

La gouvernance autochtone avec ou sans la Charte Canadienne ?

GHISLAIN OTIS*

Cet article se veut une contribution au débat doctrinal sur la question de savoir si la Charte canadienne des droits et libertés s'applique aux institutions gouvernementales autochtones visées par l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982. La Charte est-elle, comme l'affirme une importante doctrine, complètement ou très substantiellement inopposable à un gouvernement autochtone agissant en vertu d'un droit ancestral ou visé par un traité? Avant d'aborder ce problème juridique sous son angle technique, l'auteur le place dans le contexte d'une réflexion plus large sur le rapport entre la bonne gouvernance, les droits fondamentaux et l'affirmation du particularisme culturel autochtone. Il remet en cause le réflexe très répandu chez les juristes qui consiste à affirmer l'incompatibilité de l'idéologie moderne des droits et libertés individuels avec la culture autochtone.

Après une analyse détaillée des articles 32 et 25 de la Charte, l'auteur rejette la thèse de l'immunité absolue et propose une immunité plus limitée fondée, non pas sur la différence autochtone avancée par certains, mais sur le principe de validation constitutionnelle, un principe de portée générale qui trouve un rappel explicite dans l'article 25 de la Charte. Selon le professeur Otis, l'article 32 de la Charte exprime un principe fondamental de bonne gouvernance qui s'étend aux autorités autochtones même si celles-ci ne sont pas expressément mentionnées dans cette disposition. Il fait en outre valoir que l'article 25 de la Charte ne fait qu'interdire d'invoquer la Charte de manière à abroger un droit constitutionnel ou à déroger à une de ses caractéristiques essentielles. Or, dans la plupart des cas, l'application de la Charte à l'action gouvernementale autochtone fondée sur l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982, ne produira pas d'effet abrogatoire ou dérogatoire sur un droit ancestral ou issu de traité.

L'interprétation des articles 25 et 32 de la Charte canadienne préconisée dans cet article aura, dans un grand nombre de cas, pour effet de rendre cette Charte invocable à l'encontre des autorités autochtones exerçant un droit à l'autonomie gouvernementale reconnu et confirmé par l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982. Les questions relatives aux droits et libertés garantis constitutionnellement feront dès lors partie intégrante de la gouvernance autochtone de demain.

The purpose of this article is to contribute to the doctrinal debate whether the Canadian Charter of Rights and Freedoms applies to aboriginal governmental institutions protected under section 35 of the Constitution Act, 1982. Is the Charter, as one important doctrine suggests, totally or substantially void against aboriginal governments acting according to existing aboriginal or treaty rights? Before addressing this legal problem from a technical standpoint, the author situates the issue in the broader perspective of relationships between good governance, fundamental rights and expression of distinct aboriginal culture. According to the author, further thought should be given to the widespread tendency among lawyers to affirm that there is an inconsistency between the modern ideology of individual rights and freedoms and aboriginal culture?

After an in-depth analysis of sections 32 to 35 of the Charter, the author rejects the absolute immunity thesis in favour of a more circumscribed immunity based not on aboriginal distinctiveness, as suggested by some, but on the principle of constitutional validation, a broad principle explicitly stated in section 25 of the Charter. According to Professor Otis, section 32 of the Charter formulates the fundamental principle of good governance that extends to aboriginal authorities, even though these authorities are not expressly mentioned in the provision. He further states that section 25 of the Charter only prohibits the use of the Charter so as to abrogate a constitutional right or to derogate from any of its essential elements. In fact, in most cases, applying the Charter to aboriginal governmental action under section 35 of the Constitution Act, 1982, will not result in abrogation of or derogation from existing aboriginal or treaty rights.

The interpretation of sections 25 and 32 of the Canadian Charter as proposed in this article will make it possible, in many cases, to plead the Charter against aboriginal authorities exercising their right to autonomous government as recognized and affirmed under section 35 of the Constitution Act, 1982. Issues relating to constitutionally-protected rights and freedoms would thereby be part and parcel of tomorrow's aboriginal governance.

* Professeur titulaire, Faculté de droit, Université Laval. Les travaux nécessaires à la rédaction de cet article ont été réalisés dans le cadre du projet « Autochtonie et gouvernance » financé par Valorisation recherche Québec. L'auteur remercie ses collègues Henri Brun et Christian Brunelle qui ont judicieusement commenté une version antérieure de cet article. Il exprime aussi sa gratitude à Me Geneviève Motard, doctorante à la faculté de droit de l'Université Laval, qui a parachevé l'élaboration des notes infrapaginales.

Après l'acceptation de cet article pour publication, la Cour suprême du Canada a rendu la décision *Gosselin c. Québec*, [2005] 1 R.C.S. 238, (sub nom. *Gosselin (Tutor of) v. Quebec (Attorney General)*) 250 D.L.R. (4e) 483. L'analyse de cette décision n'a pu être intégrée à la partie IV de l'article dont elle vient renforcer les conclusions.

Table des matières

209	I. Introduction
213	II. Bonne gouvernance, droits fondamentaux et différence autochtone : antagonisme ou symbiose ?
213	A. Les droits fondamentaux à l'heure de la « bonne gouvernance »
215	B. Le défi autochtoniste à la légitimité culturelle des droits fondamentaux
218	C. La revendication autochtone de droits et libertés : la tradition sous bénéfice d'inventaire
224	III. L'article 32 de la <i>Charte</i> : liste exhaustive de débiteurs ou principe général de bonne gouvernance ?
224	A. Droit inhérent ou issu de traité : un pouvoir autochtone capté par la <i>Charte</i>
232	B. L'assujettissement à la <i>Charte</i> par voie de traité
234	IV. L'effet immunitaire de l'article 25 de la <i>Charte</i> : les écoles doctrinales
235	A. La thèse de l'effet immunitaire complet
237	B. La thèse de l'immunité relative protectrice de la « différence autochtone »
238	C. La thèse de l'article 25 comme règle d'interprétation favorable à la différence autochtone
240	V. L'article 25 dans son contexte : la validation constitutionnelle à effet immunitaire
240	A. L'absence d'originalité de l'article 25 en droit constitutionnel
241	B. La validation constitutionnelle : une règle de non-abrogation
243	C. La validation constitutionnelle : une règle de non-dérogation
246	D. Les limites de la validation constitutionnelle à effet immunitaire
249	VI. La validation constitutionnelle à effet immunitaire appliquée aux gouvernements autochtones
249	A. La validation constitutionnelle à effet immunitaire : un principe applicable aux droits des peuples autochtones
253	B. La protection de l'autonomie gouvernementale autochtone et de ses attributs essentiels
254	C. La validation de pouvoirs et de pratiques spécifiquement prévus au traité ou découlant d'un droit ancestral
256	VII. Conclusion

La gouvernance autochtone avec ou sans la *Charte Canadienne* ?

GHISLAIN OTIS

« Aussi les peuples sont-ils vivants quand ils ne cessent de transformer leur aujourd'hui en coutume nouvelle [...] »¹.

1. Introduction

PARMI LES QUESTIONS ENCORE IRRÉSOLUES quant au domaine d'application de la *Charte canadienne des droits et libertés*², celle de l'opposabilité de l'instrument constitutionnel aux gouvernements autochtones constitue sans doute la plus complexe du point de vue juridique et la plus sensible sous l'angle de la philosophie politique. Cette question projette en effet une lumière vive sur la tension fondamentale dans l'édifice constitutionnel entre les droits fondamentaux individuels, patrimoine commun de tous les êtres humains, et les droits de groupe des peuples autochtones, héritage exclusif fondé sur le principe d'autochtonité. Il s'agit, en d'autres termes, de relever le défi de l'imbrication constitutionnelle de l'universel et du singulier alors qu'émergent de nouvelles institutions gouvernementales autochtones sous l'impulsion des décisions judiciaires, des négociations territoriales et des accords d'autonomie gouvernementale.

Les régimes juridiques de dévolution et d'exercice du pouvoir dans les communautés autochtones sont multiformes, allant du conseil de bande exerçant les pouvoirs mentionnés dans la *Loi sur les Indiens*³ jusqu'au gouvernement territorial du Nunavut⁴ en passant par les divers dispositifs insti-

-
1. Franz Rosenzweig, *L'étoile de la rédemption*, trad. par Alexandre Derczanski et Jean-Louis Schlegel, 2^e éd., Paris, Éditions du Seuil, 2003, cité dans S.A. Goldberg, *La clepsydre II : Temps de Jérusalem, temps de Babylone*, Albin Michel, Paris, 2004 à la p. 9.
 2. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11 [*Charte canadienne* ou *Charte*].
 3. L.R.C., c. I-5. Voir notamment les art. 81-86.
 4. *Loi sur le Nunavut*, L.C. 1993, c. 28.

tutionnels aménagés dans un nombre croissant d'accords d'autonomie gouvernementale⁵.

Cette étude s'intéresse au cas précis des institutions gouvernementales autochtones visées par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁶, c'est-à-dire aux pouvoirs qui découleraient d'un droit ancestral à l'autonomie gouvernementale et à ceux qui sont confirmés ou créés par voie de traité⁷. Notre réflexion se veut une contribution au débat doctrinal sur la portée, à l'égard de ces gouvernements, des articles 32⁸ et 25 de

5. Voir par ex. *Entente définitive de la Première nation de Kluane*, gouvernement du Canada, Première nation de Kluane et gouvernement du Yukon, 18 octobre 2003, Ottawa, Ministère des Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2003 [*Entente définitive Kluane*]; *Entente sur l'autonomie gouvernementale de la Première nation de Kluane*, Première nation de Kluane, Sa Majesté la Reine du chef du Canada et gouvernement du Yukon, 18 octobre 2003, Ottawa, Ministère des Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2003 [*Entente sur l'autonomie gouvernementale Kluane*]; *Accord sur les revendications territoriales et l'autonomie gouvernementale*, le peuple Tlicho, le gouvernement des Territoires du Nord-Ouest et le gouvernement du Canada, 25 août 2003, en ligne : Affaires indiennes et du Nord Canada <http://www.ainc-inac.gc.ca/pr/agr/nwts/tliagr2_f.pdf> [*Accord Tlicho*]; *Accord définitif Nisga'a*, Nation Nisga'a, Sa Majesté la Reine du chef du Canada et Sa Majesté la Reine du chef de la Colombie-Britannique, 27 avril 1999, publié conjointement par le Gouvernement du Canada, le Gouvernement de la Colombie-Britannique et la Nation Nisga'a, 27 avril 1999; *Entente sur l'autonomie gouvernementale des Tr'ondëk Hwëch'in*, Tr'ondëk Hwëch'in, connus auparavant sous le nom de la Première nation de Dawson, Sa Majesté la Reine en chef du Canada et gouvernement du Yukon, 16 juillet 1998, Ottawa, Ministère des Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 1998; *Entente sur l'autonomie gouvernementale de la Première nation de Selkirk*, Première nation de Selkirk, Sa Majesté la Reine du chef du Canada et gouvernement du Yukon, 21 juillet 1997, Ottawa, Ministère des Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 1998; *Entente sur l'autonomie gouvernementale de la Première nation Gwitchin Vuntut*, Première nation des Gwitchin Vuntut, gouvernement du Canada et gouvernement du Yukon, 29 mai 1993, Ottawa, Ministère des Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 1993; *Entente définitive du conseil des Tlingits de Teslin*, gouvernement du Canada, conseil des Tlingits de Teslin et gouvernement du Yukon, 29 mai 1993, Ottawa, Ministère des Approvisionnement et Services Canada, 1993; *Entente sur l'autonomie gouvernementale du conseil des Tlingits de Teslin*, conseil des Tlingits de Teslin, gouvernement du Canada et gouvernement du Yukon, 29 mai 1993, Ottawa, Ministère des Approvisionnement et Services Canada, 1993; *Entente sur l'autonomie gouvernementale des Premières nations de Champagne et de Aishihik*, Premières nations de Champagne et de Aishihik, gouvernement du Canada et gouvernement du Yukon, 29 mai 1993, Ottawa, Ministère des Approvisionnement et Services Canada, 1993; *Entente sur l'autonomie gouvernementale de la Première nation des Nacho Nyak Dun*, Première nation des Nacho Nyak Dun, gouvernement du Canada et gouvernement du Yukon, 29 mai 1993, Ottawa, Ministère des Approvisionnement et Services Canada, 1993. Voir aussi la *Loi sur l'autonomie gouvernementale des premières nations du Yukon*, L.C. 1994, c. 35.
6. Constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11 dans L.R.C. (1985), App. II, no 44. L'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* se lit ainsi : « (1) Les droits existants—ancestraux ou issus de traités—des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés. (2) Dans la présente loi, “peuples autochtones du Canada” s'entend notamment des Indiens, des Inuit et des Métis du Canada. (3) Il est entendu que sont compris parmi les droits issus de traités, dont il est fait mention au paragraphe (1), les droits existants issus d'accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis. (4) Indépendamment de toute autre disposition de la présente loi, les droits—ancestraux ou issus de traités—visés au paragraphe (1) sont garantis également aux personnes des deux sexes ».
7. Aux termes du par. 35(3) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les droits issus de traités comprennent les droits issus d'accords sur des revendications territoriales aussi généralement qualifiés de « traités modernes ».
8. L'art. 32 de la *Charte* dispose : « (1) La présente charte s'applique : (a) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest; (b) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature. (2) Par dérogation au paragraphe (1), l'article 15 n'a d'effet que trois ans après l'entrée en vigueur du présent article ».

la *Charte*⁹.

La Cour suprême du Canada n'a pas encore clairement validé la thèse, défendue par la Commission royale sur les peuples autochtones et une doctrine nettement majoritaire, selon laquelle les droits ancestraux reconnus et confirmés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* comprennent un droit général à l'autonomie gouvernementale couvrant une ample gamme de compétences se rapportant aux affaires de la communauté détentrice d'un tel droit¹⁰. Il convient néanmoins, pour les fins de cet article portant sur l'interprétation des articles 32 et 25 de la *Charte*, de présumer qu'un tel droit sera consacré sous une forme quelconque par la plus haute juridiction, une hypothèse qui n'a d'ailleurs rien de fantaisiste¹¹. Quant aux entités gouvernementales autochtones dont les pouvoirs sont définis, confirmés ou établis par traité, et dont le prototype se retrouve dans l'*Accord définitif Nisga'a*¹², elles promettent de devenir un cadre privilégié de la nouvelle gou-

9. Le passage clé de cette dernière disposition se lit comme suit : « Le fait que la présente charte garantit certains droits et libertés ne porte pas atteinte aux droits et libertés—ancestraux, issus de traités ou autres—des peuples autochtones du Canada [...] ». Quant à la version anglaise, elle se lit : « The guarantee in this Charter of certain rights and freedoms shall not be construed so as to abrogate or derogate from any aboriginal, treaty or other rights or freedoms that pertain to the aboriginal peoples of Canada [...] ».
10. La Commission royale sur les peuples autochtones prend position en faveur de l'existence d'un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale dans son rapport intitulé *Partenaires au sein de la Confédération : les peuples autochtones, l'autonomie gouvernementale et la Constitution*, Ottawa, Groupe communication Canada, 1993. La plupart des juristes estiment qu'un tel droit ancestral existe effectivement et devrait être reconnu par la Cour suprême du Canada. Voir notamment Brian Slattery, « First Nations and the Constitution: A Question of Trust » (1992) 71 R. du B. can. 261 [Slattery, « Constitution »]; Kent McNeil, « Envisaging Constitutional Space for Aboriginal Governments » (1993) 19 Queen's L.J. 95; Patrick Macklem, *Indigenous Difference and the Constitution of Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2001 aux pp. 107-31 [Macklem]. Voir toutefois André Émond, « Le sable dans l'engrenage du droit inhérent des autochtones à l'autonomie gouvernementale » (1996) 30 R.J.T. 89. La Cour suprême du Canada s'est délibérément abstenue à ce jour de trancher la question. Voir R. c. *Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821, (sub nom. R. v. *Jones*) 138 D.L.R. (4^e) 204; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, (sub nom. *Delgamuukw v. British Columbia*) 153 D.L.R. (4^e) 193 [Delgamuukw avec renvois aux R.C.S.].
11. En 1995, le gouvernement du Canada a adopté une politique officielle de reconnaissance et de mise en œuvre négociée du droit ancestral (inhérent) à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones. Voir *L'autonomie gouvernementale des Autochtones : L'approche du gouvernement du Canada concernant la mise en œuvre du droit inhérent des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale et la négociation de cette autonomie* (Guide de la politique fédérale), Ottawa, Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 1995 [Guide de la politique fédérale sur l'autonomie gouvernementale des Autochtones]. Dans *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, (sub nom. *Mitchell v. M.N.R.*) 199 D.L.R. (4^e) 385, 2001 CSC 33 [Mitchell avec renvois aux R.C.S.], le juge Binnie, dissident, avec l'accord du juge Major, évoque explicitement des principes de nature à fonder un droit ancestral à l'autonomie gouvernementale. Il mentionne la possibilité d'une simple « diminution » de la souveraineté autochtone lors de l'avènement de l'État européen (par. 158) ou encore d'une « souveraineté fusionnée ou partagée » essentielle à la conciliation au cœur de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* (par. 167). Voir également *Campbell v. British Columbia (A.G.)*, [2000] 189 D.L.R. (4^e) 333, 8 W.W.R. 600 (B.C.S.C.) [Campbell avec renvois aux D.L.R.] où la Cour conclut qu'un droit ancestral à l'autonomie gouvernementale fait effectivement partie du droit positif.
12. *Supra* note 5. Voir aussi la *Loi sur l'Accord définitif niska'a*, L.C. 2000, c. 7.

vernance autochtone à mesure que progressent les négociations pour le règlement de nombreuses revendications territoriales¹³.

La *Charte* est-elle, comme l'affirme une importante doctrine, complètement¹⁴ ou très substantiellement inopposable à un gouvernement autochtone agissant en vertu d'un droit ancestral ou visé par un traité ? Nous avancerons dans cet article qu'il faut plutôt privilégier l'idée d'une immunité relative fondée non pas sur la différence autochtone avancée par certains, mais sur le principe de validation constitutionnelle à effet immunitaire, un principe constitutionnel de portée générale qui trouve un rappel explicite dans l'article 25 de la *Charte*.

La thèse de l'immunité absolue a pour point de départ l'absence de toute référence explicite dans l'article 32 de la *Charte*¹⁵ aux institutions autochtones issues d'un droit ancestral ou d'un traité¹⁶. Elle trouve son point d'orgue dans l'invocation de l'article 25 qui, selon les tenants de cette thèse, empêche ou neutralise toute interprétation large de l'article 32, permettant d'inclure ces institutions dans le domaine d'application de la *Charte*. Il convient donc de se pencher sur le sens qu'il faut donner à l'omission des institutions autochtones dans la définition explicite du domaine d'application de la *Charte* afin de voir dans quelle mesure une lecture téléologique et contextuelle de l'article 32 pourrait pallier cette omission. Nous arguerons qu'une telle interprétation est non seulement possible mais qu'elle s'impose.

13. Voir par ex. *Entente de principe d'ordre général entre les Premières nations de Mamuitun et de Nutashkuan et le gouvernement du Québec et le gouvernement du Canada*, Ottawa, Ministère des Travaux Publics et des Services gouvernementaux Canada, 2004 [*Entente de principe de Mamuitun et de Nutashkuan*]; *Première nation Sliammon : Entente de principe*, Canada, Première nation Sliammon, Colombie-Britannique, 6 juin 2003, en ligne : Affaires indiennes et du Nord Canada <http://www.ainc-inac.gc.ca/bc/ftno/sli/slia_f.pdf>; *Tsawwassen First Nation Agreement in Principle*, Canada, Première nation Tsawwassen, Colombie-Britannique, 15 mars 2004, en ligne : Affaires indiennes et du Nord Canada <http://www.ainc-inac.gc.ca/bc/ftno/tsaw/ftsai_e.pdf>; *Entente de principe Lheidli T'enneh*, Canada, Colombie-Britannique, Première nation Lheidli T'enneh, 26 juillet 2003; *Entente de principe relative à l'autonomie gouvernementale des Gwich'in et des Inuvialuit du Delta de Beaufort*, 16 avril 2003 [*Entente de principe des Gwich'in et des Inuvialuit*]; *Entente définitive Kluane*, *supra* note 5; *Entente sur l'autonomie gouvernementale Kluane*, *supra* note 5; *Accord Tlicho*, *supra* note 5.
14. Nul ne conteste toutefois qu'aux termes du par. 35(4) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les gouvernements autochtones agissant en vertu d'un droit ancestral ou issu de traité devront respecter l'égalité entre les hommes et les femmes.
15. À noter cependant que l'al. 32(1)(a) mentionne explicitement que la *Charte* lie le Parlement dans les domaines de sa compétence « [...] y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest ». Le gouvernement territorial du Nunavut étant issu des territoires du Nord-Ouest, il ne fait guère de doute que cette mention expresse s'étend aujourd'hui à ce gouvernement.
16. Les principaux tenants de la thèse de l'immunité absolue sont les suivants : Kent McNeil, « Aboriginal Governments and the Canadian Charter of Rights and Freedoms » (1996) 34 *Osgoode Hall L.J.* 61 aux pp. 88-90 [McNeil, « Aboriginal Governments »]; Kent McNeil, « Aboriginal Governments and the Charter: Lessons from the United States » (2002) 17 *R.C.D.S.* 73 [McNeil, « Lessons from the United States »]; Kerry Wilkins, « ...But We Need the Eggs: The Royal Commission, the Charter of Rights and the Inherent Right of Self-Government » (1999) 49 *U.T.L.J.* 53 [Wilkins]; Dan Russell, *A People's Dream: Aboriginal Self-Government in Canada*, Vancouver, University of British Columbia Press, 2000 [Russell], Patricia A. Monture, « The Right of Inclusion: Aboriginal Rights and/or Women? », dans Kerry Wilkins, *Advancing Aboriginal Claims: Visions, Strategies, Directions*, Purich Publishing, Saskatoon, 2004, 39, à la p. 56.

