

Les Cahiers de droit



La décision dans Lavell ou les bonds de la Cour suprême

Henri Brun

Volume 14, Number 3, 1973

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/041772ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/041772ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Brun, H. (1973). La décision dans Lavell ou les bonds de la Cour suprême. *Les Cahiers de droit*, 14(3), 541–553. <https://doi.org/10.7202/041772ar>

Tous droits réservés © Faculté de droit de l'Université Laval, 1973

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

<https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/>

Érudit

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

<https://www.erudit.org/en/>

La décision dans *Lavell* ou les bonds de la Cour suprême

Henri BRUN *

P.g. Canada v. Lavell et Isaac et autres v. Bédard
(Cour suprême du Canada,
jugement rendu le 27 août 1973)

Les circonstances de la décision

Il s'agit de deux appels, que la Cour suprême a entendus ensemble et au sujet desquels elle a rendu une décision commune. Ces deux affaires soulèvent la même question de droit, à savoir si l'article 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*¹ a rendu inopérant l'article 12(1)b) de la *Loi sur les Indiens* par l'effet de l'article 2 de la *Déclaration*².

Le premier de ces textes se lit comme suit :

- 1. Il est par les présentes reconnu et déclaré que les droits de l'homme et les libertés fondamentales ci-après énoncés ont existé et continueront à exister pour tout individu au Canada quels que soient sa race, son origine nationale, sa couleur, sa religion ou son sexe,
 - a) (...)
 - b) le droit de l'individu à l'égalité devant la loi et à la protection de la loi ; » ...

Le second :

- 12. (1) Les personnes suivantes n'ont pas le droit d'être inscrites, savoir :
 - a) (...)
 - b) une femme qui a épousé un non-Indien, sauf si cette femme devient subséquentement l'épouse ou la veuve d'une personne décrite à l'article 11. »

Le troisième :

- 2. Toute loi du Canada, à moins qu'une loi du Parlement du Canada ne déclare expressément qu'elle s'appliquera nonobstant la *Déclaration canadienne des droits*, doit s'interpréter et s'appliquer de manière à ne pas supprimer, restreindre ou enfreindre l'un quelconque des droits ou des libertés reconnus et déclarés aux présentes, ni à en autoriser la suppression, la diminution ou la transgression... »

En ce qui regarde les faits, il n'est pas essentiel mais intéressant de noter que depuis neuf années environ avant son mariage avec un non-Indien,

* Professeur, Faculté de Droit, Université Laval, actuellement en année sabbatique à l'Université de Cambridge, en Grande-Bretagne.

** Nous avons déjà publié une analyse de cette décision par le professeur Jean-K Samson, dans (1973) 14 *C. de D.* À cause de l'importance de la décision, nous avons cru intéressant de publier un autre commentaire du professeur Henri Brun.

1. S.R.C. 1970, appendice III.

2. S.R.C. 1970, c. I-6.

madame Lavell ne vivait plus dans une réserve. De plus, la radiation consécutive de son nom du registre des Indiens ne l'a pas privée d'autres droits de propriété dans la réserve que ceux qui sont accessoires de l'appartenance à une bande. Pour sa part, madame Bédard a vécu environ six ans hors de la réserve dont elle était membre, avec le non-Indien qu'elle avait épousé. Après s'être séparée de ce dernier, elle est retournée vivre à la réserve, avec ses deux enfants, dans une maison que lui avait léguée sa mère. Le Conseil de la bande lui a alors ordonné de disposer de la maison et de quitter la réserve avec ses enfants.

L'intérêt et l'importance de la décision

Le présent arrêt a été attendu avec impatience, comme le fut l'arrêt *Drybones* en 1970³. À cette époque, les tribunaux inférieurs à la Cour suprême s'étaient systématiquement divisés au sujet de l'interprétation de l'article 2 de la Déclaration. Par l'arrêt *Drybones*, la Cour suprême a enfin établi qu'en vertu de l'article 2 de la Déclaration, cette dernière ne constitue pas seulement un ensemble de règles d'interprétation législative, mais encore une série de principes fondamentaux capables aussi de rendre inopérantes des dispositions législatives qui lui sont incompatibles. Le débat était tranché, au moins en ce qui regarde la législation existant avant l'entrée en vigueur de la Déclaration.

Pourtant, tous sentaient, pour quelques raisons difficiles à identifier, que le droit n'était pas définitivement réglé sur la question. L'arrêt *Drybones* s'était probablement écarté un peu trop brusquement de certains dogmes. Tous savaient, en tout cas, que la percée opérée par l'arrêt *Drybones* dans le sens du contrôle judiciaire de la législation, pouvait être battue en brèche par une suite d'interprétations restrictives données aux dispositions de fond de la Déclaration. Certaines décisions rendues après l'arrêt *Drybones*, ont donné à penser que telle était la voie choisie par la Cour suprême⁴.

Les affaires *Lavell* et *Bédard*, en elles-mêmes, ne soulèvent en fait aucun problème fondamentalement nouveau. À bien les considérer, on se rend compte qu'elles ont simplement donné à la Cour suprême l'occasion de tirer les pleines conséquences juridiques de l'arrêt *Drybones*. Tel qu'il a été finalement rendu, l'arrêt prend toutefois une importance presque aussi grande que celle de l'arrêt *Drybones*, l'arrêt du siècle.

