
La protection constitutionnelle des droits ancestraux des peuples autochtones et l'arrêt *Sparrow*

Sébastien Grammond*

Sommaire

Introduction

- I. La décision *Sparrow* dans son contexte juridique
 - A. *La détermination d'un droit ancestral existant*
 - 1. Les origines de la doctrine des droits ancestraux
 - 2. La nature et le contenu des droits protégés par l'article 35
 - 3. L'existence d'un droit ancestral
 - B. *L'atteinte à un droit ancestral*
 - C. *La justification d'une atteinte à un droit ancestral*
 - 1. Premier critère : la régularité de l'objectif
 - 2. Deuxième critère : l'honneur de la Couronne
 - 3. Autres critères
- II. La décision *Sparrow* dans son contexte politique
 - A. *L'effet réel de l'arrêt Sparrow et ses fondements juridiques*
 - 1. La limitation potentielle de la portée des droits
 - 2. La force variable du mécanisme de protection
 - B. *L'effet idéologique de la décision et ses mécanismes rhétoriques*
 - 1. La satisfaction des attentes des autochtones
 - 2. La satisfaction des attentes du gouvernement
 - 3. L'occultation du rôle politique de la Cour

Conclusion

* * *

* Étudiant à la Faculté de droit de l'Université de Montréal et assistant de recherche au Centre de recherche en droit public.

Introduction

Depuis une vingtaine d'années, la question des droits des peuples autochtones prend une place de plus en plus importante sur la scène publique canadienne. Non seulement les autochtones formulent-ils des revendications politiques majeures, mais ils recourent de plus en plus aux tribunaux pour faire valoir leurs droits. La Cour suprême n'a pas été à la remorque de cette tendance. Face à la volonté quelque peu défaillante des politiciens, elle a donné une nouvelle direction au droit public relatif aux autochtones. Entre autres, elle a mis de l'avant le principe de l'interprétation favorable aux autochtones des lois qui les concernent¹ et elle a confirmé la validité d'un traité signé en 1752 avec les Indiens Micmacs².

Ces développements coïncident avec l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982*³ qui inclut, à son article 35, une garantie très importante des droits des autochtones :

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

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

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

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

Cet article garantit deux catégories de droits : les droits ancestraux et les droits issus de traités. Les droits issus de traités découlent d'accords entre le gouvernement fédéral et les autochtones, par exemple les traités dits numérotés, datant de la fin du XIXe siècle et du début du XXe, en vertu desquels les autochtones cédaient leurs droits sur le territoire en échange de droits de chasse et de pêche plus précis. Au contraire, les droits ancestraux ne dépendent pas d'une reconnaissance étatique ni d'un quelconque accord. Ce sont des droits de common law qui représentent la reconnaissance des traditions juridiques autochtones en droit canadien.

Bien sûr, il existe des liens étroits entre les droits ancestraux et les droits issus de traités. En effet, les traités visaient généralement à éteindre certains droits ancestraux ou à en confirmer d'autres. Il est donc nécessaire de se référer à la situation antérieure pour interpréter un traité ou pour en combler les

¹*Nowegijick c. R.*, [1983] 1 R.C.S. 29 à la p. 36, 144 D.L.R. (3d) 193.

²*Simon c. R.*, [1985] 2 R.C.S. 387 à la p. 403-406, 24 D.L.R. (4th) 390 [ci-après *Simon* cité aux R.C.S.].

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

lacunes. Cependant, il faut distinguer ces deux catégories de droits car les mécanismes destinés à les protéger sont différents et, en général, plus favorables à ceux qui découlent de traités.

L'adoption de l'article 35 a donné lieu à plusieurs débats polarisés autour de deux questions. Tout d'abord, quelle est l'étendue des droits protégés, et en particulier la portée de l'expression « droits ancestraux *existants* » ? Ensuite, quelle est la force de la garantie de ces droits ? En effet, l'article 35 ne fait pas partie de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁴ et ne bénéficie donc pas de la garantie explicite contenue dans la première phrase de l'article 1. Les droits des autochtones dans l'article 35 sont « reconnus et confirmés », mais non énoncés comme « garantis ». Qu'est-ce que cela veut dire ? Le récent arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Sparrow*⁵ répond à ces deux questions et pose des principes généraux qui clarifient ce secteur oublié du droit constitutionnel. La Cour dissipe tout doute quant à la force de l'article 35 : il ne s'agit pas d'une simple déclaration d'intention politique, mais plutôt d'une garantie exécutoire qui peut rendre des lois invalides. Elle ne cache pas son préjugé favorable aux autochtones. L'esprit de la décision peut se résumer en une phrase :

Qu'il suffise de souligner que la reconnaissance et la confirmation [des droits ancestraux] exigent que le gouvernement, les tribunaux et même l'ensemble des Canadiens soient conscients des droits des peuples autochtones et qu'ils les respectent ».⁶

Voici les faits qui sont à l'origine de cette affaire. Ronald Sparrow était un Indien de la bande Musqueam, dont la réserve est située dans la ville de Vancouver. Il a été accusé d'avoir pêché avec un filet plus grand que la norme permise, dans des eaux du fleuve Fraser, à quelques kilomètres de la réserve. Aucune preuve directe de l'usage qu'entendait faire Sparrow du poisson n'a été faite. L'accusation a été portée en vertu du règlement fédéral sur la pêche⁷ qui interdit de pêcher en contravention avec les restrictions inscrites dans un permis.

Au procès, Sparrow a présenté le témoignage d'un anthropologue qui a exposé le mode de vie traditionnel des Musqueams. Selon cet expert, les Musqueams occupent leur territoire actuel, probablement de façon non-exclusive, depuis au moins 1500 ans. L'endroit où Sparrow a été surpris se trouvait dans ce territoire. La pêche, et particulièrement celle du saumon, formait une partie importante de la culture des Musqueams et était nécessaire à leur survie car ils ne connaissaient pas l'agriculture. L'expert a aussi établi l'importance du saumon dans les cérémonies Musqueam. Par ailleurs, la défense a aussi présenté le

⁴Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11 [ci-après la *Charte*].

⁵R. c. *Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, 70 D.L.R. (4th) 385 [ci-après *Sparrow* cité aux R.C.S.].

⁶*Ibid.* à la p. 1119.

⁷*Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248, art. 12, adopté en vertu de la *Loi sur les pêcheries*, L.R.C. 1985, c. F-14.

témoignage d'un biologiste expert en conservation du poisson, tendant à démontrer que la restriction dont les Musqueams faisaient l'objet n'était pas nécessaire pour une meilleure conservation du poisson. Entre autres, cette preuve suggérait que ce sont d'autres groupes, comme les pêcheurs sportifs, qui sont la cause première des problèmes de conservation du saumon dans le fleuve Fraser.

Nous allons d'abord examiner le mécanisme que l'arrêt *Sparrow* met en place pour la protection des droits ancestraux. Nous nous questionnerons ensuite sur la nature politique de cette décision et sur la position de la Cour face aux divers intervenants dans ce dossier.

I. La décision *Sparrow* dans son contexte juridique

Lorsqu'on allègue qu'une loi ou un règlement viole un droit ancestral protégé, le tribunal doit procéder en trois étapes énoncées dans l'arrêt *Sparrow*. Tout d'abord, il faut prouver l'existence d'un tel droit. En effet, l'article 35 garantit les droits ancestraux en général. Il ne précise pas autant que la *Charte* le détail des droits garantis. On doit donc se demander, à chaque fois, si le droit qu'on veut faire valoir est bien protégé par l'article 35.

Ensuite, il faut démontrer que ce droit a été violé. S'il est assez simple de déterminer si l'on a violé le droit à l'avocat ou le droit à un procès dans un délai raisonnable, au contraire, la diversité des droits protégés par l'article 35 nous force à adopter une approche cas par cas.

La dernière étape consiste à se demander si le règlement ou la loi attaquée est justifiée. L'originalité de l'arrêt *Sparrow* tient dans le développement d'un test, semblable à celui de l'article 1 de la *Charte*, que doit passer toute loi qui viole un droit ancestral. Si elle ne le passe pas, elle sera déclarée inopérante, selon les termes de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Dans le cas de *Sparrow*, la Cour a décidé qu'il y avait un droit ancestral existant, protégé par l'article 35 (première étape). Cependant, elle a renvoyé en première instance la question de savoir s'il y a eu atteinte à ce droit (deuxième étape) et si cette atteinte est justifiée (troisième étape).

A. La détermination d'un droit ancestral « existant »

1. Les origines de la doctrine des droits ancestraux

La doctrine des droits ancestraux s'est principalement développée dans des décisions judiciaires qui concernaient les territoires autochtones. Il est donc nécessaire d'explorer quelque peu ce domaine pour se familiariser avec les concepts véhiculés dans l'arrêt *Sparrow*. Mais auparavant, petite précision de vocabulaire : il n'y a aucune différence entre les notions de titre indien, ancestral,

aborigène ou autochtone⁸. Ce qu'il faut comprendre, c'est que la notion de « titre » fait référence à un droit lié au territoire. La notion de « droit » ancestral est plus générale : elle inclut le titre ancestral sans toutefois s'y limiter. Il est tout à fait concevable que les autochtones aient d'autres droits, comme l'autonomie gouvernementale ou le maintien de leurs coutumes.

Avant l'arrivée des Européens en Amérique du Nord, les autochtones occupaient le territoire actuel du Canada. Ils l'utilisaient pour des activités de chasse, de pêche, mais aussi d'agriculture⁹. Bien sûr, la notion de propriété privée sur ce territoire leur était inconnue : en effet, ils considéraient la Terre comme leur véritable mère. Comment peut-on être propriétaire de sa mère ? Leur relation avec le territoire s'apparentait plus à la notion de responsabilité : ils avaient — et ont toujours — le devoir de le préserver pour les sept générations à venir.

Cette situation a-t-elle changé du seul fait du contact avec les Européens ? Autrement dit, l'établissement de quelques comptoirs de traite a-t-il fait disparaître instantanément les systèmes juridiques autochtones ainsi que leur « droits » quant aux territoires sur lesquels les puissances colonisatrices revendiquaient la souveraineté ? Certains prétendent que oui, s'appuyant sur la prétendue « infériorité » des autochtones et sur le préjugé voulant que ceux-ci ne faisaient que vagabonder sur le territoire. Cependant, une règle de common law coloniale vient contredire ces opinions¹⁰. Elle précise que lorsque la Couronne conquiert un territoire, il faut présumer que la propriété privée de ses habitants n'est pas affectée¹¹, le droit des autochtones sur leurs terres étant à cette fin assimilé à la propriété privée. Notons bien qu'il n'est pas ici question de souverai-

⁸D'ailleurs, le juge Dickson les utilise indistinctement dans l'arrêt *Guerin c. R.*, [1984] 2 R.C.S. 335 à la p. 376, 13 D.L.R. (4th) 321 [ci-après *Guerin* cité aux R.C.S.].

⁹Voir B.G. Trigger, *Les Indiens, la fourrure et les Blancs*, Montréal, Boréal, 1990 aux pp. 118-22.

¹⁰La Couronne britannique avait le pouvoir de modifier les droits privés dans une colonie conquise. Cependant, si elle ne faisait rien, elle était présumée avoir accepté et reconnu les droits découlant du système antérieur et qui étaient suffisamment précis pour être appliqués devant un tribunal anglais : *Amodu Tijani c. Secretary, Southern Nigeria*, [1921] 2 A.C. 399 (C.P.). Le juge Dickson accepte cette proposition dans l'arrêt *Guerin*, *supra*, note 8 à la p. 378. Voir aussi B. Slatery, *The Land Rights of Indigenous Canadian Peoples*, Thèse de doctorat, Oxford, 1979 à la p. 47 et s. [réimprimée, University of Saskatchewan Native Law Center, 1979], ainsi que B. Slatery, « Understanding Aboriginal Rights » (1987) 60 R. du B. Can. 727 [ci-après « Understanding Aboriginal Rights »].

¹¹La situation au Québec est plus complexe. Selon un certain courant jurisprudentiel et doctrinal québécois, représenté par H. Brun, *Le territoire du Québec*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1974 à la p. 62-69, il ne subsisterait aucun titre autochtone sur le territoire du Québec de 1763. Cette opinion se fonde sur deux prémisses : premièrement, la *Proclamation Royale de 1763*, L.R.C. 1985, app. II, no. 1 [ci-après *Proclamation Royale*], n'accordait des droits aux Indiens qu'à l'extérieur du territoire du Québec de l'époque ; deuxièmement, tout droit ancestral antérieur la conquête aurait été éteint parce que les Français ne l'ont jamais reconnu. Cependant, le fondement de ces deux prémisses est très faible, comme le démontre P. Dionne, « Les postulats de la Commission Dorion et le titre aborigène au Québec » (1991) 51 R. du B. 127.

neté au sens international du terme¹². Le titre ancestral se rapproche plutôt de notre concept de propriété, bien qu'il serait tout à fait réducteur de l'y assimiler complètement.

