UN TOURNANT ET UN RENOUVEAU : LE CONTEXTE HISTORIQUE ET JURIDIQUE DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR SUPRÊME DU CANADA EN DROIT AUTOCHTONE DEPUIS 1990

DAVID SCHULZE

Avocat*
Hutchins, Soroka & Dionne
Montréal

février 2000

*Maîtrise en histoire de l'Université McGill (1989), LL.B. de l'Osgoode Hall Law School (1993), LL.B. de l'Université de Montréal (1994).

I. Introduction

Comme l'a si bien dit le juge Dickson en 1978 : « Les revendications de titres aborigènes reposent aussi sur l'histoire, les légendes, la politique et les obligations morales». Et le futur juge en chef d'ajouter : «Si l'on doit traiter la revendication de certaines terres par une bande indienne comme un problème juridique et non politique, on doit donc l'examiner en fonction des faits particuliers relatifs à la bande et aux terres en question, et non de façon générale».[1]

Pourtant la tâche de la Cour suprême du Canada pendant les deux dernières décennies a bien été d'établir une «façon générale» pour les tribunaux d'examiner les faits propres à un peuple autochtone afin de statuer sur ses droits ancestraux et issus de traité. Grâce au travail de la Cour suprême, il existe maintenant un cadre d'analyse qui, même s'il n'est pas parfait, permet de débattre des droits des autochtones soient débattus d'une façon intelligente et à partir des faits.

Nous essayons par ce texte de placer cette oeuvre jurisprudentielle dans son contexte historique et juridique. La reconnaissance juridique des droits autochtones n'est pas nouvelle au Canada mais elle a souffert d'une longue période d'oubli et de marginalisation[2]. La jurisprudence récente de la Cour suprême représente un renouveau avec les traditions fondatrices de notre confédération en plus de donner des assises solides aux droits maintenant «reconnus et confirmés» à l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

II. La place de l'histoire dans le droit autochtone

A. Le faux débat sur les faits historiques

Ce texte ne vise pas à entre dans le débat de savoir si la Cour suprême du Canada remplit bien la tâche de déclarer l'histoire avant de déclarer le droit dans le domaine autochtone. C'est

---

[1] *Kruger et Manuel c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104, 109.

[2] Hamar Foster, «Aboriginal Title and the Provincial Obligation to Respect It : Is *Delgamuukw* v. *British Columbia* 'Invented Law'?" (1998), 56 The Advocate 221.

en effet un faux débat, car ce sera toujours la partie qui n'a pas eu gain de cause qui aura tendance à conclure que le tribunal a mal compris les faits[3].

De plus, l'importance des faits est loin d'être une particularité du droit autochtone. Il est évident que les juges sont souvent appelés à s'aventurer dans des domaines qui ne leur sont pas familiers, mais il n'y a aucune raison pour que des faits historiques soient plus difficiles à saisir que ne pourrait être par exemple le résultat d'un test d'ADN en droit pénal.

Par ailleurs, les conclusions des tribunaux sont beaucoup plus lourdes de conséquences pour la partie autochtone que pour les gouvernements ou pour les non-autochtones qui affichent parfois leur mécontentement devant certains jugements. Ce sont en effet les membres des Premières nations qui risquent de se faire dire par un juge d'ascendance européenne que l'activité en litige ne fait pas partie intégrante de leur culture distinctive et, par conséquent, ne constitue pas pour eux un droit ancestral[4]. Ou bien ils peuvent se faire dire que l'interprétation accordée par leur communauté aux dispositions d'un traité est erronée et que les droits qu'ils croyaient garantis à leurs ancêtres par la Couronne n'existent pas[5].

B. **L'occupation du territoire canadien**

Ce qui importe le plus afin de comprendre les fondements du droit autochtone, c'est de bien saisir le courant de plusieurs siècles dans les relations entre les peuples autochtones et les

---

[3]Le témoin expert de la province s'est plaint de la décision dans *R. c. Marshall*, JE 99-1800 (C.s.C.). Voir : *National Post*, 28 octobre 1999. Cependant, les témoins experts des demandeurs Gitksan et Wet'suwet'en n'étaient pas plus heureux du jugement de première instance dans *Delgamuukw v. British Columbia*, [1991] 3 W.W.R. 97 (B.C.S.C.). Voir : Arthur J. Ray, «Creating the Image of the Savage in Defence of the Crown : The Ethnohistorian in Court» (1990), 6 Native Studies Rev. 13.

[4]*R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, 549 (par. 46).

[5]Voir la contribution de William C. Wicken dans John G. Reid, *et al.*, «History, Native Issues and the Courts : A Forum» (1998), 28 Acadiensis 1, 8. Il s'agit des réflexions de trois témoins experts dans la cause *Marshall* lors d'une table ronde tenue après l'audience devant la Cour suprême du Canada mais avant que son jugement ne soit rendu.

non-autochtones qui constituent maintenant la société dominante au Canada, avec ses changements et ses revers.

Malheureusement il arrive qu'ayant ayant vu plus de *western* américains qu'ils n'ont lu de livres d'histoire, certains arrivent à croire que les Canadiens d'ascendance européenne auraient en quelque sorte vaincu les nations autochtones. Si les puissances européennes ont parfois fait la guerre aux nations autochtones, ces guerres se sont le plus souvent terminées sans vainqueur et par la conclusion d'un traité de paix qui a permis la coexistence. Si dans les écoles, on a souvent appris qu'il y eut des guerres sanglantes entre les Français et les Iroquois au 17e siècle, rares sont ceux qui savent que les hostilités prirent pris fin en 1701 par la conclusion à Montréal d'une Grande Paix, et que celle-ci garantit jusqu'en 1760 la neutralité de la Confédération iroquoise dans les guerres opposant la France à la Grande-Bretagne[6].