Se posera ensuite la question de savoir dans quelle mesure l'article 25 empêche ou limite l'effet contraignant de la *Charte* sur l'action gouvernementale autochtone afférente à un droit visé par cet article. Nous expliquerons la portée immunitaire limitée qu'il faut attribuer, selon nous, à une clause de sauvegarde telle que l'article 25 de la *Charte*, portée dont la doctrine n'a pas à ce jour pris la juste mesure.

Avant d'aborder ces problèmes juridiques très spécifiques, il importe de les situer dans une discussion plus large du rapport entre la bonne gouvernance, les droits fondamentaux et l'affirmation du particularisme culturel autochtone. Nous voulons d'abord interroger certains a priori très répandus chez les juristes quant au défi posé à l'altérité autochtone par la culture des droits fondamentaux.

II. Bonne gouvernance, droits fondamentaux et différence autochtone : antagonisme ou symbiose ?

A. LES DROITS FONDAMENTAUX À L'HEURE DE LA « BONNE GOUVERNANCE »

L'irruption dans l'ordre juridique de nouveaux pouvoirs autochtones signifie que, pour un nombre croissant d'Autochtones, le moment est venu de se « gouverner » en tant que collectivités humaines du XXI^e siècle. Or « gouverner » aujourd'hui, c'est immanquablement se mouvoir dans la nébuleuse idéologique et conceptuelle de la « bonne gouvernance » ; c'est, en d'autres termes, prendre en charge les affaires d'une population à une époque imprégnée d'une certaine conception du gouvernement bon, juste et efficient.

Dans son acception la plus générique et la plus neutre, le terme « gouvernance »¹⁷ désigne le processus et les institutions par lesquels les décisions sont prises et l'autorité exercée au sein d'une organisation. Investie de toute sa charge normative, la notion de « bonne » gouvernance a d'abord fait partie du vocabulaire propre au *management* et visait l'amélioration des mécanismes de gestion des entreprises¹⁸. Aujourd'hui, la bonne gouvernance s'étend d'emblée, dans le discours normatif national et international, aux aspects politiques et institutionnels de la vie en société ; elle prescrit la mise en œuvre de mécanismes, de processus et d'institutions à travers lesquels les citoyens jouissent de leurs droits fondamentaux, s'acquittent de leurs obligations mutuelles et gèrent pacifiquement leurs différends. La gouvernance se distingue ainsi du simple « gouvernement ». Elle n'est pas une entité ou un organe dictant sa volonté depuis le sommet du panthéon institutionnel, mais

17. Calque de l'anglais « governance ».

18. Sabine Montagne, « De la "pension governance" à la "corporate governance" : la transmission d'un mode de gouvernement » (2001) 63 *Revue d'économie financière* 53.

un système où les affaires collectives font l'objet de délibérations, de négociations et d'arbitrages permanents entre gouvernants et gouvernés ; les pouvoirs publics apparaissant alors comme l'une des composantes d'un réseau multipolaire d'acteurs essentiels au développement de la société¹⁹.

Quel que soit le terreau idéologique dans lequel elle prend racine, plus ou moins marqué par le libéralisme économique²⁰, la bonne gouvernance est « l'enfant [...] de la démocratie »²¹ et postule au minimum la jouissance effective des droits civils et politiques de tous. En outre, rien n'oppose, par essence, la gouvernance aux droits sociaux et économiques tel qu'il en ressort des travaux des Nations unies, qui considèrent l'État de droit et la protection des droits fondamentaux, y compris les droits sociaux et économiques, comme les conditions nécessaires du développement humain :

La « bonne » gouvernance ou la gouvernance « démocratique » existe aussi là où les autorités gouvernementales s'appuient sur la volonté du peuple et sont responsables devant lui. Elle existe là où des institutions transparentes et démocratiques permettent la pleine participation dans les affaires politiques et là où la protection des droits humains garantit le droit d'expression, d'association et de contestation. Elle existe enfin là où le gouvernement et ses institutions défendent les pauvres et les plus faibles et promeuvent le développement humain de tous les citoyens²².

À première vue, la gouvernance dite « bonne » ou « démocratique », pourrait n'apparaître que comme le recyclage, sous un vocable au goût du jour, de notions classiques pour le juriste et le politologue : État de droit, démocratie et droits de l'Homme. Toutefois, captés par la dynamique de la gouvernance, les droits et libertés de la personne revêtent une dimension plus franchement utilitaire et instrumentale. La bonne gouvernance représente les droits fondamentaux « en action », mobilisés pour la gestion du développement économique et social parce que garants de la transparence, de la responsabilité et, en bout de ligne, de l'efficacité équitable de l'action

19. Philippe Moreau Defarges, *La gouvernance*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003 aux pp. 29–30.

20. La remise en cause de la verticalité du rapport entre le pouvoir et la société civile qui caractérise la gouvernance, de même que ses origines liées au management anglo-saxon, expliquent sans doute pourquoi d'aucuns redoutent son instrumentalisation au service du dogme néolibéral de l'État minimal à la solde d'un marché débridé aussi bien que mondialisé et complice d'un dessaisissement du politique, donc d'un contournement de la légitimité démocratique. Voir Andrée Lajoie, « Gouvernance et société civile » dans David M. Hayne, dir., *Governance in the 21st Century / La gouvernance au 21e siècle : Actes d'un colloque tenu en novembre 1999 sous les auspices de la Société royale du Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1999, 145 aux pp. 149–52 ; Luc Borot, « Gouvernance » (2002) 9 Cités 173.

21. Moreau Defarges, *supra* note 19 à la p. 19.

22. Linda Maguire, « Gouvernance : Politiques et propositions d'avenir » dans *Table ronde préparatoire N° 3 : la bonne gouvernance : objet et condition du financement du développement. Symposium sur l'accès aux financements internationaux*, Paris, Agence intergouvernementale de la francophonie, 2003 aux pp. 2–3, en ligne : Espace économique francophone <http://www.espace-economique-francophone.com/e/tr3_linda_maguire.pdf>.

gouvernementale²³. À partir du constat qu'aucune société humaine n'aspire à la violence et à la pauvreté et de l'observation que les sociétés s'étant dotées d'une gouvernance démocratique sont souvent moins en proie à la violence endémique et à la grande pauvreté, le discours de la bonne gouvernance s'attache à refonder sur des bases pragmatiques, plutôt que philosophiques, l'universalité des droits fondamentaux de la personne humaine.

Mais la bonne gouvernance qui correspondrait, selon ce point de vue, à une commune aspiration humaine s'accommode-t-elle de la différence ou des spécificités culturelles ? Comment sa logique universalisante des droits fondamentaux s'articule-t-elle avec le discours, lui aussi de plus en plus prégnant, de la diversité culturelle ? Ces questions, qui interpellent un grand nombre de sociétés non occidentales, se trouvent en fait au cœur de la rencontre entre l'autochtonie et la gouvernance au Canada. Les droits et libertés individuels dont le respect serait la condition d'une « bonne » gouvernance autochtone sont-ils conformes aux aspirations légitimes des peuples autochtones désireux de se développer sans brader leur particularisme culturel ?

B. LE DÉFI AUTOCHTONISTE À LA LÉGITIMITÉ CULTURELLE DES DROITS FONDAMENTAUX

Lorsqu'elle aborde la question de l'incidence des droits et libertés individuels sur l'exercice de l'autonomie politique autochtone au Canada, la doctrine juridique dominante est pètrie d'un différentialisme qui amène certains auteurs à postuler une sorte d'antagonisme ontologique entre autochtonité et modernité juridique ou, à tout le moins, un potentiel permanent de friction entre la différence culturelle autochtone et le jeu des droits et libertés individuels. Paradoxalement, alors que les juristes fustigent à bon droit le passéisme autoritaire de la Cour suprême du Canada, qui réduit les droits ancestraux des Autochtones aux traditions d'origine pré-

23. Ainsi, l'art. 9 de l'*Accord de Cotonou* définit comme suit la bonne gouvernance : « Dans le cadre d'un environnement politique et institutionnel respectueux des droits de l'homme, des principes démocratiques et de l'État de droit, la bonne gestion des affaires publiques se définit comme la gestion transparente et responsable des ressources humaines, naturelles, économiques et financières en vue du développement équitable et durable », l'*Accord de Cotonou*, 23 juin 2000, en ligne : Europa <http://www.europa.eu.int/comm/development/body/cotonou/agreement/agr06_fr.htm>. Voir aussi Commission européenne, *Compendium des stratégies de coopération : Accord de partenariat entre les membres du groupe des États d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique et la Communauté européenne ainsi que ses États membres, signé à Cotonou le 23 juin 2000*, Office des publications officielles des Communautés européennes, Luxembourg, 2001, en ligne : La Commission européenne <http://europa.eu.int/comm/development/body/cotonou/compendium/compendium_fr.htm>.

coloniale²⁴, nombre d'analystes, malgré quelques remarques convenues sur le dynamisme des cultures autochtones, doutent de la légitimité culturelle des droits fondamentaux en raison de la menace grave qu'ils feraient peser sur les structures tribales traditionnelles. Plusieurs se représentent deux mondes parallèles : d'un côté, un univers culturel occidental individualiste et libéral et, de l'autre, une autochtonie traditionnelle durablement imprégnée d'une philosophie de la responsabilité individuelle, de l'harmonie et de la solidarité communautaires²⁵. Russell exprime bien ce courant de pensée, lui qui affirme :

"Rights theory" has a long history within the common law judicial system, and today it is firmly embedded within the Canadian psyche. However, Aboriginal people have been less enamoured of such notions. Aboriginal societies premised on an ethic of care and responsibility have traditionally been interested less in rights than in concepts of personal obligation²⁶.

Selon Wilkins, il y aurait une « [...] profound incongruity between the rights regime in the Charter and the various traditions and shared understandings that Canada's aboriginal peoples themselves regard as constitutive »²⁷. Dans le même esprit, Turpel écrit que « [t]he collective or communal basis of Aboriginal life does not [...] have a parallel to individual rights: the conceptions of law are simply incommensurable »²⁸. McNeil estime pour sa part que la transposition aux sociétés autochtones des valeurs canadiennes sous-jacentes au modèle étatique de charte des droits serait aussi colonialiste que vaine²⁹. Les détracteurs différentialistes des droits individuels évoquent volontiers les temps précolombiens de sociétés consensualistes, égalitaires et régies par une coutume foncièrement conciliatrice et intégratrice des aspirations

-
24. La doctrine a sévèrement critiqué la logique essentialiste et passiste de la Cour. Voir notamment John Borrows, « The Trickster: Integral to a Distinctive Culture » (1997) 8 Forum constitutionnel 27 ; Russel Lawrence Barsh et James Youngblood Henderson, « The Supreme Court's *Van der Peet* Trilogy: Naive Imperialism and Ropes of Sand » (1997) 42 R.D. McGill 993 ; Kent McNeil, « Reduction by Definition: The Supreme Court's Treatment of Aboriginal Rights in 1996 » (1997) 5 *Canada Watch* 60 ; Ghislain Otis, « Opposing Aboriginality to Modernity: The Doctrine of Aboriginal Rights in Canada » (1997) 12 *British Journal of Canadian Studies* 182 ; Leonard I. Rotman, « Hunting for Answers in a Strange Kettle of Fish: Unilateralism, Paternalism and Fiduciary Rhetoric in *Badger* and *Van der Peet* » (1997) 8 Forum constitutionnel 40. Voir aussi Geneviève Mativat, *L'Amérindien dans la lorgnette des juges : le miroir déformant de la justice*, Montréal, Recherches amérindiennes au Québec, 2003.
25. Jean-Jacques Simard ne manque pas de pourfendre ce qu'il estime être le mythe de l'Indien « *Envers-du-Blanc* », « reflet négatif de la modernité », qui réserverait « [...] aux "Blancs" l'affirmation individuelle, l'esprit critique, le pluralisme culturel et les débats démocratiques—aux Autochtones la communauté consensuelle, homogène, et ces chefs qui exhalent la substance de leurs peuples dès qu'on leur place un micro sous le nez [...] » dans *La réduction : l'Autochtone inventé et les Amérindiens d'aujourd'hui*, Sillery (Qc), Septentrion, 2003 à la p. 134.
26. *Supra* note 16 aux pp. 117–18. Voir aussi les pp. 128–29.
27. *Supra* note 16 à la p. 86.
28. Voir Mary Ellen Turpel, « Aboriginal Peoples and the Canadian Charter: Interpretative Monopolies, Cultural Differences » (1989) 6 Can. Hum. Rts. Y.B. 3 à la p. 30.
29. Il écrit : « Imposition of Canadian values and norms on the Aboriginal peoples perpetuates colonialism and—as our history teaches us so well—simply does not work » dans McNeil, « Lessons from the United States », *supra* note 16 à la p. 104.

légitimes de chacun³⁰. Ayant traversé les siècles riches d'un tel viatique, les Autochtones contemporains ne ressentiraient pas le besoin d'une protection contre un pouvoir étranger à leur expérience culturelle³¹. Cette critique radicale des droits et libertés se repaît d'une image d'épinal, la « traditional self-governing communit[y] »³², et avance, à partir d'exemples généralement hypothétiques, que ces communautés coutumières risqueraient d'être tragiquement disloquées par la conception antagoniste et hiérarchique des rapports groupe/individu qui irrigue les chartes individualistes³³.

Même lorsqu'ils ne mettent pas de la sorte en contradiction la culture autochtone avec l'idée moderne de droits individuels subjectifs opposables au groupe, des auteurs semblent penser que la notion de bonne gouvernance autochtone fondée sur le respect des droits et libertés de la personne représentera, dans un nombre significatif de situations, une menace sérieuse à la différence autochtone³⁴. C'est pourquoi le souci de préserver cette différence infléchit lourdement l'étude de l'application de la *Charte canadienne* aux gouvernements autochtones. Pareille préoccupation différentialiste amène les juristes à interpréter la *Charte* d'une manière qui la rend inapplicable à certains gouvernements autochtones protégés par la constitution ou qui en minimise l'impact contraignant sur ceux-ci.

Exilés de la modernité, les Autochtones ? L'analyse différentialiste procède d'une tendance à faire pudiquement l'impasse sur l'historicité de la condition autochtone. Elle nie ou n'admet qu'avec réticence, de peur de paraître légitimer ou banaliser les ravages du colonialisme, que si les sociétés précoloniales avaient leurs formes de gouvernance adaptées aux conditions objectives dans lesquelles elles vivaient, ces conditions ont en bonne partie

30. Voir Menno Boldt et J. Anthony Long, « Tribal Philosophies and the Canadian Charter of Rights and Freedoms » dans Menno Boldt et J. Anthony Long, dir., *The Quest for Justice: Aboriginal Peoples and Aboriginal Rights*, Toronto, University of Toronto Press, 1985, 165 aux pp. 168-69. De plus, Franks note à juste titre : « Many discussions of Aboriginal rights in Canada [...] claim that there was a golden age in the past where all members of the culture shared in a blessed and nonalienated existence and the relationships between humans were conducted on a basis of civility and respect and ensured that the ideals embodied in fundamental rights were recognized. » : C.E.S. Franks, « Rights and Self-government for Canada's Aboriginal Peoples » [Franks] dans Curtis Cook et Juan D. Lindau, dir., *Aboriginal Rights and Self-Government: The Canadian and Mexican Experience in North American Perspective*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2000, 101 à la p. 126 [Cook et Lindau].

31. Wilkins, *supra* note 16 aux pp. 87-90.

32. *Ibid.* à la p. 93.

33. *Ibid.* aux pp. 91-99 ; Russell, *supra* note 16 aux pp. 103-30.

34. Macklem, par ex., écrit : « In my view, the Charter does pose a risk to the continued vitality of indigenous difference. The Charter enables litigants to constitutionally interrogate the rich complexity of Aboriginal societies according to a rigid analytic grid of individual right and state obligation. », *supra* note 10 à la p. 195. Un postulat semblable sous-tend l'analyse de Grammond. Voir Sébastien Grammond, *Aménager la coexistence : les peuples autochtones et le droit canadien*, Bruxelles, Bruylant, 2003 aux pp. 342-45 [Grammond].

disparu sans qu'il soit possible de les recréer³⁵. Les contradicteurs de la *Charte*, ou ceux qui en proposent une application subordonnée à l'altérité autochtone, supposent l'absence, ou à tout le moins un déficit important, de normativité culturelle des droits et libertés individuels dans un univers autochtone imprégné par la tradition ou n'aspirant qu'à sa reviviscence. Pourtant, on aurait tort de présumer que dans leurs rapports sociaux, économiques et politiques, les femmes et les hommes autochtones plébiscitent cette opposition autochtonité/modernité.

C. LA REVENDICATION AUTOCHTONE DE DROITS ET LIBERTÉS : LA TRADITION SOUS BÉNÉFICE D'INVENTAIRE

Les collectivités autochtones, en revendiquant leur propre ordre de gouvernement doté de véritables compétences législatives reconnues constitutionnellement, ne réclament pas pour elles-mêmes moins de puissance publique organisée, et donc de capacité de contrainte unilatérale opposable aux individus, que celle dévolue aux autres gouvernements³⁶. Ces structures, calquées sur le modèle étatique, n'ont guère de ressemblance avec le type de gouvernance informelle souvent imputée à l'autochtonie précoloniale. En même temps qu'elles servent à l'autodétermination de la communauté, elles confortent la sujétion des Autochtones à une puissance collective capable, comme tous les autres gouvernements, de s'imposer au détriment des droits fondamentaux.

Par ailleurs, certains comportements et certains discours donnent à penser que les Autochtones, ayant fait l'expérience de l'arbitraire et de la discrimination, aspirent, comme les autres citoyens, au respect de leurs droits et libertés individuels. On oublie trop vite que les individus autochtones, en exigeant jusqu'en Cour suprême que le Parlement fédéral se conforme à leurs droits fondamentaux reconnus par la *Déclaration canadienne des droits*³⁷, ont fait œuvre de pionniers dans le développement d'une

35. Ce qui ne veut pas dire qu'il soit toujours impossible de s'inspirer de valeurs tenues pour traditionnelles et restées vivaces dans les communautés. Il se peut, par exemple, qu'un attachement persistant au consensualisme se traduise dans des modes particuliers de désignation des dirigeants politiques. Voir Ghislain Otis, « Élection, gouvernance traditionnelle et droits fondamentaux chez les peuples autochtones du Canada » (2004) 49 R.D. McGill 393 [Otis, « Élection »].

36. Voir par ex. l'*Accord Tlicho*, *supra* note 5 qui prévoit à son art. 7.4.1. que « [l]e gouvernement Tlicho a le pouvoir de promulguer des lois [...] ». De même, les dispositions de l'art. 13.0 et ss. de l'*Entente sur l'autonomie gouvernementale Kluane*, *supra* note 5 précisent la nature des pouvoirs législatifs de la Première nation de Kluane. Enfin, l'art. 1 du c. 11 de l'*Accord définitif Nisga'a* se lit : « La Nation Nisga'a a le droit à l'autonomie gouvernementale et elle a le pouvoir de faire des lois, tels qu'énoncés dans l'Accord ». Voir aussi l'*Entente définitive du Conseil des Ta'an Kwäch'än*, gouvernement du Canada, conseil des Ta'an Kwäch'än, gouvernement du Yukon, 13 janvier 2002, Ottawa, Ministère des Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2002, art. 24.1.2.1 ; *Entente sur l'autonomie gouvernementale des Tr'ondëk Hwëch'in*, *supra* note 5, art. 13 ; *Entente sur l'autonomie gouvernementale de la Première nation de Little Salmon/Carmacks*, Première nation de Little Salmon/Carmacks, Sa Majesté la Reine du chef du Canada, gouvernement du Yukon, 21 juillet 1997, Ottawa, Ministère des Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 1998 à l'art. 13.

37. L.R.C. (1985), App. III.

importante jurisprudence relative aux droits de la personne³⁸. Depuis l'avènement de la *Charte canadienne*, les Autochtones s'en sont prévalus en grand nombre pour contester les lois ou les politiques des autorités tant provinciales que fédérales³⁹. Les hommes et les femmes autochtones éprouvent-ils plus de scrupules culturels ou « identitaires » à mobiliser les droits fondamentaux que leur reconnaît le droit étatique à l'encontre de leurs frères autochtones ? Reconnaisent-ils une quelconque immunité culturelle au pouvoir dès lors qu'il repose entre les mains des leurs ? Il existe à cet égard des précédents qui ne sont guère compatibles avec l'idée d'un quelconque relativisme culturel ne rendant, aux yeux des Autochtones, les droits et libertés légitimement invocables que contre les pouvoirs « blancs ».

