

Pièce: Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées

Lieu/Partie: Partie III: Québec

Témoign: Jean Leclair

Introduite par: Fanny Wulde,

Infos: avocate de la Commission

Date: MAY 16 2018 P03P02P0301

Initiales

I/D

Pièce no.

63

B17

## FASCICULE 15

# Peuples autochtones et droit constitutionnel

**Jean LECLAIR**

Professeur, Faculté de droit, Université de Montréal

**Michel MORIN**

Professeur, Faculté de droit, Université de Montréal

**À jour au 30 août 2017**

### POINT-CLÉS

1. Les droits ancestraux et issus de traités garantis par la *Loi constitutionnelle de 1982* opèrent comme des boucliers à l'encontre de l'application de lois fédérales et provinciales qui les enfreignent (V. nos 35, 39, 112 à 167).
2. Les droits ancestraux ont été définis comme des activités ou pratiques qui, avant le contact avec les Européens, faisaient partie intégrante du mode de vie particulier du groupe autochtone qui en revendique aujourd'hui l'existence. Malgré leur enracinement dans un passé lointain, les droits ancestraux ne sont pas « figés » dans le temps puisque leur exercice peut épouser une forme moderne (V. nos 35 à 52).
3. Le titre aborigène, quant à lui, confère un droit au territoire lui-même, c'est-à-dire qu'il comprend le droit d'utiliser le territoire détenu en vertu de ce titre pour diverses fins qui ne doivent pas nécessairement être des aspects d'activités ou de pratiques autochtones faisant partie intégrante d'un mode de vie autochtone distinctif (V. nos 52.1 à 61).
4. Un traité est un accord conclu, par l'entremise de leurs représentants dûment autorisés, entre la Couronne et un peuple ou un groupe autochtone. Cet accord comporte des obligations mutuellement exécutoires et il est généralement empreint d'une certaine solennité (V. nos 70 à 83).
5. Les déclarations faites à l'occasion des négociations peuvent être utilisées pour compléter le texte écrit d'un accord, lorsque celui-ci a été signé à une époque où les Autochtones ne parlaient ni ne savaient lire l'anglais (V. nos 71 et 84).

### III. Thèmes chevauchant Charte et fédéralisme

6. Une ambiguïté dans le texte d'un tel accord doit être interprétée d'une manière favorable aux Autochtones. Cela signifie préférer l'interprétation qui concilie le mieux les intérêts des parties et qui correspond au sens qu'elles auraient naturellement donné au texte à l'époque, et ce, tout en veillant à préserver l'intégrité et l'honneur de la Couronne (V. nos 84 à 90).
7. Un droit issu de traité peut être exercé d'une manière moderne si celle-ci constitue l'évolution logique des activités traditionnelles protégées par l'accord (V. nos 89 et 90).
8. La preuve d'un droit ancestral, d'un titre aborigène ou d'un droit issu de traité fait appel à une vaste panoplie de preuves extrinsèques, allant de la tradition orale autochtone à la preuve historique, anthropologique et archéologique, pour n'en citer que quelques-unes (V. nos 49 à 52).
9. Tous ces droits ne sont pas absolus et peuvent être limités par les deux ordres de gouvernement, dans le respect d'un test de justification élaboré par la Cour suprême (V. nos 142 à 168).
10. Les deux ordres de gouvernement, dans l'exercice de leurs compétences législatives respectives, sont en mesure de restreindre les droits constitutionnels reconnus aux peuples autochtones (V. nos 113 à 134 et 164 à 167).

## TABLE DES MATIÈRES

---

### **Introduction : 1**

#### **I. Aperçu historique du statut des peuples autochtones au Québec : 2-34**

##### **A. Le Régime français : 3-11**

1. Traités de paix et alliances : 4-6
2. Occupation unilatérale du territoire : 7-11

##### **B. Le Régime britannique : 12-24**

1. Traités de paix : 13-15
2. La Proclamation royale de 1763 : 16-22
3. Les lois du Canada-Uni : 23-24

##### **C. La Confédération (1867) : 25-29**

1. Le partage des compétences et les Autochtones : 25-26
2. Extension des frontières du Québec : 27-28
3. La Convention de la Baie James (1975) : 29