Les relations entre autochtones et non-autochtones au lendemain du contact furent caractérisées par l'interaction et la coopération, pour utiliser les mêmes termes que la Commission royale sur les peuples autochtones[7]. Sur le territoire actuel du Canada, les Français conclurent des alliances militaires et commerciales d'abord avec les Montagnais-Innus, puis avec les Hurons-Wendat, les Algonquins, les Abénaquis, les Malécites et les Mi'kmaq. Les nations autochtones avaient tendance à se considérer unies aux Français par des liens «plutôt d'amitié et d'alliance que de souveraineté ou de protection»[8].

Dans les colonies britanniques, par contre, les colons avaient tendance à se battre avec les autochtones qu'ils cherchaient à déposséder de leurs terres[9]. Pendant et immédiatement après la conquête de la Nouvelle-France qui prit fin en 1760, les Britanniques cherchèrent plutôt à imiter

---

[6]Canada, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, v. 1, *Un passé, un avenir*, Ottawa, Groupe Communication Canada, 1996, aux pp. 130-31.

[7]*Id.* à la p.40.

[8]*Id.* à la p.119.

[9]*Id.* aux pp.120 à 121.

le modèle français et à gagner l'amitié de leurs anciens alliés autochtones. Ils négocièrent donc de nombreux traités dits de paix et d'amitié, notamment avec les Hurons[10] et les Mi'kmaq[11].

Ce n'est d'ailleurs pas par coïncidence que le statut ayant donné naissance à la province de Québec comme colonie britannique, la *Proclamation royale de 1763*, ordonnait que «les différentes nations de sauvages avec lesquelles nous [le Roi] avons quelques relations & qui vivent sous notre protection, ne soient ni inquiétées & ni troublées dans la possession de telles parties de nos domaines & territoires comme ne nous ayant point été cèdés [sic], ni achetés par nous, leur sont réservés, ou à aucun d'eux, comme leur pays de chasse»[12]. Le principe était posé: les nations autochtones seraient désormais sous la protection de la Couronne et nul ne pourrait empiéter sur leurs terres à moins d'une cession de leur titre, qui ne pouvait être remis qu'à la Couronne[13].

L'aspect «alliance» des relations avec les nations autochtones demeura important pendant le demi-siècle qui a suivit la Conquête puisque celles-ci fournirent aux Britanniques une aide précieuse dans la guerre révolutionnaire et celle de 1812 avec les Américains[14]. Mais à partir du

---

[10]*R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025.

[11]*R. c. Marshall*, *supra.*

[12]Nous citons la traduction française faite en 1764 et publiée dans Canada, *Report of the Public Archives for the Year 1918*, Ottawa, King's Printer, 1920, App. B, 322, à la p. 326. Cette version a été reconnue être plus fidèle à la version officielle anglaise que celle qui se trouve aux L.R.C. (1985), App. II, nº 1 par la Commission royale sur les peuples autochtones : Canada, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, v. 1, *supra* à la p. 789. Sur les défauts de la traduction apparaissant dans les *Lois révisées du Canada* voir Paul Dionne, «Les postulats de la Commission Dorion et le titre aborigène au Québec : vingt ans après» (1991), 51 R. du B. 127, 138.

[13]Pour un cas concret voir David Schulze, «L'application de la Proclamation royale de 1763 dans les frontières originales de la province de Québec : la décision du Conseil privé dans l'affaire Allsopp» (1997), 31 Revue juridique Thémis 511.

[14]Jack M. Sosin, « The Use of Indians in the War of the American Revolution » (1965), 46 Canadian Historical Review 101 ; George F.G. Stanley, « The Indians in the War of 1812 » in J.R. Miller, ed., *Sweet Promises; A Reader on Indian-White Relations in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1991, 105.

moment où la présence politique des Britanniques en territoire canadien ne fut plus contestée, un changement se fit jour : d'alliance et d'amitié qu'ils étaient jusque là, les traités indiens devinrent de cession.

Dorénavant les traités effectuaient la cession ses terres autochtones en contrepartie de la création de réserves et la reconnaissance de certains droits, notamment de chasse et de pêche et qui pouvaient aussi comprendre l'enseignement ou l'aide agricole. En effet, à partir des années 1830, les traités furent surtout négociés par le gouvernement colonial (plus tard le gouvernement fédéral) comme étape préalable, dans des régions vouées à la colonisation, en commençant par l'Ontario méridional. Ce modèle fut appliqué de façon presqu'uniforme dans la région qui est devenue plus tard les provinces des prairies[15] où suite au transfert au Canada en 1870 du territoire occupé par la Compagnie de la Baie d'Hudson[16], et jusqu'en 1930, le gouvernement fédéral contrôlait les terres publiques[17].

Par contre, dans des régions éloignées et sans grande activité économique autre que le commerce des fourrures, les gouvernements n'entreprirent souvent aucune initiative concernant les droits autochtones : ce fut le cas notamment pour le Yukon, la région arctique des Territoires du Nord-Ouest, le nord du Québec et le Labrador. Quant aux régions déjà peuplées par des non-autochtones, le gouvernement fédéral admit la possibilité qu'un titre aborigène ait pu subsister, par exemple dans le sud du Québec[18]. Cependant, les seuls traités portant sur un territoire

---

[15]Canada, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, v. 1, *supra* aux pp. 168 à 186.