La décision et ses motifs

Contrairement à ce qu'ont décidé toutes les instances inférieures dans les deux conflits, la Cour suprême, par une majorité de cinq contre quatre, a

3. R.C.S. 282.

4. Voir, par exemple, les arrêts *Smythe*, [1971] R.C.S. 680 et *Appleby*, [1972] R.C.S. 303. Alors que d'autres décisions semblaient donner raison à la perspective contraire. Voir les arrêts *Brownridge*, [1972] R.C.S. 926 et *Lowry* (1972) 26 D.L.R. (3d) 224.

considéré que l'article 1b) de la *Déclaration canadienne des droits* ne rendait pas inopérant l'article 12(1)b) de la *Loi sur les Indiens*. Les motifs du jugement de la Cour ont été exposés, au nom de la majorité, par le juge Ritchie. Le juge en chef Fauteux et les juges Martland, Judson et Pigeon ont souscrit à ces motifs. Pour sa part, le juge Pigeon a ajouté des motifs personnels extrêmement succints. Enfin, le juge Laskin a exprimé les motifs des quatre juges dissidents, auxquels le juge Abbott a ajouté des motifs personnels.

Les motifs de la Cour, tels qu'exprimés par le juge Ritchie, consistent en deux arguments étrangement articulés : l'un est en effet inséré au milieu de l'exposé de l'autre. Le premier se rapporte à l'article 91 de l'*A.A.N.B.* ; le second a pour objet la notion d'égalité devant la loi. Il est trop tôt pour discuter le fond de cette argumentation, mais il ne l'est pas pour dire que celle-ci ne nous a pas paru exagérément claire. Disons que la logique formelle de l'exposé est assez tacite pour ne pas nous permettre d'être absolument sûr de pouvoir rendre justice à son auteur.

Le premier argument comprend les éléments essentiels suivants :

1. La *Déclaration canadienne des droits* . . . « n'a pas pour effet de modifier ou de changer d'aucune façon les dispositions de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* » . . . (p. 8, 6^e par.).
2. Son effet sur la *Loi sur les Indiens* . . . « ne peut être considéré à la lumière des dispositions du par. (24) de l'art. 91 de l'*A.A.N.B.* » . . . qui confie au Parlement fédéral une compétence exclusive en ce qui regarde les Indiens et les terres réservées aux Indiens (p. 9, 1^{er} par.).
3. Le Parlement fédéral n'aurait pu exercer efficacement la compétence dont il jouit en vertu de 91(24), sans avoir déterminé quelles qualités sont requises pour avoir droit au statut d'Indien. « La législation adoptée à cette fin était, (...), nécessaire à la mise en œuvre de l'autorité ainsi assignée au Parlement en vertu de la constitution » (p. 9, 3^e par. et p. 19, 3^e par.).
4. « Suggérer que les dispositions de la *Déclaration Canadienne des droits* ont pour effet de rendre toute la *Loi sur les Indiens* inopérante comme étant discriminatoire équivaut à affirmer que la *Déclaration* a enlevé au Parlement le pouvoir d'exercer la compétence qui lui est assignée en vertu de la constitution d'adopter des lois qui traitent les Indiens vivant dans des réserves différemment des autres Canadiens » . . . (p. 10, 1^{er} par.).
5. Cette question est . . . « complètement réglée par le juge Pigeon dans les motifs de sa dissidence dans l'affaire *Drybones* » . . . Il doit y être répondu négativement (p. 12, 3^e par.)⁵.
6. La présente affaire doit être distinguée de l'affaire *Drybones*. Dans cette dernière affaire, l'article 1b) de la *Déclaration des droits* était confronté à « ... un article de la *Loi sur les Indiens* créant une infraction criminelle et des peines connexes relativement à la conduite d'Indiens hors d'une

5. Voir *R. v. Drybones*, [1970] R.C.S. 282, à la p. 304.

réserve dans une zone où les non-Indiens, également régis par les lois fédérales, n'étaient assujettis à aucune semblable restriction » (p. 25, 1^{er} par.). Et la Cour suprême avait alors précisé que ses motifs ne valaient que pour semblables cas (p. 24, 6^e par.). Voir l'arrêt *Drybones*, déjà cité, p. 297. Dans la présente affaire, par contre, sont en question des dispositions « ... adoptées comme partie du programme conçu par le Parlement, en vertu du par. (24) de l'art. 91, en vue de la réglementation de la vie interne et domestique des Indiens à l'intérieur des réserves » (p. 23, 1^{er} par.).

Donc, un argument basé sur l'article 91 (24) de l' *A.A.N.B.*, que le juge Ritchie, au nom de la Cour, résume lui-même de la façon suivante :

« ... la *Déclaration des droits* n'a pas pour effet de rendre inopérante une législation, telle que l'al. b) du par. (1) de l'art. 12 de la *Loi sur les Indiens*, adoptée par le Parlement du Canada dans l'exercice de ses devoirs constitutionnels en vertu du par. (24) de l'art. 91 de l'*Acte de l'A.A.N.B.*... » (p. 25, 3^e par.).

