

## COUR SUPÉRIEURE

CANADA  
PROVINCE DE QUÉBEC  
DISTRICT DE MONTRÉAL

N° : 500-17-048861-093

DATE : 21 JUIN 2017

---

**SOUS LA PRÉSIDENTE DE : L'HONORABLE CHANTAL MASSE, J.C.S.**

---

**STÉPHANE DESCHENEAUX**  
**SUSAN YANTHA**  
**TAMMY YANTHA**  
Demandeurs

c.  
**LA PROCUREURE GÉNÉRALE DU CANADA**  
Défenderesse

et  
**CHEF RICK O'BOMSAWIN et al.**  
et  
**CHEF RAYMOND BERNARD et al.**  
Intervenants

et  
**MAÎTRE SÉBASTIEN GRAMMOND**  
*Amicus curiae*

et  
**LA REGISTRAIRE**  
Mise en cause

**TRANSCRIPTION DU JUGEMENT RENDU ORALEMENT PAR  
CONFÉRENCE TÉLÉPHONIQUE  
LE 20 JUIN 2017<sup>1</sup>**

---

<sup>1</sup> Palais de justice de Longueuil, salle 1.29. Lors de l'audience, le Tribunal s'est réservé la faculté d'ajouter les références exactes à la preuve et des références à des autorités ainsi que de remanier les motifs pour en faciliter la compréhension. L'enregistrement de l'audience a également été acheminé aux procureurs. Le paragraphe 48 et la note en bas de page 24 avaient été omis par

---

## **APERÇU**

[1] Une seconde prorogation du délai de suspension d'une déclaration d'invalidité de dispositions législatives de la *Loi sur les Indiens*<sup>2</sup> invalidées en 2015<sup>3</sup> est demandée au Tribunal. La Procureure générale du Canada s'oppose à ce que le Tribunal tranche immédiatement la question (disant vouloir laisser le champ libre au processus législatif, qui serait encore inachevé selon elle). Elle soumet subsidiairement qu'elle serait en accord avec une prorogation, sans autre mesure, alors que les demandeurs, dont les droits constitutionnels ont été mis en suspens depuis le 3 août 2015, requièrent qu'une mesure qu'ils qualifient de «*provisoire*» soit instaurée de façon accessoire à la prorogation.

[2] Un *amicus curiae*, Me Sébastien Grammond, nommé par le Tribunal notamment afin de lui faire des représentations et recommandations tenant compte des intérêts de tous les absents sur la question qu'il doit trancher, dont les personnes dans la situation des demandeurs, ceux-ci étant représentés par les mêmes procureurs que les bandes intervenantes, les bandes n'ayant pas toujours les mêmes intérêts que les personnes cherchant à obtenir le statut d'Indien, les autres catégories de personnes pouvant bénéficier de la décision ou du projet de loi S-3, les personnes qui possèdent le statut d'Indien, celles qui y ont actuellement droit sans être inscrites ou deviendront éligibles à être inscrites, ainsi que les premières nations et les métis.

[3] Le travail de l'*amicus curiae* est d'une grande qualité. Ses observations écrites<sup>4</sup> ont été précieuses pour le Tribunal bien que le Tribunal ne retienne pas les suggestions qu'il a pu faire, comme le démontrera la décision qu'il s'apprête à rendre.

[4] Le travail d'un juge implique parfois qu'il doive savoir faire preuve d'humilité. C'est le cas dans cette affaire, à l'occasion de laquelle la soussignée doit réexaminer sa propre décision. Cette situation est exceptionnelle mais découle du fait que la soussignée est toujours saisie du dossier en raison de l'ordonnance de suspension de la déclaration d'invalidité et de sa prorogation une première fois ainsi que du fait qu'une nouvelle prorogation lui est demandée.

[5] Pour les raisons qui suivent, il n'est pas approprié pour le Tribunal de retenir sa décision, non plus que de proroger la suspension de la déclaration d'invalidité constitutionnelle.

---

inadvertance lors de la lecture des motifs en salle d'audience. Le jugement est donc rectifié pour les ajouter.

<sup>2</sup> L.C. 1985, c. 27.

<sup>3</sup> *Descheneaux c. Canada (P.G.)*, 2015 QCCS 3555 (désistement d'appel) («Descheneaux»).

<sup>4</sup> Elles sont jointes en annexe 1.

## **1. Retenir la décision n'était pas approprié dans les circonstances.**

[6] La soussignée a appelé le législateur à accomplir une tâche difficile en lui rappelant ses obligations dans un jugement du 3 août 2015, rendu il y a près de 23 mois, déclarant invalide plusieurs dispositions de la *Loi sur les Indiens* conférant le droit à l'inscription au Registre des Indiens. Ceci a été fait dans les termes suivants:

«[234] Le présent jugement vise à disposer du recours exercé par les demandeurs.

[235] Il n'exempte pas pour autant le législateur de prendre les mesures appropriées afin d'identifier et de régler toutes les autres situations discriminatoires pouvant découler de la problématique identifiée, fondées sur le sexe ou sur d'autres motifs prohibés, et ce, en conformité avec son obligation constitutionnelle de s'assurer que les lois respectent les droits consacrés à la Charte canadienne.

[236] Cette tâche du législateur est complexe et à la mesure de l'impact généralisé des lois qu'il adopte. Il doit tenir compte des effets d'une loi sur l'ensemble des situations auxquelles elle est susceptible de s'appliquer, et ce, notamment, à la lumière de rapports, d'études et de situations factuelles, discutés et mis de l'avant lors du processus d'adoption des lois de même qu'en considérant le droit applicable, incluant les principes énoncés dans les décisions judiciaires.

[237] Les juges n'étant saisis que d'un litige particulier et de ce qui est mis en preuve et plaidé devant eux, ils ne sont pas les mieux placés pour saisir toutes les implications des lois et tous leurs effets potentiellement discriminatoires.

[238] Le législateur, dans la Loi de 2010, a choisi de restreindre le remède apporté aux seules parties au litige dans *Mclvor* et aux personnes dans une situation rigoureusement identique à la leur et n'a pas non plus cherché à identifier la pleine mesure du traitement avantageux accordé au groupe privilégié identifié dans cette affaire.

[239] Lorsque le législateur choisit d'omettre de considérer les implications plus larges des décisions judiciaires en restreignant la portée de celles-ci à leur strict minimum, une certaine abdication du pouvoir législatif aux mains du pouvoir judiciaire est susceptible de prendre place. Les détenteurs du pouvoir législatif se contenteraient alors d'attendre que les tribunaux se prononcent au cas par cas avant d'agir et que leurs décisions forcent progressivement la modification des lois afin que celles-ci soient, finalement, conformes à la Constitution.

[240] Du point de vue des citoyens canadiens, qui sont tous des justiciables potentiels, le manquement à cette obligation du législateur et

l'abdication de pouvoir qui pourrait en résulter ne sont évidemment pas souhaitables.

[241] D'abord, cela les obligerait à faire valoir à grands frais leurs droits constitutionnels dans l'arène judiciaire dans de multiples cas très connexes plutôt que de bénéficier des effets plus larges d'une décision de principe et plutôt que de compter sur ceux et celles qui exercent le pouvoir législatif pour assurer le respect de leurs droits lors de l'adoption et de la révision de lois qui relèvent d'eux. Ensuite, les ressources judiciaires limitées, sollicitées à plusieurs reprises pour des litiges qu'un jugement précédant bien interprété aurait dû régler, sont ainsi dilapidées plutôt qu'utilisées de manière efficace, ce qui a des effets malheureux sur l'ensemble des justiciables.

[242] Il est évident qu'en raison du caractère technique de la Loi, de son évolution dans le temps, et de ses effets multi-générationnels, s'assurer qu'elle n'a pas d'effets discriminatoires injustifiés représente un défi important. Ce ne sont cependant pas là des motifs justifiant de ne pas tenter, une nouvelle fois, de le relever.

[243] Une lecture aussi stricte du présent jugement que celle qui a été faite de la décision de la CACB dans *McIvor*, n'est pas la voie que devrait emprunter le législateur. S'il souhaite jouer pleinement son rôle, plutôt que de laisser le champ libre aux litiges, il fera autrement cette fois-ci, tout en apportant rapidement des correctifs suffisamment larges pour remédier à la discrimination constatée en l'espèce. L'un n'exclut pas l'autre.»<sup>5</sup>

[7] La réponse du gouvernement à cet appel, qui paraît donc avoir été entendu, prévoit une approche en deux étapes.

[8] Une première étape consistait en l'adoption de dispositions visant à amender la *Loi sur les Indiens* en apportant des correctifs à la discrimination fondée sur le sexe «connue».

[9] En second lieu, le gouvernement «s'est engagé à lancer un processus collaboratif avec les Premières Nations et d'autres groupes autochtones afin d'aborder des enjeux plus vastes touchant l'inscription des Indiens, l'appartenance à une bande et la citoyenneté en vue d'instaurer une éventuelle réforme.»<sup>6</sup> Suivant le plan d'action, les enjeux liés à la discrimination fondée sur des motifs prohibés autres que le sexe allaient être abordés lors de cette seconde étape, dont l'échéancier était alors plus ou moins encadré.

[10] Dans une première demande de prorogation faisant suite à une lettre du Comité sénatorial permanent des peuples autochtones en date du 13 décembre 2016 indiquant

<sup>5</sup> Descheneaux, précité note 3, par. 234 à 243.

<sup>6</sup> Pièce R-15, p.1.

que le Comité « a entendu des témoignages qui laissent à penser que des iniquités fondées sur le genre perdureront, même si ce projet de loi est adopté »<sup>7</sup> ainsi que « des témoignages indiquant que la Couronne pourrait avoir manqué à son obligation de consulter en vertu de l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982.»<sup>8</sup> Le Comité a spécifiquement demandé à ce qu'une demande de prorogation soit faite auprès de la Cour supérieure du Québec afin de permettre « au ministère de poursuivre son processus de consultation sur les iniquités fondées sur le genre en matière d'inscription.»<sup>9</sup>

[11] Le plan d'action faisait état de la possibilité de tenir des discussions continues sur les modifications proposées au projet de loi S-3 afin d'aborder les iniquités résiduelles fondées sur le sexe en lien avec le droit à l'inscription au Registre des Indiens. Ainsi, suivant le plan d'action, « une prorogation de six mois permettrait au gouvernement de mener d'autres consultations sur le projet de loi S-3 afin de confirmer que les modifications proposées présentent le redressement approprié pour les situations exposées dans l'affaire Descheneaux et de s'assurer que le projet de loi aborde d'autres situations d'iniquités fondées sur le sexe.»<sup>10</sup>

[12] La preuve soumise lors de cette première demande de prorogation faisait également état du processus parlementaire tout en soulignant l'impossibilité de prévoir précisément les délais qu'impliquait ce processus.

[13] Suivant le plan d'action alors présenté au Tribunal, le délai demandé comprenait « le temps requis pour rédiger des modifications supplémentaires et mener à terme le processus législatif, à compter du début du printemps 2017, afin d'adopter formellement le projet de loi d'ici la fin de la session parlementaire, le 23 juin 2017, et d'adopter un décret immédiatement après l'entrée en vigueur de la loi»<sup>11</sup> (le soulignement est ajouté).

[14] Par une décision rendue le 20 janvier 2017, le Tribunal a prorogé le délai de suspension de la déclaration d'invalidité jusqu'au 3 juillet 2017, accordant quelques jours de plus suivant la fin de la session parlementaire prévue pour le 23 juin 2017, pour l'adoption d'un décret.

[15] Nous sommes le 20 juin 2017. Aucune loi n'a encore été adoptée.

[16] Le processus en cours présentement ne permet pas non plus de dire avec certitude s'il y en aura une avant l'échéance du 3 juillet prochain, dans quelques jours à peine.

---

<sup>7</sup> Pièce R-11, p.1.

<sup>8</sup> Id.

<sup>9</sup> Id.

<sup>10</sup> Pièce R-15, p.3.

<sup>11</sup> Id.

[17] L'adoption du projet de loi avant l'ajournement prévu de la Chambre des communes pour le 23 juin, tel que représenté dans le plan d'action soumis au Tribunal en janvier 2017 aux fins de la première demande de prorogation, est devenue impossible à toutes fins pratiques compte tenu qu'il faudra en principe que la Chambre des communes retourne le projet de loi au Sénat dont il n'est pas possible, non plus, de prévoir ce qu'il fera et en combien de temps.

[18] La première intervention de l'*amicus curiae*, dès le 6 juin 2017, lors d'une conférence téléphonique tenue cette date, avec laquelle la soussignée était pleinement en accord, était que le législateur devait pouvoir réagir à la décision à être rendue, l'une des possibilités étant le refus de la demande de prorogation.

[19] Il vaut de noter que dès les conférences téléphoniques de mai et juin 2017, voyant l'échéance et les conséquences possibles d'une potentielle absence de réponse législative, le Tribunal avait évoqué auprès des procureurs des parties que tous les scénarios étaient possibles, vu les circonstances exceptionnelles à tous égards du dossier, dont ceux d'un refus de proroger ou d'une acceptation de proroger, avec ou sans régime transitoire et ordonnance au Registraire d'inscrire immédiatement les demandeurs et, notamment, la possibilité d'un régime transitoire du consentement des parties.

[20] Les dates les plus tardives envisagées lors des conférences téléphoniques étaient les 19 et 20 juin 2017 pour procéder sur une telle demande de prorogation et ont été maintenues, les demandeurs devant se résigner, cependant, à présenter eux-mêmes une demande de prorogation, la Procureure générale du Canada ayant indiqué le 12 juin qu'elle n'avait pas reçu mandat de la Ministre des Affaires autochtones et du Nord Canada à cet effet.

[21] Compte tenu de l'ensemble de ces circonstances, le Tribunal considère inapproprié de retenir sa décision.

## **2. Rappel du contexte juridique.**

[22] En première instance dans l'affaire *Mclvor v. The Registrar Indian and Northern Affairs Canada*,<sup>12</sup> la juge Ross de la Cour supérieure de la Colombie-Britannique avait jugé que la discrimination en matière d'inscription au Registre des Indiens découlant de droits acquis en vertu de la *Loi sur les Indiens* devait recevoir un remède mettant les descendants des Indiennes ayant perdu leur statut en se mariant sur le même pied que les descendants des Indiens de sexe masculin, certains d'entre eux bénéficiant d'un droit acquis à l'inscription.

---

<sup>12</sup> 2007 BCSC 827, les motifs additionnels quant au remède étant publiés à 2007 BCSC 1732.

[23] En appel de cette affaire, il a été décidé par décision du 6 avril 2009 de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique<sup>13</sup>:

- a) Que la discrimination découlant de droits acquis était justifiée;
- b) Que celle découlant des avantages accordés aux victimes de la règle de la double-mère, vu leur statut amélioré en vertu de la Loi de 1985, ne l'était pas;
- c) Que Madame Mclvor et son fils, tous deux parties à l'instance, étaient victimes de discrimination fondée sur le sexe de Madame Mclvor et,
- d) qu'il n'était pas nécessaire de disposer de l'argument relatif aux distinctions liées aux ascendants Indiens et voici à cet effet les paragraphes 100 et 101 de la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Mclvor*.

«[100] In any event, this case does not require the Court to go nearly so far as the trial judge did in accepting historical distinctions to be the foundation of discrimination claims.

[101] For the purposes of this case, it is sufficient to consider whether or not distinctions based on Ms. Mclvor's sex violate s. 15 of the Charter. In the discussion that follows, I intend to focus on the allegedly discriminatory treatment of the plaintiffs on the basis of Ms. Mclvor's sex, and not on the much broader argument apparently accepted by the trial judge based on historical lineage.»

[24] Dans un obiter, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et cet obiter se retrouve aux paragraphes 95 à 99 qui précèdent immédiatement les paragraphes que vient de citer le Tribunal, la Cour énonçait que la discrimination matrilineaire n'était peut-être pas de la discrimination fondée sur le sexe («*seems to me*»<sup>14</sup>).