[16]*Décret en conseil sur la Terre de Rupert et le territoire du Nord-Ouest*, 23 juin 1870, L.R.C., App. II, nº 7.

[17]*Loi constitutionnelle de 1930*, L.R.C., App. II, nº 26.

[18]Voir l'arrêté en conseil C.P. 1569 du 1er août 1907, tel que cité dans *Gros-Louis et al. c. Société de développement de la Baie James*, [1974] R.P. 38 (C.S.), 78 :«That no treaty has ever been made with the Indians of the Province of Quebec (form[er]ly Lower Canada) for the surrender to the Crown of the land comprised in that province...».

peuplé sont les traités Williams de 1923 avec les Chippewas et les Mississaugas du sud de l'Ontario[19].

Enfin, certaines provinces écartèrent simplement la possibilité de négocier des traités. Ce fut le cas notamment en Colombie-Britannique où la colonisation provoqua des conflits avec une population autochtone relativement nombreuse et où l'existence de leurs droit fut fermement niée par le gouvernement colonial à partir de 1864 et par le gouvernement provincial après l'union avec le Canada en 1871. Ce refus obstiné de reconnaître les droits autochtones constitua la position officielle du gouvernement provincial jusqu'en 1989[20].

Si les différents droits ancestraux ou issus de traité des autochtones furent niés ou négligés, c'est sans doute dû en grande partie au fait que les Indiens étaient de plus en plus soumis à un régime statutaire qui ne faisait pas place à leur autonomie ni à leur diversité par une loi qui s'appelle maintenant la *Loi sur les Indiens* mais qui, en 1876, portait le titre d'*Acte des Sauvages*[21]. L'ultime but de cette loi était l'assimilation des autochtones dans la société dominante mais le moyen adopté entretemps, tel qu'énoncé en 1876 par le ministère responsable, était de traiter les Indiens «comme des pupilles et des enfants de l'État»[22]. Toutes les bandes reconnues étaient soumises à cette même loi et les différences juridiques entre elles selon leur adhésion ou non à différents traités avait tendance à diminuer.

Cette longue période des années 1830 jusqu'au réveil autochtone de la fin des années 1960 fut celle du déracinement et de l'assimilation pour emprunter encore une fois les termes de la Commission royale[23]. D'ailleurs, son rapport fait longuement état des effets néfastes de cette

---

[19]*Consolidated Native Law Statutes, Regulations and Treaties, 2000*, Toronto, Carswell, 1999, 549 et 553; *R. c. Howard*, [1994] 2 R.C.S. 299.

[20]Paul Tennant, *Aboriginal Peoples and Politics : The Indian Land Question in British Columbia, 1849-1989*, Vancouver, University of British Columbia Press, 1990.

[21]L.C. 1876, ch.18.

[22]Canada, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, v. 1, *supra* à la p. 297.

[23]*Id.* aux pp. 40-41.

approche paternaliste qui allait jusqu'à l'interdiction pour les Indiens de fréquenter les salles de billard. Parmi les autres mesures moins banales, il en est qui furent tout à fait désastreuses, tels les pensionnats où les enfants furent isolés de leurs familles et de leurs communautés, punis s'ils parlaient leur langue maternelle et non seulement négligés mais souvent victimes d'abus physiques et sexuels. Plusieurs communautés autochtones vécurent aussi au cours du 20e siècle des réinstallations abruptes et lointaines, soit pour simplifier l'activité gouvernementale à leur égard, soit pour permettre le développement sur leur territoire[24].

Enfin, pour comprendre le contexte juridique il n'est pas inutile de rappeler que de 1927 jusqu'en 1951, la *Loi sur les Indiens* prévoyait que toute personne sollicitant des fonds pour appuyer les revendications juridiques des Indiens devait obtenir préalablement le consentement du Surintendant général des Indiens et ce, sous peine d'amende ou d'emprisonnement[25]. Selon le sous-surintendant général de l'époque, cette disposition fut ajoutée pour protéger les Indiens contre les avocats et les agitateurs[26].

III. **Les droits autochtones en droit canadien avant 1982**

A. **Introduction**

Si les droits autochtones peuvent paraître bénéficier aujourd'hui d'une protection solide grâce à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, on doit se rappeler que tel n'était pas le cas avant l'adoption de cette loi et même jusqu'à l'énonciation par la Cour suprême des principes qui doivent guider l'interprétation de l'article 35. Comme la Cour suprême elle-même l'a constaté : «Pendant plusieurs années les droits des Indiens à leurs terres ancestrales —

---

[24]*Id.* aux Chapitres 9, 10 et 11.

[25]*Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1927), ch. 98, art. 141.

[26]Canada, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, v. 1, *supra* à la p. 318.

certainement à titre de droits reconnus en common law — ont été à toutes fins pratiques ignorés»[27].