Le second motif de la Cour est plus simple. Il comprend les éléments essentiels qui suivent :

1. Le paragraphe introductif de l'article 1 de la *Déclaration canadienne des droits* ne peut servir à rendre inopérante une disposition législative. Seuls les autres paragraphes de l'article peuvent avoir cette vertu (pp. 14, 15 et 25, 4^e par.).
2. « ... l'égalité devant la loi, (...), comporte le sens d'assujettissement égal de toutes les classes au droit commun du pays *appliqué par les tribunaux ordinaires*, et (...), l'expression « égalité devant la loi » qui figure à l'art. 1, al. b) de la *Déclaration des droits* doit être traitée comme signifiant égalité dans l'administration ou l'application de la loi par des fonctionnaires chargés de son application et par les tribunaux ordinaires du pays » (p. 18, 3^e par. et p. 26, 2^e par.).
3. Sous cet angle aussi, l'affaire *Drybones* doit être distinguée de la présente affaire. Car, dans *Drybones*, l'article incriminé « ... ne pouvait recevoir d'application sans que soit déniée à un groupe racial l'égalité de traitement dans l'administration et l'application de la loi devant les tribunaux du pays »... (p. 25, 2^e par.).

COMMENTAIRES

Premier motif : l'article 91(24) de l'A.A.N.B.

Plus que jamais, il nous apparaît évident que les dispositions de l'*A.A.N.B.* jouissent, aux yeux de plusieurs juristes, d'une autorité dont il nous semblerait ardu de rendre compte en droit. Il ne s'agit pas ici, pas plus que dans l'affaire *Drybones*, de savoir quelles compétences matérielles sont du ressort du Parlement fédéral, par opposition aux parlements des membres de la fédération. Ce qu'a pour seul objet l'article 91 de l'*A.A.N.B.* Il s'agit plutôt, et encore une fois c'était la même chose dans *Drybones*, de savoir de

quelle façon le Parlement fédéral peut exercer les compétences qui sont siennes en vertu de l'*A.A.N.B.* ou, tout au plus, de savoir s'il peut exercer ces compétences dans tous les cas. Dans l'exposé de ce motif, le juge Ritchie nous apparaît commettre quatre erreurs.

1. Il semble prendre pour acquis que si l'article 12 (1) b) de la *Loi sur les Indiens*, qui contribue indirectement à la définition de l'Indien, était rendu inopérant, toute la *Loi sur les Indiens* serait de cette façon virtuellement déclarée inopérante. En toute justice, il faut préciser qu'il ne dit pas ceci de façon explicite. Mais il nous semble bien que cet élément tacite est absolument nécessaire pour passer de la partie 3. à la partie 4. de son raisonnement (voir *supra*).

Ces prémices sont doublement douteuses : leur vérité dépend de deux facteurs, dont il faut avant tout vérifier l'existence. D'abord, il faut voir si, dans l'espèce, la disposition incriminée de la *Loi sur les Indiens* serait déclarée inopérante pour des motifs de discrimination raciale, susceptible d'affecter toute la *Loi sur les Indiens*, ou pour des motifs d'un autre ordre, propre à la disposition incriminée. Dans l'espèce, seule la discrimination sexuelle est en cause. Et elle n'est manifestement pas de nature à affecter l'ensemble de la *Loi sur les Indiens*. Par ailleurs, la sûreté des prémices du juge Ritchie dépend de la signification que l'on donne à « l'égalité devant la loi » dont il est question à l'article 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*. Ces prémices postulent une conception extensive de la notion d'« égalité devant la loi ». Nous reparlerons de cette question lorsque nous traiterons du deuxième motif de la Cour.

Quoi qu'il en soit, même en prenant nous aussi pour acquis ces prémices, le premier motif de la Cour nous apparaît quand même non pertinent.

2. Le juge Ritchie prétend, cette fois explicitement, que si la *Déclaration* rend toute la *Loi sur les Indiens* inopérante, cela équivaut à enlever au Parlement fédéral le pouvoir d'exercer la compétence que lui confie l'article 91(24) de l'*A.A.N.B.* Autrement dit, il juge des effets de la *Déclaration* sur la législation fédérale antérieure à la *Déclaration* à partir des effets que celle-ci aurait sur la législation qui lui est postérieure. Pourtant, les principes de droit en cause dans les deux cas ne sont pas les mêmes.

Nul ne mettra en doute le pouvoir du Parlement fédéral d'abroger, explicitement ou tacitement, sa législation antérieure. Dans le cas des lois antérieures à la *Déclaration*, il n'y a qu'à savoir si le Parlement fédéral avait ou non l'intention d'opérer telle abrogation des lois ou dispositions législatives incompatibles avec la *Déclaration* en adoptant cette dernière. Or c'est à cette question précise que l'arrêt *Drybones* a apporté une réponse claire. Il était plus que légitime, au moment de cette affaire, d'entretenir des prétentions juridiques différentes. Ce ne devrait toutefois plus être le cas aujourd'hui. L'arrêt *Drybones*, en réalité, n'a pas diminué la portée du principe de la souveraineté parlementaire. Il en a plutôt confirmé un corollaire, à savoir qu'un parlement peut librement décider d'abroger sa législation antérieure si telle est son intention. Et nous ne voyons pas

pourquoi, rigoureusement, cette faculté n'aurait pas pour objet une disposition isolée, une loi entière ou encore, *in abstracto*, toute la législation adoptée sous un titre de compétence énuméré à l'article 91 de l'*A.A.N.B.* En conséquence, nous ne croyons pas que les questions constitutionnelles d'un autre ordre, que pourrait soulever la confrontation de la Déclaration avec une législation qui lui est postérieure, peuvent être à priori soulevées dans le cas d'une législation antérieure à la Déclaration. Cette distinction a été faite par le juge Pigeon dans l'affaire *Drybones*⁶.

