

**Prendre au sérieux les droits confirmés à l'article 35 :  
Dispositions de non-dérogação visant les droits  
ancestraux et issus de traités**

**Rapport final du Comité sénatorial permanent des affaires  
juridiques et constitutionnelles**

**Décembre 2007**



## MEMBRES

### 39<sup>e</sup> législature – 2<sup>e</sup> session

L'honorable Senator Joan Fraser, *Présidente*

L'honorable Senator Raynell Andreychuk, *Vice-présidente*

et les honorable sénateurs Willie Adams, George Baker, C.P., John G. Bryden, Consiglio Di Nino, Lillian Eva Dyck, Mobina Jaffer, Serge Joyal, C.P., Sandra Lovelace Nicholas, Lorna Milne, Donald Oliver, Terry Stratton et Charlie Watt.

\*L'honorable sénateur Marjory Lebreton, C.P., (ou l'honorable sénateur Gerald Comeau)

\*L'honorable sénateur Céline Hervieux-Payette, C.P. (ou l'honorable sénateur Claudette Tardif)

\* *Membres d'office*

### 39<sup>e</sup> législature – 1<sup>e</sup> session

et les honorable sénateurs Willie Adams, Raynell Andreychuk, George Baker, C.P., John G. Bryden, Eymard G. Corbin, James Cowan, Consiglio Di Nino, Joan Fraser, Aurélien Gill, Elizabeth Hubley, Mobina Jaffer, Serge Joyal, C.P., Pierre Claude Nolin, Terry Stratton et Charlie Watt.

\*L'honorable sénateur Marjory Lebreton, C.P., (ou l'honorable sénateur Gerald Comeau)

\*L'honorable sénateur Céline Hervieux-Payette, C.P. (ou l'honorable sénateur Claudette Tardif)

\**Membres d'office*

### 37<sup>e</sup> législature – 2<sup>e</sup> session

L'honorable sénateur George Furey, *Président*

L'honorable sénateur Gérald A. Beaudoin, *Vice-président*

et les honorable sénateurs Senators Raynell Andreychuk, John G. Bryden, John MacLennan Buchanan, C.P., Anne Cools, Serge Joyal, C.P., Pierre Claude Nolin, Landon Carter Pearson, Nick G. Sibbeston, David P. Smith, C.P., Terry Stratton et Charlie Watt.

\*L'honorable sénateur Sharon Carstairs, C.P., (ou l'honorable sénateur Fernand Robichaud, C.P.)

\*L'honorable sénateur John Lynch-Staunton, C.P. (ou l'honorable sénateur Noël A. Kinsella)

\* *Membres d'office*

Le Comité tient à remercier le personnel suivant pour le travail acharné qu'il a accompli en vue de produire le présent rapport :

*Du Bibliothèque du Parlement :*

Mary Hurley, analyste  
Penny Becklumb, analyste

*De la Direction des comités :*

Marcy Zlotnick, greffière du comité, 2<sup>e</sup> session, 37<sup>e</sup> législature  
Shaila Anwar, greffière du comité, 1<sup>ère</sup> session, 39<sup>e</sup> législature  
Adam Thompson, greffier du comité, 2<sup>e</sup> session, 39<sup>e</sup> législature

Lyne Héroux, adjointe administrative, 2<sup>e</sup> session, 37<sup>e</sup> législature  
Natalie Lemay-Paquette, adjointe administrative, 1<sup>ère</sup> session, 39<sup>e</sup> législature  
Alana Blouin, adjointe administrative, 2<sup>e</sup> session, 39<sup>e</sup> législature

## ORDRE DE RENVOI

Extrait des *Journaux du Sénat* du mardi 20 novembre 2007:

L'honorable sénateur Fraser propose, appuyée par l'honorable sénateur Joyal, C.P.,

Que le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles soit autorisé à examiner, pour en faire rapport, les conséquences de l'inclusion, dans la loi, de clauses non dérogoires concernant les droits ancestraux et issus de traités existants des peuples autochtones du Canada aux termes de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*;

Que les documents reçus, les témoignages entendus, et les travaux accomplis sur la question par le comité au cours de la deuxième session de la trente-septième législature, la première session de la trente-huitième législature et la première session de la trente-neuvième législature soient renvoyés au comité;

Que le comité présente son rapport au Sénat au plus tard le 20 décembre 2007.

La motion, mise aux voix, est adoptée.

*Le greffier du Sénat*  
Paul C. Bélisle



## TABLE DES MATIÈRES

---

Préface de la présidence .....	1
Introduction .....	3
Contexte juridique et législatif .....	4
A. Dispositions de non-dérogação avant 1982 .....	4
B. Droits ancestraux et issus de traités dans la Constitution .....	5
1. Portée des droits prévus à l'article 35 : décision <i>Sparrow</i> .....	6
2. Droits ancestraux et raison d'être de l'article 35 .....	7
3. Relation de fiduciaire entre la Couronne et les peuples autochtones .....	7
C. <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> .....	8
D. Dispositions fédérales de non-dérogação après 1982 .....	9
1. Libellé initial : 1986-1996 .....	9
2. Libellé révisé – 1998-2002 .....	9
3. Évolution – 2002-2007 .....	12
E. Questions étudiées .....	14
1. Raison d'être et effet des dispositions de non-dérogação .....	15
2. Droits visés à l'article 35 et rôle du ministère de la Justice .....	21
3. Nécessité d'une consultation élargie .....	28
4. Harmonisation du droit canadien avec les traditions juridiques autochtones .....	32
5. Application des lois .....	35
Conclusion .....	37
ANNEXE I Ont discuté avec le comité .....	39
ANNEXE II Liste des recommandations .....	41



## Préface de la présidence

Le présent rapport aborde des questions importantes tout autant pour les Autochtones que pour les non-Autochtones.

Lorsqu'il a entrepris ses travaux, le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles savait que l'étude des dispositions de non-dérogation à propos des droits ancestraux et issus de traités dans les lois fédérales soulèverait des questions complexes, ce qui a été confirmé par son examen et par les témoignages qu'il a entendus. Le Comité estime que la question précise qui lui a été soumise fait partie d'un certain nombre d'autres questions de fond importantes et d'un certain nombre de choix politiques sur lesquels le gouvernement doit se pencher, en ce qui concerne la nature et la portée de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Il reste beaucoup à faire. Le Comité estime que les parlementaires en général et le Comité des affaires juridiques et constitutionnelles en particulier ont un rôle essentiel à jouer si on veut que ces questions et politiques soient étudiées à fond et réglées, de façon à servir l'objectif visé par l'article 35.

Par l'examen des dispositions de non-dérogation, le Comité entendait contribuer à une étude opportune d'une importante question de politique d'intérêt public, et recommander une approche progressiste qui tient compte à la fois du rôle du gouvernement aux termes de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, à la lumière de sa relation fiduciaire avec les peuples autochtones, et des intérêts de l'ensemble de la population canadienne.

C'est dans cet esprit que les observations et recommandations du Comité proposent certaines des mesures que, selon lui, le gouvernement devrait prendre s'il veut tenir son engagement de prendre au sérieux les droits visés à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Le rapport traite de mesures visant à faire progresser la mise en œuvre à court et à moyen terme des droits visés à l'article 35. Les membres du Comité estiment qu'il est également essentiel de considérer un avenir plus éloigné et de réfléchir à d'autres mesures qui pourraient être souhaitables à long terme pour assurer la réalisation de cet objectif.

Il faut surtout ne pas oublier que le fait de prendre au sérieux les droits visés à l'article 35 pourrait signifier la mise en place de systèmes et de processus supplémentaires pour faire en sorte que ni le gouvernement ni le Parlement ne perdent de vue le mandat constitutionnel prévu par cet article. Les membres du Comité espèrent poursuivre le dialogue avec les intervenants autochtones et gouvernementaux à ce sujet.



## Introduction

Le présent rapport traite de la relation entre les droits visés à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et les lois fédérales. Le paragraphe 35(1) dispose :

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

Après l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la « disposition de non-dérogação » initiale qui figurait dans les lois fédérales prévoyait le plus souvent que le texte législatif ne devait pas s'interpréter de façon à « [porter] atteinte aux droits – ancestraux ou issus de traités – des peuples autochtones du Canada visés à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, ou à y déroger<sup>1</sup> ». En d'autres termes, le texte en question ne visait pas à porter atteinte aux droits ancestraux ou issus de traités.

Ces dispositions étaient ajoutées à certaines lois fédérales pour tenir compte des inquiétudes des Autochtones au sujet des effets que ces lois pouvaient avoir sur leurs intérêts. Les Premières nations et d'autres groupes autochtones voyaient dans cet ajout une exigence minimale précisant que la loi ne devait pas s'interpréter au détriment de leurs droits constitutionnels, qu'ils soient ancestraux ou issus de traités. Il semble que, pour sa part, le ministère de la Justice ait accepté ces ajouts par commodité, afin d'éviter de retarder l'adoption des lois. Ses fonctionnaires considéraient ces dispositions comme étant en grande partie un rappel superflu de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Les questions qui se posent actuellement au sujet du recours aux dispositions de non-dérogação ont surgi quelque temps après que le ministère de la Justice eut modifié leur libellé initial. Les fonctionnaires du ministère estimaient que la modification s'imposait, à la lumière des interprétations de l'article 35 proposées par la Cour suprême du Canada. Des groupes autochtones ont critiqué le libellé révisé, car, selon eux, il ne protégerait pas leurs droits efficacement. De plus, ils craignaient que les tribunaux interprètent différemment des dispositions de non-dérogação libellées différemment afin de donner un sens aux différences dans diverses lois.

Comme on l'explique plus en détail dans la revue du contexte qui suit, des sénateurs s'interrogent sur l'emploi des dispositions de non-dérogação depuis les audiences que le Comité sénatorial permanent de l'énergie, de l'environnement et des ressources naturelles a consacrées en 2001 au projet de loi C-33, devenu la *Loi sur les eaux du Nunavut et le Tribunal des droits de surface du Nunavut*. Les sénateurs autochtones ont été les premiers à insister auprès du gouvernement pour qu'il étudie et règle les questions relatives à l'emploi de dispositions de non-dérogação dans les projets de loi ultérieurs. Ces sénateurs

---

<sup>(1)</sup> On peut entendre le terme « abroger » notamment au sens de révoquer (une loi ou un usage établi) d'annuler, ou d'abolir par autorité ou de façon officielle, et le terme « déroger » notamment au sens de révoquer ou annuler en partie (une loi, une décision judiciaire, etc.), détruire ou limiter l'effet, la portée ou l'autorité d'un texte.

et le ministre de la Justice étant incapables de s'entendre sur une solution acceptable pour tous, le leader du gouvernement au Sénat a présenté en juin 2003 une motion portant renvoi de la question à un comité<sup>2</sup>.

En octobre 2003, le Sénat a donc chargé son Comité des affaires juridiques et constitutionnelles<sup>3</sup> :

[d']examiner, pour en faire rapport, les conséquences de l'inclusion, dans la loi, de dispositions non dérogoires concernant les droits ancestraux et issus de traités existants des peuples autochtones du Canada aux termes de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Des ordres de renvoi subséquents analogues à celui d'octobre 2003 ont été adoptés au Sénat en novembre 2004, en juin 2006 et en novembre 2007<sup>4</sup>.

Au cours des quatre audiences que le Comité a tenues en novembre 2003 ainsi qu'en février et juin 2007 pour étudier le dossier, les options présentées au Comité par les témoins du gouvernement et de l'extérieur pour traiter la question des dispositions de non-dérogoation ont semblé aux antipodes. Alors qu'un témoin du gouvernement a avancé que « [s]i l'article 35 est considéré comme une protection suffisante, alors la disposition de non-dérogoation est inutile et devrait être évitée<sup>5</sup> », un représentant du Congrès des peuples autochtones a recommandé que la même disposition de non-dérogoation figure dans toutes les lois fédérales<sup>6</sup>.

Un examen du contexte juridique et législatif aidera à situer les positions divergentes qui ont été présentées au Comité.

## Contexte juridique et législatif

### A. Dispositions de non-dérogoation avant 1982

L'utilisation dans les lois de dispositions de non-dérogoation relativement aux droits juridiques des Autochtones a débuté avant la constitutionnalisation de ces droits, en 1982.

---

<sup>(2)</sup> Sénat, *Débats*, 4 juin 2003 (l'hon. Sharon Carstairs).

<sup>(3)</sup> Sénat, *Débats*, 7 octobre 2003.

<sup>(4)</sup> Il a fallu plusieurs ordres de renvoi successifs en raison de la dissolution ou de la prorogation du Parlement entre 2003 et 2007.

<sup>(5)</sup> Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, *Procès-verbaux (Témoignages)*, fascicule 22, 22 février 2007; témoignage d'Andrew Saranchuk, directeur intérimaire et avocat général principal, Droit des Autochtones et politiques stratégiques, ministère de la Justice du Canada.

<sup>(6)</sup> Gordon Polson, agent de recherches en affaires juridiques, Congrès des peuples autochtones, *Notes d'allocation* présentées au Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, 21 juin 2007, p. 6.

Au début des années 1970, les tribunaux canadiens avaient commencé à reconnaître l'existence de droits juridiques autochtones à l'égard de terres, des droits autres que ceux qui étaient prévus par des traités ou des lois. Plus particulièrement, la décision rendue en 1973 par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Calder c. Colombie-Britannique (procureur général)*<sup>7</sup> a confirmé que l'occupation historique du territoire par les peuples autochtones donnait lieu à des droits juridiques qui ont survécu à la colonisation européenne, reconnaissant ainsi la possibilité que puissent exister aujourd'hui des droits autochtones à l'égard des terres et des ressources.