B. **Avant la Confédération**

Avant la Confédération, les relations entre la Couronne et les peuples autochtones furent elles-mêmes créatrices de droits. La Commission royale sur les peuples autochtones y voit une *common law* canadienne ou fédérale existante mais qui puise ses origines dans la période coloniale :

> La doctrine des droits ancestraux est de la «*common law*» en ce sens qu'elle n'émane pas de dispositions légales ou constitutionnelles et qu'elle ne dépend pas de ces dernières pour avoir force de loi. Elle repose plutôt sur les droits que détenaient à l'origine les peuples autochtones et qui ont été reconnus dans la coutume née des rapports entre ceux-ci et les colons français et anglais à partir du XVII[e] siècle. Cet ensemble de règles fondamentales jette un pont entre les groupes autochtones et le reste de la population et règle l'interaction de leurs régimes juridiques et gouvernementaux, permettant à chacun de fonctionner harmonieusement dans sa sphère propre. Cette doctrine n'est d'origine ni entièrement autochtone ni entièrement européenne, mais elle se fonde sur les usages et les conceptions de toutes les parties aux rapports en question, usages et conceptions qui ont été modifiés et adaptés au fil de ces rapports[28].

Pour la Commission royale, la doctrine née des rapports entre peuples fait partie de l'édification de la Confédération, définie comme un processus qui a commencé bien avant 1867 et qui «englobe les traités et les autres processus par lesquels les peuples autochtones se sont affiliés à la Couronne»[29].

---

[27]*R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, 1103 (souligné dans l'original).

[28]Commission royale sur les peuples autochtones, *Partenaires au sein de la Confédération : Les peuples autochtones, l'autonomie gouvernementale et la Constitution*, Ottawa, Groupe Communication Canada Édition, 1993, aux pp. 20-21.

[29]*Id.* à la p. 22.

Aussi les juristes étaient-ils plus enclins à faire une place qux droits autochtones avant la Confédération. De nouvelles recherches démontrent que dans le Haut-Canada des années 1820, les juges étaient loin d'être convaincus que la compétence coloniale pénale leur permettait de juger des relations entre membres des communautés autochtones[30]. Dans le Bas-Canada, des plaideurs et des juges niaient que la compétence pénale des tribunaux sur les actes commis en territoire indien hors des colonies ait pu s'étendre aux Indiens qui y habitaient. Ils avaient tendance à restreindre cette compétence aux engagés blancs des compagnies[31].

La cause illustrant le mieux cette conception est sans doute *Connolly c. Woolrich*, intentée en 1864 mais dans laquelle le jugement en première instance a été rendu huit jours après la Confédération, soit, le 9 juillet 1867[32]. Dans cette affaire, la cour devait juger de la capacité d'hériter de John Connolly, né dans le territoire occupé par la Compagnie de la Baie d'Hudson (c'est-à-dire, à l'extérieur des colonies) de l'union d'un père blanc, trafiquant de fourrures, et d'une mère crie, fille d'un chef. La question en litige était la légitimité du fils et donc, la validité de ce mariage contracté «suivant les coutumes du pays».

En première instance le juge Monk de la Cour supérieure du Québec conclut que les lois et coutumes autochtones demeuraient en vigueur et ce, sous la protection de la Couronne. Il ne retint pas l'argument selon lequel en vertu de la charte émise à la Compagnie de la Baie d'Hudson par la Couronne, la *common law* anglaise se serait appliquée aux mariages conclus sur

---

[30]Mark D. Walters, «The Extension of Colonial Criminal Jurisdiction over the Aboriginal Peoples of Upper Canada : Reconsidering the *Shawanakiskie* Case (1822-26)» (1996), 46 U.T.L.J. 273.

[31]Hamar Foster, «Forgotten Arguments : Aboriginal Title and Sovereignty in *Canada Jurisdiction Act* Cases» (1992), 21 Manitoba L.J. 343.

[32]*Connolly v. Woolrich* (1867), 17 R.J.R.Q. 75 (C.S.) (1 C.N.L.C. 70), confirmé par *Woolrich v. Johnstone* (1869), 17 R.J.R.Q. 266 (B.R.) (1 C.N.L.C. 151). Une transaction entre les parties a mis fin à un appel au Conseil privé : *Partenaires au sein de la Confédération*, *supra* à la p. 53, n.15.

le vaste territoire où se faisait la traite des fourrures [33]. Qui plus est, il nia que la simple présence française ou anglaise ait pu avoir un effet juridique sur les droits des autochtones :

> ...[P]eut-on prétendre que les droits territoriaux, l'organisation politique, si rudimentaire fût-elle, ou les lois et usages des tribus indiennes étaient abrogés, qu'ils ont cessé d'exister lorsque ces deux nations européennes ont commencé à faire du commerce avec les autochtones? À mon avis, il n'y a pas l'ombre d'un doute qu'ils n'ont pas été abolis, qu'au contraire ils sont demeurés pleinement en vigueur et n'ont subi pas même le moindre changement en ce qui concerne les droits civils des autochtones [34].

Pour le juge Monk, les prétentions des empires français ou britannique n'affectaient en rien les droits des peuples autochtones qui occupaient véritablement le territoire.

C. **Après la Confédération et avant 1982**

Dans les années qui suivirent la Confédération, les droits autochtones pesèrent de moins en moins lourd en droit canadien. Jusqu'aux années 1970, les droits ancestraux des peuples autochtones du Canada ne firent l'objet de décisions judiciaires que d'une manière accessoire. L'arrêt de principe du 19e siècle, *St. Catharines Milling*, portait sur les effets d'un traité avec des Indiens en Ontario dans le but de déterminer les droits respectifs des gouvernements fédéral et provincial aux richesses naturelles dans le territoire concerné. Les tribunaux saisis du litige y discutèrent du titre aborigène mais seulement pour départager les compétences fédérale et provinciale[35].