Une autre règle générale de droit vient appuyer la position des autochtones. C'est l'adage *nemo dat quod non habet*, ou « on ne peut pas donner ce que l'on ne possède pas ». En effet, les puissances coloniales ne pouvaient pas concéder à leurs sujets (ou à un autre État) des terres qui appartenaient à un autre peuple.

Toujours est-il que la Couronne britannique, ayant pris le contrôle de toute l'Amérique du Nord-Est en 1760, reconnut les droits des autochtones et leur accorda une protection légale. La *Proclamation Royale*¹³ opéra une codification¹⁴ de la pratique antérieure de la Couronne qui consistait à acheter les terres indiennes et à interdire aux colons de traiter directement avec les autochtones. Toute transaction avec ceux-ci devait obligatoirement recevoir la sanction de la Couronne. Une telle politique se justifiait par la nécessité, pour les Britanniques, d'apaiser les craintes des Indiens, qui représentaient encore une menace militaire importante, en contrôlant la conduite généralement peu scrupuleuse des colons et des autorités locales.

Mais quels étaient les droits des autochtones sur les territoires qui n'avaient pas été ainsi cédés ? La Cour suprême des États-Unis se prononça sur le sujet, dans cinq décisions rendues au début du dix-neuvième siècle.¹⁵ Ces décisions constituent encore aujourd'hui la base de l'analyse des droits ancestraux. Elles s'appliquent directement dans le contexte canadien puisqu'elles trouvent leur source dans la *Proclamation Royale*¹⁶ et dans la pratique de la Couronne britannique, qui concernaient aussi bien le Canada que les treize colonies américaines¹⁷. En plus de déduire une règle de common law coloniale de

¹²Du moins, en ce qui concerne les tribunaux canadiens : voir *Sparrow, supra*, note 5 à la p. 1103. Un tribunal international voudra peut-être examiner la légalité de la réclamation de souveraineté de la Couronne britannique sur les territoires autochtones, ainsi que la question de l'application aux communautés autochtones du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes.

¹³*Supra*, note 11. Cette *Proclamation* organisait les gouvernements des nouvelles colonies anglaises en Amérique du Nord. Une partie importante de ce document traitait des relations avec les Indiens, tant dans ces nouvelles colonies que dans les treize anciennes colonies qui allaient former les États-Unis.

¹⁴Ceci implique, bien entendu, que les droits ancestraux existaient avant cette *Proclamation*. Celle-ci ne faisait que les confirmer. Voir *Guerin, supra*, note 8 à la p. 377.

¹⁵Pour une analyse de ces décisions, voir J. Hurley, « Aboriginal Rights, the Constitution and the Marshall Court » (1982-83) 17 R.J.T. 403.

¹⁶*Fletcher c. Peck*, 27 U.S. 308 (1810) ; *Johnson c. M'Intosh*, 21 U.S. 543 (1823) [ci-après *Johnson*] ; *Cherokee Nation c. Georgia*, 30 U.S. 1 (1831) ; *Worcester c. Georgia*, 31 U.S. 575 (1832) ; et *Mitchel c. United States*, 34 U.S. 711 (1836). Pour une analyse de ces décisions, voir J. Hurley, « Aboriginal Rights, the Constitution and the Marshall Court » (1982-83) 17 R.J.T. 403.

¹⁷La pertinence de ces décisions américaines a été reconnue dans *St. Catharines Milling & Lumber Co. c. R.* (1887), 13 R.C.S. 577 à la p. 610, M. le juge Strong, puis dans *Baker Lake (Hamlet)*

la pratique de la Couronne, ces décisions précisent la portée des effets de la « découverte ». Lorsqu'une puissance européenne découvrait un nouveau territoire en Amérique, elle acquérait, à l'exclusion de tout autre pays d'Europe, non pas un droit de propriété, mais plutôt le droit exclusif d'acheter ce droit des habitants de l'époque. C'est donc dire que la découverte n'est opposable qu'entre les Européens, et non aux autochtones. Ces derniers conservaient la même relation avec la terre qu'avant la « découverte ».

La Cour suprême des États-Unis a alors précisé la nature du droit que les autochtones ont maintenant sur leurs terres ancestrales. On peut le décrire comme un droit de propriété amputé de la faculté de le vendre à des non-autochtones. Cette faculté manquante constitue le « titre sous-jacent de la Couronne »¹⁸. En effet, seule la Couronne peut acheter le droit de propriété qu'ont les autochtones sur leurs terres. Lorsqu'elle le fait, elle réunit leur droit et son titre sous-jacent pour former un titre de propriété absolu.

Les tribunaux canadiens ont généralement reconnu les concepts de titre sous-jacent de la Couronne et de titre indien. En 1888, le Conseil Privé en a reconnu l'existence. Cependant, il qualifiait ce dernier de « personal and usufructary right, dependent on the goodwill of the Sovereign »¹⁹. Un tel vocabulaire porte quelque peu à confusion et laisse croire que les autochtones ne bénéficient que d'un simple privilège révocable par le gouvernement. Dans un arrêt subséquent²⁰, le Conseil Privé s'est expliqué : l'épithète « personal » signifie tout simplement que le droit est inaliénable sauf à la Couronne. Aucun éclaircissement n'a toutefois été apporté quant au terme « usufructary ». Plus récemment, l'arrêt *Guerin*²¹ de la Cour suprême a précisé le concept. Selon le juge Dickson, la confusion procède du fait que l'on tente de qualifier le titre indien par des expressions tirées du droit des biens, alors qu'il s'agit d'un concept *sui generis*²². Aussi, pourrait-on ajouter, la traduction française de termes de common law, et les différences entre ce système et le droit civil, n'arrangent pas les choses. Toujours est-il que le juge Dickson a clarifié la situation en affirmant que :

Les Indiens ont le droit, en common law, d'occuper et de posséder certaines terres dont le titre de propriété est finalement détenu par Sa Majesté. [...] Le droit des

c. *Ministre des Affaires Indiennes*, [1980] 1 C.F. 518, 107 D.L.R. (3d) 342 (1re inst.) [ci-après *Baker Lake* cité aux C.F.].

¹⁸La qualification de « underlying title » découle du fait qu'en droit anglais, le Roi est théoriquement le propriétaire ultime de toute terre. Il en était également ainsi dans toute colonie conquise. Cependant, la limitation à la vente ne découle pas de cette théorie mais plutôt de l'interdiction contenue dans la *Proclamation Royale* et d'autres documents.

¹⁹*St. Catherine's Milling and Lumber Co. c. R.*, (1888) 14 A.C. 46 aux pp. 54-55.

²⁰*A.G. Québec c. A.G. Canada*, [1921] 1 A.C. 401 à la p. 408 (C.P.). Voir aussi *Smith c. R.*, [1983] 1 R.C.S. 554 aux pp. 569-71, 147 D.L.R. (3d) 237, et surtout *Canadian Pacific Ltd. c. Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654 à la p. 677, 53 D.L.R. (4th) 487.

²¹*Guerin*, *supra*, note 8 aux pp. 378-82.

²²*Ibid.* à la p. 382.

Indiens se distingue donc surtout par son inaliénabilité générale et par le fait que Sa Majesté est tenue d'administrer les terres pour le compte des Indiens lorsqu'il y a eu cession de ce droit.²³

Il est donc maintenant clair que ce qu'on qualifiait de « personal and usufructary right » est, sous réserve de la faculté d'aliénation au profit des non-Indiens²⁴, un droit de propriété. Il est également hors de question qu'il s'agisse d'un privilège détenu durant bon plaisir. Le juge Dickson, dans l'arrêt *Guerin*, indique que seule une mesure législative peut éteindre le titre indien²⁵. Il indique également, dans l'arrêt *Sparrow*²⁶, que l'extinction du droit doit s'effectuer d'une façon claire et expresse.

2. La nature et le contenu des droits protégés par l'article 35

Jusqu'ici, nous n'avons parlé que de droits liés au territoire. Cette partie de la doctrine des droits ancestraux est probablement la plus riche, car c'est la plus ancienne et c'est sans doute celle qui a l'effet le plus important sur les relations entre autochtones et non-autochtones. Mais les droits ancestraux ne se limitent pas au titre ancestral.

Tout d'abord, les droits ancestraux comprennent certains « démembrements » du titre ancestral sur le territoire : le droit de chasser et de pêcher. Ces droits étaient fréquemment réservés aux autochtones dans les traités portant cession de territoire. Les autochtones s'assuraient ainsi de pouvoir perpétuer leur mode de vie basé sur la chasse et la pêche et le gouvernement pouvait coloniser les terres à sa guise. C'est un droit de ce genre (bien qu'indépendant de tout traité) qui a été revendiqué dans l'affaire *Sparrow*.

Mais limiter les droits ancestraux au territoire et à ses accessoires, c'est méconnaître la raison d'être de ce concept en droit public canadien. Comme l'affirme William Pentney, l'objectif de la constitutionnalisation de ces droits est de permettre aux nations autochtones de contrôler leur propre évolution et de préserver leur différence²⁷. C'est donc par une telle analyse de leur objet qu'il faut déterminer l'étendue des droits protégés par l'article 35. Par exemple, des droits concernant le membership du groupe, le « droit de la famille »²⁸, le main-

²³*Ibid.*

²⁴Mais les autochtones peuvent vendre ce titre à d'autres autochtones : « Understanding Aboriginal Rights, » *supra*, note 10 à la p. 742.

²⁵*Guerin, supra*, note 8 à la p. 377.

²⁶*Sparrow, supra*, note 5 à la p. 1099.

²⁷W. Pentney, « The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the *Constitution Act, 1982* — Part II — Section 35 : the Substantive Guarantee » (1988) 22 U.B.C.L. Rev. 207 à la p. 259.

²⁸Voir *Re Tagornak Adoption Petition* (1983), 50 A.R. 237, [1984] 1 C.N.L.R. 185 (N.W.T.S.C.), où le juge considère que le maintien des coutumes inuits en matière d'adoption est protégé par l'art. 35.

tien des coutumes²⁹, l'éducation et un certain niveau d'autonomie gouvernementale³⁰ sont probablement inclus dans l'expression « droits ancestraux ».

L'arrêt *Sparrow* nous éclaire peu sur l'étendue des droits protégés par l'article 35. Les développements dans le cadre du droit ancestral concernent plutôt l'extinction éventuelle de ce droit. Les juges Dickson et La Forest précisent seulement que la pêche au saumon constituait une activité très importante dans la culture Musqueam³¹. Un peu plus loin, ils soulignent également l'importance de tenir compte des conceptions autochtones du droit revendiqué :

il est possible et même crucial de se montrer ouvert au point de vue des autochtones eux-mêmes quant à la nature des droits en cause.³²

Cependant, la Cour suprême laisse croire que l'expression « droits ancestraux existants » pourrait comporter une limite interne. En effet, le mot « existants » signifierait que les droits seraient « confirmés dans leur état actuel plutôt que dans leurs simplicité et vigueur primitives »³³. Bien sûr, ceci permet aux autochtones d'exercer leurs droits d'une manière qui n'était pas possible il y a trois ou quatre siècles et de profiter des développements technologiques. Cependant, ceci laisse la porte ouverte à certaines limitations. L'idée qu'un droit ait un état actuel par opposition à un état primitif n'exclut pas que ce droit puisse se modifier sans l'intervention de qui que ce soit, simplement par l'évolution de l'usage que son titulaire en fait. Autrement dit, l'exercice d'un droit serait essentiel à sa reconnaissance actuelle. C'est là une proposition pour le moins étrange, et en tout cas contraire à l'opinion du juge Lamer dans l'arrêt *Sioui*, qui affirme que l'utilisation continue d'un traité n'est pas nécessaire à sa validité³⁴. Qu'en est-il, en effet, d'un droit qui n'a pas été exercé suite à une action gouvernementale illégale ? Que serait devenu un droit ancestral dont les autochtones auraient délaissé l'exercice sous la contrainte de la société blanche ? L'« état actuel » voudrait peut-être aussi dire que le droit ancestral doit s'exercer dans le contexte « actuel » de la société industrielle. Là encore, il s'agit d'une limitation interne, qui a plutôt sa place dans l'analyse de la justification d'une atteinte à un droit protégé.

²⁹Par exemple, dans l'affaire *Six Nations Traditional Hereditary Chiefs c. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, (20 février 1991), T-1144-88 (C.F. 1re inst.) [non-publiée], le juge Rouleau semble indiquer que le mode traditionnel de désignation des chefs pourrait être protégé par l'art. 35.