La *Charte canadienne* a en effet servi à la contestation des « coutumes » électorales de plusieurs communautés autochtones régies par la *Loi sur les Indiens*⁴⁰ ; elle a été invoquée pour faire invalider diverses actions des conseils de bande⁴¹ dont certaines se réclamaient de la fidélité aux valeurs ancestrales⁴². De même, les instruments quasi constitutionnels de protection des droits et libertés sont également mobilisés pour contrer des mesures émanant

38. Voir par ex. *R. c. Drybones*, [1970] R.C.S. 282, 9 D.L.R. (3^e) 473 ; *Canada (P.G.) c. Lavell*, [1974] R.C.S. 1349, (sub nom. (A.G.) *Can. v. Lavell*) 38 D.L.R. (3^e) 481 ; *Canada (P.G.) c. Canard* (1975), [1976] 1 R.C.S. 170, (sub nom. *Canada (A.G.) v. Canard*) 52 D.L.R. (3^e) 548 ; *Jack and Charlie c. R.*, [1985] 2 R.C.S. 332, 21 D.L.R. (4^e) 641.
39. Les décisions de la Cour suprême mettant en cause une revendication autochtone fondée sur la *Charte canadienne* incluent *Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627, (sub nom. *Native Women's Association of Canada v. Canada*) 119 D.L.R. (4^e) 224 ; *Corbière c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, (sub nom. *Corbière v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*) 173 D.L.R. (4^e) 193 [*Corbière* avec renvois aux R.C.S.] ; *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950, 188 D.L.R. (4^e) 193, 2000 CSC 37. Les affaires où les Autochtones ont réclamé le respect de leurs droits et libertés individuels sont nombreuses. Voir par ex. *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, 171 D.L.R. (4^e) 385 ; *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128, 159 D.L.R. (4^e) 493 ; *R. c. Jones*, [1991] 3 R.C.S. 110, (sub nom. *R. v. Jones and Pamajewon*) 137 N.R. 321 ; *R. c. Furtney*, [1991] 3 R.C.S. 89, 129 N.R. 241 ; *Xeni Gwet'in First Nations Government v. Riverside Forest Products Ltd.* (2004), 237 D.L.R. (4^e) 754, (sub nom. *Tsilhqot'in Nation v. Canada (A.G.)*) 2004 BCCA 106 ; *R. v. Carpenter* (2002), 4 C.R. (6^e) 115, 2002 BCCA 301 ; *R. v. Lamirande*, [2002] 9 W.W.R. 17, 163 Man. R. (2^e) 163, 2002 MBCA 41 ; *M.M. v. Roman Catholic Church of Canada* (2001), 205 D.L.R. (4^e) 253, [2001] 10 W.W.R. 607, 2001 MBCA 148.
40. Voir *Francis c. Conseil mohawk de Kanesatake*, [2003] 4 C.F. 1133, (sub nom. *Francis v. Mohawk Council of Kanesatake*) [2003] 3 C.N.L.R. 86, 2003 CFPI 115 ; *Scrimbitt c. Conseil de la bande indienne de Sakimay*, [2000] 1 C.F. 513, (sub nom. *Scrimbitt v. Sakimay Indian Band Council*) [2000] 1 C.N.L.R. 205 (1^{re} inst.) ; *Hall c. Dakota Tipi Indian Band*, [2000] 4 C.N.L.R. 108, 2000 A.C.F. n° 207 (1^{re} inst.) (QL) ; *Gras-Louis c. Nation Huronne-Wendat (Conseil)*, [2000] A.C.F. n° 1529 (1^{re} inst.) (QL) ; *Sark c. Bande indienne de Lennox Island*, [1999] A.C.F. n° 1025 (1^{re} inst.) (QL) ; *Crow c. Blood Band* (1996), 107 F.T.R. 270, [1997] 3 C.N.L.R. 76, [1996] A.C.F. n° 119 (QL).
41. Voir par ex. *Edgar c. Bande des Kitasoo* (2003), 228 F.T.R. 161, (sub nom. *Edgar v. Kitasoo Band (Council)*) [2003] 2 C.N.L.R. 124, 2003 CFPI 166 ; *Horse Lake First Nation v. Horseman* (2003), 337 A.R. 22, [2003] 8 W.W.R. 457, 2003 ABQB 114 ; *R. v. Hatchard* (1991), [1993] 1 C.N.L.R. 96 (Div. gén. Ont.).
42. *Twinn c. Canada* (1986), [1987] 2 F.C. 450, 6 F.T.R. 138.

d'autorités autochtones⁴³. Il existe enfin un contentieux privé bien connu ayant donné lieu à une collision frontale entre la revendication individuelle de dignité et d'intégrité physique de la personne et la prétention du groupe à perpétuer, en marge du droit étatique, ses pratiques immémoriales⁴⁴.

Ces données judiciaires n'autorisent certes aucune conclusion catégorique quant au degré précis d'appropriation autochtone des droits fondamentaux. On ne saurait, en revanche, invalider de tels précédents en imputant à des avocats une manipulation clinique des droits fondamentaux au profit de clients empêchés, par leur autisme culturel, d'intérioriser le sentiment d'oppression qui révélerait une adhésion aux valeurs invoquées devant les juges.

En outre, le discours politique et juridique des élites autochtones, qui a dans le passé alimenté la rhétorique de l'inadaptation culturelle de la *Charte*⁴⁵, interdit aujourd'hui de voir dans les revendications judiciaires de droits fondamentaux de simples dérives individualistes chez quelques « déviants culturels » séduits par les sirènes d'une idéologie exogène. Si l'attachement à la *Charte* des grandes organisations représentant les femmes autochtones est notoire⁴⁶, et si ces femmes estiment souvent faire les frais des expériences menées au nom de la coutume autochtone en matière pénale⁴⁷, il faut aussi se rappeler que les chefs autochtones ont défendu le défunt *Accord de Charlottetown* qui engageait explicitement les gouvernements autochtones à se conformer à la *Charte*⁴⁸. Dans le cadre des négociations de traités modernes aménageant des structures gouvernementales autonomes, les Autochtones acceptent l'application de la *Charte canadienne* à

43. Voir par ex. *Azak v. Nisga'a Nation*, 2003 BCHRT 79 ; *Jacobs c. Mohawk Council of Kahnawake* (1998), 34 C.H.R.R. D/71 (Trib. Can.), [1998] D.C.D.P. n° 2 (QL) ; *Shubenacadie Indian Band v. Canada (Human Rights Commission)* (2000) 187 D.L.R. (4^e) 741, 256 N.R. 109, (sub nom. *Bande indienne de Shubenacadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*) [2000] A.C.F. n° 702 (C.F.A.) (QL) [*Shubenacadie Indian Band* avec renvois aux D.L.R.] ; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Conseil de la Bande de Gordon* (2000), [2001] 1 C.F. 124, (sub nom. *Canada (Human Rights Commission) v. Gordon Band Council*) 190 D.L.R. (4^e) 418 (C.F.A.).

44. *Thomas v. Norris*, [1992] 2 C.N.L.R. 139 (B.C.S.C.). Voir Thomas Isaac, « Individual Versus Collective Rights: Aboriginal People and the Significance of *Thomas v. Norris* » (1992) 21 Man. L.J. 618.

45. Voir Assembly of First Nations. First Nations Circle on the Constitution. *To the Source: Commissioners' Report*, Ottawa, 1992 aux pp. 61-64, 78.

46. Canadian Panel on Violence Against Women, *Final Report of the Canadian Panel on Violence Against Women. Changing the Landscape: Ending Violence, Achieving Equality*, Ottawa, Minister of Supply and Services Canada, 1993 ; Native Women's Association of Canada, *Native Women and the Charter: A Discussion Paper*, Ottawa, 1992 ; Teresa Nahanee, « Dancing With a Gorilla: Aboriginal Women, Justice and the Charter » dans Royal Commission on Aboriginal Peoples, *Aboriginal Peoples and the Justice System: Report of the National Round Table on Aboriginal Justice Issues*, Ottawa, Canada Communication Group, 1992 à la p. 359.

47. Voir notamment Helle Høgh, « Finding the Balance—Between Ethnicity and Gender Among Inuit in Arctic Canada » dans Diana Vinding, dir., *Indigenous Women: the Right to a Voice*, Copenhagen, International Work Group for Indigenous Affairs, 1998, 75.

48. Reproduit dans André Tremblay, *La réforme de la constitution au Canada*, Montréal, Thémis, 1995 aux pp. 464-95. Cette version de l'Accord prévoyait que l'art. 25 de la *Charte* serait modifiée par l'ajout d'un alinéa c) se lisant comme suit : « Aux droits et libertés relatifs à la pratique ou à la protection de leurs langues, de leurs cultures ou de leurs traditions ». Tel qu'il ressortira de notre analyse de l'art. 25, cet amendement n'aurait pas en pratique modifié la protection offerte par cette disposition qui produira son effet immunitaire limité à l'égard de tous les droits spéciaux des autochtones.

ces gouvernements⁴⁹. Ils consentent aussi à l'adoption de chartes autochtones dont le contenu sera conforme au texte constitutionnel, ce qu'ils ne feraient sans doute pas s'ils tenaient cet instrument pour fondamentalement « identicide » ou destructeur de leur culture comme c'est leur perception, par exemple, de l'extinction des droits ancestraux fonciers et culturels à laquelle ils opposent désormais une fin de non-recevoir⁵⁰.

Dans une déclaration des « principes fondamentaux de coexistence », les chefs autochtones du Québec affirmaient en 1998 le droit de leurs communautés à leurs propres identités, cultures et traditions mais proclamaient aussi, dans l'article premier de cette déclaration, que :

Les peuples autochtones du Québec ont le droit de jouir pleinement et effectivement de l'ensemble des droits de l'homme et des libertés fondamentales—collectifs et individuels—sans entrave ou discrimination, tels que reconnus par le droit international et interne⁵¹.

De même, dans les débats ayant cours aux Nations Unies, les représentants des Autochtones du Canada plaident pour l'adoption, dans sa version actuelle, du *Projet de déclaration sur les droits des peuples autochtones*⁵² qui affirme le droit des Autochtones de conserver leurs identités distinctes⁵³, mais dont l'article 33 subordonne les ordres juridiques et les coutumes autochtones aux « normes internationalement reconnues dans le domaine des droits de

49. Voir par ex. *Accord Tlicho*, *supra* note 5, art. 2.15.1 ; *Accord définitif Nisga'a*, *supra* note 5, art. 9 ; *Entente de principe des Gwich'in et des Inuvialuit*, *supra* note 13, c. 2, art. 2.9.1 ; *Entente de principe globale concernant le gouvernement Dakota Oyate de Sioux Valley*, Nation Dakota de Sioux Valley et Sa Majesté la Reine du chef du Canada, 2 mars 2001, Canada, Nation Dakota de Sioux Valley, 2001, art. 5.02 (2) [la version de l'entente de principe globale qui fait autorité est la version anglaise] ; *Entente de principe de Mamuitun et de Nutashkuan*, *supra* note 13, art. 8.4.1.1.

50. À cet égard, voir notamment *Entente de principe des Gwich'in et des Inuvialuit*, *supra* note 13, c. 4, al. 3.3.3 (i) et c. 5, art. 4.3.3. qui se lit : « [L]a constitution inuvialuit porte sur les questions suivantes : [...] (i) la protection des droits et libertés des Inuvialuit et des autres personnes régies par les lois inuvialuit, protection qui ne peut être moindre que celle accordée par la *Charte canadienne des droits et libertés* ». Quant au refus de toute clause d'extinction des droits dans les traités, voir entre autres Ghislain Otis et André Émond, « L'identité autochtone dans les traités contemporains : de l'extinction à l'affirmation du titre ancestral » (1996) 41 R.D. McGill 543 ; Commission royale sur les peuples autochtones, *Conclure des traités dans un esprit de coexistence : une solution de rechange à l'extinction du titre ancestral*, Ottawa, Groupe Communication Canada, 1994.

51. Assemblée des Premières Nations du Québec et du Labrador, *Les Premières Nations du Québec réaffirment les principes fondamentaux de co-existence pacifique*, 19 mai 1998, en ligne : site du Réseau d'affaires autochtones <http://www.affairesautochtones.com/contenu/gouvernements/gouvernements_apnql.html>.

52. *Projet de déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, E/CN.4/SUB.2/1994/2/Add.1(1994), en ligne : Haut commissaire des Nations Unies aux droits de l'Homme <[http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/E.CN.4.SUB.2.RES.1994.45.Fr?Op=OpenDocument](http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/E.CN.4.SUB.2.RES.1994.45.Fr?Op=OpenDocument)> [Projet]. Voir à ce sujet Irène Bellier, « Dernières nouvelles du groupe de travail de l'ONU sur le projet de déclaration des droits des peuples autochtones » (2003) 33 *Recherches amérindiennes au Québec* 93.

53. *Projet*, *ibid.* art. 8 dispose que « [L]es peuples autochtones ont le droit, à titre collectif et individuel, de conserver et de développer leurs spécificités et identités distinctes, y compris le droit de revendiquer leur qualité d'autochtones et d'être reconnus en tant que tels ». Reproduit dans Ghislain Otis et Bjarne Melkevik, *Peuples autochtones et normes internationales : Analyse et textes relatifs au régime de protection identitaires des peuples autochtones*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1996 à la p. 127.

l'homme »⁵⁴. Il n'est d'ailleurs pas banal de mentionner ici que les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme s'avéreront plus contraignants encore pour les gouvernements autochtones que la *Charte canadienne*⁵⁵.

Rien de tout cela ne vient corroborer une opposition irréductible, ou même une tension par nature délétère, entre la culture vivante autochtone et la revendication de droits fondamentaux. Il est même raisonnable de penser que, à l'instar des autres citoyens du pays travaillés par leur propres états d'âme identitaires, les Autochtones sont enclins à n'accepter l'héritage traditionnel ou ancestral que « sous bénéfice d'inventaire ». Certes, la référence simultanée aux droits de groupe à vocation identitaire—ancestraux ou issus de traités—et aux droits individuels met en exergue le dualisme de la revendication autochtone qui est à la fois revendication de « pouvoir » pour le groupe et de « droits » pour l'individu. L'articulation juridique concrète du collectif et de l'individuel n'étant pas, c'est peu dire, une science exacte, des arbitrages par essence provisoires s'imposeront qui, parfois, se feront au profit de l'individu et, en d'autres occasions, en faveur du groupe. Mais c'est là une dialectique qui tiraille toute société moderne désireuse de progresser vers un plus grand respect de la personne sans pour autant sacrifier la paix sociale, l'épanouissement culturel et la solidarité essentielle à la cohésion de la collectivité.

Affirmer cela n'est pas nier la différence autochtone, ce qui serait l'ultime spoliation. C'est plutôt faire observer que tout en conservant des références culturelles différenciées, et en clamant plus que jamais leur irréductible singularité, les sociétés puisent de plus en plus à un tronc commun de principes engendrant souvent, mais pas invariablement, des réponses

54. *Ibid.* à la p. 134. En outre, l'art. 43 du projet onusien énonce que « [t]ous les droits et libertés reconnus dans la présente Déclaration sont garantis de la même façon à tous les autochtones, hommes et femmes ». Pour avoir une idée de ce que pourra signifier en pratique la subordination des pouvoirs autochtones au respect des traités internationaux relatifs aux droits de la personne, il suffit de consulter le rapport récent de l'UNICEF : Centre de recherche Innocenti, *Garantir les droits des enfants autochtones*, Digest Innocenti n° 11, Florence (Italie), Imprimerie Giuntina, 2003 à la p. 6, où il est écrit que « [...] des prétentions du groupe exigeant le maintien de pratiques traditionnelles estimées préjudiciables à la dignité, à la santé ou au développement de l'enfant—comme les mutilations génitales féminines, le mariage forcé, ou encore des châtiments inhumains ou dégradants pour comportement “antisocial”—contreviennent aux droits de l'individu et donc ne peuvent être considérées comme un droit de la communauté. En droit international, un principe impérieux veut que l'on accorde à l'individu la meilleure protection possible, et dans le cas d'un enfant, on ne peut ignorer ou violer “son intérêt supérieur” (article 3 de la Convention) au profit des intérêts du groupe », en ligne : Centre de recherche Innocenti <<http://www.unicef-icdc.org/publications/pdf/digest11f.pdf>>. Sur le primat des droits fondamentaux individuels dans le corpus normatif international, voir *ibid.* aux pp. 19–20.

55. Ces instruments sont en effet plus restrictifs que la *Charte* quant au pouvoir des gouvernements de déroger aux droits et libertés. Voir André Binette, « Le pouvoir dérogatoire de l'article 33 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et la structure de la Constitution du Canada » (2003) numéro spécial R. du B. 107 aux pp. 125–28. Le droit international des droits de l'homme comprend aussi un ensemble complexe d'instruments spécifiques qui s'étendent aux droits sociaux, économiques et culturels.

globalement semblables à certains des grands défis du temps présent, ce que Mireille Delmas-Marty appelle « l'universalisme pluraliste »⁵⁶.

La valorisation discursive et symbolique de la différence autochtone ne gomme pas cette confluence des sociétés vers un faisceau de valeurs liées à la fois au respect de la diversité culturelle et à la dignité de la personne humaine. Dire la part de modernité dans l'autochtonité, c'est faire œuvre d'hygiène intellectuelle et à ce jour les spécialistes des sciences sociales ont peut-être été plus candides que les juristes⁵⁷. Simard a raison de souligner que les Autochtones n'échappent pas au paradoxe universel de l'affirmation différentialiste foisonnante conjuguée à une modernité par laquelle vient l'érosion des altérités :

Dans les faits, la vie quotidienne prête lieu à une participation croissante des Autochtones à la société environnante, par les mœurs, l'habitat, l'éducation, les emplois, les loisirs et les médias, bien que le degré de cette intégration varie depuis les réserves de l'arrière-pays jusqu'aux jeunes professionnels urbanisés de fait ou de mentalités. Elle ne s'accompagne pourtant pas d'une conversion mentale à la canadienneté majoritaire, ordinaire, à une assimilation psychoculturelle. Au contraire, l'homogénéisation relative des modes de vie suscite un désir d'autant plus aiguë de reconnaissance et d'affirmation de la « différence » autochtone, valorisant ce que l'imaginaire contemporain appelle « les cultures traditionnelles » [...] plus on devient semblable à son prochain, plus on tient à ce qui continue de nous en distinguer⁵⁸.

Les Autochtones tiennent légitimement à la conservation voire à la floraison de ce qui continue de faire leur distinction⁵⁹. La dynamique d'énonciation de cette différence se déploie cependant dans un cadre contemporain et, en ce début du XXI^e siècle, la bonne gouvernance par les droits fondamentaux apparaît comme une condition objective du maintien de cultures plurielles vivantes. L'auto-identification, cette narration diffuse et perpétuelle de l'histoire de soi à laquelle s'affairent les collectivités en quête de réponse à la question « qui sommes-nous ? », peut-elle vraiment se faire sans la faculté individuelle et collective de réinterpréter ce que signifie être Autochtone aujourd'hui ? La vitalité culturelle des sociétés autochtones—soit leur aptitude à inscrire la singularité de leur mémoire et de leur intelli-

56. Laurent Etre, « Concevoir, sans renoncer à nos différences, un universalisme pluraliste » (entretien avec Mireille Delmas-Marty) *Le Monde* (19 mars 2004) VIII. Voir aussi Mireille Delmas-Marty et Marie-Laure Izorche, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit : réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste » (2001) 46 R.D. McGill 923.

57. Voir notamment Alan C. Cairns, *Citizens Plus: Aboriginal Peoples and the Canadian State*, Vancouver, University of British Columbia Press, 2000 aux pp. 97-106.

58. *Supra* note 25 aux pp. 127-28 ; Yves Plasseraud, *L'identité*, Paris, Montchrestien, 2000 à la p. 19 évoque à cet égard « la métaphore de la sécrétion par les organismes menacés « d'anticorps différentialistes » venant *in extremis* combattre les tendances massifiantes et entropiques du « progrès » ».

59. Ils ne sont pas les seuls dans le contexte canadien. Dans un discours prononcé lors des célébrations de la Francophonie tenues à Montréal en mars 2004, Jean Charest, Premier ministre du Québec, affirmait : « Nous serons de toutes les batailles pour préserver notre culture et nous refuserons toujours de brader notre identité » dans Alec Castonguay « Martin, Charest et Lord célèbrent la francophonie avec Abdou Diouf » *Le Devoir [de Montréal]* (18 mars 2004) A3.

gence du monde dans le réel d'ici et maintenant—et leur autodétermination identitaire véritable passent par leur capacité de réfléchir sur soi, par la délibération, par la confrontation avec un environnement pluraliste. Elle est le contraire de la dogmatisation idéologique d'une identité immémoriale à « exhumer ». Puisque aucun clan ou quelque sous-groupe ne peut prétendre à la prérogative exclusive de dire l'identité de la communauté, on peut soutenir que l'affirmation d'une différence collective véritablement assumée repose en bonne partie sur les piliers de la bonne gouvernance que sont la liberté, l'égalité et la sécurité des femmes et des hommes revendiquant l'appartenance à un groupe culturel.

Ces réflexions sur le rapport qu'entretiennent la bonne gouvernance, les droits fondamentaux et la différence autochtone permettent d'aborder avec ouverture d'esprit le débat juridique, par trop technique, entourant l'application de la *Charte canadienne* aux gouvernements autochtones. Elles ne visent nullement à présenter la *Charte canadienne* comme le meilleur instrument de protection des droits en milieu autochtone. Nul ne peut nier, en effet, que cette *Charte* a été conçue par les élites non autochtones et que les juges chargés de son interprétation appartiennent également à ces élites, ce qui amène les analystes à prôner l'élaboration d'instruments par les Autochtones eux-mêmes. Or la mise en place de chartes des droits et libertés autochtones, qui tiendraient vraisemblablement mieux compte du contexte social, économique et culturel des communautés visées, ne viendrait aucunement conforter la thèse d'une incompatibilité fondamentale entre les droits de la personne et la culture autochtone contemporaine. Elle tendrait au contraire à démontrer une volonté, universelle dans son principe, d'opérer un juste arbitrage entre l'individuel et le communautaire.