La décision *Calder* s'est avérée un facteur d'importance pour inciter le gouvernement fédéral à élaborer des politiques au sujet des revendications territoriales non réglées des Autochtones. On peut soutenir que cette reconnaissance croissante des droits autochtones ainsi que l'affirmation plus structurée des Premières nations et autres groupes autochtones<sup>8</sup> de leurs intérêts sur les terres et les ressources ont trouvé une expression partielle dans diverses dispositions de non-dérogação qui ont été ajoutées dans un petit nombre lois fédérales dans les années 1970 et au début des années 1980.

Ainsi, la disposition de non-dérogação qui figure dans la *Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes*<sup>9</sup> dit ceci :

- (1) Pour l'application de la présente loi, le ministre consulte en permanence les représentants des bandes indiennes les plus directement touchées.
- (2) La présente loi n'a pas pour effet d'abroger les droits du peuple indien ou de l'empêcher de négocier l'obtention d'avantages pour le pétrole et le gaz dans les régions où les revendications de terres n'ont pas été réglées<sup>10</sup>.

## **B. Droits ancestraux et issus de traités dans la Constitution**

La constitutionnalisation des droits ancestraux dans la partie II de la *Loi constitutionnelle de 1982*, intitulée « Droits des peuples autochtones du Canada », a forcément créé de nouveaux fondements législatifs faisant autorité sur lesquels les peuples autochtones pouvaient s'appuyer pour affirmer leurs revendications historiques et défendre leurs droits, notamment ceux qui sont issus de traités. Le paragraphe 35(1) n'a créé aucun droit, mais il a reconnu et confirmé sur le plan constitutionnel les droits non éteints ou existants. Aux termes du paragraphe 35(2), « "peuples autochtones du Canada" s'entend

---

<sup>(7)</sup> [1973] R.C.S. 313.

<sup>(8)</sup> Il vaut la peine de signaler que, de 1927 à 1951, l'activité juridique et politique liée aux revendications territoriales des Premières nations a été interdite, en somme, du fait qu'une modification de la *Loi sur les Indiens* empêchait quiconque de toucher un paiement de la part d'un Autochtone pour faire valoir des revendications territoriales.

<sup>(9)</sup> L.C. 1974-1975-1976, ch. 15, L.R. 1985, ch. I-7, art. 6.

<sup>(10)</sup> D'autres lois contemporaines comprennent des dispositions de non-dérogação, dont la *Loi sur le pipeline du Nord* (L.C. 1977-1978, ch. 20, L.R. 1985, ch. N-26, art. 25) et la *Loi sur le pétrole et le gaz du Canada* (L.C. 1980-1981-1982-1983, ch. 81, L.R. 1985, ch. O-6, art. 5.), qui a depuis été abrogée.

notamment des Indiens, des Inuit et des Métis du Canada ». Le paragraphe 35(3) précise davantage : « 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<sup>11</sup>. »

L'absence de définition des « droits existants – ancestraux ou issus de traités » a eu pour conséquence que la tâche d'interpréter la portée de l'article 35 a été renvoyée au judiciaire. Il nous faut donc, dans ce contexte, signaler un certain nombre de principes fondamentaux énoncés dans les décisions de la Cour suprême du Canada sur l'article 35, principes qui ont guidé l'étude des dispositions de non-dérogação par le Comité.

## 1. Portée des droits prévus à l'article 35 : décision *Sparrow*

Dans la décision *Sparrow*, décision marquante rendue en 1990<sup>12</sup>, la Cour suprême du Canada (la Cour) a établi un premier cadre d'interprétation de l'article 35, qu'elle a ensuite précisé dans des arrêts subséquents. Elle a décrit l'article 35 comme « un engagement solennel qui doit avoir un sens utile<sup>13</sup> » et elle a souligné que son ajout dans la Constitution représentait « l'aboutissement d'une bataille longue et difficile à la fois dans l'arène politique et devant les tribunaux pour la reconnaissance de droits ancestraux<sup>14</sup> ». La Cour a également précisé que, comme tous les droits, les droits visés à l'article 35 ne sont pas absolus, donc ni à l'abri des interventions réglementaires. Aux termes de la décision *Sparrow*, l'État peut adopter des lois qui portent atteinte aux droits ancestraux et issus de traités pourvu qu'il satisfasse au critère de justification énoncé par la Cour<sup>15</sup>.

Essentiellement, le critère défini dans la décision *Sparrow* exige que l'État établisse que toute mesure qui porte atteinte aux droits sert un « objectif législatif régulier » – par exemple, la conservation de ressources naturelles – et est conforme à la relation de fiduciaire du gouvernement avec les peuples autochtones et la responsabilité qu'il a envers eux. Il doit être tenu compte d'autres questions, selon les circonstances : l'atteinte est-elle minimale? Une juste indemnisation a-t-elle été proposée dans le cas d'expropriations? Le groupe autochtone touché a-t-il été consulté<sup>16</sup>?

---

(11) Le paragraphe ajouté par la *Proclamation de 1983 modifiant la Constitution* a confirmé la qualité constitutionnelle des traités modernes.

(12) *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075.

(13) *Ibid.*, p. 1108.

(14) *Ibid.*, p. 1105.

(15) Il fallait que la Cour élabore un critère distinct pour évaluer les atteintes alléguées aux droits ancestraux et issus de traités, car l'article 35 ne figure pas dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, dont l'article 1 porte sur la restriction des droits et libertés.

(16) Les décisions judiciaires ultérieures qui réaffirment et complètent ces éléments comprennent les trois causes de 1996 sur les droits de pêche (*R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723), la décision historique *Delgamuukw* de 1997 sur le titre ancestral (*Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010) ainsi que les décisions *Nation Haïda* (2004), *Taku River* (2004) et *Mikisew Cree* (2005) concernant l'obligation de l'État de consulter le peuples autochtone (*Nation Haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, 2004 C.S.C. 73; *Première nation Taku River Tlingit c. Colombie-Britannique (directeur de*

## 2. Droits ancestraux et raison d'être de l'article 35

Dans l'affaire *R. c. Van der Peet*<sup>17</sup>, la Cour a défini la nature spéciale des droits ancestraux et la raison d'être de l'article 35 comme des principes clés :

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

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

## 3. Relation de fiduciaire entre la Couronne et les peuples autochtones

Dans les décisions *Sparrow* et *Van der Peet* ainsi que dans des jugements ultérieurs, la Cour a insisté également sur le fait que la relation de fiduciaire entre la Couronne et les peuples autochtones a des conséquences importantes pour la conduite du gouvernement<sup>18</sup>. La décision *Sparrow* dit que le « principe directeur général » de l'interprétation de l'article 35 est le suivant :

... le gouvernement a la responsabilité d'agir en qualité de fiduciaire à l'égard des peuples autochtones. Les rapports entre le gouvernement et les autochtones sont de nature fiduciaire plutôt que contradictoire et la reconnaissance et la confirmation contemporaines des droits ancestraux doivent être définies en fonction de ces rapports historiques<sup>19</sup>.

---

*l'évaluation des projets*), [2004] 3 R.C.S. 550, 2004 C.S.C. 74; *Première nation crie Mikisew c. Canada (ministre du Patrimoine canadien)*, [2005] 3 R.C.S. 388, 2005 C.S.C. 69).

<sup>(17)</sup> *Van der Peet*, *Ibid*, par. 30-31.

<sup>(18)</sup> Dans *R. c. Guerin*, [1984] 2 R.C.S. 335, la Cour a établi un lien entre la relation de fiduciaire dans le contexte des Premières nations et le fait que l'intérêt autochtone à l'égard du territoire est inaliénable, à moins que les territoires ne soient cédés à l'État. Voir également Mary Hurley, *Le rapport de fiduciaire entre la Couronne et les peuples autochtones*, PRB 00-09F, Service d'information et de recherche parlementaires, Bibliothèque du Parlement, décembre 2002.

<sup>(19)</sup> *Sparrow*, plus haut, note 12, p. 1108.

En conséquence, « l'honneur de Sa Majesté est en jeu lorsqu'elle transige avec les peuples autochtones<sup>20</sup> ». La décision plus récente rendue dans l'affaire *Nation Haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)* a réitéré la position de la Cour voulant qu'il ne s'agisse pas là « simplement d'une belle formule, mais d'un précepte fondamental qui peut s'appliquer dans des situations concrètes<sup>21</sup> ».

Dans l'affaire *Van der Peet*, la Cour a également réaffirmé un autre principe de la décision *Sparrow* concernant l'interprétation de l'article 35, statuant que : « L'existence des rapports de fiduciaire qui existent entre l'État et les peuples autochtones emporte en outre que les doutes ou ambiguïtés concernant la portée et la définition des droits visés au par. 35(1) doivent être résolus en faveur des peuples autochtones<sup>22</sup>. »

Par ailleurs, la décision de la Cour dans *Bande indienne Wewaykum c. Canada* a confirmé que, dans le contexte des rapports entre l'État et les Autochtones comme dans d'autres, « les obligations qui existent entre les parties à des relations généralement reconnues comme fiduciaires n'ont pas nécessairement toutes un caractère fiduciaire<sup>23</sup> ». Elle a aussi confirmé que : « La Couronne ne saurait être un fiduciaire ordinaire; elle agit en plusieurs qualités et représente de nombreux intérêts, dont certains sont immanquablement opposés<sup>24</sup>. »

### **C. Charte canadienne des droits et libertés**

La Charte (Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*) comporte une disposition importante concernant les droits ancestraux et issus de traités, qui a un rapport direct avec la présente étude. L'article 25 se lit ainsi :

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

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

On a souvent considéré cette disposition comme un « bouclier » protégeant les droits ancestraux et issus de traités collectifs<sup>25</sup>.

---

<sup>(20)</sup> *Ibid.*, p. 1114.

<sup>(21)</sup> Plus haut, note 16, par. 16.

<sup>(22)</sup> Plus haut, note 16, par. 25.

<sup>(23)</sup> [2003] 2 R.C.S. 259, 2003 CSC 4, par. 83.

<sup>(24)</sup> *Ibid.*, par. 96.

<sup>(25)</sup> La Cour suprême n'a toujours pas donné d'interprétation définitive sur l'interaction entre les articles 25 et 35.

## D. Dispositions fédérales de non-dérogation après 1982

Après 1982, les dispositions de non-dérogation sont apparues tout d'abord dans la législation fédérale en 1986. En règle générale, ces dispositions ont été insérées dans certaines lois soit au cours de la rédaction, soit à une étape du processus parlementaire, lorsque la loi en question était perçue comme ayant des répercussions, directes, indirectes ou possibles sur les intérêts des Autochtones ou leurs droits juridiques. Cependant, toutes les lois qui pouvaient avoir des répercussions de cette nature ne contenaient pas forcément une disposition de non-dérogation.

### 1. Libellé initial : 1986-1996

Le libellé original de la disposition varie quelque peu, mais il semble, du moins en partie, traduire le contenu de l'article 25 de la Charte, comme le montrent les passages soulignés des dispositions suivantes.

L'article 3 de la *Loi sur l'autonomie gouvernementale de la bande indienne sechelte*<sup>26</sup> dispose :

Il demeure entendu que la présente loi ne porte pas atteinte aux droits existants – ancestraux ou issus de traités – des membres de la bande indienne sechelte ou des autres peuples autochtones du Canada, droits dont il est fait état à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Sept autres lois contiennent une disposition semblable pour l'essentiel, dont quatre ont un libellé simplifié commençant par « Il demeure entendu » :

Il demeure entendu que la présente loi ne porte pas atteinte aux droits – ancestraux ou issus de traités – des peuples autochtones du Canada visés à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>27</sup>.

### 2. Libellé révisé – 1998-2002

Selon un témoignage, les tribunaux ne se sont jamais prononcés sur le libellé initial d'après 1982. Après la décision *Sparrow* de 1990, cependant, les fonctionnaires fédéraux ont de nouveau étudié de près la disposition de non-dérogation.

---

<sup>(26)</sup> L.C. 1986, ch. 27.

<sup>(27)</sup> Ce sont les lois suivantes : *Loi sur les espèces sauvages au Canada*, L.R. 1985, ch. W-9, par. 2(3); *Loi sur la Convention concernant les oiseaux migrateurs*, L.C. 1994, ch. 22, par. 2(3); *Loi sur les armes à feu*, L.C. 1995, ch. 39, par. 2(3); *Loi sur les océans*, L.C. 1996, ch. 31, art. 2.1. L'article 3 de la *Loi fédérale sur les hydrocarbures* (L.C. 1986, ch. 45, L.R. 1985, ch. 36 (2<sup>e</sup> suppl.)), omet les termes « il est entendu que » : « La présente loi ne porte pas atteinte aux droits – ancestraux ou issus de traités – des peuples autochtones du Canada visés à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ». La *Loi de mise en œuvre de l'Accord atlantique Canada-Terre-Neuve* (L.C. 1987, ch. 3, art. 48) et la *Loi de mise en œuvre de l'Accord Canada-Nouvelle-Écosse sur les hydrocarbures extracôtiers* (L.C. 1988, ch. 28, art. 50) contiennent des dispositions de non-dérogation identiques applicables à une partie identifiée de chacune d'elles.

En 1998, le libellé de la disposition a été modifié, l'objectif apparent étant d'exprimer plus clairement la volonté du gouvernement que ce type de disposition « [vise] à confirmer que la loi dont il est question est assujettie à l'application de l'article 35<sup>28</sup> ». Le Comité a néanmoins remarqué que, dans certains cas, le libellé initial a figuré dans des lois adoptées un certain nombre d'années après la décision *Sparrow*, rendue par la Cour suprême du Canada en 1990.

