

Commentaire d'arrêt:

R. c. Kapp
Quelle interprétation pour les articles 15 et 25
de la Charte canadienne?

Geneviève Motard et Simon Picard*

Les derniers arrêts de la Cour suprême du Canada dans le domaine du droit canadien relatif aux peuples autochtones concernaient les obligations de fiduciaire et de consultation de la Couronne¹, le partage des compétences² et l'interprétation des droits ancestraux et issus de traités³. Dans *R. c. Kapp*⁴, un des arrêts les plus récents rendus dans ce domaine de droit, le plus haut tribunal du pays pose les premiers jalons d'une théorie visant à articuler le droit à l'égalité et les droits particuliers des Autochtones. Cette cour n'avait eu à trancher qu'à de rares occasions la constitutionnalité de programmes couverts par le paragraphe 15(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁵. De même, elle n'avait jamais, jusqu'à maintenant, analysé avec autant d'acuité l'article 25 de la *Charte*⁶. L'arrêt *Kapp* est d'un intérêt particulier puisqu'il porte sur ces deux dispositions constitutionnelles.

* Geneviève Motard, LL.M. est avocate et doctorante en droit à l'Université Laval. Simon Picard, LL.M. est avocat et gestionnaire des Services juridiques du Conseil de la Nation huronne-wendat. Les opinions exprimées dans le présent texte ne lient que leurs auteurs.

¹ *Bande et nation indiennes d'Ermineskin c. Canada*, 2009 CSC 9; *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511; *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, [2004] 3 R.C.S. 550; *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, [2005] 3 R.C.S. 388.

² *R. c. Morris*, [2006] 2 R.C.S. 915.

³ *Ibid.*; *R. c. Sappier*; *R. c. Gray*, [2006] 2 R.C.S. 686; *R. c. Marshall*; *R. c. Bernard*, [2005] 2 R.C.S. 220.

⁴ 2008 CSC 41 [ci-après *Kapp*].

⁵ Partie I de l'Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.). [Ci-après la « *Charte* »]. Le paragraphe 15(2) se lit: « (2) Le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques ».

⁶ L'article 25 se lit: « 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 ».

Simon Picard et Geneviève Motard : « *R. c. Kapp* : Quelle interprétation pour les articles 15 et 25 de la *Charte canadienne* ? »

Le présent texte, en plus de résumer la décision, propose une analyse succincte de l'opinion de la Cour quant à l'interaction des paragraphes 15(1) et 15(2). Il traite enfin des opinions majoritaire et concurrente du tribunal quant à la portée de l'article 25. Dans ces deux cas, des questions précises se posent, notamment quant à la cohérence des différentes dispositions constitutionnelles concernées ainsi qu'à leur portée. Ce sont ces deux aspects qui feront l'objet du présent commentaire.

1. Le résumé de l'arrêt *R. c. Kapp*

L'arrêt *R. c. Kapp* porte sur le caractère potentiellement discriminatoire d'un projet pilote fédéral autorisant certains groupes autochtones à pêcher à des fins commerciales de façon exclusive durant une période de vingt-quatre heures.

1.1. Les faits et les questions en litige

À la suite des constats du rapport Pearse de 1982 sur les pêches canadiennes faisant état d'un lien entre le désavantage économique éprouvé par les communautés autochtones et l'interdiction de longue date de vendre du poisson, le gouvernement fédéral a consulté les Autochtones et établi une stratégie intitulée « Stratégie relative aux pêches autochtones »⁷, laquelle a contribué à la mise en place du programme pilote en litige.

Ce programme pilote consistait en l'émission d'un permis de pêche communautaire, conformément au *Règlement sur les permis de pêche communautaire des Autochtones*⁸. Ce règlement autorisait l'émission d'un permis en faveur d'organisations autochtones qui pouvaient en confier l'utilisation à des individus.

En l'espèce, un permis autorisant les pêcheurs désignés par trois bandes à pêcher le saumon rouge avait été émis pour une période de vingt-quatre heures. Il autorisait à utiliser les prises à des fins alimentaires rituelles ou sociales de même qu'à les vendre. La pêche était interdite aux pêcheurs commerciaux durant cette période.

⁷ Ci-après *Stratégie*.

⁸ Ci-après *RPPCA*.

Simon Picard et Geneviève Motard : « *R. c. Kapp* : Quelle interprétation pour les articles 15 et 25 de la *Charte canadienne* ? »

Les appelants, des pêcheurs commerciaux, ont effectué une pêche de protestation durant cette période. Ils ont été accusés d'avoir pêché durant une période interdite. En réponse à ces accusations, ils ont déposé un avis de question constitutionnelle visant à invalider le permis de pêche communautaire, le *RPPCA* et d'autres règlements connexes, de même que la *Stratégie*.

De nombreuses questions constitutionnelles ont été soulevées en première instance⁹, mais seule la question de la discrimination a fait l'objet de moyens d'appel. C'est aussi cette seule question qui fait l'objet du présent texte.

1.2. Les décisions des instances inférieures

1.2.1. La Cour provinciale de la Colombie-Britannique

C'est le 28 juillet 2003 que le juge Kitchen de la Cour provinciale de la Colombie-Britannique rendait jugement en première instance¹⁰. Le juge conclut que le programme pilote porte atteinte de façon injustifiée au droit à l'égalité des accusés. Reprenant l'analyse proposée dans l'arrêt *Law*¹¹, le premier juge conclut d'abord qu'il y a une différence de traitement entre deux groupes de pêcheurs, sur la base d'un motif analogue à la race, soit « a bloodline connection to the three bands ». Le juge conclut ensuite que les pêcheurs commerciaux font l'objet de discrimination. Même si les pêcheurs commerciaux ne font pas l'objet d'un désavantage préexistant, le programme pilote ne prend pas en considération leur droit de participer pleinement aux activités de pêches publiques et établit que certains programmes pourraient être moins attentatoires. De plus, à son avis, l'effet améliorateur du programme de pêche communautaire ne ressort pas de l'analyse des faits. L'objet véritable du programme, selon la preuve, serait de diminuer le braconnage et non d'améliorer les conditions socioéconomiques des communautés. Ensuite, les décisions qui reconnaissent les droits ancestraux ne reconnaissent pas le droit à la pêche commerciale. Le programme va donc plus loin que ce qu'impose la Constitution au gouvernement. En outre, dans