##### **D. La constitutionnalisation des droits ancestraux et issus de traités (1982) : 30-34**

1. Reconnaissance des droits constitutionnels des peuples autochtones : 30-32
2. Les droits ancestraux et la continuité des ordres juridiques autochtones : 33-34

#### **II. Droits ancestraux et titre aborigène : 35-68**

##### **A. Considérations générales : 35-37**

- B. Droits ancestraux : 38-52
    - 1. Fondement des droits ancestraux et objet de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* : 38-39
    - 2. Caractéristiques générales des droits ancestraux : 40-43
    - 3. Titulaires des droits ancestraux : 43
    - 4. Définition des droits ancestraux : 44-48
    - 5. Problèmes liés à la preuve des droits des peuples autochtones : 49-52
  - C. Titre aborigène : un droit au territoire lui-même : 52.1-61
    - 1. Contenu du titre : considérations générales : 53-55
    - 2. Éléments de preuve nécessaires à l'établissement d'un titre : 56-61
  - D. Droit des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale : 62-65
    - 1. Refus de reconnaître un droit général à l'autonomie gouvernementale : 63
    - 2. Reconnaissance implicite d'un droit limité à l'autonomie gouvernementale : 64
    - 3. Potentialités de la doctrine de la continuité des ordres juridiques : 65
  - E. Réflexions finales au sujet des droits ancestraux et du titre aborigène : 66-68
- III. Droits issus de traités : 69-91**
- A. Caractéristiques générales des traités : 70-79
    - 1. Évolution des traités au fil du temps : 71-74.1
    - 2. Nature *sui generis* des traités : 75-79
  - B. Traités : des ententes *sui generis* : 80-90
    - 1. Conditions de formation d'un traité : 81-83
    - 2. Interprétation des traités : 84-90
  - C. Réflexions finales sur les droits issus de traités : 91
- IV. Résolution des conflits entre droits ancestraux, droits issus de traités et droit étatique : 112-167**
- A. Pouvoir respectif de l'État central et des provinces en matière autochtone : 113-134.2
    - 1. Distinction entre puissance publique et domaine public : 113
    - 2. Partage de la puissance publique en ce qui concerne les différents peuples autochtones du Canada : 114
    - 3. Étendue de la compétence fédérale en matière « d'Indiens et de terres réservées aux Indiens » : 115-118
      - a) *Compétence relative aux questions relatives aux « Indiens »* : 116-116.1
      - b) *Compétence relative aux « terres réservées aux Indiens »* : 117-117.3
      - c) *Compétence relative aux traités signés par les Indiens* : 118

### III. Thèmes chevauchant Charte et fédéralisme

4. Application du droit provincial aux Indiens et aux terres indiennes: 119-134.2
  - a) *Lois provinciales applicables aux Indiens et aux terres de réserve*: 120-134.1
    - (i) Distinction entre lois provinciales d'application spécifique et d'application générale: 121-127
    - (ii) Incorporation des lois provinciales par le moyen de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*: 128-134.1
  - b) *Lois provinciales applicables aux droits ancestraux et aux terres grevées d'un titre aborigène*: 134.2
- B. Restrictions apportées par l'État central et les provinces aux droits ancestraux et issus de traités: 135-167
  1. Extinction des droits ancestraux et issus de traités: 136-141
    - a) *Critères à satisfaire*: 136-138
    - b) *Absence d'extinction des droits ancestraux sous le Régime français*: 139
    - c) *Questions concernant les conséquences du Régime français sur le titre aborigène*: 140
    - d) *Incompatibilité avec la souveraineté de l'État*: 141
  2. Limitation des droits ancestraux et issus de traités: examen du test de justification élaboré par la Cour suprême: 142-167
    - a) *Notions préliminaires*: 142-147.2
    - b) *Atteinte à des droits ancestraux et à des titres aborigènes potentiels*: 148-154
    - c) *Atteinte à des droits ancestraux et à des titres aborigènes démontrés*: 155-163
    - d) *Pouvoir des provinces en matière de restriction des droits ancestraux et issus de traités*: 164-167

**Conclusions générales**: 168

## INDEX ANALYTIQUE

---

### Compétence fédérale

Droits issus des traités, 118  
Indiens et Inuit, 1, 114, 115, 119  
Puissance publique (*imperium*), v. Indiens et Inuit  
Terres réservées aux Indiens, 117-117.3, 119