III. L'article 32 de la *Charte* : liste exhaustive de débiteurs ou principe général de bonne gouvernance ?

A. DROIT INHÉRENT OU ISSU DE TRAITÉ : UN POUVOIR AUTOCHTONE CAPTÉ PAR LA CHARTE

L'analyse juridique de l'impact de la *Charte canadienne* sur l'action des gouvernements autochtones commence par la lecture des silences du texte. Nul ne peut contester que seules les institutions gouvernementales fédérales, provinciales et territoriales sont mentionnées à l'article 32 de la *Charte* qui définit le champ d'application des droits et libertés que celle-ci garantit. Or l'autorité gouvernementale issue d'un droit ancestral ne sera formellement rattachable à aucun des ordres institutionnels tombant nommément sous le coup de la *Charte*. Cette autorité sera tenue pour « inhérente » en ce qu'elle ne dérive ni d'une concession fédérale ni d'une concession provinciale mais bien des régimes juridiques autochtones pré-coloniaux que le droit constitu-

tionnel ne fait que « reconnaître et confirmer » dans l'ordre étatique en tant que droits originaires pré-étatiques⁶⁰.

Les termes de l'analyse ne changent pas de manière déterminante lorsqu'on situe l'autonomie gouvernementale autochtone dans le cadre d'un traité. Que ce traité soit la source formelle des pouvoirs autochtones ou qu'il confirme et précise la portée d'un droit ancestral réputé préexistant, il ne fait pas du gouvernement autochtone une entité fédérale, provinciale ou territoriale. La couronne fédérale et le gouvernement provincial, qui sont parties au traité, sont incontestablement liés par la *Charte*. Ce qui soulève la question de savoir si l'action gouvernementale consistant à accepter d'insérer une clause dans un traité tombe sous le coup de la *Charte*. Les tribunaux établiront probablement ici une analogie avec les conventions collectives auxquelles est partie la Couronne et qui ont été assujetties à la *Charte*⁶¹. En revanche, même si la *Charte* s'applique à l'autorisation gouvernementale d'une clause dans un traité, la règle de non-abrogation énoncée à l'article 25 empêchera, tel qu'il sera démontré dans cet article, de faire annuler par le biais de la *Charte* des dispositions de traités ou de lois de mise en œuvre qui énoncent des droits issus de traité ou qui confirment un droit ancestral des peuples autochtones.

Quant aux institutions gouvernementales autochtones dont les attributions sont codifiées ou conférées par le traité, qu'elles doivent ou non leur existence au traité, on ne peut dire qu'elles représentent l'ordre fédéral ou provincial, ni qu'elles font partie intégrante de la structure gouvernementale fédérale ou provinciale. Ces institutions n'agissent pas sous le contrôle des autorités fédérales ou provinciales et n'ont pas pour raison d'être de mettre en œuvre une politique gouvernementale exprimée dans une loi fédérale ou provinciale⁶².

60. La Cour suprême a rappelé récemment dans les termes suivants les origines pré-coloniales des droits ancestraux : « Dans l'arrêt *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313, la Cour a reconnu pour la première fois, dans l'histoire moderne, que le droit des Indiens sur leurs terres ancestrales constituait un intérêt *en common law* antérieur à l'établissement des Européens. La reconnaissance des droits ancestraux ne saurait donc être considérée simplement comme un acte de bienveillance de la part de la Couronne. Bien que de telles affirmations soient relativement récentes en droit canadien, elles ne sont pas nouvelles. Le juge en chef Marshall des États-Unis avait statué, dès 1823, que les droits en *common law* des Indiens sur les terres qu'ils avaient traditionnellement occupées avant la colonisation européenne étaient antérieurs aux revendications de souveraineté des différentes nations européennes sur les territoires du continent nord-américain et avaient survécu à ces revendications : *Johnson c. M'Intosh* [...] » [italiques dans l'original] dans *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, [2002] 4 R.C.S. 245 au par. 75, (*sub nom. Wewaykum Indian Band v. Canada*) 220 D.L.R. (4^e) 1, 2002 CSC 79.
61. Voir *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211, (*sub nom. Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*) 81 D.L.R. (4^e) 545. Voir aussi Macklem, *supra* note 10 à la p. 201.
62. Voir *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, 59 D.L.R. (4^e) 416 ; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, (*sub nom. McKinney v. University of Guelph*) 76 D.L.R. (4^e) 545 ; *Eldridge c. Colombie-Britannique (P.G.)*, [1997] 3 R.C.S. 624, (*sub nom. Eldridge v. British Columbia (A.G.)*) 151 D.L.R. (4^e) 577 [Eldridge avec renvois aux R.C.S.] ; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, (*sub nom. Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*) 190 D.L.R. (4^e) 513 [Blencoe avec renvois aux R.C.S.].

Constitutionnellement protégés, les pouvoirs dont le traité aménage l'exercice, ou qu'il crée, ne sont pas susceptibles de révocation unilatérale par les autorités fédérales et provinciales. En effet, dans l'hypothèse où la source formelle de l'autonomie autochtone se trouve dans le traité, celle-ci ne résulte pas d'une simple délégation de la part des autres gouvernements⁶³ mais bien d'un accord solennel avec un peuple autochtone jouissant d'un statut constitutionnel particulier. Le simple fait que les couronnes fédérale et provinciales soient parties à un traité ne suffit pas pour faire d'un peuple autochtone un acteur gouvernemental fédéral ou provincial. Le pouvoir des Autochtones de conclure un traité est inhérent, il découle de la relation *sui generis* que les nations autochtones ont de tout temps eue avec la Couronne et dont le droit public fondamental fait découler la capacité de conclure avec l'État des accords juridiquement originaux qualifiés de « traités »⁶⁴.

La conclusion et la mise en œuvre d'un traité mobiliseront sans aucun doute les pouvoirs exécutif et législatif des gouvernements visés par l'article 32 de la *Charte*. Le législateur ratifiera le traité et adoptera une législation de mise en œuvre afin de le rendre opposable à l'administration et aux tiers. L'effet de cette législation ne sera toutefois pas de transformer le gouvernement autochtone en une simple créature du parlement fédéral ou de la législature provinciale aux fins de l'article 32 de la *Charte*. Elle vise plutôt à assurer le respect de l'autonomie gouvernementale autochtone dans l'ordre juridique fédéral ou provincial. C'est pourquoi les tribunaux sont peu susceptibles de retenir l'argument avancé par Hogg et Turpel voulant que la législation de mise en œuvre d'un traité rende l'action gouvernementale autochtone imputable aux autorités fédérales (ou provinciales) aux fins de l'article 32⁶⁵.

63. On ne peut donc souscrire au point de vue de Wilkins qui affirme qu'un traité non récongnitif du droit inhérent est un instrument par lequel le fédéral délègue simplement (« confers ») des pouvoirs qui seront dès lors, en raison de leur nature purement dérivée de l'autorité fédérale, soumis à la *Charte*, *supra* note 16 aux pp. 60-62.

64. Ainsi, dans *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025 à la p. 1056, 70 D.L.R. (4^e) 427 [*Sioui* avec renvois aux R.C.S.] la Cour suprême rappelle : « [l]a situation *sui generis* dans laquelle se trouvaient les Indiens avait forcé les métropoles européennes à leur reconnaître une autonomie suffisante pour que puissent être valablement créées des ententes solennelles qu'on a appelé « traités », indépendamment du sens strict que le droit international accordait et accorde toujours à ce terme ». Dans l'arrêt *R. c. Sundown*, [1999] 1 R.C.S. 393 au par. 24, 170 D.L.R. (4^e) 385 [*Sundown* avec renvois aux R.C.S.], la Cour écrit que : « [l]es traités peuvent sembler n'être que de simples contrats. Pourtant, ils sont bien plus que cela. En effet, ils constatent un échange solennel de promesses entre Sa Majesté et diverses premières nations. Ils ont souvent constitué le fondement de la paix et de l'expansion de la colonisation européenne ».

65. Peter W. Hogg et Mary Ellen Turpel, « Implementing Aboriginal Self-government: Constitutional and Jurisdictional Issues » (1995) 74 R. du B. can. 187 à la p. 214 [Hogg et Turpel]. Voir aussi Russell, *supra* note 16 aux pp. 184-85. Wilkins estime pour sa part que le raisonnement de Hogg et Turpel est valide lorsqu'un traité est la source même d'un pouvoir gouvernemental mais non lorsqu'il ne fait que confirmer un droit ancestral inhérent, *supra* note 16 aux pp. 72-75. Cette distinction entre les deux types de traités ne nous paraît pas tenir.

On doit donc exclure le rattachement ou l'intégration des gouvernements issus d'un droit ancestral ou d'un traité à un des ordres gouvernementaux textuellement énumérés à l'article 32. Pour faire bénéficier des droits et libertés constitutionnels les personnes assujetties à ces pouvoirs autochtones, il faudra privilégier une interprétation large de l'article 32 fondée, non pas sur une lecture pointilleuse de son libellé, mais sur une ample vision de son rôle dans l'évolution du constitutionnalisme et de la gouvernance au Canada.

Or les partisans d'une immunité autochtone, tenant la *Charte* pour culturellement inadaptée, estiment que la liste des institutions contenue à l'article 32 est exhaustive et que, de toute manière, le constituant, au moment de la rédaction de la *Charte*, n'avait pas à l'esprit des gouvernements tels que ceux qui émergent dans la foulée de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁶⁶. On ajoute que puisque les Autochtones n'ont par ailleurs pas consenti à être assujettis à la *Charte* lors de son insertion dans la constitution, il incombera aux tribunaux d'appliquer la règle d'interprétation selon laquelle toute ambiguïté dans les termes d'une loi doit être résolue en faveur des droits des peuples autochtones, c'est-à-dire en faveur d'une immunité complète à l'égard de la *Charte*⁶⁷.

En fait, la Cour suprême n'a pas jugé que l'énumération des institutions gouvernementales apparaissant à l'article 32, c'est-à-dire les pouvoirs législatif et exécutif du Canada, des provinces et des territoires, épuise complètement le champ d'application de la *Charte*. La haute juridiction, à l'instar des tribunaux inférieurs, a ainsi appliqué la *Charte* à certaines ordonnances judiciaires⁶⁸ même après avoir relevé le fait que les tribunaux ne figurent pas

66. Wilkins, *ibid.* aux pp. 64-71 ; McNeil, « Aboriginal Governments », *supra* note 16 aux pp. 67-73. Il semble que ce soit le point de vue qu'a retenu la Cour dans *Hardy v. Westbank First Nation*, [2003] B.C.J. n° 2540 (QL) au par. 9, 2003 BCSC 878, où des non-autochtones contestaient la validité au regard de la *Charte* d'un accord d'autonomie gouvernementale conclu entre le gouvernement fédéral et la Première nation de Westbank. Cet accord prévoit que les institutions pourront adopter des « lois » relatives à un ensemble de matières. La Cour tient pour douteuse l'application de la *Charte* aux institutions législatives de Westbank puisque selon elle ces institutions ne seraient pas visées par l'énumération de l'art. 32 : « Section 32 of the Charter effectively defines a "legislative assembly," and it does not include a government as envisaged by the Agreement ».

67. McNeil, « Aboriginal Governments », *ibid.* aux pp. 71-72 ; Wilkins, *ibid.* aux pp. 77-78.

68. *British Columbia Government Employees' Union c. Colombie-Britannique (P.G.)*, [1988] 2 R.C.S. 214, (*sub nom. British Columbia Government Employees' Union v. British Columbia (A.G.)*) 53 D.L.R. (4^e) 1 [B.C.G.E.U. avec renvois aux R.C.S.]. La Cour a toutefois refusé d'appliquer la *Charte* à des ordonnances judiciaires émises afin de résoudre des litiges entièrement privés ne comportant aucune action gouvernementale de quelque nature. Voir *Syndicat des détaillants, grossistes et magasins à rayons c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, (*sub nom. Retail, Wholesale & Department Store Union v. Dolphin Delivery Ltd.*) 33 D.L.R. (4^e) 174 [Dolphin Delivery avec renvois aux R.C.S.]. Voir aussi les motifs de la juge L'Heureux-Dubé dans *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3 aux pp. 90-92, 108 D.L.R. (4^e) 193 et dans *P.(D.) c. S.(C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141 aux pp. 181-83, 108 D.L.R. (4^e) 287. Voir Ghislain Otis, « Judicial Immunity from Charter Review: Myth or Reality? » (1989) 30 C. de D. 673 ; Christian Beaulieu, *L'application de la Charte canadienne des droits et libertés au pouvoir judiciaire*, Montréal, Thémis, 1995 ; Luc Huppé, *Le régime juridique du pouvoir judiciaire*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2000 aux pp. 196-200.

parmi les institutions visées par les termes explicites de l'article 32⁶⁹. La Cour ne s'est pas attachée à faire des juges des émanations ou de simples délégataires du « gouvernement » ou du « Parlement » mentionnés à l'article 32⁷⁰. Elle a plutôt privilégié une vision fonctionnelle et remédialrice de la *Charte* et de son domaine d'application en jugeant qu'un instrument constitutionnel de protection des droits et libertés doit être à la disposition du citoyen visé par un acte de contrainte unilatérale émanant d'une autorité publique déployée au nom de la collectivité et dans l'intérêt général⁷¹. S'il est vrai que les juges font incontestablement partie de l'appareil étatique canadien, il est aussi avéré que l'autonomie gouvernementale autochtone reconnue et confirmée par la Constitution du Canada se déploie dans l'espace étatique. Il est en outre probable qu'au moment de rédiger l'article 32, les auteurs de la *Charte* ne se soient pas attardés au cas spécifique des pouvoirs autochtones ne ressortissant ni à l'ordre fédéral ni à l'ordre provincial. On ne voit toutefois pas pourquoi cette disposition de la *Charte* échapperait à la règle de l'interprétation évolutive par laquelle la lecture d'une loi fondamentale peut s'adapter aux changements qui surviennent dans notre compréhension des manifestations diverses du pouvoir gouvernemental⁷².

Par ailleurs, l'argument se rapportant au rôle limité des chefs autochtones dans la réforme constitutionnelle de 1982 pose en réalité la question beaucoup plus vaste et fondamentale de la légitimité politique de l'enclavement unilatéral des peuples autochtones dans le giron étatique. Les Autochtones, en tant que collectivités politiques, n'ont en général pas été partie prenante à la construction graduelle de l'ordre constitutionnel canadien ayant culminé dans la réforme de 1982, ce qui n'est pas sans hypothéquer la légitimité historique de la souveraineté de l'État à leur égard⁷³. Mais la quête d'un consentement autochtone à l'ordre étatique⁷⁴ appelle une solution glob-

69. *Dolphin Delivery*, *ibid.* aux pp. 600–01.

70. C'est ce genre de raisonnement que tente Hogg. Voir Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 4e éd., feuilles mobiles, Toronto, Carswell, 1997 aux pp. 34-17, 34-18.

71. Dans *B.C.G.E.U.*, *supra* note 68, la Cour explique à la p. 244 qu'une ordonnance judiciaire visant la bonne administration de la justice et l'application du droit criminel est assujettie à la *Charte* : « La cour agit à ce moment-là de sa propre initiative et non pas à la requête d'un particulier. Elle le fait pour des motifs de caractère entièrement "public" plutôt que "privé". Il s'agit de l'application du droit criminel pour défendre la primauté du droit et les libertés fondamentales garanties par la *Charte*. En même temps, toutefois, on doit dans cette branche du droit criminel, comme dans n'importe quelle autre, se conformer aux normes fondamentales établies par la *Charte* ».

72. La règle de l'interprétation évolutive des dispositions de la *Charte* a été souvent réitérée. Voir notamment *Gosselin c. Québec (P.G.)*, [2002] 4 R.C.S. 429 au par. 82, (*sub nom. Gosselin v. Québec (A.G.)*) 221 D.L.R. (4e) 257, 2002 CSC 84 ; *Renvoi relatif aux Circ. électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158 à la p. 180, (*sub nom. Reference Re Electoral Boundaries Commission Act*) 81 D.L.R. (4e) 16 ; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145 à la p. 155, 11 D.L.R. (4e) 641.

73. Pour une analyse éclairante du problème de la légitimation politico-juridique de la souveraineté du Canada sur les peuples autochtones, voir Michael Asch, « First Nations and the Derivation of Canada's Underlying Title: Comparing Perspectives on Legal Ideology » dans Cook et Lindau, *supra* note 30, 148.

74. Voir notamment James Tully, *Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995 aux pp. 116–24.

ale qui devra venir des acteurs politiques ; les juges seraient malvenus de prétendre pallier, de manière sélective, le défaut d'adhésion autochtone formelle à la *Charte* en empêchant purement et simplement les citoyens autochtones de s'en prévaloir. Pourquoi écarter la *Charte* et non les autres composantes centrales du système constitutionnel auxquelles les peuples autochtones n'ont pas davantage consenti formellement tels que, par exemple, l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et la *Loi constitutionnelle de 1867*⁷⁵ ?

En outre, l'argument fondé sur l'absence de consentement des peuples autochtones à l'application de la *Charte* et celui invoquant la nécessité d'un effet minimal de la *Charte* sur les droits ancestraux, postulent que les droits politiques ou collectifs des communautés doivent, aux fins de l'interprétation de l'article 32, avoir invariablement préséance sur toute préoccupation pour les droits et libertés de l'individu. Cela ne correspond pas à l'articulation des droits évoquée à ce jour par la Cour suprême qui affirme que les droits ancestraux des peuples autochtones ont, dans l'ordre constitutionnel, « [...] une portée et une importance égales aux droits inscrits dans la *Charte* [...] »⁷⁶. Cette conception du rapport entre droits de groupe et droits individuels s'accorde davantage avec une logique de conciliation ou d'équilibre qu'avec l'idée d'une éclipse totale de la *Charte* par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La Cour affirme en outre la nécessité d'harmoniser les droits autochtones avec « [...] l'organisation juridique et constitutionnelle du Canada »⁷⁷. Or cette organisation accorde une place centrale à la *Charte* que le plus haut tribunal tient pour « [...] une réaffirmation des valeurs fondamentales qui guident et façonnent notre société démocratique et notre régime juridique »⁷⁸.

En plus de concevoir la constitution comme un tout tendant vers l'harmonie plutôt qu'une juxtaposition bancale de régimes disparates⁷⁹, l'interprétation consistant à reconnaître et confirmer les droits ancestraux ou issus de traité tout en assujettissant leur manifestation gouvernementale à la *Charte* concorde parfaitement avec une certaine conditionnalité historique

75. On ajoutera que la Cour suprême n'a pas un instant hésité à déclarer la *Charte* applicable aux institutions gouvernementales québécoises malgré l'opposition du Québec à la réforme de 1982. Voir *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217 au par. 47, (*sub nom. Reference Re Secession of Quebec*) 161 D.L.R. (4^e) 385 ; *Renvoi relatif à l'opposition à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793, (*sub nom. Reference Re A.G. of Quebec and A.G. of Canada*) 140 D.L.R. (3^e) 385. Le même principe structurel de la primauté du droit pourrait sans doute être opposé aux Autochtones pour nier toute incidence juridique à l'omission d'avoir obtenu le consentement autochtone à cette même réforme.

76. *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507 au par. 19, 137 D.L.R. (4^e) 289 [*Van der Peet* avec renvois aux R.C.S.].

77. *Ibid.* au par. 49. Voir aussi *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723 au par. 72, 137 D.L.R. (4^e) 648.

78. *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130 au par. 92, (*sub nom. Hill v. Church of Scientology of Toronto*) 126 D.L.R. (4^e) 129.

79. Macklem invoque aussi cette idée d'une conciliation de la *Charte* et de la partie II de la *Loi constitutionnelle de 1982* pour conclure à l'application de la *Charte* aux gouvernements issus d'un droit inhérent ou d'un traité, *supra* note 10 aux pp. 208–09.

de la réception des droits ancestraux dans l'ordre étatique, laquelle réception a toujours été filtrée par certaines valeurs d'ordre public⁸⁰. Certes, ce principe a pu avoir pendant longtemps de forts relents coloniaux en présupposant la supériorité morale de la culture européenne. On pourrait difficilement avancer, toutefois, qu'en étayant l'application de la *Charte* ce principe sert aujourd'hui à imposer aux Autochtones des valeurs occidentales destructrices d'une culture imperméable aux droits individuels.

Lorsqu'on le replace ainsi dans son contexte, l'article 32 de la *Charte* apparaît bien davantage comme l'expression d'un principe général de bonne gouvernance au Canada et d'une volonté de contraindre tout pouvoir public plutôt que comme une simple énumération textuellement limitative de la sphère d'opposabilité des droits et libertés⁸¹. Par conséquent, la question essentielle qu'il faut se poser pour les fins de l'article 32 devrait être celle de savoir si les actions d'une entité autochtone agissant en vertu d'un droit ancestral ou issu d'un traité correspondent à une manifestation du pouvoir public s'imposant aux individus au nom de l'intérêt général. Dans l'affirmative, la *Charte* devrait trouver application *sous réserve de l'interprétation qu'il conviendra de faire de son article 25*.

Il se peut que les institutions dont se doteront les communautés autochtones ne correspondent pas toujours au modèle étatique d'organisation du pouvoir⁸². Ce particularisme ne devrait toutefois pas entraver l'application de la *Charte* en présence d'un véritable pouvoir du groupe juridiquement exécutoire à l'encontre de l'individu. En d'autres termes, pour cerner la relation de pouvoir que veut saisir l'article 32, il faut transcender les considérations de forme pour apprécier l'essence matérielle du rapport mis en jeu⁸³. En revanche, il est aussi incontestable que plusieurs droits énoncés dans la *Charte* n'auront pas, de par leur libellé même, vocation à régir les institutions autochtones⁸⁴.