³⁰Dans l'arrêt *P.G. Canada c. Grand Chief Matthew Coon Come*, [1991] R.J.Q. 922 (C.A.), le juge LeBel va jusqu'à affirmer à la p. 939 que « l'article 35 introduirait une troisième composante dans le fonctionnement du fédéralisme canadien, qui devrait être prise en compte dans la répartition des pouvoirs, entre les législatures provinciales et le Parlement du Canada ».

³¹*Sparrow*, *supra*, note 5 à la p. 1094.

³²*Ibid.* à la p. 1112.

³³*Ibid.* à la p. 1093.

³⁴R. c. *Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025 à la p. 1066, 70 D.L.R. (4th) 427, rendu une semaine avant *Sparrow*.

L'arrêt *Sparrow* laisse la porte ouverte à un autre genre de limitation aux droits ancestraux. En effet, les juges ont limité les buts que peuvent poursuivre les autochtones dans l'exercice de ces droits. Ainsi, ils n'ont reconnu l'existence d'un droit de pêche qu'à des fins alimentaires et cérémoniales. Puisqu'aucune preuve directe n'a été faite de l'usage qu'entendait faire M. Sparrow du poisson pêché, il n'était pas nécessaire de se prononcer sur l'épineux problème de la pêche à des fins commerciales. Mais restreindre les fins auxquelles un droit ancestral peut être exercé s'accorde mal avec la théorie des droits ancestraux exposée par Slattery³⁵. De plus, il est presque impossible de déterminer les buts actuels du droit en fonction du mode de vie d'il y a quatre siècles. Entre autres, il serait erroné de dire que le commerce n'existait pas avant l'arrivée des Européens : les diverses tribus s'échangeaient certaines denrées dont elles avaient l'exclusivité de la production. Toutefois, une telle attitude ne concorde pas avec celle adoptée dans l'arrêt *Guerin*, où le juge Dickson, citant la Cour suprême des États-Unis, indique que les autochtones peuvent utiliser leurs terres « à leur gré »³⁶. On ne peut donc pas être certain si cette qualification du droit dans *Sparrow* ne résulte que d'une volonté de retenue judiciaire ou plutôt d'une limitation réelle des buts poursuivis dans l'exercice des droits ancestraux³⁷.

Les droits ancestraux présentent une caractéristique bien particulière : ce sont des droits collectifs³⁸. La simple lecture de l'article 35(1) nous apprend que les titulaires de ces droits sont les *peuples* autochtones du Canada³⁹. Ainsi, les droits ancestraux profitent à une sous-collectivité à l'intérieur de l'ordre juridique établi par la constitution canadienne. Aussi, certains droits ancestraux, comme la conservation du système juridique autochtone ou la détermination du statut de membre, sont collectifs par nature, car ils impliquent une interaction entre les membres d'une collectivité ; ils ne peuvent en aucun cas être exercés par un seul individu. Cette approche est d'ailleurs confirmée par le professeur Slattery⁴⁰, qui affirme que les droits ancestraux sont des droits collectifs qui régissent les rapports entre les groupes autochtones et la Couronne, les rapports

³⁵« Understanding Aboriginal Rights, » *supra*, note 10 aux pp. 746-47.

³⁶*Johnson, supra*, note 16 aux pp. 573-74, cité dans *Guerin, supra*, note 8 à la p. 378.

³⁷Ainsi, certains arrêts ont reconnu qu'un droit ancestral de pêche pouvait s'exercer à des fins commerciales : *R. c. Commanda*, (23 août 1990), DCO 787/89 [non-publiée] (Ont. Dist. Ct.) [ci-après *Commanda*], bien qu'en général l'attitude des tribunaux soit contraire. Voir, par exemple, les commentaires du juge La Forest dans *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85 aux pp. 138 et 145, 71 D.L.R. (4th) 193 [ci-après *Mitchell* cité aux R.C.S.].

³⁸Notre analyse des droits collectifs est basée sur le texte de P. Carignan, « De la notion de droit collectif et de son application en matière scolaire au Québec » (1984) 18 R.J.T. 1.

³⁹Mais, assez curieusement, l'art. 35(4) énonce que les droits de 35(1) sont également garantis aux *personnes* des deux sexes. Cet article n'en est d'ailleurs pas à une incohérence près : il dit que ces droits sont *garantis* alors que 35(1) dit plutôt qu'ils sont *reconnus et confirmés*. Il ne faut pas, à notre avis, se formaliser de ces différences.

⁴⁰« Understanding Aboriginal Rights, » *supra*, note 10 à la p. 745, et Pentney, *supra*, note 27 à la p. 258.

individuels entre les membres du groupe demeurant régis par le système juridique autochtone.

Cette caractérisation ne met pas fin à l'enquête. Il faut se demander si le droit collectif est attribué au groupe en tant que tel, ou plutôt à ses membres à cause de leur appartenance à ce groupe. Ceci peut sembler académique, mais cette question en soulève deux autres. Premièrement, un droit attribué au groupe lui-même doit nécessairement faire l'objet d'une revendication collective. L'individu isolé ne peut s'en prévaloir. C'est sans doute pour cette raison que la plupart des demandes concernant la revendication, au civil, de droits ancestraux sont présentées par un grand nombre d'individus appartenant à une bande indienne⁴¹ ou encore par les membres du conseil de bande, agissant au nom de la collectivité⁴². La seule exception permise à cette règle de la revendication collective est celle où un accusé, dans un procès pénal, invoque en défense l'inconstitutionnalité d'une loi ou d'un règlement⁴³, comme c'était le cas dans l'affaire *Sparrow*.

Deuxièmement, si les droits ancestraux sont attribués à une collectivité en tant que telle, il faut déterminer la taille de cette collectivité. L'article 35(1) parle de « peuples autochtones ». Qu'est-ce qu'un peuple ? Une bande indienne au sens de la *Loi sur les Indiens*⁴⁴ est-elle un peuple compétent pour revendiquer de tels droits ? Si l'on se fie à l'affaire *Guerin*, la réponse semble affirmative. Cependant, il faut bien se garder de conclure à l'identité peuple — bande. Maintes situations peuvent survenir où un peuple autochtone est divisé en plusieurs bandes.⁴⁵ Il faudra alors déterminer l'unité appropriée qui bénéficie du droit.

Un passage de l'arrêt *Sparrow* nous incite à croire que le titulaire du droit, c'est le groupe et non l'individu :

Les droits de pêche ne sont pas des droits de propriété au sens traditionnel. Il s'agit de droits qui *appartiennent à un groupe* et qui sont en harmonie avec la culture et le mode de vie de ce groupe (nos italiques).⁴⁶

Bien que cette affirmation ne soit pas déterminante, puisque *Sparrow* pouvait de toute façon contester individuellement la validité du règlement, la Cour

⁴¹Par exemple, *Calder c. A.G. British Columbia*, [1973] R.C.S. 313, 34 D.L.R. (3d) 145 [ci-après *Calder* cité aux R.C.S.] et *Baker Lake*, *supra*, note 17.

⁴²Voir par exemple, l'en-tête de l'affaire *Guerin*, *supra*, note 9 à la p. 336. Pour une revue de la jurisprudence relative à l'intérêt des bandes pour poursuivre, voir *Johnson c. Canada*, [1990] 1 C.F. 275 [sub. nom. *Muchalat Indian Band c. Canada*, 30 F.T.R. 120] (1re inst.).

⁴³R. e. *Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295 aux pp. 312-16, 18 D.L.R. (4th) 321 [ci-après *Big M Drug Mart* cité aux R.C.S.].

⁴⁴*Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, c. I-5.

⁴⁵Par exemple, le peuple Mohawk comprend notamment les bandes de Kahnawake, Kanasatake et Akwesasne.

⁴⁶*Sparrow*, *supra*, note 5 à la p. 1112.

indique clairement que le droit appartient au groupe par opposition à ses membres.

3. L'existence d'un droit ancestral

Le mot « existants » dans l'article 35 a donné lieu à de nombreux débats. Certains prétendaient⁴⁷ que les droits ancestraux étaient constitutionnalisés dans la mesure précise où ils étaient réglementés le 17 avril 1982. Selon eux, toutes les lois qui à cette date limitaient des droits ancestraux sont valides et ce n'est que si une loi plus sévère est adoptée que l'on pourra parler de violation. L'arrêt *Sparrow* a réfuté cette école de pensée, principalement à cause de la disparité de règlements qui auraient ainsi été constitutionnalisés. Les juges Dickson et La Forest ont plutôt opté pour l'avis de certains professeurs⁴⁸, qui prétendaient que le mot « existants » signifiait simplement « qui n'ont pas été éteints ».

Ceci nous ramène à l'épineuse question du mode d'extinction d'un droit ancestral. Depuis l'entrée en vigueur de l'article 35, il est clair que ces droits ne peuvent plus être abrogés sans le consentement des autochtones⁴⁹. Tout le problème réside dans l'extinction antérieure à 1982. Bon nombre d'arrêts avaient décidé qu'une telle extinction pouvait être implicite ou se déduire par implication nécessaire d'une loi⁵⁰. L'arrêt *Sparrow* a mis fin à la controverse : « l'intention du Souverain d'éteindre un droit ancestral doit être claire et expresse », et c'est le gouvernement qui a le fardeau de cette preuve⁵¹. Les juges ne disent cependant pas si cette intention doit se manifester dans une loi ou si un règlement ou un acte de prérogative suffit. Cependant, dans *Guerin*, le juge Dickson semblait dire qu'une loi était nécessaire⁵².

Dans l'affaire *Sparrow*, le gouvernement fédéral a tenté de prouver l'extinction du droit ancestral par la mise en place d'un « code législatif complet » pour régir l'ensemble des pêcheries en Colombie-Britannique. L'extinction devait « nécessairement s'inférer » de ces lois qui ne laissaient, dit-on, aucune place à un droit ancestral. Mais la Cour ne l'a pas entendu ainsi. Elle a plutôt décidé qu'il y avait une différence entre réglementer l'exercice d'un droit et éteindre (ou exproprier) ce même droit. Ainsi, elle renverse implicitement l'opi-

⁴⁷R. c. *Eninew* (1984), 28 Sask. R. 168, 1 D.L.R. (4th) 595 (Q.B.) à la p. 598, confirmé pour d'autres motifs par (1984), 32 Sask. R. 237, 10 D.L.R. (4th) 137 (C.A.).

⁴⁸B. Slattery, « The Constitutional Guarantee of Aboriginal and Treaty Rights » (1983) 8 Queen's L.J. 232 aux pp. 261-62 ; K. McNeil, « The Constitutional Rights of the Aboriginal Peoples of Canada » (1982) 4 Sup. Ct. L. Rev. 218.

⁴⁹Slattery, *ibid.* aux pp. 255-56.

⁵⁰*Calder, supra*, note 41 aux pp. 333-34, M. le juge Judson ; *Baker Lake, supra*, note 17 aux pp. 565-68, A.G. *Ontario c. Bear Island Foundation* (1989), 68 O.R. 394, 58 D.L.R. (4th) 117 aux pp. 135-36 (C.A.).

⁵¹*Sparrow, supra*, note 5 à la p. 1099.

⁵²*Guerin, supra*, note 8 à la p. 377.

nion du juge Judson qui, dans l'arrêt *Calder*⁵³, avait considéré que l'intention de la province d'assumer un contrôle complet sur le territoire, en établissant un mécanisme de concession de terres, était suffisant pour y éteindre tout droit ancestral. Il s'agit donc d'un test extrêmement sévère, qui rend donc possible la subsistance d'un nombre important de droits ancestraux, étant donné le fait qu'il est rare que des lois les aient expressément éteints.

Quels sont les critères relatifs à la preuve de l'existence d'un droit ancestral ? La Cour est peu loquace à ce sujet. À tout le moins, elle affirme qu'on ne doit pas tenir compte de la réglementation actuelle afin de déterminer l'étendue du droit. C'est une conséquence logique du rejet de la théorie de la « réglementation figée ».

L'arrêt *Baker Lake*⁵⁴ avait défini quatre critères à remplir pour prouver l'existence d'un droit ancestral sur le territoire. On peut sans doute les appliquer, en les adaptant, à d'autres types de droits ancestraux. Ce sont : (1) l'existence d'une société suffisamment organisée ; (2) l'occupation du territoire précis qui fait l'objet de la réclamation ; (3) une occupation exclusive de ce territoire et (4) une occupation depuis l'époque où l'Angleterre est devenue souveraine sur ce territoire⁵⁵. Sans se prononcer directement sur la validité de ces critères, l'arrêt *Sparrow* semble les assouplir quelque peu. En effet, les juges ne parlent que d'un « exercice ininterrompu suffisant » au lieu d'utiliser la formule classique de l'exercice « depuis des temps immémoriaux »⁵⁶. Ceci tend à accréditer la thèse de Brian Slattery qui prétend qu'une période limitée, peut-être aussi courte que de vingt à cinquante ans, serait suffisante pour établir un droit ancestral⁵⁷. En fait, la qualité et la permanence de la relation des autochtones avec le territoire serait plus importante que sa durée.