### Compétence provinciale, 119, 127

Domaine public (*dominium*), 113  
Inconstitutionnalité des lois d'application générale comportant des mesures spécifiques inconstitutionnelles, 124,

*voir aussi* Incorporation des lois provinciales comme normes fédérales  
Lois d'application générale aux Indiens et aux terres réservées aux Indiens, 120, 121, 123  
Inconstitutionnalité de celles portant indirectement atteinte à la compétence fédérale, 125, *voir aussi*  
Incorporation des lois provinciales comme normes fédérales  
Lois d'application générale comportant des dispositions d'application spécifique, 126

- Métis, 1, 114
- Puissance publique (*imperium*), v. Métis
- Situation particulière des provinces de l'Ouest, 142
- Constitutionnalisation des droits ancestraux et issus des traités, 30, *voir aussi* Doctrine de la continuité des ordres juridiques, Doctrine des droits ancestraux
  - Charte canadienne des droits et libertés*, 32
  - Loi constitutionnelle de 1867*, 30
  - Loi constitutionnelle de 1982*
    - Droits existants, 143
    - Droits non absolus, 144, *voir aussi* Limitation des droits ancestraux et issus de traités
- Confédération
  - Cession du territoire de la Baie d'Hudson au Québec, 27
  - Compétence exclusive du Parlement fédéral sur les « Indiens et terres qui leur sont réservées », 25, *voir aussi* Compétence fédérale
  - Compétence exclusive provinciale sur les ressources naturelles, 26, *voir aussi* Compétence provinciale
  - Convention de la Baie James, 29
  - Frontière nordique du Québec, 28
  - Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, 68, 79
  - Doctrine de la continuité juridique des ordres juridiques, 33, 65
  - Doctrine de la protection des compétences exclusives, 132
  - Doctrine des droits ancestraux, 33, 112
  - Droit des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale, 62, 67, *voir aussi* Doctrine de la continuité juridique des ordres juridiques
    - Reconnaissance implicite, 64
    - Refus de reconnaissance, 63
  - Droits ancestraux, 26, 35, 66
    - Absence de caractère universel, 40
    - Collectifs, 41
    - Définition, 43-45
      - Facteurs, 46
    - Exercice moderne, 47
    - Extinction, 135
      - Absence sous le Régime français, 139
      - Compétence fédérale, 137
      - Incompatibilité avec la souveraineté de l'État (et), 141
      - Preuve d'une intention claire et expresse, 136
  - Fondement, 38
  - Hiérarchie en fonction du degré de rattachement au territoire, 37, 48
  - Limitation, 42, 142, 142.1 *voir aussi* Limitation des droits ancestraux et issus de traités
  - Preuve, *voir* Preuve des droits ancestraux
  - Reconnaissance et confirmation, 39
  - Survie, 11
  - Titulaires, 43
  - Violation, 138
  - Droits issus de traités, 26, 69
    - Caractère collectif, 78
    - Exercice sous une forme moderne, 90
    - Extinction, 136, *voir aussi* Droits ancestraux (Extinction)
    - Limitation, *voir* Limitation des droits ancestraux et issus de traités
    - Portée, 91
    - Violation, 138
  - Historique, 2, *voir aussi* Confédération, Constitutionnalisation des droits ancestraux et issus des traités, Régime britannique, Régime français
  - Incorporation des lois provinciales comme normes fédérales, 127-129
    - D'application générale autrement inapplicables, 130
    - D'application générale portant sur les Indiens et non sur les terres réservées aux Indiens, 131, 132
    - Conflit avec les traités (et), 133
    - Conflit de lois (et), 134-134.2
  - Indianité, 116, 116.1
  - Interprétation des traités, *voir aussi* Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones
    - Admissibilité des déclarations faites lors des négociations, 84
    - Favorable aux Autochtones, 87
    - Préservation de l'honneur de la Couronne, 89
    - Principes, 82
    - Recherche de l'intention commune, 86
  - Limitation des droits ancestraux et issus de traités
    - Atteinte compatible avec l'obligation fiduciaire de la Couronne, 144, 147-147.2, 159, 160
    - Intensité de l'obligation, 161
    - Atteinte minimale *prima facie*, 156