⁹ Le premier juge a dû étudier la question de savoir si le permis de pêche communautaire contrevient à l'article 15 de la *Charte canadienne* en autorisant la pêche commerciale exclusivement à des membres dont l'appartenance est basée sur la race. Parmi les autres questions constitutionnelles, le pouvoir de délégation du ministre était notamment contesté ainsi que le pouvoir de prévoir des pêcheries exclusives, ce qui aurait pour effet d'abroger le droit du public de pêcher.

¹⁰ [2003] 4 C.N.L.R. 238.

¹¹ *Law c. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497.

Simon Picard et Geneviève Motard : « *R. c. Kapp* : Quelle interprétation pour les articles 15 et 25 de la *Charte canadienne* ? »

les cas des trois communautés concernées, aucun programme améliorateur n'était nécessaire. Reconnaisant les conditions difficiles vécues par les peuples autochtones en général, le juge conclut néanmoins que les bandes titulaires des permis profitent de conditions économiques favorables.

Enfin, bien que ces bandes soient aux prises avec des difficultés similaires à d'autres communautés autochtones, le juge estime que le programme ne résoudra pas ces problèmes. Comme l'argent gagné par les individus n'est ni remis à la communauté ni dédié à un programme destiné à remédier aux problèmes sociaux particuliers à la communauté en question, il est difficile de conclure à l'effet améliorateur du programme. Le juge d'instance est aussi d'avis que l'analyse du paragraphe 15(1) de la *Charte* comprend également l'examen du paragraphe 15(2). Il conclut que l'atteinte au droit à l'égalité n'est pas justifiée par l'article 1^{er} de la *Charte*, puisqu'il ne peut établir aucun lien rationnel entre le programme de permis de pêche, qui est inefficace et mal conçu, et les problèmes des communautés. En conséquence, il ordonne l'arrêt des procédures.

1.2.2. La Cour suprême de la Colombie-Britannique

Le juge en chef Brenner rend sa décision oralement le 12 juillet 2004¹². Comme seules les conclusions du juge d'instance sur la question de la discrimination sont portées en appel par la Couronne, le juge d'appel examine tant cette question sous l'angle de l'article 15 que sous celui de l'article 25 de la *Charte*. Il analyse d'abord l'applicabilité de l'article 25 de la *Charte* et conclut que cette disposition ne s'applique pas en l'espèce. En effet, le permis pouvait être annulé à la discrétion du Ministère. Les droits n'étant pas des droits ancestraux, issus de traités et ne pouvant être qualifiés « d'autres droits » au sens de l'article 25, le juge conclut que cette disposition ne trouve pas application.

Le juge Brenner analyse ensuite les conclusions du premier juge en ce qui a trait à l'article 15 de la *Charte*. Il rappelle d'abord que toute décision à ce sujet doit prendre en compte les enjeux historiques et contemporains des premiers peuples. Suivant les arrêts *Corbiere*¹³ et *Lovelace*¹⁴, l'interprétation de l'article 15 doit être respectueuse de l'héritage, de la différence et des

¹² *R. c. Kapp*, [2004] 3 C.N.L.R. 269.

¹³ *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203.

¹⁴ *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950 [ci-après *Lovelace*].

Simon Picard et Geneviève Motard : « *R. c. Kapp* : Quelle interprétation pour les articles 15 et 25 de la *Charte canadienne* ? »

droits spécifiques aux Autochtones et ceux-ci doivent être pris en compte dans l'analyse du droit à la non-discrimination. Le juge en chef évalue que le test de l'arrêt *Law* a été appliqué erronément par le premier juge. À son avis, le groupe demandeur ne représente pas l'ensemble des pêcheurs titulaires du permis, mais l'ensemble des pêcheurs éligibles à l'obtention d'un permis et à participer à la pêche au saumon dans la rivière Fraser. Le groupe de comparaison doit donc être le groupe des personnes admissibles à recevoir un permis communautaire, c'est-à-dire les bandes indiennes, les conseils de bande, les conseils tribaux et les organisations représentant des communautés basées territorialement.

De l'avis du juge d'appel, le juge d'instance aurait ensuite erré en retenant uniquement les témoignages des plaignants et en excluant les aspects contextuels. En effet, le premier juge aurait dû analyser la question de la discrimination sous l'angle d'une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances et non sous un angle subjectif. C'est pourquoi les plaignants ne peuvent pas se qualifier comme un groupe souffrant d'un désavantage ou de stéréotypes préexistants, au contraire du groupe de comparaison. À ce propos, le juge d'appel affirme que le désavantage préexistant s'évalue en prenant en compte plusieurs aspects et non pas seulement la situation financière du groupe. Aussi, toutes les communautés pouvant bénéficier du permis communautaire ne sont pas dans la même situation que les Musqueam et que les Tsawwassen qui se trouvent dans une situation financière favorable. Enfin, il conclut non seulement que les dispositions prises par les autorités sont proportionnelles aux besoins du groupe visé par le permis, mais aussi que les dispositions contestées ont un effet améliorateur pour le groupe désavantagé. Dans tous les cas, le permis communautaire ne porte pas atteinte à la dignité des accusés. Bien au contraire, ce type de permis profite à l'ensemble de la société canadienne. L'appel est accueilli et les accusés déclarés coupables¹⁵.