80. Brian Slattery, « Understanding Aboriginal Rights » (1987) 66 R. du B. can. 727 à la p. 738. Voir aussi *Mabo v. Queensland (No. 2)*, (1992), 175 C.L.R. 1 à la p. 51, 107 A.L.R. 1 [H.C.]; *Idewu Inasa v. Oshodi*, [1934] A.C. 99 à la p. 105, 150 Law Times 183 [P.C.]; *Mitchell*, *supra* note 11 aux paras. 141-42, juge Binnie, dissident.

81. Il faut donc souscrire sur ce point à la position exprimée, pour des raisons quelque peu différentes, par la Commission royale sur les peuples autochtones. Voir Canada, Commission royale sur les peuples autochtones, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones : Une relation à redéfinir*, vol. 2, Ottawa, Groupe communications Canada, 1996 à la p. 255 [Commission royale, « Rapport »]. Voir aussi Slattery, « Constitution », *supra* note 10 à la p. 286, n. 82.

82. McNeil, « Aboriginal Governments », *supra* note 16 aux pp. 68-69.

83. Il se peut toutefois que la spécificité des institutions autochtones ne permette pas, dans un cas donné, l'application d'un droit particulier énoncé dans la *Charte*. Par exemple, les garanties judiciaires énumérées aux art. 8 à 14 de la *Charte* reposent sur une conception étatique de la justice pénale. Si les Autochtones optent pour une forme de justice ne mettant pas en cause les valeurs sous-jacentes de la *Charte* que sont la sécurité, la liberté et la dignité de la personne, il se pourrait bien que l'effet de la *Charte* sur le fonctionnement de cette justice s'en trouve atténué. Voir Grammond, *supra* note 34 à la p. 337.

84. Ce sera sans doute le cas des art. 3-6, 16-20, et 23 de la *Charte*.

Si l'article 32 doit être interprété comme s'étendant à toute autorité gouvernementale reconnue par la constitution canadienne, et comme liant dès lors les gouvernements autochtones, qu'en est-il de l'article 33 de la *Charte* qui aménage un mécanisme dérogatoire permettant au législateur de suspendre l'application des dispositions des articles 2 et 7 à 15 de la *Charte*⁸⁵ ? Il est incontestable que le libellé de l'article 33 ne vise pas les législateurs autochtones agissant sous l'empire d'un droit ancestral ou issu de traité. Pourtant, cette disposition énonce, au même titre que l'article 32, un principe fondamental de gouvernance quant à la nature des rapports entre les pouvoirs législatif et judiciaire au Canada. Ce lien structurel entre les articles 32 et 33 semble bien imposer une interprétation symétrique faisant en sorte qu'un législateur non mentionné à l'article 32 mais auquel s'applique néanmoins la *Charte* devrait jouir, au même titre que les législateurs expressément mentionnés, des prérogatives dérogatoires prévues à l'article 33⁸⁶. Rien ne justifierait d'établir une inégalité de traitement entre les législateurs autochtones et non autochtones en la matière.

À cet égard, la Commission royale sur les peuples autochtones a opiné que seuls les gouvernements autochtones « nationaux » devraient pouvoir déroger valablement aux droits et libertés des citoyens autochtones⁸⁷. Cette position s'appuie sur la présomption, non confirmée à ce jour, qu'une communauté locale ne peut être titulaire d'un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale et aussi, peut-être, sur la crainte inexprimée que les petites communautés ne sauront faire un usage acceptable de ce mécanisme. En fait, toute institution autochtone autonome fonctionnellement équivalente au législateur étatique, qu'elle s'avère être locale ou nationale, devrait pouvoir se prévaloir de l'article 33. Tout comme il incombe aux citoyens d'exiger des comptes de leurs élus provinciaux ou fédéraux lorsque ceux-ci envisagent de mobiliser l'article 33, il reviendra aux Autochtones d'être vigilants et d'assurer que leurs gouvernants rendent compte de leurs politiques dérogatoires à la *Charte*.

85. L'art. 33 de la *Charte* se lit : « (1) Le Parlement ou la législature d'une province peut adopter une loi où il est expressément déclaré que celle-ci ou une de ses dispositions a effet indépendamment d'une disposition donnée de l'article 2 ou des articles 7 à 15 de la présente charte. (2) La loi ou la disposition qui fait l'objet d'une déclaration conforme au présent article et en vigueur a l'effet qu'elle aurait sauf la disposition en cause de la charte. (3) La déclaration visée au paragraphe (1) cesse d'avoir effet à la date qui y est précisée ou, au plus tard, cinq ans après son entrée en vigueur. (4) Le Parlement ou une législature peut adopter de nouveau une déclaration visée au paragraphe (1). (5) Le paragraphe (3) s'applique à toute déclaration adoptée sous le régime du paragraphe (4) ».

86. Voir Commission royale, « *Rapport* », *supra* note 81 aux pp. 255-56. Voir également Wilkins, *supra* note 16 aux pp. 100-01 ; McNeil, « *Aboriginal Governments* », *supra* note 16 aux pp. 72-73.

87. Commission royale, « *Rapport* », *ibid.* à la p. 256.

B. L'ASSUJETTISSEMENT À LA CHARTE PAR VOIE DE TRAITÉ

Pour dissiper toute équivoque quant à l'application de la *Charte* aux institutions gouvernementales mises en place par traité, la Couronne et la partie autochtone pourront prévoir dans le traité lui-même l'obligation pour ces institutions de se conformer aux droits et libertés énoncés dans la *Charte*. Cela fut fait dans le chapitre 2 de l'*Accord définitif Nisga'a*, dont l'article 9 énonce :

The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* applies to Nisga'a Government in respect of all matters within its authority, bearing in mind the free and democratic nature of Nisga'a Government as set out in this Agreement⁸⁸.

Si l'on accepte que la portée de l'article 32 de la *Charte* s'étende déjà, indépendamment de toute stipulation à cet effet, aux entités gouvernementales autochtones, une telle clause ne peut avoir qu'un effet purement déclaratoire. Qu'en serait-il toutefois si l'interprétation contraire de l'article 32 devait prévaloir ? Quelle valeur aurait alors une clause d'assujettissement à la *Charte* ? Il paraît certain que les parties à un traité ne pourraient pas, d'un commun accord, élargir le domaine de l'application directe de la *Charte* au-delà des institutions visées par l'article 32. Elles ne sauraient en effet prétendre modifier formellement une disposition de la constitution dont la révision obéit par ailleurs à une procédure complexe de modification prévue à la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il n'en résulte toutefois pas qu'il sera loisible aux autorités autochtones de passer outre une clause les engageant à respecter les droits et libertés protégés par la *Charte*.

Étant contenue dans un accord ayant valeur de traité, une telle clause participe d'un échange solennel de promesses à la faveur duquel les parties conviennent d'obligations réciproques⁸⁹ qui sont pleinement exécutoires dans le droit public canadien⁹⁰. Au terme d'une négociation où les parties se sont consenti des concessions mutuelles, la partie autochtone prend solennellement l'engagement de se conformer à la *Charte* dans l'exercice du droit à l'autonomie gouvernementale dont les effets et les modalités sont prévus au traité. De cet engagement résulte une limite intrinsèque aux prérogatives gouvernementales autochtones confirmées ou protégées par le traité.

La doctrine présume généralement, sans fouiller la question, de la validité d'une clause d'assujettissement à la *Charte*⁹¹. Wilkins, toutefois, laisse entendre que, dans l'hypothèse où l'autonomie gouvernementale est un droit ancestral inhérent en marge du traité, une telle autolimitation con-

88. *Supra* note 5. Pour sa part, l'art. 8 du même chapitre se lit : « L'Accord ne modifie pas la Constitution du Canada, notamment : [...] c. les articles 25 et 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ».

89. *Simon c. R.*, [1985] 2 R.C.S. 387 à la p. 401, 24 D.L.R. (4^e) 390 [*Simon* avec renvois aux R.C.S.] ; *Sioui*, *supra* note 64 à la p. 1063 ; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771 au par. 41, 133 D.L.R. (4^e) 324 ; *Sundown*, *supra* note 64 au par. 24.

90. *Ibid.*

91. Voir notamment Macklem, *supra* note 10 à la p. 201 ; Timothy Dickson, « Section 25 and Intercultural Judgment » (2003) 61 U. of T. Fac. L.J. 141 [Dickson] ; Grammond, *supra* note 34 à la p. 339 ; McNeil, « Lessons from the United States », *supra* note 16.

sensuelle pourrait ne pas tenir puisque exiger la limitation de l'exercice d'un droit constitutionnel de la partie autochtone serait d'une constitutionnalité douteuse⁹². Si la Cour suprême a donné effet aux dispositions de traités par lesquelles les Autochtones abandonnaient purement et simplement leurs droits ancestraux⁹³, les tribunaux appliqueront *a fortiori* une clause qui ne fait qu'encadrer l'exercice d'un droit ancestral ou issu de traité dès lors que la partie autochtone y a clairement consenti. Cette limite ne diffère pas, de par son effet, de dispositions devenues assez classiques des traités modernes subordonnant l'exercice par les Autochtones de leurs droits de chasse et de pêche au principe de conservation ou de sécurité publique.

La clause d'application de la *Charte* a, en d'autres termes, pour effet d'incorporer par renvoi les dispositions de cette *Charte* dans le traité qui devient alors la source formelle de l'obligation de respecter les droits et libertés des personnes soumises au pouvoir autochtone. Dans l'hypothèse où les prescriptions de la *Charte* ne trouvent pas application *ex proprio vigore* aux termes de l'article 32, une violation injustifiée d'un droit ou d'une liberté ne constituerait pas techniquement une violation de la Constitution du Canada. Elle serait en revanche la méconnaissance illicite d'une limite au pouvoir gouvernemental prévu au traité.

Wilkins avance que si l'assujettissement consensuel à la *Charte* par voie d'incorporation référentielle était jugé valide, seules les parties gouvernementales auraient la qualité requise pour contester une mesure autochtone pour non-conformité à la *Charte*⁹⁴. Selon ce point de vue, seules les autorités fédérales ou provinciales pourraient demander des comptes et, le cas échéant, instituer des procédures en vue de faire sanctionner un manquement à l'engagement de se conformer à la *Charte*. Cet argument occulte le fait que, de par sa nature même, une disposition du traité rendant la *Charte* applicable a pour effet et pour objet de conférer des droits individuels aux personnes soumises à l'autorité des gouvernements autochtones.

La création, par voie de traité, de droits individuels directement invocables à l'encontre des gouvernements est d'ailleurs une caractéristique répandue des traités modernes. On notera, par exemple, que dans les accords récents sur des revendications territoriales, les prérogatives liées au droit d'exploitation ou de récolte des ressources sont souvent dévolues aux individus dès lors que ces derniers comptent parmi les bénéficiaires du

92. Voir Wilkins, *supra* note 16 à la p. 73, n. 81 et à la p. 74, n. 85.

93. Voir notamment *R. c. Howard*, [1994] 2 R.C.S. 299, 115 D.L.R. (4^e) 312.

94. L'auteur écrit : « [...] only the parties to the agreement—not, for example, individuals whether community members or not—could enforce the Charter discipline against participating aboriginal governments », *supra* note 16 à la p. 74, n. 85.

traité⁹⁵, ce qui autorise ces individus à contester personnellement toute restriction apportée à leur droit prévu au traité par les pouvoirs publics, y compris les autorités autochtones⁹⁶. L'incorporation de la *Charte* dans le traité s'étend d'ailleurs à son article 24 qui garantit expressément à toute personne s'estimant victime d'une violation ou d'une négation de ses droits le droit d'avoir accès à un tribunal compétent en vue d'obtenir réparation le cas échéant⁹⁷.

Il reste que, malgré l'argumentation qui précède, les adversaires de l'application de la *Charte* aux gouvernements autochtones accordent un poids déterminant à l'article 25 de la *Charte* qui, selon eux, vient contrecarrer toute possibilité d'invoquer l'article 32 pour contraindre l'exercice de prérogatives gouvernementales afférentes à un droit ancestral ou issues de traité. Après avoir jusqu'à présent fait abstraction de l'article 25, il faut maintenant étudier en détail la question de sa portée immunitaire. Cette étude permettra de contester la thèse de l'immunité absolue et de cerner le degré de protection offerte par le principe de validation constitutionnelle exprimé à l'article 25.

IV. L'effet immunitaire de l'article 25 de la *Charte* : les écoles doctrinales

RAPPELONS LE PASSAGE CLÉ de l'article 25 qui se lit comme suit :

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

Dans sa version anglaise, ce passage dispose que :

The guarantee in this Charter of certain rights and freedoms shall not be construed so as to abrogate or derogate from any aboriginal, treaty or other rights of the aboriginal peoples of Canada [...].

Cette disposition fait l'unanimité sur deux points essentiels : (1) elle

95. Voir l'art. 24.3.1 de la *Convention de la Baie-James et du Nord québécois et conventions complémentaires* qui énonce : « Tout autochtone a le droit de chasser, pêcher et trapper [...] », *Convention de la Baie-James et du Nord québécois et conventions complémentaires*, Québec, Les publications du Québec, 1998. De même, dans *L'accord entre les Inuit de la région du Nunavut et Sa Majesté la Reine du chef du Canada*, Ottawa, Tungavik et Ministère des affaires indiennes et du nord Canada, 1993, les dispositions relatives aux droits de récolte des Inuit stipulent que « [...] un Inuk a le droit de récolter [...] », voir entre autres les art. 5.6.1, 5.6.3 et 5.6.13.

96. Voir par exemple l'affaire *Kadlak c. Nunavut*, [2001] 1 C.N.L.R. 147, [2001] 6 W.W.R. 276 (Nunavut C. J.) où un Inuk s'est prévalu à titre individuel, et avec succès, du droit que lui confère l'Accord du Nunavut de chasser à des fins de subsistance pour faire annuler une décision des autorités du Nunavut.

97. L'incorporation référentielle des dispositions de la *Charte* ne rendra pas pour autant opposables aux gouvernements autochtones les articles qui, de par leur libellé et leur finalité, ne concernent pas ces gouvernements (articles 3, 4, 5, 6, 16, 17, 18, 19, 20 et 23), *supra* note 2.

n'est pas en soi attributive de droits pour les peuples autochtones⁹⁸ mais (2) elle empêche qu'un justiciable puisse utiliser la *Charte* pour faire invalider un droit ancestral ou issu de traité au motif qu'un tel droit constitue un privilège discriminatoire à l'encontre des non-autochtones. Il en résulte une protection contre toute volonté de nier, au nom de l'égalité de tous les citoyens, le droit des Autochtones à un statut constitutionnel les distinguant des autres Canadiens, ce qui équivaut à peu près à ce que Kymlicka appelle une protection « externe », c'est-à-dire un rempart contre les tentatives des personnes extérieures au groupe protégé d'utiliser la *Charte* pour contrer les droits singuliers de ce groupe⁹⁹.

En revanche, les opinions diffèrent notablement sur la question de savoir dans quelle mesure l'article 25 immunise aussi les gouvernements autochtones contre toute contestation fondée sur la *Charte* visant non pas l'exclusivisme ethnique inhérent aux droits des peuples autochtones, mais la manière dont ces droits de groupe sont exercés à l'égard des personnes soumises à l'autorité autochtone ; ce que Kymlicka décrit comme les « restrictions internes », soit les actions prises par le groupe à l'endroit de ses membres¹⁰⁰. Si d'aucuns plaident que l'article 25 rend la *Charte* totalement inapplicable même aux aspects « internes » du fonctionnement des gouvernements autochtones, d'autres proposent diverses manières d'articuler les droits fondamentaux et la différence autochtone sans aller jusqu'à reconnaître une immunité absolue. Après avoir fait la présentation analytique des diverses écoles doctrinales, nous nous attacherons à expliquer ce qui nous apparaît comme leur inaptitude à rendre compte de la nature et de l'effet véritables de l'article 25.

A. LA THÈSE DE L'EFFET IMMUNITAIRE COMPLET

L'argument tiré de l'article 25 de la *Charte* en faveur de l'immunité absolue pour les gouvernements autochtones est fort simple. Il s'appuie essentiellement sur le terme « dérogate » que l'on retrouve dans la version anglaise de cette disposition. Alors que le mot « abrogate » sauvegarde l'existence même des droits particuliers des Autochtones contre toute attaque fondée sur la *Charte* (protection externe), l'interdiction faite d'appliquer la *Charte* de manière à « déroger » (« dérogate ») aux droits ancestraux des peuples autochtones signifierait, selon les tenants de l'immunité absolue, que la *Charte* ne peut en aucun cas avoir pour effet de restreindre ou de limiter la

98. Voir notamment *Shubenacadie Indian Band*, *supra* note 43 au par. 43 ; *Corbière*, *supra* note 39 aux pp. 248-49.

99. Will Kymlicka, « Le nouveau débat sur les droits des minorités », dans Isabelle Schulte-Tenckhoff, dir., *Altérité et droit : contributions à l'étude du rapport entre droit et culture*, Bruxelles, Bruylant, 2002, 91 à la p. 99 [Kymlicka].

100. *Ibid.*

manière dont peuvent s'exercer ces droits¹⁰¹. Ainsi le terme « derogate » protégerait l'exercice de toute fonction gouvernementale issue d'un droit ancestral contre une « [...] limitation due to a partial conflict with some Charter right or freedom, for example, where an Aboriginal government exercising its right of self-government made a law that violated section 15 equality rights »¹⁰². Il ferait de la sorte totalement échec à toute tentative d'élargir aux pouvoirs autochtones le domaine d'application de la *Charte* au sens de l'article 32. McNeil pose ainsi la question de l'effet protecteur du terme « derogate » que l'on retrouve à l'article 25 :

The question [...] which must be addressed is this: would the application of the *Charter* to relations between Aboriginal individual and their own governments amount to derogation from the right of self-government? Keeping in mind the nature of the right, I think the answer must be yes because any limitation on the exercise of the right necessarily involves a derogation from the right itself¹⁰³.

La version française de l'article 25, invariablement passée sous silence par la doctrine, ne paraît pas, à première vue, incompatible avec cette thèse puisqu'elle dispose que la garantie constitutionnelle des droits et libertés énoncée dans la *Charte* « ne porte pas atteinte » à un droit des peuples autochtones y compris un droit ancestral ou issu de traité. En s'inspirant de la jurisprudence relative à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, il serait possible de faire valoir que le test de l'atteinte à un droit ancestral ou issu de traité consiste à se demander si la *Charte* impose une contrainte réelle à la capacité de la communauté d'exercer librement son droit¹⁰⁴. On ne peut nier que l'obligation de respecter les prescriptions de la *Charte* pourra limiter la marge de manœuvre de la communauté quant à certaines modalités d'exercice de ses pouvoirs gouvernementaux. Mais il faut prendre en considération les deux versions de l'article 25 et, tel qu'il sera démontré plus tard, c'est en prenant la mesure du principe de « non-dérogation » énoncé en anglais qu'une acception commune aux deux versions pourra être dégagée de manière à refléter avec précision la nature et la finalité de cette disposition¹⁰⁵.

101. McNeil affirme : « [...] any limitation on the exercise of the right necessarily involves a derogation from the right itself » : McNeil, « Aboriginal Governments », *supra* note 16 à la p. 75. Voir également Wilkins, *supra* note 16 aux pp. 108-14 ; Bruce Wildsmith, *Aboriginal Peoples and Section 25 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Saskatoon, Native Law Center, 1988 à la p. 51 [Wildsmith] ; William Pentney, « The Rights of the Aboriginal People of Canada and the Constitution Act, 1982, Part I; the Interpretative Prism of Section 25 » (1988) 22 U.B.C. L. Rev. 21 à la p. 29.

102. McNeil, « Aboriginal Governments », *ibid.* à la p. 73.

103. *Ibid.* à la p. 75.

104. *Gladstone*, *supra* note 77 au par. 43 ; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456 au par. 18, 177 D.L.R. (4^e) 513.

105. La version à la fois la plus claire et la plus conforme à l'objet d'une disposition, et qui ne contredit pas l'autre version, sera normalement privilégiée, voir *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296 à la p. 1314, 48 C.C.C. (3^e) 8 ; *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342 à la p. 370, 68 D.L.R. (4^e) 69, [Mahe avec renvois aux R.C.S.] ; *Harvey c. Nouveau-Brunswick (P.G.)*, [1996] 2 R.C.S. 876 aux pp. 896-97, (*sub nom. Harvey v. New Brunswick (A.G.)*) 137 D.L.R. (4^e) 142.

B. LA THÈSE DE L'IMMUNITÉ RELATIVE PROTECTRICE DE LA « DIFFÉRENCE AUTOCHTONE »

Une partie de la doctrine, estimant que l'article 32 peut dans certains cas viser les gouvernements autochtones exerçant un droit ancestral ou issu de traité, refuse de faire découler de l'article 25 une immunité complète mais pense néanmoins que cette disposition empêche, dans un nombre potentiellement élevé de cas, de soumettre l'exercice des pouvoirs autochtones à la *Charte*. Selon ces auteurs, l'article 25 a pour rôle de protéger la capacité d'un gouvernement d'user de son pouvoir afin de refléter, protéger ou promouvoir la spécificité culturelle d'une communauté autochtone. L'article 25 procurerait en quelque sorte une immunité relative plutôt que complète puisque seules les actions gouvernementales se rapportant spécifiquement à la différence autochtone seraient mises à l'abri d'une annulation pour non-conformité aux droits et libertés énoncés dans la *Charte*.

