

# DALHOUSIE LAW JOURNAL

---

Volume 23

Number 1

Spring 2000

---

## Forum on *R. v. Marshall*

Marshalling Principles from  
The *Marshall* Morass *Leonard Rotman*

Getting Their Feet Wet: The Supreme  
Court and the Practical Implementation  
Of Treaty Rights in the *Marshall* Case *Phillip Saunders*

An Empty Shell of a Treaty Promise:  
*R. v. Marshall* and the Rights of the  
Non-Status Indians *Pamela Palmater*

Du Dialogue au Monologue - Un Commentaire  
sur l'arrêt *R. v. Marshall* *Nathalie Des Rosiers*

Was Amerindian Dispossession Lawful? The  
Response of 19th-Century Maritime Intellectuals *D.G. Bell*

## Articles

Competition, Cooperation or Cartel: A National  
Law School Accreditation Process for Canada? *Alvin Esau*

Removing a "Section 96" Judge:  
An Historical Case Study *Barry Cahill*



---

Nathalie Des Rosiers\*

Du Dialogue au Monologue -  
Un Commentaire sur l'arrêt *R. c. Marshall*

---

*The author develops a model of constitutional dialogue which aims at helping the resolution of majority-minority conflicts. The model is applied to the aboriginal rights context. The author concludes that because of the ambivalences expressed by the Supreme Court of Canada in the Van der Peet case in particular, the federal government has not incorporated the Sparrow-Badger approach in its litigation and has failed even to attempt to comply with the justification requirements. This failure of the federal government to endorse the Sparrow-Badger approach in its continuing litigation strategy is the real tragedy in the Marshall case.*

*Dans ce commentaire, l'auteure développe un modèle élargi du dialogue constitutionnel pour aider à la résolution de différends entre groupes majoritaire et minoritaire. Le modèle est ensuite appliqué à certaines décisions en matière de droits autochtones et, en particulier, aux décisions Marshall. L'auteure conclut qu'en raison des ambivalences de la Cour suprême exprimées entre autres dans l'arrêt Van der Peet, le gouvernement fédéral a mal compris la portée de l'enseignement des arrêts Sparrow et Badger et a refusé de se plier à leurs exigences en ne présentant aucune preuve de justification des mesures. C'est là, de l'avis de l'auteure, la véritable tragédie de l'affaire Marshall.*

«Le ministère public ne prétend pas que le règlement [sur la pêche] . . . tient compte du droit issu du traité. Il plaide plutôt qu'aucun droit de la sorte n'existe. De plus, le ministère public n'a ni prétendu que ce droit avait été éteint avant 1982, ni tenté de justifier les diverses prohibitions en litige dans la présente affaire»<sup>1</sup>.

«La reconnaissance constitutionnelle exprimée dans [l'article 35] permet donc, dans une certaine mesure, de contrôler la conduite du gouvernement et de limiter fortement le pouvoir du législateur. Bien qu'elle ne constitue pas une promesse d'immunité contre la réglementation gouvernementale dans une société qui, au XX<sup>e</sup> siècle, devient de plus en plus complexe et interdépendante et où il est nécessaire de protéger et de gérer les ressources épuisables, cette reconnaissance représente un engagement important de la part de la Couronne. Le gouvernement se voit imposer l'obligation de justifier toute mesure législative qui a un effet préjudiciable sur un droit ancestral protégé par le par. 35 (1)»<sup>2</sup>.

---

\* Nathalie Des Rosiers, de la Faculté de droit, Université de Western Ontario. L'assistance de Kim Holas et Viet Nguyen est reconnue avec gratitude.

1. *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456 à la p. 464.

2. *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075 à la p. 1110 [ci-après *Sparrow*].

## *Introduction*

### *I. Le modèle du dialogue constitutionnel*

1. *La fonction «écoute»*
2. *La fonction «conseil»*
3. *Les implications du modèle du dialogue*

### *II. L'application du modèle de dialogue dans le cadre du contentieux autochtone*

1. *Les arrêts Sparrow et Badger*
2. *La dynastie Van der Peet*
3. *Les arrêts Marshall*
4. *L'aparté Marshall 2*

## *Conclusion*

### *Introduction*

En septembre 1999, la Cour suprême du Canada rendait sa décision dans l'affaire *Marshall*<sup>3</sup>. Elle décidait que les Mi'kmaq avaient un droit de pêcher des anguilles pour subvenir à leurs besoins et que ce droit découlait d'un traité de 1760. Donc un acquittement de l'infraction de pêcher sans permis portée contre Donald Marshall s'imposait<sup>4</sup>. Sur la base de cette décision, les Mi'kmaq ont continué de pêcher des anguilles mais aussi d'autres produits de la mer. Sur ces entrefaites, les pêcheurs non-autochtones se sont offusqués. Quelques incidents de violence entre les groupes autochtones et non-autochtones ont eu lieu. L'intervention gouvernementale n'a pas semblé pacifier les choses. Le 17 novembre 1999, la Cour suprême a rendu une autre décision<sup>5</sup> «explicative» dans le cadre du rejet d'une requête pour une nouvelle audition. Bien qu'elle ait un peu diminué, la violence sur les bords de l'Atlantique ne semble pas

3. *Supra* note 1.

4. M. Marshall avait été trouvé coupable par le tribunal de première instance. La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse avait confirmé la déclaration de culpabilité, voir *R. c. Marshall (D.J.), Jr.* (1997) 159 N.S.R. (2e) 186.

5. *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533.

s'être complètement résorbée. Certains ont suggéré que le soutien du grand public à l'endroit des droits des Autochtones avait perdu quelques points suite aux escarmouches causées par les affaires *Marshall*<sup>6</sup>.

Y a-t-il une leçon pour notre système de justice constitutionnelle dans l'affaire *Marshall*? C'est le but du présent commentaire. J'étudie certains aspects des décisions *Marshall* en regard de l'approche du dialogue développée par Peter Hogg<sup>7</sup> et endossée par la Cour suprême, entre autres, dans les arrêts *Vriend c. Alberta*<sup>8</sup>, *M. c. H.*<sup>9</sup>, *Corbière c. Canada*<sup>10</sup> et *R. c. Mills*<sup>11</sup>. Dans la première partie de ce commentaire, j'expose comment le modèle du dialogue constitutionnel pourrait être élargi pour aider à la résolution de différends entre groupes majoritaire et minoritaire. Dans la seconde, j'applique ce modèle élargi à certaines décisions en matière de droits autochtones et, en particulier, aux décisions *Marshall*. Je conclus en constatant qu'en raison des ambivalences de la Cour suprême exprimées dans certaines de ses décisions antérieures à *Marshall*<sup>12</sup>, le gouvernement fédéral a mal compris la portée de l'enseignement des arrêts *Sparrow*<sup>13</sup> et *Badger*<sup>14</sup> et a refusé de se plier à leurs exigences en ne présentant aucune preuve de justification des mesures. Nous sommes donc en présence d'un monologue plutôt que d'un dialogue.