### III. Thèmes chevauchant Charte et fédéralisme

- Caractère raisonnable de l'intervention gouvernementale, 162
- Limites intrinsèques à certains droits issus de traités (et), 142.1
- Objectif impérieux et réel, 157-159
- Obligation de consulter et d'accommoder, 148-150, 163
  - Conditions de déclenchement, 151
  - Consentement des Autochtones (importance du), 153.2
  - Étendue et intensité, 153
  - Exemples, 153.1
  - Norme de contrôle, 152
- Par les assemblées législatives provinciales et par le Parlement fédéral, 145, 164-166
- Test, v. atteinte compatible avec l'obligation fiduciaire de la Couronne, atteinte minimale *prima facie*, caractère raisonnable de l'intervention gouvernementale, objectif impérieux et réel
- Peuples autochtones, 36
- Preuve des droits ancestraux, 49
  - Absence de sources autochtones écrites, 50
  - Admissibilité des récits oraux, 51
  - Limites, 52
- Preuve d'un titre aborigène, 56
  - Exclusion des peuples nomades, 61
  - Occupation antérieure à l'affirmation de souveraineté par la Couronne, 57
    - Continue dans le temps, 58
    - Exclusive, 60
    - Physique et juridique, 59
- Régime britannique, 12
  - Lois du Canada-Uni, 24
    - Gestion et création des réserves, 23
  - Proclamation royale de 1763*, 16, 19-22
    - Territoire indien réservé, 17-18
  - Traités de paix avec des peuples autochtones, 13, 15, 71
    - Traité dit de «Murray», 14
- Régime français, 3
  - Occupation unilatérale par les Français, 7
    - Absence de droits reconnus aux Autochtones, 9
    - Commerce des seigneurs avec les Autochtones, 8
  - Statut des Autochtones convertis à la religion catholique, 6, v. aussi missions ou villages de domiciliés
  - Missions ou villages de domiciliés, 10
  - Traités de paix et d'alliance avec les peuples autochtones, 4, 5, 71
- Titre aborigène, 35, 52.1, 66
  - Absence d'extinction sous le Régime français, 140
  - Droit exclusif au territoire lui-même, 53
    - Limite intrinsèque, 55
    - Occupation et utilisation, 54
    - Preuve, *voir* Preuve d'un titre aborigène
  - Extinction, 136, *voir aussi* Droits ancestraux (Extinction)
  - Violation, 138
- Traité, 80
  - Applicabilité du droit des gens aux XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles, 75
  - Capacité des parties, 81
  - Cession de territoire, 73
  - Changement du gouvernement partie au traité, 74.1
  - Définition large, 70, 91
  - Engagements des parties, 82
  - Interprétation, *voir* Interprétation des traités
  - Nature *sui generis*, 70, 73
    - Inapplicabilité des règles du droit contractuel, 77
    - Inapplicabilité du droit international depuis le XIX<sup>e</sup> siècle, 76
  - Objectifs, 72
  - Portée territoriale, 88
  - Solennité, 83

## INTRODUCTION

1. **Brève mise en contexte** – Avec un territoire couvrant près de 10 millions de kilomètres carrés, le Canada est le deuxième plus grand pays du monde. La structure politique canadienne est fédérale, le Canada comptant un gouvernement central, dix gouvernements provinciaux et trois territoires fédéraux, dont un, le Nunavut, est majoritairement composé d'Inuit. Environ 95 % de la population canadienne habite dans les cent premiers kilomètres au nord de la frontière canado-états-unienne. C'est donc dire que le Moyen Nord et le Grand Nord sont avant tout peuplés par les peuples autochtones canadiens. C'est aussi

dans ces régions que se trouvent les ressources naturelles qui, encore aujourd'hui, jouent un rôle essentiel dans l'économie canadienne. Elles sont donc le lieu de sérieux conflits entre développement économique et aspirations autochtones.

Les peuples autochtones du Canada, tels qu'ils sont désignés par la *Loi constitutionnelle de 1982*, composent moins de 3% de la population totale du Canada, soit un peu plus d'un million de personnes. De ce nombre, environ 60% sont des « Indiens » au sens de la *Loi fédérale sur les Indiens* – lesquels sont répartis entre quelque 620 « bandes » –, environ 34% sont Métis – la définition de ces derniers est un sujet de controverse – et environ 6% sont Inuit. Mentionnons également qu'à ce jour, environ 50% de la population autochtone habite en milieu urbain. En outre, l'imbrication étroite des existences autochtones et allochtones – aujourd'hui, un Autochtone sur deux unit son existence à un Allochtone – rend de plus en plus difficile l'identification de ce qui fait l'« authenticité » autochtone. Enfin, les Autochtones canadiens sont situés au bas de toutes les échelles socio-économiques.