En 1996, le projet de loi C-79, Loi sur la modification facultative de l'application de la *Loi sur les Indiens*, qui a fini par rester en plan au *Feuilleton*, proposait un texte sur la non-dérogação qui, avec le recul, semble annoncer la formulation modifiée des dispositions fédérales de non-dérogação<sup>29</sup>. La *Loi sur la gestion des ressources de la vallée du Mackenzie*<sup>30</sup> a été la première loi dans laquelle on a employé le nouveau libellé. Il disait ceci :

Il est entendu que la présente loi ne porte pas atteinte à la protection des droits existants – ancestraux ou issus de traités – des peuples autochtones du Canada découlant de leur reconnaissance et de leur confirmation au titre de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. (C'est nous qui soulignons.)

Un libellé identique figure dans six autres lois adoptées entre 1998 et 2002<sup>31</sup>.

En somme, alors que le libellé initial disait qu'il n'était pas porté atteinte aux droits existants, ancestraux ou issus de traités, visés à l'article 35, la formulation révisée dispose qu'il n'est pas porté atteinte à la protection accordée à ces droits existants par leur reconnaissance et leur confirmation à l'article 35.

Le nouveau libellé semble être largement passé inaperçu de 1998 à 2001<sup>32</sup>. La question a cependant été soulevée au cours des audiences parlementaires relatives au projet de loi C-33, aujourd'hui la *Loi sur les eaux du Nunavut et le Tribunal des droits de surface du*

---

<sup>(28)</sup> Andrew Saranchuk, *Témoignages*, fascicule 22, 22 février 2007.

<sup>(29)</sup> Le texte du paragraphe 4(3) est le suivant : « Il est aussi entendu que la *Loi sur les Indiens*, dans la nouvelle application prévue par la présente loi, ne porte pas atteinte à la protection des droits existants – ancestraux ou issus de traités – des Indiens découlant de leur reconnaissance et de leur confirmation au titre de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, y compris le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale. (C'est nous qui soulignons.)

<sup>(30)</sup> L.C. 1998, ch. 25.

<sup>(31)</sup> On trouve un libellé identique dans les lois suivantes : *Loi canadienne sur la protection de l'environnement* (L.C. (1999), ch. 33, art. 4); *Loi sur les parcs nationaux du Canada* (L.C. 2000, ch. 32, par. 2(2)); *Loi du Traité des eaux limitrophes internationales* (L.R. 1985, ch. I-17, art. 21.1 ajouté par L.C. (2001), ch. 40, art. 1); *Loi sur le Yukon* (L.C. (2002), ch. 7, art. 3); *Loi sur les aires marines nationales de conservation du Canada* (L.C. (2002), ch. 18, par. 2(2)); *Loi sur les espèces en péril* (L.C. 2002, ch. 29, art. 3). La *Loi maritime du Canada* (L.C. 1998, ch. 10) est la seule loi comportant un libellé différent : « Il est entendu que la présente loi ne porte pas atteinte à l'application de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* aux droits existants – ancestraux ou issus de traités – des peuples autochtones. » (C'est nous qui soulignons.)

<sup>(32)</sup> Par exemple, l'examen des mémoires adressés aux comités parlementaires au sujet de la *Loi sur la gestion des ressources de la vallée du Mackenzie* (plus haut, note 30) révèle deux renvois au texte de non-dérogação de la loi. Aucun ne traite des conséquences possibles de la révision.

*Nunavut*<sup>33</sup>, qui établit des organismes gouvernementaux conformément aux termes de l'entente sur les revendications territoriales du Nunavut. Nunavut Tunngavik Incorporated (NTI), qui représente les intérêts des Inuit du Nunavut, était partisan de l'insertion d'une disposition de non-dérogação, mais s'inquiétait, comme le gouvernement du Nunavut, de la disposition révisée prévue dans le projet de loi C-33.

Selon le témoignage de fonctionnaires du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, une modification visant à revenir au libellé initial aurait pour effet de limiter la suprématie du Parlement<sup>34</sup> – proposition que les représentants de NTI ont jugée sans fondement juridique<sup>35</sup> – et le nouveau libellé visait à maintenir la neutralité et n'avait pas pour objet de changer le statu quo ou de supprimer ou d'ajouter aux garanties constitutionnelles<sup>36</sup>.

Selon les témoins du Nunavut, cependant, la suppression de la disposition de non-dérogação dans le projet de loi C-33 était préférable au maintien du libellé prévu, notamment parce que la loi en question visait à mettre en œuvre un traité moderne protégé par la Constitution. Le nouveau libellé leur semblait prêter à confusion et être inefficace, et ils craignaient les interprétations nuisibles auxquelles il pouvait donner lieu. Le gouvernement du Nunavut<sup>37</sup> a adopté la position suivante :

... non seulement la disposition, dans son libellé actuel, ne garantit plus l'inviolabilité des droits existants autochtones et issus de traités dans la législation fédérale... En limitant sa portée à la « protection des droits existants – ancestraux ou issus de traités – des peuples autochtones du Canada découlant de leur reconnaissance et de leur confirmation au titre de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* », la disposition incorpore le pouvoir reconnu en common law de modifier des droits autochtones et issus de traités...

Le Comité sénatorial de l'énergie a donc supprimé cette disposition, décision qui a été avalisée par le Sénat et la Chambre des communes.

Le débat lancé dans le cadre du projet de loi C-33 s'est poursuivi au cours de l'examen, par le même comité sénatorial, d'un certain nombre d'autres projets de loi, qui ont tous fini par être adoptés avec la nouvelle disposition de non-dérogação. Au cours de cette période,

---

<sup>(33)</sup> L.C. 2002, ch. 10.

<sup>(34)</sup> Comité permanent des affaires autochtones, du développement du Grand Nord et des ressources naturelles de la Chambre des communes, *Témoignages*, fascicule 25, 30 octobre 2001, témoignage de Will Dunlop, directeur de la Politique des ressources et des transferts, Direction générale de l'environnement et des ressources naturelles.

<sup>(35)</sup> Lettre adressée au président du Comité de la Chambre des communes par le conseiller juridique de Nunavut Tunngavik, 7 novembre 2001.

<sup>(36)</sup> Comité sénatorial permanent de l'énergie, de l'environnement et des ressources naturelles, *Témoignages*, fascicule 19, 29 novembre 2001, témoignage de Mary Douglas, conseillère juridique.

<sup>(37)</sup> *Ibid.*, témoignage de Lois Leslie, alors conseiller juridique principal, ministère de l'Exécutif et des Affaires intergouvernementales, gouvernement du Nunavut.

des sénateurs autochtones ont fait activement valoir auprès des fonctionnaires fédéraux les préoccupations soulevées par les porte-parole de NTI et du gouvernement du Nunavut concernant le projet de loi C-33. Le ministre de la Justice alors en poste s'est engagé à étudier la question, mais cet engagement n'a pas permis de dénouer l'impasse.

### **3. Évolution – 2002-2007**

L'étude des mesures législatives adoptées et proposées depuis 2002 ne permet pas de broser un tableau cohérent.

#### **Projet de loi C-7, Loi sur la gouvernance des Premières nations**

En mars 2002, le Comité consultatif ministériel conjoint (CCMC) chargé de conseiller le ministre des Affaires indiennes d'alors sur les options législatives touchant la Mesure relative à la gouvernance des Premières nations a produit son rapport définitif, dans lequel il proposait d'inclure une disposition de non-dérogation dans la future loi et recommandait d'en revenir au libellé original. De l'avis du Comité consultatif, cette version :

atteindrait l'objectif énoncé par le ministre, qui consiste à assurer que les modifications ne portent pas atteinte aux droits ancestraux ou issus de traités. Cette option énoncerait l'intention législative du Parlement en adoptant les modifications et ne porterait pas atteinte à la reconnaissance ou à la confirmation des droits ancestraux et issus de traités de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Le CCMC était également d'avis que le libellé employé de 1998 à 2002 « n'atteindrait pas l'objectif visé par le ministre, étant donné qu'[il] semble avoir un but et un effet différents ».

Tel qu'il a été présenté en octobre 2002, le projet de loi C-7 ne comportait pas de disposition de non-dérogation. Au bout du compte, le Comité des affaires autochtones de la Chambre des communes a cependant adopté à l'unanimité une modification proposée par l'opposition visant à ajouter la disposition de non-dérogation dans son libellé original. Le projet de loi C-7 est resté en plan au *Feuilleton*.

#### ***Loi sur la gestion financière et statistique des Premières nations***

Comme dans le cas du projet de loi C-7, le Comité de la Chambre a adopté à l'unanimité une modification proposée par l'opposition pour insérer dans le projet de loi la disposition de non-dérogation dans son libellé original. En fin de compte, la version révisée de ce texte législatif a été adoptée sous la forme du projet de loi C-20 en 2005, et elle comportait la disposition de non-dérogation intacte<sup>38</sup>.

---

<sup>(38)</sup> L.C. 2005, ch. 9.

### ***Loi sur le règlement des revendications particulières***

Cette loi visant à réformer la procédure de règlement des revendications particulières a été adoptée en novembre 2003, mais n'a pas été proclamée en vigueur. Elle ne comporte pas de disposition de non-dérogation<sup>39</sup>. Il semble qu'aucune proposition en ce sens n'ait été faite au cours du processus législatif.

### **Projet de loi C-50, Loi modifiant le Code criminel en matière de cruauté envers les animaux**

Les trois premières versions identiques du projet de loi adoptées par la Chambre des communes au cours de la 37<sup>e</sup> législature ne comprenaient pas de disposition de non-dérogation<sup>40</sup>. En mai 2003, cependant, le Comité, étudiant la deuxième version du projet de loi, a adopté une forme de disposition de non-dérogation propre à cette loi qui a reçu l'aval du Sénat, mais que la Chambre des communes a rejetée. Lorsque la loi a été présentée de nouveau aux Communes en 2005, dans une quatrième version modifiée, elle comprenait la disposition de non-dérogation révisée utilisée dans la législation gouvernementale depuis 1998. Le projet de loi est resté en plan au *Feuilleton* lorsque la 38<sup>e</sup> législature a pris fin, et il n'a pas été représenté depuis<sup>41</sup>.

### ***Loi sur la gestion du pétrole et du gaz et des fonds des Premières Nations et Loi sur le développement commercial et industriel des Premières Nations***

Les deux lois ont été adoptées en novembre 2005. La première comprend la disposition de non-dérogation révisée<sup>42</sup>. Bien que la seconde aborde le sujet de non-dérogation, son approche diffère sensiblement de celle des autres lois passées en revue jusqu'ici. Elle autorise l'élaboration de règlements propres à chaque projet par le gouverneur en conseil, conformément aux accords conclus avec les Premières nations et la province, y compris un règlement pour<sup>43</sup>

prévoir le rapport entre les règlements et les droits existants – ancestraux ou issus de traités – des peuples autochtones visés à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et notamment limiter la mesure dans laquelle les règlements peuvent porter atteinte à ces droits.

Cette approche semble établir un précédent pour ce qui est de traiter la non-dérogation aux droits ancestraux ou issus de traités comme une question de réglementation plutôt que

---

<sup>(39)</sup> L.C. 2003, ch. 23.

<sup>(40)</sup> Toutes ces mesures sont restées en plan au *Feuilleton*.

<sup>(41)</sup> Le projet de loi C-373, l'un de deux projets de loi d'initiative parlementaire relatifs à la cruauté envers les animaux déposés pendant la première session de la 39<sup>e</sup> législature, renfermait la disposition de non-dérogation révisée, alors que le projet de loi S-213 ne renfermait aucune telle disposition. Les deux projets de loi sont morts au *Feuilleton* à la prorogation du Parlement en septembre 2007, mais ils ont été rétablis tels quels pour la deuxième session sous les numéros C-373 et S-203, respectivement.

<sup>(42)</sup> L.C. 2005, ch. 48.

<sup>(43)</sup> L.C. 2005, ch. 53, al. 3(2)q).

d'aborder la question de façon explicite dans la législation, ce qui a des conséquences évidentes pour l'examen parlementaire.

### **Projet de loi C-32, Loi concernant le développement durable des pêches dans les eaux côtières et les eaux intérieures du Canada**

Cette mesure législative, déposée en décembre 2006 comme projet de loi C-45, morte au *Feuilleton* en septembre 2007 et déposée de nouveau avec le numéro C-32 en novembre 2007, ne contient pas à proprement parler de disposition de non-dérogação. Néanmoins, il prévoit, entre autres principes d'application, que ceux qui appliquent la loi et ses règlements « s'efforcent de gérer les pêches ainsi que de préserver et de protéger le poisson et son habitat d'une manière compatible avec la protection constitutionnelle accordée aux droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada<sup>44</sup> ». Cette formulation illustre une autre façon nouvelle d'aborder la notion de non-dérogação.

## **E. Questions étudiées**

Dans l'exercice de son mandat qui consiste à étudier pour en faire rapport les conséquences des dispositions de non-dérogação dans les lois fédérales, le Comité a décidé de mettre l'accent sur cinq questions distinctes, mais liées entre elles. Les sections qui suivent présentent un résumé des témoignages sur ces questions, suivi des conclusions du Comité sur chacune.