[25] Malgré les difficultés inhérentes et évidentes d'un appel des motifs d'une décision alors qu'elles avaient eu gain de cause devant la Cour d'appel de Colombie-Britannique, les parties victorieuses, Madame Mclvor et son fils Grismer, ont tenté d'en appeler à la Cour suprême du Canada.

[26] Le Procureur général du Canada a d'ailleurs plaidé ce qui suit, en 2009, dans sa réponse à la demande de permission d'en appeler aux paragraphes 1, 2, 3, 4, 20, 25 et 47 :

«1. The Attorney General of Canada and the Registrar, Indian and Northern Affairs Canada («Canada») oppose this application for leave to appeal.

<sup>13</sup> *Mclvor v. Canada (Registrar of Indian and Northern Affairs, Canada)*, 2009 BCCA 153 («*Mclvor*»).

<sup>14</sup> *Mclvor*, précité note 13, paragraphe 98.

2. The application is made by Applicants who were successful in obtaining a declaration of constitutional invalidity of section 6(1)(a) and (c) of the Indian Act, R.S.C » 1985, c.I-5 (the «1985 Act») in the court below. The declaration has been suspended for 1 year from April 6, 2009.

3. Canada, as the unsuccessful party in the court below, has not sought leave to appeal, and instead has chosen to comply with the decision of the Court of Appeal and take steps to introduce a Bill to amend s.6 of the 1985 Act.

4. The Court of Appeal has pronounced judgment in favour of the Applicants. The matter is now properly one for the Executive, then parliament to address.

[...]

20. As the issue of enacting legislative amendments is for Parliament to address, there is no matter of principle warranting decision by this Court on application by these Applicants, who were the successful parties in the Court below. It should be presumed that Parliament will amend the impugned provisions in a manner that complies with the Constitution.

[...]

25. While Canada would agree that the issue of the constitutionality of s. 6 of the 1985 Act is one of public importance, the issues raised by the Applicants in their application for leave to appeal are not, and do not meet the test for granting leave to appeal.

[...]

47. At this time, it is premature to postulate what remedial action Parliament may take and therefore the issue of remedy in this case is not one of public importance. Importantly, it is open for the Executive, then for Parliament, to craft a constitutionally sound amendment that it sees fit.»

(Les soulignements sont de la soussignée.)

[27] La permission d'en appeler à la Cour suprême ayant été refusée, un amendement aux dispositions invalidées de la *Loi sur les Indiens*, dont la portée était strictement restreinte aux parties dans l'affaire *Mclvor* et aux personnes dans une situation rigoureusement identique à la leur est par la suite intervenu.

[28] Plusieurs années plus tard, en janvier 2015, la soussignée a entendu la présente affaire, si similaire à l'affaire *Mclvor*, que le Procureur général du Canada a déposé au dossier l'ensemble de la preuve qui avait été produite devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Pour une seconde fois la constitutionnalité des dispositions de



la *Loi sur les Indiens* en matière d'inscription étaient attaquées au motif qu'elles étaient discriminatoires en raison d'un motif prohibé : le sexe.

[29] Accordant un grand poids au précédent *Mclvor*, trop grand si l'on considère les propos de *l'amicus curiae* sur cette question, la soussignée a décidé ce qui suit en appliquant les principes énoncés par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *Mclvor* tout en ayant indiqué ne pas être liée par les *obiter* de celle-ci<sup>15</sup> :

«[132] Comme indiqué dans *Mclvor*, les demandeurs peuvent se comparer au groupe le plus avantage. L'affaire *Withler* a réitéré que toutes les caractéristiques des groupes comparés ne sont pas pertinentes au bénéfice recherché, spécifiant qu'il y a lieu de déterminer quelles sont les caractéristiques pertinentes dans les circonstances afin de mieux centrer l'analyse sur l'égalité réelle.

[133] Ici, la caractéristique pertinente est constituée des ancêtres Indiens nécessaires à l'obtention ou à la transmission d'un statut. Même si les demandeurs ont tenté d'établir que toutes leurs caractéristiques correspondaient en tous points à celles du groupe comparateur, il suffit qu'ils aient en commun avec ce groupe mieux traité leurs ancêtres Indiens et qu'ils démontrent qu'ils n'ont pas obtenu un traitement aussi avantageux en raison d'un motif de discrimination prohibé.

[134] Ainsi, si la Loi de 1985 accorde un statut 6(1) à vie à un groupe déjà privilégié qui n'avait pas droit à un tel statut sous l'ancienne loi, tout en le refusant à des groupes historiquement victimes de discrimination alors que leurs caractéristiques sur le plan généalogique, outre le sexe de leurs ancêtres Indiens, sont les mêmes, il faudra conclure qu'elle est discriminatoire.

[...]

[149] Il faut bien constater que Descheneaux subit lui aussi un traitement discriminatoire en raison du sexe de son grand-parent Indien, même lorsqu'il se compare au groupe plus restreint des personnes auxquelles la règle de la double-mère s'appliquait avant l'entrée en vigueur de la Loi de 1985 et au sous-groupe encore plus avantage retenu aux fins de comparaison en l'espèce.

[150] Malgré ce qu'a plaidé le PGC, ce constat, considérant le caractère historique et fondé sur des stéréotypes de la discrimination en cause, la moindre valeur accordée à l'identité Indienne des femmes et à celle de leurs descendants, ne dépend aucunement de la façon dont Descheneaux ou ses enfants ont pu s'accommoder de leur statut diminué ou de leur absence de statut dans les faits. Le bénéfice dont ils sont

---

<sup>15</sup> Voir le paragraphe 99 de la décision du 3 août 2015.

privés est en effet lié à leur incapacité de transmettre un statut de la même façon que les personnes appartenant au groupe comparateur.

[...]

[168] Ce sont les ancêtres Indiens nécessaires à l'obtention d'un statut permettant de le transmettre à leurs enfants, excluant les personnes ayant obtenu le statut du fait de leur mariage, qui autorisent Susan et Tammy à se comparer au groupe auquel la règle de la double-mère s'appliquait. Le père Indien de Susan Yantha suffit à cette fin. Tel que déjà vu, ne pas faire abstraction des personnes ayant obtenu le statut du fait de leur mariage reviendrait à nier que l'on doit ici se prononcer sur l'égalité réelle plutôt que sur l'égalité formelle. C'est d'ailleurs l'approche qui a été retenue par la CACB dans *Mclvor*. »<sup>16</sup>

[30] La portée de la décision judiciaire rendue le 3 août 2015, comme dans l'affaire *Mclvor*, concerne les parties au litige et les autres personnes dans leur situation.

[31] Le Tribunal a toutefois invité le législateur à tenir compte des implications plus larges de cette décision, contrairement à ce qui avait été fait après l'affaire *Mclvor*, tel qu'il appert des paragraphes 234 à 243 déjà cités plus haut.

[32] Il y a eu appel, puis, désistement de l'appel de cette décision.

[33] Il appartient au législateur et à celui-ci uniquement de déterminer la mesure dans laquelle il souhaite donner suite à cette invitation de se conformer à ses obligations constitutionnelles sans que l'intervention des tribunaux soit nécessaire ainsi que de décider de la façon dont il entend le faire.

[34] Il vaut de noter que le Procureur général du Canada, en 2009, se reconnaissait cette obligation dans les arguments soumis à la Cour suprême du Canada à la suite de la demande de permission d'en appeler dans *Mclvor*.

[35] Le jugement du 3 août 2015 démontre, malheureusement, qu'il a failli à cette obligation.

[36] Il ne s'est pas encore acquitté de cette obligation, même à l'endroit des demandeurs et des autres personnes dans leur situation à ce jour, et ce, près de 23 mois après la décision du 3 août 2015.

[37] L'ampleur de la réponse à donner à l'invitation de la soussignée fait maintenant l'objet d'un débat entre le Sénat et la Chambre des communes, un débat dans lequel il est hors de question pour le Tribunal de s'immiscer.<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> Descheneaux, précité note 3, par. 132 à 134, 149, 150 et 168.

<sup>17</sup> Voir les différentes versions du projet de loi S-3 produites au dossier.

### 3. Le caractère inapproprié de la demande de prorogation et des autres suggestions.

#### 3.1 Principes juridiques applicables

[38] Suivant la décision de la Cour suprême du Canada dans *Carter c. Canada*:<sup>18</sup>

[...]

«[2] Suspendre la prise d'effet de la déclaration d'invalidité constitutionnelle d'une loi est une mesure extraordinaire, car elle a pour effet de maintenir en vigueur une loi inconstitutionnelle, en violation des droits constitutionnels des membres de la société canadienne. Proroger une telle suspension pose encore plus problème. Les appelants soulignent d'ailleurs que la prorogation causera un tort considérable à certaines personnes. L'existence de circonstances exceptionnelles doit être démontrée. C'est donc un lourd fardeau qui incombe au procureur général sollicitant la prorogation de la suspension de la prise d'effet d'une déclaration d'invalidité constitutionnelle.»

Le Tribunal souligne que ce fardeau est tout aussi lourd pour une autre partie, lorsque c'est une autre partie qui demande une telle prorogation, comme c'est le cas ici.

[39] Suivant l'auteur Kent Roach :

« Although not specifically contemplated in the Schachter guidelines, one of the benefits of a suspended declaration of invalidity is that it allows the legislature to exercise its policy-making role by selecting from a variety of constitutional options. If a legislature appears unwilling or unable to carry out such a role, a suspended declaration of invalidity may not be appropriate. »<sup>19</sup>

(Le soulignement est de la soussignée.)

[40] Le Tribunal tient également compte des principes énoncés dans l'affaire *Schacter c. Canada*<sup>20</sup> appliqués dans sa propre décision du 3 août 2015, ainsi que des propos suivants des juges dissidents dans *Carter*, aux paragraphes 12 et 14 sous la plume de la juge en chef McLachlin, propos qui s'imposent avec d'autant plus de force qu'il ne s'agit pas ici d'accorder une exemption constitutionnelle mais, à toutes fins pratiques, de mettre en vigueur des dispositions accordant des droits devant s'insérer

<sup>18</sup> [2016] 1 R.C.S. 13, par. 2.

<sup>19</sup> Roach, Kent, *Constitutional Remedies in Canada*, Aurora, Ont. : Canada Law Book, 1994, (Édition à feuilles mobiles) p. 14-92.4.

<sup>20</sup> [1992] 2 R.C.S. 679.

dans le cadre d'un régime législatif extrêmement complexe, soit celui de la *Loi sur les Indiens* :

«[12] Nous ne sommes pas convaincus que les appelants ont établi le bien-fondé d'une exemption constitutionnelle. Dans le jugement unanime sur le fond, la Cour a jugé qu'il n'était pas opportun dans la présente affaire de créer une procédure d'exemption pour la durée de la période au cours de laquelle la prise d'effet de la déclaration d'invalidité est suspendue. La Cour a écrit que cela « serait source d'incertitude, saperait la primauté du droit et constituerait une usurpation de la fonction du législateur, qui est mieux placé que les tribunaux pour créer des régimes de réglementation complexes » : par.125. Or, à notre avis, ces considérations restent convaincantes.

[...]

[14] Nous ajoutons ceci. Nous ne sous-estimons pas la souffrance de ceux à qui l'on refuse encore l'accès à l'assistance dont ils ont besoin pour y mettre fin. Cela devrait ressortir clairement des motifs du jugement de la Cour sur le fond. Cependant, nous ne sous-estimons pas non plus la complexité des enjeux relatifs à la question fondamentale de savoir quand il devrait être légal de poser des gestes qui constitueraient autrement une conduite criminelle. La complexité des enjeux découle non seulement des dimensions morale et éthique profondes de la question, mais également du chevauchement des compétences législatives fédérale et provinciale en la matière. La Cour a conclu à l'unanimité dans son jugement sur le fond qu'il était préférable qu'il soit traité de ces enjeux par le processus législatif. Nous sommes toujours de cet avis. Que ce processus législatif ait besoin de plus de temps est regrettable, mais qu'il s'agisse du meilleur moyen pour traiter de la question n'en demeure pas moins vrai pour autant.»<sup>21</sup>

### **3.2 La prorogation comme seule mesure n'est pas une option dans les circonstances**

[41] Les commentaires de Kent Roach ci-haut cités sont directement applicables ici.

[42] Soulignons d'abord que, malheureusement pour les demandeurs, ils n'ont pas le contrôle du processus et que, même si ce sont eux qui sont en demande, celle-ci est également appuyée par la Procureure générale du Canada de façon subsidiaire, sauf quant aux conclusions déclaratoires demandées, lesquelles visent à ce qu'un régime «*provisoire*» soit mis en place.

---

<sup>21</sup> *Carter*, précité note 18, par. 12 et 14, la juge en chef et les juges Cromwell, Moldaver et Brown, dissidents en partie.

[43] La Procureure générale du Canada et le législateur disposaient de plusieurs indices qui auraient dû leur donner à penser qu'une nouvelle prorogation, du moins sans autre mesure, n'aurait rien d'un automatisme.

[44] D'abord le délai de 18 mois, déjà très long, déterminé dans la décision du 3 août 2015 tenait notamment compte des élections alors à venir à l'automne 2015, de la possibilité de consultations, ainsi que de la complexité de la *Loi sur les Indiens* et invitait le législateur à procéder «*rondement*» compte tenu du fait que les enjeux dont il s'agit sont loin d'être nouveaux :

« [232] Le délai d'un an et demi pour décider des mesures à prendre paraît raisonnable, et ce, en tenant compte du contexte préélectoral ambiant et en considérant que ce n'est pas la première fois que le législateur est appelé à analyser la question et qu'il procède à des consultations à ce sujet. Il faut réitérer que la situation perdure depuis maintenant un peu plus de 30 ans sans qu'une solution complète y ait été apportée. Et le Tribunal fait abstraction des discussions relatives à la discrimination découlant de la Loi de 1951 lesquelles se sont déroulées bien avant que l'entrée en vigueur de la Charte canadienne soit en vue<sup>(60)</sup> Le délai retenu tient compte du fait que les problématiques dont il s'agit ici ont été dénoncées depuis plusieurs années. Même si de nouvelles consultations devaient être tenues, il faudra qu'il y soit procédé rondement.

[233] Ce faisant, le Tribunal est bien conscient que les demandeurs et les autres personnes dans leur situation continueront d'être victimes de discrimination pendant la période de 18 mois accordée, à moins que le législateur agisse plus rapidement. C'est néanmoins le prix que comporte le respect du rôle fondamental du pouvoir législatif dans notre société, un rôle que le Tribunal ne saurait usurper.

---

60. La juge de première instance fait état, dans ses motifs additionnels sur le remède, de discussions à ce sujet dès le début des années 70, *Mclvor v. The Registrar Indian and Northern Affairs Canada*, précité, note 8.»

(Seule la note en bas de page numéro 60 a été conservée, les autres étant omises. Les soulignements sont ajoutés.)

[45] Ensuite, la décision du 20 janvier 2017 prorogeant le délai à la suite de la première demande à cet effet se terminait avec un commentaire suggérant implicitement de procéder rapidement à l'intérieur du délai accordé :

« [35] Ceci portera le délai total dont aura disposé le législateur à 23 mois, 19 mois si l'on exclue les 4 mois d'arrêt des travaux pendant les élections. La date du 3 juillet est retenue en lien avec la fin des travaux

de la chambre des communes, prévue pour le 23 juin sous réserve d'une modification, et implique un délai additionnel de quelques jours, advenant que la réponse législative soit adoptée à la dernière minute, pour l'adoption d'un décret. Il va sans dire qu'il n'est pas interdit de procéder plus rapidement.»

(Le soulignement est de la soussignée.)

[46] Enfin, dès le début du mois de mai 2017, la soussignée référait les procureurs à l'affaire *Carter* et indiquait qu'elle envisagerait notamment la possibilité d'un rejet ainsi que celle d'une mesure transitoire référant au paragraphe 228 du jugement du 3 août 2015 advenant qu'une nouvelle demande de prorogation soit présentée. Consciente des difficultés que poserait une telle mesure sur le plan des principes, elle suggérait également la possibilité d'un régime transitoire du consentement des parties.