1.2.3. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique¹⁶

Deux moyens sont soulevés en appel. Les appelants avancent, d'une part, que le programme pilote qui crée un droit exclusif de pêcher est *ultra vires* et, d'autre part, que ce programme porte atteinte de manière injustifiée au droit à

¹⁵ La Cour impose une peine suspendue de six mois et ordonne que chaque accusé soit condamné à verser une amende de cent dollars à l'une des deux sociétés suivantes: T. Buck Suzuki Environmental Foundation ou Pacific Salmon Foundation: *R. c. Kapp*, 2004 BCSC 1503 (CanLII) (j. Brenner). Décision rendue oralement le 9 novembre 2004.

¹⁶ *R. c. Kapp*, [2006] 3 C.N.L.R. 282. La décision fut rendue le 8 juin 2006 par le juge en chef Finch et les juges Mackenzie, Low, Levine et Kirkpatrick.

Simon Picard et Geneviève Motard : « *R. c. Kapp* : Quelle interprétation pour les articles 15 et 25 de la *Charte canadienne* ? »

l'égalité. Tous les juges rejettent le premier moyen d'appel et confirment l'autorité du Parlement de déléguer au ministre son pouvoir sur les pêcheries. Tous les juges rejettent aussi le deuxième moyen d'appel, mais celui-ci fait l'objet de motifs concurrents qui sont basés sur l'analyse des articles 15 et 25 de la *Charte*.

En ce qui concerne l'article 15, les opinions sont partagées en deux groupes. Le juge Low, avec l'accord des juges Finch et Levine, conclut que les accusés n'ont pas été privés d'un bénéfice de la loi: la loi ne met pas en place un traitement différencié et les accusés n'ont subi aucun désavantage. La question en litige concerne une politique de distribution des ressources entre différents usagers. Le juge Low rejette les prétentions des accusés en ce qui concerne le manquement à leur droit à l'égalité et se dit aussi en accord avec le juge Mackenzie en ce qui concerne la suite de l'analyse de l'arrêt *Law*.

Le juge Mackenzie, avec l'accord des juges Low, Finch et Levine, conclut pour sa part que les dispositions prévoyant des permis communautaires et individuels constituent un élément suffisant pour qu'il soit possible de conclure à un traitement différencié, conformément à l'arrêt *Law*. La deuxième étape prévue par cet arrêt est aussi satisfaite puisque la distinction est basée sur la race, un motif énuméré. La troisième étape de l'arrêt *Law* ne permet cependant pas de conclure à une atteinte au droit à l'égalité. En effet, le juge de première instance aurait à son avis erré en adoptant une approche subjective, alors qu'une approche subjective-objective devait être adoptée. Or, les faits ne démontrent pas que la préférence accordée est discriminatoire puisque l'objectif poursuivi par le permis communautaire est la recherche de parité et d'égalité.

En ce qui concerne l'analyse de l'article 25, les juges Low et Finch concluent qu'il n'y a pas d'atteinte à un droit à l'égalité et qu'en l'absence de conflit entre les droits individuels et les droits visés par l'article 25, ce dernier ne trouve pas application. Le juge Mackenzie estime plutôt que les droits découlant du permis ne sont pas couverts par l'article 25. Quant à la juge Kirkpatrick, elle estime que l'article 25 de la *Charte* répond entièrement à l'ensemble des allégations de discrimination. La juge propose un test en trois étapes: (1) le droit ou la liberté est-il un droit issu de traité, un droit ancestral ou autre?; (2) si le droit n'est pas issu de traité ni un droit ancestral, vise-t-il néanmoins un aspect significatif de la culture autochtone?; et (3) est-ce que la réparation demandée en raison d'une violation à un droit protégé par la *Charte* résulterait en une abrogation ou une dérogation à un droit protégé par l'article 25? En l'espèce, les droits découlant du permis sont, de l'avis de la juge, des

Simon Picard et Geneviève Motard : « *R. c. Kapp* : Quelle interprétation pour les articles 15 et 25 de la *Charte canadienne* ? »

droits protégés par les termes « autres droits » prévus à l'article 25. Au soutien de sa décision, elle écrit que: (1) les peuples autochtones et l'exercice de la pêche sont liés par une relation ancestrale particulière; (2) la mise en place du permis de pêche communautaire découle d'une négociation avec les communautés visées; (3) les droits ont une nature communautaire et non individuelle; (4) l'implication des communautés autochtones dans la gestion d'une ressource traditionnelle est nécessaire; et (5) l'éventualité que les accords donnant naissance au régime spécial de permis soient inclus dans un traité doit être considérée. Or, comme les accusés cherchent à éliminer le permis communautaire spécial, l'application de l'article 25 permet de protéger les droits découlant de ce permis contre leur abrogation. La juge Levine, quant à elle, préfère ne pas se prononcer sur cette question en l'absence de débat suffisant entre les parties. Elle ajoute néanmoins que les motifs exprimés par la juge Fitzpatrick devraient servir de fondement au débat jurisprudentiel subséquent.

Le 14 décembre 2006, la requête pour permission d'appeler en Cour suprême du Canada était accueillie¹⁷.

1.3. L'opinion majoritaire de la Cour suprême du Canada

La majorité de la Cour, sous la plume de la juge en chef McLachlin et de la juge Abella, conclut que le programme gouvernemental en litige est protégé par le paragraphe 15(2) de la *Charte* et que, par conséquent, il ne contrevient pas au droit à l'égalité.

Cette conclusion fut retenue sans même avoir procédé à l'analyse sous le paragraphe 15(1). En effet, selon le nouveau critère établi par la majorité de la Cour, une fois déterminé qu'un programme crée une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue, le gouvernement n'a qu'à démontrer que le programme contesté relève du paragraphe 15(2) pour être jugé valide.