Quoi qu'il en soit, nous sommes prêt, pour les fins de la présente discussion, à prendre pour acquis que ces types d'arguments sont interchangeables, même s'ils sont effectivement à nos yeux de nature fondamentalement distincts. Nous le sommes d'autant plus volontiers que nous sommes convaincu que la Déclaration doit viser et affecter de la même façon la législation fédérale qui lui est antérieure et celle qui lui est postérieure. Nous tenons cette conviction de l'article 5(2) de la Déclaration et de ce que le juge Laskin, s'exprimant dans l'arrêt *Curr* au nom de la Cour suprême (7 juges sur 9), a pris pour acquis qu'il en était ainsi même s'il n'a pas effectivement eu à décider sur ce point⁷. Cette concession ne fournit toutefois pas, à nos yeux, un meilleur fondement juridique au motif de la Cour fondé sur l'article 91(24) de l'*A.A.N.B.*

3. Le juge Ritchie semble considérer que si l'article 2 de la Déclaration était interprété comme empêchant le Parlement fédéral de légiférer relativement aux Indiens à moins de déclarer que telle législation s'appliquera nonobstant la Déclaration, cela aurait pour effet de *modifier* ou de *changer* l'*A.A.N.B.* Les mots que nous avons soulignés sont ceux qu'il a employés (p. 8, 6^e par.).

Il y a là, pour le moins, abus de mots. D'abord, ce n'est pas en l'occurrence l'existence de la compétence fédérale sur les Indiens qui est en cause, mais la façon suivant laquelle cette compétence doit être exercée: pour contrevenir aux dispositions de fond de la Déclaration, il faudrait désormais que le Parlement fédéral le dise de façon expresse. Ensuite, même s'il était question, dans ce contexte, du contenu matériel de la compétence du Parlement fédéral, la référence à l'article 91 de l'*A.A.N.B.* ne serait pas davantage pertinente. Le problème serait alors de savoir si le Parlement fédéral peut, dans certains cas, exercer sa compétence, et non de savoir s'il a cette compétence par rapport aux parlements des membres de la fédération. La question est de nature fédérale et non de nature fédérative: sa réponse doit découler des principes relatifs au statut des organes législatifs fédéraux.

Par rapport à l'ensemble de la compétence du Parlement fédéral, une disposition semblable à celle contenue à l'article 2 de la Déclaration est de nature formelle. Elle peut et doit, si on lui reconnaît quelque valeur, affecter n'importe quel titre de compétence fédérale énoncé à l'*A.A.N.B.*, en tout ou en partie. On pourrait douter de la valeur ou de l'utilité d'une disposition qui

6. Voir [1970] R.C.S. 282, à la p. 301.

7. Voir *Curr v. R.*, [1972] R.C.S. 889, aux pp. 899 et 902.

prétendrait, plus ou moins directement, interdire un champ de compétence. L'article 91 de l'*A.A.N.B.* ne pourrait toutefois nourrir ce doute, que le champ de compétence visé corresponde ou non à un des domaines qui y sont énumérés. Invoquer dans ce contexte l'article 91 de l'*A.A.N.B.* nous apparaît aussi saugrenu que d'invoquer l'article 92 pour prétendre que les membres de la fédération ne peuvent consulter leur population avant de légiférer, parce qu'en vertu de cet article ils jouissent de leurs compétences législatives en exclusivité⁸. Par rapport aux membres de la fédération, le fédéral n'est pas obligé d'exercer ses compétences. Ce qui ne veut pas dire qu'il puisse utilement s'interdire ou se rendre plus difficile d'accès un ou plusieurs champs de compétence. Les deux questions sont sans lien, et il ne change rien à cette situation de forcer les mots pour parler dans le cas de l'article 91, comme le fait le juge Ritchie, de compétence *assignée*, de *responsabilité* ou de *devoirs* du Parlement fédéral (p. 11, 2^e par.; p. 9, 3^e par.; p. 25, 3^e par.).

En réalité, l'article 2 de la *Déclaration canadienne des droits* soulève, par rapport à la législation fédérale qui lui est postérieure, une question très précise quant à l'application concrète du principe de la souveraineté dont jouit le Parlement fédéral dans l'exercice de ses compétences: le Parlement fédéral peut-il se rendre l'entreprise législative plus difficile, dans certains cas, en enchâssant dans une loi une disposition dite de dérogation expresse? Plus exactement, quelle valeur a semblable disposition, par laquelle le Parlement s'engage à ne déroger qu'en termes exprès à certaines autres dispositions législatives? En se fondant sur ce point sur l'article 91 de l'*A.A.N.B.*, le présent arrêt élude complètement la question. Il semble bien, pourtant, que l'évolution contemporaine du droit constitutionnel, en régimes de souveraineté parlementaire, tende à concéder pleine valeur à semblable disposition enchâssée. Par ailleurs, l'article 5(2) de la *Déclaration canadienne* donne à penser que cette dernière touche et touchera les lois qui lui sont postérieures, de la même façon qu'elle peut toucher les lois qui lui sont antérieures. La Cour suprême ayant décidé, dans l'arrêt *Drybones*⁹ que l'article 2 de la *Déclaration* peut rendre inopérante une loi antérieure à celle-ci, il peut sembler légitime de croire qu'il en est de même pour une loi qui lui est postérieure, malgré les considérations additionnelles qui peuvent alors entrer en ligne de compte. Ce fut en tout cas la conclusion unanimement tirée par les tribunaux canadiens, y compris par la Cour suprême dans l'arrêt *Curr*, même s'il ne s'agissait pas là de la question à décider¹⁰.

