sauvegarde des droits des peuples tiers. Certains prévoient des solutions négociées et d'autres, des mécanismes d'arbitrage.

218. Rappelons que les avantages économiques ou financiers découlant d'une atteinte ne peuvent être pris en compte au moment d'opérer la mise en balance des effets bénéfiques et des effets préjudiciables de cette atteinte. Voir *Conseil scolaire, supra* note 207 au para 159.

CONCLUSION

Les auteurs de la Loi de 1977 n'avaient peut-être pas anticipé qu'elle puisse violer la Déclaration canadienne, mais cette limite à leur imagination ne change en rien l'obligation du Parlement de respecter les droits fondamentaux. Le pouvoir judiciaire devra déclarer que le paragraphe 3(3) n'a pas éteint les droits ancestraux des peuples non signataires et de leurs membres. Une telle déclaration signifiera que, si l'existence d'un droit ancestral détenu par un peuple tiers sur le Territoire est prouvée, ce droit « existant », au sens de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, pourra être exercé, à moins de faire l'objet d'une restriction justifiée selon les critères dégagés par la Cour suprême dans l'affaire *R c Sparrow* et la jurisprudence subséquente. L'enjeu-clé sera évidemment de gérer la coexistence des droits ancestraux non éteints et des droits créés par la Convention, notamment en faveur des signataires autochtones, aujourd'hui reconnus comme droits issus de traités aux fins de l'article 35.

L'existence des droits prévus par la Convention n'est, en effet, pas remise en cause. Aux termes du paragraphe 3(2) de la Loi de 1977, les bénéficiaires de la Convention jouissent des avantages et des droits qui y sont prévus « à compter de l'extinction des revendications, droits, titres et intérêts visés au para (3) »²¹⁹. L'extinction prévue à l'article 3 est effective pour ce qui concerne les peuples signataires qui ont renoncé à leurs droits ancestraux dans la Convention, tel que mentionné dans le préambule de la loi qui en énonce les fondements. Leurs droits et avantages, en vertu de la Convention, se sont cristallisés au moment de cette extinction selon les termes mêmes de la loi.

Quant aux non-signataires, le paragraphe (3) ne formule pas une intention « claire et expresse » d'éteindre leurs droits ancestraux, dès lors que les droits fondamentaux reconnus aux autochtones, comme à tous les citoyens, sont violés. La disposition de sauvegarde des droits universels trouve application conformément à la volonté du législateur. Ainsi, aux fins du paragraphe 3(2), l'extinction prévue au paragraphe (3) ne concerne alors pas les non-signataires.

Dans l'hypothèse où il serait jugé que l'intention d'éteindre les droits des non-signataires est vraiment « claire et expresse », malgré la disposition de sauvegarde, cette volonté d'éteindre est néanmoins inopérante parce que contraire à la Déclaration canadienne. L'inopérabilité

219. Loi de 1977, *supra* note 5, art 3(2).

ne vaudra toutefois que pour les non-signataires, car l'entente selon laquelle les Cris et les Inuit abandonnent leurs droits ancestraux en contrepartie des droits et avantages énoncés dans la Convention reste en place. On ne saurait d'ailleurs estimer que maintenir les droits des signataires irait à l'encontre de l'objectif recherché par le législateur, et que le Parlement du Canada préférerait supprimer purement et simplement le traité historique qu'est la Convention et annuler la totalité du régime législatif la mettant en œuvre²²⁰. L'importance de la Convention pour toutes les parties et les engagements réitérés solennellement dans le préambule de la loi à l'égard des peuples signataires montrent bien que l'essence de celle-ci se trouve dans la mise en place de la Convention au profit des peuples signataires, en contrepartie de l'abandon de leurs droits ancestraux plutôt que dans la suppression des revendications et des droits potentiels des non-signataires jugés secondaires²²¹. En d'autres termes, le caractère inopérant de la disposition d'extinction à l'égard des peuples tiers ne privera pas la loi de sa raison d'être première ni de sa capacité à produire ses effets essentiels. Il faudra aussi tenir compte du fait que, depuis l'entrée en vigueur de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les droits des signataires autochtones de la Convention jouissent d'une protection constitutionnelle.

La non-extinction, par la Convention et par la loi, des droits des peuples tiers et de leurs membres n'est toutefois pas sans conséquence. Si l'existence d'un droit ancestral détenu par un peuple non signataire est établie, les gouvernements devront le respecter et, notamment, consulter ses détenteurs avant de prendre des mesures susceptibles d'y porter atteinte²²². De même, la Convention ne pourra être appliquée de manière à nier ou à neutraliser les droits ancestraux des autres peuples sur le Territoire. S'il est envisagé de faire primer, dans un cas particulier, un avantage prévu par la Convention d'une

220. Pour une discussion des critères du respect de l'objectif législatif et de l'importance sociale d'une loi dans le choix d'une sanction à la violation d'un texte constitutionnel ou quasi constitutionnel, voir, notamment, *supra* note 204; *Vriend c Alberta*, 1998 CSC 816, [1998] 1 RCS 493.

221. Les débats parlementaires font d'ailleurs ressortir la réticence des autorités fédérales à l'égard de l'idée d'éteindre les droits des non-signataires. Ces autorités se sont montrées ouvertes à trouver une solution de rechange acceptable au Québec (voir par ex le témoignage du ministre Allmand, Fascicule n° 23, *supra* note 12 à la p 23:21, et la lettre transmise au gouvernement du Québec le 1^{er} mars 1977 à la p 23A).

222. Pour une affaire portant sur l'obligation de consulter un peuple autochtone revendiquant des droits ancestraux sur un territoire visé par un traité conclu par la Couronne avec un autre peuple autochtone, voir *Gamlaxeltxw v British Columbia (Minister of Forests, Lands & Natural Resource Operations)*, 2020 BCCA 215.

manière qui porte atteinte aux droits ancestraux non éteints, il incombera alors à la Couronne ou à toute partie intéressée d'établir la justification de cette atteinte au moyen du test de *Sparrow*.

On constate donc que l'inopérabilité de la disposition d'extinction à l'égard des non-signataires ne provoquera ni chaos ni vide juridique, car se trouve déjà en place un dispositif opérationnel de gestion de la coexistence de droits autochtones. Ce dispositif pourrait même s'avérer plutôt secondaire si les peuples autochtones concernés et les gouvernements entreprennent eux-mêmes de concilier leurs droits de manière consensuelle. Il ne faut pas oublier que le voisinage des peuples autochtones sur le Territoire est une réalité multiséculaire, réalité que ces peuples ont été à même de gérer efficacement bien avant l'arrivée des Européens. Il faudra en conséquence envisager une solution définie et négociée d'abord par les autochtones eux-mêmes, étant entendu que le Québec et le Canada devront soutenir la quête autochtone d'une formule apte à concilier les intérêts de tous.