Cette démonstration sera réalisée si le gouvernement établit dans un premier temps que la mesure a un objet améliorateur et réparateur. Interprétant le mot « destinés » contenu au paragraphe 15(2), la majorité précise que le caractère réparateur doit être étudié en tenant compte de l'objectif du programme et non de son effet réel. L'objectif sera analysé certes en tenant compte des

¹⁷ Suivi n° 31963.

Simon Picard et Geneviève Motard : « *R. c. Kapp* : Quelle interprétation pour les articles 15 et 25 de la *Charte canadienne* ? »

déclarations des rédacteurs de la mesure. Cependant, il faudra également déterminer si les moyens choisis par le législateur ont un lien rationnel avec l'objet améliorateur. Dans l'analyse des moyens choisis, la majorité suggère, afin d'éviter d'apprécier les effets réels du programme, de poser la question suivante: « Était-il raisonnable que l'État conclue que les moyens choisis pour réaliser son objectif améliorateur permettraient d'atteindre cet objectif? »¹⁸

La majorité précise en outre qu'une mesure peut poursuivre plusieurs objectifs réparateurs et non-réparateurs. Par contre, une mesure qui viserait à limiter ou à punir un comportement ne saurait bénéficier de la protection du paragraphe 15(2).

Dans un deuxième temps, le gouvernement doit établir que le programme vise un groupe défavorisé caractérisé par un motif énuméré ou analogue. Le groupe défavorisé doit être précis et identifiable, puisque la protection de 15(2) ne couvre pas les programmes sociaux en général. Quant au caractère défavorisé d'un groupe, la majorité renvoie à la notion de désavantage, telle que définie dans les arrêts *Andrews c. Law Society of British Columbia*¹⁹, *Miron c. Trudel*²⁰ et *Law*.

Comme aucune violation de l'article 15 n'avait été établie, la majorité de la Cour conclut qu'il n'y a pas lieu de procéder à un examen de l'article 25 de la *Charte*. La majorité précise toutefois que seuls les droits de nature constitutionnelle sont susceptibles d'être visés par l'article 25, mais elle ne se prononce pas sur la nature interprétative ou protectrice de cette disposition.

1.4. L'opinion concordante du juge Bastarache

L'opinion concordante du juge Bastarache est fondée sur une analyse de l'article 25 de la *Charte*. Bien qu'il se dise d'accord avec le critère adopté par la juge en chef et la juge Abella à l'égard de l'application du paragraphe 15(2), il conclut plutôt à l'application de l'article 25 de la *Charte*.

Le juge Bastarache se dit d'avis que l'article 25, tant en raison de son libellé que de son historique, est plus qu'une norme interprétative visant à protéger les droits qui y sont énoncés contre toute atteinte potentielle par un autre droit

¹⁸ *Kapp*, *supra* note 4, para. 49.

¹⁹ [1989] 1 R.C.S. 143 [ci-après *Andrews*].

²⁰ [1995] 2 R.C.S. 418.

Simon Picard et Geneviève Motard : « *R. c. Kapp* : Quelle interprétation pour les articles 15 et 25 de la *Charte canadienne* ? »

garanti dans la *Charte*. La protection de l'article 25 serait toutefois limitée, notamment par l'article 28 qui garantit l'égalité des sexes. En outre, le juge conclut que seules les restrictions externes aux groupes autochtones sont protégées contre les empiétements de la *Charte*. Ainsi, un individu visé par un règlement adopté par un Conseil de bande pourrait contester celui-ci sur le fondement de la *Charte*. De même, un groupe autochtone pourrait demander qu'un avantage fourni à un autre groupe autochtone, mais dont il est exclu, lui soit accordé.

Interprétant les termes « droits et libertés... autres » prévus à l'article 25, le juge affirme que cette disposition doit protéger les textes législatifs qui visent expressément les Autochtones et qui ont pour objectif de protéger les intérêts liés à la culture, le territoire et la souveraineté autochtones ainsi qu'au processus de traité, ce qu'il nomme la « différence culturelle autochtone ».

Quant à la méthode d'analyse, le juge Bastarache préconise que la prise en compte de l'article 25 soit préalable à tout examen fondé sur la *Charte*. Il rejette aussi l'idée que l'article 25, parce qu'il ne crée aucun droit, soit considéré pour une analyse de l'article 1^{er} de la *Charte*.

Enfin, le juge estime que la preuve *prima facie* d'une atteinte au droit à l'égalité a été établie par les appelants, suivant les critères établis au paragraphe 15(1). Comme un lien particulier existe entre la pêche et les peuples autochtones de la Colombie-Britannique, le droit de pêche invoqué en l'espèce est couvert par l'article 25. En outre, l'entente négociée devait mener à la conclusion d'un traité avec les peuples concernés. Le juge concluant à l'existence d'un conflit véritable entre le droit à l'égalité reconnu à tous les individus et le droit de pêche des Autochtones protégé par l'article 25, il s'ensuit que ce dernier doit prévaloir.

2. L'interaction entre les paragraphes 15(1) et 15(2) de la *Charte*

L'analyse de l'interaction des paragraphes (1) et (2) de l'article 15 de la *Charte* dans l'arrêt *R. c. Kapp* constitue en définitive une opinion unanime de la Cour. Or, le plus haut tribunal avait pourtant adopté une approche fort différente dans *Lovelace c. Ontario*²¹. Après avoir rappelé les principes établis dans l'arrêt *Lovelace*, nous nous intéresserons aux motifs de la Cour qui l'ont

²¹ *Lovelace*, *supra* note 14.

Simon Picard et Geneviève Motard : « *R. c. Kapp* : Quelle interprétation pour les articles 15 et 25 de la *Charte canadienne* ? »

amenée à adopter un nouveau critère, puis nous proposerons une façon de concilier ces deux arrêts.