Quoi qu'il en soit, la présente décision n'a pas réglé cette question. Et, en fait, comme nous l'avons souligné, ce n'était pas non plus la question qu'elle avait à résoudre. Elle s'y est aventurée par erreur et y a répondu en invoquant un motif non pertinent. Il reste à préciser que ce motif, fondé sur l'article 92 de l'*A.A.N.B.*, ne peut qu'être moins pertinent encore si se trouve incriminée

8. Comme ce fut le cas, sans succès heureusement, dans l'affaire *Nat Bell Liquors Ltd. v. R.*, (1922) 2 A.C. 128.

9. [1970] R.C.S. 282.

10. [1972] R.C.S. 889, aux pp. 899 et 902: le juge LASKIN, parlant pour une majorité de sept juges.

une législation antérieure à la Déclaration des droits et s'il s'agit effectivement d'une disposition isolée et non d'une loi entière ou de toute la législation se rattachant à un titre de compétence.

4. Enfin, pour éviter que ne soit opposé à ce premier motif de la Cour le *judge-made-law* découlant de l'arrêt *Drybones*, le juge Ritchie prend soin de distinguer cette dernière affaire de la présente (pp. 25ss). Il assimile plutôt la présente affaire à un cas hypothétique évoqué par le juge Pigeon dans la dissidence qu'il avait exprimée dans l'affaire *Drybones* (p. 12, 3^e par.)¹¹.

Pour écarter l'arrêt *Drybones*, le juge Ritchie se raccroche à un paragraphe de la décision qu'il avait rendue au nom de la majorité dans l'affaire *Drybones*:

« Je crois utile d'affirmer clairement que ces motifs s'appliquent seulement à un cas où, en vertu des lois du Canada, est réputé infraction punissable en droit, pour une personne, à cause de sa race, un acte que ses concitoyens canadiens qui ne sont pas de cette race peuvent poser sans encourir aucune sanction. À mon avis, cela est bien loin d'être applicable à toutes les dispositions de la *Loi sur les Indiens* »¹².

Sur ce, nous sommes complètement d'accord avec la dissidence exprimée par le juge Laskin dans la présente affaire, à savoir (a) qu'« il serait indéfendable en principe de considérer l'arrêt *Drybones* comme reposant essentiellement sur » les faits mentionnés dans le paragraphe cité, (b) que « le jugement a porté essentiellement sur l'incapacité légale imposée à une personne en raison de sa race quand d'autres personnes ne sont pas soumises à pareille restriction », et (c) que dans ce jugement le mot race peut être remplacé par le mot sexe (p. 11, 2^e par.).

Il nous semble en effet évident qu'un juge ne peut de façon absolue limiter la portée de la décision qu'il rend. En tout cas, l'effort qu'il consacre à cette auto-protection ne peut avoir plus d'autorité qu'un *obiter dictum*. Il appartient aux arrêts subséquents de délimiter la portée d'une décision. Et dans la présente affaire, nous ne pouvons que regretter que les circonstances aient permis au juge Ritchie de déployer lui-même le parapluie qu'il s'était fabriqué dans l'arrêt *Drybones* après avoir lu les motifs du juge Pigeon.

Quant à l'idée d'assimiler le présent cas à l'hypothèse avancée par le juge Pigeon dans l'arrêt *Drybones*, elle est logique dans les circonstances. Elle découle de la première erreur du juge Ritchie, qui est de considérer qu'en rendant inopérant l'article 12.(1)b de la *Loi sur les Indiens* on rend à toute fin pratique inopérante toute la *Loi sur les Indiens*. L'hypothèse soulevée par le juge Pigeon était en effet celle où la Déclaration des droits rendrait inopérante toute la *Loi sur les Indiens*.

Cette hypothèse ne peut toutefois être devenue réalité, dans la présente affaire, que si l'article 12.(1)b est attaqué pour des motifs susceptibles de rendre inopérante toute la *Loi sur les Indiens*. Or, nous l'avons vu, il ne nous semble pas essentiel à une législation sur les Indiens que l'Indien soit défini

11. Voir [1970] R.C.S. 282, à la p. 304.

12. [1970] R.C.S. 282, à la p. 297.

d'une façon comportant des différences entre l'homme et la femme. Par ailleurs, et surtout, cette hypothèse ne peut se matérialiser qu'à la condition d'opter pour une notion très large de l'« égalité devant la loi ». Ce qu'a fait le juge Pigeon dans l'arrêt *Drybones* et ce que ne fait pas le juge Ritchie dans la présente affaire.