[47] Compte tenu de ces circonstances et des principes énoncés dans *Carter* ainsi que des commentaires ci-haut cités de l'auteur Kent Roach, la prorogation de la suspension d'invalidité n'est pas une solution acceptable, malgré toute l'empathie du Tribunal pour la situation des demandeurs.

[48] Les observations écrites de *l'amicus curiae*, également, rassurent dans une certaine mesure, quant aux conséquences éventuelles d'une expiration de la suspension de l'invalidité constitutionnelle, le chaos ne semblant pas en vue. C'est néanmoins la situation que la soussignée avait tenté d'éviter en suspendant la déclaration d'invalidité une première fois, puis, une seconde fois.

### **3.3 La prorogation doublée d'une mesure «provisoire» n'est pas non plus un remède approprié**

[49] La mesure que les demandeurs souhaitent obtenir aurait des effets bien au-delà de sa durée considérant qu'il s'agit ici de déclarer le droit à un statut, et n'aurait donc de provisoire que le nom.

[50] Elle aurait en réalité les mêmes effets qu'une interprétation large des dispositions invalidées mais seulement pour ceux qui s'en prévaudraient pendant la durée de la prorogation additionnelle. Sur le plan de la règle de droit, ceci pose en soi des difficultés et présume de l'adoption de mesures identiques ou très similaires à l'expiration du délai de suspension.

[51] Son libellé pose de plus des difficultés insolubles, s'inspirant en partie d'un projet de loi non encore en vigueur. Le procureur des demandeurs a fait mention du fait que les dates apparaissant aux conclusions étaient tirées du projet de loi S-3, dates qui ne se retrouvent qu'en partie au jugement de la soussignée.

[52] Les affidavits produits par la Procureure générale du Canada convainquent le Tribunal qu'il n'est toujours pas approprié pour celui-ci d'imposer un libellé dans le contexte du schème législatif en cause ici.<sup>22</sup>

### **3.4 L'interprétation large est également inappropriée si tant est qu'elle soit une option**

[53] *L'amicus curiae* a suggéré que la mesure la plus appropriée dans les circonstances, sur le plan des principes, serait une interprétation large pour intégrer à la *Loi sur les Indiens* soit le paragraphe 228 du jugement ou les conclusions suggérées dans la requête amendée des demandeurs<sup>23</sup>, ce qui implique une modification du remède accordé dans le jugement du 3 août 2015.

[54] Disons immédiatement qu'il n'est pas évident pour le Tribunal qu'il dispose d'une telle latitude.<sup>24</sup> Même s'il possédait cette latitude, ce qu'il ne décide pas, le Tribunal considère qu'il ne serait pas approprié de l'utiliser ici, et ce, pour les raisons suivantes.

[55] La démarche qu'a suggérée *l'amicus curiae* lors de ses représentations à l'audience implique, dans un premier temps, que le Tribunal «constate» qu'il existe un accord entre l'exécutif et les deux chambres législatives pour reconnaître aux demandeurs et aux autres personnes dans leur situation, un statut d'Indien.

[56] Sur le plan pratique, ceci signifie que la soussignée est appelée à évaluer si, suivant la preuve devant elle, cet accord existe et quelle en est la portée.

[57] Ceci revient à dire qu'un juge saisi d'une demande de prorogation pourrait avoir à se prononcer, en fin de période d'application de cette demande de prorogation et alors qu'un projet de loi n'est toujours pas adopté, sur un litige quant à l'existence et la portée d'un accord entre ces institutions alors que celles-ci sont toujours à l'œuvre et que la façon dont leur accord s'exprime, en principe, est par l'adoption et la sanction d'un projet de loi.

[58] Prétendre analyser des débats devant les chambres législatives ou des déclarations politiques venant de l'exécutif pour en tirer un tel «accord» constituerait, à l'humble avis de la soussignée, une ingérence intolérable du pouvoir judiciaire dans le rôle de ces institutions d'une importance fondamentale au sein de notre démocratie.

[59] En second lieu, une fois cet accord constaté, le Tribunal devrait accepter de mettre en vigueur comme si elles faisaient partie de la *Loi sur les Indiens* les

---

<sup>22</sup> Voir notamment l'affidavit d'Effie Panousos du 15 juin 2017, au paragraphe 33.

<sup>23</sup> Les extraits pertinents sont reproduits en annexe 2 au jugement.

<sup>24</sup> Dans *Carter*, il ne s'agissait pas d'une modification du jugement rendu au fond mais d'une mesure à caractère *provisoire*.

conclusions qui apparaissent à la requête amendée des demandeurs ou celles qui apparaissent au paragraphe 228 de son jugement, comme si elles reflétaient l'« accord » entre l'exécutif, la Chambre des communes et le Sénat. C'est présumer beaucoup.

[60] Si, suivant les principes énoncés dans *Schacter*, la possibilité d'une interprétation large est envisageable, parfois, dans un jugement rendu au fond, le caractère technique et complexe de la Loi en cause ici ne s'y prête pas, tel que vu précédemment et tel que décidé dans le jugement du 3 août 2015.

**4. Une mesure transitoire de consentement doublée d'une prorogation : la seule option encore disponible auprès du Tribunal d'ici le 3 juillet 2017.**

[61] S'il existait bel et bien un accord de l'exécutif et des deux chambres législatives quant aux droits des demandeurs, rien n'empêche la Procureure générale du Canada de soumettre une telle entente à la soussignée, laquelle comporterait un libellé précis quant à un régime transitoire, et non une mesure provisoire, car les effets d'un tel régime seraient permanents et ses dispositions devraient s'arrimer à la loi qui sera éventuellement adoptée.

[62] Cette solution permettrait qu'une prorogation soit accordée et aurait pour effet que les institutions concernées poursuivent leurs discussions sur la portée exacte qu'ils souhaitent accorder au projet de loi S-3, sans interférence indue des tribunaux, tout en assurant que les droits constitutionnels des demandeurs et des personnes dans leur situation soient enfin respectés.

[63] Malgré les invitations répétées depuis mai et, encore hier à l'audience, faites par la soussignée en ce sens, la Procureure générale du Canada et/ou Ministre des Affaires autochtones et du Nord Canada n'y ont pas donné suite. Il leur est toujours loisible de le faire, la soussignée demeurant disponible pour être saisie d'une telle demande de consentement par conférence téléphonique tenue d'ici le 3 juillet 2017.

[64] Les dépens de la requête seront assumés par la Procureure générale du Canada vu les circonstances particulières ayant mené à ce qu'elle soit prise par les demandeurs, lesquelles sont constatées dans les procès-verbaux des conférences téléphoniques au dossier de la Cour.

**PAR CES MOTIFS, LE TRIBUNAL :**

[65] **REJETTE** la requête amendée des demandeurs pour prorogation de la suspension de la déclaration d'invalidité constitutionnelle du jugement du 3 août 2015;

[66] **RÉSERVE** aux parties la possibilité de s'adresser à la soussignée pour obtenir de consentement une mesure transitoire doublée d'une prorogation de la suspension de la déclaration d'inconstitutionnalité du jugement du 3 août 2015;



[67] **AVEC FRAIS DE JUSTICE** contre la Procureure générale du Canada.

---

**CHANTAL MASSE, J.C.S.**

Me David Schulze  
Me Mary Eberts  
Procureurs des demandeurs et intervenants

Me Nancy Bonsaint  
Procureurs de la défenderesse

Me Sébastien Grammond  
*Amicus Curiae*

Date d'audience 19 juin 2017

# ANNEXE 1

**CANADA**  
**PROVINCE DE QUÉBEC**  
**DISTRICT DE MONTRÉAL**

N<sup>o</sup>: 500-17-074853-121

**COUR SUPÉRIEURE**

---

**STÉPHANE DESCHENEAUX, SUSAN  
YANTHA ET TAMMY YANTHA**

Demandeurs

c.

**PROCUREURE GÉNÉRALE DU CANADA**

Défenderesse

et

**CHEF RICK O'BOMSAWIN et al. et CHEF  
RAYMOND BERNARD et al.**

Intervenants

et

**REGISTRAIRE DES AFFAIRES INDIENNES**

Mise-en-cause

---

---

## Observations de *l'amicus curiae*

---

### Table des matières

**I. OBSERVATIONS GÉNÉRALES SUR LA SITUATION PROCÉDURALE ET LES POUVOIRS DU**

<b>TRIBUNAL</b> .....	<b>19</b>
A. LES POUVOIRS DU TRIBUNAL QUI A ORDONNÉ LA SUSPENSION D'UNE DÉCLARATION D'INCONSTITUTIONNALITÉ .....	19
B. PRINCIPES RELATIFS À LA SUSPENSION DES DÉCLARATIONS D'INCONSTITUTIONNALITÉ.....	21
C. LA PORTÉE NATIONALE D'UNE DÉCLARATION D'INCONSTITUTIONNALITÉ.....	24
D. L'OBLIGATION DE CONSULTER .....	27
E. LA CONNAISSANCE D'OFFICE.....	30
<b>II. LES INTÉRÊTS DES DIFFÉRENTS GROUPES TOUCHÉS</b> .....	<b>31</b>
A. LES DEMANDEURS OU LES PERSONNES SE TROUVANT DANS UNE SITUATION SEMBLABLE .....	31
B. LES AUTRES CATÉGORIES DE BÉNÉFICIAIRES POTENTIELS .....	33
C. LES PERSONNES QUI SONT ÉLIGIBLES SELON LES RÈGLES ACTUELLES DE LA LOI.....	33
D. LES PREMIÈRES NATIONS.....	36
E. LES MÉTIS .....	38
<b>III. RECOMMANDATIONS : ANALYSE DES DIVERSES OPTIONS</b> .....	<b>39</b>
A. PROROGER LA SUSPENSION.....	40
B. NE PAS PROLONGER LA SUSPENSION .....	41
C. RÉVISER LA RÉPARATION OCTROYÉE.....	41
D. DES MESURES PROVISOIRES.....	44

Les observations de l'*amicus curiae* seront divisées en trois parties. La première partie vise à clarifier les pouvoirs du tribunal dans le contexte procédural très particulier du présent dossier. La deuxième partie identifie les différents groupes qui pourraient être affectés par la décision que le tribunal est appelé à rendre et la manière dont ces groupes pourraient être affectés. Enfin, la troisième partie évalue les différentes options que le tribunal peut envisager.

## **I. Observations générales sur la situation procédurale et les pouvoirs du tribunal**

### **A. Les pouvoirs du tribunal qui a ordonné la suspension d'une déclaration d'inconstitutionnalité**

Il est important de rappeler que le tribunal, à ce stade des procédures, jouit d'une large discrétion et d'une vaste gamme de pouvoirs afin d'assurer le respect de la Constitution.

Dans l'arrêt *Doucet-Boudreau*<sup>25</sup>, la Cour suprême a affirmé qu'une interprétation large et libérale doit s'appliquer aux réparations fondées sur la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il en découle qu'une réparation fondée sur la *Charte* doit

[...] premièrement, favoriser la réalisation de l'objet du droit garanti (les tribunaux sont tenus d'accorder des réparations adaptées à la situation), et deuxièmement, favoriser la réalisation de l'objet des dispositions

<sup>25</sup> *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, [2003] 3 RCS 3.

réparatrices (les tribunaux sont tenus d'accorder des réparations efficaces).<sup>26</sup>

Une réparation fondée sur la *Charte* n'est pas non plus limitée par des dispositions législatives ou des règles de common law<sup>27</sup>.

Bien que ces remarques portaient sur des réparations en vertu de l'article 24 de la *Charte*, elles devraient être également applicables lorsqu'il s'agit d'ordonner des réparations relatives à l'inconstitutionnalité d'une loi, selon l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. En effet, en raison de l'évolution constitutionnelle du Canada, les tribunaux sont devenus les « gardiens de la Constitution »<sup>28</sup>. Bien que ce rôle soit souvent exercé en dernier ressort par la Cour suprême, l'absence d'appel de la décision d'août 2015 dans le présent dossier fait que c'est la Cour supérieure qui agit à ce titre.

Il convient de rappeler que les cours supérieures des provinces, visées par l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, possèdent une « compétence inhérente pour appliquer les dispositions des lois constitutionnelles qui lient les gouvernements au Canada »<sup>29</sup>. La compétence inhérente des cours supérieures n'est pas limitée par des catégories préétablies<sup>30</sup>. Comme la Cour suprême l'a souligné dans l'arrêt *Caron*, « [l]e caractère inédit d'une situation n'a pas empêché les cours supérieures de prendre les mesures qui s'imposaient. »<sup>31</sup>

L'affaire *Carter* fournit un exemple des pouvoirs et de la flexibilité procédurale nécessaires à l'exercice du rôle de gardien de la Constitution. Dans cette affaire, la Cour avait initialement prononcé une déclaration d'inconstitutionnalité suspendue pour douze mois<sup>32</sup>. Même si la Cour n'avait pas explicitement affirmé qu'elle conservait juridiction, elle a par la suite prorogé cette suspension pour certaines provinces seulement et mis en place un régime transitoire qui n'était pas prévu dans son arrêt initial<sup>33</sup>. On peut en tirer plusieurs conséquences pertinentes au présent dossier :

*Le tribunal qui a prononcé une déclaration d'inconstitutionnalité suspendue demeure saisi de l'affaire tant que la suspension est en vigueur, même s'il n'a pas explicitement conservé juridiction;*

*Le tribunal conserve juridiction pour proroger la suspension ou y mettre fin;*

*Le tribunal conserve juridiction pour modifier les réparations accordées dans la décision initiale, y compris en mettant en place un régime transitoire individualisé<sup>34</sup>.*

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 25, par. 25.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 36, par. 51; voir aussi *Ward c. Vancouver (Ville)*, [2010] 2 RCS 28, à la p. 38, par. 18.

<sup>28</sup> *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6.*, [2014] 1 RCS 433, p. 471, par. 89.

<sup>29</sup> *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 RCS 289, à la p. 313; voir aussi *P.G. Canada c. Law Society of B.C.*, [1982] 2 RCS 307.

<sup>30</sup> *R. c. Caron*, [2011] 1 RCS 78, à la p. 96, par. 29.

<sup>31</sup> *Ibid.*, à la p. 95, par. 27.

<sup>32</sup> *Carter c. Canada (PG)*, [2015] 1 RCS 331, notamment à la p. 390, par. 128.

<sup>33</sup> *Carter c. Canada (PG)*, [2016] 1 RCS 13.

<sup>34</sup> Voir aussi *Morton c. British Columbia (Agriculture and Lands)*, 2010 BCSC 100, aux par. 30-35.

Il faut tout de même préciser qu'en exerçant sa discrétion concernant les réparations, le tribunal ne peut réviser sa décision sur le fond de l'affaire ou en modifier la portée. Ainsi, le tribunal ne peut statuer sur les droits de catégories de personnes qui n'étaient pas visées par son jugement du 3 août 2015, ni adopter une nouvelle caractérisation des formes de discrimination qu'il a constatées.

## **B. Principes relatifs à la suspension des déclarations d'inconstitutionnalité**

Étant donné que le tribunal pourra réévaluer les réparations qu'il a accordées, il est utile de faire un bref survol des principes qui se dégagent de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada en matière de réparations constitutionnelles et plus précisément en ce qui a trait à la suspension d'une déclaration d'inconstitutionnalité.

L'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne prévoit pas explicitement la possibilité de suspendre une déclaration d'inconstitutionnalité. Une loi contraire à la Constitution est tout simplement « inopérante ». Cependant, dès 1985, dans le *Renvoi : droits linguistiques au Manitoba*<sup>35</sup>, la Cour suprême a été confrontée à la nécessité pratique de suspendre une déclaration d'inconstitutionnalité de toutes les lois du Manitoba adoptées uniquement en anglais, en raison du chaos qui s'ensuivrait si une telle déclaration prenait effet immédiatement. Quelques années plus tard, dans l'arrêt *Schachter*<sup>36</sup>, la Cour a développé un cadre d'analyse pour le choix de la réparation appropriée.