Quant aux traités, les tribunaux décidèrent que les droits qui y étaient énoncés pouvaient être réduits à néant par une législation contraire : les Indiens étaient jugés coupables de contraventions aux lois provinciales sur la protection de la faune nonobstant les traités qui avant

---

[33] *Id.* à la p.95 (1 C.N.L.C. 70, 90).

[34] *Id.* à la p.84 (1 C.N.L.C. 70, 79). (La traduction de ce passage est tirée de *Partenaires au sein de la Confédération*, *supra* à la p.27.)

[35] *St. Catharines Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 A.C. 46 (C.P.).

la Confédération leur avaient garanti des droits de chasse et de pêche en échange de cession de terres[36].

À partir de 1951, le Parlement offrit une certaine protection aux droits issus de traités au moyen d'une disposition ajoutée à la *Loi sur les Indiens* et qui prévoyait que les «dispositions de quelque traité» auraient préséance sur l'application aux Indiens des lois provinciales[37]. Mais si le principe de la prépondérance des lois fédérales protégeait les droits issus de traités contre les lois provinciales, le Parlement restait compétent pour légiférer directement à l'encontre de ces droits[38]. En 1964, la Cour suprême du Canada jugeait sans effet certaines dispositions d'un traité de 1921 quant aux droits de chasse, puisqu'au moment où le traité fut négocié, la chasse aux oiseaux migrateurs était déjà interdite par une loi fédérale[39].

Et encore fallait-il convaincre le tribunal qu'il s'agissait d'un traité. En 1929, un juge de la Nouvelle-Écosse décida qu'un document de 1752, intitulé «Treaty of Peace» et signé par le gouverneur colonial et certains représentants Mi'kmaq ne constituait pas un traité car ces derniers n'avaient pas la capacité requise pour en conclure un :

> 1) «Les traités sont des actes libres de puissances indépendantes». Toutefois les Indiens n'ont jamais été considérés comme une puissance indépendante. Une nation civilisée qui découvre le premier un pays peuplé de gens non civilisés ou de sauvages considère ce pays comme le sien jusqu'à ce qu'il soit cédé par traité à une autre nation civilisée. Les droits de souveraineté et même de propriété des sauvages n'ont jamais été reconnus[40].

---

[36]*R. v. Commanda* (1939), 72 C.C.C. 246 (Ont. S.C.), 251 (5 C.N.L.C. 367, 372).

[37]L.C. 1951, ch. 29, art. 87, maintenant L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 88.

[38]*R. v. George*, [1966] R.C.S. 267.

[39]*R. v. Sikyea*, [1964] R.C.S. 641, confirmant (1964), 43 D.L.R. (2[d]) 150 (N.W.T.C.A.). La Cour d'appel (à la p.158) s'est posée la question : «Comment pouvons-nous expliquer cet acte apparemment déloyal, car je ne crois pas que nous puissions le qualifier autrement, de la part du gouvernement?» Et sa réponse : «Il est beaucoup plus probable qu'on ait oublié les obligations qui découlaient des traités — un cas où la main gauche ignore ce que fait la main droit». (La traduction de ce passage est tirée de *Partenaires au sein de la Confédération*, *supra* à la p.27.)

[40]*R. v. Syliboy*, [1929] 1 D.L.R. 307 (N.S. Co. Ct.), 313 (4 C.N.L.C. 430, 436) tel que

Citant ce même passage en 1985, le juge en chef Dickson prenait soin d'ajouter : «Un tel langage n'est désormais plus acceptable en droit canadien et est en effet incompatible avec une sensibilité grandissante à l'égard des droits des autochtones au Canada»[41].

Lorsqu'en 1973, la Cour suprême du Canada eut pour la première fois à juger directement du titre aborigène, la Cour fut incapable de rendre une décision claire. Appelés à juger d'une action des Nisga'a portant sur leur titre dans la cause *Calder*, trois juges conclurent que le titre aborigène en Colombie-Britannique avait été éteint par l'exercice d'un pouvoir législatif et d'une souveraineté absolue dans la colonie avant 1871 et que ces actes étaient incompatibles avec tout intérêt contradictoire. Trois autres juges ne virent ni incompatibilité ni contradiction, jugeant que la *common law* avait toujours reconnu les droits des autochtones à la possession et à la jouissance de leurs terres sous réserve d'une loi visant expressément leur extinction[42]. Enfin, le septième juge rejeta l'action comme irrecevable faute d'une autorisation du lieutenant-gouverneur de la province[43].

Le jugement *Calder* fut rendu pendant qu'au Québec, les Cris et les Inuit demandaient au juge Malouf de la Cour supérieure une injonction pour arrêter la construction de travaux majeurs qui deviendraient les barrages de la Baie-James. Sur les faits, le juge Malouf conclut:

> À cause de la dépendance de la population indigène des animaux, des poissons et de la végétation dans le territoire, les travaux auront des effets dévastateurs et de longue portée sur les indiens Cris et les Inuits vivant dans le territoire [décrit dans l'annexe à la *Loi sur le développement de la région de la Baie James*, L.Q. 1971, c.34] et les terres adjacentes[44].

---

traduit en partie dans *R. c. Simon*, [1985] 2 R.C.S. 387, 399.

[41]*R. c. Simon* à la p. 399.

[42]*Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313, 333, 383-87, 401-404.

[43]*Id.* aux pp. 426-27.