---

6. C'est le point de vue exprimé par le *Time*, édition canadienne du 15 mai 2000 qui, en première page, annonce que «The struggle over native rights—Across Canada, resentments are rising as people cope with the most sweeping social adjustment in national history». Il est difficile de savoir si le soutien populaire à l'agenda autochtone a vraiment diminué ou si cette diminution est simplement temporaire.

7. Voir P.W. Hogg, «The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures» (29 January 1996), *Law Times* 10. L'idée est développée dans un article que M. Hogg a écrit avec A.A. Bushell, «The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing After All)» (1997) 35 Osgoode Hall L.J. 75. Voir aussi la critique de l'approche proposée par C. Manfredi et J.B. Kelly, «Six Degrees of Dialogue: A Response to Hogg and Bushell» (1999) 37 Osgoode Hall L.J. 513, et la réponse des auteurs, P.W. Hogg et A.A. Bushell, «Reply to «Six Degrees of Dialogue»» (1999) 37 Osgoode Hall L.J. 529.

8. [1998] 1 R.C.S. 493 à la p. 565, per Iacobucci J.

9. [1999] 2 R.C.S. 3 aux pp. 181-83, per Bastarache J.

10. [1999] 2 R.C.S. 203 aux pp. 283-85, per L'Heureux-Dubé J.

11. [1999] 3 R.C.S. 668.

12. En particulier dans l'arrêt *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507 [ci-après *Van der Peet*].

13. *Supra* note 2.

14. *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771 [ci-après *Badger*].

### I. *Le modèle du dialogue constitutionnel*

Dans le grand débat sur l'activisme judiciaire, l'image du dialogue semble connaître un certain succès. Jusqu'à présent, le modèle a surtout été conçu dans le cadre d'un dialogue entre les gouvernements et les tribunaux, entre le législatif ou l'exécutif et le judiciaire<sup>15</sup>. Il se peut que ce modèle du dialogue soit trop étroit et qu'il doive s'étendre aussi à un dialogue entre le tribunal et les parties, le public et peut-être même les médias. L'influence des décisions judiciaires dépasse la sphère gouvernementale. À l'occasion, et de plus en plus, les médias et le grand public se sentent concernés par l'impact des décisions judiciaires. On peut supposer que le langage des décisions influe l'opinion publique et se retrouve dans les médias.

Le modèle du dialogue, même restreint à sa dimension gouvernement-tribunal, est utile parce qu'il évoque le rôle «éducatif» des cours constitutionnelles: le tribunal, parce qu'il pose des questions différentes de celles posées dans l'arène politique, enseigne au gouvernement et au grand public une façon mesurée de résoudre des problèmes difficiles. Le rôle du tribunal est donc de poser les bonnes questions et de suggérer des modes de raisonnements qui aident le débat public<sup>16</sup>.

Ma proposition est que ce modèle du dialogue, s'il est bien compris et bien appliqué, devrait promouvoir une résolution plus thérapeutique<sup>17</sup> des conflits majorité-minorité, ainsi qu'à l'évolution des mentalités et du débat public sur les questions les plus difficiles à résoudre dans notre

15. C'était le focus de l'article de Hogg et Bushell et c'est sur ce point que la critique de Manfredi et Kelly, *i.e.*, que le modèle du dialogue ne répond pas vraiment au problème de légitimité démocratique des tribunaux, repose également. La thèse de Manfredi et Kelly est qu'il n'y a pas de dialogue parce que le tribunal a, en définitive, le pouvoir d'imposer sa vision des valeurs constitutionnelles au législateur. Il n'y a donc pas de dialogue égalitaire possible. Mon propos n'est pas ici de résoudre le débat si la *Charte* ou la *Loi constitutionnelle de 1982* est une bonne chose ou non mais de tenter d'explorer si dans l'élaboration de ses méthodologies, un tribunal ne peut pas aider davantage une meilleure compréhension des enjeux pour les parties par le grand public. À mon avis, une telle approche pourrait contribuer à la légitimité de l'approche judiciaire (voir «The Mythical Power of Myth? A Response to Professor Dauer» *Seattle U. L. Rev.* [à paraître en 2000], où j'explique cet aspect un peu plus en détails).

16. On peut penser, par exemple, que la démarche en vertu de l'article 1 proposée dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103 est un bon exemple du rôle éducatif du tribunal constitutionnel. Voir pour une argumentation plus détaillée de ce point, voir N. Des Rosiers, «La gérance de l'incertitude en droit constitutionnel» dans E. Mackaay, dir., *Les incertitudes du droit/ Uncertainty and the Law*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1999.

17. L'utilisation du qualificatif «thérapeutique» peut choquer. Je m'inspire dans cette analyse d'un mouvement américain, le «Therapeutic Jurisprudence», pour expliquer comment le rôle des tribunaux peut mieux servir les parties. Voir D.B. Wexler et B.J. Winick, «Therapeutic Jurisprudence as a New Approach to Mental Health Law Policy Analysis and Research» (1991) 45 *U. Miami L. Rev.* 979. Voir aussi D.B. Wexler et B.J. Winick, *Law in a Therapeutic Key: Developments in Therapeutic Jurisprudence*, Durham, Carolina Academic Press, 1996.

société. L'essence d'un dialogue nécessite que les interlocuteurs s'écoulent et se répondent. C'est une exigence qui s'impose à la fois au tribunal et au gouvernement. J'explore ici davantage la façon dont les tribunaux peuvent faciliter ce dialogue, en discutant de la fonction «écoute» du tribunal ainsi que sa fonction éducative, sa fonction «conseil».

### 1. *La fonction «écoute»*

Le rôle d'un tribunal est d'écouter les parties et de bien les comprendre. Le tribunal n'est pas simplement un dispensateur d'édits et de règles de droit, mais aussi un forum où les participants expliquent, dans une atmosphère relativement calme, leurs différends<sup>18</sup> et les solutions qu'ils cherchent pour résoudre ces différends. La description du conflit par les participants est tout aussi importante que l'annonce du résultat. C'est la participation au processus qui lui donne une valeur symbolique au processus: décrire son histoire, être écouté, rend l'expérience positive. Le dialogue est ainsi amorcé. Évidemment pour que les bénéfices soient visibles par une partie, il faut que l'histoire ait été bien comprise par le tribunal et soit reflétée dans la décision.