2.1. L'application de l'article 15 dans *Lovelace*

L'arrêt *Lovelace* rendu en l'an 2000 mettait également en cause la validité d'un programme améliorateur au regard du paragraphe 15(2) de la *Charte*. Les faits et le contexte étaient cependant fort différents des faits à l'origine du litige dans l'affaire *Kapp*.

Dans l'affaire *Lovelace*, l'ensemble des bandes indiennes de l'Ontario et le gouvernement ontarien avaient négocié la mise en place d'un casino dans une réserve indienne. Au terme de l'entente, les profits devaient être partagés entre le gouvernement provincial et les Premières Nations constituées en bandes. Les recettes dévolues aux Premières Nations étaient versées dans un fonds appelé le « Fonds des Premières Nations »²². Un groupe de Premières Nations non constituées en bandes et un groupe Métis ont demandé une ordonnance visant à ce qu'ils soient inclus au *Fonds* parce que leur exclusion violait le droit à l'égalité protégé par l'article 15. Les prétentions des Premières Nations non constituées en bandes et du groupe Métis ayant été rejetées par la Cour d'appel de l'Ontario, ceux-ci ont porté leur cause en appel devant la Cour suprême du Canada qui a dû examiner les allégations de discrimination.

Après avoir établi les groupes de comparaison et sans toutefois se prononcer sur la présence d'un motif énuméré ou analogue, le juge Iacobucci, rédigeant l'opinion au nom de la Cour, a appliqué les quatre facteurs contextuels de discrimination établis dans l'arrêt *Law*²³.

Analysant le premier facteur, la Cour a conclu que, même si les demandeurs ont établi l'existence d'un désavantage, de stéréotypes, de préjugés et de vulnérabilité, le *Fonds* ne fonctionnait pas par l'application de stéréotypes. Quant au deuxième facteur, la Cour a considéré que le *Fonds* avait été établi

²² Ci-après *Fonds*.

²³ Rappelons que l'arrêt *Law* prévoit 4 facteurs contextuels soit: (1) la préexistence d'un désavantage, de stéréotypes, de préjugés ou de vulnérabilité subis par la personne ou le groupe en cause; (2) la correspondance, ou l'absence de correspondance, entre le ou les motifs sur lesquels l'allégation est fondée et les besoins, les capacités ou la situation propres au demandeur ou à d'autres personnes; (3) l'objet ou l'effet d'amélioration de la loi contestée eu égard à une personne ou un groupe défavorisés dans la société; et (4) la nature et l'étendue du droit touché par la loi contestée.

Simon Picard et Geneviève Motard : « *R. c. Kapp* : Quelle interprétation pour les articles 15 et 25 de la *Charte canadienne* ? »

dans un contexte plus large où le gouvernement et les bandes voulaient non seulement concilier leurs positions à l'égard de la réglementation du jeu dans les réserves, mais aussi appuyer une relation de gouvernement à gouvernement en vue de donner effet à l'entente qui avait été préalablement conclue ainsi qu'améliorer les conditions sociales, culturelles et économiques des bandes. Or, la situation des demandeurs était différente de celle des communautés constituées en bandes eu égard au territoire, au gouvernement et aux jeux de hasard et d'argent. La Cour a conclu que le fait que les appelants avaient des besoins communs aux bandes sur le plan social n'était pas un élément suffisant pour rencontrer le deuxième facteur. En ce qui a trait au troisième facteur, la Cour a conclu que le *Fonds* avait clairement un objet améliorateur puisque les bandes disposeraient de ressources pour remédier aux désavantages subis par leur communauté. Enfin, relativement à la nature du droit touché, la Cour a rejeté la prétention des appelants à l'effet que leur exclusion du *Fonds* les empêche d'être reconnus comme titulaires de l'autonomie gouvernementale. La Cour a déterminé que l'exclusion des appelants du Fonds ne violait pas l'article 15 de la *Charte*.

En somme, alors qu'elle devait juger de la discrimination entre deux groupes défavorisés, la Cour a utilisé une analyse sous 15(1), et cela, même si le programme était un programme améliorateur.

2.2. Quelle conciliation pour les arrêts *Lovelace* et *Kapp*?

Dans *Lovelace*, le juge Iacobucci a résumé les deux approches jurisprudentielles eu égard au paragraphe 15(2). Selon la première approche, le paragraphe 15(2) serait une exemption de l'application de l'analyse relative à la discrimination ou un moyen de défense à une allégation de discrimination, tandis que selon la deuxième approche, il s'agirait plutôt d'une disposition interprétative du paragraphe 15(1)²⁴. Dans chacun des cas, l'analyse sous 15(1) demeurerait un passage obligé en matière de droit à l'égalité.

L'application du paragraphe 15(2) dans *Kapp*, de façon indépendante du paragraphe 15(1), contraste avec la position jusque-là retenue par le plus haut tribunal, lequel considérait le paragraphe 15(2) comme une disposition interprétative du paragraphe 15(1)²⁵. La majorité, sous la plume de la juge en

²⁴ *Lovelace*, *supra* note 14, para. 108.

²⁵ *Ibid.*, para. 93 à 96.

chef McLachlin et de la juge Abella, ont en effet analysé différemment le paragraphe 15(2).

Tenant de concilier les arrêts *Andrews* et *Law*, la Cour dans *Kapp* insiste sur le fait que les paragraphes 15(1) et 15(2) ont pour objet de promouvoir l'égalité réelle, c'est-à-dire de « favoriser l'existence d'une société où tous ont la certitude que la loi les reconnaît comme des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération »²⁶, par opposition à égalité formelle, laquelle se limite à traiter les individus de façon analogue et peut entraîner des inégalités, car elle ne tient pas compte des conditions particulières des individus²⁷. Cette réflexion sur l'objet de l'article 15 a amené la majorité à conclure que le paragraphe 15(1) avait pour objet d'empêcher le gouvernement d'adopter des mesures discriminatoires alors que le paragraphe 15(2) visait à permettre au gouvernement de combattre de manière proactive la discrimination et, en définitive, à considérer le paragraphe 15(2) selon une troisième approche voulant que la démonstration par le gouvernement du caractère améliorateur d'un programme évite l'analyse sous le paragraphe 15(1).