Le Canada est une fédération où les pouvoirs exécutifs et législatifs sont réputés avoir été distribués de manière exhaustive entre l'État central et les dix provinces. Sauf en de rares exceptions, la question de l'autonomie gouvernementale autochtone ne s'est pas véritablement posée avant l'enchâssement, dans la *Loi constitutionnelle de 1982*, des « droits ancestraux et issus de traités des peuples autochtones ». Conformément à la constitution fédérale de l'État canadien et à l'interprétation qui lui a été donnée par les tribunaux, les Indiens, les Inuit et les Métis relèvent de l'autorité exclusive du Parlement central.

## **I. APERÇU HISTORIQUE DU STATUT DES PEUPLES AUTOCHTONES AU QUÉBEC**

---

2. **Introduction** – La colonisation du vaste territoire qui va devenir la Nouvelle-France s'est faite en fonction des principes juridiques dominants en Europe du XVI<sup>e</sup> au XVIII<sup>e</sup> siècle. Ceux-ci reconnaissent l'indépendance des peuples autochtones, mais tendent à admettre que les puissances européennes peuvent s'approprier leurs territoires, même si la question est controversée (A). Après la Conquête de 1760, les droits territoriaux des peuples autochtones sont reconnus par la Proclamation royale de 1763, tandis que la souveraineté de la Couronne britannique est tenue pour acquise. En revanche, les autorités coloniales du Québec ne reconnaîtront pas l'existence des droits ancestraux des Autochtones (B). La Confédération de 1867 amorce l'ère de la mise en tutelle des peuples autochtones. Toutefois, dans les années soixante-dix, les conditions imposées lors de l'agrandissement du territoire situé au nord du Québec obligeront les gouvernements fédéral et provincial à négocier avec les Autochtones de la Baie James et du Nunavik (C). Enfin, en 1982, leurs droits sont reconnus dans la Constitution (D).

## A. Le Régime français

3. **Introduction** – Les rois de France ont délivré plusieurs documents autorisant certains de leurs sujets à s'établir en Amérique du Nord et à y exercer une autorité sur leurs compatriotes. Ces documents octroient, notamment, des monopoles commerciaux qui permettent à leurs détenteurs de saisir les biens des Européens qui se seraient rendus sans autorisation dans le territoire décrit – de manière très imprécise – dans l'acte. Le représentant du roi (souvent appelé son « lieutenant ») peut édicter des règles locales et rendre la justice. En ce qui concerne les peuples autochtones, il a le choix entre les assujettir par la force ou négocier des alliances avec eux (1). Il peut également concéder des terres à des sujets français (généralement sous la forme de seigneuries) sans tenir compte de la présence des Autochtones (2). Sans énumérer le détail de chaque document historique, on peut en retenir les caractéristiques suivantes :

### 1. *Traités de paix et alliances*

4. **Possibilité de négocier des traités avec les peuples autochtones**<sup>1</sup> – Dès l'époque du sieur de Roberval (en 1541), le représentant du roi a le choix entre la conquête des peuples autochtones et la négociation d'alliances militaires et commerciales. La conquête fondée sur une juste cause de guerre a toujours été considérée comme une forme légitime d'appropriation du territoire, mais, sur le terrain, la subjugation des Autochtones d'Amérique du Nord n'était pas une option réaliste. En 1603, le roi exige plutôt que les alliances soient respectées tant et aussi longtemps que les Autochtones s'y conforment. Cette politique sera très fréquemment réaffirmée. En 1664, par l'article 29 de l'Édit de création de la Compagnie des Indes occidentales, le roi déclare<sup>2</sup> :

Pourra la dite compagnie traiter de paix et d'alliance en notre nom avec les rois et princes des pays où elle voudra faire ses habitations et commerce, et convenir avec eux des conditions et des traités qui seront par nous approuvés; et en cas d'insulte, leur déclarer la guerre, les attaquer et se défendre par la voie des armes.