Il faut lire les observations et les recommandations du Comité dans le contexte de plusieurs principes centraux définis par la Cour suprême du Canada à propos de l'article 35, comme nous l'avons vu plus haut. Les délibérations du Comité ont été guidées par l'« engagement solennel » que constitue cet article; l'objectif de réconciliation qu'il incarne; le caractère fiduciaire des rapports qui en sous-tendent l'application; et les conséquences de ces rapports pour l'honneur de la Couronne. Le Comité est également resté attentif au fait que les droits visés à l'article 35 ne sont pas à l'abri de toute atteinte, mais que les atteintes doivent être justifiables.

Cela dit, les membres du Comité ont bon espoir que les observations qui suivent aideront le gouvernement et plus particulièrement le ministère de la Justice à remplir leur rôle dans le dossier en évolution des droits ancestraux et issus de traités visés à l'article 35. Pour les fins de cette étude, le Comité a décidé qu'il lui serait plus utile d'entendre des hauts fonctionnaires que des ministres. Il a donc invité des hauts fonctionnaires bien au fait de la question du ministère de la Justice et du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, les deux ministères le plus concernés par la question de la non-dérogação, à comparaître devant lui.

---

<sup>(44)</sup> Voir l'alinéa 6*d*).

## 1. Raison d'être et effet des dispositions de non-dérogação

Le Comité a recueilli des témoignages fort divergents auprès des témoins du gouvernement et des témoins autres que ceux du gouvernement au sujet de la raison d'être et de l'effet des dispositions de non-dérogação.

### Témoignages

S'exprimant sans détours, Andrew Saranchuk a exposé la position du ministère de la Justice :

[L]orsqu'on était confronté à des demandes spécifiques d'enchâssement d'une disposition de non-dérogação, il y avait parfois ou peut-être généralement peu d'analyses approfondies ou de discussions concernant l'intention ou l'effet d'une telle disposition... On avait plutôt tendance à réagir à ces demandes de façon ponctuelle. De plus, c'était souvent vers la fin du processus législatif qu'on demandait l'adoption d'une disposition ou qu'on lançait un débat sur le libellé. Ainsi, bien souvent, on s'intéressait davantage à éviter des retards dans l'adoption du projet de loi qu'à l'incidence de la disposition sur l'exécution de la loi. Par conséquent, on a souvent enchâssé des dispositions non déroatoires par compromis ou par souci de célérité<sup>45</sup>.

Dans la mesure où la raison d'être et l'effet des dispositions de non-dérogação ont été considérés, M. Saranchuk a dit au Comité que, d'après le gouvernement, les dispositions de non-dérogação « visent tout au plus à rappeler aux responsables de l'application de la loi qu'ils doivent tenir compte des droits ancestraux et issus de traités et adopter une ligne de conduite compatible avec la protection de ces droits prévue à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>46</sup> ».

M. Saranchuk a parlé du fait que le gouvernement s'inquiétait de la possibilité que les tribunaux attribuent « à une disposition de non-dérogação un effet sur le fond de la loi qui n'était pas prévu<sup>47</sup> », étant donné la présomption juridique voulant que chaque disposition de la loi veuille dire quelque chose. Ces préoccupations au sujet de la possibilité d'un renforcement des droits visés à l'article 35 sont devenues plus précises après la décision *Sparrow*, en 1990, dans laquelle la Cour suprême a confirmé que ces droits étaient assujettis à des limites :

On considérait qu'il était possible qu'une disposition non déroatoire enchâssée dans une loi après l'arrêt *Sparrow* soit interprétée comme une disposition qui empêcherait le gouvernement de faire valoir qu'une atteinte au droit serait justifiée selon les critères établis dans *Sparrow*. Ainsi, cela

---

<sup>(45)</sup> *Témoignages*, fascicule 22, 22 février 2007.

<sup>(46)</sup> *Ibid.*

<sup>(47)</sup> *Ibid.*

procurerait aux droits ancestraux et issus de traités une protection supérieure à celle qui est prévue à l'article 35. À la lumière de cette préoccupation, avec le temps, on a modifié le libellé des dispositions de non-dérogation pour veiller à ce qu'elles expriment plus clairement l'intention du gouvernement. Autrement dit, on précise que ces dispositions visent uniquement à confirmer que la loi n'échappe pas à l'application normale de l'article 35 de la [Constitution]<sup>48</sup>.

M. Saranchuk a cité la *Loi sur les pêches* pour montrer que, parfois, il peut être nécessaire de porter atteinte à des droits ancestraux ou issus de traités. Si l'ajout d'une disposition de non-dérogation dans cette loi rendait la chose impossible, il serait difficile d'assurer la conservation des ressources et leur exploitation par tous les usagers<sup>49</sup>. D'après Claire Beckton, qui était sous-procureure générale adjointe au moment de son témoignage, en novembre 2003, le gouvernement estime qu'il est important d'avoir en place des dispositifs législatifs souples, qui peuvent s'adapter « à l'évolution des circonstances et des valeurs<sup>50</sup> ».

Quant à l'approche souhaitable, M. Saranchuk a fait remarquer que la position du gouvernement, dès le départ, était que les dispositions de non-dérogation à l'égard des droits visés à l'article 35 sont inutiles parce que ces droits jouissent déjà d'une protection claire aux termes de la Constitution, « qui est la loi suprême du pays<sup>51</sup> ». Toutefois, aussi bien lui que Mme Beckton ont adopté comme position que l'enjeu central était de « déterminer la relation appropriée entre la loi fédérale et les droits ancestraux et issus de traités », que « cette question se rapporte moins au libellé de certaines dispositions et davantage à des choix de politique<sup>52</sup> ».

Les deux fonctionnaires ont également décrit toute une gamme d'approches qui pourraient être adoptées à l'avenir, selon les grandes orientations choisies. À une extrémité de cette gamme, les dispositions qui figurent dans les lois existantes pourraient être abrogées vu l'incertitude qui les entoure. À l'autre, une disposition au libellé assez large pourrait être ajoutée à la *Loi d'interprétation*. Elle s'appliquerait à toutes les lois fédérales « s'il est établi que les droits ancestraux et issus de traités nécessitent plus de protection que celle accordée en vertu de l'article 35 ». Une troisième possibilité consisterait à « élaborer un cadre qui préciserait quand une disposition de non-dérogation pourrait, ou non, être envisagée<sup>53</sup> ».

Il n'y a pas lieu de s'en étonner, les témoins représentant des groupes autochtones avaient des opinions fort différentes sur la raison d'être et l'effet des dispositions de non-dérogation concernant les droits visés à l'article 35. Roger Jones, conseiller politique de l'Assemblée des Premières Nations, a dit au Comité qu'un examen de la jurisprudence

---

(48) *Ibid.*

(49) *Ibid.*

(50) *Témoignages*, fascicule 16, 5 novembre 2003.

(51) *Témoignages*, fascicule 22, 22 février 2007.

(52) Claire Beckton, *Témoignages*, fascicule 16, 5 novembre 2003; Andrew Saranchuk, *Ibid.*

(53) Claire Beckton, *Ibid.*

établit avec une certitude absolue que l'article 35 veut dire quelque chose. Les tribunaux constatent que selon l'article 35, la common law et les lois devaient tenir compte des lois, des droits et des titres autochtones. Pour qu'il y ait conciliation, les tribunaux prescrivent qu'on tienne compte du point de vue des peuples autochtones dans le processus d'élaboration des lois au Canada.

Il ne suffit vraiment pas d'insérer une disposition de non-dérogação dans une loi... On est encore loin de l'objectif, mais c'est un début<sup>54</sup>.

M. Jones a établi un lien entre la nécessité de dispositions de non-dérogação et ce qu'il a décrit comme l'approche du gouvernement, qui cherche à éviter de s'attarder aux droits ancestraux et issus de traités :

Si c'est sa stratégie et qu'il n'est pas assez vigilant pour veiller à ce que ses lois ne se répercutent pas sur les droits ancestraux et issus de traités, le minimum serait sûrement d'inclure une disposition de non-dérogação pour protéger ces droits et ces intérêts<sup>55</sup>.

Les témoins autres que ceux du gouvernement ont rejeté avec insistance l'idée selon laquelle les dispositions de non-dérogação n'étaient ou pouvaient n'être que de simples rappels de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Jim Aldridge, avocat général du gouvernement Nisga'a Lisims et coprésident du Comité consultatif ministériel conjoint de 2002, a avancé l'explication suivante :

Nous savons tous que chaque disposition de loi doit être interprétée de façon séparée et qu'à l'évidence, un simple rappel, en passant, qu'il existe des droits constitutionnels n'a aucun effet législatif. On ne promulgue pas des rappels<sup>56</sup>.

Les témoins ont également rejeté les préoccupations du ministère de la Justice, qui s'inquiétait de la possibilité que les dispositions de non-dérogação améliorent ou accroissent la protection accordée par la Constitution. M. Aldridge a dit au Comité que les « dispositions de non-dérogação ne concernent que l'interprétation d'une loi et non l'essence de droits ancestraux ou issus de traités ni la protection constitutionnelle qui leur est garantie<sup>57</sup> ». John Merritt, avocat-conseil et conseiller de Nunavut Tunngavik Incorporated et d'Inuit Tapiriit Kanatami, a qualifié d'« exagérées » certaines des préoccupations du gouvernement au sujet des conséquences non voulues. Il s'est expliqué en ces termes :

---

(54) *Témoignages*, fascicule 32, 20 juin 2007.

(55) *Ibid.*

(56) *Ibid.*

(57) *Ibid.*

Les juges vont toujours interpréter les garanties de droits pour un groupe de personnes en particulier dans le contexte des droits dont jouissent d'autres Canadiens<sup>58</sup>.

Un certain nombre de témoins ont mis l'accent sur le rôle des intentions du Parlement dans le contexte de la notion de non-dérogation. Bradford Morse, de la faculté de droit de l'Université d'Ottawa, a exprimé l'opinion suivante :

... l'intention du Parlement [...] quand il revendique l'inclusion de telles dispositions, c'est de faire en sorte que la loi adoptée, si elle vise un objectif totalement différent, ne porte pas atteinte aux droits ancestraux et issus de traités reconnus par la Loi constitutionnelle. C'était vrai pour la *Loi sur le pipeline du Nord* avant la modification constitutionnelle de 1982, et c'est encore vrai pour l'article 35 de la loi suprême du pays, qui reconnaît ces droits.

C'est vraiment le grand objectif du Parlement. Ce n'est peut-être pas toujours l'intention du gouvernement ou du ministère de la Justice en particulier, mais l'objectif, c'est que la loi n'ait pas d'effet que les parlementaires ne souhaitaient pas. S'ils voulaient qu'elle ait cet effet, ils auraient pu l'exprimer clairement, après quoi on pourrait se demander si c'est constitutionnellement valide<sup>59</sup>.

À cet égard, M. Merritt a dit que le ministère de la Justice « semble continuellement confondre ses intentions et ses préférences avec celles du Parlement. [...] Ce sont les intentions du Parlement qui comptent et le fait que le pouvoir exécutif souhaite accomplir certaines choses devrait être secondaire » par rapport aux discussions du ministère de la Justice avec le Parlement.<sup>60</sup> M. Aldridge a exprimé le même point de vue, soit que la question centrale, c'est l'intention du Parlement « qui se dégage des mots choisis<sup>61</sup> ».

Tous les témoins autres que ceux du gouvernement étaient d'avis qu'il fallait continuer d'insérer des dispositions de non-dérogation dans les lois fédérales et que le libellé révisé ou « nouveau » employé par le ministère de la Justice depuis 1998 n'était pas le modèle à retenir. Selon M. Aldridge, dans cette version, « [i]l ne s'agit pas d'une règle d'interprétation sur les droits, mais plutôt d'une règle d'interprétation selon laquelle rien ne porte atteinte à la protection de ces droits<sup>62</sup> ». D'après lui, la règle est donc inefficace. La majorité des témoins préféraient l'ajout d'une disposition de non-dérogation dans la *Loi d'interprétation*, disposition qui s'appliquerait à toutes les lois fédérales. Les témoins ont appris au Comité que cette approche avait été adoptée au Manitoba et en Saskatchewan.

---

<sup>(58)</sup> *Ibid.*

<sup>(59)</sup> *Ibid.*, 21 juin 2007.

<sup>(60)</sup> *Ibid.*, 20 juin 2007.

<sup>(61)</sup> *Ibid.*

<sup>(62)</sup> *Ibid.*

Le premier des deux modèles proposés par les témoins, pour ajout dans la loi fédérale d'interprétation, serait fondé sur la version initiale d'après 1982, dont il a déjà été question, et qui rappelle l'article 25 de la Charte. Les témoins ont semblé préférer le deuxième modèle, plus exhaustif, proposé par M. Merritt, tel qu'élaboré par des sénateurs autochtones et débattu au Sénat en juin 2003<sup>63</sup>. Le texte est ainsi conçu :

- (1) Tout texte doit maintenir les droits ancestraux ou issus de traités reconnus et affirmés aux termes de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et ne pas y porter atteinte.
- (2) Il est entendu que rien dans le paragraphe (1) n'améliore ou ne diminue la capacité du Parlement de prendre des lois conformes à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

D'après M. Merritt, le premier paragraphe « vise [...] essentiellement à faire connaître l'intention du Parlement que les fonctionnaires devraient s'efforcer activement de les protéger et de les mettre en œuvre [les droits ancestraux et issus de traités]. Il s'agit d'une règle positive ». Le deuxième paragraphe dispose que « [s]i à l'avenir, les parlementaires se sentaient obligés de faire exception à la décision générale de protéger des droits ancestraux issus de traités, ils en conserveraient le pouvoir<sup>64</sup> ».