La Cour n'explique pas de façon détaillée les raisons pour lesquelles elle ne suit pas le précédent établi dans *Lovelace*. Pour justifier sa position, elle mentionne que « [p]arce que le gouvernement fait valoir que le programme a amélioré la situation d'un groupe défavorisé, nous devons examiner plus en détail le par. 15(2) »²⁸ et s'appuie sur l'ouverture du juge Iacobucci dans *Lovelace* à ce que soit revue sa position lorsqu'il affirme, relativement à l'application du paragraphe 15(2), qu'« [...] il est bien possible que nous désirions réexaminer cette question ultérieurement, dans le contexte d'une autre affaire »²⁹. Par ailleurs, la Cour précise que, lorsque le gouvernement n'arrive pas à démontrer que son programme est protégé sous le paragraphe 15(2), il y a lieu de déterminer s'il est ou non discriminatoire sous 15(1)³⁰.

Compte tenu de l'analyse de l'objet de l'article 15 par la Cour, il va sans dire que le critère établi dans *Kapp* ne doit jamais avoir pour résultat de valider un programme sous le paragraphe 15(2) alors que ce programme serait autrement

²⁶ *Andrews*, *supra* note 19, à la p. 171.

²⁷ *Kapp*, *supra* note 4, para. 14 à 24.

²⁸ *Ibid.*, para. 29.

²⁹ *Lovelace*, *supra* note 14, para. 108.

³⁰ *Kapp*, *supra* note 4, para. 40.

Simon Picard et Geneviève Motard : « *R. c. Kapp* : Quelle interprétation pour les articles 15 et 25 de la *Charte canadienne* ? »

discriminatoire. D'ailleurs, la Cour, ayant peut-être cette préoccupation à l'esprit, mentionne un peu plus loin:

En proposant ce critère, nous sommes conscientes du fait qu'il pourra se révéler nécessaire, dans des affaires ultérieures, d'ajuster ce cadre d'analyse afin de l'adapter à la situation particulière des parties. Toutefois, à cette étape embryonnaire de l'établissement du droit relatif au parag. 15(2), le critère que nous avons décrit constitue un point de départ fondamental suffisant pour trancher les questions dont nous sommes saisis en l'espèce, mais toujours susceptible d'être amélioré à l'avenir. (Notre soulignement.)

Or, le critère établi dans *Kapp* nous apparaît favoriser plus largement les programmes améliorateurs que le critère de l'analyse contextuelle de l'arrêt *Law*, notamment du fait que la nouvelle approche évacue tout questionnement quant aux effets du programme. Si l'application de ce critère est appropriée lorsque le groupe de comparaison n'est pas un groupe défavorisé, la prudence s'impose à notre avis dans le cas contraire. En effet, un groupe défavorisé pourrait difficilement avoir gain de cause si un programme améliorateur avait un effet discriminatoire à son égard selon le critère actuel, ce dernier se limitant à l'analyse de l'objet du programme améliorateur. Suivant ce critère, du moment où la partie gouvernementale démontre le caractère améliorateur de son programme, comment un groupe défavorisé qui fait l'objet d'une différence de traitement eu égard à un autre groupe défavorisé peut-il réussir à démontrer qu'il y a discrimination?

Plusieurs possibilités pourraient être envisagées pour éviter cette situation. Les tribunaux pourraient par exemple préciser le critère de *Kapp* lors de l'application de son deuxième volet, en exigeant du gouvernement qu'il démontre que le groupe défavorisé a bien été défini compte tenu de l'objet du programme pour n'exclure aucune partie du groupe ayant des caractéristiques identiques. Également, il pourrait être envisagé d'appliquer le paragraphe 15(1) lorsque le groupe de comparaison est un groupe défavorisé.

Chose certaine, il sera intéressant de suivre l'évolution jurisprudentielle en cette matière d'autant plus que la Cour semble prendre conscience des nombreuses critiques à l'égard du test développé dans l'arrêt *Law*³¹. L'articulation entre les articles 15, 1^{er} et 25 de la *Charte* devra aussi faire l'objet d'une étude attentive par les tribunaux. À cet égard, l'arrêt *Kapp*

³¹ *Ibid.*, para. 22 et aux notes 1 et 2: les principales critiques portent sur le formalisme du test, sur le fardeau additionnel que nécessite la démonstration d'une atteinte à la dignité humaine et sur l'aspect uniquement comparateur du test.

Simon Picard et Geneviève Motard : « *R. c. Kapp* : Quelle interprétation pour les articles 15 et 25 de la *Charte canadienne* ? »

constitue une première pierre dans la construction jurisprudentielle à venir, non seulement quant à l'interprétation des articles 15 et 25, mais aussi quant à leur articulation.

3. La portée de l'article 25 de la *Charte*

Les vingt-cinq dernières années ont été fertiles en textes doctrinaux se rapportant à l'articulation devant être faite entre la *Charte*, modelée à partir de la philosophie des droits individuels, et les droits ancestraux, inspirés de philosophies collectivistes, voire communautaristes. Dans ce contexte, l'interprétation qu'il y avait lieu de donner à l'article 25 de la *Charte* a donné naissance à plusieurs théories. Les deux principales approches opposent la fonction interprétative de l'article à sa fonction protectrice³². Une autre question largement débattue par les auteurs est celle relative à la portée des droits et libertés couverts par le texte de l'article 25. Celui-ci prévoit en effet que « [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 ». C'est cette dernière question qui nous intéresse ici.