Bien que cet édit ait été révoqué en 1674, les principes qu'il réaffirmait en 1664 ont continué à guider la politique française par la suite.

1. Voir à ce sujet Brian SLATTERY, *The Land Rights of Indigenous Canadian Peoples as Affected by the Acquisition of Their Territories*, Saskatoon, University of Saskatchewan Native Law Center, 1979; Sébastien GRAMMOND, *Aménager la coexistence, Les Peuples autochtones et le droit canadien*, Bruxelles, Bruylant/Éditions Yvon Blais, 2003, p. 29-38; Luc HUPPÉ, « L'établissement de la souveraineté européenne au Canada », (2009) 50 *C. de D.* 153; Michel MORIN, « Des nations libres sans territoire? Les Autochtones et la colonisation de l'Amérique française du XVI<sup>e</sup> au XVIII<sup>e</sup> siècle », (2010) 12 *Revue d'histoire du droit international public* 1; Sébastien GRAMMOND, *Terms of Coexistence: Indigenous Peoples and Canadian Law*, Carswell, 2013.
2. « Établissement de la Compagnie des Indes occidentales », *Édits, ordonnances royaux, déclarations et arrêts du Conseil du Roi concernant le Canada*, Québec, E.R. Fréchette, 1854, p. 40.

**5. Conclusion de traités avec les peuples autochtones** – En règle générale, les traités conclus avec les Autochtones ont été négociés conformément à leurs rituels diplomatiques. L'objectif premier de ces ententes était de maintenir ou de rétablir la paix afin de permettre le commerce des fourrures. Compte tenu de ce fait et de la très faible densité de l'occupation française, la question des droits territoriaux des parties n'y est pas abordée. Initiés à Tadoussac en 1603, ils culminent avec la Grande Paix de Montréal de 1701 qui sécurisera l'accès des Français à la région des Grands Lacs et qui mettra fin, dans la vallée du Saint-Laurent, aux raids dévastateurs des Cinq-Nations haudenosaunees ou iroquoises (devenues les Six Nations vers 1715). Seuls les traités conclus de 1665 à 1667 avec les Cinq-Nations utilisent à la fois une terminologie juridique française et des symboles autochtones; les autres contiennent les formules employées habituellement par les Autochtones dans un tel contexte. En 1666, les ratifications de chacune des cinq nations haudenosaunees seront mises par écrit. On peut y lire que ces dernières ont accepté de se soumettre entièrement à l'autorité du roi de France, mais la suite des événements démontrera qu'il s'agit là d'une vue de l'esprit<sup>1</sup>.

1. Michel MORIN, « Des nations libres sans territoire ? Les Autochtones et la colonisation de l'Amérique française du XVI<sup>e</sup> au XVIII<sup>e</sup> siècle », (2010) 12 *Revue d'histoire du droit international public* 1; Sébastien GRAMMOND, *Aménager la coexistence, Les Peuples autochtones et le droit canadien*, Bruxelles, Bruylant/Éditions Yvon Blais, 2003, p. 38-53; Andrée LAJOIE, Jean-Maurice BRISSON, Sylvio NORMAND et Alain BISSONETTE, *Le statut juridique des peuples autochtones au Québec et le pluralisme juridique*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996; Sébastien GRAMMOND, *Terms of Coexistence: Indigenous Peoples and Canadian Law*, Carswell, 2013; Michel MORIN, « Fraternité, souveraineté et autonomie des Autochtones en Nouvelle-France », (2013) 43 (2) R.G.D. 531-598.

**6. Statut des Autochtones convertis à la religion catholique** – Le statut des nouveaux convertis se détériore avec le temps. Initialement, en 1627, le roi précise que les Autochtones convertis à la religion catholique sont considérés comme ses sujets. En 1664, il limite ce droit aux descendants d'Autochtones convertis ou de Français. En 1717, dans la colonie de la Louisiane (qui n'inclut pas la Nouvelle-France), il n'est plus question d'accorder ce statut aux Autochtones. En pratique, les autorités coloniales sont trop dépendantes des alliés autochtones de la France pour tenter de les obliger à respecter les règles du droit public français. Qui plus est, certains juristes français croient que des peuples vaincus ou alliés peuvent être des sujets du roi tout en continuant à vivre selon leurs coutumes. Par ailleurs, il est clair que les Autochtones non convertis ne sont pas des sujets du roi et demeurent indépendants. Ainsi, la conversion à la religion catholique n'a pas de conséquence juridique bien définie<sup>1</sup>. En effet, les autorités françaises respectent les institutions traditionnelles des communautés de néophytes établies dans la vallée du Saint-Laurent. Si elles tentent parfois de modifier ces règles de gouvernement, de manière générale, elles ne pro-cèdent pas de manière unilatérale et obtiennent le consentement des personnes visées.