M. Morse a fait valoir au Comité que ce texte « enverrait le message à tous les tribunaux et à tous les avocats, au gouvernement comme ailleurs, que toutes les lois fédérales doivent être interprétées avec le plus grand respect pour l'importance des droits uniques des Premières nations, des Inuit et des Métis du Canada protégés par l'article 35<sup>65</sup> ».

Par ailleurs, Gordon Polson, du Congrès des peuples autochtones, a exprimé l'avis qu'il fallait « répéter continuellement ». Il a recommandé d'ajouter une disposition générale de non-dérogation dans chaque loi fédérale, en employant un libellé qui reprend celui de l'article 25 de la Charte. Selon lui, une telle attention particulière est essentielle si on veut « empêcher que les peuples autochtones soient défavorisés par la loi fédérale<sup>66</sup> ».

### **Observations et recommandations**

Le Comité est d'accord avec les témoins du gouvernement et les témoins autres que ceux du gouvernement pour dire que l'actuelle façon d'aborder les dispositions législatives de non-dérogation au cas par cas est insoutenable. Il en est résulté des dispositions différentes fondées sur un des deux principaux modèles dans les lois fédérales – mais non pas toutes – qui peuvent avoir des conséquences pour les droits et les intérêts des Autochtones. De l'avis du Comité, cette approche semble accentuer l'inquiétude qu'a le gouvernement de voir les tribunaux attribuer une portée non voulue à une telle disposition,

---

<sup>(63)</sup> Sénat, *Débats*, 9 juin 2003, p. 1547.

<sup>(64)</sup> *Témoignages*, fascicule 32, 20 juin 2007.

<sup>(65)</sup> *Ibid.*, 21 juin 2007.

<sup>(66)</sup> *Ibid.*

ne fut-ce que pour établir une distinction par rapport à une autre disposition libellée différemment. Toutefois, le Comité n'est pas d'accord pour dire que les dispositions de non-dérogation sont inutiles, compte tenu de la protection constitutionnelle accordée aux droits ancestraux et issus de traités aux termes de l'article 35.

Le ministère a toujours eu pour position qu'une disposition de non-dérogation pouvait convenir « s'il est établi que les droits ancestraux et issus de traités nécessitent plus de protection que celle accordée en vertu de l'art. 35<sup>67</sup> ». Le Comité rejette cette prémisse. Les groupes autochtones ne réclament pas des dispositions de non-dérogation dans les lois fédérales pour obtenir davantage de droits, et ils ne disent pas que l'article 35 ne suffit pas. Le Comité conclut plutôt que ces dispositions jouent un rôle important en exprimant pour tous la volonté claire du Parlement que la loi soit interprétée et appliquée dans le respect de l'article 35.

En conséquence, le Comité est favorable au maintien du recours à des dispositions de non-dérogation. Il estime que l'approche adoptée par la Saskatchewan et le Manitoba est un moyen raisonnable de parvenir à la cohérence et à la clarté. Il accepte la recommandation de la majorité des témoins voulant qu'une disposition au libellé clair soit ajoutée à la *Loi d'interprétation* fédérale pour qu'elle s'applique à toutes les lois fédérales.

Ce faisant, le Comité signale également que, aux termes du paragraphe 3(1) de la *Loi d'interprétation*, une disposition de cette loi ne s'applique pas à une loi où une intention contraire est exprimée. Par conséquent, si, à l'avenir, le Parlement jugeait inadmissible que la disposition de non-dérogation s'applique à une loi fédérale donnée, l'expression d'une intention contraire dans cette loi suffirait à régler le problème. Bref, le Comité juge préférable, dans l'intérêt de l'honneur de la Couronne, de rendre automatique l'inclusion dans toutes les lois d'une disposition de non-dérogation par l'ajout d'un article à la *Loi d'interprétation*, et d'exiger ainsi une mesure explicite pour annuler l'application de cette disposition.

Quant au libellé à retenir, le Comité est favorable à celui proposé pour la première fois par le sénateur Sibbeston en 2003 et recommandé par plusieurs témoins ne représentant pas le gouvernement. Ce libellé, reproduit plus haut, fait une déclaration positive énonçant l'intention du Parlement. Il va de soi qu'une telle déclaration ne réduit aucunement la capacité législative du Parlement.

### **Recommandation 1:**

**Le Comité recommande que le gouvernement du Canada prenne des mesures immédiates pour présenter une mesure législative afin d'ajouter la disposition de non-dérogation suivante à la *Loi d'interprétation* fédérale :**

---

<sup>(67)</sup> Claire Beckton, *Témoignages*, fascicule 16, 5 novembre 2003.

**Tout texte doit maintenir les droits ancestraux ou issus de traités reconnus et affirmés aux termes de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et ne pas y porter atteinte.**

Compte tenu de cette recommandation, le Comité estime qu'il est également important, par souci de clarté et pour éviter toute confusion à l'avenir, que toutes les dispositions de non-dérogation existantes qui ont été ajoutées à des lois fédérales depuis l'édiction de l'article 35 en 1982 soient abrogées.

### **Recommandation 2:**

**Le Comité recommande que la mesure législative modifiant la *Loi d'interprétation* prévoit également l'abrogation de toutes les dispositions de non-dérogation relatives aux droits ancestraux et issus de traités qui ont été ajoutées à des lois fédérales depuis 1982.**

## **2. Droits visés à l'article 35 et rôle du ministère de la Justice**

Le Comité a une très bonne connaissance et une longue expérience du rôle et des pratiques du ministère de la Justice relativement aux droits consacrés par la *Charte canadienne des droits de la personne* (Charte). Au cours des audiences, les témoignages ont permis aux membres du Comité de conclure que, même si les droits visés à l'article 35 et ceux qui sont garantis par la Charte sont de niveau égal, le rôle du ministère à l'égard de chacune de ces catégories de droits diffère dans la pratique.

### **Témoignages**

Les témoins du ministère de la Justice ont déclaré clairement que le ministère reconnaît l'article 35 comme une garantie constitutionnelle qui lie le gouvernement du Canada<sup>68</sup>. En 2003, Mme Beckton a dit au Comité que « le gouvernement fédéral prend au sérieux les droits ancestraux et issus de traités [visés à l'article 35] et cherche à les respecter. Ces droits jouissent d'un degré élevé de protection constitutionnelle<sup>69</sup> ». En 2007, M. Saranchuk a réaffirmé que l'article 35 « énonce les garanties fondamentales à l'égard des droits ancestraux et issus de traités. Il s'agit d'une garantie constitutionnelle qui ne peut être annulée par une loi<sup>70</sup> ».

La comparaison que les témoins du ministère ont faite entre les droits visés à l'article 35 et les droits garantis par la Charte a fait ressortir des différences notables. Au moins deux des distinctions décrites par Mme Beckton semblent particulièrement pertinentes pour ce qui est de la discussion du rôle du ministère :

---

<sup>(68)</sup> *Ibid.*

<sup>(69)</sup> *Ibid.*

<sup>(70)</sup> *Témoignages*, fascicule 22, 22 février 2007.

Les droits ancestraux et ceux garantis par la Charte sont différents, puisque, dans le cas des droits garantis par la Charte, il est prévu un processus formel de révision en vertu de la *Loi sur le ministère de la Justice* relativement à la constitutionnalité de tout projet de loi fédéral. Il n'existe pas de processus de révision similaire pour les droits ancestraux et issus de traités.

Autre différence, la Charte précise certains droits qui sont protégés, tandis que l'article 35 renvoie sommairement aux droits ancestraux et issus de traités, sans les préciser. En ce sens, les droits garantis par la Charte sont potentiellement plus faciles à définir que les droits ancestraux et issus de traités.<sup>71</sup>

Sur le premier point, Mme Beckton a admis qu'il était « préoccupant que la loi puisse avoir des répercussions imprévues sur les droits ancestraux et issus de traités, vu que les parlementaires ne disposent d'aucun processus leur permettant d'évaluer avec précision l'impact de cette loi sur ces droits<sup>72</sup> ». À propos du deuxième, Charles Pryce, avocat-conseil, Droit des Autochtones et politiques stratégiques, au ministère de la Justice, a souligné que « à l'étape où nous en sommes de l'évolution du droit, [...] la portée des droits autochtones, et même des droits issus de traités, et particulièrement des droits issus de traités historiques, reste à élucider. Dire qu'il nous faut reconnaître et mettre en œuvre pleinement les droits [...] est une chose, connaître l'étendue des droits en question en est une autre<sup>73</sup> ».

Tant Mme Beckton que M. Saranchuk ont parlé du rôle plus large que le ministère jouait au sein de l'appareil gouvernemental à l'égard des droits visés à l'article 35. Selon la première, « dans l'élaboration de la politique, nous rappelons constamment aux autres ministères leurs obligations et leurs responsabilités quand nous savons que des droits ancestraux ou issus de traités [...] existent ou quand le gouvernement estime qu'on constatera probablement l'existence de droits ancestraux ou issus de traités<sup>74</sup>. » M. Saranchuk a ajouté que « nous fournissons des conseils chaque jour, à titre de représentants du ministère de la Justice, aux autres ministères du gouvernement, concernant leurs droits et responsabilités à l'égard des peuples autochtones<sup>75</sup> ».

Des témoins autres que ceux du gouvernement qui ont comparu devant le Comité ont exprimé l'avis que le gouvernement ne prenait pas assez au sérieux les droits visés à l'article 35. Ainsi, Roger Jones a dit au Comité que :

... les anciennes règles du jeu n'ont pas vraiment changé. La Couronne, par ses avocats et ses bureaucrates, se comporte toujours comme avant 1982, comme si le Parlement avait toujours le pouvoir suprême pour ce qui est de

---

<sup>(71)</sup> *Témoignages*, fascicule 16, 5 novembre 2003.

<sup>(72)</sup> *Ibid.*

<sup>(73)</sup> *Témoignages*, fascicule 22, 22 février 2007.

<sup>(74)</sup> *Témoignages*, fascicule 16, 5 novembre 2003.

<sup>(75)</sup> *Témoignages*, fascicule 22, 22 février 2007.

sa façon de voir le paragraphe 91(24)<sup>76</sup> comme si l'article 35 n'avait pas vraiment pour effet de protéger et de garantir les droits ancestraux et issus de traités.

[...]

Étant donné que le gouvernement fédéral a tant de pouvoir sur l'élaboration des lois et des politiques, les poursuites, l'analyse des résultats des poursuites et tout le reste, nous jugeons évident qu'il est dans notre intérêt d'essayer de faire inclure de [...] protections dans les lois pour l'arrêter; pour lui dire que la Loi constitutionnelle reconnaît les droits ancestraux et issus de traités; que le fait qu'il n'analyse pas les textes de loi à la lumière de l'article 35 quand il les adopte compromet nos droits<sup>77</sup>.

Gordon Polson a exprimé une opinion semblable, disant que « 25 ans après le rapatriement de la Constitution canadienne, l'écart existe encore entre l'égalité théorique et la pratique gouvernementale en ce qui a trait à la reconnaissance de la protection des droits des peuples autochtones. C'est un problème que nous devons affronter quotidiennement<sup>78</sup>. »

Comme nous y avons fait allusion précédemment, des témoins autres que ceux du gouvernement ont signalé au Comité le risque de confusion entre les intentions et préférences du ministère de la Justice et celles du Parlement. John Merritt a soutenu que l'absence de mécanisme permettant au Parlement d'évaluer les effets des lois sur les droits visés à l'article 35 était le « nœud du problème ». Il a dit que le ministère devrait travailler de façon beaucoup plus proactive avec le Parlement à cet égard :

[Q]uand ils élaborent de nouvelles lois, les fonctionnaires du ministère de la Justice devraient bien réfléchir au risque de contravention ou d'atteinte à des droits. C'est la responsabilité du ministère. Ils devraient le faire et en aviser les parlementaires quand ils étudient de nouveaux projets de loi. [...]

[S]'il est nécessaire de diminuer des droits ancestraux ou issus de traités pour favoriser un nouveau projet de loi, nous croyons que l'initiative devrait venir du Parlement. L'appareil exécutif ne devrait pas en décider au préalable. Si quelqu'un prétend que des droits ancestraux ou issus de traités doivent être abandonnés, c'est clairement aux parlementaires qu'il revient de trancher.

Enfin, [s]'il reste un problème totalement imprévisible, des circonstances dans lesquelles une nouvelle loi porterait atteinte à des droits ancestraux

---

<sup>(76)</sup> Le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère au Parlement fédéral le pouvoir législatif exclusif à l'égard des « Indiens et [des] terres réservées pour les Indiens ».

<sup>(77)</sup> *Témoignages*, fascicule 32, 20 juin 2007.

<sup>(78)</sup> *Ibid.*, 21 juin 2007.

issus de traités, le Parlement a toujours la prérogative de modifier les lois pour régler carrément le problème. En cas de conflit, il revient au Parlement de trancher. Le ministère de la Justice ne devrait pas décider d'avance de la solution<sup>79</sup>.

M. Merritt s'est préoccupé que, pour l'instant, le débat sur les effets possibles des nouvelles lois se fasse d'abord au ministère de la Justice, les conséquences étant laissées au soin des tribunaux, sans aucun apport des parlementaires, « gardiens de ces droits [visés à l'article 35]<sup>80</sup> ». À son avis, si le Parlement adopte des lois sans s'informer et « sans s'assurer qu'elles ne portent pas atteinte aux droits des Autochtones, il y a lieu de se demander si cette démarche est conforme au principe de l'honneur de la Couronne<sup>81</sup> ».