Il n'est pas suffisant de bien comprendre la position des parties dans toute sa complexité, il faut aussi s'assurer que cette compréhension se retrouve clairement dans la décision. Il se peut qu'il faille, à l'occasion, remettre en question la pratique courante qui est de ramener à sa plus simple expression la position des parties en éliminant ce qui n'est pas juridiquement pertinent dans le processus de raisonnement. En effet, la contribution du tribunal n'est pas tant dans le processus de filtrage d'informations pour en arriver à une étroite question de droit, mais dans l'appréciation de la complexité du problème pour les parties et de ses ramifications multifactorielles. C'est à cet égard que le langage de la décision écrite du tribunal devrait être examiné, non seulement pour bien comprendre les limites d'une règle de droit, mais aussi pour mieux comprendre les motivations des intervenants au litige. Ce dernier point est essentiel dans le cadre des conflits entre groupes majoritaire et minoritaire. Comme Alan Cairns le souligne: «The language we employ—how we describe each other and our relationship—what we define as the goal toward which we are heading—is immensely significant»<sup>19</sup>.

---

18. E.A. Walman, «The Evaluative-Facilitative Debate in Mediation: Applying the Lens of Therapeutic Jurisprudence» (1998) 82 *Marquette L. Rev.* 155 aux pp. 162-63.

19. A.C. Cairns, *Citizens Plus: Aboriginal Peoples and the Canadian State*, Vancouver, University of British Columbia Press, 2000 à la p. 5.

De plus, les litiges constitutionnels proviennent souvent d'une incapacité pour un groupe d'être entendu sur la place publique, ou, à tout le moins, lorsqu'il prétend qu'il ne peut être bien entendu ou bien compris dans l'arène politique. Le tribunal constitutionnel est donc le forum où les citoyens, individuellement ou regroupés, posent des questions au gouvernement qui doit justifier ses choix<sup>20</sup>. En ce sens, c'est un exercice qui complète l'exercice démocratique<sup>21</sup> puisqu'il permet une meilleure compréhension des enjeux gouvernementaux par les gens qui en sont affectés, et aussi par le public en général<sup>22</sup>. Beaucoup s'objecteront à ce qu'on définisse une argumentation devant la Cour suprême comme un débat «public». À première vue, on peut considérer que la possibilité pour le grand public de présenter son point de vue est limitée. Cependant, quelques aspects doivent être considérés: le débat est télévisé et des groupes d'intervenants sont souvent à même de présenter à la Cour un large éventail des opinions du public sur le sujet (cet aspect ne devrait pas être minimisé par des règles d'intervention trop sévères). De plus, les médias couvrent l'argumentation présentée devant la Cour et cette couverture génère souvent des débats publics dans les journaux. Il importe donc qu'on continue de démocratiser l'accès aux tribunaux par le soutien aux groupes qui veulent intervenir. Il faut aussi se demander si le débat aux communes qu'on qualifie toujours de «public» ne souffre pas des mêmes limites que le débat judiciaire en tant qu'accessibilité.

La fonction «écoute» du tribunal est donc plus que procédurale. Elle a des effets importants pour les participants: la mesure de l'écoute et de la représentation qui en est faite dans la décision permet aux participants de se sentir écoutés ou au contraire, de se sentir isolés du droit. Dans le cadre des litiges entre groupes minoritaire et majoritaire, cet exercice de représentation a des implications symboliques importantes. La minorité, si elle est mal représentée et écoutée, peut décider que le droit est un instrument d'oppression et non de solution. Ce constat a des conséquences politiques négatives, et pour la légitimité du système judiciaire et pour la résolution future des conflits entre groupes majoritaire et minoritaire<sup>23</sup>.

20. C'est peut-être le rôle de l'article 1 et aussi du processus de justification en vertu de l'article 35 tel qu'envisagé par l'arrêt *Sparrow*, voir N. Des Rosiers, *supra* note 16. À mon avis, cet aspect des litiges constitutionnels qui devrait conduire à davantage de transparence des décisions gouvernementales ait souvent été ignoré par les critiques de l'activisme judiciaire.

21. *Ibid.*

22. Voir M. Rosenfeld, *Just Interpretations: Law between Ethics and Politics*, Los Angeles, University of California Press, 1998, c. 7, pour l'importance d'une jurisprudence qui reflète le pluralisme des intérêts sociaux.

23. C'était certainement le cas pour le *Renvoi sur la Sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217. Pour une tentative d'appliquer l'approche thérapeutique du droit au contentieux Québec-Canada, voir N. Des Rosiers, «From Québec Veto to Québec Secession: The Evolution of the Supreme Court of Canada on Québec-Canada Disputes» *Can. J. L. & Jur.* [à paraître en 2000].

Il est donc important que le tribunal développe des méthodologies qui permettent aux parties d'exprimer leurs vraies préoccupations. Il s'agira donc de poser les «vraies» questions, celles qui font évoluer le débat public plutôt que de le confiner à des questions inutiles. Il faudra aussi créer des tests qui correspondent aux préoccupations des parties et leur permettre de vraiment participer au dialogue<sup>24</sup>. La fonction «conseil» du tribunal vient compléter cette fonction écoute.

## 2. La fonction «conseil»

L'image du dialogue entre le judiciaire et le législatif illustre bien cette fonction conseil: la Cour écoute le législateur et ensuite le conseille<sup>25</sup>, parce que les politiques publiques sont analysées sous un angle différent que dans l'arène politique. Le tribunal constitutionnel articule des valeurs fondamentales<sup>26</sup> en regard desquelles les parties évaluent leurs positions et aspirations. Sans aucun doute, les tribunaux aident les parties, et en particulier les groupes minoritaires à mieux argumenter leur position<sup>27</sup>, en évoquant, par exemple, des principes d'égalité ou de respect pour la parole donnée.

De plus, le tribunal peut aussi suggérer une façon de repenser le différend qui peut s'avérer utile. Par exemple, en matière de droits des autochtones, l'obligation pour le gouvernement de consulter les communautés autochtones afin de justifier la violation du droit ancestral peut certainement aider à la reconfiguration des relations entre autochtones

---

24. Dans l'affaire *Van der Peet*, *supra* note 12, la cour élabore un test pour déterminer l'existence de droits ancestraux qui requiert la preuve d'un élément distinctif de la culture autochtone au moment du contact avec les Européens. Ce n'est pas un test de nature à faciliter le dialogue puisqu'il semble demander de la partie autochtone de se définir par rapport aux voyages des Européens, voir *infra* note 43. C'est un test qui, somme toute, colle mal à la réalité autochtone actuelle et paraît discriminatoire à son endroit. Voir J. Borrows, «The Trickster: Integral to a Distinctive Culture» (1997) 8 *Constitutional Forum* 27; R.L. Barsh et J.Y. Henderson, «The Supreme Court's Van der Peet trilogy: Naive Imperialism and Ropes of Sand» (1997) 42 *McGill L.J.* 993.