La première étape de l'analyse proposée par l'arrêt *Schachter* est de délimiter la portée de l'inconstitutionnalité constatée. La deuxième étape est de déterminer s'il est approprié d'y remédier par la dissociation ou par une interprétation large (*reading in*). À cette étape, la Cour rappelle que, lorsqu'une loi conférant des bénéfices est contestée, l'interprétation large peut être un moyen de combiner le respect des droits garantis par la *Charte* au respect de l'intention du législateur de conférer des bénéfices à certains groupes de personnes. L'interprétation large permet d'éviter la situation « ironique » où l'égalité serait rétablie en privant de bénéfices autant les personnes déjà visées par la loi contestée que celles qui réclament leur inclusion dans ce groupe<sup>37</sup>.

Pour déterminer si l'interprétation large est une réparation appropriée, la Cour identifie un certain nombre de facteurs pertinents, qui ont tous trait au maintien d'un équilibre entre les rôles respectifs des tribunaux et du législateur :

*« la cour ne devrait pas avoir recours à l'interprétation large dans les cas où la façon de procéder à l'élargissement de la loi ne se dégage pas avec suffisamment de précision des exigences de la Constitution »*<sup>38</sup>;

*l'interprétation large ne devrait pas contrecarrer l'intention du législateur quant aux objectifs*

---

<sup>35</sup> [1985] 1 RCS 721.

<sup>36</sup> *Schachter c. Canada*, [1992] 2 RCS 679.

<sup>37</sup> *Ibid.*, aux pp. 700-702.

<sup>38</sup> *Ibid.*, à la p. 707.

*poursuivis par la loi ou quant aux moyens choisis pour atteindre ces objectifs*<sup>39</sup>;

« *Lorsqu'il s'agit de savoir si l'on doit accorder des bénéfices à un groupe non inclus dans la loi, la question du changement de sens du reste de la loi tourne parfois autour de la taille relative des deux groupes pertinents.* »<sup>40</sup>

La dernière étape du cadre d'analyse de l'arrêt *Schachter* est de déterminer si la déclaration d'inconstitutionnalité doit être suspendue. La Cour identifie trois situations où il serait approprié d'ordonner une suspension : lorsque l'annulation pure et simple de la loi poserait un danger pour le public, lorsqu'elle menacerait la primauté du droit ou lorsque « la loi a été jugée inconstitutionnelle parce qu'elle est limitative et non parce qu'elle a une portée trop large et son annulation priverait de bénéfices les personnes admissibles sans profiter à la personne dont les droits ont été violés. »<sup>41</sup> Il ne faut cependant pas croire que la Cour a voulu indiquer que les tribunaux doivent avoir recours à la suspension plutôt qu'à l'interprétation large dans tous les cas de lois qui confèrent des bénéfices. Le juge en chef a affirmé, à ce propos, que « l'interprétation large est de beaucoup préférable dans les cas appropriés puisqu'elle permet d'harmoniser immédiatement la loi en question avec les exigences de la *Charte*. »<sup>42</sup>

Dans les années qui ont suivi l'arrêt *Schachter*, la Cour suprême a eu recours à la suspension des déclarations d'inconstitutionnalité d'une manière de plus en plus fréquente, sans toujours fournir de justification fondée sur les trois critères de l'arrêt *Schachter*<sup>43</sup>. On a parfois dit que l'octroi d'une suspension était devenu routinier<sup>44</sup>, ou que l'approche de la Cour était incohérente (« *haphazard* »)<sup>45</sup>. Récemment, la Cour suprême semble avoir pris acte de ces critiques, en rappelant que « [s]uspendre la prise d'effet de la déclaration d'invalidité constitutionnelle d'une loi est une mesure extraordinaire »<sup>46</sup>.

Le professeur Roach estime qu'il est impossible de confiner à l'avance les cas où une suspension est appropriée aux trois critères de l'arrêt *Schachter*<sup>47</sup>. Il critique également l'affirmation du juge en chef Lamer, voulant que le choix d'ordonner une suspension ou non « ne devrait pas dépendre de considérations ayant trait au rôle des tribunaux et des législateurs »<sup>48</sup> :

Chief Justice Lamer's comments that use of a suspended declaration of invalidity should not turn on considerations of appropriate institutional role are at odds with Justice McLachlin's extra-judicial statements that delayed

<sup>39</sup> *Ibid.*, aux pp. 707-709.

<sup>40</sup> *Ibid.*, à la p. 711.

<sup>41</sup> *Ibid.*, à la p. 719.

<sup>42</sup> *Ibid.*, à la p. 716.

<sup>43</sup> Un survol utile de la jurisprudence de la Cour suprême se trouve dans la décision *Catholic Children's Aid Society of Hamilton c. G.H., T.V. and Eastern Woodlands Métis of Nova Scotia*, 2016 ONSC 6287, au par. 106.

<sup>44</sup> Robert Leckey, « The harms of remedial discretion », (2016) 14 *International Journal of Constitutional Law* 584, à la p. 587.

<sup>45</sup> Kent Roach, *Constitutional Remedies in Canada*, Toronto, Canada Law Book, §14.1540.

<sup>46</sup> *Carter c. Canada (PG)*, [2016] 1 RCS 13, par. 2; voir aussi *R. c. Smith*, [2015] 2 RCS 602.

<sup>47</sup> Kent Roach, *Constitutional Remedies in Canada*, Toronto, Canada Law Book, §14.1680.

<sup>48</sup> *Schachter c. Canada*, [1992] 2 RCS 679, à la p. 717.

declarations of invalidity can facilitate judicial and legislative co-operation. It is also at odds with established remedial principles that stress that courts must respect the limits of their own roles and the role of the legislature when devising remedies.<sup>49</sup>

Il est possible que la jurisprudence subséquente à l'arrêt *Schachter* se soit écartée d'une application rigide des trois critères et de l'affirmation du juge en chef Lamer en raison de la montée en popularité de la « théorie du dialogue » entre les tribunaux et les législatures, que la Cour a d'ailleurs explicitement endossée en 1998 dans l'arrêt *Vriend*<sup>50</sup>. Les juges Cory et Iacobucci ont résumé cette théorie de la manière suivante :

À mon avis, la *Charte* a suscité une interaction plus dynamique entre les organes du gouvernement, que d'aucuns ont qualifiée, à juste titre, de « dialogue » (voir par exemple Hogg et Bushell, *loc. cit.*). En examinant la validité constitutionnelle de textes de loi ou de décisions de l'exécutif, les tribunaux parlent au législatif et à l'exécutif. Comme il en a été fait mention, la plupart des dispositions législatives qui n'ont pas résisté à un examen constitutionnel ont été suivies de nouvelles dispositions visant des objectifs similaires (voir Hogg et Bushell, *loc. cit.*, à la p. 82). Le législateur, de cette façon, répond aux tribunaux, d'où l'analogie du dialogue entre les différents organes du gouvernement.<sup>51</sup>

Il semble qu'en épousant la théorie du dialogue, la Cour suprême ait perdu de vue les critères de l'arrêt *Schachter* et ait octroyé des suspensions de manière routinière. Cependant, les remarques dans la récente décision *Carter* démontrent que la Cour est consciente qu'une réorientation est nécessaire et qu'une suspension ne peut être accordée dans tous les cas.

L'approche que nous préconisons est celle suggérée par le professeur Roach. Selon lui, les lignes directrices applicables

should be based on the relevant remedial principles including respect for the role of the legislature in making policy choices not dictated by the Charter and the danger that immediate declarations of invalidity can cause to good governance, including but not limited to threats to the rule of law and public safety. Governments should have to justify the use of suspended declarations of invalidity as a proportionate response that is necessary to protect good governance and that strike a reasonable balance between the limitation and provision of a remedy.<sup>52</sup>

---

<sup>49</sup> Kent Roach, *Constitutional Remedies in Canada*, Toronto, Canada Law Book, §14.1710

<sup>50</sup> *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 RCS 493.

<sup>51</sup> *Ibid.*, à la p. 565, par. 138. Voir aussi Grant R. Hoole, « Proportionality as a Remedial Principle : A Framework for Suspended Declarations of Invalidity in Canadian Constitutional Law » (2011) 49 *Alta L Rev* 107, aux pp. 116-117.

<sup>52</sup> Kent Roach, *Constitutional Remedies in Canada*, Toronto, Canada Law Book, §14.1960.

En somme, le tribunal devrait évaluer l'importance de donner au Parlement l'occasion de formuler sa propre réponse à la déclaration d'inconstitutionnalité, d'une part, et l'importance d'accorder une réparation immédiate aux personnes qui pourraient bénéficier de cette déclaration.

Certains autres facteurs peuvent être pertinents pour décider de la réparation appropriée. La suspension d'une déclaration d'inconstitutionnalité est fondée sur l'hypothèse que le législateur remédiera effectivement au problème. Or, l'indépendance plus marquée dont le Sénat fait preuve rend une telle prédiction plus hasardeuse. Les situations de gouvernement minoritaire, plus fréquentes ces dernières années, peuvent aussi rendre plus difficile la réponse législative à une déclaration d'inconstitutionnalité. Le tribunal doit donc prendre en considération la possibilité que le législateur ne réussisse pas, malgré la bonne volonté du gouvernement, à adopter une loi conforme à la *Charte* dans les délais impartis.

Enfin, les tribunaux devraient veiller à ne pas se laisser instrumentaliser à des fins partisans. Il est évident que l'échéance de la suspension d'une déclaration d'inconstitutionnalité peut devenir un outil permettant d'exercer des pressions politiques. Il est également possible que certains politiciens cherchent à s'appuyer sur les décisions des tribunaux pour éluder leur propre responsabilité. Des raisons semblables avaient conduit la Cour suprême à refuser de répondre à une question additionnelle posée par le gouvernement fédéral, après un changement de gouvernement, dans le *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*<sup>53</sup>. La décision du tribunal devrait être fondée sur des motifs juridiques, au premier chef la protection des droits constitutionnels des personnes concernées, et non sur les effets que cette décision pourrait avoir sur le processus politique.

### **C. La portée nationale d'une déclaration d'inconstitutionnalité**

Le tribunal s'est interrogé sur la portée territoriale de la déclaration d'inconstitutionnalité qu'il a prononcée. Ces interrogations sont tout à fait légitimes, à la lumière de déclarations en apparence contradictoires faites par des représentants du gouvernement du Canada.

Le premier principe qui sous-tend l'analyse est le fait que les ordonnances rendues par la Cour supérieure d'une province n'ont d'effet qu'à l'intérieur de la province en cause. Il est bien connu que pour avoir effet dans une autre province, une telle décision doit être homologuée par un tribunal de cette autre province.

Le second principe est qu'une déclaration d'invalidité d'un acte normatif d'une autorité publique, qu'il s'agisse d'un règlement ou d'une loi, est habituellement considéré comme ayant effet *erga omnes*, c'est-à-dire à l'égard de toutes les personnes auxquelles la norme a vocation à s'appliquer. Par exemple, dans l'arrêt *Marcotte*, la Cour suprême affirme que :

En effet, si le tribunal l'accorde, la conclusion en nullité, ou en annulation d'un acte administratif comme un règlement municipal, ne profite pas seulement à la partie qui a exercé le recours. Elle vaut aussi à l'égard de tous les citoyens

---

<sup>53</sup> [2004] 3 RCS 698, aux pp. 723-727, par. 61-71.



et contribuables de la municipalité en cause.<sup>54</sup>

Le troisième principe est que la règle du *stare decisis* ne s'applique pas entre les décisions des tribunaux de provinces différentes. La règle du *stare decisis* a été décrite comme « cette doctrine suivant laquelle une juridiction inférieure est liée par les conclusions de droit particulières tirées par une juridiction supérieure susceptible d'être saisie, directement ou indirectement, de l'appel de ses décisions »<sup>55</sup>. Dans une décision récente, le juge Cournoyer de cette Cour a récemment énoncé le corollaire de cette règle : « a trial judge, just as a Court of Appeal of one province, is never bound by the decision of the Court of Appeal of another province “unless it is persuaded that it should do so on its merits or for other independent reasons.” »<sup>56</sup> La Cour suprême avait également affirmé, dans l'arrêt *Hunt*, que les conclusions des tribunaux de la Colombie-Britannique au sujet de la validité d'une loi québécoise « ne lient pas les tribunaux d'autres provinces »<sup>57</sup>.

Incidentement, rappelons que le Parlement fédéral peut choisir de rendre ses lois applicables à certaines provinces seulement. La Cour suprême a statué qu'une telle situation ne constituait pas de la discrimination<sup>58</sup>.

Ces principes s'appliquent même si le litige porte sur la validité constitutionnelle d'une loi fédérale. À titre d'exemple, au début des années 2000, des contestations de la constitutionnalité de la définition traditionnelle du mariage ont été entreprises dans plusieurs provinces<sup>59</sup>. Bien que les tribunaux saisis de l'affaire aient été conscients des décisions rendues dans les autres provinces, aucun ne s'est senti lié par une telle décision. La Cour divisionnaire de l'Ontario a d'ailleurs rendu une décision contraire à celle de la Cour suprême de Colombie-Britannique<sup>60</sup>. Dans son avis consultatif portant sur la compétence du Parlement pour adopter une loi sur le mariage des conjoints de même sexe, la Cour suprême a d'ailleurs remarqué que « [l]es décisions des juridictions inférieures dans les dossiers à l'origine du présent renvoi ont force obligatoire dans les provinces où elles ont été rendues »<sup>61</sup>.

Dans l'affaire *Hendricks*, rendue après que le gouvernement fédéral ait abandonné son appel

<sup>54</sup> *Marcotte c. Longueuil (Ville)*, [2009] 3 RCS 65, par. 28; voir aussi *Emms c. La Reine*, [1979] 2 RCS 1148, aux pp. 1158-1162.; *Precision Mechanics Ltd. c. Morin*, [1986] RJQ 421 (CA); voir aussi Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 6<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2014, p. 21.

<sup>55</sup> *Tuccaro c. Canada*, 2014 CAF 184, par. 18 [Nous soulignons]; voir aussi *Wolf c. La Reine*, [1975] 2 RCS 107, à la p. 109; *R. c. Vu*, 2004 BCCA 320, par. 24-27; *R. c. Arcand*, 2010 ABCA 363, par. 184; *R. c. White*, 2013 NSSC 323, par. 66; *R. c. Davies*, 2013 ONCJ 639, par. 53; voir aussi Gerald L. Gall, *The Canadian Legal System*, 5<sup>e</sup> éd., Toronto, Carswell, 2004, p. 431; Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 6<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2014, p. 23.

<sup>56</sup> *R. c. Bordo*, 2016 QCCS 477, par. 105; voir aussi *Allard c. R.*, 2008 QCCS 1362, par. 22.

<sup>57</sup> *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 RCS 289, à la p. 310.

<sup>58</sup> *R. c. Turpin*, [1989] 1 RCS 1296; *R. c. S.(S.)*, [1990] 2 RCS 254.

<sup>59</sup> *EGALE Canada Inc. c. Canada (AG)*, 2001 BCSC 1365; appel accueilli *sub nom. Barbeau c. British Columbia (AG)* (2003), 225 DLR (4th) 472 (BCCA); *Halpern c. Canada (AG)* (2002), 60 OR (3d) 421 (C div); *Halpern c. Canada (PG)* (2003), 65 OR (3d) 201 (CA); *Hendricks c. Québec (PG)*, [2002] RJQ 2506 (CS).

<sup>60</sup> *Halpern c. Canada (AG)* (2002), 60 OR (3d) 421 (C div), notamment aux par. 71-72.