[44]*Gros-Louis et al. c. Société de développement de la Baie James*, [1974] R.P. 38 (C.S.), 162.

Sans décider qu'ils avaient un titre aborigène, le juge Malouf se dit d'avis que les Cris et les Inuit «ont été en possession et ont occupé ces terres et y ont exercé des droits de pêche, de chasse et de trappe depuis des temps immémoriaux»[45]. Or, en contrepartie de l'extension des frontières du Québec en 1912 pour inclure le territoire en litige, la province s'était engagée à «reconnaître les droits des habitants sauvages dans le territoire ci-dessus décrit dans la même mesure, et obtiendra la remise de ces droits de la même manière, que le Gouvernement du Canada»[46] Selon le juge Malouf il y avait donc apparence suffisante de droit pour émettre une injonction, ce qu'il fit le 15 novembre 1973.

Seulement une semaine plus tard les effets de ce jugement furent suspendus par la Cour d'appel[47]. Le jugement fut renversé l'année suivante, principalement au motif que les droits des Cris et des Inuit étaient incertains. Le juge Turgeon de la Cour d'appel écrivait :

> Je suis d'opinion que le droit indien dans le territoire qui nous intéresse est d'une existence douteuse et que les recours qui peuvent en découler, s'ils existent, ne donnent pas ouverture à une injonction pour arrêter les travaux[48].

---

[45] *Id.* à la p. 76.

[46] *Loi sur l'extension des frontières du Québec*, L.C. 1912, c.45, art. 2 c) et *Loi concernant l'agrandissement du territoire de la province de Québec*, L.Q. 1912, c.7, cités dans *Gros-Louis et al. c. Société de développement de la Baie James* à la p.58. Jusqu'en 1912, ce qui est maintenant le nord du Québec faisait partie des Territoires du Nord-Ouest sous administration fédérale.

[47] *James Bay Development Corporation v. Kanatewat* [1973], (1974-75) 8 C.N.L.C. 414 (Que. C.A.), confirmée par [1975] 1 R.C.S. 48. La Cour d'appel a noté (à la p. 415) que la loi contestée déclarait le projet dans l'intérêt du Québec et a conclu qu'une suspension des effets de l'injonction s'imposait car les intérêts de l'ensemble des Québécois primait sur les intérêts opposés de quelques 2 000 Cris et Inuit. Le professeur Kent Roach traite le calcul de «crudely majoritarian... if not implicitly racist» : «Remedies for Violations of Aboriginal Rights» (1992), 21 Manitoba L.J. 498, 503.

[48] *Société de développement de la Baie James et al. c. Kanatewat*, [1975] C.A. 166, 176.

Devant ces jugements contradictoires, les parties préférèrent entamer des négociations intensives qui aboutirent à la *Convention de la Baie-James et du Nord québécois* le 11 novembre 1975, le premier traité depuis plus de 50 ans et le premier traité moderne. Par cette entente les Cris et les Inuit convinrent de suspendre leur appel de la décision de la Cour d'appel à la Cour suprême du Canada ainsi que l'action principale en injonction permanente[49]. Il n'y eut donc jamais ni appel final sur l'injonction interlocutoire, ni débat sur le fond.

La *Convention de la Baie-James et du Nord québécois* fut le premier résultat d'une nouvelle politique adoptée par le gouvernement fédéral suite à l'arrêt *Calder*. Le ministre des Affaires indiennes de l'époque, Jean Chrétien, annonça que son gouvernement était dorénavant prêt à négocier avec les Premières nations leurs revendications de titre aborigène[50]. Au cours des années 1970 le gouvernement fédéral entama donc des négociations aves les Nisga'a — même si le gouvernement de la Colombie-Britannique les bouda jusqu'en 1990 — et avec les autochtones des Territoires du Nord-Ouest et du Yukon, où les terres étaient sous administration fédérale[51]. Toutefois, et comme le constata plus tard la Cour suprême, en 1973 le gouvernement «exprimait une politique plutôt qu'une prise de position sur le plan juridique»[52].

L'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* lui même faillit être oublié. Une disposition semblable avait été recommandée en janvier 1981 par le Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada. Ce même rapport formait la base de l'entente finale du 5 novembre 1981 entre les premiers ministres — sauf celui du Québec — sur les réformes à adopter. Pourtant la proposition fut omise du texte final et seule une vague de protestations et l'insistance du Nouveau parti démocratique firent en sorte que les paragraphes (1) et (2) de l'actuel article 35 soient ajoutés par la suite au projet soumis au

---

[49]*Convention de la Baie-James et du Nord québécois et conventions complémentaires*, Sainte-Foy, Les Publications du Québec, 1998, alinéa 2.9.7.

[50]*R. c. Sparrow*, *supra* à la p.1104.

[51]Canada, Ministère des Affaires indiennes et du Nord Canada, «Politique sur les revendications territoriales globales et état du dossier», 27 janvier 1997.

[52]*Id.* à la p. 1105.

Parlement britannique[53]. (Les paragraphes (3) et (4) furent le résultat d'une entente ultérieure en 1983[54].)

IV. **Le droit actuel**

L'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* se lit comme suit :

> **35.** (1) Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.
>
> (2) Dans la présente loi, «peuples autochtones du Canada» s'entend notamment des Indiens, des Inuit et des Métis du Canada.
>
> (3) Il est entendu que sont compris parmi les droits issu de traités, dont il est fait mention au paragraphe (1), les droits existants issus d'accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis.
>
> (4) Indépendamment de toute autre disposition de la présente loi, les droits — ancestraux ou issus de traité — visés au paragraphe (1) sont garantis aux personnes des deux sexes.