25. Il se peut aussi, que les fonctions «écoute» et «conseil», inhérentes au modèle du dialogue soient aussi applicables à l'échange qui existe entre les parties et la cour, et entre le grand public, les médias et la cour.

26. J. Leclair, «The Supreme Court, The Environment, and the Construction of a National Identity: *R. c. Hydro-Québec*» (1998) 4 *Rev. Const. Studies* 372.

27. *Supra* note 12. Voir aussi une tentative d'appliquer cet aspect dans le cadre des relations Canada-Québec, N. Des Rosiers, «From Telling to Listening: The Supreme Court of Canada on the treatment of Québec - A Therapeutic Analysis» *Seattle University Law Review* [à paraître en 2000].



et non-autochtones<sup>28</sup>. Cette obligation pourrait permettre une solution au problème de la relation autochtone/non-autochtone qui émerge des tentatives passées d'assimilation et de l'exclusion systématique des autochtones du processus décisionnel les affectant et d'un accès égalitaire aux ressources.

Finalement, il se peut que la réponse du tribunal soit cohérente et constante. Sa logique déterminera son degré de persuasion. La consistance dans l'argument permettra aux intervenants de s'adapter à long terme au raisonnement. Tout retranchement dans la logique donnera ouverture à des malentendus. C'est un des diagnostics qui peut être posé dans le contentieux autochtone et qui explique l'affaire Marshall, tel qu'il sera argumenté plus loin.

En définitive, pour avoir un dialogue, il faut donc qu'il y ait écoute et réponse pertinente et cohérente. De plus, le modèle du dialogue doit influencer les choix méthodologiques faits par le tribunal.

### 3. *Les implications du modèle du dialogue*

On pourrait suggérer qu'il y a quatre modèles possibles de raisonnement en matière constitutionnelle, soit en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés* ou en vertu de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>29</sup>.

---

28. *Sparrow*, *supra* note 2. Cette obligation de consulter est aussi discutée dans l'arrêt *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010. Cette obligation de consulter pourrait pallier les difficultés inhérentes à l'étape de justification où un tribunal non-autochtone évalue «si le droit a été aussi peu violé aussi peu que possible», décidant ainsi en fonction de valeurs culturelles qui ne lui sont peut-être pas familières. Voir, à ce sujet, C. Tennant, «Justification and Cultural Authority in Section 35(1) of the Constitution Act, 1982: Regina c. Sparrow» (1991) 14 Dal. L.J. 372 à la p. 384, citant M.E. Turpel, «Aboriginal Peoples and the Canadian Charter: Interpretative Monopolies, Cultural Differences» (1989) 6 A.C.D.P. 3 à la p. 24.

29. Constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.

Type A <sup>30</sup>	Type B	Type C	Type D
Définition étroite du droit protégé	Définition étroite du droit protégé	Définition large du droit protégé	Définition large du droit protégé
Justification rigoureuse nécessaire	Justification facile	Justification rigoureuse nécessaire	Justification facile
Exemple: décisions re: First Amendment <sup>31</sup>	Exemple: <i>Société des Acadiens</i> <sup>32</sup>	Exemple: <i>Hunter c. Southam</i> <sup>33</sup>	<i>Edwards Books &amp; Arts Ltd.</i> <sup>34</sup>

Sauf lorsque l'intention du législateur est claire quant au type à choisir, et elle l'est rarement, il est du ressort des tribunaux de choisir un type de raisonnement et de développer une méthodologie qui reflète bien ce dernier. Il se peut qu'en réfléchissant à ce choix, le modèle élargi du dialogue puisse être utile.

30. Choisir des exemples invite un peu à la caricature. L'exercice est de nature pédagogique: les décisions présentées ne servent que d'illustration de l'opposition entre les modèles. Certainement d'autres exemples pourraient être utilisés.

31. On pourrait argumenter que certaines décisions en rapport avec le First Amendment de la Constitution américaine représentent l'approche traditionnelle libérale du litige constitutionnel. Par exemple, les tribunaux définissent ce qu'est le «speech protected». Si l'expression est protégée, la justification d'une violation du droit à la liberté d'expression est très difficile. Cependant, si le type d'expression n'est pas couvert par l'interprétation du texte constitutionnel, l'obscénité par exemple, il n'y a aucune protection offerte et aucune justification du contrôle gouvernemental n'est nécessaire. Le gouvernement n'a donc pas à expliquer pourquoi il a choisi l'approche criminelle dans sa lutte contre l'obscénité. On apprend donc rien sur le débat sur les effets de l'obscénité sur l'égalité entre les hommes et les femmes ou sur les moyens d'enrayer ces effets négatifs. Voir entre autres le dictum du juge Murphy dans *Chaplinsky c. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942) aux pp. 571-72, et la décision en matière d'obscénité *Roth c. United States* 354 U.S. 476 (1957). Pour une discussion plus détaillée du débat sur l'obscénité, voir L. Tribe, *American Constitutional Law*, New York, The Foundation Press, 1978 aux pp. 656 et seq.

32. Il s'agit ici d'un exemple plus théorique puisque si la définition du droit protégé est suffisamment étroite, le gouvernement a rarement à se justifier. La définition des droits linguistiques comme droits politiques dans l'arrêt de la *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. c. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 R.C.S. 549 peut se concevoir comme une articulation étroite de la protection linguistique. On se rappellera que la cour avait décidé que le droit de s'exprimer dans la langue de son choix dans l'arène judiciaire n'emportait pas nécessairement le droit d'être compris. De plus, même lorsque le droit est protégé sous un qualificatif différent, (audi alteram partem), il était suffisant de se fier à l'affirmation du décideur qu'il comprenait suffisamment les parties. Cela a récemment été complètement changé dans l'affaire *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768.

33. [1984] 2 R.C.S. 145, où la Cour suprême élabore sa méthodologie dans le cadre de l'interprétation de l'article 8 de la *Charte*: une loi qui autorise une saisie abusive est inconstitutionnelle. La méthodologie est stricte: il est difficile pour le gouvernement de justifier en vertu de l'article 1 de la *Charte* les violations des droits des accusés.

34. *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713.