<sup>61</sup> *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 3 RCS 698, à la p. 727, par. 70.

des décisions rendues dans les différentes provinces au sujet de la définition traditionnelle du mariage, la Cour d'appel du Québec s'est exprimée ainsi :

Dès lors se pose la question de la *res judicata* à l'égard d'une règle de droit fédérale déclarée inconstitutionnelle dans deux provinces canadiennes. Par exemple, peut-on imaginer qu'une disposition du *Code criminel*, déclarée inconstitutionnelle à la suite d'un débat judiciaire dans une province impliquant le Procureur général du Canada qui n'interjette pas appel de la décision, soit valide dans une autre province où la question n'aurait pas été débattue ? Règle générale, le Procureur général, à titre de représentant de l'intérêt public, évite ce genre de situation en portant le débat jusqu'à la Cour suprême du Canada ou en demandant au Parlement de légiférer, ce qui, dans l'un ou l'autre cas, a pour effet d'harmoniser la règle de droit à l'échelle du pays;

S'il est vrai que, en règle générale, les jugements des tribunaux d'une province n'ont pas d'effet extraterritorial, il n'en reste pas moins qu'il serait juridiquement inacceptable que, dans une matière constitutionnelle impliquant le Procureur général du Canada relativement à une matière relevant de la compétence du Parlement fédéral, une disposition soit inapplicable dans une province et en vigueur dans toutes les autres.<sup>62</sup>

Cette citation nous met sur la piste des véritables raisons pour lesquelles, en pratique, une décision de la Cour supérieure qui n'a pas été portée en appel et qui constate l'invalidité d'une loi fédérale devra être respectée à travers le Canada. Les principes qui sous-tendent cette proposition sont la « tradition de respect remarquable des décisions judiciaires de la part des parties privées et des institutions gouvernementales »<sup>63</sup> au Canada et, ultimement, le principe de la primauté du droit, qui exige que « l'exercice de tout pouvoir public doit en bout de ligne tirer sa source d'une règle de droit »<sup>64</sup>. Or, lorsque la procureure générale du Canada décide de ne pas porter en appel une décision d'un tribunal d'une province qui invalide une loi fédérale applicable à l'ensemble du pays, elle se trouve nécessairement à exprimer son accord avec les conclusions de cette décision<sup>65</sup>. Il s'ensuit que la procureure générale ne peut plus, sans se contredire, adopter une position contraire, que ce soit dans le cadre d'un autre litige<sup>66</sup> ou lorsqu'elle conseille l'administration publique fédérale quant aux règles relatives à l'exercice de ses responsabilités ou de ses pouvoirs. Comme l'affirmait la Cour suprême du Yukon : « The Attorney General of Canada is not divisible by province »<sup>67</sup>. Rappelons, à cet égard, que la

<sup>62</sup> *Ligue catholique pour les droits de l'homme c. Hendricks*, [2004] RJQ 851, par. 27-28.

<sup>63</sup> *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, [2003] 3 RCS 3, par. 32.

<sup>64</sup> *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217, par. 71.

<sup>65</sup> Une question semblable avait été soulevée, mais non résolue, dans *Emms c. La Reine*, [1979] 2 RCS 1148, aux pp. 1158-1162.

<sup>66</sup> Par exemple, après avoir annoncé son intention de ne pas porter en appel les arrêts *Halpern* et *EGALE Canada*, le procureur général du Canada a, dans des actions intentées dans d'autres provinces, concédé que la définition traditionnelle du mariage était contraire à la *Charte : Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 3 RCS 698, à la p. 725, par. 66.

<sup>67</sup> *Dunbar c. Yukon*, 2004 YKSC 54, par. 22.

procureure générale « conseille les chefs des divers ministères sur toutes les questions de droit qui concernent ceux-ci »<sup>68</sup> et, dans son rôle de ministre de la Justice, « veille au respect de la loi dans l'administration des affaires publiques »<sup>69</sup>. En l'absence de distinction pertinente entre les différentes provinces – et il n'y en a aucune dans le présent dossier – la procureure générale doit donc donner instruction à l'administration publique fédérale de respecter une décision judiciaire qu'elle n'a pas portée en appel. Agir autrement serait incompatible avec le principe de la primauté du droit.

Dans le contexte du présent dossier, cela signifie que la procureure générale du Canada a le devoir de conseiller à la Registraire des Affaires indiennes d'exercer, à travers le Canada, ses pouvoirs en conformité avec la décision que le tribunal a rendue en août 2015, dès que la suspension de celle-ci aura cessé d'avoir effet.

C'est bien ce que semble avoir compris la ministre des Affaires autochtones et du Nord canadien, lorsqu'elle a affirmé ce qui suit devant le Comité des Affaires autochtones et du Nord de la Chambre des communes, le 8 juin dernier :

Si le projet de loi, qui répond aux éléments de conformité à la Charte soulignés dans l'arrêt dans la cause Descheneaux, n'est pas adopté avant le 3 juillet, les articles annulés par la Cour seront inopérants au Québec.

The practical implication would be that these provisions would then become inoperative within Canada. 90% of status Indians are registered by the federal government under the provisions that would be inoperable. (Nous soulignons.)

#### **D. L'obligation de consulter**

Plusieurs participants au processus législatif en cours ont fait valoir que le gouvernement du Canada était débiteur d'une obligation de consulter les peuples autochtones avant d'adopter des mesures législatives visant à donner effet au jugement du tribunal. Dans la mesure où une telle obligation peut avoir des répercussions sur le temps nécessaire pour adopter une réponse législative au jugement du tribunal, il peut être utile d'expliquer brièvement les sources et la portée d'une telle obligation.

Dans l'état actuel du droit constitutionnel canadien, l'obligation de consulter est rattachée aux droits ancestraux et issus de traités reconnus et confirmés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Lorsque l'État envisage d'adopter une mesure ou une conduite qui porte potentiellement atteinte à ces droits, il a l'obligation de consulter les titulaires de ceux-ci et, dans certains cas, de trouver un accommodement pour répondre à leurs préoccupations<sup>70</sup>.

<sup>68</sup> *Loi sur le Ministère de la Justice*, LRC 1985, c. J-2, art. 5b).

<sup>69</sup> *Ibid.*, art. 4a).

<sup>70</sup> *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 RCS 511; pour une discussion plus approfondie de l'obligation de consulter et d'accommoder, voir Sébastien Grammond, *Terms of Coexistence: Indigenous Peoples and Canadian Law*, Toronto, Carswell, 2013, pp. 314-349.

La question de savoir si le droit d'un peuple ou d'une communauté autochtone de déterminer ses propres règles d'appartenance est un droit ancestral protégé par l'article 35 n'a jamais été tranchée définitivement par un tribunal. Certains traités modernes conclus au cours des dernières décennies comportent un régime d'autonomie qui permet aux peuples signataires de déterminer leurs propres effectifs<sup>71</sup>. Dans ces cas, on peut affirmer que le droit de déterminer ses règles d'appartenance est un droit protégé par l'article 35 et que toute atteinte potentielle déclenche une obligation de consulter. Par contre, la détermination du statut d'Indien en fonction d'une loi fédérale ne constitue sans doute pas en soi un droit ancestral. Néanmoins, le fait que la loi fédérale détermine, dans certains cas, l'appartenance à la communauté en fonction de règles identiques à celles du statut d'Indien pourrait faire qu'une modification de la loi fédérale porterait atteinte à un droit ancestral. Dans la même veine, le fait que le statut d'Indien est souvent utilisé pour déterminer qui peut exercer un droit ancestral (par exemple, un droit de chasse ou de pêche) pourrait avoir pour conséquence que toute modification aux règles du statut d'Indien est susceptible d'avoir des répercussions pratiques importantes sur l'exercice de droits protégés par l'article 35. Cela expliquerait que la modification de l'article 6 de la *Loi sur les Indiens* déclenche une obligation de consulter les peuples autochtones.

La question de savoir si l'obligation de consulter les peuples autochtones peut viser le processus d'adoption d'une loi n'a pas été tranchée définitivement. La Cour suprême du Canada a récemment autorisé l'appel d'un arrêt de la Cour d'appel fédérale qui avait statué qu'aucune obligation de consulter ne s'appliquait au processus législatif<sup>72</sup>. Nous avons exprimé un avis contraire<sup>73</sup>.

Il faut aussi préciser que, en l'absence d'une disposition spécifique de la loi, les tribunaux n'ont pas pour rôle de consulter eux-mêmes les peuples autochtones au sujet des décisions qu'ils sont appelés à rendre<sup>74</sup>.

Lorsqu'on envisage les sources d'une obligation de consulter, il est également utile de se fonder sur la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*<sup>75</sup>. La *Déclaration* est une résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies. À ce titre, elle n'a pas la force contraignante d'un traité international. Elle représente néanmoins le fruit de longues négociations entre les représentants des États et ceux des peuples autochtones. Dans l'arrêt *Health Services*, la Cour suprême a affirmé qu'« il faut présumer que la *Charte* accorde une protection au moins aussi grande que les instruments internationaux ratifiés par le Canada en matière de droits de la personne »<sup>76</sup>. Le même principe s'applique indubitablement à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

---

<sup>71</sup> Sébastien Grammond, *Identity Captured by Law: Membership in Canada's Indigenous Peoples and Linguistic Minorities*, Montréal et Kingston, McGill-Queen's University Press, 2009, pp. 112-114.

<sup>72</sup> *Canada (Gouverneur général en conseil) c. Première Nation Crie Mikisew*, 2016 CAF 311.

<sup>73</sup> Sébastien Grammond, *Terms of Coexistence: Indigenous Peoples and Canadian Law*, Toronto, Carswell, 2013, p. 324.

<sup>74</sup> *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, [2010] 2 RCS 650, aux pp. 678-680, par. 55-61.

<sup>75</sup> En ligne : [http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS\\_fr.pdf](http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_fr.pdf).

<sup>76</sup> *Health Services and Support - Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, [2007] 2 RCS 391, par. 70; voir aussi *Divito c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, [2013] 3 RCS 157, par. 23; *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, [2015] 1 RCS 245, par. 64; *Henry c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [2015] 2 RCS 214, par. 136.

Initialement, le Canada a voté contre la *Déclaration*. En 2016, après avoir adopté diverses positions face à celle-ci, le Canada a annoncé qu'il appuyait pleinement la *Déclaration*<sup>77</sup>. Certaines décisions de première instance ont pris en considération la *Déclaration*, sans pour autant en faire un motif déterminant<sup>78</sup>.

Il faut également souligner que le Canada a ratifié le *Pacte international sur les droits civils et politiques*<sup>79</sup>, un traité international conclu sous l'égide des Nations Unies. Ce pacte comporte un article 27 qui se lit comme suit :

Dans les Etats où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue.<sup>80</sup>

Il est possible de considérer la *Déclaration* comme un guide interprétatif permettant de préciser la portée des droits garantis par l'article 27. Nous avons d'ailleurs observé une convergence entre les différents instruments internationaux de protection des droits de la personne en ce qui a trait aux peuples autochtones<sup>81</sup>. Ainsi, dans la mesure où ils seraient compris parmi les droits garantis par l'article 27 du *Pacte*, les droits prévus dans la *Déclaration* auraient force obligatoire, selon le droit international, au Canada.

Les articles suivants de la *Déclaration* sont pertinents à la question qui nous occupe :

#### Article 18

Les peuples autochtones ont le droit de participer à la prise de décisions sur des questions qui peuvent concerner leurs droits, par l'intermédiaire de représentants qu'ils ont eux-mêmes choisis conformément à leurs propres procédures, ainsi que le droit de conserver et de développer leurs propres institutions décisionnelles.

#### Article 19

Les États se concertent et coopèrent de bonne foi avec les peuples autochtones intéressés — par l'intermédiaire de leurs propres institutions

---

<sup>77</sup> Voir le site web du MAANC: <https://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1309374407406/1309374458958>.

<sup>78</sup> Voir, par exemple, *Hamilton Health Sciences Corp. c. D.H.*, 2015 ONCJ 229; *Tabor c. Millbrook First Nation*, 2015 CHRT 6, par. 51; *R. c. Sayers*, 2017 ONCJ 77. La Cour suprême avait référé à l'ébauche de la *Déclaration* dans *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 RCS 911, par. 81.

<sup>79</sup> En ligne: <http://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>.

<sup>80</sup> À ce sujet, et pour un résumé des affaires impliquant les peuples autochtones du Canada, voir Sébastien Grammond, *Terms of Coexistence: Indigenous Peoples and Canadian Law*, Toronto, Carswell, 2013, pp. 156-157.

<sup>81</sup> Sébastien Grammond, *Terms of Coexistence: Indigenous Peoples and Canadian Law*, Toronto, Carswell, 2013, pp. 160-161.

représentatives — avant d'adopter et d'appliquer des mesures législatives ou administratives susceptibles de concerner les peuples autochtones, afin d'obtenir leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause.

### Article 33

1. Les peuples autochtones ont le droit de décider de leur propre identité ou appartenance conformément à leurs coutumes et traditions, sans préjudice du droit des autochtones d'obtenir, à titre individuel, la citoyenneté de l'État dans lequel ils vivent.

Une modification des règles du statut d'Indien constitue certainement une « mesure législative [...] susceptible de concerner les peuples autochtones » (art. 19). Comme nous l'avons souligné plus haut, les modifications de ces règles ont des répercussions sur l'exercice des droits des Autochtones (art. 18). La *Déclaration* exige donc que les peuples autochtones soient consultés avant que l'État ne modifie ses lois concernant la définition de l'identité autochtone, d'autant plus que cette définition est un droit visé par l'article 33.

Dans le cadre du processus législatif relatif au projet de loi S-3, de nombreux intervenants autochtones ont souligné que le gouvernement du Canada n'avait pas mené une véritable consultation avant de présenter le projet de loi S-3 au Sénat. Cependant, le tribunal n'est pas saisi de cette question et n'a pas à statuer sur la violation éventuelle de l'obligation de consulter les peuples autochtones relativement au projet de loi S-3.

À notre connaissance, les tribunaux ne se sont jamais penchés sur la question de l'existence ou de la portée d'une obligation de consulter qui pourrait découler d'une mesure prise par le gouvernement pour se conformer à une obligation découlant de la Constitution, notamment à la suite d'un jugement d'inconstitutionnalité. Dans de telles circonstances, on pourrait soutenir que l'obligation de consulter, même si elle tire son origine d'une disposition de la Constitution, ne peut faire échec à la mise en oeuvre d'une autre disposition constitutionnelle (ici, l'article 15 de la *Charte*).

### **E. La connaissance d'office**

Le tribunal s'est interrogé quant à la possibilité de prendre connaissance d'office du rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones. Ce rapport a été cité 22 fois par la Cour suprême<sup>82</sup>.

Dans l'arrêt *Ipeelee*, la Cour suprême a affirmé que « les tribunaux doivent prendre connaissance d'office de questions telles que l'histoire de la colonisation, des déplacements de populations et des pensionnats et la façon dont ces événements se traduisent encore aujourd'hui chez les peuples autochtones par un faible niveau de scolarisation, des revenus peu

---

<sup>82</sup> La décision la plus récente est l'arrêt *Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [2016] 1 RCS 99.

élevés, un taux de chômage important, des abus graves d'alcool ou d'autres drogues, un taux élevé de suicide et, bien entendu, un taux élevé d'incarcération »<sup>83</sup>. Le rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones constitue une source fiable qui permet d'appuyer une telle connaissance d'office. D'ailleurs, dans l'arrêt *Williams*, la Cour suprême s'était référée à divers documents, dont un rapport intérimaire de cette commission, afin de prendre connaissance d'office du racisme dont les Autochtones sont victimes<sup>84</sup>.

À ce sujet, une juge de la Cour d'appel fédérale s'est exprimée ainsi :

On se demande souvent, dans le cas d'une publication gouvernementale officielle telle que le Rapport de la Commission royale, si cette publication devrait être considérée comme une preuve ou comme une source doctrinale. Les déclarations factuelles qui figurent dans de tels rapports entrent souvent dans la catégorie médiane et sont souvent acceptées comme une matière qu'un tribunal peut valablement reconnaître d'office.<sup>85</sup>

## II. Les intérêts des différents groupes touchés

Le tribunal nous a donné pour mission particulière de l'éclairer sur les intérêts des différents groupes qui pourraient être affectés par le jugement. Nous entreprenons cet examen en nous fondant sur les informations qui figurent au dossier, qui découlent de sources publiques ou qui se dégagent de principes juridiques.

### A. Les demandeurs ou les personnes se trouvant dans une situation semblable

Le MAANC estime qu'environ 28 000 à 35 000 personnes se trouvent dans une situation semblable à celle des demandeurs<sup>86</sup>.