Grammond propose ainsi de faire découler de l'article 25 l'obligation pour le demandeur de démontrer l'absence de corrélation entre la différence autochtone et la mesure gouvernementale contestée, ou de prouver que la différence autochtone n'est pas fondamentalement menacée par l'application de la *Charte*¹⁰⁶. Pour leur part, Hogg et Turpel estiment, du moins c'est la lecture sans doute la plus juste de leur analyse, que l'article 25 fonde une sorte « d'exception culturelle » autochtone qui empêcherait qu'un droit ou une liberté soit interprété de manière à diminuer le pouvoir de la collectivité autochtone de protéger, par l'intermédiaire de son gouvernement, des façons de faire qui ressortissent à une approche culturelle spécifiquement autochtone. Donnant l'exemple du droit à l'avocat dans le processus pénal applicable aux jeunes contrevenants, ces auteurs avancent que l'article 25 empêcherait un mineur de contester une loi autochtone lui refusant l'accès à un avocat dans la mesure où cette loi est conforme à la tradition de la communauté :

If the juvenile justice system was reflecting Aboriginal culture and traditions, section 25 would shield such practices from attack based on the values expressed in the legal rights provisions of the *Charter*. In other words, the legal rights provisions would be given a new interpretation in light of Aboriginal traditions¹⁰⁷.

Si ces auteurs se sont bien fait comprendre, ils ne proposent pas simplement une interprétation de la *Charte* sensible aux tensions possibles entre les droits individuels et une certaine représentation des valeurs autochtones, tout en laissant en fin de compte au juge la possibilité de mettre de côté l'argument différentialiste. Ils semblent plutôt recommander que soit écartée l'application des droits et libertés si ces derniers s'avèrent non susceptibles d'une interprétation conciliable avec la différence autochtone. Dans son rapport final, la Commission royale sur les peuples autochtones a accordé un

106. Grammond, *supra* note 34 aux pp. 342-45.

107. Hogg et Turpel, *supra* note 65 à la p. 215.

crédit important à cette façon de concevoir le rôle de l'article 25¹⁰⁸.

L'intérêt de la thèse de l'immunité relative est de reconnaître que toute mesure ou initiative d'un gouvernement autochtone n'est pas forcément promotrice de l'altérité autochtone ou sa manifestation. En revanche, elle n'éluide aucun des écueils caractéristiques des doctrines qui rendent un droit, un pouvoir ou une immunité tributaire de l'appréhension juridique objective de l'identité autochtone. Que le critère constitutionnel opératoire soit la « différence autochtone », « l'essentiel de l'indianité »¹⁰⁹, ou « le cœur de l'identité » d'un groupe¹¹⁰, confier aux juges la tâche de dire, de manière contraignante, la spécificité autochtone, c'est risquer les captations identitaires stéréotypées et réductrices. À l'inverse, laisser aux autorités une marge absolue d'appréciation de la différence autochtone reviendrait à leur octroyer la faculté discrétionnaire de « s'auto-immuniser ».

Ceux qui voient dans l'article 25 une protection à l'encontre de la *Charte* dans le domaine de la différence autochtone ne s'appuient pas vraiment sur une étude approfondie du texte et du contexte de cet article. Tenant pour acquis que la préservation de la différence autochtone constitue une finalité essentielle d'un droit à l'autonomie gouvernementale protégé par l'article 25, ils semblent penser que toute contrainte significative issue de la *Charte* de nature à entraver la réalisation de cette finalité constituerait une « dérogation » ou une « atteinte » au droit des Autochtones de protéger leur spécificité culturelle. Par conséquent, il ne paraît guère y avoir de différence fondamentale entre leur interprétation du mot « dérogate » et celle prônée par les tenants d'une immunité complète. Si l'immunité qu'ils préconisent est forcément plus limitée, c'est parce qu'ils imputent à l'article 25 un rôle mieux circonscrit, à savoir protéger la différence autochtone à partir de mesures spécifiques dont le lien avec la préservation de la culture autochtone devra être mesuré au cas par cas.

C. LA THÈSE DE L'ARTICLE 25 COMME RÈGLE D'INTERPRÉTATION FAVORABLE À LA DIFFÉRENCE AUTOCHTONE

Une autre lecture différentialiste de l'article 25 n'en fait qu'une simple règle d'interprétation favorisant la protection de la différence autochtone lorsque l'exercice d'un pouvoir gouvernemental visé par cette disposition fait l'objet d'une contestation pour violation de la *Charte* de la part d'une personne soumise à l'autorité autochtone. Ainsi, l'article 25 exigerait des juges, chaque fois que cela est possible, qu'ils définissent les droits et libertés indi-

108. Commission royale, « Rapport », *supra* note 81 aux pp. 256-57.

109. Formule maintenant consacrée par la Cour suprême pour circonscrire le cœur de la compétence fédérale sur les Indiens en vertu du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, voir *Delgamuukw*, *supra* note 10 au par. 178.

110. Termes utilisés par la Cour suprême pour identifier les coutumes ou pratiques jugées dignes d'être protégées à titre de droits ancestraux reconnus et confirmés par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, voir *Mitchell*, *supra* note 11 au par. 12.

viduels d'une manière qui tienne compte des spécificités culturelles autochtones. Si toutefois l'énoncé d'un droit ou d'une liberté protégé par la *Charte* ne se prête pas à une telle adaptation culturelle, le gouvernement autochtone ne pourra s'autoriser de l'altérité autochtone pour nier l'effet contraignant de la *Charte*¹¹¹. En somme, selon ce point de vue, l'article 25 produirait un effet immunitaire complet dans le cas de contestations « externes » mais n'aurait qu'un simple rôle interprétatif en présence d'une restriction « interne », c'est-à-dire lorsque la *Charte* est invoquée par un membre de la communauté pour contester une mesure prise par le gouvernement autochtone dans l'exercice de ses pouvoirs. Cette manière de voir l'article 25, contrairement à l'hypothèse de l'immunité différentialiste, s'oppose donc en définitive à ce que le groupe puisse imposer à ses membres, au nom de sa pérennité identitaire, de choisir entre leur appartenance à la communauté et la jouissance des droits et libertés individuels garantis à l'ensemble des citoyens.

Il est raisonnable de penser que c'est à peu près l'idée que se font les autorités fédérales du rôle joué par l'article 25. On peut en effet lire dans le *Guide de la politique fédérale sur l'autonomie gouvernementale des Autochtones* que tous les Canadiens, y compris les Autochtones, doivent pouvoir invoquer la *Charte* à l'encontre de leur gouvernement, mais que l'article 25 permet néanmoins à celle-ci d'établir « [...] un juste équilibre entre les droits et libertés individuels et les valeurs et traditions propres aux peuples autochtones [...] »¹¹².

Ces diverses écoles doctrinales ont en général émergé sans que les auteurs accordent beaucoup d'importance à une mise en contexte de l'article 25 au sein de l'appareil constitutionnel. La doctrine autochtoniste a cru, à tort, pouvoir faire l'économie d'un examen minutieux et systématique de l'univers constitutionnel plus large dans lequel s'inscrit cette disposition. Faisant quelque peu exception, Wilkins évoque sommairement les autres dispositions constitutionnelles dont la fonction correspond à celle de l'article 25 et pense pouvoir tirer de cette brève analyse la confirmation d'une immunité absolue pour les gouvernements autochtones¹¹³. Tel qu'il ressortira des sections suivantes, pareille conclusion s'avère pour le moins contestable.

En fait, notre analyse nous amène à conclure qu'aucune des thèses formulées à ce jour par les juristes ne rend parfaitement compte du rôle de l'article 25 dans l'articulation du rapport entre la *Charte* et les droits autochtones reconnus et confirmés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

111. Voir Macklem, *supra* note 10 à la p. 226. Voir aussi Dickson, *supra* note 91 aux pp. 158-59. Grammond s'oppose apparemment à cette lecture de l'article 25 au motif que l'application de la *Charte* aux « [...] restrictions internes [...] mènerait à l'applicabilité générale de la *Charte* et [...] priverait l'art. 25 de tout sens utile », *supra* note 34 à la p. 342.

112. *Supra* note 11 à la p. 5.

113. *Supra* note 16 aux pp. 115-17.

v. L'article 25 dans son contexte : la validation constitutionnelle à effet immunitaire

A. L'ABSENCE D'ORIGINALITÉ DE L'ARTICLE 25 EN DROIT CONSTITUTIONNEL

Il ne faut pas perdre de vue que l'article 25 n'est nullement, au plan de la technique juridique, une disposition originale dans notre droit constitutionnel. Cet article, dont on retrouve des dispositions sœurs aux articles 21¹¹⁴, 22¹¹⁵ et 29¹¹⁶ de la *Charte*, ne fait qu'exprimer une règle fondamentale de cohérence interne du corpus constitutionnel voulant que, lorsque deux principes ou dispositions paraissent conflictuels, ils doivent néanmoins pouvoir coexister et chacun doit produire un effet quel que soit le moment de son insertion dans la loi fondamentale¹¹⁷.

Tel qu'il apparaîtra de l'analyse jurisprudentielle qui suit, les tribunaux aménagent cette coexistence en délimitant le domaine d'application exclusif à chaque disposition, chacune étant pleinement effective dans sa sphère propre de normativité. En pratique, c'est le principe « *generalia specialibus non derogant* » qui offre l'explication la plus constante du régime de coexistence dans le corpus constitutionnel de dispositions ou de normes à priori irréconciliables¹¹⁸. La logique induite veut que la règle générale n'étant jamais tenue pour abrogatoire d'une règle particulière incompatible, cette dernière sera alors maintenue ou validée parce que soustraite au champ normatif de la première.

En donnant de la sorte un effet utile à chaque disposition, on évite de conclure qu'une partie de la Constitution se trouve implicitement à faire échec à une autre. Il est en effet de la nature même d'un article de la Constitution d'exprimer un compromis historique fondateur ou de régir durablement un aspect important de l'ordre politique et juridique de l'État.

114. L'art. 21 se lit ainsi : « Les articles 16 à 20 n'ont pas pour effet, en ce qui a trait à la langue française ou anglaise ou à ces deux langues, de porter atteinte aux droits, privilèges ou obligations qui existent ou sont maintenus aux termes d'une autre disposition de la Constitution du Canada », *supra* note 2.

115. L'art. 22 se lit ainsi : « Les articles 16 à 20 n'ont pas pour effet de porter atteinte aux droits et privilèges, antérieurs ou postérieurs à l'entrée en vigueur de la présente charte et découlant de la loi ou de la coutume, des langues autres que le français ou l'anglais », *supra* note 2.

116. L'art. 29 se lit ainsi : « Les dispositions de la présente charte ne portent pas atteinte aux droits ou privilèges garantis en vertu de la Constitution du Canada concernant les écoles séparées et autres écoles confessionnelles », *supra* note 2.

117. Les auteurs Brun et Tremblay écrivent à ce sujet que « [...] les dispositions de la Constitution, anciennes ou nouvelles, sont toutes sur le même pied. Elles ont toutes la même valeur supralégislative. Elles doivent être interprétées et appliquées les unes par rapport aux autres. On doit donner à chacune un sens, de façon à ce qu'elles opèrent toutes de façon concomitante » dans Henri Brun et Guy Tremblay, *Droit constitutionnel*, 4^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2002 à la p. 209.

118. Cette règle est aussi souvent appliquée pour donner un effet utile à deux normes législatives à première vue contradictoires, voir Pierre-André Côté, *Interprétation des lois*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1999 aux pp. 455-56.

De plus, l'exercice du pouvoir constituant formel est à ce point encadré, et ce pouvoir si parcimonieusement déployé, que l'hypothèse de l' « erreur constitutionnelle » ne peut être avancée pour autoriser le juge à inférer d'une partie de la loi fondamentale une volonté tacite de rendre inopérante une autre composante de cette loi ou d'en neutraliser un aspect essentiel.

C'est de cette manière que l'on peut rendre compte d'une jurisprudence constante qui refuse d'appliquer la *Charte* d'une façon qui soit abrogerait un pouvoir, un droit ou un privilège spécifique par ailleurs octroyé ou protégé par la constitution (règle de non-abrogation), soit dérogerait à une caractéristique relevant de l'essence même de ce pouvoir, droit ou privilège (règle de non-dérogação).

B. LA VALIDATION CONSTITUTIONNELLE : UNE RÈGLE DE NON-ABROGATION

Constamment réaffirmée, la règle proscrivant tout effet abrogatoire ou neutralisant d'une disposition constitutionnelle par rapport à une autre a d'abord été énoncée par la Cour suprême dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*¹¹⁹. Dans cette affaire, le gouvernement ontarien demandait aux tribunaux de se prononcer sur la constitutionnalité, notamment au regard de la *Charte*, d'une réforme législative visant un financement plus complet des écoles catholiques séparées de la province. S'agissant de l'application de la *Charte*, la Cour a jugé bien fondé l'argument de l'Ontario voulant que l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, aux termes duquel les droits et les privilèges de la minorité catholique en matière scolaire sont spécifiquement protégés, mettait la législation provinciale à l'abri de toute censure pour non-respect de la liberté de religion ou du droit à l'égalité garanti par la *Charte*. L'argument de la province s'appuyait entre autres sur l'article 29 de la *Charte* qui, à l'instar de l'article 25 eu égard aux droits des peuples autochtones, dispose explicitement que les dispositions de la *Charte* « ne portent pas atteinte »—la version anglaise dit « *abrogate or derogate* » [nos italiques]—aux droits particuliers des minorités confessionnelles.

La juge Wilson explique que l'article 29 ne fait qu'exprimer en termes explicites une règle générale valable même lorsqu'elle n'est pas expressément formulée par le constituant, à savoir, que « [l']on n'a jamais voulu que la *Charte* puisse servir à annuler d'autres dispositions de la Constitution

119. [1987] 1 R.C.S. 1148, (sub nom. *Reference Re An Act to Amend the Education Act (Ontario)*) 40 D.L.R. (4^e) 18 [*Renvoi relatif au projet de loi 30* avec renvois aux R.C.S.]. La Cour ne manque guère d'occasions de rappeler cette règle dans divers contextes, voir par exemple *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse*, [2003] 3 R.C.S. 3, (sub nom. *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*) 232 D.L.R. (4^e) 577, 2003 CSC 62, une affaire de réparation constitutionnelle où la Cour redit au par. 42 : « Selon une règle fondamentale, une partie de la Constitution ne peut être abrogée ou atténuée par une autre partie de la Constitution ». Voir aussi *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal*, [2004] 1 R.C.S. 789 au par. 16, 239 D.L.R. (4^e) 253, 2004 CSC 30.

[...] »¹²⁰. Or comme le traitement spécial que l'article 93 réserve aux groupes religieux ayant droit à des écoles confessionnelles séparées « [...] s'accorde mal avec le concept d'égalité enchâssé dans la *Charte* [...] », il convient de le soustraire à tout contrôle de conformité à cette dernière afin de sécuriser « [...] une partie fondamentale du compromis confédéral »¹²¹.

La règle générale assurant la cohérence entre la *Charte* et l'ensemble de la constitution, la validation à effet immunitaire écartera l'application de la *Charte*, même en l'absence d'une clause expresse de sauvegarde, chaque fois que la mesure contestée repose par ailleurs sur une habilitation constitutionnelle. Le plus haut tribunal du pays a ainsi indiqué sans détour que la règle de validation constitutionnelle viendra immuniser les droits scolaires spéciaux que l'article 23 de la *Charte* confère en exclusivité aux minorités de langue officielle¹²². La Cour suprême a en outre, conformément à la même logique, statué que le privilège parlementaire autorisant spécifiquement l'exclusion des « étrangers » de l'Assemblée législative d'une province, privilège ayant valeur constitutionnelle selon la Cour, n'était pas susceptible de censure en vertu de la *Charte*¹²³. Il est également établi que, puisque la *Charte* ne peut contrevenir à elle-même, le fait que ses articles 3 et 6 privent les non-citoyens des droits qui y sont mentionnés ne peut porter atteinte aux droits à l'égalité protégés par l'article 15 de la *Charte* même si la citoyenneté constitue par ailleurs un motif prohibé de distinction en vertu de cet article¹²⁴.

On se gardera toutefois d'étendre la logique immunitaire au-delà de l'impératif de préservation d'un droit ou d'un pouvoir spécifiquement consacré par la Constitution. Pour que joue le principe d'immunité, la contra-

120. *Renvoi relatif au projet de loi 30*, *ibid.* à la p. 1197.

121. *Ibid.* aux pp. 1197-98. Le passage pertinent des motifs de la juge Wilson se lit comme suit : « J'ai indiqué que les droits ou privilèges garantis par le par. 93(1) ne peuvent faire l'objet d'un examen en vertu de l'art. 29 de la *Charte*. J'estime que cela est clair. Ce qui est moins clair, c'est la question de savoir si l'art. 29 de la *Charte* était nécessaire pour atteindre ce résultat. J'estime que la réponse est non. Je crois qu'on l'a placé là simplement pour souligner que la *Charte* ne porte pas atteinte au traitement spécial que la Constitution garantit aux écoles confessionnelles, séparées ou dissidentes, même s'il s'accorde mal avec le concept de l'égalité enchâssé dans la *Charte* du fait que les autres écoles ne peuvent en bénéficier. À mon avis, on n'a jamais voulu que la *Charte* puisse servir à annuler d'autres dispositions de la Constitution et, en particulier, une disposition comme l'art. 93 qui représente une partie fondamentale du compromis confédéral. L'article 29 n'est, à mon sens, présent dans la *Charte* que pour assurer une plus grande certitude, en ce qui concerne tout au moins la province de l'Ontario ».

122. Dans *Mahe*, *supra* note 105 à la p. 369, la Cour suprême écrit « [l'article 23] constitue d'abord et avant tout une exception aux dispositions des art. 15 et 27 en ce qu'il accorde à ces groupes, anglophone et francophone, un statut spécial par rapport à tous les autres groupes linguistiques au Canada ». De même, dans *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609, aux par. 31 à 35, 140 D.L.R. (4^e) 385 [*Adler* avec renvois aux R.C.S.] : le juge Iacobucci établit le parallèle entre l'effet de l'art. 93 sur l'application de la *Charte* et celui de l'art. 23 de la *Charte*.

123. *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319, (*sub nom.* *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker, House of Assembly)*) 100 D.L.R. (4^e) 212 [*New Brunswick Broadcasting* avec renvois aux R.C.S.].

124. *Canada (Ministre de l'Emploi et l'Immigration) c. Chiarelli*, [1992] 1 R.C.S. 711, (*sub nom.* *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*) 90 D.L.R. (4^e) 289 ; *Lavoie c. Canada*, [2002] 1 R.C.S. 769, au par. 44, 210 D.L.R. (4^e) 193, (opinion du juge Bastarache à laquelle souscrivent les juges Gonthier, Iacobucci et Major).

diction entre la *Charte* et la disposition constitutionnelle dérogatoire doit être telle que cette dernière perdrait toute effectivité. La règle vise à éviter, selon les expressions consacrées par la jurisprudence, que la *Charte* ne vienne « abroger »¹²⁵, « annuler »¹²⁶, « supprimer »¹²⁷ ou « éliminer »¹²⁸ un droit ou un pouvoir ayant lui-même valeur constitutionnelle¹²⁹.

La haute juridiction affirme aussi que la *Charte* ne saurait être appliquée afin de « déroger »¹³⁰ à un droit ou un pouvoir expressément prévu par la Constitution. On reconnaît bien là la terminologie utilisée dans la version anglaise des articles 21, 22, 25 et 29 de la *Charte* qui empêchent la *Charte* non seulement d'abroger un droit constitutionnel, mais aussi d'y « déroger ». Se pose alors la question de savoir ce qui peut distinguer l'effet abrogatoire de l'effet dérogatoire de la *Charte*.

C. LA VALIDATION CONSTITUTIONNELLE : UNE RÈGLE DE NON-DÉROGATION

Comme il a été mentionné précédemment, certains auteurs affirment que, pour les fins de l'article 25 de la *Charte*, il y a « dérogation » à un droit ou un pouvoir par ailleurs constitutionnellement protégé dès que l'exercice de ce droit ou pouvoir est soumis à la moindre contrainte découlant de la *Charte*. Pour McNeil, par exemple, la seule interprétation susceptible de donner au terme « derogate » un effet utile distinct du mot « abrogate » est de mettre à l'abri de la *Charte* non seulement l'existence du pouvoir, ce que permet de faire le principe de non-abrogation, mais toute modalité d'exercice de ce pouvoir. Selon lui, la jurisprudence relative au principe de validation constitutionnelle ne porte que sur la non-abrogation et ne permet pas de rendre compte de l'exigence de non-dérogation exprimée à l'article 25¹³¹.

Cette position paraît toutefois intenable. D'une part, il va de soi que pareille conception de la « dérogation » mentionnée à l'article 25 ne saurait tenir dès lors que les parties à un traité affirment solennellement l'application de la *Charte* au gouvernement autochtone, y compris son article 25¹³². On ne peut supposer que les parties aient voulu dans ce cas s'adonner à un jeu à somme nulle en stipulant simultanément une proposition et son exact contraire, à savoir que le gouvernement autochtone sera tenu au respect de

125. *New Brunswick Broadcasting*, *supra* note 123 à la p. 390, juge McLachlin.

126. *Renvoi relatif au projet de loi 30*, *supra* note 119 à la p. 1197, juge Wilson.

127. *Ibid.* à la p. 1207, juge Estey ; *New Brunswick Broadcasting*, *supra* note 123 à la p. 390, juge McLachlin.