Aussi, le critère de l'occupation exclusive peut être mis en doute puisque le rapport de l'anthropologue présenté en preuve révélait que l'occupation par les Musqueams de leur territoire ancestral n'avait jamais été totalement exclusive. D'autres bandes indiennes venaient y pêcher et les Musqueams eux-mêmes empiétaient sur le territoire des autres bandes. Un critère moins exigeant se profile donc dans *Sparrow* : l'utilisation et le contrôle substantiel du territoire⁵⁸.

⁵³*Calder, supra*, note 41.

⁵⁴*Baker Lake, supra*, note 17.

⁵⁵*Ibid.* aux pp. 557-58.

⁵⁶*Sparrow, supra*, note 5 à la p. 1095. D'ailleurs, dans le récent arrêt *P.G. Ontario c. Bear Island Foundation* (15 août 1991), no. 21435 (C.S.C.), la Cour désapprouve l'application, par le juge de première instance, des critères de *Baker Lake*. Ceci confirme l'assouplissement déjà apparent dans *Sparrow*.

⁵⁷« Understanding Aboriginal Rights, » *supra*, note 10 aux pp. 758-60.

⁵⁸D'ailleurs, dans l'affaire *Delgamuukw c. British Columbia*, [1991] 3 W.W.R. 97 [ci-après *Delgamuukw*], le juge McEachern, à la page 388, a expressément mis en doute la nécessité de remplir ce critère et a envisagé la possibilité que deux communautés aient un titre sur la même région.

Pour résumer, les droits ancestraux sont des droits collectifs de common law⁵⁹ qui existent indépendamment de toute reconnaissance étatique. Ils découlent de l'occupation et de l'utilisation du territoire par les autochtones. Avant 1982, ils ne pouvaient être éteints que par une législation « claire et expresse ».

B. L'atteinte à un droit ancestral

En franchissant la première étape, nous avons constaté l'existence d'un droit ancestral protégé par l'article 35 et nous en avons tant bien que mal délimité les contours. L'étape suivante de l'analyse consiste à se demander si ce droit a été violé.

Signalons qu'il est fort probable que cette étape et la suivante soient applicables à la fois aux droits ancestraux et aux droits issus de traités. Rien ne distingue les deux catégories, hormis la source du droit garanti. Puisque par ailleurs le mécanisme de protection est le même, la logique commande que l'analyse se déroule de la même manière. C'est d'ailleurs ce qu'ont reconnu certains tribunaux dans des décisions postérieures à *Sparrow*.⁶⁰

C'est à celui qui revendique un droit ancestral qu'il revient de prouver une violation à première vue⁶¹. Pour ce faire, on doit analyser l'objet et l'effet de la mesure législative et de la mesure réglementaire contestées.

La Cour suprême expose ensuite un critère dans des termes assez flous. Elle indique trois questions pertinentes :

Premièrement, la restriction est-elle déraisonnable ? Deuxièmement, le règlement est-il indûment rigoureux ? Troisièmement, le règlement refuse-t-il aux titulaires du droit le recours à leur moyen préféré de l'exercer ?⁶²

Les juges Dickson et La Forest poursuivent plus loin :

Le critère nécessite plutôt qu'on se demande si, de par son objet ou son effet, la restriction imposée quant à la longueur des filets porte atteinte inutilement aux intérêts protégés par le droit de pêche.⁶³

On nage en pleine confusion. Tout d'abord, la deuxième citation se ramène à ceci : il y a violation d'un droit s'il y a atteinte à ce droit. Bel étalage de syno-

⁵⁹Même s'ils découlent de la common law, ces droits s'appliquent également au Québec, car il s'agit ici d'un domaine de droit public. Voir « Understanding Aboriginal Rights, » *supra*, note 10 à la p. 732 et s.

⁶⁰*R. c. Joseph*, [1990] 4 C.N.L.R. 59 (B.C.S.C.) ; *R. c. McIntyre*, [1991] 2 C.N.L.R. 146 (Sask. Prov. Ct.).

⁶¹*Sparrow*, *supra*, note 5 à la p. 1112.

⁶²*Ibid.*

⁶³*Ibid.* aux pp. 1112-13.

nymes. Malgré cela, les commentaires de juges laissent croire que le test est souple et qu'une démonstration rigoureuse des effets néfastes n'est pas nécessaire. Mais les deux passages cités semblent également inclure une mesure de justification dès l'étape de l'examen de la violation du droit. Si un règlement qui « porte atteinte inutilement aux intérêts protégés » viole le droit, qu'en est-il d'un règlement qui y porte atteinte, mais utilement cette fois ? Par rapport à quoi mesure-t-on cette utilité ? Les juges évaluent donc déjà l'opportunité de l'atteinte. L'examen des deux premières questions du premier extrait cité ci-dessus aboutit au même résultat : le caractère déraisonnable ou indûment rigoureux d'un règlement n'est-il pas typique d'une analyse justificative ? Par analogie, on peut rappeler que la Cour suprême, dans l'analyse de l'article 15 de la *Charte*, interdisant la discrimination, a bien précisé que la victime n'a pas à prouver que la distinction opérée contre elle est déraisonnable. Toute tentative de justification doit être faite par le ministère public et se fonde sur l'article premier⁶⁴.

Nous croyons qu'il faut faire abstraction de toute question de justification lorsqu'on se demande si un droit garanti a été violé. Procéder autrement risquerait d'exiger un début de preuve de justification de la part des autochtones, alors qu'en théorie, c'est le gouvernement qui assume ce fardeau dans ce qui constitue une troisième étape distincte. Il nous semble que la preuve de la violation d'un droit n'a besoin d'aucun « critère ». Une violation demeure une violation même si certains la jugent raisonnable ou utile.

C. *La justification d'une atteinte à un droit ancestral*

Une fois prouvée la violation d'un droit, la Couronne doit démontrer⁶⁵ que cette violation est justifiée si elle veut éviter que la loi soit déclarée inopérante en vertu de l'article 52 de la *Constitution*.

Le test développé dans *Sparrow* concerne les lois et les mesures réglementaires. Ceci laisse en plan la question des violations par la conduite d'un agent de l'État non autorisée par une loi, des violations commises par une partie privée, ou d'autres violations qui ne découleraient pas d'une règle de droit. Par exemple, l'État peut avoir occupé des terres grevées d'un titre ancestral sans avoir légalement éteint celui-ci. On peut penser que, tout comme dans le cas de la *Charte*, une telle violation donne immédiatement ouverture à réparation, sans qu'on ait à se demander si elle était justifiée. Mais il faudra alors trouver un mécanisme approprié, car l'article 24 de la *Charte*, qui prévoit qu'un tribunal compétent peut accorder une réparation convenable en cas de violation d'un

⁶⁴*Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143 à la p. 182, 56 D.L.R. (4th) 1.

⁶⁵Sur le fardeau de la preuve, voir *Sparrow, supra*, note 5 à la p. 1110.

droit garanti, ne s'applique pas à l'article 35. Peut-être que les juges ne verront pas là un obstacle : comme on le verra, ils ont bien appliqué, sans trop le dire, le test de l'article 1 à un droit qui ne fait pas partie de la *Charte*.

La Cour, dans une curieuse allusion⁶⁶, a laissé entendre que le test ne s'appliquerait qu'aux lois fédérales. Les autochtones bénéficieraient d'une protection encore plus grande face aux lois provinciales. À notre avis, ceci n'a rien à voir avec l'article 35. On sait que les provinces n'ont pas la compétence constitutionnelle pour porter atteinte à la « quiddité indienne »⁶⁷, ni légiférer directement en rapport avec les Indiens ou les terres qui leur sont réservées. Cependant, l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*⁶⁸ incorpore dans le droit fédéral les lois provinciales d'application générale touchant les Indiens, à certaines conditions. C'est donc en tant que lois fédérales que ces lois passeront le test de l'article 35. Si certaines lois provinciales ne s'appliquent pas aux autochtones, c'est simplement parce qu'elles sont invalides au regard du partage des compétences et ne remplissent pas les conditions de l'article 88 pour être introduites dans le droit fédéral.

1. Premier critère : la régularité de l'objectif

Les juges examinent d'abord l'objectif poursuivi par la loi et par le règlement pour déterminer s'il est « régulier ». Le terme « objectif régulier » est un fantôme tout droit sorti de la jurisprudence relative à la *Déclaration canadienne des droits*⁶⁹. Il signifiait à peu près un objectif constitutionnellement valide au regard du partage des compétences. Cela avait pour effet d'empêcher l'invalidation des lois fédérales, car la vaste majorité d'entre elles ont été adoptées dans la poursuite d'un objectif qui relève du champ de compétence du Parlement fédéral. Mais dans ce cas-ci, le test semble plus sévère. Les juges semblent faire le lien entre l'importance de l'objectif et sa régularité⁷⁰. Ils parlent aussi d'objectifs « impérieux et réels »⁷¹.

Pour mieux nous éclairer sur ce que peut être un objectif régulier, la Cour nous donne des exemples. Tout d'abord, la conservation et la gestion des ressources sont reconnues comme des objectifs réguliers. Aussi, la préservation d'autres droits ancestraux dont l'exercice serait menacé, ainsi que la protection physique des autochtones et du public en général seraient des objectifs réguliers. Pour ce qui est du dernier cas, les juges ont sans doute à l'esprit la réglemen-

⁶⁶*Ibid.* à la p. 1105.

⁶⁷*Dick c. R.*, [1985] 2 R.C.S. 309, 23 D.L.R. (4th) 33.

⁶⁸*Loi sur les Indiens, supra*, note 44.

⁶⁹*Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. 1985, app. III.

⁷⁰*Sparrow, supra*, note 5 à la p. 1114.

⁷¹*Ibid.* à la p. 1113.

tation des armes à feu qui vise la protection du public, même si elle pourrait violer un droit ancestral de chasse⁷².

Par contre, l'intérêt public en général, tel que retenu par la Cour d'appel, ne constitue pas un objectif suffisamment précis pour justifier une atteinte à un droit ancestral. On peut donc penser que l'application de ce critère sera sévère et que les juges devront se demander, tout comme pour le test de l'article 1 de la *Charte*⁷³, si l'objectif allégué est suffisamment important pour justifier la restriction d'un droit reconnu et confirmé. D'ailleurs, plus loin dans l'arrêt, les juges laissent entendre que les objectifs « cachés » seront évalués. Ainsi, si on découvre qu'une loi a été adoptée dans le but de porter atteinte à un droit ancestral, on ne pourra pas considérer qu'elle a un objectif régulier. Un exemple possible de cette situation est une restriction sur la longueur des filets justifiée non pas par la conservation du poisson, mais plutôt par le désir d'empêcher les autochtones de vendre leur poisson⁷⁴. Ceci suggère donc qu'il faille démontrer non seulement un objectif régulier, mais aussi un lien rationnel entre la mesure adoptée et cet objectif.

Il convient de signaler que dans les quelques arrêts qui ont appliqué le test de *Sparrow*, les juges s'intéressent non seulement à l'objectif de la loi ou du règlement attaqués, mais aussi à la pratique gouvernementale et à l'attitude réelle de l'administration face aux autochtones⁷⁵.

2. Deuxième critère : l'honneur de la Couronne

La seconde partie du test porte un titre plutôt étrange pour le juriste peu familier avec la jurisprudence relative aux droits ancestraux. Les juges l'énoncent ainsi :

La façon de réaliser un objectif législatif doit préserver l'honneur de Sa Majesté et doit être conforme aux rapports contemporains uniques, fondés sur l'histoire et les politiques, qui existent entre la Couronne et les peuples autochtones du Canada.⁷⁶

Les rapports spéciaux de fiduciaire et la responsabilité du gouvernement envers les autochtones doivent être le premier facteur à examiner en déterminant si la mesure législative ou l'action en cause est justifiable.⁷⁷

⁷²Par exemple, dans *Simon, supra*, note 2 à la p. 414, le juge Dickson précise que le droit de chasse de Simon comprend le droit de transporter une carabine, pour autant que cela se fasse de façon sécuritaire.

⁷³*Big M Drug Mart, supra*, note 43 à la p. 352.

⁷⁴Voir *R. c. Richardson and Wilson*, (août 90), (B.C.P.C.) [non-publiée], cité dans *R. c. Nikal*, [1991] 51 B.C.L.R. (2d) 247, [1991] 1 C.N.L.R. 162 (B.C.S.C.) [ci-après *Nikal*].