M. Aldridge a également souligné la nécessité d'« une discussion ouverte et franche au sujet du bien-fondé de cette violation et [de] laisser le Parlement décider ». Selon lui, faire passer le débat du Parlement aux tribunaux non seulement s'avère coûteux pour les groupes autochtones, mais aussi « suscitera de la hargne et mènera à la division plutôt qu'à la réconciliation que nous devrions tous prôner<sup>82</sup> ».

Des témoins autres que ceux du gouvernement ont recommandé que le gouvernement fédéral doive, lorsqu'il prépare de nouveaux textes législatifs, « obligatoirement effectuer une analyse transparente<sup>83</sup> » de leur conformité à l'article 35, semblable à celle qui est exigée par la *Loi sur le ministère de la Justice* au sujet des droits énoncés par la Charte. Comme Roger Jones l'a expliqué :

[Le ministère de la Justice] devrait [...] faire de même en fonction de l'article 35, et de son propre aveu, il [ne le] fait pas. Il présume que le projet de loi n'a pas d'effet négatif sur les droits ancestraux et issus de traités ou que s'il en a, tant pis, vous devrez vous en occuper vous-mêmes devant les tribunaux, par des procès, ce qui coûte cher aux peuples des Premières nations, aux Inuit et à d'autres aussi. Il n'y a pas vraiment de contrepoids dans le système d'élaboration des lois [actuellement], sauf quand les sénateurs et les députés examinent les projets de loi en détail pour éviter ces effets négatifs<sup>84</sup>.

M. Polson a appuyé l'idée d'un examen systématique<sup>85</sup>. Le professeur Morse, de l'Université d'Ottawa, convient lui aussi qu'une disposition semblable à celle qui oblige le ministre de la Justice à effectuer un examen de conformité à la Charte pourrait être ajoutée à la *Loi sur le ministère de la Justice* « pour obliger le ministre de la Justice à effectuer le même type d'examen pour tous les projets de loi, à se demander si le projet de loi pourrait

---

(79) *Ibid.*, 20 juin 2007.

(80) *Ibid.*

(81) *Ibid.*

(82) *Ibid.*

(83) Roger Jones, *Ibid.*

(84) *Ibid.*

(85) *Ibid.*, 21 juin 2007.

avoir des effets intentionnels ou non sur ces droits [visés à l'article 35] ». Il a proposé que cette disposition « oblige le ministre de la Justice à faire officiellement rapport au Parlement de ses conclusions et de ses raisons<sup>86</sup> » pour que les parlementaires soient informés et puissent débattre de la question. À son avis, cette exigence « va se répercuter sur le processus de rédaction législative. Elle va élever l'attention que les rédacteurs législatifs portent à ces questions dans les projets de loi auxquels ils travaillent<sup>87</sup> .»

Répondant aux préoccupations d'un membre du Comité, Roger Jones a convenu que les règlements rédigés par le ministère de la Justice pouvaient porter atteinte aux droits visés à l'article 35 autant, voire plus, que les dispositions législatives :

... c'est le pouvoir réglementaire qui tend à causer bien plus de dommages. [...] ... ces règlements seront rédigés par le ministère de la Justice; ensuite, le Cabinet les approuvera, ils seront publiés pendant trois ou six mois, puis auront force de loi. Ils ne seront pas soumis à l'examen de la Chambre ou du Sénat. [...] C'est un pouvoir exécutif. Qui examinera ces règlements pour s'assurer qu'ils ne sont pas en contravention d'un traité ni des droits des Autochtones, quand on sait que personne n'a réellement droit de regard sur l'exercice de rédaction auquel on se livrera au ministère de la Justice<sup>88</sup>?

M. Jones a ajouté que, souvent, « la Couronne fédérale se retrouve en situation de conflit d'intérêts lorsqu'elle traite des droits des Premières nations, en raison de la relation de fiduciaire qu'elle entretient avec les Autochtones. Et, bien sûr, en tant que procureur de la Couronne, le ministère de la Justice se retrouve dans la même position. » Se reportant à un modèle adopté dans certaines régions des États-Unis pour protéger les intérêts des Autochtones lorsque le gouvernement fédéral serait par ailleurs en situation de conflit d'intérêts, le témoin a évoqué la possibilité de « nommer un procureur général indépendant pour veiller au respect de l'article 35 et voir à ce que les intérêts des Autochtones soient pris en compte<sup>89</sup> ».

### **Observations et recommandations**

Le Comité souscrit sans réserve à l'opinion de la Cour suprême du Canada : comme garanties figurant dans la Constitution du Canada, les droits protégés par l'article 35 « ont une portée et une importance égales aux droits inscrits dans la Charte<sup>90</sup> ». Les témoins du ministère de la Justice qui ont comparu devant le Comité ne remettent pas en cause cette égalité. Les membres du Comité ne veulent pas non plus minimiser les efforts que, avec d'autres fonctionnaires, ils déploient pour tenir compte de la réalité constitutionnelle relativement neuve que représente l'article 35. Néanmoins, le Comité craint le risque, dans l'état actuel des choses, de ce qu'un témoin a qualifié d'atteintes involontaires ou

---

<sup>(86)</sup> *Ibid.*

<sup>(87)</sup> *Ibid.*

<sup>(88)</sup> *Ibid.*, 20 juin 2007.

<sup>(89)</sup> *Ibid.*

<sup>(90)</sup> *Van der Peet*, plus haut, note 16, par. 19.

accidentelles<sup>91</sup> aux droits visés à l'article 35, et de leurs conséquences pour le maintien d'une relation de fiduciaire saine et pour l'honneur de la Couronne. Le Comité estime que les processus et pratiques du gouvernement doivent refléter le statut égal, du point de vue constitutionnel, des droits visés à l'article 35 plus pleinement que ce ne semble être actuellement le cas

En arrivant à cette conclusion, les membres du Comité sont bien conscients de la situation singulière du gouvernement fédéral qui, tout en agissant pour le compte et dans l'intérêt de l'ensemble de la population, doit aussi par ailleurs respecter la relation de confiance spéciale qu'il entretient avec les peuples autochtones. Comme on l'a dit précédemment, la Cour a admis que « La Couronne ne saurait être un fiduciaire ordinaire; elle agit en plusieurs qualités et représente de nombreux intérêts, dont certains sont immanquablement opposés<sup>92</sup> ». Nous savons parfaitement que cette situation unique peut à l'occasion présenter des défis particuliers pour le gouvernement soucieux, dans son double rôle, de trouver le juste milieu.

Tout en admettant les défis que cette situation pourrait présenter pour le gouvernement, nous demeurons persuadés qu'il faut élaborer immédiatement, dans l'appareil gouvernemental et plus particulièrement au ministère de la Justice, une approche cohérente aux droits visés à l'article 35, approche qui serait fondée sur le statut constitutionnel de ces droits et le confirmerait comme allant de soi, dans la pratique ordinaire. Cette approche devrait comporter un examen systématique obligatoire, par le ministère de la Justice, de tous les projets de textes législatifs et réglementaires pour ce qui est de leurs répercussions potentielles sur les droits ancestraux et issus de traités. L'idéal serait que l'examen se fasse en même temps que la rédaction des textes et avant la présentation des projets de loi, ce qui permettrait de tenir compte au plus tôt des répercussions possibles et de les atténuer ou, si possible, de les éliminer. Comme il est impérieux, à notre avis, de s'assurer que le Parlement est toujours au courant des effets que les projets de loi et règlements fédéraux peuvent avoir sur les droits ancestraux et issus de traités, il y a lieu de signaler au Parlement, pour qu'il en débattenne et qu'il prenne une décision, tout effet ou toute atteinte possible que l'examen des lois aura permis de cerner.

Le Comité estime que cette nouvelle exigence doit s'inspirer, avec les adaptations voulues, de l'actuel article 4.1 de la *Loi sur le ministère de la Justice* et de l'article 3 de la *Loi sur les textes réglementaires*, aux termes desquels le ministre de la Justice et son sous-ministre, respectivement, sont tenus de vérifier tous les nouveaux projets de loi et règlements pour en garantir la conformité aux dispositions de la Charte, et de signaler à la Chambre des communes tout écart.

Le Comité croit que, pour renforcer l'efficacité de l'examen recommandé, le ministère doit collaborer avec d'autres ministères et organismes ainsi qu'avec des entités autochtones intéressées qui ont des compétences à l'égard de l'application de l'article 35 afin de définir des critères de base et des critères

---

<sup>(91)</sup> John Merritt, *Témoignages*, fascicule 32, 20 juin 2007.

<sup>(92)</sup> *Wewaykum*, plus haut, note 23.

propres aux ministères, critères par rapport auxquels seront évalués les nouveaux projets de loi et règlements fédéraux sous l'angle de leur interaction avec les droits visés à l'article 35. Cela est d'autant plus important que, comme les témoins l'ont souligné, les droits en cause ne sont pas définis avec précision. Ces critères, loin d'être statiques, devraient être révisés au gré des circonstances, tant sur le plan juridique que sur le plan des faits.

**Recommandation 3:**

- a) **Le Comité recommande que le gouvernement du Canada exige que le ministre de la Justice ou son sous-ministre, selon le cas, examine tout projet de loi ou de règlement sous l'angle de l'interaction possible avec les droits ancestraux et issus de traités visés à l'article 35, en vue d'assurer le respect de ces droits. Cette exigence devrait être analogue à celle qu'on trouve à l'article 4.1 de la *Loi sur le ministère de la Justice* et à l'article 3 de la *Loi sur les textes réglementaires* au sujet des droits garantis par la Charte;**
- b) **Le Comité recommande que le gouvernement du Canada veille à ce que le ministère de la Justice ait des ressources suffisantes à sa disposition pour s'acquitter de cette nouvelle responsabilité;**
- c) **Le Comité recommande que, parallèlement, le ministère de la Justice mette en place un processus administratif, avec la collaboration d'autres ministères fédéraux et d'organisations autochtones largement représentatives des hommes et femmes des Premières nations, Inuits et métis, afin de définir des critères permettant d'évaluer tous les nouveaux projets de loi et règlements fédéraux sous l'angle de leur interaction avec les droits visés à l'article 35, en vue d'assurer le respect de ces droits;**
- d) **Le Comité recommande que le ministère de la Justice élabore un processus, comprenant des consultations avec des groupes autochtones largement représentatifs, afin d'examiner les lois et règlements fédéraux déjà en place à la lumière de ces critères et qu'il rende compte des résultats de cet examen au Parlement.**

Le Comité prévoit que l'examen systématique des instruments réglementaires fondé sur une analyse en fonction de l'article 35 amènera l'appareil gouvernemental et le ministère de la Justice à se préoccuper en tout temps des garanties données à l'article 35 dans l'élaboration des lois et des politiques. À son avis, cette évolution respectera la relation de fiduciaire entre la Couronne et les peuples autochtones.

Le Comité croit également qu'il conviendrait de renforcer les capacités du ministère relativement à l'application de l'article 35, tout en atténuant le risque de conflits d'intérêts au sein du ministère, signalé par les témoins. Le ministère de la Justice devrait, selon le

Comité, désigner un service, à l'intérieur du Portefeuille des affaires autochtones, qui soit chargé de contrôler le respect des droits ancestraux et issus de traités visés à l'article 35, tant au ministère de la Justice que dans les autres ministères, et de maintenir un dialogue constant avec les collectivités et organisations autochtones qui risquent d'être touchées par des projets de loi, règlements et politiques du gouvernement. De l'avis du Comité, il importe, pour préserver l'objectivité de ce service, que ses membres ne s'occupent pas du contentieux des droits ancestraux et issus de traités.

#### **Recommandation 4:**

**Le Comité recommande que le Portefeuille des affaires autochtones, au ministère de la Justice, soit doté d'un service chargé de larges responsabilités concernant**

- a) **le contrôle du respect des droits ancestraux et issus de traités visés à l'article 35 tant au ministère de la Justice que dans les autres ministères;**
- b) **le maintien d'un dialogue constant avec les collectivités et organisations autochtones largement représentatives;**
- c) **plus particulièrement, l'aide au ministre à l'égard des exigences décrites dans la recommandation 3.**

### **3. Nécessité d'une consultation élargie**

Le Comité est conscient que d'importantes décisions récentes de la Cour suprême du Canada<sup>93</sup> ont été axées sur la nature et la portée de l'obligation de l'État de consulter les Autochtones au sujet des mesures qui ont une incidence sur leurs intérêts. Les témoins du gouvernement et les témoins autres que ceux du gouvernement ont estimé que la consultation et la participation des groupes autochtones au sujet de l'élaboration des lois s'avèrent pertinentes pour l'étude du recours aux dispositions de non-dérogação.

#### **Témoignages**

Tous les témoins représentant le gouvernement ont parlé des avantages que pouvaient rapporter de meilleures consultations avec les groupes et collectivités autochtones dès le début du processus, lorsque les lois sont en préparation, en grande partie comme solution de rechange au recours aux dispositions de non-dérogação à la fin du processus. En 2003, Christine Cram, alors directrice générale des politiques stratégiques, de la planification et des relations intergouvernementales au ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, a admis que « [p]ersonne n'est heureux d'inclure des dispositions de non-

---

<sup>(93)</sup> Voir *Haida, Taku River et Mikisew Cree*, plus haut, note 16.

dérogação à la fin du processus pour régler un problème qui aurait dû être décelé bien avant<sup>94</sup> ».