128. *New Brunswick Broadcasting*, *ibid.* à la p. 389, juge McLachlin.

129. *Ibid.* à la p. 390. La juge McLachlin a formulé ainsi le critère de l'immunité : « Il s'agit de savoir si retenir l'argument fondé sur la *Charte* reviendrait à supprimer ou à retirer un pouvoir constitutionnel. Dans l'affirmative, la *Charte* ne s'applique pas ».

130. *Ibid.* à la p. 391.

131. McNeil, « Aboriginal Governments », *supra* note 16 à la p. 75.

132. Voir par exemple l'*Accord définitif Nisga'a*, *supra* note 12.

la *Charte* mais qu'il en sera par ailleurs totalement exempté par le jeu de la non-dérogation prévue à l'article 25. Affirmer dans un traité qu'un groupe autochtone agissant en sa qualité de gouvernement autonome—conformément à un droit inhérent ou issu de traité—est lié par la *Charte* mais jouit néanmoins de la protection de l'article 25, c'est mettre en exergue la nécessité d'une articulation cohérente des droits et des obligations du groupe.

D'autre part, même en l'absence d'une clause d'assujettissement à la *Charte*, la position de McNeil et de ceux qui partagent son point de vue ne peut être retenue car elle méconnaît la portée véritable du principe de non-dérogation. Il s'avère en effet que l'interdiction de recourir aux droits et libertés de la *Charte* pour « déroger » à un pouvoir ou un droit prévu dans une autre disposition constitutionnelle vise à contrecarrer toute tentative d'utiliser la *Charte* de manière, non pas à faire stériliser complètement un droit par ailleurs protégé par la Constitution, ou à le faire annuler (principe de non-abrogation), mais à contrevenir à une caractéristique essentielle du régime propre à un tel droit.

On comprendra mieux cette distinction en considérant la jurisprudence de la Cour suprême relative aux droits des minorités confessionnelles et linguistiques. Dans *Adler*, les parents d'enfants fréquentant des écoles privées confessionnelles contestaient la validité constitutionnelle, au regard des articles 2 et 15 de la *Charte* canadienne, de l'omission du gouvernement de l'Ontario de leur octroyer le même financement et les mêmes services gratuits que ceux accordés aux écoles catholiques romaines séparées ainsi qu'aux écoles publiques non confessionnelles conformément à l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Selon la majorité, le moyen fondé sur la *Charte* « [...] échoue parce que le financement des écoles catholiques romaines séparées et des écoles publiques est prévu à l'article 93 et échappe donc à tout examen fondé sur la *Charte* »¹³³.

Pour le juge Iacobucci, « [s]tatuer autrement en faisant droit à la prétention des appelants que l'al. 2a) requiert le financement public de *leurs* écoles confessionnelles reviendrait à conclure qu'un article de la Constitution en viole un autre, ce que le *Renvoi relatif au projet de loi 30* nous dit d'éviter [...] » [italiques dans l'original]¹³⁴. Puisque l'article 93 confère, de l'avis de la majorité, le droit absolu de créer des écoles publiques non confessionnelles, le fait de financer de telles écoles, et de refuser un financement équivalent à d'autres écoles, ne peut être contesté en vertu de la *Charte* car cette différence

133. *Adler*, *supra* note 122 au par. 27. La majorité réaffirme, au par. 25, l'incompatibilité entre le traitement différencié découlant de l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et la logique égalitaire de la *Charte* : « Ce paragraphe a pour effet de créer dans la Constitution un statut spécial pour ces catégories particulières de personnes en leur accordant des droits qui sont refusés à d'autres ».

134. *Ibid.* au par. 35.

de traitement se trouve inscrite dans la Constitution même¹³⁵.

Les demandeurs dans *Adler* n'invoquaient pas les articles 2 et 15 de la *Charte* pour remettre en cause l'existence même des droits réservés par l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* à la minorité catholique ainsi qu'aux écoles publiques non confessionnelles de l'Ontario. Ils voulaient simplement se prévaloir de la *Charte* pour obtenir le même traitement que celui que la loi provinciale accordait aux bénéficiaires de l'article 93. Sans aucunement réclamer l'abrogation ou la suppression des droits reconnus par cette disposition constitutionnelle particulière, ils demandaient néanmoins à la Cour de se servir de la *Charte* pour déroger à une caractéristique fondamentale de l'article 93 qui est de refléter un compromis historique en matière d'écoles confessionnelles dont les seuls bénéficiaires sont les protestants du Québec et les catholiques romains de l'Ontario¹³⁶.

De même, le fait que seules les minorités francophone et anglophone du pays aient, aux termes de l'article 23 de la *Charte*, le droit à l'instruction publique gratuite dans leur langue est une caractéristique essentielle de l'arbitrage politique délicat que vise à opérer cette disposition¹³⁷. On ne pourra pas, par conséquent, tenter de déroger à cet aspect du régime en réclamant qu'il soit étendu à d'autres groupes linguistiques au nom du droit à l'égalité ou de la liberté d'expression linguistique ; ce serait altérer la substance même des droits linguistiques, en diminuer le sens profond. C'est pourquoi la Cour suprême a affirmé que ce serait « [...] dénaturer de façon inacceptable le sens et la portée des garanties en matière d'enseignement »¹³⁸ que de recourir à la *Charte* pour les étendre à d'autres citoyens. Le juge Iacobucci écrit au nom de la majorité :

135. Voir également *Ontario Home Builders' Association c. Conseil scolaire de la région de York*, [1996] 2 R.C.S. 929 aux pp. 995, 1000-1001, (*sub nom. Ontario Home Builders' Assn. v. York Region Board of Education*) 137 D.L.R. (4^e) 449, où la Cour a décidé qu'une redevance d'exploitation relative à l'éducation en faveur des conseils d'écoles catholiques séparées était un droit protégé par l'art. 93 et donc à l'abri d'une contestation en vertu de la liberté de religion et du droit à l'égalité garantis par la *Charte*.

136. La Cour suprême reprend à son compte l'avis exprimé par la Cour d'appel de l'Ontario selon lequel « [c]es droits en matière d'éducation, accordés expressément aux protestants du Québec et aux catholiques romains de l'Ontario, rendent impossible de traiter tous les Canadiens également. Le pays a été fondé sur la reconnaissance de droits spéciaux ou inégaux en matière d'éducation pour certains groupes religieux précis de l'Ontario et du Québec. L'incorporation de la *Charte* dans la *Loi constitutionnelle de 1982* ne saurait modifier le pacte confédéral initial. Une modification constitutionnelle expresse serait nécessaire » : *Renvoi relatif au projet de loi 30*, *supra* note 119 aux pp. 1198-99.

137. L'article 23 de la *Charte* a été qualifié, à bon droit, de « compromis politique » par la Cour suprême, voir *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. c. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 R.C.S. 549 à la p. 578, 27 D.L.R. (4^e) 406 ; *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, art. 79(3), (4) et (7), [1993] 1 R.C.S. 839 à la p. 851, (*sub nom. Reference re: Public Schools Act (Man.) s. 79(3), (4) and (7)*) 100 D.L.R. (4^e) 723. Malgré ces origines, il ne s'ensuit pas que ces droits commandent une interprétation restrictive étrangère à la leur finalité réparatrice, voir notamment *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768, 173 D.L.R. (4^e) 193.

138. *Adler*, *supra* note 122 au par. 34.

[...] tout comme l'art. 23 établit un code complet en ce qui concerne les droits à l'instruction dans la langue de la minorité, l'art. 93 établit un code complet en ce qui concerne les droits relatifs aux écoles confessionnelles. [...] Vu qu'ils ne peuvent pas s'assujettir aux conditions des garanties de l'art. 93, les appelants n'ont pas le droit de réclamer le financement public de leurs écoles¹³⁹.

Même si la Cour ne s'attarde pas à faire explicitement la nuance entre l'« abrogation » d'un droit et la « dérogation » à ses attributs essentiels, il est clair que la cohérence interne du corpus constitutionnel exige que soit sauvegardée non seulement la jouissance d'un droit ou d'un pouvoir spécifiquement protégé par la Constitution, mais aussi les caractéristiques fondamentales qui relèvent de l'essence de ce droit ou de ce pouvoir.

Cette interprétation appliquée à l'article 25 s'accorde parfaitement avec le sens anglais du mot « *derogate* » qui connote non pas une simple régulation de l'exercice d'un droit, mais une diminution ou une altération de la nature ou de la substance même de ce droit¹⁴⁰. La notion de « porter atteinte » qui figure dans la version française peut par ailleurs très bien rendre cette idée d'un effet attentatoire à la logique fondamentale ou à la nature profonde d'un droit.

D. LES LIMITES DE LA VALIDATION CONSTITUTIONNELLE À EFFET IMMUNITAIRE

Si la Constitution habilite clairement un acteur gouvernemental à adopter la mesure spécifique visée par une contestation, utiliser la *Charte* pour empêcher cet acteur d'adopter cette mesure ou pour en supprimer une caractéristique essentielle reviendrait à dire que la *Charte* est venue abroger ou déroger à une habilitation constitutionnelle claire. Or, cela est exclu par les règles de non-abrogation et de non-dérogation. En revanche, dans le cas de figure où un acteur gouvernemental adopte une norme ou une conduite donnée alors que cette dernière n'est pas spécifiquement validée par la Constitution, c'est-à-dire si l'action gouvernementale n'entre pas dans le champ circonscrit de la validation constitutionnelle, on pourra difficilement prétendre que l'application de la *Charte* à cette mesure viendra invalider ce que la Constitution elle-même tient par ailleurs pour valide.

Ainsi, hors la sphère de la validation constitutionnelle à effet immunitaire, la *Charte* produira, à l'égard de l'exercice d'un droit ou d'un pouvoir, des effets contraignants en filtrant l'action gouvernementale pour en expurger, le cas échéant, les modalités attentatoires aux droits et libertés de la personne. Cet impact « régulateur » de la *Charte*, qui correspond à sa voca-

139. *Ibid.* au par. 35.

140. *Oxford English Dictionary*, 1989, s.v. « *derogate* » : « 1. To repeal or abrogate in part ; to destroy or impair the force and effect of ; to lessen the extent of » ; David Walker, *Oxford Companion to Law*, Clarendon Press, 1980 à la p. 352, s.v. « *derogate* » : « Derogation from [...] a right is to prejudice or destroy it ».

tion dans l'ordre constitutionnel¹⁴¹, ne pourra alors nullement être tenu pour abrogatoire ou dérogatoire quant à un quelconque droit ou une quelconque compétence. La Cour suprême consacre cette distinction « entre l'utilisation de la *Charte* comme moyen de supprimer une autre disposition constitutionnelle et l'utilisation de la *Charte* pour assurer que l'*application* d'une disposition constitutionnelle est conforme à celle-ci » [italiques dans l'original]¹⁴².

La Cour a mis en exergue la nécessité de bien circonscrire la portée d'une validation constitutionnelle faisant exception à la *Charte* afin de marquer les limites de l'immunité dérivant d'une telle validation. Dans *Adler*, les juges de la majorité, après avoir conclu que l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* autorise le traitement préférentiel des écoles catholiques et des écoles publiques non confessionnelles, récusent l'idée que l'article 93 exempterait totalement la province d'un contrôle de conformité à la *Charte* dans l'élaboration du régime scolaire des écoles publiques. En effet, c'est le pouvoir de financer en exclusivité des écoles publiques qui est protégé contre une attaque et non l'ensemble du régime législatif ou administratif relatif aux écoles publiques :

En outre, il y a lieu de souligner que tout cela ne veut pas dire qu'*aucune* loi relative aux écoles publiques n'est assujettie à l'examen fondé sur la *Charte*, tout comme notre Cour, dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30*, n'a pas conclu qu'*aucune* loi relative aux écoles séparées n'était assujettie à un tel examen. C'est plutôt simplement le fait qu'elles existent, le fait que le gouvernement finance des écoles qui sont, pour reprendre les termes du lord chancelier dans *Brophy*, précité, à la p. 214 [TRADUCTION] « destinées à tous les membres de la collectivité de la même façon quelle que soit leur foi », qui échappe à la contestation fondée sur la *Charte*. Chaque fois que le gouvernement décide d'aller au-delà de ce mandat particulier, il serait possible d'invoquer avec succès la *Charte* pour faire annuler la loi en question [italiques dans l'original]¹⁴³.

Ainsi, le simple fait de financer des services de santé pour les écoles publiques sans fournir des services équivalents dans les écoles privées ne peut pas être contesté car cette différence de traitement est spécifiquement validée par l'article 93¹⁴⁴. Cela n'autorise pas le gouvernement à violer la

141. La majorité le rappelle d'ailleurs dans *New Brunswick Broadcasting*, *supra* note 123 à la p. 389, où la juge McLachlin écrit : « La *Charte* a modifié l'équilibre des forces entre la branche législative et l'exécutif, d'une part, et les tribunaux, d'autre part, en exigeant que toutes les lois et mesures gouvernementales soient conformes aux principes fondamentaux énoncés dans celle-ci. En pratique, cela signifie que, sous réserve de la disposition prépondérante de l'article 33 de la *Charte*, les tribunaux peuvent être appelés à déclarer non valides des lois et des actes gouvernementaux. Dans cette mesure, la *Charte* a émiépiété sur la compétence suprême des branches législatives ».

142. *Ibid.* aux pp. 390-91. Le juge Estey avait, dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30*, *supra* note 119 à la p. 1207, exprimé cette distinction dans les termes suivants : « C'est une chose de contrôler et, lorsque cela s'impose, de restreindre l'exercice d'un pouvoir de légiférer ; c'en est une toute autre que de dire qu'une compétence législative entière a été supprimée de la Constitution par l'introduction de ce pouvoir judiciaire de contrôle ».

143. *Adler*, *supra* note 122 au par. 49.

144. La Cour écrit, *ibid.* au par. 54, « [...] la prestation de services de santé à ceux qui sont admissibles constitue simplement un moyen de réaliser une fin, une façon de garantir l'accès à l'enseignement. [...] [L]e gouvernement de l'Ontario remplit son mandat d'offrir un enseignement conçu pour tous les membres de la collectivité, et il échappe ainsi à tout examen fondé sur la *Charte* ».

Charte dans l'élaboration des lois et règlements relatifs à l'école publique catholique ou non confessionnelle. De même, si le gouvernement décide de créer des écoles publiques confessionnelles autres que catholiques, il devra alors respecter la *Charte*, notamment le droit à l'égalité des religions¹⁴⁵.

Ce qui s'applique ici à la législature vaut tout autant pour les institutions scolaires confessionnelles et linguistiques¹⁴⁶ créées par la législation et dont l'existence est protégée par la Constitution. Comme c'est leur droit d'exister en tant qu'institutions séparées qui se trouve validé et non un quelconque droit de prendre à l'égard des membres du groupe minoritaire des mesures spécifiques contraires à la *Charte*, ces institutions seront tenues au respect des droits et libertés de la personne dans l'exercice de leurs pouvoirs¹⁴⁷. C'est ainsi que dans *Hall (Litigation guardian of) c. Powers*, la Cour supérieure de l'Ontario a rejeté l'argument d'une commission scolaire catholique voulant que l'article 29 de la *Charte* fit obstacle à un recours pour discrimination à l'encontre de l'exclusion d'un élève homosexuel d'une activité parascolaire¹⁴⁸. Si le caractère religieux ou linguistique d'une institution minoritaire sera sans aucun doute un facteur parfois déterminant au moment d'évaluer, à la lumière d'une affaire particulière, la justification possible d'une violation de la *Charte*¹⁴⁹, on ne saurait prétendre que ces institutions minoritaires peuvent se prévaloir d'une immunité de principe à l'encontre de la *Charte* du simple fait qu'une question particulière se rapporte à leur identité religieuse ou linguistique.

Le raisonnement est valable dans d'autres contextes qui exigeront la délimitation rigoureuse d'une validation constitutionnelle à effet immunitaire¹⁵⁰. Ainsi, le fédéralisme, que la Cour suprême range parmi les principes structurels de la Constitution¹⁵¹, fonde et valorise le pluralisme législatif

145. *Ibid.* aux pp. 648-49.

146. En vertu de l'art. 23 de la *Charte*, les membres de la minorité linguistique officielle ont, lorsque leur nombre le justifie, le droit de disposer d'une commission scolaire de la langue de cette minorité, voir *Mahe*, *supra* note 105.

147. Tout indique qu'une commission scolaire constitue une entité gouvernementale au sens de l'art. 32 de la *Charte*, voir notamment *Eldridge*, *supra* note 62 ; *Blencoe*, *supra* note 62. Dans l'arrêt *R. c. M. (M.R.)*, [1998] 3 R.C.S. 393, 166 D.L.R. (4^e) 261, la Cour suprême a présumé que la *Charte* s'appliquait aux actions d'un directeur adjoint d'école. Voir aussi *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241, (*sub nom. Eaton v. Brant (County) Board of Education*) 31 O.R. (3^e) 574.

148. (2002) 59 O.R. (3d) 423, au par. 39, 213 D.L.R. (4^e) 308 : La Cour estime que la protection offerte par les articles 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et 29 de la *Charte* « [...] does not mean that the Charter does not apply to separate schools generally ».

149. Par exemple, les tribunaux pourront tenir pour justifiée, si tant est que le principe de proportionnalité soit respecté, l'exigence d'utiliser le français dans une école de la minorité francophone d'une province.

150. Dans bien des cas, aucune validation constitutionnelle dérogatoire à la *Charte* n'existe et celle-ci est pleinement opposable à l'exercice d'une compétence législative. Ainsi, dans *EGALE Canada Inc. c. Canada (A. G.)*, (2003) 225 D.L.R. (4^e) 472, 13 B.C.L.R. (4^e) 1, 2003 BCCA 251, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté l'argument voulant que l'exclusion des mariages de personnes du même sexe soit inhérente au par. 91(26) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et se trouve dès lors soustraite à toute attaque fondée sur la *Charte*.

151. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, *supra* note 75 au par. 55-60.

inhérent à la diversité fédérale. Dès lors, le *seul* fait qu'il existe, relativement à un même sujet, des différences dans les lois respectives des provinces ne pourra pas donner lieu à une attaque pour violation des droits à l'égalité protégés par l'article 15 de la *Charte*¹⁵². L'asymétrie dans l'ordre juridique provincial étant une manifestation légitime de l'autonomie provinciale et clairement autorisée par la Constitution, cette réalité doit être protégée contre toute contrainte uniformisatrice issue de la logique égalitaire propre à la *Charte*¹⁵³. Il est en revanche indiscutable que la *Charte* trouve application dès lors que l'invocation des droits et libertés ne vise pas à remettre en cause la simple différenciation législative des collectivités fédérées, tout comme elle s'appliquera, sous la même réserve, à l'exercice que fera une province du pouvoir que la Constitution lui reconnaît de modifier sa constitution interne en fonction de son contexte culturel ou social particulier¹⁵⁴.

Il s'ensuit que, pour que puisse valablement opérer la règle d'immunité à l'égard de la *Charte*, il faudra que l'application de cette dernière ait soit pour effet d'annihiler un droit ou un pouvoir (principe de non-abrogation), soit de déroger à ce qui participe de la définition même de ce droit ou de ce pouvoir (principe de non-dérogação). En dehors de ces situations, les droits et libertés garantis par la *Charte* pourront—sous réserve des limites intrinsèques de ces droits et libertés, de l'article premier et de l'article 33—être invoqués à l'encontre de toute action gouvernementale. Voilà donc le contexte constitutionnel plus large dans lequel il convient de camper la question de l'effet d'une disposition comme l'article 25 de la *Charte* sur l'exercice que fera une communauté autochtone de son droit constitutionnel, issu d'un traité ou confirmé par celui-ci, à l'autonomie gouvernementale.

VI. La validation constitutionnelle à effet immunitaire appliquée aux gouvernements autochtones

A. LA VALIDATION CONSTITUTIONNELLE À EFFET IMMUNITAIRE : UN PRINCIPE APPLICABLE AUX DROITS DES PEUPLES AUTOCHTONES

De l'analyse contextuelle faite ci-haut, il ressort qu'en disposant que les droits et libertés énoncés dans la *Charte* ne peuvent abroger les droits des peuples autochtones ni y déroger, l'article 25, à l'instar des dispositions de sauvegarde

152. R. c. S. (S.), [1990] 2 R.C.S. 254 à la p. 285, 110 N.R. 321 ; *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995 à la p. 1045, 105 D.L.R. (4^e) 577.

153. Dans R. c. *Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 R.C.S. 209, 205 D.L.R. (4^e) 385, 2001 CSC 70, le juge Le Bel rappelait pertinemment, au par. 275, « [d]ans un système de partage des compétences législatives où les membres de la fédération ont vécu des expériences culturelles et historiques différentes, le principe du fédéralisme signifie que l'application de la *Charte* dans les domaines de compétence provinciale n'équivaut pas à un appel à l'uniformité des lois ».

154. *Renvoi relatif aux Circ. électorales provinciales (Sask.)*, *supra* note 72 à la p. 179.

de nature similaire que l'on retrouve dans la *Charte*, ne fait qu'exprimer un principe général de droit constitutionnel. Tant de par sa logique sous-jacente que de par sa finalité, cette disposition ne semble pas pouvoir prétendre à quelque originalité de nature à en faire découler, en faveur des peuples autochtones, une immunité plus ample que celle qui résulte de la technique de validation constitutionnelle décrite dans la section précédente.