⁷⁵Voir entre autres *R. c. Joseph*, (7 février 1991), 89-02802 (Y.T.C.) [non-publiée] [ci-après *Joseph*] et *Nikal, ibid.*

⁷⁶*Sparrow, supra*, note 5 à la p. 1110.

⁷⁷*Ibid.* à la p. 1114.

La notion d'obligation de fiduciaire est centrale à ce raisonnement. Au début, cette notion découlait des rapports tuteur-pupille que la *Loi sur les Indiens*⁷⁸ semblait mettre en oeuvre entre le gouvernement fédéral et les autochtones⁷⁹. Ainsi, un tuteur est tenu, en common law, d'agir dans l'intérêt de son pupille. Une action gouvernementale qui brimait les intérêts des autochtones pouvait donc donner lieu à une action en dommages. On a maintenant trouvé une origine plus moderne — et plus respectueuse des autochtones — à cette obligation. Selon l'arrêt *Guerin*, elle découlerait de l'engagement historique de la Couronne à protéger les droits des autochtones⁸⁰. Cet engagement s'est traduit, entre autres, par la restriction à l'aliénabilité des terres indiennes, qui visait à protéger les autochtones des colons avides de profit. Il s'est aussi traduit par les nombreux traités par lesquels les autochtones se mettaient sous la protection de la Couronne britannique et renonçaient à la guerre.

Il s'ensuit que le gouvernement doit toujours agir avec une attitude de respect envers les autochtones. En particulier, le législateur ne pourra plus simplement ignorer la situation particulière des autochtones lorsqu'il édicte une loi. Ceci signifie qu'il doit accorder un traitement spécial aux autochtones et tenir compte de leurs besoins particuliers. Il s'agit donc d'un véritable droit à la différence : le gouvernement ne peut pas édicter de règles qui présument que les droits ancestraux n'existent pas⁸¹. Une règle de droit qui affecte un droit ancestral pour la seule raison qu'elle s'applique uniformément à tous les citoyens serait ainsi invalide.

Dans le cas particulier de l'allocation d'une ressource rare, la Cour suprême a conclu qu'une théorie de la priorité constitutionnelle découlait de l'obligation de fiduciaire⁸². Cette priorité est l'expression de l'attention particulière que le législateur a l'obligation de porter aux droits ancestraux, en leur donnant un statut plus élevé qu'aux droits « ordinaires ». Cette théorie, d'abord mise de l'avant par le juge Dickson dans l'arrêt *Jack*⁸³, a été reprise par la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse dans l'arrêt *Denny*⁸⁴. En la faisant sienne, la Cour suprême a établi l'ordre de priorité suivant : en premier lieu, les mesures de conservation ; ensuite, la pêche par les autochtones à *des fins d'alimentation* ; après cela, la pêche par les autres groupes (pêcheurs sportifs et commerciaux). Les juges ne parlent pas de la pêche par les autochtones à des fins commerciales.

⁷⁸*Loi sur les Indiens, supra*, note 44.

⁷⁹*St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Ltd. c. R.*, [1950] R.C.S. 211 à la p. 219, 2 D.L.R. 225, M. le juge Rand : « these aborigenes are, in effect, wards of the State, whose care and welfare are a political trust of the highest obligation ».

⁸⁰*Guerin, supra*, note 8 à la p. 383. Voir également *Mitchell, supra*, note 37 à la p. 130.

⁸¹*Joseph, supra*, note 75.

⁸²*Sparrow, supra*, note 5 aux pp. 1115-17.

⁸³*Jack et Charlie c. R.*, [1980] 1 R.C.S. 294 à la p. 313, 100 D.L.R. (3d) 193, M. le juge Dickson.

⁸⁴*Denny, Paul et Silliboy c. R.*, (1990) 55 C.C.C. (3d) 322 à la p. 339-41, 2 C.N.L.R. 115 (N.S.C.A.).

On peut croire qu'ils ne sont pas prêts à lui accorder une priorité supérieure à celle des autres groupes. Mais ceci laisse un grave problème non résolu : comment déterminer la classe de droits ancestraux qui méritent une priorité constitutionnelle ? Comment justifier que d'autres droits puissent faire l'objet d'une réglementation comme s'ils n'étaient pas protégés ? Si la Cour persiste dans l'application sélective de la théorie de la priorité constitutionnelle, elle devra inévitablement hiérarchiser les droits ancestraux. Sur quelle base le fera-t-elle ? La définition large des droits ancestraux risque ici d'en prendre pour son rhume, et de céder la place aux droits « prioritaires », beaucoup moins nombreux.

Qu'arrivera-t-il au critère de l'honneur de Sa Majesté lorsqu'il sera interprété par les tribunaux inférieurs ? Il est fort probable que ceux-ci y verront une copie déguisée du critère de proportionnalité utilisé dans le test de l'article 1 de la Charte canadienne⁸⁵. La tentation sera forte de s'en remettre à une méthode éprouvée, car la ressemblance est grande entre les deux tests. En effet, tous deux se divisent en deux critères, soit l'importance de l'objectif et la justification des moyens. De plus, le respect de l'obligation de fiduciaire n'est pas en soi un critère très éclairant pour déterminer si une disposition qui viole un droit protégé est justifiable.

3. Autres critères

La Cour suprême précise que les deux critères dont on vient de traiter ne sont pas exhaustifs. Elle mentionne trois autres questions qu'on doit se poser « selon les circonstances »⁸⁶.

En premier lieu, un autre relent du test de l'article 1 de la *Charte* : l'atteinte minimale. Ce critère exige que l'on se demande s'il existe d'autres moyens d'atteindre l'objectif déclaré, moyens qui minimisent la violation du droit ancestral. Mais ce n'est pas un critère univoque. En effet, la Cour suprême l'a appliqué avec une sévérité variant selon l'importance du droit revendiqué par rapport aux valeurs sous-jacentes, selon qu'il s'agit d'une affaire de droit criminel ou de politique sociale et selon les répercussions politiques de la cause⁸⁷. De plus, la formulation par le juge de l'objectif législatif prédétermine sa décision quant à l'atteinte minimale⁸⁸.

Les juges indiquent ensuite qu'il faut examiner la justesse de la compensation en cas d'expropriation. Cet énoncé soulève une question fort importante :

⁸⁵Voir par exemple *Nikal*, *supra*, note 74, où M. le juge Millward insiste sur l'absence de lien rationnel entre la mesure adoptée et l'objectif de conservation recherché et sur la possibilité d'utiliser d'autres moyens pour atteindre cet objectif.

⁸⁶*Sparrow*, *supra*, note 5 à la p. 1119.

⁸⁷A. Lajoie et H. Quillinan, « Emerging Constitutional Norms : Continuous Judicial Amendment of the Constitution » (1991) *J. of L. and Contemp. Probs.* [à paraître].

⁸⁸P.W. Hogg, « Section 1 Revisited » (1991) *1 Nat. J. Const. L.* 1 à la p. 5.

l'expropriation d'un droit ancestral est-elle contraire à l'article 35 ou est-elle permise ? Fait-on plutôt référence à des expropriations qui ont eu lieu avant 1982 ? On peut soutenir que le test de justification ne devrait pas s'appliquer à une expropriation. En effet, dans l'affaire *Quebec Protestant School Boards*⁸⁹, la Cour suprême a décidé qu'une *négation* totale d'un droit garanti par la *Charte* ne donne pas lieu à l'application de l'article premier, celui-ci ne pouvant justifier que de simples *restrictions*. Or, il est difficile de qualifier une expropriation de simple restriction à un droit. Il s'agit sans doute du meilleur exemple de *négation*. La meilleure manière d'interpréter ce passage, selon nous, est de conclure que les expropriations étaient valides avant 1982, mais que des droits ancestraux pourraient subsister si aucune compensation n'a été payée.

Le critère supplémentaire le plus intéressant est sans doute celui de la consultation. En effet, à cause de leur relation traditionnelle avec la terre et ses ressources, les autochtones ont leur mot à dire dans l'élaboration des règlements qui les concernent. Ce critère exige donc que les discussions entre l'administration et les groupes autochtones ne dégénèrent pas en dialogue de sourds où c'est le gouvernement qui a toujours le dernier mot⁹⁰.

La Cour suprême ne s'est donc pas trop éloignée des sentiers battus dans l'élaboration du test destiné à justifier les violations des droits reconnus par l'article 35. On y rencontre de vieilles connaissances : objectif important, atteinte minimale. Le seul élément original est l'honneur de la Couronne : l'État a l'obligation de tenir compte des droits des autochtones dans l'élaboration de ses lois.

II. La décision *Sparrow* dans son contexte politique

La décision de la Cour suprême dans l'affaire *Sparrow* est éminemment politique. Comment pourrait-il en être autrement ? En 1982, puis en 1983, le constituant a intégré la notion extrêmement floue de droits ancestraux dans la loi fondamentale du pays. On peut interpréter ce geste de deux façons : soit l'article 35 est une déclaration d'intention constitutionnelle dont le contenu réel devait être précisé plus tard, soit il s'agit d'une garantie opératoire en elle-même. Dans la première hypothèse, la Cour s'est arrogé un pouvoir que les rédacteurs de la constitution n'entendaient pas lui conférer : il s'agit donc d'un choix délibéré des valeurs qui méritent une protection supralégislative. Quoi de plus politique ? Dans le second cas, la Cour ne s'est pas donné une fonction

⁸⁹*P.G. Québec c. Québec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66 à la p. 86, 10 D.L.R. (4th) 321. Mais voir la critique de P. Monahan, *Politics and the Constitution : The Charter, Federalism and the Supreme Court of Canada*, Agincourt, Ont., Carswell, 1987 à la p. 63, qui affirme avec raison que dans la plupart des cas, la limite entre la restriction et la négation est indéfinissable.

⁹⁰Ce critère a été appliqué dans *Nikal*, *supra*, note 74, et dans *Joseph*, *supra*, note 75.

politique, mais elle se l'est fait attribuer par le constituant. En effet, l'utilisation d'une phrase de deux lignes pour structurer un domaine aussi complexe du droit ne peut que constituer une « délégation » de pouvoir politique : on laisse à la Cour le soin de déterminer quels droits il est opportun de protéger, ainsi que la manière appropriée de les protéger. Il serait bien illusoire de prétendre que, ce faisant, la Cour ne porte pas de jugement de valeur.

Mais puisque la Cour assume une fonction politique, il est normal qu'elle tente de se légitimer en faisant accepter sa décision par le plus grand auditoire possible. L'analyse rhétorique est une méthode qui cherche à faire apparaître les moyens qu'utilise le juge afin de mieux convaincre, de susciter une plus grande adhésion à sa décision. Dans le domaine juridique, elle a été élaborée, entre autres, par Marc Gold, qui l'a appliquée aux premières décisions de la Cour suprême concernant la *Charte*⁹¹. Nous tenterons de nous inspirer de cette méthode afin de découvrir certains aspects obscurs de l'arrêt *Sparrow* et de comparer l'effet réel de cette décision avec son effet apparent, l'effet que les juges voudraient bien que l'on retienne.

A. *L'effet réel de l'arrêt Sparrow et ses fondements juridiques*

Certains entrevoient le risque que la décision *Sparrow* élargisse exagérément l'étendue des droits protégés par l'article 35, ce qui forcerait la Cour à rendre moins efficace le mécanisme de protection⁹². Constitutionnaliser trop de droits risque de les banaliser. Un processus semblable peut être décelé quant aux droits garantis dans la *Charte* : l'énorme étendue de ceux-ci contraste avec l'affaiblissement graduel du test de l'article 1.

Pendant, une analyse minutieuse de *Sparrow* démontre que la Cour suprême se garde toutes les portes ouvertes afin de limiter à la fois l'étendue des droits protégés et l'efficacité de leur protection. Elle désire conserver une importante marge de manoeuvre étant donné les conséquences incalculables qu'auraient des affirmations trop générales en ce domaine.

1. La limitation potentielle de la portée des droits

La principale restriction traditionnellement apportée aux droits des autochtones concerne les buts que poursuivent les autochtones en les exerçant. Lors de la signature des traités entre le gouvernement fédéral et les autochtones au siècle dernier, il était de pratique courante de réserver à ceux-ci un droit de chasse et de pêche sur les territoires qu'ils cédaient à la Couronne. En général, aucune limitation n'était apportée à l'exercice de ces droits. Tout au plus, on prévoyait

⁹¹M. Gold, « La rhétorique des droits constitutionnels » (1988) 22 R.J.T. 1.