Dans *Kapp*, alors que la majorité retient que seuls les droits et libertés constitutionnels des peuples autochtones sont couverts par l'article 25, le juge Bastarache retient plutôt que cette disposition couvre tous les textes liés à la différence culturelle autochtone. La portée de l'article 25 que propose l'opinion minoritaire est par conséquent plus grande que ce qu'adopte

³² Pour certains auteurs, les droits et libertés individuels protégés et garantis par la *Charte* doivent être interprétés conformément aux droits et libertés qui sont protégés par l'article 25. Cette approche a pour but de pondérer les droits individuels et collectifs. La principale difficulté de cette approche tient à ce qu'il n'est pas toujours possible d'en arriver à une interprétation des droits et libertés individuels qui soit respectueuse des droits et libertés des peuples autochtones. Dès lors, il s'agirait de déterminer lesquels, des droits individuels ou collectifs, doivent avoir prépondérance. Pour les tenants de cette approche, ce sont les droits et libertés individuels qui doivent alors primer sur les droits collectifs protégés par l'article 25. Une autre approche consiste à préférer la primauté des droits et libertés protégés par l'article 25. Une immunité est ainsi conférée aux actes posés dans l'exercice des droits ancestraux, issus de traités ou autres droits et libertés. Cette immunité peut être absolue ou relative. Dans le premier cas, ce sont tous les actes posés qui en bénéficient, tandis que dans le second cas, seuls certains actes, liés par exemple à la différence autochtone ou à la culture autochtone, peuvent en bénéficier. Pour un résumé des principaux débats doctrinaux, voir Ghislain Otis, « La gouvernance autochtone avec ou sans la *Charte* canadienne? » (2004 - 2005) 36 R.D. Ottawa 207, aux paragraphes 53 et ss.; Bruce H. Wildsmith, *Aboriginal Peoples & Section 25 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Saskatoon, University of Saskatchewan Native Law Centre, 1988; Celeste Hutchinson, « Case Comment on *R. v. Kapp*: An Analytical Framework for Section 25 of the *Charter* », (2007) 52 R.D. McGill 173.

Simon Picard et Geneviève Motard : « *R. c. Kapp* : Quelle interprétation pour les articles 15 et 25 de la *Charte canadienne* ? »

l'opinion majoritaire dans cette affaire. Le texte de l'article 25, tant dans sa version française qu'anglaise, ainsi que son objectif nous semblent toutefois conformes à l'opinion émise par la majorité. Nous examinons dans cette partie les positions de la majorité et de la minorité.

3.1. Les droits et libertés constitutionnels des peuples autochtones

Suivant l'opinion majoritaire, l'article 25 ne viserait que les droits et libertés ancestraux et issus de traités et ceux issus des autres documents constitutionnels, tels que la *Loi de 1930 sur l'Amérique du Nord britannique*³³ qui entérine les *accords sur le transfert des ressources naturelles*. Cette position semble à première vue exclure les droits découlant du permis de pêche, tel que celui à la base de l'affaire *Kapp*. Deux questions nous semblent être d'intérêt ici. D'une part, quelle est la protection conférée par l'article 25 aux droits ancestraux non prouvés et, d'autre part, quelle est la protection conférée aux actions gouvernementales qui visent à répondre aux obligations constitutionnelles découlant du principe de l'honneur de la Couronne?

Il nous semble clair, d'une part, que l'ensemble des droits visés par l'article 35 sont compris dans l'article 25 de la *Charte*. Les droits ancestraux ou issus de traités, prouvés ou non par une partie autochtone, font donc l'objet de la protection assurée par l'article 25³⁴. Pour la même raison, les droits découlant de l'application du principe de l'honneur de la Couronne, qui sont aussi visés par l'article 35, doivent être soustraits à une analyse faite en vertu de la *Charte*. Cette façon de voir nous semble d'ailleurs conforme à la relation de nation à nation qui lie l'État et les peuples autochtones.

Rappelons que le principe de l'honneur de la Couronne est une garantie essentiellement procédurale. Le gouvernement a ainsi l'obligation de consulter, négocier et accommoder une communauté autochtone dès qu'il a connaissance de revendications de droits. La portée de son obligation et, par conséquent, des droits de la communauté à être consultée et accommodée, demeure une fonction de degré et d'appréciation des faits de chaque affaire. Plus l'effet préjudiciable potentiel d'un acte gouvernemental sera important, plus importantes seront les obligations gouvernementales d'informer, de consulter et d'accommoder la communauté affectée.

³³ *Loi constitutionnelle de 1930*, 20-21 George V, c. 26 (R.-U.).

³⁴ À ce sujet, voir la trilogie *Haïda*, *supra* note 1.

Simon Picard et Geneviève Motard : « *R. c. Kapp* : Quelle interprétation pour les articles 15 et 25 de la *Charte canadienne* ? »

La protection à l'article 25 pose dès lors la question de la limite des droits des Autochtones et des obligations corrélatives du gouvernement visés par le principe de l'honneur de la Couronne. Cette question n'ayant pas fait l'objet d'un examen par les tribunaux, nous estimons que la seule limite envisageable est celle du lien rationnel entre la mesure gouvernementale et le principe de l'honneur de la Couronne. En effet, ce principe donnant naissance à des garanties procédurales, il nous semble difficile d'évaluer la justesse des actes gouvernementaux posés dans le cours de son application. Selon cette approche, le permis de pêche commercial en cause dans l'affaire *Kapp* serait donc couvert par l'article 25 dans la mesure où le programme fédéral contesté a été adopté dans le cours de négociations devant mener à un traité, et cela même si aucun droit ancestral de pêche à des fins commerciales n'avait été démontré.

3.2. La différence culturelle autochtone, la culture distinctive et l'indianité

Au contraire de l'opinion majoritaire, le juge Bastarache estime que toute mesure législative ayant pour objectif d'assurer une protection de la différence culturelle autochtone devrait être visée par l'article 25.