Ce premier motif nous semble globalement non pertinent. On y est arrivé après avoir commis deux erreurs préliminaires.

Deuxième motif : la notion d'« égalité devant la loi »

Les deux motifs de la Cour suprême, dans la présente affaire, n'ont aucun rapport entre eux, même s'ils sont entrelacés sur papier. Pour croire le sort de toute la *Loi sur les Indiens* lié au sort de son article 12.(1)b, comme le croit le juge Ritchie au non de la Cour, il faut adhérer à une notion des plus extensives de l'« égalité devant la loi » énoncée à l'article 1.b) de la *Déclaration canadienne des droits*. Lorsqu'il évoquait la possibilité que la Déclaration rende inopérante toute la *Loi sur les Indiens*, le juge Pigeon, dans l'arrêt *Drybones*, évoquait en même temps ce genre de notion très large de l'idée d'« égalité devant la loi ». Dans son hypothèse, celle-ci englobait « toutes les dispositions en vertu desquelles les Indiens en tant que tels ne sont pas traités de la même façon que le grand public »...¹³. Autrement dit, l'article 1.b) de la Déclaration exclurait tout ce qui, pour des raisons de race en l'occurrence, serait différent pour les uns et pour les autres. Or même s'il prétend s'appuyer sur cette opinion du juge Pigeon (p. 12, 3^e par.), le juge Ritchie interprète l'« égalité devant la loi », de la Déclaration des droits, de la façon la plus étroite qu'on puisse imaginer. La notion d'« égalité devant la loi » à laquelle il adhère est nullement de nature à rendre inopérante l'ensemble de la *Loi sur les Indiens*. Et c'est pourquoi nous disons qu'il n'y a aucun lien entre les deux motifs de la Cour dans la présente affaire. Nous croyons mal fondés les trois éléments de ce motif découlant de la notion d'« égalité devant la loi ».

1. Pour parvenir à cette conception étroite de l'« égalité devant la loi », le juge Ritchie commence par écarter l'idée que le paragraphe introductif de l'article 1 de la Déclaration, qui énumère des cas de discrimination, puisse servir à rendre une disposition législative inopérante (pp. 14 et 25, 4^e par.). Dans l'arrêt *Curr*, le juge Laskin a été amené à préciser que les cas de discrimination énumérés au paragraphe introductif de l'article 1 n'ont pas à exister pour que jouent les autres paragraphes de cet article¹⁴. Il y a seulement violation à fortiori de l'article 1., si existe l'un ou l'autre de ces cas de discrimination. Or il a apporté cette précision, au nom de la Cour suprême, en utilisant des mots qui signifient que les cas de discrimination énumérés au paragraphe introductif font partie du paragraphe b). Il a, en l'occurrence, dit que ces discriminations avaient

13. [1970] R.C.S. 282, à la p. 304.

14. [1972] R.C.S. 889, à la p. 896.

pour effet de priver celui qui en fait l'objet de l'« égalité devant la loi ». En conséquence, nous ne pouvons que trouver bien fondée la dissidence qu'il a exprimée sur ce point dans la présente affaire (p. 16, 2^e par.). De même que la dissidence du juge Abbott à l'effet que s'il en était autrement le paragraphe introductif de l'article 1. de la Déclaration ne serait que fleur de rhétorique (p. 2, 3^e par.).

2. Après avoir écarté l'obstacle du paragraphe introductif, le juge Ritchie définit l'« égalité devant la loi » énoncée au paragraphe b). Celle-ci est pour lui l'équivalent, nous l'avons vu, de la notion traditionnelle de *rule of law* (p. 18, 3^e par. et p. 26, 2^e par.). Or cette notion, comme il se doit, est essentiellement formelle et n'a par conséquent pas de contenu matériel de fond : elle signifie que l'exécutif doit, dans tous les cas et à l'endroit de tous, trouver dans le droit un fondement à son action. Quatre remarques s'imposent ici.
 - A. Du seul fait qu'elle soit codifiée, la *rule of law*, dans la mesure où elle est ainsi codifiée, exige qu'il y ait maintenant un fondement *législatif* à l'action de l'exécutif fédéral¹⁵.
 - B. Dans l'arrêt *Curr*, la Cour suprême a aussi reconnu expressément que cette partie procédurale de la *rule of law*, codifiée à l'article 1.a) de la Déclaration, à savoir « l'application régulière de la loi », avait un contenu matériel opposable à la loi. Ce contenu est évidemment procédural ; il recouvre au moins les éléments que l'on retrouve à l'article 2e) et f) de la Déclaration (p. 898). Le juge Laskin n'écarte même pas de façon absolue dans cet arrêt la possibilité que cette partie de l'article 1a) recèle des éléments de fond (p. 899).

Pour sa part, le juge Martland, dans l'arrêt *Lowry*, s'est trouvé à décider que l'« application régulière de la loi », de l'article 1.a) de la Déclaration, avait suffisamment de signification matérielle pour rendre à toute fin pratique inopérante une disposition du Code criminel. Il parlait alors au nom de la Cour suprême¹⁶.