⁹²W.I.C. Binie, « The Sparrow Doctrine : Beginning of the End or End of the Beginning ? » (1990) 15 Queen's L.J. 217.

qu'ils seraient exercés « comme à l'habitude ». Cependant, lors de l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1930*⁹³, ces droits furent soumis à une restriction importante : les autochtones ne pouvaient maintenant chasser que « pour se nourrir »⁹⁴. Les tribunaux ont interprété ce bout de phrase d'une manière assez stricte. Toute forme d'échange, même isolé, est interdite⁹⁵. Par la suite, lorsque la *Loi sur les pêcheries*⁹⁶ a reconnu aux Indiens un droit de pêcher, ce fut à des fins d'alimentation seulement.

Même si la Cour suprême dit qu'il faut aborder la question des droits ancestraux sans faire référence aux concepts traditionnels et en tenant compte du point de vue des autochtones⁹⁷, elle refuse de se prononcer sur l'existence d'un droit ancestral de pêche à des fins commerciales : elle limite la portée de ses motifs à un droit ancestral ne visant que des fins d'alimentation et de cérémonies religieuses.

Ceci montre bien que la Cour semble réticente à accorder une aussi grande protection à la pêche commerciale qu'à la pêche à des fins d'alimentation. Une telle situation risque également de survenir chaque fois que les autochtones revendiqueront des droits qu'on associe mal à leur prétendu « mode de vie traditionnel » : par exemple, des droits à l'exploitation des ressources naturelles ou des droits de possession exclusive du territoire⁹⁸. Nous allons donc relever les possibilités de limitation qu'offre l'arrêt *Sparrow*.

La première possibilité de restriction réside dans une modification de la théorie des droits ancestraux afin de limiter l'exercice des droits ancestraux reconnus aux fins auxquelles ils servaient à une certaine époque prise comme « date de référence »⁹⁹. Cette façon de procéder comporte plusieurs désavantages. Premièrement, elle est contraire à un énoncé de principe de la Cour suprême dans l'affaire *Guerin*¹⁰⁰, ainsi qu'à la majeure partie de la doctrine traitant des droits ancestraux. Deuxièmement, sur quelle base doit-on déterminer la date qui sert de référence quant aux objectifs légitimes liés aux droits ancestraux ? Est-ce le moment où l'Angleterre a acquis la souveraineté sur le territoire en question ? Est-ce la date du premier contact entre autochtones et blancs ? Est-ce plutôt l'époque où les autochtones ont abandonné leur « mode

⁹³*Loi constitutionnelle de 1930*, L.R.C. 1985, app. II, no 26.

⁹⁴*Ibid.*, annexe 1, art. 13.

⁹⁵R. c. *Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901 à la p. 936, 5 W.W.R. 97.

⁹⁶*Loi sur les pêcheries*, *supra*, note 7.

⁹⁷*Sparrow*, *supra*, note 5 à la p. 1112.

⁹⁸Voir les motifs du juge La Forest dans *Mitchell*, *supra*, note 37 aux pp. 138 et 145, un arrêt rendu quelques semaines après *Sparrow*.

⁹⁹C'est essentiellement ce raisonnement qu'a adopté le juge McEachern dans l'affaire *Delgamuukw*, *supra*, note 59.

¹⁰⁰*Guerin*, *supra*, note 8 à la p. 378.

de vie traditionnel » ? Le choix d'une telle date serait fondamentalement arbitraire. Troisièmement, l'identification des fins poursuivies par les autochtones à l'époque de référence est une tâche extrêmement difficile. Non seulement exige-t-elle des recherches considérables, mais elle pose aussi le problème de la caractérisation, en termes modernes, des activités de l'époque. L'échange de denrées entre des membres de la même tribu, ou entre des membres de tribus différentes, constitue-t-il une activité commerciale assimilable, à notre époque, à la vente de poisson à des non-autochtones ? De plus, c'est là imposer un fardeau de preuve énorme aux groupes autochtones¹⁰¹. Quatrièmement, une telle méthode considère implicitement les autochtones comme une civilisation stagnante et figée. Or, c'est tout le contraire : de nombreuses recherches anthropologiques ont démontré que ces peuples, avant l'arrivée des blancs, évoluaient de façon constante¹⁰².

Un autre moyen pour limiter la portée des droits ancestraux serait d'interpréter le mot « existants » de l'article 35 comme signifiant que ces droits doivent être exercés dans le contexte de la société industrielle contemporaine. Les juges, dans *Sparrow*, semblent accrédi-ter cette hypothèse, en affirmant que les droits sont « confirmés dans leur état actuel plutôt que dans leurs simplicité et vigueur primitives »¹⁰³. Selon nous, cette méthode ne doit pas être retenue, car elle constitue un test de justification déguisé, imposant peut-être même le fardeau de la preuve aux autochtones. De plus, si la Cour emprunte cette voie, elle devra nécessairement développer une méthode d'analyse pour déterminer ce qu'est l'« état actuel » d'un droit ancestral. Ceci fera apparaître au grand jour les motifs qui incitent les juges à restreindre la portée des droits, minant ainsi la confiance que les autochtones accordent actuellement à la Cour suprême. On peut parier que cela n'est pas dans l'intention des juges.

La possibilité de restriction qui risque, selon nous, d'être favorisée par les juges est la suivante : le test de justification de l'atteinte serait plus facile à passer dans le cas de droits « économiques ». Ainsi, la Cour pourrait reconnaître, en apparence, l'existence du droit ancestral. Si celui-ci n'est pas effectif, ce serait uniquement à cause d'un objectif social d'importance majeure. Ce serait donc une sorte de prix de consolation pour les autochtones visés. C'est du reste cette approche qui a été implicitement adoptée quant aux droits garantis par la *Charte*. En effet, dans l'arrêt *Irwin Toy*¹⁰⁴, la Cour fait preuve de retenue face aux choix législatifs dans des domaines « polycentriques » où de nombreux

¹⁰¹Rappelons que c'est celui qui soutient l'existence d'un droit ancestral qui doit la prouver. Le fardeau n'est renversé que lorsque l'on traite de l'extinction éventuelle de ce droit par un acte gouvernemental.

¹⁰²Trigger, *supra*, note 9.

¹⁰³*Sparrow*, *supra*, note 5 à la p. 1093.

¹⁰⁴*Irwin Toy Ltd. c. P.G. Québec*, [1989] 1 R.C.S. 927, 58 D.L.R. (4th) 577 [ci-après *Irwin Toy* cité aux R.C.S.].

intérêts s'affrontent¹⁰⁵. Elle insiste sur la différence entre ces problèmes et les litiges criminels opposant directement l'État à un seul individu. Dans ce dernier cas, l'évaluation par la Cour de la justification de la mesure est facile : les juristes connaissent bien le fonctionnement du système de justice criminelle et sont à l'aise avec le contenu des garanties juridiques pertinentes. Mais dans le cas contraire, les juges ne disposent d'aucune expertise particulière qui leur permette d'évaluer l'effet de leur décision sur l'organisation sociale. Ceci explique qu'ils soient réticents à déclarer une loi inopérante en dehors du cadre criminel. On peut sans doute dire que l'affaire *Sparrow* se range dans la catégorie des litiges criminels, des litiges « faciles ». C'est pourquoi, à la suite de ce jugement de la Cour suprême, les tribunaux de première instance n'ont pas hésité à déclarer inopérantes des restrictions semblables au droit de pêche à des fins d'alimentation¹⁰⁶. Lorsque des causes plus complexes se présenteront devant les tribunaux, on peut croire que ces derniers hésiteront avant d'invalider des lois ou des règlements. On assistera donc à la création de deux catégories de droits ancestraux, différenciées par le niveau de protection dont ces droits bénéficient¹⁰⁷.

L'application de la théorie de la priorité constitutionnelle est un exemple potentiel de cette distinction. Si l'on reconnaît la priorité aux autochtones pour ce qui est de la pêche à des fins d'alimentation, il est loin d'être sûr qu'il en sera de même dans le cas de la pêche commerciale. Ce qui est inquiétant, c'est que cette différenciation entre les droits risque d'être occultée par une application plus ou moins mécanique du test de justification. Le droit existe mais il n'est pas protégé parce que, dira-t-on, le gouvernement a démontré que son objectif était régulier et que la mesure respectait l'honneur de Sa Majesté. La vraie raison, c'est que le juge aura décidé que le droit ancestral en cause ne mérite pas une protection de nature constitutionnelle dans le contexte de notre société. Les valeurs sur lesquelles il se sera fondé auront été complètement évacuées du processus.

2. La force variable du mécanisme de protection

L'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne fait pas partie de la *Charte*. Il est plutôt inclus dans la partie II de cette Loi, intitulée « Droits des peuples autochtones du Canada ».

¹⁰⁵*Ibid.* aux pp. 993-94. Voir aussi *McKinney c. University of Guelph* (1991), [1990] 3 R.C.S. 229, 76 D.L.R. (4th) 545 [ci-après *McKinney* cité aux D.L.R.].

¹⁰⁶Voir *Nikal*, *supra*, note 74, *Joseph*, *supra*, note 75, et *Commanda*, *supra*, note 37.

¹⁰⁷D'ailleurs, l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265 à la p. 284, 38 D.L.R. (4th) 508 [ci-après *Collins* cité aux R.C.S.], indique qu'il faut tenir compte de la nature du droit violé lorsqu'on se demande si on doit exclure (en vertu de l'article 24(2)) la preuve obtenue en violation d'un droit garanti dans la *Charte*. Ceci implique que certains droits, comme le droit à l'avocat, sont plus importants que d'autres.

Cette exclusion a pour conséquence d'empêcher l'application à l'article 35 de plusieurs mécanismes mis en place par la *Charte*. On peut penser, en premier lieu, à l'article 24¹⁰⁸, qui prévoit un recours en cas de violation d'un droit garanti. Aucun équivalent n'est prévu dans le cas des droits ancestraux. Les autochtones devront donc se rabattre sur les moyens procéduraux habituels — et les remèdes disponibles — de la province où ils résident. L'exclusion de la preuve dans une poursuite pénale, en vertu de l'article 24(2), ne sera pas non plus possible.

Cependant, les droits reconnus à l'article 35 ne sont pas soumis à l'article 33 de la *Charte*¹⁰⁹, qui prévoit des dérogations expresses par les législatures et le Parlement. Le seul moyen de déroger à de tels droits est donc l'amendement constitutionnel. De plus, l'article 32, qui prévoit que la *Charte* s'applique aux parlements et aux gouvernements provinciaux et fédéraux, ne s'étend pas à l'article 35. On peut donc croire que celui-ci lie aussi bien les parties privées que l'État.

Mais l'effet le plus important est sans contredit l'exclusion de l'article 1 de la *Charte*. Cet article énonce deux choses : que les droits énoncés dans la *Charte* sont garantis, et qu'ils peuvent faire l'objet de restrictions raisonnables. Tel une épée à deux tranchants, il énonce à la fois la force de la protection et ses limites. C'est pourquoi on peut qualifier les droits inscrits dans la *Charte* de *droits relatifs*. Ceci signifie que ces droits peuvent toujours être limités, mais selon des conditions précises qui assurent que les restrictions apportées sont exceptionnelles et justifiées. Au contraire, les *droits absolus* ne souffrent aucune limitation ; toute loi incompatible est automatiquement invalidée. Dans la *Charte*, l'article 28, garantissant l'égalité entre les sexes dans la jouissance des droits

¹⁰⁸L'art. 24 de la *Charte* :

- 24 (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.
- (2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

¹⁰⁹L'art. 33 de la *Charte* :

- 33 (1) Le Parlement ou la législature d'une province peut adopter une loi où il est expressément déclaré que celle-ci ou une de ses dispositions a effet indépendamment d'une disposition donnée de l'article 2 ou des articles 7 à 15 de la présente charte [...].

fondamentaux, pourrait être le seul exemple de droit énoncé comme apparemment absolu¹¹⁰.

Si (et seulement si) un droit est qualifié de relatif, il est nécessaire de développer des critères permettant de circonscrire les restrictions acceptables. C'est ce processus de définition qui, en bout de ligne, révélera la portée réelle du droit garanti. Dans le cas de la *Charte*, la Cour suprême a posé ces balises dans les arrêts *Oakes*¹¹¹ et *Collins*¹¹².

On peut tirer deux conclusions opposées du fait que l'article 35 ne soit pas soumis à l'article 1. Ou bien les droits ancestraux ne sont pas garantis avec la même force que ceux de la *Charte* : ils ne sont que « reconnus et confirmés », ce qui pourrait être une forme moins efficace de protection. Ou bien ces droits ne sont pas soumis à des restrictions justifiables : ils sont — dans la mesure où ils existent — absolus.

La Cour suprême évite ces deux conclusions. Elle met en place une méthode d'analyse du droit identique à celle utilisée dans le cas de la *Charte*, puis elle énonce un test de justification qui présente une parenté mal dissimulée avec le test de l'arrêt *Oakes*. Ainsi, des droits qu'on aurait pu croire absolus ne sont en fait que relatifs. Pourquoi ?