À l'heure actuelle, ces personnes ne possèdent ni le statut d'Indien ni celui de membre d'une bande. Bien que le jugement du 3 août 2015 ne porte que sur le statut d'Indien, il est évident que les règles de l'article 11 de la *Loi sur les Indiens* sont conçues comme un miroir des règles d'inscription. Il est donc hautement probable que le législateur veuille octroyer le statut de membre d'une bande aux personnes qui bénéficient du jugement. On peut donc dire que le jugement aura, en pratique, des effets sur l'appartenance aux bandes régies par l'article 11. Par contre, le jugement n'aura pas d'effet sur l'appartenance aux bandes qui ont adopté leur propre code d'appartenance selon l'article 10. Selon la déclaration sous serment de Nathalie Nepton, parmi les 618 bandes au Canada, 229 ont adopté un code d'appartenance selon l'article 10, 351 sont régies par l'article 11 et 38 sont assujetties à un régime d'autonomie gouvernementale (annexe D-2 de la déclaration).

<sup>83</sup> *R. c. Ipeelee*, [2012] 1 RCS 433, par. 60.

<sup>84</sup> *R. c. Williams*, [1998] 1 RCS 1128, par. 58.

<sup>85</sup> *Canada (Procureur général) c. Misquadis*, 2003 CAF 370, par. 14.

<sup>86</sup> Cette information figure dans la pièce R-5 de la requête de janvier 2017, page 18.

Pour ces personnes, obtenir le statut d'Indien confère des bénéfices symboliques et matériels. L'importance du statut d'Indien a été examinée en détail par la juge de première instance dans l'affaire *Mclvor*<sup>87</sup>. Même s'il s'agit d'une création des lois coloniales, le statut d'Indien est considéré par de nombreuses personnes et organisations autochtones comme une forme de confirmation de l'identité. Des bénéfices tangibles sont associés au statut d'Indien, indépendamment du statut de membre de la bande, dont :

*Un programme fédéral de soins de santé non assurés (communément appelé « NIHB »), par lequel le gouvernement fédéral paie aux Indiens un certain nombre de services qui ne sont pas couverts par les régimes provinciaux d'assurance-maladie;*

*Un programme de subventions pour soutenir l'éducation post-secondaire;*

*La possibilité d'exercer des droits ancestraux protégés par l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982, comme des droits de chasse et de pêche; bien que les titulaires de ces droits soient théoriquement des communautés et non des individus, en pratique la preuve du statut d'Indien est généralement considérée comme suffisante.*

Quant à l'exonération fiscale, un certain nombre de précisions s'imposent. L'article 87 de la *Loi sur les Indiens* prévoit une exonération fiscale pour les personnes possédant le statut d'Indien, à l'égard de leurs biens situés sur une réserve. En matière de revenus d'emploi, le principal facteur de rattachement est le lieu où les tâches de l'emploi sont effectuées. L'obtention du statut d'Indien permettrait aux demandeurs ou aux personnes se trouvant dans une situation semblable d'occuper un emploi sur une réserve, même s'ils n'y résident pas, et de bénéficier de l'exonération. Ils pourraient aussi bénéficier d'une telle exonération s'ils travaillent pour certaines organisations autochtones, quel que soit leur lieu de travail. En matière de taxes à la consommation, l'obtention du statut d'Indien permettrait aux demandeurs ou aux personnes se trouvant dans une situation semblable d'effectuer des achats dans un commerce situé sur une réserve, même s'ils n'y résident pas, et de bénéficier de l'exonération fiscale. L'exonération fiscale n'est pas reliée au statut de membre de la bande.

L'adoption du projet de loi S-3 permettrait également aux demandeurs et aux personnes se trouvant dans une situation semblable de devenir membres d'une bande, si l'appartenance à cette bande est régie par l'article 11 de la *Loi sur les Indiens*. Ce statut de membre d'une bande donne ouverture à un certain nombre de bénéfices, notamment :

*Habituellement, les membres d'une bande ont le droit d'habiter sur la réserve de cette bande;*

*Le statut de membre peut permettre à une personne de solliciter une maison dans la réserve, bien que les fonds disponibles soient notoirement insuffisants et que l'attente soit longue dans de nombreuses communautés;*

*Le statut de membre détermine l'éligibilité à certains services offerts par la bande en vertu de certains programmes fédéraux (protection de la jeunesse, aide sociale, etc.);*

---

<sup>87</sup> *Mclvor v. The Registrar, Indian and Northern Affairs Canada*, 2007 BCSC 827, par. 123-143.



*Seuls les membres d'une bande peuvent voter aux élections du conseil de la bande.*

Pour les demandeurs et les personnes se trouvant dans une situation semblable, tout délai dans l'obtention du statut d'Indien (ou celui de membre d'une bande) ne fait que retarder le moment où ils pourront exercer les droits et jouir des avantages tangibles et symboliques associés à ce statut. Dans la grande majorité des cas, il est pratiquement impossible de donner un effet rétroactif à l'octroi du statut. Par exemple :

*Une personne ne peut pas voter aux élections d'un conseil de bande tant qu'elle n'a pas obtenu le statut de membre;*

*Une personne ne peut obtenir des soins de santé urgents en vertu du programme NIHB, à moins qu'elle ne puisse avancer les fonds elle-même et se faire rembourser plus tard;*

*Une personne ne peut se voir rétroactivement accorder un droit de résidence ou l'usage d'une maison.*

## **B. Les autres catégories de bénéficiaires potentiels**

En rendant sa décision du 3 août 2015, le tribunal était conscient qu'il existait d'autres cas de discrimination, fondée sur le sexe ou sur d'autres motifs, que celui des demandeurs et des personnes dans une situation semblable. Le tribunal a exprimé le souhait que le législateur cherche à régler tous les problèmes connus plutôt que de se limiter à ceux qui étaient identifiés dans le jugement.

Dans sa version originale, le projet de loi S-3 ne portait que sur le cas d'une autre catégorie de personnes victimes de discrimination. Les amendements apportés au projet de loi S-3 par le Sénat ajoutent diverses catégories de personnes. En particulier, l'un de ces amendements ajouterait une règle, communément appelée « 6(1)a all the way », qui vise à éliminer toute forme de discrimination sexuelle dans le statut d'Indien, peu importe l'époque à laquelle une femme a perdu son statut. Cependant, des doutes ont été exprimés au sujet du caractère suffisant de cette règle. Ainsi, le sénateur Murray Sinclair a exprimé l'avis selon lequel cette proposition n'atteignait pas son but déclaré et devait être modifiée<sup>88</sup>. Par ailleurs, les amendements apportés par le Sénat remettent explicitement à plus tard l'examen d'autres questions, comme la question de savoir si la « règle de la seconde génération » constitue de la discrimination raciale et devrait être abrogée<sup>89</sup>.

Il s'ensuit qu'il existe diverses catégories de personnes qui pourraient espérer obtenir le statut d'Indien (ou celui de membre d'une bande) à la suite de modifications législatives visant à éliminer diverses formes de discrimination dans la *Loi sur les Indiens*. Pour ces personnes, l'obtention du statut d'Indien procurerait les mêmes avantages que pour les demandeurs et les

---

<sup>88</sup> Cette position est exprimée dans un courriel qui figure comme pièce P-12 de la déclaration sous serment de Richard O'Bomsawin.

<sup>89</sup> Voir, à ce sujet, Sébastien Grammond, « Discrimination in the Rules of Indian Status and the *Mclvor* Case », (2009) 35 *Queen's Law Journal* 421.

personnes placées dans la même situation. Cependant, le tribunal ne peut prévoir quels groupes autres que ceux visés par le présent dossier pourraient se voir attribuer le statut d'Indien par le Parlement. Dans ces circonstances, il serait hasardeux que le tribunal accorde un poids important aux intérêts de ces groupes de personnes, pour qui l'obtention du statut d'Indien est hypothétique.

### **C. Les personnes qui sont éligibles selon les règles actuelles de la Loi**

Les personnes qui ont actuellement le droit à l'inscription constituent en quelque sorte le groupe de référence qui pourrait se voir privé de certains droits si certaines parties de l'article 6 de la *Loi sur les Indiens* étaient déclarées inconstitutionnelles. Il est cependant nécessaire de bien mesurer les conséquences d'une entrée en vigueur de la déclaration d'inconstitutionnalité à leur égard.

Ce groupe peut être subdivisé en trois :

*Les personnes qui sont actuellement inscrites au registre;*

*Les personnes nées récemment ou qui naîtront après l'entrée en vigueur de la déclaration d'inconstitutionnalité et dont la demande d'inscription au registre n'a pas encore été présentée ou traitée;*

*Les personnes qui ont le droit d'être inscrites, mais qui n'en ont jamais fait la demande.*

Lors de l'entrée en vigueur de la déclaration d'inconstitutionnalité, les personnes dont le nom figure au registre demeureront inscrites. L'article 2 de la *Loi sur les Indiens* définit un « Indien » comme une « [p]ersonne qui, conformément à la présente loi, est inscrite à titre d'Indien ou a droit de l'être / *a person who pursuant to this Act is registered as an Indian or is entitled to be registered as an Indian* ». Lorsque les personnes dont le nom figure au registre ont été inscrites, elles avaient le droit de l'être en vertu des dispositions en vigueur. Si ces dispositions sont déclarées inconstitutionnelles, la Registrare n'est pas tenue de retrancher le nom de ces personnes du registre ; l'article 5(3) de la Loi dit simplement qu'elle le « peut » et l'article 14.2 de la Loi prévoit la procédure de protestation qui peut mener à un tel retranchement. De toute manière, dans l'arrêt *Marchand*, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a statué que l'expression « était inscrite ou avait droit de l'être », à l'article 6(1)a), comprend des personnes qui étaient inscrites au registre sans y avoir droit<sup>90</sup>. Le même raisonnement devrait s'appliquer à la définition d' « Indien » à l'article 2.

Une attention particulière devrait être portée aux enfants dont l'inscription au registre est demandée peu de temps après leur naissance, que nous appellerons les nouveaux-nés. Selon la déclaration sous serment de Nathalie Nepton (voir notamment l'annexe D-3), ces personnes représentent les deux tiers des nouvelles inscriptions et leur âge moyen lors de l'inscription est de deux ans. À première vue, l'entrée en vigueur de la déclaration d'inconstitutionnalité pourrait rendre impossible l'inscription des nouveaux-nés, puisque les articles 6(1)f) et 6(2) font partie des dispositions invalidées. L'examen des dispositions transitoires du projet de loi S-3 nous

<sup>90</sup> *Marchand c. Canada (Registrar, Indian and Northern Affairs)* (2000), 194 DLR (4th) 737 (BCCA).

conduit cependant à nuancer une telle affirmation. Le projet de loi S-3 est destiné à avoir un effet rétroactif, comme le prévoit l'article 15 :

15 La présente loi entre en vigueur ou est réputée être entrée en vigueur à la date fixée par décret, laquelle doit correspondre à la date d'expiration de la suspension de la déclaration.

Certaines conséquences de cette rétroactivité sont précisées dans les dispositions suivantes du projet de loi :

6 Il est entendu que, sous réserve de tout retranchement effectué par le registraire en vertu du paragraphe 5(3) de la *Loi sur les Indiens*, toute personne qui, à l'expiration de la suspension de la déclaration, était inscrite et avait le droit de l'être en vertu des alinéas 6(1)a), c) ou f) ou du paragraphe 6(2) de cette loi demeure inscrite.

7 Il est entendu que, sous réserve de tout retranchement effectué par le registraire en vertu du paragraphe 5(3) de la *Loi sur les Indiens*, pour l'application de l'alinéa 6(1)f) et du paragraphe 6(2) de cette loi — et pour la période commençant le lendemain de la date d'expiration de la suspension de la déclaration et se terminant à la date de la prise du décret prévoyant l'entrée en vigueur de la présente loi — le registraire est tenu de reconnaître tout droit d'être inscrit qui existait, en vertu des alinéas 6(1)a), c) ou f) ou du paragraphe 6(2) de cette loi, à l'expiration de la suspension de la déclaration.

Bien que la formulation de l'article 7 ne soit pas particulièrement limpide, il semble s'en dégager que cet article est destiné à s'appliquer pendant la période durant laquelle les dispositions pertinentes de la Loi seraient inconstitutionnelles et qu'il a pour objectif de permettre l'inscription des nouveaux-nés en fonction des dispositions existantes de la Loi.

De toute manière, cette volonté de permettre l'inscription des nouveaux-nés pendant la « période d'inconstitutionnalité » découle nécessairement de l'entrée en vigueur de la loi rétroactive à la date de la fin de la suspension de la déclaration d'inconstitutionnalité.

Il est vrai que durant cette « période d'inconstitutionnalité », il n'existera aucune loi opérante qui permet l'inscription des nouveaux-nés. Cette situation est similaire à celle de nombreuses mesures budgétaires ou fiscales, qui sont appliquées dès le moment de leur annonce publique (par exemple lors du dépôt du budget), même si la loi qui les met en vigueur est adoptée plus tard.

En l'espèce, il n'y a aucun doute quant à l'intention du Parlement de maintenir le droit à l'inscription des personnes visées par les dispositions actuelles de la loi. La Registraire pourrait donc légitimement continuer à appliquer les dispositions actuelles de la loi, étant donné qu'il est raisonnablement certain que des dispositions identiques seront rétroactivement mises en vigueur. En agissant ainsi, la Registraire ne se comporterait pas autrement que les autorités fiscales qui appliquent une modification législative dès le discours du budget, même si elle n'a

pas encore été adoptée.

Si, malgré ce qui précède, le tribunal considère que l'entrée en vigueur de la déclaration d'inconstitutionnalité empêcherait l'inscription des nouveaux-nés, il convient d'examiner les conséquences d'une telle situation. Ces conséquences constituent un sous-ensemble des conséquences que les adultes subissent du fait de la privation de la possibilité d'être inscrits au registre. En effet, les enfants n'ont pas droit de vote, n'acquièrent habituellement pas de terres de réserve, ne sont pas encore prêts pour l'éducation postsecondaire et n'ont habituellement pas besoin d'une exonération fiscale.

Toutefois, les enfants peuvent avoir besoin de services de santé, qu'il s'agisse de services assurés par les régimes provinciaux d'assurance-maladie ou de services couverts par le programme fédéral NIHB. On peut craindre que l'incertitude quant au statut d'Indien d'un enfant nuise à son accès à des soins de santé. Par exemple, selon qu'un enfant est inscrit ou ne l'est pas, on pourrait le diriger vers des services destinés aux Indiens ou à ceux destinés à la population allochtone. De telles préoccupations sont légitimes. Nous pouvons tout de même faire les remarques suivantes. Même s'il existe de nombreuses difficultés administratives liées à l'accès aux services de santé pour les enfants autochtones, il est généralement admis que de telles difficultés n'ont pas lieu d'être et devraient être aplanies. Un principe, appelé « Principe de Jordan », a été développé pour minimiser de telles difficultés. Lorsqu'il y a un litige entre deux paliers de gouvernement ou différentes entités gouvernementales au sujet de la responsabilité financière pour les services offerts à un enfant autochtone, ce principe énonce que l'entité à laquelle la demande est présentée doit offrir le service immédiatement et discuter de la question de la responsabilité financière plus tard. Le principe de Jordan a été endossé par une résolution de la Chambre des communes, puis appliqué par la Cour fédérale<sup>91</sup> et le Tribunal canadien des droits de la personne<sup>92</sup>. Si des difficultés surviennent quant à l'éligibilité aux soins de santé de certains enfants en raison du refus de la Registraire de les inscrire, ces difficultés devraient être résolues en s'inspirant du principe de Jordan : le service devrait être offert et les responsabilités financières devraient être déterminées par la suite.