À cet égard, on doit considérer que le Type A, qui peut sembler affirmer haut et fort le caractère spécial du droit à protéger, relègue au silence les prétentions des parties. D'une certaine façon, il stérilise le débat et définit d'une manière statique les aspirations du groupe qui doivent se définir par rapport à un état de droit déjà défini. Les balises de ses prétentions sont définies souvent par des concepts élaborés il y a très longtemps, à une époque où la participation du groupe au droit, à la politique ou même à la vie publique était exclue ou minimisée. Il y a donc des dangers en termes de légitimité à mettre de l'avant un concept statique du droit qui ne reflète pas bien les intérêts du groupe minoritaire. En effet, une approche qui limite le droit ne permet pas, ou peu, au groupe de s'exprimer et d'obtenir l'aide du tribunal dans la définition de sa relation avec la majorité.

Le Type B souffre de plusieurs désavantages en plus de ceux rattachés à l'approche étroite du Type A. Symboliquement, il permet très peu de déblocages dans la relation entre les groupes minoritaire et majoritaire: non seulement est-il difficile de se faire entendre, mais les bénéfices se rattachant à un tel exercice sont minimes. À mon avis, le modèle du dialogue invite probablement les tribunaux à rejeter les Types A et B, qui essentiellement ferment la porte à l'argumentation et ne permettent pas au citoyen ou au groupe minoritaire de demander des explications. En effet, selon les Types A ou B, il n'est pas nécessaire pour le gouvernement de justifier ses choix, il suffit simplement d'adopter comme stratégie l'exclusion de la prétention, et de dire, comme le gouvernement l'a fait dans l'affaire *Marshall*, que le droit revendiqué n'existe pas, que la prétention ne doit pas être entendue et est irrecevable. Un modèle de dialogue qui tente de répondre aux impératifs des devoirs d'écoute et de conseil devrait donc, à mon avis, choisir entre les Types C ou D.

L'avantage des types de raisonnement C ou D est que le tribunal peut passer relativement facilement à l'étape de la justification. L'analyse de décisions en matière de liberté d'expression est un bon exemple d'une telle démarche. Que ce soit *Butler*<sup>35</sup>, *Keegstra*<sup>36</sup>, *Ford*<sup>37</sup> ou *RJR Macdonald*<sup>38</sup>, l'analyse du tribunal est centrée sur la justification des limites à la liberté d'expression. Le débat n'est pas tant si l'activité en question est «expression» au sens de la Charte, mais bien si le gouvernement peut enfreindre cette liberté parce qu'il vise un objectif légitime et parce que les autres choix législatifs qui s'offrent à lui ne sont pas acceptables.

---

35. *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452.

36. *R. c. Keegstra*, [1995] 2 R.C.S. 381.

37. *Ford c. Quebec (P.G.)*, [1988] 2 R.C.S. 712.

38. *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (P.G.)*, [1995] 3 R.C.S. 199.

Le débat public est donc centré sur les alternatives qui existent pour contrer les effets néfastes de la pornographie, de la propagande haineuse, de la diminution du fait français au Québec ou de la publicité relative au tabac. On peut penser que c'est un effort plus utile et qui fait avancer le débat public davantage que de débattre les limites du mot «expression» dans la *Charte*.

Quant au choix entre les Types C et D, le choix entre les deux me semble avoir moins de conséquences. Dans les deux cas, le gouvernement doit expliquer ses choix de façon plus ou moins précise. Il se peut fort que l'imposition d'une justification rigoureuse soit nécessaire dans un contexte où le citoyen est en opposition avec le gouvernement, particulièrement dans le contexte criminel. Une approche plus souple sous-jacente au Type D permet peut-être une meilleure acceptation de la reconnaissance plus large des droits. C'est à mon avis la position que la cour a adoptée dans l'arrêt *Sparrow*<sup>39</sup>.

Il semble qu'un modèle élargi du dialogue valorise les fonctions écoute et conseil du tribunal constitutionnel. C'est un modèle qui impose au tribunal de poser les bonnes questions et de développer les méthodologies qui font évoluer le débat public. C'est un modèle qui impose aussi certaines contraintes, entre autres, une certaine cohérence dans le choix des méthodologies. Je passe maintenant à l'évaluation du contentieux relatif aux droits des autochtones en regard de cette méthodologie.

## II. *L'application du modèle de dialogue dans le cadre du contentieux autochtone*

J'ai divisé cette partie en trois temps. J'étudie tout d'abord le potentiel de dialogue des arrêts *Sparrow* et *Badger* pour ensuite passer à une étude des décisions qui ont suivi ces arrêts déterminants et, finalement, analyser les décisions *Marshall*.

### 1. *Les arrêts Sparrow et Badger*

Dans l'arrêt *Sparrow*<sup>40</sup>, la Cour suprême amorce une ère nouvelle dans les relations entre autochtones et gouvernements. La promesse de l'article 35 sera réalisée en proposant ce que je décrirais comme une approche généreuse à l'endroit du droit à définir. C'est, en effet, un exemple de la Méthodologie C. La cour reconnaît la nécessité de souplesse dans la preuve de l'existence historique du droit. Elle présume la survie du droit en exigeant la preuve d'un langage clair pour conclure à l'extinction du

---

39. *Supra* note 2.

40. *Ibid.*

droit. La violation du droit peut être démontrée si le gouvernement dénie la manière préférée de l'exercice du droit<sup>41</sup> et finalement, le gouvernement doit prouver que toute violation est justifiée selon des critères stricts:

- En premier lieu, il faut se demander s'il existe un objectif législatif régulier, tel que l'objectif de préserver, par la conservation et la gestion d'une ressource naturelle par exemple, ou d'autres objectifs jugés «impérieux et réels».
- Deuxièmement, les rapports spéciaux de fiduciaire et la responsabilité du gouvernement envers les autochtones doivent être examinés et un ordre de priorité établi qui favorise l'exercice des droits ancestraux et issus de traités même au détriment des intérêts commerciaux ou sportifs des non-Indiens.
- Il y a, dans l'analyse de la justification, d'autres questions à aborder, selon les circonstances de l'enquête. Il s'agit notamment des questions de savoir si, en tentant d'obtenir le résultat souhaité, on a porté le moins possible atteinte à des droits, si une juste indemnisation est prévue en cas d'expropriation et si le groupe d'autochtones en question a été consulté au sujet des mesures de conservation mises en oeuvre<sup>42</sup>.