Les juges sont sans doute très réticents à qualifier d'absolus les droits ancestraux. En effet, cela leur conférerait une protection plus grande que celle des droits garantis par la *Charte*. Cela serait particulièrement étonnant, puisque la Constitution, et en particulier la *Charte*, est présumée contenir les valeurs les plus fondamentales de la société canadienne¹¹³. Si l'on reconnaît que les droits ancestraux sont mieux protégés que les droits de la *Charte*, ces derniers ne seraient plus aussi fondamentaux, car il existerait une catégorie « supérieure » de droits. De plus, un des droits ancestraux les plus importants est le titre ancestral, qu'on peut comparer à un droit de propriété. Or, la propriété n'est pas un droit garanti par la *Charte*. La Cour voit peut-être d'un mauvais oeil la protection absolue d'un droit de quasi-propriété par une autre disposition de la Constitution.

L'adoption d'une méthode d'analyse semblable à celle des droits garantis dans la *Charte*, y compris le test de justification, tient peut-être aussi au fait que

¹¹⁰En effet, les mots « indépendamment des autres dispositions de la présente charte » réfèrent manifestement à l'art. 1, ce qui empêcherait d'apporter des limites raisonnables au droit à l'égalité entre les sexes garanti par l'art. 15. Voir *Weatherall c. P.G. Canada*, [1988] 1 C.F. 369 à la p. 412, 11 F.T.R. 279 (1re inst.) infirmé pour d'autres motifs à (1991) 73 D.L.R. (4th) 57, 65 C.R. (3d) 27 (C.A.F.), [1991] 1 C.F. 85 (C.A.F.).

¹¹¹*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, 26 D.L.R. (4th) 200.

¹¹²*Collins*, *supra*, note 107.

¹¹³*Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721 à la p. 745, 19 D.L.R. (4th) 1.

les juges désirent uniformiser le mécanisme de protection des divers droits garantis dans la constitution. En effet, le développement de méthodes différentes pour des droits différents risque de causer une incertitude importante, puisque la Cour suprême ne peut pas se prononcer sur chaque situation.

Mais la raison majeure qui milite en faveur de la caractérisation relative des droits ancestraux est leur immense étendue potentielle. La notion même de droits ancestraux n'a pas été définie et on n'en connaît pas vraiment les limites. Uniquement en ce qui a trait au titre ancestral, les tribunaux pourraient se voir submergés par des revendications territoriales qui pourraient couvrir les importantes portions du Canada où aucune cession de territoire n'a jamais été conclue avec les autochtones¹¹⁴. Il était donc tout à fait prévisible que la Cour insiste pour se ménager des possibilités de restriction à des droits qui pourraient dépasser toute mesure. Elle l'affirme d'ailleurs explicitement :

Bien qu'elle ne constitue pas une promesse d'immunité contre la réglementation gouvernementale *dans une société qui, aux XXe siècle, devient de plus en plus complexe et interdépendante et où il est nécessaire de protéger et de gérer les ressources épuisables*, cette reconnaissance représente un engagement important de la part de la Couronne¹¹⁵ [nos italiques].

La nécessité sociale empêche donc d'accorder des droits absolus à un groupe de personnes. Cela serait trop exigeant pour le reste de la société, pour la majorité non-autochtone. Les juges adoptent ici une attitude semblable à celle du juge Lamer dans l'arrêt *Sioui*¹¹⁶. Dans cette affaire, le juge interprète un traité de façon à concilier les intérêts des Hurons et des Britanniques, en mettant l'accent sur l'usage du territoire qui pouvait être fait par les colonisateurs. L'approche adoptée consiste à permettre aux Hurons d'exercer leurs coutumes partout où cela n'est pas incompatible avec l'utilisation du territoire. Ainsi, la protection du droit ancestral est définie en fonction des besoins des non-autochtones. Curieux résultat ... L'arrêt *Sparrow* ne fait pas la même chose, car il ne traite que de droits de pêche à des fins alimentaires, ce qui ne dérange pas vraiment la « société du XXe siècle ». Mais lorsque les droits revendiqués auront un impact considérable sur le système politique et économique non-autochtone, on peut s'attendre à voir le concept de la nécessité sociale revenir au galop.

Ceci démontre également le malaise croissant de la Cour lorsqu'elle est appelée à trancher des litiges aux implications sociales et politiques importantes. En effet, les revendications autochtones, même si elles sont examinées sous l'angle des droits, n'en revêtent pas moins un caractère politique primordial. Le but ultime des revendications autochtones est l'auto-détermination,

¹¹⁴Voir, par exemple, l'affaire *Delgamuukw*, *supra*, note 58, où les terres revendiquées couvraient une superficie de 57 000 km².

¹¹⁵*Sparrow*, *supra*, note 5 à la p. 1110.

¹¹⁶*Sioui*, *supra*, note 34 aux pp. 1066-72.

c'est-à-dire la non-ingérence de l'État (fédéral ou provincial) dans leurs affaires internes. Si la Cour, dans les années 1985 à 1988, a affirmé sa volonté de contrôler strictement toute mesure gouvernementale qui enfreignait la *Charte*, elle a récemment adouci sa position à mesure que l'importance politique et économique de ses décisions allait croissant¹¹⁷.

B. *L'effet idéologique de la décision et ses mécanismes rhétoriques*

Dans l'arrêt *Sparrow*, la Cour suprême devait s'attaquer à la difficile tâche de trancher entre deux écoles de pensée, l'une voulant que l'article 35 accorde aux droits ancestraux une protection au moins aussi forte que celle des droits garantis dans la *Charte*, l'autre ne laissant à cet article qu'un simple rôle de déclaration politique.

Nous allons donc étudier, au moyen de l'analyse rhétorique, quels sont les mécanismes que la Cour utilise afin d'entraîner chaque partie à accepter sa décision et, finalement, comment elle masque son rôle politique.

Il faut d'abord, pour mener à bien une analyse rhétorique, déterminer l'auditoire de la Cour. En effet, au-delà des parties au litige, l'arrêt *Sparrow* s'adresse à plusieurs catégories de personnes qu'il convient d'identifier si l'on veut bien comprendre la rédaction et la structure du jugement.

Les juges parlent en premier lieu aux autochtones du Canada. C'est suite aux revendications de ces derniers que l'article 35 a été inséré dans la Constitution. Il n'est donc que normal qu'ils s'intéressent au plus haut point à son interprétation et qu'ils s'attendent à ce que cet article devienne une base importante pour la protection de leurs droits. Ces attentes sont renforcées par l'attitude favorable que la Cour suprême a manifestée face aux autochtones pendant la décennie 1980-1989¹¹⁸. En fait, on peut placer le début de l'« ère moderne » des droits ancestraux à la Cour suprême en 1973, date du jugement de cette Cour dans l'affaire *Calder*¹¹⁹.

Mais les objectifs des autochtones ne se limitent pas aux droits ancestraux de chasse et de pêche en cause dans l'arrêt *Sparrow*. Leurs revendications actuelles se rapportent principalement aux droits territoriaux et surtout à l'autonomie gouvernementale. Ils chercheront donc rapidement à appliquer à ces situations les principes que *Sparrow* a énoncés. Les juges, lorsqu'ils rédigent leurs motifs, sont sûrement très conscients de cela.

¹¹⁷L'exemple le plus frappant de cette tendance est sans doute l'affaire *McKinney*, *supra*, note 105, où la Cour suprême a maintenu, aux termes de l'art. 1, la validité de lois provinciales autorisant la retraite obligatoire à l'âge de 65 ans.

¹¹⁸Voir les arrêts cités dans l'introduction de ce texte, *supra*, notes 1 et 2, ainsi que *Guerin*, *supra*, note 8.

¹¹⁹*Calder*, *supra*, note 41. En effet, cet arrêt reconnaissait sans équivoque l'existence en common law des droits ancestraux.

Les intellectuels et les professeurs de droit intéressés aux questions de libertés publiques forment un groupe aux attentes semblables à celles des autochtones. En effet, la plupart des articles publiés dans les revues juridiques depuis 1982 font preuve d'une sympathie plus ou moins marquée pour le point de vue autochtone.

Un autre groupe tout aussi important est constitué des pêcheurs commerciaux non-autochtones qui sont en compétition avec les pêcheurs autochtones et, plus généralement, toutes les entreprises d'exploitation des ressources naturelles qui pourraient être affectées par les principes mis de l'avant dans l'arrêt *Sparrow*. Ces personnes sont évidemment réfractaires à tout élargissement des droits des autochtones. Elles désirent continuer à exploiter leur entreprise sans devoir tenir compte de ces droits. En effet, interprétés de la façon la plus large possible, les droits ancestraux risquent d'invalider bon nombre de concessions forestières et de rendre plus difficile l'obtention de permis de pêche. Les pêcheurs perçoivent souvent la question sous l'angle du droit à l'égalité. Ils se demandent pourquoi les autochtones pourraient s'adonner à la pêche commerciale sans être assujettis à la réglementation alors qu'eux doivent défrayer le coût (parfois exorbitant) d'un permis de pêche commerciale. Ils voient les autochtones comme un groupe privilégié à l'intérieur de la société canadienne et s'interrogent sur la source de ces privilèges.

L'arrêt *Sparrow* s'adresse aussi, bien sûr, aux gouvernements. Ceux-ci sont tout d'abord intéressés à sauvegarder leur pouvoir de réglementation et à restreindre au minimum les balises constitutionnelles auxquelles ce pouvoir est soumis. De plus, une reconnaissance trop large des droits ancestraux pourrait miner sérieusement leur droit de propriété sur les terres de la Couronne. Cela risque d'entraver sérieusement les projets de construction de barrages hydro-électriques de plusieurs gouvernements provinciaux¹²⁰, et aussi de leur imposer de lourdes obligations financières par rapport aux terres qui ont été illégalement retirées aux autochtones.

Enfin, les praticiens du droit en général (les avocats et les juges de première instance) porteront un certain intérêt à l'affaire *Sparrow*. Il est ici plus difficile d'identifier une attitude cohérente face à la question des droits ancestraux. Cependant, si l'on parcourt les quelques décisions québécoises récentes traitant du sujet¹²¹, on s'aperçoit que les juges semblent principalement intéressés à établir l'autorité de l'État sur la conduite des autochtones. On peut sans doute interpréter ceci comme une tendance à l'application uniforme de la loi et une réti-

¹²⁰Le projet Grande Baleine au Québec ; Rafferty Alameda en Saskatchewan ; et Oldman River en Alberta.

¹²¹Par exemple : *R. c. Côté*, [1988] R.J.Q. 1969 (C.P.) ; *Ross c. R.*, J.E. 89-209, [1989] 1 C.N.L.R. 140 (C.S.) ; *Decontie c. R.*, [1989] R.J.Q. 1893 (C.S.). Voir également *Sioui c. P.G. Québec*, J.E. 85-947 (C.S.).

cence à accorder des privilèges à un groupe de personnes dont les juges n'ont pas nécessairement une opinion très favorable.

1. La satisfaction des attentes des autochtones

Dans l'ensemble, l'arrêt *Sparrow* est favorable aux autochtones. Mais, comme nous l'avons vu, la Cour refuse de s'aventurer trop loin et d'assurer à ceux-ci une garantie complète de leurs droits ancestraux. Elle ne donne même pas de définition précise de ce que sont les droits ancestraux. Comment s'y prend-elle pour faire croire aux autochtones que la décision leur est plus favorable qu'elle ne l'est réellement ?

Après avoir rappelé l'historique des relations entre le gouvernement et les autochtones, ainsi que le contexte de l'adoption de l'article 35, les juges Dickson et La Forest énoncent trois principes qui doivent guider l'interprétation de l'article 35. Ce sont : (1) l'interprétation large et libérale des textes constitutionnels, (2) l'interprétation favorable aux autochtones des lois et traités qui les concernent et (3) l'obligation du gouvernement d'agir en tant que fiduciaire des droits des autochtones¹²².

Pourquoi avoir énoncé de tels principes généraux ? Nous renseignent-ils vraiment sur l'effet de l'article 35 ? Un principe comme l'« interprétation large et libérale » signifie peu de choses par rapport à une disposition aussi vague que l'article 35. Tout au plus affirme-t-il l'intention de la Cour de ne pas le considérer comme lettre morte. À notre avis, ce passage a une fonction beaucoup plus rhétorique que juridique.