Entre autres questions, cette approche pose celle de savoir comment seront conciliés les concepts de « différence culturelle autochtone », concept adopté pour interpréter le termes « autres droits et libertés » à l'article 25, de « culture distinctive », un concept cette fois adopté dans l'arrêt *R. c. Van der Peet*³⁵ pour définir les droits ancestraux protégés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*³⁶ et ceux de quiddité indienne, d'« indianité », ou d'« essentiel de l'indianité », ayant servi à interpréter le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*³⁷.

Le cas en l'espèce est illustratif de l'articulation de ces concepts. En effet, cette affaire démontre qu'il est possible d'arriver à la conclusion qu'un droit de pêche commercial est visé à l'article 25, parce qu'il répond au critère de la

³⁵ *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, para. 46. Au nom de la majorité de la Cour, le juge en chef Lamer affirme que: « pour constituer un droit ancestral, une activité doit être un élément d'une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit en question ». [Nous soulignons.]

³⁶ Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [ci-après LC1982].

³⁷ 30 & 31 Victoria, ch. 3 (R.-U.) [ci-après LC1867].

Simon Picard et Geneviève Motard : « *R. c. Kapp* : Quelle interprétation pour les articles 15 et 25 de la *Charte canadienne* ? »

différence culturelle autochtone, sans toutefois être visé par l'expression « culture distinctive », tel qu'entendu à l'article 35 LC1982³⁸.

Qu'en est-il maintenant de la distinction entre la « différence culturelle autochtone » utilisée par le juge Bastarache et l'« indianité »? Cette dernière expression réfère à la spécificité culturelle autochtone et couvre toutes les matières liées aux rapports historiques entre la Couronne et les peuples autochtones. En raison de la similitude entre ces deux expressions, on pourrait y voir là un amalgame entre les matières couvertes par le paragraphe 91(24) LC1867 et les droits visés par l'article 25. Cette approche aurait pour conséquence de protéger l'exercice de la compétence fédérale au 91(24) à l'encontre de toute allégation fondée sur la *Charte*, ce qui comprendrait l'ensemble des textes provinciaux incorporés par l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*³⁹.

Considérant l'opinion du juge Bastarache, il semble que l'expression « différence culturelle autochtone » soit plutôt un troisième critère d'analyse. En effet, tel que l'écrit le juge, seul « [...] un texte législatif qui fait une distinction entre Autochtones et non-Autochtones afin de protéger des intérêts liés à la culture, au territoire ou à la souveraineté autochtones, ou au processus des traités [...] » serait visé par l'article 25 et serait en conséquence soustrait de l'application de la *Charte*⁴⁰. À l'évidence, l'interprétation que propose le juge Bastarache du concept de « différence culturelle autochtone » englobe davantage que ce que prescrit l'article 35, mais n'englobe pas l'ensemble des droits découlant de l'exercice de la compétence fédérale et dépasse celle-ci quant à d'autres aspects⁴¹. C'est d'ailleurs le cas, par exemple, des ententes particulières conclues entre les communautés et les provinces. Dans ce cas de figure, il s'agirait alors de comprendre comment un acte provincial pourrait être soustrait à une analyse sous la *Charte*, car faisant partie de la différence culturelle autochtone au sens de l'article 25, tout en n'empiétant pas de manière significative sur la compétence fédérale en matière d'indianité. La distinction entre ces deux dernières expressions demeure pour le moins subtile et requiert, dans tous les cas, que les tribunaux s'interrogent et se prononcent sur ce qui constitue la spécificité autochtone.

³⁸ Dans l'affaire *Kapp*, aucun droit commercial de pêche n'avait été démontré.

³⁹ L.R., 1985 c. I-5.

⁴⁰ *Kapp*, *supra* note 4, para. 103. L'honorable Bastarache se réfère ici à l'ouvrage de Patrick Macklem, *Indigenous difference and the Constitution of Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2001, à la p. 225.

⁴¹ *Ibid.*, para. 105.

L'arrêt *Kapp* soulève plusieurs questions de droit tant en ce qui concerne l'article 15 que l'article 25 de la *Charte*. Ce commentaire a tenté de mettre en lumière certaines de ces questions. Au-delà de la portée de ces dispositions, ce sont particulièrement les questions de cohérence juridique qui posent problème. Aussi, en dernière analyse, il convient de se demander comment doit être abordée l'articulation de ces deux dispositions considérant l'interprétation qui leur a été donnée dans l'arrêt *Kapp*. À notre avis, la première question qu'un tribunal devrait se poser est celle de savoir si le droit collectif invoqué est couvert par l'article 25 de la *Charte*. En cela, notre opinion se distingue de la méthode retenue par la majorité de la Cour dans l'affaire *Kapp*.

Dans le cas d'une réponse positive qui, suivant en cela l'opinion majoritaire, ne devrait survenir que lorsque des droits protégés constitutionnellement sont en cause, il y aurait alors lieu de s'interroger sur le conflit entre le droit visé par cet article et un autre droit protégé par la *Charte*, et cela conformément à l'analyse proposée par le juge Bastarache. Enfin, lorsqu'un tel conflit survient, l'article 25 jouerait le rôle de bouclier contre toute atteinte d'un droit individuel à un droit collectif. Encore une fois, l'opinion du juge Bastarache nous semble juste.

Par contre, dans le cas d'une réponse négative, c'est-à-dire lorsqu'un droit n'est pas visé par l'article 25, il y aurait alors lieu d'appliquer les dispositions prévues aux paragraphes 15(1) ou 15(2) en fonction du groupe de comparaison en cause. Enfin, lorsque l'atteinte à un droit individuel aura été démontrée, il restera à établir la justification de la règle de droit contestée dans le cadre d'une société libre et démocratique. De cette manière, la cohérence constitutionnelle nous semble mieux respectée.