Tout comme l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ou l'article 23 de la *Charte*, l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, confirmant et reconnaissant aux peuples autochtones leur patrimoine juridique exclusif que sont les droits ancestraux ou issus de traité, s'accorde mal avec l'idéologie universaliste que reflètent les droits et libertés individuels garantis par la *Charte*. La Cour suprême a très bien fait apparaître cette tension idéologique entre la constitution « autochtoniste » et la constitution universaliste :

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

Toutefois, les droits *ancestraux* ne peuvent être définis par l'application des préceptes de cette philosophie. Même s'ils ont une portée et une importance égales aux droits inscrits dans la *Charte*, les droits ancestraux doivent être considérés différemment des droits garantis par la *Charte*, parce qu'ils sont détenus seulement par les autochtones au sein de la société canadienne. Les droits ancestraux tirent leur origine du fait que les peuples autochtones sont des *autochtones* [italiques dans l'original]¹⁵⁵.

Il faut d'emblée reconnaître l'originalité des droits des peuples autochtones, qui diffèrent non seulement des droits individuels énoncés dans la *Charte*, mais aussi des droits spéciaux des minorités religieuses et linguistiques. Les droits des Autochtones ont pour caractéristique unique de fonder un partage historique du territoire et du pouvoir entre l'État et des communautés politiques issues des sociétés pré-étatiques¹⁵⁶. Toutefois, même s'ils sont fort dissemblables des droits minoritaires du point de vue de leur source et de leur portée, les droits reconnus et confirmés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* rejoignent ces droits minoritaires dans le rapport qu'ils entretiennent avec la philosophie libérale égalitariste¹⁵⁷. Tant les droits autochtones

155. *Van der Peet*, *supra* note 76 aux par. 18–19.

156. La Cour suprême a décrit dans les termes suivants ce qui distingue les droits des Autochtones de ceux des autres groupes minoritaires : « À mon avis, la doctrine des droits ancestraux existe et elle est reconnue et confirmée par le par. 35(1), et ce pour un fait bien simple: quand les Européens sont arrivés en Amérique du Nord, les peuples autochtones s'y trouvaient déjà, ils vivaient en collectivités sur ce territoire et participaient à des cultures distinctives, comme ils l'avaient fait pendant des siècles [italiques dans l'original]. C'est ce fait, par-dessus tout, qui distingue les peuples autochtones de tous les autres groupes minoritaires du pays et qui commande leur statut juridique—et maintenant constitutionnel—particulier » [nos italiques], *Van der Peet*, *ibid.* au par. 30. Voir aussi *Mitchell*, *supra* note 11 au par. 9.

157. Voir notamment *Kymlicka*, *supra* note 99 à la p. 91.

que les droits linguistiques et confessionnels attestent d'une volonté d'aménager, au sein de l'organisation de l'État canadien, la coexistence de communautés historiques distinctives¹⁵⁸. Ces droits ont aussi en commun d'être le fruit de conjonctures historiques et politiques fondatrices plutôt que de figurer dans la loi suprême en tant que prérogatives de la personne réputées tout aussi intemporelles qu'inhérentes à la condition humaine.

De même que les droits des minorités religieuses et linguistiques ont été dépeints par la Cour suprême comme résultant « des exigences de l'histoire »¹⁵⁹, d'un « pacte confédéral initial »¹⁶⁰, ou d'un « compromis historique »¹⁶¹, la reconnaissance des droits des peuples autochtones procède de la genèse spécifique de la colonisation européenne de l'Amérique, d'une dynamique « intersociétale » ayant donné lieu à un rapport de force original qui a contraint l'État à reconnaître, dès son implantation sur le territoire, la nécessité politique d'une conciliation de sa souveraineté et de la préexistence des peuples autochtones¹⁶². Que cette surdétermination historico-politique des droits particuliers des Autochtones et des minorités n'entame en rien, dans l'esprit du constituant, leur importance et leur légitimité, les clauses de sauvegarde explicites des articles 25 et 29 de la *Charte* en attestent.

Il semble donc difficile d'arguer qu'une différence déterminante entre les droits minoritaires et les droits des peuples autochtones justifie d'appliquer différemment à ces derniers le principe de non-abrogation/non-dérogação mis en œuvre par la jurisprudence de la Cour suprême en dehors du contentieux autochtone. Selon la jurisprudence, le constat d'une validation constitutionnelle d'un droit ou d'un pouvoir incompatible avec la *Charte*

158. Dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, *supra* note 75, la Cour suprême fait ressortir que la protection des Autochtones relève d'une logique constitutionnelle analogue à celle qui sous-tend la protection des minorités linguistiques et confessionnelles. Elle écrit au par. 82 :

« Conformément à cette longue tradition de respect des minorités, qui est au moins aussi ancienne que le Canada lui-même, les rédacteurs de la *Loi constitutionnelle de 1982* ont ajouté à l'art. 35 des garanties expresses relatives aux droits existants—ancestraux ou issus de traités—des autochtones, et à l'art. 25 une clause de non-atteinte aux droits des peuples autochtones. La « promesse » de l'art. 35, comme l'appelle l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075 à la p. 1083, reconnaît non seulement l'occupation passée de terres par les autochtones, mais aussi leur contribution à l'édification du Canada et les engagements spéciaux pris envers eux par des gouvernements successifs. La protection de ces droits, réalisée si récemment et si laborieusement, envisagée isolément ou dans le cadre du problème plus large des minorités, reflète l'importance de cette valeur constitutionnelle sous-jacente ».

159. Voir *Grand Montréal, Commission des écoles protestantes c. Québec (P.G.)*, [1989] 1 R.C.S. 377 à la p. 401, (*sub nom. Greater Montreal Protestant School Board v. Québec (A.G.)*) 57 D.L.R. (4^e) 521, juge Beetz ; *Adler*, *supra* note 122 au par. 30.

160. *Renvoi relatif au projet de loi 30*, *supra* note 119 à la p. 1199.

161. *Supra* note 105.

162. Voir notamment Jeremy Webber, « Rapports de force, rapports de justice : la genèse d'une communauté normative entre colonisateurs et colonisés » dans Jean-Guy Belley, dir., *Le droit soluble : contribution québécoise à l'étude de l'internormativité*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 113. Sur les circonstances historiques particulières ayant favorisé l'émergence d'un rapport politique et juridique *sui generis* entre le colonisateur britannique et les peuples autochtones, voir notamment Sioui, *supra* note 64 à la p. 1056.

découle d'une analyse en deux étapes. Il faut d'abord identifier le droit ou le pouvoir visé par une revendication d'immunité. Après avoir bien cerné la portée du droit ou du pouvoir faisant l'objet de la revendication d'immunité, il faut établir si l'application de la *Charte* aurait pour effet d'abroger le droit ou le pouvoir ou de déroger à un aspect essentiel de celui-ci.

Aux fins de la première étape, il convient d'appréhender le droit à l'autonomie gouvernementale, inhérent ou issu de traité, tant dans son principe général que sous l'angle de ses modalités. Du point de vue de sa finalité générale, le droit à l'autonomie gouvernementale comprend nul doute la faculté pour la communauté autochtone d'utiliser ses institutions gouvernementales pour exprimer, protéger et promouvoir sa culture distinctive¹⁶³.

Il faut alors se demander, conformément à la deuxième étape, si l'application de la *Charte* serait de nature à abroger ce droit général d'exprimer, de protéger et de promouvoir la différence autochtone ou à déroger à la substance même de ce droit. Une réponse négative s'impose puisque le simple effet régulateur de la *Charte* n'est pas assimilable à une abrogation ou une dérogation au droit à l'autonomie gouvernementale. L'incidence de la *Charte* sur les institutions autochtones ne diffère pas de son impact sur le pouvoir général d'une province, protégé par la Constitution, d'adopter une législation en fonction de son contexte social, linguistique ou culturel particulier ou de se doter d'une constitution de nature à refléter une identité propre. C'est également le même effet qu'aura la *Charte* sur l'action des institutions minoritaires confessionnelles ou linguistiques de type gouvernemental qui ont nul doute pour raison d'être de renforcer la capacité de ces groupes de protéger et de promouvoir leur identité singulière.

Les auteurs qui s'opposent à l'application de la *Charte* ou qui avancent la thèse de l'immunité relative fondée sur la différence autochtone redoutent que celle-ci fasse obstacle à la capacité des gouvernements autochtones de perpétuer certaines valeurs et pratiques traditionnelles ou de revitaliser des coutumes qui, bien qu'irréconciliables avec les droits et libertés énoncés dans la *Charte*, sont considérées par le pouvoir autochtone comme essentielles à la protection de l'identité culturelle du groupe. Certes, quelques pratiques ou manières de faire qui ne sont pas spécifiquement validées par un traité ou un droit ancestral pourraient être à revoir pour en minimiser l'effet préjudiciable sur les droits fondamentaux ; mais on ne peut alors en aucun cas parler d'une élimination pure et simple du pouvoir général de mener des politiques visant à traduire le particularisme autochtone. Il faut en premier lieu reconnaître que les gouvernements peuvent souvent réaliser leurs objectifs légitimes par d'autres moyens conformes à la *Charte*. De plus, on se gardera d'exagérer l'effet contraignant

163. C'est, par exemple, la prémisse qui sous-tend entièrement l'ouvrage de Macklem, *supra* note 10.

d'une charte qui ne régit pas toutes les facettes de la vie des communautés, ni toutes les dimensions des rapports entre l'individu et le groupe¹⁶⁴. Par ailleurs, tout comme il ne faut voir aucune contradiction de nature entre les traditions autochtones et les valeurs inscrites de la *Charte*¹⁶⁵, il importe de ne point présumer que toute censure d'une mesure particulière d'inspiration traditionaliste serait par définition une atteinte à l'intégrité ou à la dignité de la culture autochtone vivante et contemporaine. Ce serait commettre l'erreur de faire coïncider tradition et différence autochtone.

Enfin, contrairement aux institutions minoritaires, les législateurs autochtones auront à leur disposition le mécanisme dérogatoire prévu à l'article 33 de la *Charte*, habilitation constitutionnelle ultime par laquelle pourront advenir les arbitrages les plus difficiles entre, d'une part, la volonté collective de faire prévaloir une certaine conception de la différence autochtone et, d'autre part, les revendications individuelles de droits et libertés. La période de validité d'une dérogation à la *Charte* étant de cinq ans¹⁶⁶, la communauté devra alors mener un débat permanent autour de l'interprétation et de l'actualisation qu'elle souhaite faire de sa différence.

Même si la protection offerte par l'article 25 est plus limitée que ne l'affirment les tenants d'une immunité absolue ou ceux qui préconisent une immunité pour toute mesure se rapportant à la différence autochtone, la validation à effet immunitaire reste fort importante pour les gouvernements autochtones car elle sauvegarde leurs intérêts les plus vitaux.

B. LA PROTECTION DE L'AUTONOMIE GOUVERNEMENTALE AUTOCHTONE ET DE SES ATTRIBUTS ESSENTIELS

Les institutions gouvernementales autochtones découlant d'un droit ancestral ou aménagées par traité ne sont pas moins à l'abri d'une contestation visant leur existence même que ne le sont les entités scolaires linguistiques ou confessionnelles protégées par la Constitution. Les droits fonciers, culturels et politiques des Autochtones du Canada sont le fondement d'un statut juridique exclusif qui distingue ces peuples en tant que communautés d'origine pré-étatique¹⁶⁷. L'exclusivité autochtone et le fait que les droits

164. Comme l'écrit Franks, *supra* note 30 à la p. 134 : « Aboriginal communities face difficult choices in balancing the desires of traditionalists with those of modernists, in allocating scarce resources among competing demands, in coming to terms with the greater society in ensuring economic development while at the same time preserving their culture and important traditions. Human rights charters, including the Canadian Charter of Rights and Freedoms, do not tell governments how they should solve these problems and issues, any more than they tell individual citizens how they should run their private lives and businesses. What a charter of rights does is set the ground rules for these discussions and procedures, so that basic standards of equality and fairness are recognized and met by all parties ».

165. Certaines pratiques ou institutions consensualistes inspirées du passé seraient de nature à renforcer la logique démocratique à la base même de la *Charte*, voir Otis, « Élection », *supra* note 35 aux pp. 404-07.

166. Voir le par. 33(3) de la *Charte*, *supra* note 2.

167. *Van der Peet*, *supra* note 76 au par. 27.

ancestraux ou issus de traités correspondent à la situation particulière d'un peuple autochtone sont les pierres angulaires de l'autochtonisme. Privés de ces traits essentiels, les droits des Autochtones perdent leur substance.

De même, le fait qu'une communauté autochtone se dote de structures gouvernementales qui lui sont propres ne saurait en soi être remis en cause au nom de l'égalité de tous les citoyens devant la loi. Toute mobilisation de la *Charte* en vue de faire annuler une loi autochtone parce qu'elle serait moins avantageuse qu'une loi non autochtone ou qu'une loi d'un autre peuple autochtone serait vouée à l'échec. Tout comme elle caractérise le fédéralisme, la diversité législative est inhérente à la reconnaissance de l'autonomie gouvernementale autochtone ; elle ne peut donc pas être neutralisée dans son principe même par le jeu des valeurs égalitaires inscrites dans la *Charte*.

L'interdiction de déroger aux attributs fondamentaux du droit à l'autonomie gouvernementale, donc à son exclusivité autochtone, empêchera également qu'à défaut de faire supprimer une institution ou un pouvoir autochtone on veuille, par l'instrumentalisation de la *Charte*, en étendre les caractéristiques aux institutions ou pouvoirs non autochtones de manière à miner la spécificité autochtone.

C. LA VALIDATION DE POUVOIRS ET DE PRATIQUES SPÉCIFIQUEMENT PRÉVUS AU TRAITÉ OU DÉCOULANT D'UN DROIT ANCESTRAL

Puisque la règle de non-abrogation/non-dérogação réitérée à l'article 25 de la *Charte* protège les droits confirmés ou créés par traité, il est loisible aux Autochtones de négocier avec les gouvernements compétents en vue de faire insérer dans un traité des modalités spécifiques d'exercice de l'autonomie gouvernementale bénéficiant d'une validation constitutionnelle à effet immunitaire. Les mesures ainsi validées n'ont d'ailleurs pas à se rapporter à la différence autochtone, il suffit que les parties en fassent un droit issu de traité au sens de l'article 25.

Il convient d'illustrer cette faculté d'immunisation consensuelle à partir de l'*Accord définitif Nisga'a* dont plusieurs dispositions profiteront ainsi du bouclier de l'article 25 de la *Charte*. Seront ainsi immunisés, parce qu'explicitement validés par le traité, le pouvoir des autorités nisga'a de contrôler la chasse et la pêche sur les terres nisga'a en exigeant seulement des personnes autres que les citoyens nisga'a l'obtention d'un permis¹⁶⁸, le pouvoir de réglementer voire d'interdire l'accès des non-citoyens aux pêcheries nisga'a¹⁶⁹ et le pouvoir de réserver le droit de suffrage et de se porter candidat lors d'élections aux seuls Nisga'a¹⁷⁰. La Cour suprême de la Colombie-

168. Voir l'article 7 du chapitre 6 de l'Accord, *supra* note 5.

169. Voir l'article 6 du chapitre 8 de l'Accord, *supra* note 5.

170. Voir le par. 9(k) du chapitre 11 de l'Accord, *supra* note 5. Voir également *Campbell*, *supra* note 11.

Britannique a donc fait, dans l'affaire *Campbell*, une application juste de l'article 25 en décidant qu'il empêche tout recours de la part des non-autochtones visant à faire annuler, en vertu des articles 3, 7 et 15 de la *Charte*, les droits politiques spéciaux que l'*Accord définitif Nisga'a* reconnaît aux citoyens nisga'a¹⁷¹.

Il est aussi prévu dans l'*Accord définitif Nisga'a* que la constitution nisga'a adoptée aux termes du traité définira le rôle de conseil et d'interprétation de la coutume qui sera dévolu aux aînés dans les structures gouvernementales nisga'a¹⁷². Un tel pouvoir explicite de reconnaître à certains membres de la communauté des prérogatives uniques en raison, notamment, de leur âge, ne pourra souffrir d'aucune tentative d'abrogation ou de dérogation s'appuyant sur le droit à l'égalité reconnu par la *Charte*. Cet exemple illustre d'ailleurs très bien la faille de la thèse défendue par Macklem voulant que l'article 25 n'ait qu'un effet interprétatif, plutôt qu'immunitaire, en présence d'une restriction interne. Les droits spéciaux des aînés, dont il est ici question, établissent une inégalité entre les membres de la communauté et non une différence de traitement entre les Autochtones et les autres citoyens ; bref, il s'agit d'une restriction interne se rapportant aux relations entre les Nisga'a. Selon la logique de Macklem, l'article 25 exigerait du juge, dans ce cas, qu'il s'efforce d'interpréter l'article 15 de la *Charte* de manière à ce qu'il n'entre pas en conflit avec la mesure gouvernementale aménageant les droits particuliers des aînés conformément au traité. Si toutefois le juge conclut que cette mesure est contraire à l'article 15 et non justifiable aux termes de l'article premier, il doit alors l'invalidier. Or, c'est précisément ce qu'interdit l'article 25 puisque le tribunal se trouverait en fait à abroger le statut singulier des aînés consacré par le traité¹⁷³. En fait, l'idée que l'article 25 ne soit qu'une règle d'interprétation méconnaît la finalité essentielle de ce genre de disposition qui est précisément d'empêcher que la validité d'une mesure autorisée par une disposition constitutionnelle soit évaluée à l'aune d'une autre partie de la loi fondamentale. C'est la possibilité même de contraindre le juge à se demander si une norme constitutionnelle en respecte une autre qui est proscrite¹⁷⁴.

L'article 25 de la *Charte*, en mettant à l'abri l'existence et les caractéristiques essentielles des droits ancestraux ou reconnus par traité, confère

171. *Campbell*, *ibid.* au par. 158, le juge Williamson écrit pertinemment au sujet de l'article 25 : « [...] the purpose of this section is to shield the distinctive position of aboriginal peoples in Canada from being eroded or undermined by provisions of the *Charter* ».

172. Voir le par. 9(i) du chapitre 11 ainsi que les pages 3 et 15 du chapitre 1 de l'*Accord*, *supra* note 5.

173. Si à l'inverse on avance que le juge a l'*obligation* d'appliquer la *Charte* dans le respect du droit, alors il ne s'agit plus d'une approche interprétative, mais d'une approche purement et simplement immunitaire.

174. On ne peut qu'être d'accord sur ce point avec Wildsmith qui écrit : « Section 25 is not a mere canon of interpretation whose force is spent once it is determined that the rights and freedoms in the *Charter* cannot "be construed so as [not] to abrogate or derogate" from the rights referred to in section 25 », *supra* note 101 à la p. 2.

aux parties à un traité une marge de manœuvre dans la définition de la protection pouvant être accordée au gouvernement autochtone. Mais cet article va-t-il jusqu'à permettre aux gouvernements et aux Autochtones de convenir par traité qu'un gouvernement autochtone aura le « droit issu de traité » d'exercer ses pouvoirs, nonobstant les droits et les libertés garantis par la *Charte*, sous réserve de l'impératif d'égalité entre les hommes et les femmes¹⁷⁵ ? Pareille neutralisation permanente et massive de la *Charte* par voie de traité—hypothèse dénuée de tout réalisme compte tenu de la politique fédérale de respect optimal de la *Charte* par les traités—serait peu compatible avec l'interprétation de l'article 32, la rendant par ailleurs applicable aux gouvernements autochtones. La finalité de l'article 25 semble être de protéger des droits et des pouvoirs autochtones spécifiques et non de permettre que l'on supprime en bloc les recours offerts par l'instrument constitutionnel de protection des droits¹⁷⁶. Une clause générale de non-application de la *Charte* irait en outre à l'encontre de l'importance égale que le constituant a voulu accorder, selon la Cour suprême, à la *Charte* et aux droits des peuples autochtones¹⁷⁷.

VII. Conclusion

L'INTERPRÉTATION DES ARTICLES 25 et 32 de la *Charte canadienne* préconisée dans cet article aura pour effet de la rendre invocable, dans un grand nombre de cas, à l'encontre des autorités autochtones exerçant un droit à l'autonomie gouvernementale reconnu et confirmé par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Les questions relatives aux droits et libertés garantis constitutionnellement feront dès lors partie intégrante de la gouvernance autochtone sans que les prérogatives spéciales des communautés ne puissent être remises en cause. On aurait tort d'y voir, en soi, la négation de la spécificité culturelle des peuples autochtones qui, à l'instar de tous les pouvoirs publics dont les politiques ou les actions sont contestées en vertu de la *Charte*, devront jouir d'une marge d'appréciation quant au meilleur équilibre à établir entre l'intérêt général et les revendications de droits individuels. Rien dans la *Charte* ne s'oppose à la prise en compte par les juges du contexte propre aux collectivités autochtones dans l'interprétation des droits et des limites raisonnables dont ils peuvent faire l'objet aux termes de l'article premier de la *Charte*. Si les tribunaux ne se montrent pas à la hauteur

175. L'article 25 ne peut en effet être invoqué pour contrer le principe de l'égale protection des droits pour les hommes et les femmes. Cette égalité est protégée constitutionnellement par le par. 35(4) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et par l'art. 28 de la *Charte* qui s'applique « indépendamment des autres dispositions de la présente charte ».

176. Macklem arrive à la même conclusion curieusement, sans tenir compte de l'incidence importante de l'article 25 sur l'analyse de cette question, voir *supra* note 10 aux pp. 201-202.

177. Voir *Van der Peet*, *supra* note 76 au par. 19.

de la tâche, les peuples autochtones pourront envisager, en présence d'un consensus au sein de la communauté, de remettre le dernier mot à leurs institutions politiques conformément au mécanisme dérogatoire de l'article 33 de la *Charte*.