La cour reconnaît que la norme de justification à respecter est susceptible d'imposer un lourd fardeau au gouvernement. Néanmoins, il s'agit d'un exercice nécessaire et valorisant qui favorise l'échange entre les parties. De plus, l'esprit de la décision *Sparrow* en est un de réconciliation entre les peuples autochtones et les gouvernements et de redéfinition de la dynamique entre le groupe minoritaire et le groupe majoritaire. À cet égard, le juge en chef Dickson citait, le professeur Lyon<sup>43</sup> au sujet du par. 35 (1):

[TRADUCTION] . . . le contexte de l'année 1982 nous fournit assurément une indication suffisante qu'il ne s'agit pas d'une simple codification de la jurisprudence portant sur les droits ancestraux qui existait en 1982. L'article 35 exige un règlement équitable en faveur des peuples autochtones. Il écarte les anciennes règles du jeu en vertu desquelles Sa Majesté établissait des cours de justice auxquelles elle refusait le pouvoir de mettre en doute Ses revendications souveraines<sup>44</sup>.

---

41. Premièrement, la restriction est-elle déraisonnable? Deuxièmement, le règlement est-il indûment rigoureux? Troisièmement, le règlement refuse-t-il aux titulaires du droit le recours à leur moyen préféré de l'exercer? C'est au particulier ou au groupe qui conteste la mesure législative qu'il incombe de prouver qu'il y a eu violation à première vue. *Ibid.* la p. 1112.

42. *Ibid.*, aux pp. 1113 et seq.

43. N. Lyon, «An Essay on Constitutional Interpretation» (1988) 26 Osgoode Hall L.J. 95 à la p. 100.

44. *Supra* note 2 à la p. 1106.

Il ne fait aucun doute que le message de la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Sparrow* était que le gouvernement devait s'assujettir au contrôle judiciaire dans son traitement des intérêts autochtones protégés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Non pas que ce contrôle vise à remplacer le processus de négociations politiques entre les gouvernements et les communautés autochtones. Au contraire, il me semble que ce contrôle visait à améliorer la position des communautés autochtones dans leur relation avec les gouvernements. En effet, ce contrôle judiciaire visait à contrer la tendance historique d'empiéter sur les droits autochtones pour toute question d'intérêt public, et souvent sans indemniser ni consulter les autochtones quant au mode de réglementation auquel le gouvernement voulait les soumettre. Le message était donc de redéfinir une relation basée sur le respect et la consultation.

Dans l'affaire *Badger*, le juge Cory confirmait que cette analyse était également applicable au traitement des droits issus des traités: «L'analyse formulée dans l'arrêt *Sparrow* constitue une méthode raisonnable, souple et admise d'évaluation des lois et règlements relatifs à la conservation»<sup>45</sup>.

En résumé, la Cour suprême dans les affaires *Sparrow* et *Badger* avait lancé un message assez clair: il fallait dorénavant que «le gouvernement, les tribunaux et même l'ensemble des Canadiens soient conscients des droits des peuples autochtones et qu'ils les respectent»<sup>46</sup>.

C'était un message qui semblait répondre au vrai problème entre les parties, c'est-à-dire, la relation troublée entre les peuples autochtones et non-autochtones en regard non seulement de la pré-existence des peuples amérindiens au Canada avant les Européens mais aussi en raison des tentatives d'assimilation et traitements abusifs auxquels ils ont été soumis au cours des siècles derniers. Un message donc qui semblait répondre aux vraies préoccupations des parties (fonction écoute) et qui donnait de nouvelles bases à la relation autochtones /non-autochtones (fonction conseil). Un message qui devait amorcer le dialogue avec les gouvernements. Cependant, ce message allait être dilué par des décisions subséquentes.

---

45. *Supra* note 14 à la p. 821.

46. *Supra* note 2 à la p. 1119.

## 2. *La dynastie*<sup>47</sup> *Van der Peet*

La décision *Van der Peet*<sup>48</sup> marque certainement un retranchement dans l'approche *Sparrow*. Tout d'abord, la cour élabore une méthodologie qui veut que le droit ancestral ait été en existence au moment du contact avec la civilisation européenne<sup>49</sup>. Toute l'analyse de la cour est centrée sur la preuve des limites du droit ancestral. Mme Van der Peet n'a pas le droit de vendre ses poissons parce qu'il n'y a pas de preuve que la vente de poissons était une coutume, pratique ou tradition qui était une «partie intégrante» de la culture distinctive de sa communauté au moment de son contact avec les Européens<sup>50</sup>. Le juge en chef Lamer spécifie que seulement les aspects de la société autochtone qui rendent celle-ci «distincte» sont protégés par le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Le tribunal élabore toute une série de questions de nature à déterminer si, oui ou non, la pratique autochtone est bien une pratique qui, au moment du contact avec les Européens, définissait culturellement la communauté. Est-ce bien la véritable préoccupation des parties?

Ce qui est encore plus significatif, c'est le changement dans l'approche. En effet, le juge en chef définit les droits autochtones comme des droits d'exception: le paragraphe 35(1) confère un statut constitutionnel unique

---

47. Le présent pourvoi, ainsi que les pourvois connexes *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723 [ci-après *Gladstone*] et *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672 [ci-après *Smokehouse*].

48. *Supra* note 12.

49. On pourrait argumenter que le choix de la date de contact avec les Européens ne respecte pas la voix autochtone. Il semble un peu insultant de devoir définir le droit par rapport à la civilisation européenne: pourquoi se définir par rapport aux voyages d'une autre culture? Pourquoi les Premières Nations auraient-elles dû noter ce contact? Pourquoi s'en seraient-elles préoccupées? Voir la dissidence de MacLachlin J. à la p. 538.

50. Les décisions qui accompagnent *Van der Peet* témoignent toutes de la même approche—les autres affaires ont bénéficié de meilleure preuve et ont donc des résultats plus favorables aux autochtones: voir *Smokehouse*, *supra* note 47 et *Gladstone*, *supra* note 47. Il se peut que le critère de la centralité de la pratique avait perdu un peu de son importance dans d'autres décisions de la Cour suprême, *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139 et *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101, c'est l'argument convaincant que présentent Barsh et Henderson, *supra* note 24 à la p. 1005.

aux Autochtones et pour l'interpréter correctement, il faut s'interroger sur les raisons pour lesquelles un tel statut est confirmé. La raison est définie plus loin, bien simplement<sup>51</sup>, c'est à cause du fait que

quand les Européens sont arrivés en Amérique du Nord, les peuples autochtones *s'y trouvaient déjà*, ils vivaient en collectivités sur ce territoire et participaient à des cultures distinctives, comme ils l'avaient fait pendant des siècles. C'est ce fait, par dessus tout, qui distingue les peuples autochtones de tous les autres groupes minoritaires du pays et qui commande leur statut juridique—et maintenant constitutionnel—particulier<sup>52</sup>.