Selon la déclaration sous serment d'Heather Hudson, le programme NIHB a pour politique d'offrir ses services à toute personne âgée de moins d'un an, dont l'un des parents possède le statut d'Indien (§11, 16). La raison d'être de cette règle est de donner aux parents un délai suffisant pour inscrire leur enfant au registre (§15). Il est également possible de faire des exceptions à cette règle et d'offrir des soins à un enfant âgé de plus d'un an lorsqu'une demande d'inscription a été présentée, mais n'a pas encore été traitée (§20). Il existe donc un degré important de flexibilité au sein du programme NIHB, qui permettrait sans nul doute d'adopter des mesures administratives pour que les nouveaux-nés qui seraient affectés par l'entrée en vigueur de la déclaration d'inconstitutionnalité puissent bénéficier du programme NIHB.

Il est également possible que des personnes adultes ne soient pas inscrites au registre, mais aient droit de l'être. Les remarques qui ont été faites plus haut quant à la possibilité que la Registraire inscrive des nouveaux-nés pendant la « période d'inconstitutionnalité » s'appliquent

<sup>91</sup> *Conseil de la bande de Pictou Landing c. Canada (PG)*, 2013 CF 342.

<sup>92</sup> *Société de soutien à l'enfance et à la famille des Premières Nations du Canada c. Canada (PG)*, 2016 TCDP 2.

également aux adultes éligibles, mais non inscrits. De plus, même s'il est difficile de spéculer sur les raisons qui expliquent le fait que ces personnes ne sont pas inscrites, il s'agit pour ces personnes d'un état qui perdure depuis plusieurs années et on ne saurait prétendre que leur inscription devient soudainement urgente.

Signalons enfin que les personnes dont le droit à l'inscription découle de l'alinéa 6(1)c.1), c'est-à-dire celles qui ont été réintégrées par la loi de 2010, ne sont pas affectées par le jugement du 3 août 2015, puisque cette disposition ne figure pas parmi celles qui font l'objet de la déclaration d'inconstitutionnalité.

#### **D. Les Premières Nations**

Jusqu'ici, nous nous sommes interrogés sur les droits et les intérêts de diverses catégories d'individus. Il convient également de s'interroger sur les répercussions de la déclaration d'inconstitutionnalité ou du projet de loi S-3 sur les Premières Nations sur le plan collectif.

Comme ce fut le cas lorsque d'autres modifications aux règles du statut d'Indien ont été adoptées, les préoccupations soulevées par les Premières Nations ont trait à l'auto-détermination, à la consultation et aux conséquences d'une augmentation du nombre d'inscriptions sur les ressources insuffisantes des Premières Nations.

Comme nous l'avons souligné plus haut<sup>93</sup>, on peut prétendre que le droit des Premières Nations de décider qui sont leurs membres constitue un droit ancestral visé par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en plus d'être explicitement consacré par la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*. Certains auteurs évoquent même la possibilité que le Parlement doive un jour abandonner toute forme de définition du statut d'autochtone<sup>94</sup>. Cependant, dans le cadre du présent dossier, cette question n'est pas en litige et il faut présumer que le Parlement peut continuer à définir le statut d'Indien, pourvu qu'il le fasse d'une manière non discriminatoire.

Nous avons également souligné plus haut que des doutes importants ont été soulevés quant au respect de l'obligation de consulter qui incombe au gouvernement fédéral dans le cadre du processus d'adoption du projet de loi S-3. Les affirmations du chef O'Bomsawin contenues dans la requête sont particulièrement pertinentes à cet égard. Cependant, le tribunal n'est pas saisi d'une contestation du projet de loi S-3 et n'a pas à juger de la qualité des consultations entourant son adoption éventuelle.

L'obligation de consulter ne s'applique pas au tribunal lui-même dans l'exercice de ses fonctions judiciaires. De toute manière, le tribunal rend ses décisions à la suite d'un processus ouvert dans le cadre duquel toutes les parties intéressées ont eu l'occasion d'être entendues.

Le tribunal peut légitimement se demander quelles seront les répercussions de l'inclusion des personnes visées par la déclaration d'inconstitutionnalité sur les ressources limitées des

---

<sup>93</sup> *Supra*, par. 0.

<sup>94</sup> Ian Peach, « Section 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms and the Future of Federal Regulation of Indian Status » (2012) 45 UBC L Rev 103.

Premières Nations. Ce type de préoccupation a souvent été mentionné par les Premières Nations dans le cadre du processus qui a conduit aux modifications de 1985 à la *Loi sur les Indiens*<sup>95</sup>.

À lui seul, le jugement n'aura que peu d'effets sur les Premières Nations, puisqu'il ne porte que sur le statut d'Indien et non sur celui de membre d'une bande. En effet, les Premières Nations offrent habituellement des services à leurs membres et non aux personnes qui détiennent le statut d'Indien.

Tout de même, le Parlement voudra vraisemblablement étendre la portée du jugement, comme il l'a fait en 1985 et en 2010, afin de respecter l'équivalence entre les règles du statut d'Indien aux articles 6 et 7 et celle d'appartenance à une bande à l'article 11. C'est d'ailleurs ce que prévoit le projet de loi S-3. Ainsi, pour les 351 bandes assujetties à l'article 11, le jugement aurait pour conséquence indirecte d'augmenter leurs effectifs.

Le gouvernement du Canada estime que la déclaration d'inconstitutionnalité vise entre 28 000 et 35 000 personnes. Cela représente environ 3% de la population indienne inscrite, qui est légèrement inférieure à 1 000 000. On peut en déduire que les Premières Nations qui n'ont pas adopté de code d'appartenance et qui sont assujetties à l'article 11 verraient leur population croître de 3% en moyenne si des mesures législatives faisant suite à la déclaration d'inconstitutionnalité étaient adoptées pour octroyer le statut de membre d'une bande aux personnes à qui le jugement bénéficie.

Dans la plupart des cas où une Première Nation a adopté un code d'appartenance, l'octroi du statut d'Indien aux personnes visées par la déclaration d'inconstitutionnalité n'aura pas pour effet de rendre ces personnes éligibles au statut de membre de la Première Nation. Ce ne sera le cas que si le code d'appartenance réfère aux règles de la *Loi sur les Indiens*.

Une augmentation de la population de 3% peut représenter une contrainte importante pour des Premières Nations aux prises avec un sous-financement chronique. Cependant, il convient de rappeler que, sauf dans des cas de difficultés économiques majeures, les questions de coût ne constituent pas une raison suffisante pour justifier la restriction d'un droit au sens de l'article 1 de la *Charte*<sup>96</sup>. D'ailleurs, aucune justification de la sorte n'a été avancée dans le présent dossier.

De toute manière, il est loin d'être certain que les personnes qui obtiendraient le statut d'Indien et celui de membre d'une Première Nation s'établiraient à brève échéance sur la réserve de cette Première Nation.

## **E. Les Métis**

Dans certains documents du gouvernement fédéral, il est mentionné que les Métis pourraient

---

<sup>95</sup> Voir, pour un aperçu, Sébastien Grammond, *Identity Captured by Law: Membership in Canada's Indigenous Peoples and Linguistic Minorities*, Montréal et Kingston, McGill-Queen's University Press, 2009, p. 109-110

<sup>96</sup> *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, [2004] 3 RCS 381.

être intéressés par une réforme des règles du statut d'Indien. Cet intérêt découle du fait que les principales organisations de la Nation métisse ont adopté des règles d'appartenance qui excluent explicitement les personnes qui sont inscrites au registre des Indiens. Or, bien des gens qui se considèrent métis sont également inscrits au registre des Indiens et cela les empêche d'être reconnus comme membres de la Nation métisse<sup>97</sup>. Une solution potentielle serait de permettre à une personne de demander la radiation de son nom du registre des Indiens, afin de permettre à celle-ci de s'inscrire à un registre métis. Le jugement rendu par le tribunal le 3 août 2015 n'aura aucune répercussion sur les Métis. En effet, s'il permet à certaines personnes de demander leur inscription au registre des Indiens, il n'oblige personne à le faire. Une personne qui se considère métisse ne perdra donc aucun droit lors de l'entrée en vigueur de la déclaration d'inconstitutionnalité ou de l'adoption du projet de loi S-3.

### III. Recommandations : analyse des diverses options

Nous avons établi plus haut que, pour déterminer si une suspension est toujours appropriée, le tribunal devrait pondérer l'importance de donner au Parlement l'occasion de formuler sa propre réponse à la déclaration d'inconstitutionnalité, d'une part, et l'importance d'accorder une réparation immédiate aux personnes qui pourraient bénéficier de cette déclaration<sup>98</sup>.

En raison de la flexibilité inhérente à la phase des réparations du procès constitutionnel, comme en fait foi l'affaire *Carter*, le tribunal peut procéder à une nouvelle évaluation des réparations appropriées et n'est pas lié par les décisions antérieures qu'il a rendues.

Cette réévaluation peut être fondée sur les faits suivants :

*L'écoulement du temps, qui modifie la pondération entre la nécessité de laisser au Parlement l'occasion de formuler sa propre réponse et la nécessité d'offrir une réparation efficace aux demandeurs;*

*Le fait que les débats politiques qui ont eu lieu depuis la décision du 3 août 2015 n'ont pas révélé d'autres moyens de remédier à l'inconstitutionnalité que d'octroyer le statut d'Indien aux demandeurs et aux personnes se trouvant dans une situation semblable;*

*Le désaccord qui s'est manifesté entre les deux chambres du Parlement.*

En procédant à cette réévaluation, le tribunal ne peut réviser la décision sur le fond, notamment dans sa description de la discrimination visée et dans son acceptation du raisonnement de l'arrêt *McIvor*.

En procédant ainsi, le tribunal n'agit pas *functus officio*, pas plus en tout cas que la Cour suprême dans sa deuxième décision dans l'affaire *Carter*<sup>99</sup>. Dans l'arrêt *Doucet-Boudreau*, la

<sup>97</sup> Cette problématique est illustrée par l'arrêt *Alberta (Affaires autochtones et développement du Nord) c. Cunningham*, [2011] 2 RCS 670.

<sup>98</sup> *Supra*, au par. 0.

<sup>99</sup> Voir aussi *Morton c. British Columbia (Agriculture and Lands)*, 2010 BCSC 100, aux par. 30-35, où des réparations additionnelles ont été ordonnées lors d'une deuxième suspension.

Cour suprême a statué que la règle du *functus officio* n'empêche pas les tribunaux de « modifier leurs ordonnances ou [d']y faire des ajouts en vue d'en assurer l'exécution, ou même à modifier la réparation accordée au départ ou à en ajouter une autre »<sup>100</sup>. Dans ce contexte, les ordonnances figurant dans le dispositif du jugement du 3 août 2015 ne peuvent être dissociées l'une de l'autre : la déclaration d'inconstitutionnalité a été formulée telle qu'elle l'est *parce qu'elle serait suspendue*. Le tribunal a d'ailleurs clairement indiqué, au paragraphe 228, que la déclaration aurait été formulée autrement si elle avait été destinée à prendre effet immédiatement. Dans ces circonstances, rien n'empêche le tribunal de reformuler cette déclaration à l'occasion d'une prorogation de la suspension ou d'une décision en sens contraire.

Nous analyserons donc les différentes options qui s'offrent au tribunal en comparant leurs effets sur l'équilibre entre les rôles respectifs du Parlement et de la magistrature, d'une part, et les avantages concrets qu'elles procurent aux demandeurs et aux personnes se trouvant dans une situation semblable, d'autre part.

### **A. Proroger la suspension**

Une première option est, comme le réclament les demandeurs, de proroger la suspension. À elle seule, une telle prorogation ne confère aucun bénéfice ou avantage immédiat aux demandeurs. Elle ne fait que maintenir le statu quo, que le tribunal a déjà qualifié de discriminatoire.

Comme la Cour suprême l'a souligné dans l'arrêt *Carter*, la suspension d'une déclaration d'inconstitutionnalité devrait être considérée comme une mesure exceptionnelle, et une prorogation subséquente l'est encore davantage<sup>101</sup>. Le tribunal a déjà accordé une suspension de 23 mois, ce qui se situe à la limite supérieure des délais accordés à cette fin par les tribunaux canadiens.

Proroger la suspension dans les circonstances actuelles est d'autant plus hasardeux qu'il n'y a aucune garantie que le processus politique aboutisse à court terme.

La réalité politique, à laquelle le tribunal ne peut être aveugle, est que l'on assiste actuellement à un bras de fer entre le gouvernement, qui souhaite limiter la portée du projet de loi S-3 aux personnes visées par le jugement du 3 août 2015 ou à d'autres groupes aisément circonscrits, et le Sénat qui souhaite lui donner une portée plus généreuse, notamment au moyen de la règle dite « 6(1)a) all the way ».

Dans ce contexte, une suspension ne fait que donner davantage de temps au Sénat pour tenter de faire triompher son point de vue. L'attitude ambivalente de la défenderesse face à la requête des demandeurs témoigne d'une volonté d'utiliser stratégiquement les pouvoirs réparateurs du tribunal. En effet, en demandant au tribunal de retenir sa décision, elle cherche à maintenir la pression exercée sur le Sénat pour qu'il adopte rapidement la solution préconisée par le gouvernement. Si cela s'avère un échec, la défenderesse ne s'oppose pas à la prorogation de la suspension recherchée par les demandeurs. Or, le tribunal ne devrait pas prendre de

---

<sup>100</sup> *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, [2003] 3 RCS 3, à la p. 48, par. 81.

<sup>101</sup> *Carter c. Canada (PG)*, [2016] 1 RCS 13.



mesures qui visent à faciliter l'action politique de l'une des factions présentes. L'objectif du tribunal est d'assurer le respect de la Constitution.

Ironiquement, la prolongation systématique de la suspension pourrait avoir l'effet contraire de celui qui est désiré. Si les acteurs politiques savent qu'une déclaration d'inconstitutionnalité peut être suspendue tant qu'une loi conforme à la Constitution n'a pas été adoptée, ils auront peu d'incitatif à s'entendre. À terme, une telle approche pourrait transformer la Constitution canadienne en équivalent de la *Human Rights Act* britannique : une déclaration judiciaire d'incompatibilité avec celle-ci ne rend pas la loi en cause inapplicable, il ne s'agit que d'une invitation lancée au Parlement de modifier la loi<sup>102</sup>.

Signalons aussi que dans l'affaire *Mclvor*, les débats parlementaires (en contexte de gouvernement minoritaire) n'ont finalement abouti qu'à octroyer le statut qu'aux personnes directement visées par le jugement de la Cour d'appel, malgré deux prorogations de la suspension de la déclaration d'inconstitutionnalité<sup>103</sup>.

### **B. Ne pas prolonger la suspension**

Le tribunal pourrait également envisager de rejeter la requête des demandeurs et de laisser la période de suspension de la déclaration d'inconstitutionnalité prendre fin le 3 juillet 2017. Selon nous, l'adoption de cette solution sans autre mesure réparatrice serait la pire option envisageable.

En effet, cette option n'offre aucun bénéfice concret aux demandeurs ou aux personnes se trouvant dans une situation semblable, puisqu'elle n'assure pas leur inscription au registre. De plus, cette option pourrait avoir des conséquences négatives sur les personnes qui ont droit à l'inscription selon les règles actuelles. Cependant, comme nous l'avons vu plus haut, le gouvernement possède sans doute des moyens de pallier ces inconvénients et d'assurer, notamment, que les nouveaux-nés puissent obtenir les services de santé dont ils ont besoin.

En faveur de cette option, on peut affirmer qu'elle incite le Parlement à trouver rapidement une solution. Cependant, il est odieux que cet incitatif découle d'inconvénients imposés à des personnes qui ne sont pas concernées par le présent litige.

Il nous apparaît également que cette option est proposée par les demandeurs afin de faciliter l'action politique de ceux qui souhaitent élargir la portée du projet de loi S-3. Quelque louable que puisse être cette action sur le plan politique, la décision du tribunal devrait viser le respect de la Constitution et la cessation des violations qui ont été prouvées dans le cadre du présent dossier.

Cette option pourrait cependant s'avérer adéquate si elle était combinée à une révision de la

---

<sup>102</sup> *Human Rights Act 1998*, c. 42 (R.-U.), en ligne : [http://www.bailii.org/uk/legis/num\\_act/1998/ukpga\\_19980042\\_en\\_1.html](http://www.bailii.org/uk/legis/num_act/1998/ukpga_19980042_en_1.html); voir notamment l'art. 4.