- C. Quant à l'« égalité devant la loi », il nous semble que les arrêts *Smythe*¹⁷ et *Drybones*¹⁸ manifestent clairement que la Cour suprême a déjà reconnu que cet aspect de la *rule of law*, codifié à l'article 1.b) de la Déclaration, a un contenu matériel, de fond et non procédural cette fois-ci. Si l'article 1.b) avait été jugé n'avoir que la signification purement formelle de la *rule of law* traditionnelle, il n'y aurait pas eu du tout de problème d'interprétation dans le premier cas. Pour interpréter les pouvoirs du procureur général, en cause dans cette affaire, comme compatibles avec cette égalité formelle devant la loi, il eût suffi de dire que ces pouvoirs découlaient directement de la *Loi sur l'impôt*. Or au contraire, le juge en chef Fauteux, qui parlait dans cette affaire au nom

15. Voir l'arrêt *Curr*, [1972] R.C.S. 889, à la p. 897 : le juge LASKIN, pour sept juges sur neuf.

16. Voir (1972) 26 D.L.R. (3d) 224, à la p. 229.

17. [1971] R.C.S. 680.

18. [1970] R.C.S. 282.

de la Cour, a confronté la disposition pertinente de la *Loi de l'impôt* avec une « égalité devant la loi » à laquelle il donnait un sens matériel précis¹⁹. Et dans le cas de l'affaire *Drybones*, une disposition de la *Loi sur les Indiens* n'aurait pas pu être déclarée inopérante s'il en avait été autrement.

Il semble justifié de prendre pour acquis que la *rule of law* codifiée à la Déclaration des droits recèle au minimum la signification matérielle des explicitations contenues à la Déclaration elle-même. La « protection de la loi » de l'article 1.b) a ainsi reçu jusqu'ici une interprétation réservée²⁰. L'« application régulière de la loi » de l'article 1.a), en revanche, permet la référence à plusieurs dispositions de l'article 2. En plus des arrêts *Curr* et *Lowry*, déjà cités, voir les arrêts *Duke* et *Brownridge*²¹. Quant à l'« égalité devant la loi », de l'article 1.b), elle devrait au moins, dans l'état actuel de la jurisprudence, exclure les cas de discrimination mentionnés au paragraphe introductif de l'article 1.

A fortiori, nous est-il impossible d'être d'accord avec l'arrêt *Appleby*, dans la mesure où il considère que le « droit à la présomption d'innocence » de l'article 2f) n'existe que sous réserve des exceptions créées par la loi²². Il nous semble qu'une telle règle recèle sa propre signification matérielle, avec laquelle la disposition législative doit être confrontée. Ce que firent dans cette affaire les juges Hall et Laskin, sans pour autant parvenir à des conclusions différentes de celles de la majorité (p. 318). Il eut été possible, avant l'arrêt *Drybones*, de penser que l'« égalité devant la loi » énoncée dans la *Déclaration canadienne des droits* n'avait que la signification formelle de la *rule of law* traditionnelle. À vrai dire, nous nous attendions à ce qu'il en soit ainsi. Aujourd'hui, la chose ne nous semble toutefois plus être possible, à moins d'admettre que l'autorité des décisions des tribunaux ne découle plus des mêmes principes.

D. Enfin, l'arrêt *Drybones* n'a pas sur ce point qu'une portée tacite. Parlant au nom de la Cour (six juges sur neuf), le juge Ritchie, dans l'arrêt *Drybones*, a en effet expressément écarté la signification formelle de l'« égalité devant la loi » suggérée par la Cour d'appel de la Colombie britannique et donné une définition bien matérielle du principe²³. Et cette définition, qui ne se veut pas nécessairement complète, est tout-à-fait susceptible de rendre inopérant l'article 12.(1)b) de la *Loi sur les Indiens* sans pour autant menacer de la même façon l'ensemble de la *Loi sur les Indiens* :

« ... l'art. 1(b) signifie au moins qu'un individu ou un groupe d'individus ne doit pas être traité plus durement qu'un autre en vertu de la loi. » (L'italique est de nous.)

3. Finalement, pour le deuxième comme pour le premier motif, le juge Ritchie se voit dans l'obligation d'écarter l'application de l'arrêt

19. Voir (1971) 19 D.L.R. (3d) 480, à la p. 484.

20. Voir l'arrêt *Curr*, [1972] R.C.S. 889, à la p. 903.

21. [1972] R.C.S. 917 et *Brownridge* [1972] R.C.S. 926.

22. [1972] R.C.S. 303, à la p. 315.

23. [1970] R.C.S. 282, respectivement aux pp. 296 et 297.

Drybones. Il le fait en alléguant que, dans cette dernière affaire, l'article incriminé de la *Loi sur les Indiens* . . . « ne pouvait recevoir d'application sans que soit déniée à un groupe racial l'égalité de traitement dans l'administration et l'application de la loi devant les tribunaux ordinaires du pays » . . . (p. 25, 2^e par. : l'italique est de nous). Or l'article 94b), en cause dans l'affaire *Drybones*, avait essentiellement pour effet, d'une part, de définir pour les Indiens un crime qui n'existait pas pour les blancs et, d'autre part, de prévoir pour la commission d'un crime une peine plus sévère pour l'Indien que pour le blanc. À nos yeux, il s'agit là de l'exemple le plus clair d'une disposition législative de fond, ou « substantive », par opposition à une disposition procédurale.