Mme Beckton a dit au Comité que cette approche était « fragmentaire », ajoutant :

Si l'on s'inquiète vraiment du fait qu'on n'en fait pas assez pour prendre en compte les droits ancestraux et issus de traités au moment de la rédaction de la loi et de son examen au Parlement, on pourrait peut-être trouver de meilleures façons de garantir que les points de vue et les intérêts des peuples autochtones sont pris en considération dans le processus législatif. Le gouvernement fédéral fait régulièrement participer les Canadiens au processus d'élaboration ou de modification de la loi. [...] Une approche plus systématique de consultation des peuples autochtones pourrait permettre d'explorer des mesures visant l'inclusion et la défense des intérêts autochtones, ce qui pourrait donner lieu à un traitement plus efficace des préoccupations autochtones<sup>95</sup>.

M. Saranchuk a dit au Comité que les échanges avec les sénateurs lui avaient permis de mieux comprendre le point de vue selon lequel le fait de ne pas faire participer les Autochtones, par des consultations efficaces, à l'élaboration des lois qui peuvent avoir une incidence sur leurs droits ancestraux et issus de traités a pour conséquence que « la seule façon de protéger adéquatement [ces droits] consiste à enchâsser dans la loi une disposition de non-dérogação<sup>96</sup>... » Selon lui :

Même s'il ne faut plus incorporer de dispositions non déroatoires dans les lois à venir, il y a tout de même encore de la place pour ce qui est d'accroître la participation des peuples autochtones à l'élaboration des lois susceptibles d'influer sur leurs droits. Ainsi, on pourrait tenir compte des préoccupations des Autochtones avant de promulguer une loi. [...] Cela voudrait dire que les peuples autochtones n'auraient pas toujours à se rabattre sur les tribunaux pour protéger leurs droits après la promulgation d'une loi. En adoptant une telle approche, on reconnaîtrait le point de vue de certains groupes autochtones selon lesquels l'absence de consultations est à l'origine de cette insistance sur les dispositions non déroatoires<sup>97</sup>.

Répondant à des questions des membres du Comité sur les obligations du gouvernement en matière de consultations, Charles Pryce, du ministère de la Justice, a admis que le devoir de consultation est extrêmement important, et il y va de l'honneur de la Couronne<sup>98</sup>. Il a parlé à ce propos de « protection en amont » et dit de cette démarche qu'elle « mise sur la participation adéquate des groupes

---

<sup>(94)</sup> *Témoignages*, fascicule 16, 5 novembre 2003.

<sup>(95)</sup> *Ibid.*

<sup>(96)</sup> *Témoignages*, fascicule 22, 22 février 2007.

<sup>(97)</sup> *Ibid.*

<sup>(98)</sup> *Ibid.*

autochtones afin qu'on prenne des décisions qui évitent la possibilité d'atteinte aux droits<sup>99</sup> ». M. Pryce a toutefois souligné également que :

... le devoir de consultation n'en est qu'à ses premiers pas. On n'a pas encore déterminé précisément quelle est la portée de ce devoir et si ce devoir juridique s'applique à l'élaboration et à l'examen de lois destinées à être présentées au Parlement<sup>100</sup>.

Quant à l'approche gouvernementale de la consultation, étant donné les décisions rendues par la Cour suprême du Canada, M. Pryce a dit au Comité :

Il y a au sein du gouvernement, au-delà du ministère de la Justice, un effort pour mettre au point des cadres et des politiques qui reflètent l'évolution du droit et qui vont peut-être plus loin, des politiques relatives à la consultation. [...] [Que l'on] envisage la chose sous l'angle de la législation, ce qui tient davantage aux politiques qu'au droit, ou sous l'angle des décisions prises en vertu des lois, [...] tout porte à croire qu'il est préférable d'offrir une protection en amont, avant qu'il y ait atteinte aux droits ou aux droits revendiqués<sup>101</sup>.

Des témoins autres que ceux du gouvernement ont appuyé les mesures de consultation, mais pour compléter et non remplacer les dispositions de non-dérogação. John Merritt s'est exprimé en ces termes :

La consultation est une excellente chose. C'est une excellente évolution de la jurisprudence, mais je pense qu'elle ne peut pas remplacer la clarté d'une disposition d'interprétation dans une loi. En fait, un peu de clarté à cet égard faciliterait les consultations, parce qu'elle ciblerait davantage le débat; les consultations ne la remplacent pas<sup>102</sup>.

Roger Jones a signalé qu'il était important que le gouvernement se dote d'une politique de consultation et d'accommodement significative et efficace afin de voir plus en profondeur aux intérêts des peuples autochtones<sup>103</sup>. Selon le mémoire de l'Assemblée des Premières Nations, il est urgent d'élaborer de concert une politique fédérale de consultation et d'accommodement, conformément à l'objectif commun de réconciliation<sup>104</sup>.

---

(99) *Ibid.*

(100) *Ibid.*

(101) *Ibid.*

(102) *Témoignages*, fascicule 32, 20 juin 2007.

(103) *Ibid.*

(104) Assemblée des Premières Nations, *La question en souffrance de la réconciliation ou la nécessité actuelle des dispositions de non dérogação*, mémoire adressé au Comité sénatorial permanent des affaires constitutionnelles et juridiques, juin 2007, p. 13.

Gordon Polson, du CPA, a fait écho à ces réflexions, réclamant l'élaboration d'« un protocole de consultation sérieuse et importante et d'accommodement [...] pour assurer que l'incidence de la loi fédérale sur les peuples autochtones sera minime<sup>105</sup> ». Pour appuyer cette requête, il a rappelé au Comité que le gouvernement du Canada a une obligation de fiduciaire « à l'égard des peuples autochtones, ce qui inclut l'obligation de consulter et d'accommoder, que des droits ancestraux ou issus de traités aient été établis ou non<sup>106</sup> ».

Selon M. Morse, « on peut certainement faire davantage pour éviter, autant que possible, de violer la Constitution ». À son avis :

[L]e ministère de la Justice considère, de manière générale, la rédaction des projets de loi comme une chose secrète et confidentielle dont il ne veut pas parler. Toutefois, il lève le voile de temps en temps sur ce processus. [...] À l'étape de l'élaboration de la politique, avant la rédaction du projet de loi, [il serait évidemment possible pour] les représentants du gouvernement et des organisations autochtones nationales concernées de tenir des discussions et de faire des recommandations<sup>107</sup>.

### **Observations et recommandation**

Le Comité appuie fermement l'objectif qui consiste à examiner les intérêts autochtones qui peuvent être en cause dès le début du processus législatif au moyen de processus de consultation réguliers. Rares sont ceux qui ne reconnaîtraient pas que cette approche est infiniment préférable aux coûts humains et financiers à subir lorsqu'on laisse les Autochtones recourir aux tribunaux au sujet des atteintes aux droits qu'ils réclament, atteintes qu'il aurait été possible de prévenir par des consultations convenables. Les tribunaux devraient être le dernier recours et non le premier. Cette opinion était partagée par tous les témoins qui ont comparu devant le Comité.

Le Comité estime que des consultations efficaces avec les Autochtones intéressés tout au long du processus législatif constituent plus qu'un moyen d'éviter les litiges. Elles favorisent aussi la réconciliation, objectif fondamental de l'article 35, et elles permettent de préserver l'honneur de la Couronne. Il croit donc que, avant et pendant l'élaboration de textes législatifs ou réglementaires qui peuvent avoir ou auront une interaction avec les intérêts autochtones, le ministère de la Justice et les autres ministères fédéraux doivent mener des consultations sérieuses et approfondies auprès des organisations et collectivités autochtones intéressées, en ayant toujours comme objectif d'établir des textes qui sont respectueux des droits visés à l'article 35. Lorsque les questions autochtones sont l'objet précis d'un projet de loi, il est particulièrement important de prévoir une participation autochtone renforcée.

Tout en étant conscients que toute la portée de l'obligation gouvernementale de consultation n'a pas encore été définie, les membres du Comité estiment qu'il incombe au

---

<sup>(105)</sup> *Témoignages*, fascicule 32, 21 juin 2007.

<sup>(106)</sup> *Ibid.*

<sup>(107)</sup> *Ibid.*

gouvernement – que ce soit en raison d’une obligation légale ou d’une politique – d’intensifier ses efforts en vue d’élaborer et d’arrêter définitivement des politiques de consultation exhaustives relativement au processus législatif et aux Autochtones intéressés et de les mettre en œuvre le plus rapidement possible. Ils estiment aussi que, dans un esprit de réconciliation, il faudrait élaborer ces politiques avec la collaboration d’organisations autochtones qui ont à cet égard des compétences sur le plan juridique ou celui de la politique. Le Comité prend bonne note du plan d’action annoncé par le gouvernement, le 1<sup>er</sup> novembre 2007, pour l’élaboration de directives qui permettront à celui-ci de s’acquitter de ses obligations de consultation envers les Autochtones et croit fermement qu’il faut étendre l’élaboration de critères de consultation au processus législatif.

#### **Recommandation 5:**

**Le Comité recommande que le ministère de la Justice, en collaboration avec d’autres ministères et des organisations autochtones largement représentatives, mène à terme le plus rapidement possible la rédaction de politiques de consultation exhaustives relativement au processus législatif et aux parties autochtones intéressées, l’objectif étant d’élaborer des textes législatifs conformes aux droits énoncés à l’article 35. Le ministère de la Justice devrait communiquer au Comité des rapports d’étape tous les ans, jusqu’à ce que la politique soit arrêtée définitivement et mise en place.**

#### **4. Harmonisation du droit canadien avec les traditions juridiques autochtones**

La question de l’harmonisation du droit actuel avec les traditions juridiques autochtones n’a pas été abordée directement avec les témoins du ministère, mais des témoins autres que ceux du gouvernement en ont parlé comme d’un aspect de la réconciliation, et la question mérite que le Comité s’y arrête.

#### **Témoignages**

Roger Jones, de l’Assemblée des Premières Nations, a rappelé au Comité :

Les initiatives législatives qui viennent du gouvernement expriment principalement l’interprétation des droits de la propriété et des droits civils au Canada selon la common law et le droit civil. C’est aussi ce qu’on retrouve dans la *Loi d’interprétation* fédérale [laquelle] prescrit que le droit civil et la common law font autorité sur le sens de la loi. [Le droit autochtone ou inuit est du coup exclu], même [s’il est] évidemment une réalité dans ce pays, si peu visible soit-elle pour les gens au quotidien<sup>108</sup>.

---

<sup>(108)</sup> *Ibid.*, 20 juin 2007.

Le professeur Morse a également parlé du droit autochtone ou du droit indigène comme d'une troisième source du droit canadien :

Le plus haut tribunal au pays a statué [...] que le droit des Autochtones fait partie intégrante du droit canadien. Nous sommes un pays tri juridique et non bi juridique. Comme pour la common law et le droit civil, le gouvernement doit respecter le droit des nations autochtones. Cela représente un défi de taille pour un pays comme le nôtre [...], mais cela ne veut pas dire qu'il ne faut pas essayer. Si nous n'essayons pas, nous montrons que, même si nous reconnaissons qu'il y a un troisième système de droit au pays, qui fait partie intégrante de l'ensemble de nos systèmes de droit, nous n'en tiendrons pas compte. Cela me semble être clairement une approche inacceptable<sup>109</sup>.

S'exprimant au nom du Congrès des peuples autochtones, Gordon Polson a signalé :

[I]l est important de comprendre ce que « droit autochtone » signifie [...] et la façon dont nous le percevons. De manière générale, le droit autochtone est un droit qui évolue et qui est utilisé par la société euro-canadienne pour aborder, d'un point de vue juridique, des questions liées aux droits des peuples autochtones et non autochtones. En fait, ce n'est pas le droit des peuples autochtones, car les peuples autochtones ont leurs propres pratiques et systèmes juridiques utilisés depuis la nuit des temps. C'est à beaucoup d'égards là que se situe une grande partie du débat entourant cette question particulière à cause de nos différents points de vue et différentes façons d'envisager les choses<sup>110</sup>.

M. Morse a avancé que le moyen le plus efficace de s'assurer que le droit autochtone est correctement pris en considération au ministère de la Justice « serait de faire participer activement des Autochtones judicieusement choisis au sein des Premières nations, des Métis et des Inuits<sup>(111)</sup> ». M. Jones a proposé d'étudier les approches d'autres pays, comme les Philippines, où la constitution et les lois reconnaissent qu'il faut tenir compte des traditions juridiques indigènes<sup>112</sup>.

## **Discussion et recommandation**

L'harmonisation des traditions juridiques autochtones avec les traditions de la common law et du droit civil présente un intérêt particulier pour le Comité. En 2004, son deuxième rapport sur le projet de loi S-10, qui s'intitule maintenant *Loi d'harmonisation no 2 du droit fédéral avec le droit civil*<sup>113</sup>, signalait :

---

<sup>(109)</sup> *Ibid.*, 21 juin 2007.

<sup>(110)</sup> *Ibid.*

<sup>(111)</sup> *Ibid.*

<sup>(112)</sup> *Ibid.*, 20 juin 2007.

<sup>(113)</sup> L.C. 2004, ch. 25.

Il existe en fait une troisième source juridique historique – le droit traditionnel autochtone – qui existait avant les deux autres sources. Il est composé des us et coutumes qui sont au cœur des peuples autochtones de notre pays. Le Canada n'a pas encore reconnu convenablement ce patrimoine juridique oral.

Nous avons accueilli favorablement le témoignage du ministre de la Justice, qui a parlé de son engagement personnel et de celui de son ministère à travailler avec les peuples autochtones, afin de découvrir et de mieux apprécier les traditions juridiques autochtones, et même d'envisager de les inclure dans notre système juridique<sup>114</sup>.

Le Comité a fait valoir « qu'il faut trouver un moyen pour intégrer la tradition juridique autochtone dans le droit canadien, avec le droit civil et la common law, de façon à refléter pleinement la diversité du Canada<sup>115</sup> ».