<sup>103</sup> Voir aussi Grant R. Hoole, « Proportionality as a Remedial Principle : A Framework for Suspended Declarations of Invalidity in Canadian Constitutional Law » (2011) 49 *Alta L Rev* 107, pp. 124-125, au sujet des suites de l'arrêt *Corbiere*.

réparation octroyée.

### **C. Réviser la réparation octroyée**

La déclaration d'inconstitutionnalité qui figure dans le jugement du 3 août 2015 vise les dispositions incriminées de la *Loi sur les Indiens* dans leur globalité. Sa formulation est indissociable du fait qu'elle était destinée à être suspendue. Au paragraphe 228, le tribunal a également suggéré une formulation alternative qui ne déclarerait ces dispositions inconstitutionnelle que dans la mesure où elles violent les droits des demandeurs ou des personnes se trouvant dans la même situation. Il faut cependant souligner qu'une telle réparation ne procure aucun bénéfice à ces personnes. Tout bénéfice concret ne découlerait que d'une modification législative adoptée par le Parlement.

Selon nous, il conviendrait de réviser cette approche à la lumière des facteurs suivants, survenus après le jugement du 3 août 2015.

Premièrement, il est devenu évident qu'il n'existe qu'une seule solution réaliste pour remédier à l'inconstitutionnalité de l'article 6 de la *Loi sur les Indiens* : en étendre les effets aux demandeurs et aux personnes se trouvant dans une situation semblable. Que ce soit lors des consultations menées par le MAANC ou dans le cadre des travaux du Parlement, personne n'a sérieusement suggéré d'enlever des droits à un quelconque groupe comparateur ou de restreindre de quelque autre manière que ce soit les droits qui seraient conférés aux demandeurs ou aux personnes se trouvant dans une situation semblable. En réalité, les débats politiques des derniers mois ont uniquement porté sur la possibilité d'accorder le statut d'Indien à d'autres groupes que ceux qui sont concernés par le présent dossier. Nous sommes donc dans la situation décrite par le professeur Hogg : « One way or another, a group that has been unconstitutionally excluded from a legislated programme has to be added. »<sup>104</sup>

Deuxièmement, nous assistons actuellement à une impasse politique qui découle du refus du gouvernement d'accepter l'amendement « 6(1)a) all the way » proposé par le Sénat. On ne sait quand et de quelle manière cette impasse politique va se dénouer. Au cours de la présente session parlementaire, le Sénat a considérablement retardé l'adoption de certains projets de loi. Il est donc possible que le projet de loi S-3 ne soit pas adopté à brève échéance, ni même avant la fin de la nouvelle période de suspension proposée par les demandeurs.

Troisièmement, l'écoulement du temps modifie fondamentalement l'équilibre entre la nécessité d'accorder une réparation utile aux demandeurs et aux personnes placées dans une situation semblable et la nécessité de respecter le rôle du législateur. Ces personnes attendent depuis près de deux ans leur inscription au registre, alors qu'il est clair qu'elles y ont droit. De son côté, le législateur a eu l'occasion de remédier à l'inconstitutionnalité de l'article 6, mais ne l'a pas encore fait. La balance penche donc maintenant en faveur des droits des demandeurs. Pour parvenir à cette conclusion, il n'est pas nécessaire d'attribuer un blâme quelconque aux acteurs politiques ou aux fonctionnaires impliqués dans le dossier. Il suffit de constater que, près de deux ans après le jugement, le processus politique est dans l'impasse.

---

<sup>104</sup> Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, éd. feuilles mobiles, Toronto, Carswell, p. 40-21.

Face à cette conclusion, le tribunal peut réévaluer la forme de la réparation qu'il a accordée. Au lieu d'invalider purement et simplement les dispositions attentatoires de la Loi, le tribunal peut choisir d'imposer une interprétation large (*reading in*) de l'article 6 de la Loi. Ainsi, les demandeurs et les personnes dans une situation semblable pourront immédiatement demander leur inscription et profiter des bénéfices associés au statut d'Indien. Par ailleurs, cette réparation n'affecterait pas la validité des dispositions existantes de la Loi dans leur application aux catégories de personnes qui ont déjà droit à l'inscription.

Plusieurs raisons appuient le recours à l'interprétation large dans le cas qui nous occupe. Rappelons tout d'abord les critères que l'arrêt *Schachter* avait établis à ce sujet<sup>105</sup>. La portée de l'interprétation large doit se déduire assez aisément des exigences de la Constitution; l'interprétation large ne doit pas contrecarrer l'intention du législateur; et dans le cas d'un programme de bénéfices, la taille des groupes en cause est un facteur pertinent.

En l'espèce, le groupe à inclure est clairement défini dans le jugement du 3 août 2015, notamment au paragraphe 228. Les conclusions de la requête des demandeurs décrivent aussi avec précision le groupe concerné. Le présent dossier tranche avec certaines autres affaires où il était difficile de donner une définition précise du groupe concerné. Par exemple, dans l'affaire portant sur l'inclusion des Métis dans la définition d' « autochtone » dans la loi ontarienne sur la protection de la jeunesse, il n'existait aucune manière communément admise de définir qui est un Métis en Ontario<sup>106</sup>.

Imposer une interprétation large ne contrecarre pas l'intention du législateur. Il est évident que le Parlement souhaite au moins accorder le droit à l'inscription à toutes les personnes visées par le jugement du 3 août 2015. Aucune autre solution n'a sérieusement été envisagée. D'ailleurs, en 2010, à la suite de l'arrêt *McIvor*, l'inclusion des personnes visées par cette décision était aussi une solution qui s'imposait d'elle-même. Comme l'affirme la juge en chef McLachlin dans l'affaire *Trial Lawyers Association*, il s'agit d'un « cas où il est clair que le législateur aux prises avec une déclaration d'inconstitutionnalité aurait apporté la modification proposée »<sup>107</sup>.

Enfin, les informations à la disposition du tribunal suggèrent que le groupe composé des demandeurs et des personnes se trouvant dans une situation semblable représente environ 3% du nombre de personnes actuellement inscrites au registre. Il s'agit d'un cas où la taille du groupe à inclure est beaucoup plus faible que celle du groupe déjà visé par le programme en cause.

---

<sup>105</sup> Voir *supra*, par. 0.

<sup>106</sup> *Catholic Children's Aid Society of Hamilton c. G.H., T.V. and Eastern Woodlands Métis of Nova Scotia*, 2016 ONSC 6287. (Dans l'affaire *Children's Aid Society of Ottawa c. L.F. and L.F.*, 2016 ONSC 6750, la Cour divisionnaire a exprimé l'avis que la disposition déclarée inconstitutionnelle dans l'affaire G.H. était valide.)

<sup>107</sup> *Trial Lawyers Association of British Columbia c. Colombie-Britannique (PG)*, [2014] 1 RCS 31, à la p. 61, par. 66.

La Cour suprême a déjà eu recours à l'interprétation large. Dans l'arrêt *Vriend*<sup>108</sup>, elle a imposé une interprétation large de la loi albertaine sur les droits de la personne afin d'y inclure l'orientation sexuelle comme motif de distinction prohibé. Dans l'arrêt *Miron c. Trudel*<sup>109</sup>, elle a ordonné qu'une loi qui prévoyait le versement de bénéfices au conjoint (marié) d'une personne soit interprétée comme s'appliquant également aux conjoints de fait. Récemment, dans l'arrêt *Smith*, elle a élargi la portée d'une exemption à la possession de marijuana à des fins médicales<sup>110</sup>.

Procéder ainsi n'équivaut pas à imposer une solution au Parlement. Le Parlement demeure libre d'adopter le projet de loi S-3, avec ou sans amendements, ou tout autre projet de loi. Ces nouvelles dispositions se substitueront alors à l'interprétation large de l'article 6 ordonnée par le tribunal. Par ailleurs, étant donné que le jugement du 3 août 2015 ne porte pas sur le statut de membre de la bande, le Parlement devra de toute manière légiférer pour s'assurer que les personnes visées par le jugement obtiennent aussi le statut de membre de la bande, si celle-ci est régie par l'article 11 de la Loi.

Comme le souligne le professeur Hogg, l'interprétation large n'est pas nécessairement plus « intrusive » que la déclaration d'inconstitutionnalité suspendue. Dans les cas appropriés, elle peut constituer la réparation optimale :

There is no doubt that reading in is a serious intrusion by the courts on the function of the legislative branch of government. [...] However, the alternative of striking down the unconstitutional legislative scheme is also very intrusive. [...]

One way or the other, a group that has been unconstitutionally excluded from a legislated programme has to be added. None of the solutions is free from difficulty. In cases like *Tétreault-Gadoury*, *Miron* and *Vriend*, where severance or reading in effects the necessary repair in a straight-forward fashion that seems consistent with the legislative objective, and that does not significantly alter the legislative scheme, there is much to be said for the direct judicial amendment of the statute by severance or reading in. Although severance takes away words that the legislative body enacted, and reading in adds words that the legislative body did not enact, these radical results need not be other than temporary. It is always open to the competent legislative body to enact a new legislative scheme – in compliance with constitutional requirements, needless to say – if the legislators are not content with the scheme as amended by the court. In this sense, the democratic legislative process retains the last word.<sup>111</sup>

<sup>108</sup> *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 RCS 493.

<sup>109</sup> [1995] 2 RCS 418.

<sup>110</sup> *R. c. Smith*, [2015] 2 RCS 602, par. 31.

<sup>111</sup> Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, éd. feuilles mobiles, Toronto, Carswell, pp. 40-20 et 40-21.

#### **D. Des mesures provisoires**

Une alternative à l'interprétation large de la loi serait l'imposition de mesures provisoires. C'est ce que réclament les demandeurs. Cette requête peut s'appuyer sur le précédent établi par le second arrêt *Carter* : le tribunal peut ordonner des mesures temporaires qui visent non seulement les parties à l'instance, mais aussi toute personne placée dans les mêmes circonstances.

Dans l'arrêt *Carter*, la Cour suprême a justifié les mesures provisoires par le fait que la prolongation de l'atteinte aux droits des personnes en fin de vie constituait un préjudice qui l'emportait sur les considérations en sens contraire<sup>112</sup>. Il s'agit donc d'une forme de prépondérance des inconvénients. Comme nous l'avons démontré plus haut, deux ans après le jugement, cette prépondérance joue en faveur de l'octroi d'une réparation immédiate aux demandeurs et aux personnes se trouvant dans une situation semblable.

Sur le plan pratique, il y a peu de différence entre l'interprétation large et les mesures provisoires. Cependant, sur le plan des principes, l'interprétation large nous semble préférable, puisque l'inscription d'une personne découle alors conceptuellement de la loi et non de l'ordonnance d'un tribunal.

Les mesures provisoires peuvent cependant être une option attrayante si le tribunal parvient à la conclusion qu'il lui est impossible d'imposer une interprétation large.

Chelsea, le 17 juin 2017

Sébastien Grammond  
*Amicus curiae*

## **ANNEXE 2**

<b>Paragraphe 226 à 229 du jugement du</b>	<b>Extrait des conclusions de la requête</b>
--	--

<sup>112</sup> *Carter c. Canada (PG)*, [2016] 1 RCS 13, au par. 6.

**3 août 2015 :**

[226] Même si le Tribunal considère peu probable que l'option d'annuler les avantages conférés aux personnes à qui la règle de la double-mère s'applique soit retenue, le législateur doit quand même avoir une marge de manœuvre suffisante afin d'élaborer le détail des dispositions pouvant remédier à la discrimination.

[227] Il est en effet mieux en mesure que le Tribunal de déterminer le détail de celles-ci et leur cohérence avec le nouveau régime en place, surtout considérant le caractère technique et la complexité de la Loi. Par exemple, l'arrimage entre ce qu'énonce le présent jugement et les articles 8 et suivants de la Loi, relatifs aux listes de bande et aux règles d'appartenance pouvant être fixées par une bande ayant assumé la responsabilité de sa liste devra être fait, comme cela a été le cas lors de l'ajout de l'alinéa 6(1) c.1) en 2010.

[228] Ainsi, même si le Tribunal avait considéré approprié d'encadrer les mesures législatives à prendre, il se serait bien gardé d'imposer un libellé précis, se contentant plutôt d'envisager la question sous l'angle du résultat que le législateur devrait chercher à accomplir afin de respecter les exigences du droit fondamental à l'égalité. Une telle conclusion, cohérente avec les motifs du présent jugement, aurait pu se lire comme suit:

**DÉCLARE** que les alinéas 6(1) a), c) et f) et le paragraphe 6(2) de la *Loi sur les Indiens* portent atteinte de manière injustifiée à l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et sont inopérants dans la mesure où:

**a)** ils ne permettent pas aux personnes appartenant aux groupes suivants:

**amendée des demandeurs:**

**DECLARE** that until January 31, 2018, or the expiration of the suspension, whichever is sooner :

- a) Persons whose only Indian grandparent is a woman who lost her status through marriage, and whose parents are not both Indians, who was him or herself born between September 4, 1951, and April 16, 1985, inclusively, or born of a marriage formed between those dates, the plaintiff Stéphane Descheneaux being one of the persons belonging to this group; and
- b) Persons whose parents are not both Indian and whose mother is a daughter born out of wedlock to an Indian father and a non-Indian mother, who was him or herself born between September 4, 1951, and April 16, 1985, inclusively, or born of a marriage formed between those dates, the plaintiff Tammy Yantha being one of the persons belonging to this group; are entitled to have their names to the Indian Register with an Indian status equivalent to paragraph 6(1) or that allows them to transmit a status equivalent to 6(2) to their children, if those children also have a non-Indian parent; and
- c) girls born without status and out of wedlock to Indian fathers and non-Indian mothers between September 4, 1951, and April 16, 1985, inclusively, who have one or more children and whose father is a non-Indian man, the plaintiff Susan Yantha being one

**i)** les personnes dont un seul grand-parent est une Indienne, celle-ci ayant perdu son statut par mariage, et dont les parents ne sont pas tous les deux Indiens, le demandeur Stéphane Descheneaux étant l'une des personnes appartenant à ce groupe, et,

**ii)** les personnes dont les parents ne sont pas tous les deux Indiens et dont la mère est une fille née hors mariage dont le père est Indien et la mère non-Indienne, cette fille étant née sans statut (soit entre le 4 septembre 1951 et le 16 avril 1985 inclusivement), la demanderesse Tammy Yantha étant l'une des personnes appartenant à ce groupe, de s'inscrire au Registre des Indiens avec un statut d'Indien équivalent au paragraphe 6(1) ou permettant de transmettre un statut équivalent à celui du paragraphe 6(2) à leurs enfants dont l'autre parent est non-Indien;

**b)** tant qu'ils n'accordent pas l'équivalent d'un statut 6(1) aux personnes dans la situation de la demanderesse Tammy Yantha, ils ne permettent pas que les personnes appartenant au groupe suivant:

les filles nées hors mariage dont le père est Indien et la mère non-Indienne, nées sans statut, soit pendant la période s'étendant du 4 septembre 1951 au 16 avril 1985 inclusivement, ayant un ou des enfants avec un non-Indien, la demanderesse Susan Yantha étant l'une des personnes appartenant à ce groupe, puissent transmettre à leurs enfants avec un non-Indien un statut équivalent à celui du paragraphe 6(1) leur permettant de transmettre à leur tour un statut à leurs enfants dont l'autre parent est non-Indien.

[229] Mais même cette conclusion ne serait pas appropriée. Le législateur peut en effet choisir d'envisager d'autres avenues que celles que suggère le présent jugement, même si les options paraissent plutôt limitées. Il est de plus toujours possible aussi qu'il retienne des options encore plus inclusives que celles dictées par les impératifs du droit à l'égalité, pour des motifs d'équité ou autres. C'est d'ailleurs ce

of the persons belonging to this group are entitled to have their names to the Indian Register with an Indian status equivalent to paragraph 6(1);

qu'il a fait en 1985 pour les personnes à qui la règle de la double-mère s'appliquait.	
--	--