Dans la première cause où il fut question de l'article 35 et après avoir fait le survol de l'évolution antérieure du droit autochtone, la Cour suprême concluait en 1990 : «Il est donc clair que le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* représente l'aboutissement d'une bataille longue et difficile à la fois dans l'arène politique et devant les tribunaux pour la reconnaissance de droits ancestraux».[55]

---

[53]Doug Saunders, «Prior Claims : Aboriginal People in the Constitution of Canada » in S.M. Beck et I. Bernier, eds., *Canada and the New Constitution*, Montréal, Institute for Research on Public Policy, 1983, 225, aux pp. 232 à 237.

[54]Brian Slattery, «The Constitutional Guarantee of Aboriginal and Treaty Rights» (1983), 8 Queen's L.J. 232, 233; *Proclamation de 1983 modifiant la Constitution*, TR/84-102.

[55]*R. c. Sparrow*, *supra* à la p. 1105.

Cette bataille n'était d'ailleurs pas terminée avec l'arrêt *Sparrow* car il allait falloir établir, entre autres :

- que la protection offerte par l'art. 35 était tout aussi valable pour les droits issus de traité[56] ;

- que la protection accordée aux droits ancestraux était la même à travers le Canada et sans égard à l'application de la *Proclamation royale de 1763* ou au régime colonial antérieur et plus particulièrement que l'absence de reconnaissance explicite du titre aborigène sous le régime français — allégué par le Québec — n'avait pas pu éteindre les droits[57] ;

- qu'il n'était pas nécessaire de prouver un titre aborigène au lieu concerné afin de démontrer le droit ancestral de pratiquer une activité donnée dans un lieu précis[58];

- que le titre aborigène était protégé par l'article 35 dans sa forme complète, c'est-à-dire, un droit d'utiliser et d'occuper de façon exclusive les terres détenues en vertu de ce titre[59].

Tout comme pour les droits énoncés à la Charte, la Cour suprême a voulu donner aux droits autochtones un «sens utile» et elle a expliqué qu'ils représentent plus qu'un simple moyen

---

[56]*R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771.

[57]*R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, 167 à 168 (par. 41) et 170 à 175 (par. 46 à 54). Les arguments traditionnels du gouvernement du Québec sur le régime français étaient de toute façon presque aussi douteux sur le plan historique que son interprétation de la *Proclamation royale* : David Schulze, «L'application de la Proclamation royale de 1763 dans les frontières originales de la province de Québec», *supra* aux pp. 533 à 537.

[58]*Id.* aux pp. 165 à 167 (par. 35 à 39) ; *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101, 116 à 120 (par. 25 à 30).

[59]*Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010.

de défense : «En accordant aux droits ancestraux le statut et la priorité propres aux droits constitutionnels, le Parlement et les provinces ont sanctionné les contestations d'objectifs de principe socio-économiques énoncés dans des textes législatifs, dans la mesure où ceux-ci portent atteinte à des droits ancestraux»[60].

Mais il y a plus : depuis au moins l'arrêt *Calder*, la Cour suprême est confrontée avec un paradoxe apparent. Selon le juge Judson, le titre aborigène est un droit dont la validité ne dépend pas des lois impériales ou coloniales car «il reste que lorsque les colons sont arrivés, les Indiens étaient déjà là, ils étaient organisés en sociétés et occupaient les terres comme leurs ancêtres l'avaient fait depuis des siècles»[61]. Mais comment ces droits antérieurs et originaires d'un système de droit tout à fait différent peuvent-ils être maintenus par des tribunaux chargés d'appliquer les lois de ces «colons»?

Dans *R. c. Van der Peet*, le juge en chef Lamer a repris l'analyse du juge Judson afin d'apporter une solution au problème :

> À mon avis, la doctrine des droits ancestraux existe et elle est reconnue et confirmée par le par. 35(1), et ce pour un fait bien simple: quand les Européens sont arrivés en Amérique du Nord, les peuples autochtones s'y trouvaient déjà, ils vivaient en collectivités sur ce territoire et participaient à des cultures distinctives, comme ils l'avaient fait pendant des siècles. C'est ce fait, par-dessus tout, qui distingue les peuples autochtones de tous les autres groupes minoritaires du pays et qui commande leur statut juridique -- et maintenant constitutionnel -- particulier.
>
> Plus précisément, **le par. 35(1) établit le cadre constitutionnel qui permet de reconnaître que les autochtones vivaient sur le territoire en sociétés distinctives, possédant leurs propres cultures, pratiques et traditions, et de concilier ce fait avec la souveraineté de Sa Majesté**. Les droits substantiels visés par cette disposition doivent être définis à la lumière de cet objet. **Les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) doivent tendre à concilier la préexistence des sociétés autochtones et la souveraineté de Sa Majesté**[62].

---

[60] *R. c. Sparrow, supra* à la p.1110.

[61] *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, *supra* à la p.328.

[62] *R. c. Van der Peet*, *supra* aux pp. 538 à 539 (par. 30 à 31) (souligné dans l'original; nous ajoutons les caractères gras).

Ce qu'il y de plus important et peut-être de plus louable dans l'oeuvre jurisprudentielle de la Cour suprême en droit autochtone pendant la dernière décennie est bien cette tentative de «concilier la préexistence des sociétés autochtones et la souveraineté de Sa Majesté», souveraineté qui dans les faits équivaut à la supériorité numérique et politique de la société non-autochtone[63].