À mon avis, cette définition des raisons qui sous-tendent l'article 35 marquent un changement d'approche. Soudainement, le traitement des autochtones par les Européens, les manquements aux promesses, les tentatives d'assimilation et les écoles résidentielles sont oubliées: l'article 35 ne vise que les conséquences d'un accident incontournable de l'histoire, la présence autochtone sur le territoire de l'Amérique du Nord. C'est certainement ignorer une grande partie du contexte des préoccupations autochtones que de ramener la question à une preuve de distinction historique. En définitive, c'est une invitation à adopter le type de raisonnement A: un droit spécial étroitement défini qui donne droit à une relation spéciale avec le gouvernement.

Un tel retranchement n'est pas passé inaperçu<sup>53</sup>: il deviendra la pierre d'assise de la stratégie gouvernementale dans la cause *Marshall*, c'est-à-dire, la nécessité d'une approche rigoureuse à l'égard de la définition du droit issu du traité, sans même tenter d'expliquer pourquoi la violation du droit pourrait être nécessaire pour des raisons de conservation.

### 3. Les arrêts *Marshall*

La première décision *Marshall*<sup>54</sup> soulève une question d'interprétation d'un traité, à savoir si les ententes verbales concomitantes au traité font partie de ce dernier. Ce qui est testé par les parties, c'est l'interprétation «généreuse» suggérée par les Mi'kmaq aux dispositions du traité et leur refus d'adopter les règles d'interprétation utilisées dans le cadre de contrats commerciaux privés.

L'esprit des décisions *Sparrow* et *Badger* est aussi mis en cause: à toutes fins pratiques, le gouvernement fédéral semble argumenter en faveur d'un resserrement de la reconnaissance des droits issus de traité. Le gouvernement se réfère d'ailleurs aux doutes exprimés par le juge

51. *Van der Peet*, *supra* note 12 à la p. 538.

52. *Ibid.*, aux pp. 538-39. Le souligné est dans le texte original.

53. C. Bell, «New Directions in the Law of Aboriginal Rights» (1998) 77 R. du B. can. 36 à la p. 47, et *Borrows*, *supra* note 24.

54. *Supra* note 1.



Estey dans des affaires précédentes<sup>55</sup> quant à l'utilisation, en l'absence d'ambiguïté, de documents extrinsèques. D'une certaine façon, le gouvernement cherche à exploiter le filon d'une interprétation étroite des droits qui ne l'oblige pas à expliquer pourquoi la réglementation est nécessaire et justifiée. Il tire profit des hésitations dans le langage de décisions antérieures et des refoulements dans la mise en oeuvre de l'article 35.

La stratégie gouvernementale dans l'affaire *Marshall* est probablement la vraie tragédie de l'histoire: au lieu de suivre et d'endosser l'esprit des décisions *Sparrow* ou *Badger*, le gouvernement se borne à vouloir limiter le concept de droits issus de traités. Il cherche à insinuer que l'interprétation proposée par Marshall n'est qu'affaire de «vague sentiment de largesse *a posteriori*»<sup>56</sup>.

On ne doit pas s'étonner que le gouvernement ait décidé d'adopter une telle position. En effet, les avocats tendent à vouloir exploiter toute brèche dans le langage des décisions antérieures. Toute hésitation, si *obiter* soit elle, est mise à profit pour pousser vers un retranchement, vers une position où le droit autochtone est contrôlé par le gouvernement sans aucune imputabilité judiciaire.

Il continue donc d'être important pour les juges d'être fermes dans leur analyse des droits autochtones, et de ne pas inviter les arguments qui soutiennent une position gouvernementale que le régime de l'article 35 est un régime d'exception où il est difficile d'entrer. Les hésitations de la Cour, entre autres, dans sa définition restrictive du droit de Marshall (ce n'est qu'un droit de subsistance<sup>57</sup>) ont deux effets pervers. Premièrement, elles invitent les gouvernements et les groupes non-autochtones à continuer une stratégie contentieuse basée sur l'invalidité de la prétention autochtone, *i.e.*, sur la non-existence du droit ancestral ou issu du traité. Deuxièmement, elles condamnent la cour à un système de gestion détaillée des disputes entre autochtones et non-autochtones. Le tribunal doit évaluer en détail des promesses échangées et des comportements vécus au XVIII<sup>e</sup> siècle. L'exercice est évidemment précaire et certainement très dispendieux. Malgré tout, il semble que les tribunaux retiennent de plus en plus ce mode d'analyse: ils invitent les distinctions historiques et insistent pour une preuve d'agissements au moment du contact avec les Européens.

55. Voir *R. c. Horse*, [1988] 1 R.C.S. 187 à la p. 201, cité par Binnie J., *supra* note 1 à la p. 473.

56. *Supra* note 1 à la p. 474.

57. À cet égard, la réflexion de Barsh et Henderson, que «First Nations can eat a tradition, but they cannot market it», apparaît encore pertinente, *supra* note 24 à la p. 1005.

La décision du juge Binnie et en particulier l'analogie avec la «haie» comme protection des termes de traités avait pourtant indiqué un retour à la fermeté. L'analogie et l'utilisation du langage de la promesse faite par le gouverneur Belcher renforce l'enseignement ultime du contentieux autochtone et de l'article 35, à savoir, que «l'honneur de la couronne est toujours en jeu lorsqu'elle transige avec les Indiens»<sup>58</sup>.

Symboliquement le langage était particulièrement bien choisi puisqu'il permet au grand public de bien comprendre l'essence de la protection. À cet égard, les tribunaux se doivent d'être particulièrement vigilants parce que les impératifs économiques et politiques militent souvent en faveur du déni des droits autochtones. Le gouvernement peut facilement s'assurer d'un soutien populaire en choisissant la ligne dure à l'endroit des autochtones, plutôt que de négocier, conformément à la décision *Badger*, les modalités de l'exercice de ce droit. Pourquoi est-ce que le gouvernement ne commence-t-il pas automatiquement par l'étape de la justification plutôt que d'investir dans un litige coûteux sur la portée d'engagements formulés au XVIII<sup>e</sup> siècle?

La décision de la majorité dans l'affaire *Marshall* réitère la perspective *Sparrow* et *Badger* peut-être avec quelques petites hésitations, mais elle resitue tout de même le débat dans le cadre de la justification de la violation du droit.