En effet, il est évident que ces principes comblent les attentes des autochtones. Ils constituent une affirmation importante de la force de la garantie de l'article 35 et rassurent les autochtones, à l'intérieur d'un passage court et facilement compréhensible, quant au sérieux de la Cour face à leurs droits ancestraux. Ainsi, la Cour veut faire oublier le fait que, quelques pages plus loin, elle restreint ces droits et reconnaît que des lois qui leur portent atteinte peuvent quand même être considérées valides. Elle met donc en place un message clair, concis, facile à reproduire¹²³, mais tronqué.

On peut donc dire que la Cour présente comme un gain ce qui est une perte réelle. Les juges utilisent aussi cette méthode lorsqu'ils expliquent le fondement

¹²²*Sparrow*, *supra*, note 5 aux pp. 1106-08.

¹²³Ainsi, dans les articles de journaux parus le 1er juin 1990, au sujet de l'arrêt *Sparrow*, dans la *Gazette* et le *Globe and Mail*, les journalistes citent le principe de l'interprétation généreuse et libérale des lois relatives aux Indiens et de l'article 35 : « Natives hail aboriginal rights ruling » [*Montreal*] *Gazette* (1 juin 1991) B1 ; R. Mackie et D. Wilson, « Provinces must respect native rights, judges rule » *The [Toronto] Globe and Mail* (1 juin 1991) A1. Assez curieusement, les journaux francophones (*la Presse*, *le Devoir*, *le Soleil* et *le Droit*) ne mentionnent pas le jugement de la Cour suprême.

du test de justification des atteintes à un droit reconnu. Ils soutiennent que l'obligation de fiduciaire qui incombe au gouvernement, un des trois principes d'interprétation de l'article 35, implique une « certaine restriction à l'exercice du pouvoir souverain »¹²⁴. Mais n'est-il pas normal qu'une disposition constitutionnelle restreigne, et pas légèrement, le pouvoir souverain du Parlement ? La Cour donne ici l'impression d'interpréter l'article 35 comme s'il s'agissait d'une loi ordinaire, tout en reconnaissant que certains principes d'interprétation justifient qu'on lui accorde une « certaine » valeur supralégislative. Voilà donc un moyen de faire croire aux autochtones qu'on leur a fait une importante concession, alors qu'en réalité, il s'agit d'un gain pour le gouvernement.

La structure du jugement est également mise à contribution. Les juges commencent par établir, en termes clairs et simples, que les droits protégés ne sont pas délimités par la réglementation en vigueur en 1982, puis que l'extinction de ces droits doit se faire de façon claire et expresse¹²⁵. La Cour dispose ici de questions qui avaient auparavant fait l'objet de nombreuses discussions par les tribunaux ; seules les réponses définitives manquaient. Elles sont favorables aux autochtones. Ce n'est que plus loin que les restrictions apparaissent. Ainsi, lorsque le lecteur arrive à l'énoncé du test de justification, il a déjà en tête la position très libérale adoptée dans la première partie du jugement. La Cour espère peut-être ainsi dissimuler l'effet potentiel des restrictions apportées aux droits ancestraux.

2. La satisfaction des attentes du gouvernement

On se rappelle que la Cour a réservé sa décision quant à l'inclusion de la pêche commerciale dans les droits ancestraux. Elle s'engage ensuite dans un *obiter dictum*¹²⁶ qui peut s'interpréter de bien des façons. D'une part, elle affirme que les règlements qui restreignaient l'exercice du droit ne sont pas déterminants quant à sa portée réelle. Ceci laisse croire aux autochtones que le droit de pêche commerciale est bel et bien protégé. Mais n'arrêtons pas ici la lecture : dans la phrase suivante, la Cour souligne que ce droit peut faire l'objet d'une réglementation qui passerait le test de l'article 35, test qui n'est pas détaillé à ce stade du jugement. L'expert gouvernemental bénéficie donc d'une porte de sortie qui lui permet de croire que *Sparrow* ne lui fait pas perdre trop de plumes ...

Aussi, lorsque les juges réfèrent à la nécessité sociale comme limite à l'exercice des droits ancestraux, ils confirment implicitement l'arrêt *Irwin*

¹²⁴*Sparrow*, *supra*, note 5 à la p. 1109.

¹²⁵*Ibid.* aux pp. 1091 et 1099.

¹²⁶*Ibid.* à la p. 1101.

¹²⁷*Irwin Toy*, *supra*, note 104.

*Toy*¹²⁷, qui a amorcé une époque de respect des tribunaux face aux choix du législateur dans les domaines de politique sociale.

Ce n'est donc que par des messages subtils et peu nombreux que la Cour suprême tente de réconforter le gouvernement. Peut-être est-ce là un signe que les avocats du gouvernement estimeront suffisante l'existence d'un test de justification des atteintes aux droits ancestraux.

3. L'occultation du rôle politique de la Cour

Mais l'essentiel des mécanismes rhétoriques a pour fonction d'occulter le rôle politique de la Cour dans l'affaire *Sparrow*. En effet, si la Cour avouait qu'elle exerce une telle fonction, elle perdrait sa légitimité. Sa décision n'apparaîtrait plus comme la bonne réponse à une question de droit, mais comme un choix parmi tant d'autres, basé sur des valeurs connues des seuls juges.

Revenons aux principes d'interprétation applicables à l'article 35. L'énoncé de ces principes est structuré pour répondre aux attentes des juristes en général. En effet, chaque principe est tiré d'un arrêt antérieur. Ceci a un double rôle. D'abord, on présente au juriste un mode de raisonnement qui lui est familier. Il est plus facile de faire accepter un principe s'il est tiré de la jurisprudence que s'il est justifié par des arguments philosophiques ou clairement politiques. Ensuite, la Cour occulte son rôle actif en se cachant derrière des références jurisprudentielles en apparence neutres. Le lecteur est donc porté à croire que la Cour n'a rien inventé, ce qui l'incite à ne pas se poser de questions sur la légitimité des principes qu'elle énonce.

Lorsque les juges s'attaquent à l'épineux problème de la pêche commerciale, ils s'éloignent substantiellement du point de vue autochtone. Ils utilisent alors un style qui rappelle un procès traditionnel où chaque partie présente ses arguments et où le juge est neutre, occultant ainsi le rôle très important joué par la Cour dans la définition des droits ancestraux. Mais au lieu de trancher, comme le juge traditionnel, la Cour ne fait que « reconnaître l'existence de ce conflit ainsi que la probabilité qu'il s'aggrave »¹²⁸. On a rarement vu un aussi bel exemple de retenue judiciaire ! Non seulement la Cour réussit à ne pas se prononcer sur une question importante, mais elle supprime cette question en la rabaisant au niveau d'une dispute privée entre les parties.

Les arguments utilisés pour faire accepter un test de justification, alors que le texte de l'article 35 n'en prévoit pas, recèlent aussi des mécanismes d'occultation. Premier exemple : la Cour évoque le conflit entre les pouvoirs fédéraux, tel que celui de légiférer par rapport aux Indiens, et l'obligation de fiduciaire du gouvernement fédéral, qui découle de l'article 35. Elle constate ce conflit et

¹²⁷*Irwin Toy, supra*, note 104.

¹²⁸*Sparrow, supra*, note 5 aux pp. 1100-01.

décide que la meilleure façon de le résoudre, c'est d'exiger la justification des lois qui portent atteinte aux droits reconnus, à la manière de l'article 1 de la *Charte*. Cet argument s'adresse sûrement aux juristes, qui s'attendent évidemment à ce que l'intégrité des parties de la Constitution qui portent sur le partage des compétences soit maintenue. De plus, l'argument du conflit entre deux droits est un refrain connu qui permet aux juges de choisir, sans que cela paraisse trop, le droit auquel ils accorderont la priorité. Mais l'argument ne tient quand même pas. En effet, ce n'est pas l'existence des pouvoirs du Parlement et des législatures qui a amené la Cour à développer le test de l'arrêt *Oakes*. Lorsque la Cour a dû examiner un droit constitutionnel antérieur à la *Charte*, elle n'a pas déduit un test de justification du conflit entre ce droit et les pouvoirs provinciaux ou fédéraux¹²⁹. C'est plutôt la présence dans la *Charte* d'un texte prévoyant que les droits peuvent être restreints dans des limites raisonnables. Et, au pire, c'est la peur de voir des droits absolus venir démolir tout l'édifice juridique canadien.

Deuxième exemple d'occultation : le test de justification est également présenté comme un « juste milieu » entre « deux positions extrêmes ». Plus précisément, il s'agirait d'un compromis entre une définition des droits en fonction de la réglementation en vigueur le 17 avril 1982 et une caractérisation absolue de ces mêmes droits. Mais attention : le sens du mot « absolu » vient de glisser. Les deux extrêmes dont il est question ont trait à la définition du droit ancestral, alors que le compromis que l'on recherche se situe au niveau de la méthode de protection de ce droit. Dans le premier cas, « absolu » veut dire que *tous* les droits sont protégés, alors que dans le deuxième, c'est la protection des droits — quels qu'ils soient — qui est « absolue » au lieu d'être relative. L'argument ne nous explique donc pas pourquoi la protection doit être relative et non absolue. Tout au plus nous fait-il prendre conscience de l'équilibre à atteindre entre l'étendue des droits protégés et la force de leur protection. Il faut d'ailleurs convenir qu'en matière de définition des droits, la Cour a adopté une attitude presque extrême, rejetant les théories de l'extinction implicite et de la définition par la « réglementation figée ». Il est donc paradoxal qu'elle prétende ensuite choisir le « juste milieu ». Elle veut sans doute se donner l'image d'un « sage »

¹²⁹L'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3 a servi à invalider une loi provinciale dans l'affaire *P.G. Québec c. Blaikie*, [1979] 2 R.C.S. 1016, 101 D.L.R. (3d) 394. La Cour a alors donné plein effet à l'art. 133. Elle n'a jamais laissé entendre que les droits conférés par cet article devaient être relativisés à cause de l'existence de pouvoirs provinciaux comme, par exemple, celui sur l'administration de la justice, prévu à l'art. 92(14) de la même loi. De même, dans l'arrêt *Moosehunter c. R.*, [1981] 1 R.C.S. 282, à la p. 292, 123 D.L.R. (3d) 95, le juge Dickson affirme, au sujet des droits garantis par la *Loi constitutionnelle de 1930*, *supra*, note 93 : « Ainsi, toute tentative de la part de la province de limiter le droit de chasse des Indiens pour se nourrir à des périodes précises de l'année serait une dérogation directe aux termes de la Convention de 1930 » (nos italiques).

qui, face à deux adversaires qui se disputent, « tranche la poire en deux ». De cette façon, elle donne l'apparence de se retirer du débat politique.

Conclusion

Il est indéniable que la Cour suprême assume une fonction politique lorsqu'elle définit le mécanisme de protection des droits ancestraux reconnus dans la Constitution. Cependant, elle s'efforce de cacher le plus possible ce côté politique pour se donner une image de décideur impartial qui tranche entre les prétentions de deux adversaires. C'est ce que nous a appris l'analyse rhétorique des motifs de l'arrêt *Sparrow*.

En décrivant les grandes lignes de la méthode d'analyse des conflits entre une loi et l'article 35, la Cour s'est gardé deux possibilités de restriction aux droits ancestraux. Premièrement, l'étendue du concept de « droit ancestral » n'est pas définie. Il sera donc possible, lorsque les autochtones revendiqueront un droit que la Cour ne veut pas reconnaître, de dire que celui-ci n'entre pas dans la catégorie des droits ancestraux existants. Deuxièmement, et c'est là le plus grand risque pour les autochtones, le mécanisme de protection inclut un test de justification des atteintes qui peut s'interpréter de bien des façons. En soupesant les intérêts des autochtones et ceux de la société en général, les juges auront toute la liberté voulue pour choisir les droits qui méritent une protection constitutionnelle et ceux qui n'en méritent pas, tout en occultant les valeurs qui seront à la base de ce choix. Cependant, la Cour tente, à l'aide de divers mécanismes rhétoriques, de cacher ces restrictions potentielles et de faire croire aux autochtones que la décision *Sparrow* constitue pour eux une victoire sans réserve.

On peut déjà entrevoir l'attitude générale des tribunaux envers les droits ancestraux. Lorsque ceux-ci seront « légers », comme dans *Sparrow*, ils seront constitutionnellement protégés contre la plupart des atteintes législatives. Cependant, la revendication de droits plus substantiels, comme les droits sur le territoire et l'autonomie gouvernementale, risque d'échouer. On peut interpréter cette attitude de deux façons : soit, ce qui paraît invraisemblable, les juges sont défavorables aux autochtones et ne désirent que leur donner quelques miettes pour les calmer ; soit, ce qui est plus probable, ils ne désirent pas intervenir dans des dossiers qu'ils estiment inappropriés à un traitement judiciaire. Il resterait donc encore des décisions qui ne peuvent être prises que par les politiciens...