Le but de conciliation permet en plus d'expliquer les plus importants jugements de la Cour suprême sur les droits issus de traité. Peu après que le jugement *R. c. Marshall* ait décidé que l'accusé mi'kmaq avait un droit de pêche commerciale en vertu d'un traité de paix et d'amitié de 1760, un commentateur montréalais écrivait :

> La Cour suprême du Canada a donc accordé des droits de pêche absolus à une communauté en se basant sur un bout de papier datant de 239 ans. Pas étonnant que ça rue dans les brancards...[64]

Par contre, un commentateur de la Nouvelle-Écosse plus sympathique à la cause mi'kmaq se demandait, s'il fallait mettre de côté les traités à cause de leur âge, pourquoi ne pas remettre à la France le Cap-Breton qu'elle avait cédé à la Grande-Bretagne par le Traité de Paris de 1763[65]? Cette question quelque peu ironique met en relief la différence de perception entre la partie autochtone et plusieurs membres de la société dominante : pour les Mi'kmaq les traités de paix et d'amitié conclus avec les Britanniques sont tout aussi constituants du cadre juridique

---

[63]Cependant, des juristes autochtones ont souligné que le moyen choisi par le juge en chef Lamer dans *Van der Peet* pour effectuer cette conciliation tend a figer les droits au moment du contact et à figer ainsi l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones : Russel Lawrence Barsh & James Youngblood Henderson, «The Supreme Court's *Van der Peet* Trilogy : Naive Imperialism and Ropes of Sand» (1997), 42 R.D. McGill 993 ; John Borrows, «The Trickster : Integral to a Distinctive Culture» (1997) 8:2 Forum Constitutionnel 27.

[64]Richard Martineau, «Le passé du présent», *Voir*, 7 octobre 1999, 7.

[65]Silver Donald Cameron, «The Honour And Integrity Of The Crown», *Globe & Mail*, 25 octobre 1999.

et politique dans lequel ils vivent aujourd'hui que les traités entre puissances européennes qui ont fixé les frontières du Canada.

Dans son jugement majoritaire, le juge Binnie a cité la conclusion de fait du juge du procès sur le but poursuivi dans la négociation du traité en litige : «'Les Britanniques voulaient la paix et un environnement sécuritaire pour leurs colons actuels et futurs'»[66] Le juge Binnie a ajouté :

> Il est apparent que les Britanniques considéraient que la question du commerce avec les Mi'kmaq était liée à la paix, comme a affirmé l'expert du ministère public, le D[r] Stephen Patterson, [TRADUCTION] «les gens qui commercent ensemble ne se font pas la guerre, voilà quelle était la théorie». La paix était liée à la capacité des Mi'kmaq de subvenir à leurs besoins sur le plan économique. La famine engendre le mécontentement[67].

La Cour suprême a conclu que les Britanniques avaient obtenu la paix nécessaire à la poursuite de la colonisation en Nouvelle-Écosse par une promesse d'établir des maisons de troc où les Mi'kmaq pourraient apporter le gibier et le poisson. Dans un tel contexte, il aurait été «incompatible avec l'honneur et l'intégrité de la Couronne» de refuser de protéger le droit des Mi'kmaq de chasser et de pêcher à des fins commerciales, ce qui devait faire l'objet de ce troc, que les maisons de troc restent ouvertes ou non[68].

La Cour suprême du Canada avait commencé la décennie en jugeant d'un autre traité de paix et d'amitié de 1760 dans la cause *R. c. Sioui*, décidée en 1990[69]. Dans un jugement unanime écrit par le juge Lamer, la Cour a conclu qu'un document émis aux Hurons de Lorette par le général Murray à la veille de la Capitulation de Montréal avait valeur de traité. Pour la Cour, ce document reflétait une entente pour faire la paix et pour la garantir, entente conclue

---

[66] *R. c. Marshall*, *supra* au par. 23.

[67] *Id.* au par. 25.

[68] *Id.* au par. 52.

[69] *R. c. Sioui*, *supra*.

avec l'intention de créer des obligations mutuellement exécutoires qui seraient solennellement respectées. Quant au but recherché par les Britanniques, le juge Lamer expliquait :

> L'Angleterre désirait aussi s'assurer de l'amitié des nations indiennes en les traitant avec générosité et égards par peur que la sécurité et le développement des colonies et de leurs habitants ne soient compromis par des Indiens atteints d'un sentiment d'inimitié. [...]
>
> ...
>
> Cette politique «généreuse» qu'avaient choisi d'adopter les Britanniques trouvait aussi son expression dans d'autres domaines. La Couronne britannique reconnaissait, en effet, aux Indiens certains droits de propriété sur leurs terres, elle cherchait à établir un commerce avec eux qui s'élèverait au-dessus du niveau de l'exploitation et leur apporterait un juste avantage. Elle leur reconnaissait aussi l'autonomie dans leurs affaires internes, intervenant ainsi le moins possible dans ce domaine[70].

Il aura fallu l'enchâssement dans la *Loi constitutionnelle de 1982* de leurs droits ancestraux et issus de traités pour que les peuples autochtones regagnent les bénéfices de cette reconnaissance de leurs droits de propriété et de leur autonomie que leur avaient promis les Britanniques en 1760.

[70] *Id.* aux pp. 1054-1055.