#### 4. *L'aparté Marshall 2*

La décision explicative rendue le 17 novembre 1999 dans le cadre du rejet d'une demande pour une nouvelle audition ou un sursis d'exécution par l'intervenante, West Nova Fishermen's Coalition, est, à première vue, troublante. La Cour explique son jugement du mois de septembre comme une tentative de corriger les malentendus qu'elle estime sont ressortis suite à la première décision. C'est une démarche inusitée. Néanmoins, la Cour semble vouloir éduquer les pêcheurs non-autochtones quant au message de *Sparrow*. Le rejet de la prétention de la Coalition qu'aucun droit issu de traité ne devrait [TRADUCTION] «avoir pour effet d'écarter involontairement de toute activité de pêche commerciale quelque participant non-autochtone»<sup>59</sup> est éloquente à ce sujet. En effet, elle explique, «[l]es auteurs démocratiquement élus de la *Loi constitutionnelle de 1982* y ont expressément indiqués, à l'art. 35, que «[l]es droits existants—

58. *Marshall*, supra note 1 à la p. 496, citant *Badger*, supra note 14 au para. 41 (per Cory J.).

59. Supra note 5 à la p. 565.

ancestraux ou issu de traités—des peuples autochtones du Canada sont reconnus *et confirmés*» (italiques ajoutés). Les tribunaux ont l'obligation de donner effet à cet engagement national<sup>60</sup>. C'était sans doute une forme de dialogue avec les pêcheurs non-autochtones. On note, cependant, dans l'affaire *Marshall 2*, le désir, encore une fois, de limiter la portée du droit issu du traité: ce n'est qu'un droit qui assure une subsistance convenable pour les familles mi'kmaq et des limites de prise raisonnables qui assurent cette subsistance convenable n'ont pas à passer l'étape de la justification. C'est encore une fois encourager une stratégie de minimisation du droit autochtone plutôt qu'inciter le gouvernement à adopter d'emblée une stratégie de négociations et de justification.

Finalement, on doit aussi s'inquiéter de la distinction faite, *obiter*, à mon avis, entre les droits issus de traités et les droits ancestraux<sup>61</sup> quant à la nature des objectifs susceptibles d'être poursuivis dans le cadre de la justification. En effet, la cour semble suggérer que la légitimité d'un objectif gouvernemental de préserver la participation de non-autochtones à l'exploitation d'une ressource dans le cadre de la justification de la violation d'un droit autochtone pourrait être plus pertinente dans le cadre du droit issu de traité que d'un droit ancestral. Cette distinction ne saurait que créer confusion et distinctions inappropriées entre communautés autochtones. Elle me semble incompatible avec la teneur de l'article 35 qui vise à garantir à tous les autochtones la reconnaissance de leurs droits et, selon *Sparrow*, la reconnaissance d'un processus équitable de participation à la réglementation à laquelle ils peuvent devoir être assujettis.

### Conclusion

La cohérence et la fermeté sont souvent nécessaires pour bien enseigner. Si l'image du dialogue soit survivre dans notre discours constitutionnel, elle doit s'accompagner d'une réflexion sur les implications de ce rôle d'interlocuteur. L'écoute des parties, l'adoption de méthodologies qui favorisent l'expression par les parties de leurs vrais problèmes ainsi qu'une certaine constance dans le développement du message sont nécessaires. À mon avis, les conséquences de l'affaire *Marshall* peuvent être reliées au défaut du gouvernement d'endosser dans sa politique contentieuse l'approche *Sparrow-Badger*. Cependant, cela était prévisible puisque dans l'affaire *Van der Peet*, la Cour suprême avait déjà créé des brèches dans son approche, et invité une approche contentieuse centrée

60. *Ibid.*, aux pp. 565-66.

61. *Ibid.*, à la p. 563 au para. 41. Cela semble aller à l'encontre de la théorie proposée par L.I. Rotman, «Defining Parameters: Aboriginal Rights, Treaty Rights and the Sparrow Justificatory Test» (1997) 36 *Alta. L. Rev.* 149, qui suggèrait une distinction mais en faveur du respect de l'aspect «négocié» des traités.

sur l'existence du droit plutôt que sur la justification des mesures gouvernementales.

Il est à espérer que si leçon doit être tirée de l'affaire *Marshall*, ce ne sera pas une leçon favorisant le démantèlement progressif de l'héritage *Sparrow*. Il ne faudrait pas que le dialogue se solde par une défaite d'une approche judiciaire qui peut permettre une redéfinition des relations entre groupes minoritaire et majoritaire. Il ne faudrait pas que l'approche *Sparrow-Badger* demeure un monologue.

---

D.G. Bell\*

Was Amerindian Dispossession  
Lawful? The Response of 19th-  
Century Maritime Intellectuals

---

*In the half-century ending about the time of Confederation a dozen writers addressed awkward questions about an earlier generation's dispossession of Maritime Amerindians from land and resources: had it been lawful; if so, how; if not, what should be done? In the main they approached it as an abstract question, divorced from those particulars of local history that would become the focus of late-20th-century investigation. Those who theorized that English tradition made dispossession lawful did so with reference to the doctrine of "discovery" or to the proposition, grounded in Locke and accepted widely in colonial public opinion, that Amerindian possession of any particular spot had been too casual to give rise to a property right. Those who argued the illegality of Amerindian dispossession, the most insistent of whom was S. T. Rand, pointed out that colonials themselves did not act consistently with the Lockean "agricultural" argument and that indicia of ancient aboriginal territorial possession were overwhelming. Maritime discussion of the issue seems to have ended in the 1860s, when jurisdiction over Amerindian affairs was transferred to the new federal administration at Ottawa.*

*Dans la cinquantaine d'années qui a précédé la Confédération, une douzaine d'auteurs ont soulevé des questions embarrassante au sujet du traitement réservé aux Amérindiens des Maritimes, lesquels ont été dépossédés de leurs terres et de leurs ressources par les générations antérieures de colons. Était-ce licite? Si oui, en vertu de quelle loi? Sinon, comment pouvait-on redresser les torts? Le débat resta essentiellement abstrait, les intervenants s'abstenant généralement de faire état des cas concrets dans la région, ceux-là mêmes qui allaient se retrouver sous les feux de la rampe à la fin du XX<sup>e</sup> siècle. Ceux qui voyaient dans la dépossession un acte licite sanctionné par la tradition britannique s'appuyaient sur la doctrine de la découverte ou sur la proposition de Locke, ayant droit de cité dans la pensée coloniale de l'époque et selon laquelle les Amérindiens ne demeuraient jamais assez longtemps dans un endroit pour établir un droit de propriété quelconque. Les détracteurs de cette proposition, dont S.T. Rand était le plus passionné, soulignaient que les colonialistes n'agissaient pas toujours en accord avec les préceptes de leur propre doctrine agricole, d'inspiration lockéenne, et qu'il existait des preuves abondantes de l'occupation des terres par les autochtones depuis les temps ancestraux. Dans les Maritimes, le débat semble s'être étiolé dans les années 1860 avec le transfert des pouvoirs en matière d'affaires autochtones à la nouvelle administration fédérale, à Ottawa.*

---

\* Faculty of Law, University of New Brunswick.