Puisque la conciliation est un objectif important de l'article 35, les membres du Comité croient que le gouvernement doit, plus que jamais, prendre l'initiative d'en faire bien plus dans ce domaine qu'il ne semble l'avoir fait jusqu'à présent. Le Comité est d'avis que mieux on connaîtra le droit traditionnel autochtone, mieux on comprendra la question de la non-dérogation, et qu'il est plus que temps de faire des progrès que l'on est en mesure de constater vers la conciliation du droit canadien et des traditions juridiques autochtones, y compris le droit coutumier.

Le Comité est d'accord avec l'un des témoins pour dire que « (l)'article 35 doit être enchâssé dans les lois du pays. Il doit être intégré dans les politiques du gouvernement<sup>116</sup> ». Étant donné que la Commission du droit du Canada n'a pas pu réaliser l'étude approfondie qu'elle comptait mener des traditions juridiques indigènes, le Comité réitère la préoccupation exposée dans son deuxième rapport au sujet de « l'échéancier encadrant les progrès à réaliser dans ce secteur » et estime que le gouvernement doit accélérer le règlement de cette importante question encore en suspens.

### **Recommandation 6**

**Le Comité recommande que le gouvernement prenne immédiatement des mesures, en étroite collaboration avec des représentants des Premières nations, des Inuit et des Métis bien au fait de leurs traditions juridiques respectives, pour**

- a) recenser de façon exhaustive ces traditions, y compris celles qui ressortissent au droit coutumier et à la tradition orale;**

---

<sup>(114)</sup> Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, Deuxième rapport, 1<sup>re</sup> session, 38<sup>e</sup> législature, 25 novembre 2004.

<sup>(115)</sup> *Ibid.*

<sup>(116)</sup> *Témoignages*, fascicule 32, 20 juin 2007.

- b) élaborer des politiques pour faciliter la reconnaissance et l'intégration de ces traditions dans le droit canadien, parallèlement à la common law et au droit civil.**

## **5. Application des lois**

Une autre question, abordée par les témoins, mérite qu'on en parle ici et continuera de retenir notre attention à mesure qu'évoluera l'état du droit relatif à l'article 35 : il s'agit de la question de l'application des lois. Bien que le Comité ait recueilli peu de témoignages au sujet de l'application concrète des lois qui interagissent ou peuvent interagir avec les droits et intérêts des Autochtones, un certain nombre de membres du Comité s'interrogeaient sur la façon d'assurer une application de la loi qui soit respectueuse de l'article 35.

### **Témoignages**

Au nom du gouvernement, Mme Beckton a informé le Comité que les ministères tiennent

... des réunions fédérales-provinciales-territoriales régulières avec nos homologues pour parler de diverses questions d'actualité et de ce que les provinces prévoient faire. [...] Je conviens aussi qu'une sensibilisation culturelle à tous les paliers des gouvernements fédéral et provinciaux est très importante, pour que l'agent des pêches ou la personne qui est chargée des armes à feu connaissent mieux les différentes cultures<sup>(117)</sup>.

Christine Cram, du ministère des Affaires indiennes, a signalé au Comité l'existence d'une deuxième tribune nationale, le processus fédéral-provincial-territorial-autochtone, auquel participent les ministres fédéral, provinciaux et territoriaux chargés des affaires autochtones et six organismes autochtones nationaux. Ils se réunissent une fois par année pour discuter d'enjeux communs<sup>(118)</sup>.

La suggestion d'un membre du Comité selon laquelle l'exécutif obtiendrait le pouvoir d'organiser l'application d'une loi donnée pour prévenir les conflits possibles avec les droits visés à l'article 35 a été décrite par M. Pryce comme « une idée qui est très intéressante et qui pourrait être précieuse », une idée dont il existe des précédents législatifs, comme « reconnaissance du fait que les différences culturelles ou les différences sociales méritent d'être prises en considération<sup>(119)</sup> ». M. Saranchuk a convenu qu'il pourrait s'agir d'une approche valable, signalant « qu'il faut une évolution culturelle

---

<sup>(117)</sup> *Témoignages*, fascicule 16, 5 novembre 2003.

<sup>(118)</sup> *Ibid.*

<sup>(119)</sup> *Témoignages*, fascicule 22, 22 février 2007. M. Pryce semble avoir fait allusion aux principes du *Code criminel* régissant la détermination des peines, qui exigent que les tribunaux prennent en considération des sanctions raisonnables autres que l'incarcération de tous les délinquants, mais « plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones ».

dans certaines situations », et « qu'il faut essayer de trouver des façons de rappeler aux gens qui (appliquent) la loi sur le terrain même la meilleure façon de s'y prendre<sup>(120)</sup> ».

Les témoins autres que ceux du gouvernement n'ont guère parlé des questions d'application, sinon pour reconnaître, avec les membres du Comité, que ceux qui appliquent les lois doivent le faire en tenant compte des droits visés à l'article 35. Pour reprendre les propos de John Merritt :

Il me semble que si l'on adopte une [disposition de non-dérogation dans une] loi d'interprétation, [...] le point de départ consiste en ce qu'au moment de l'adoption de nouvelles lois, le Parlement cherche à respecter les droits des peuples autochtones. Il ne souhaite pas que ces nouvelles lois soient interprétées ou administrées au jour le jour [...] de façon à rouler les peuples autochtones<sup>(121)</sup>.

## Observations

Le Comité convient qu'il faut accroître la sensibilisation, sur les plans à la fois culturel et juridique, à la façon dont les lois fédérales, provinciales et territoriales devraient s'appliquer dans le respect des droits visés à l'article 35. Selon le Comité, l'article 35 signifie qu'une application de la loi qui fait abstraction de la dimension culturelle ne convient pas forcément dans toutes les circonstances et tous les contextes : les règlements sur les armes à feu peuvent ne pas s'appliquer de la même façon à l'angle des rues Yonge et Bloor et dans l'île d'Ellesmere, au Nunavut, ou aux bénéficiaires du traité 8, dans certaines régions visées par ce traité. Aux yeux du Comité, il ne semble pas acceptable que des Autochtones inculpés aux termes de lois sur la pêche, la chasse ou les armes à feu doivent recourir à des procédures judiciaires longues et coûteuses pour faire reconnaître leurs droits ancestraux parce que les responsables de l'application des lois ne sont peut-être pas au courant de la façon d'appliquer l'article 35.

Le Comité estime qu'il importe que ceux qui sont chargés d'appliquer les lois reçoivent une formation suffisante pour accomplir leur travail en restant attentifs aux impératifs de l'article 35. Il exhorte donc les ministères fédéraux à prendre immédiatement des mesures pour créer ou améliorer des outils qui conviennent à cette fin. En outre, compte tenu du fait que de nombreux dispositifs législatifs et réglementaires qui peuvent avoir une incidence sur les droits visés à l'article 35 sont de ressort provincial, il exhorte également le ministère de la Justice, le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien ainsi que d'autres ministères fédéraux à veiller à ce que la question de l'application des lois, relativement aux droits visés à l'article 35, soit systématiquement inscrite à l'ordre du jour des réunions avec les ministères provinciaux et territoriaux correspondants.

---

<sup>(120)</sup> *Ibid.*

<sup>(121)</sup> *Témoignages*, fascicule 32, 20 juin 2007.

## Conclusion

Au moment de conclure son rapport, le Comité tient à reconnaître que l'ajout de l'article 35 dans la Constitution du Canada, en 1982, a été un point tournant dans l'histoire des relations entre les Autochtones et les non-Autochtones au Canada. Il a été l'aboutissement de la longue lutte que les peuples autochtones ont menée pour faire reconnaître leurs droits juridiques. Le Comité reconnaît également que, sur le plan constitutionnel, l'« arbre vivant » qu'est l'article 35 est relativement jeune.

Les obligations complexes et de grande portée de la Couronne aux termes de l'article 35 ne sont pas encore pleinement définies, pas plus que ne le sont les droits visés à cet article. Le Comité reconnaît le travail qui se fait au ministère de la Justice, au ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien ainsi que dans d'autres ministères et organismes pour répondre aux exigences d'un contexte juridique et constitutionnel en mutation. Les solutions pratiques et réalisables énoncées dans le présent rapport visent à aider le gouvernement dans cette tâche.

Les membres du Comité sont conscients que leurs recommandations ne feront pas disparaître la nécessité d'un examen parlementaire suivi des mesures gouvernementales à l'égard de l'application de l'article 35. Il reste des défis à relever avant que l'objectif de réconciliation de l'article 35 ne soit vraiment atteint et que cet article ne soit pleinement appliqué. Un témoin l'a rappelé :

[L]'article 35 constituait une promesse de jouissance de leurs droits pour les peuples autochtones du Canada. Nous poursuivons cette revendication<sup>122</sup>...

Les membres du Comité conservent l'espoir que ces difficultés ne seront pas insurmontables, si toutes les parties collaborent de bonne foi.

---

<sup>122</sup> *Ibid.*



## **ANNEXE I**

### **Ont discuté avec le comité**

*À titre personnel*

Bradford Morse, professeur, Faculté de droit, Université d'Ottawa

*Assemblée des Premières nations*

Roger Jones, conseiller politique

*Congrès des peuples autochtones*

Gordon Polson, agent de recherches en affaires juridiques

*Gouvernement Nisga'a Lisims*

Jim Aldridge, avocat général

*Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien*

Christine Cram, directrice générale, Direction générale des politiques stratégiques, de la planification et des relations intergouvernementales, Secteur des politiques et de l'orientation stratégique

*Ministère de la Justice Canada*

Clare Beckton, sous-procureure générale adjointe

Charles Pryce, avocat-conseil, Droit des Autochtones et politiques stratégiques

Andrew Saranchuk, directeur intérimaire et avocat général principal, Droit des Autochtones et politiques stratégiques

*Nunavut Tunngavik Incorporated/Inuit Tapiriit Kanatami*

John Merritt, avocat conseil/conseiller



## **ANNEXE II**

### **Liste des recommandations**

#### **Recommandation 1:**

Le Comité recommande que le gouvernement du Canada prenne des mesures immédiates pour présenter une mesure législative afin d'ajouter la disposition de non-dérogation suivante à la *Loi d'interprétation* fédérale :

Tout texte doit maintenir les droits ancestraux ou issus de traités reconnus et affirmés aux termes de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et ne pas y porter atteinte.

#### **Recommandation 2:**

Le Comité recommande que la mesure législative modifiant la *Loi d'interprétation* prévoit également l'abrogation de toutes les dispositions de non-dérogation relatives aux droits ancestraux et issus de traités qui ont été ajoutées à des lois fédérales depuis 1982.

#### **Recommandation 3:**

- a) Le Comité recommande que le gouvernement du Canada exige que le ministre de la Justice ou son sous-ministre, selon le cas, examine tout projet de loi ou de règlement sous l'angle de l'interaction possible avec les droits ancestraux et issus de traités visés à l'article 35, en vue d'assurer le respect de ces droits. Cette exigence devrait être analogue à celle qu'on trouve à l'article 4.1 de la *Loi sur le ministère de la Justice* et à l'article 3 de la *Loi sur les textes réglementaires* au sujet des droits garantis par la Charte;
- b) Le Comité recommande que le gouvernement du Canada veille à ce que le ministère de la Justice ait des ressources suffisantes à sa disposition pour s'acquitter de cette nouvelle responsabilité;
- c) Le Comité recommande que, parallèlement, le ministère de la Justice mette en place un processus administratif, avec la collaboration d'autres ministères fédéraux et d'organisations autochtones largement représentatives des hommes et femmes des Premières nations, Inuits et métis, afin de définir des critères permettant d'évaluer tous les nouveaux projets de loi et règlements fédéraux sous l'angle de leur interaction avec les droits visés à l'article 35, en vue d'assurer le respect de ces droits;
- d) Le Comité recommande que le ministère de la Justice élabore un processus, comprenant des consultations avec des groupes autochtones largement représentatifs, afin d'examiner les lois et règlements fédéraux déjà en place à la lumière de ces critères et qu'il rende compte des résultats de cet examen au Parlement.

#### **Recommandation 4:**

Le Comité recommande que le Portefeuille des affaires autochtones, au ministère de la Justice, soit doté d'un service chargé de larges responsabilités concernant

- a) le contrôle du respect des droits ancestraux et issus de traités visés à l'article 35 tant au ministère de la Justice que dans les autres ministères;
- b) le maintien d'un dialogue constant avec les collectivités et organisations autochtones largement représentatives;
- c) plus particulièrement, l'aide au ministre à l'égard des exigences décrites dans la recommandation 3.

#### **Recommandation 5:**

Le Comité recommande que le ministère de la Justice, en collaboration avec d'autres ministères et des organisations autochtones largement représentatives, mène à terme le plus rapidement possible la rédaction de politiques de consultation exhaustives relativement au processus législatif et aux parties autochtones intéressées, l'objectif étant d'élaborer des textes législatifs conformes aux droits énoncés à l'article 35. Le ministère de la Justice devrait communiquer au Comité des rapports d'étape tous les ans, jusqu'à ce que la politique soit arrêtée définitivement et mise en place.

#### **Recommandation 6**

Le Comité recommande que le gouvernement prenne immédiatement des mesures, en étroite collaboration avec des représentants des Premières nations, des Inuit et des Métis bien au fait de leurs traditions juridiques respectives, pour

- a) recenser de façon exhaustive ces traditions, y compris celles qui ressortissent au droit coutumier et à la tradition orale;
- b) élaborer des politiques pour faciliter la reconnaissance et l'intégration de ces traditions dans le droit canadien, parallèlement à la common law et au droit civil.