Alors que le premier motif de la Cour, dans la présente affaire, nous est apparu surtout non-pertinent, le second nous semble plutôt mal fondé en droit.

LES CONSÉQUENCES DE L'ARRÊT

Maintenant qu'est rendu l'arrêt *Lavell*, il reste à se demander ce que la *Déclaration canadienne des droits* est désormais en mesure de fournir. Concrètement, qu'est-il encore possible de plaider en vertu de la Déclaration ?

La question est devenue, c'est le moins que nous puissions dire, plus délicate que jamais. Le seul moyen d'esquisser une réponse consiste à tenter, sous toutes réserves, de limiter, oserions-nous dire, les dégâts causés par l'arrêt *Lavell*.

En ce qui regarde d'abord les vertus nullifiantes de la Déclaration, l'on peut croire que l'arrêt *Lavell* ne devrait s'appliquer qu'à la législation antérieure à la Déclaration. Même s'il déborde allègrement son objet réel, ce n'est en définitive que ce qu'il a vraiment pour objet. Il demeurerait donc légitime de plaider qu'une législation postérieure à la Déclaration a été rendue inopérante par cette dernière. Quitte à se rappeler que d'autres types d'arguments, tenant à la souveraineté parlementaire, pourraient par ailleurs être invoqués pour empêcher que cette capacité ne soit concédée à la Déclaration des droits.

Toutefois, ce ne serait pas le libellé du paragraphe introductif de l'article 1. de la Déclaration qui ferait que les lois antérieures à celle-ci jouiraient, et ceci par conséquent dans tous les cas, d'une immunité dont ne jouiraient pas les lois qui lui sont postérieures. Comme la chose fut affirmée dans l'arrêt *Rosetani*²⁴, niée dans l'arrêt *Drybones*²⁵ et évoquée à titre de motif surabondant dans l'arrêt *Smythe*²⁶. La source de cette immunité serait plutôt le fait que, dans certains cas, toute une loi ou toute la législation adoptée en vertu d'un titre de compétence du Parlement fédéral énuméré à l'article 91 de l'*A.A.N.B.* se trouverait ainsi menacée. Comme nous ne saisissons pas la

24. [1963] R.C.S. 651, aux pp. 654, 656 et 658.

25. [1970] R.C.S. 282, à la p. 295.

26. (1971) 19 D.L.R. (3d) 480, à la p. 485.

pertinence de ce critère, il nous est évidemment difficile d'être très précis à son sujet. Il semble néanmoins clair que c'est dans cette hypothèse seulement que la Déclaration perdrait sa capacité de rendre inopérantes des dispositions législatives. Cette distinction permet seule en effet au juge Pigeon de demeurer fidèle à l'opinion dissidente qu'il avait exprimée dans l'arrêt *Drybones* (p. 2, 2^e par.).

Donc, l'arrêt *Lavell* ne diminuerait la portée de l'article 2. de la Déclaration canadienne des droits, tel que celui-ci a été interprété dans l'arrêt *Drybones*²⁷, qu'en ce qui a trait à la législation qui existait avant la Déclaration, et dans la mesure seulement où les motifs soulevés seraient de nature à rendre également inopérante toute une loi ou toute la législation adoptée en vertu d'un paragraphe de l'article 91 de l'*A.A.N.B.*

Quant à l'«égalité devant la loi» énoncée à l'article 1.b) de la Déclaration, il faut se rendre à l'évidence que l'arrêt *Lavell* l'a ramenée, d'une façon générale, au niveau qu'avait cet aspect de la *rule of law*, en vertu de la jurisprudence, avant que ne soit adoptée la Déclaration.

CONCLUSION

La décision rendue par la Cour suprême dans la présente affaire marque à notre point de vue un renversement brutal de jurisprudence, dans le sens d'une diminution très importante du pouvoir de contrôle des tribunaux sur la législation fédérale attentatoire aux libertés affirmées dans la *Déclaration canadienne des droits*. Par rapport à ce qui avait été décidé dans l'arrêt *Drybones*, l'étendue de ce pouvoir est diminuée. Surtout, la notion de fond d'«égalité devant la loi» est ramenée au niveau de l'idée purement formelle de suprématie de la loi déjà exprimée depuis des décades par le principe de la *rule of law*. Et il est inquiétant de constater que la Cour suprême semble avoir opéré ce changement inconsciemment. Sauf, évidemment, en ce qui regarde les juges dissidents.

Dans ces circonstances, vu que la constance n'apparaît pas être la vertu privilégiée de la Cour suprême, il serait peut-être temps pour le Parlement fédéral de dire ce qu'il a voulu dire aux articles 1b) et 2 de la *Déclaration canadienne des droits*. À moins, bien sûr, qu'il préfère voir plutôt la Cour suprême continuer de se brûler avec la patate que, sans s'en douter, il lui a servie beaucoup trop chaude en 1960.

On reproche souvent à la règle du *stare decisis* d'avoir pour effet d'empêcher les tribunaux de faire évoluer le droit. En fait, il faut regretter doublement les situations qui les amènent à faire des bonds surprenants en arrière. De sorte qu'à la fin, à bien y penser, il est peut-être plus prudent d'accepter qu'ils ne puissent se permettre de sauter trop allègrement, dans quelque direction que ce soit.

27. [1970] R.C.S. 282, aux pp. 293 et 294.