1. Michel MORIN, « Des nations libres sans territoire ? Les Autochtones et la colonisation de l'Amérique française du XVI<sup>e</sup> au XVIII<sup>e</sup> siècle », (2010) 12 *Revue d'histoire du droit international public* 1, 23-27; Michel MORIN, « Fraternité, souveraineté et autonomie des Autochtones en Nouvelle-France », (2013) 43 (2) R.G.D. 531-598.

## 2. *Occupation unilatérale du territoire*

7. **Implantation des Français** – Le contexte géographique et démographique facilite les relations entre les Autochtones et les Français. En Acadie, l'occupation de marais n'entre pas en conflit avec les activités de chasse et de pêche des Micmacs, des Malécites et des Abénaquis. Dans la vallée du Saint-Laurent, les Iroquoïens rencontrés par Jacques Cartier de 1534 à 1542 ont disparu. Ainsi, au début du XVII<sup>e</sup> siècle, on ne trouve pas d'établissements autochtones permanents en amont de la Côte Nord, même si plusieurs nations autochtones y chassent et y pêchent. En outre, les Innus (appelés Montagnais par les Français) souhaitent la présence de leurs nouveaux alliés. Ceux-ci, fort peu nombreux, les appuient dans leurs opérations militaires contre les Haudenosaunees.

8. **Concession de seigneuries** – Tel que mentionné ci-dessus, les représentants du roi ont le pouvoir de concéder des terres aux Français, généralement sous la forme de seigneuries. À compter de 1676 cependant, cette décision doit être ratifiée par le roi. Les seigneurs concèdent à leur tour des lots aux paysans qui souhaitent s'établir sur leur domaine, moyennant le paiement de redevances annuelles et l'exécution de diverses autres obligations. Les seigneurs sont souvent autorisés à commercer avec les Autochtones qui circulent dans leur seigneurie. D'autres tirent parti des activités de pêche, en particulier sur la Basse-Côte-Nord. Ailleurs, plusieurs seigneuries demeurent très peu développées, surtout à l'intérieur des terres, loin des cours d'eau qui constituent les principales voies de navigation. Les Autochtones continuent d'y chasser et d'y pêcher depuis des générations, en ignorant tout des droits concédés par le roi à un privilégié du régime<sup>1</sup>.

1. Pour une excellente présentation de la conception autochtone du territoire, voir Jean-Paul LACASSE, *Les Innus et le territoire: Innu tipenitamum*, Sillery, Septentrion, 2004.

9. **Absence de droits reconnus aux Autochtones** – Aucune règle du Régime colonial français n'oblige de consulter les Autochtones avant de fonder un établissement ou de concéder une seigneurie. Faut-il en conclure qu'aux yeux des Français, ceux-ci ne détenaient aucun droit sur leurs terres ancestrales? Si l'on entend par là qu'ils ne pouvaient s'adresser aux tribunaux pour obtenir l'annulation d'une concession empiétant sur leurs territoires, la réponse est positive. Néanmoins, il existe des documents juridiques ou administratifs où l'existence de territoires de chasse autochtones est reconnue. Des concessions de seigneuries ont même été annulées pour ménager les susceptibilités des alliés autochtones. Ces annulations étaient fondées sur un édit qui autorisait pareille confiscation lorsqu'aucun établissement n'avait été créé par le seigneur sur sa concession. Les intendants ont également protégé les territoires de chasse contre les empiètements d'autres nations autochtones ou contre ceux de ressortissants français. Si l'on admet que ces peuples conservaient leurs coutumes tout en étant alliés ou sujets du roi, alors leurs droits provenaient de cet ordre juridique autonome. Dans la mesure où les rois de France souhaitaient vivement éviter les conflits avec les Autochtones, on peut en conclure que leurs représentants devaient s'abstenir d'empiéter sur les territoires de leurs alliés ou des nations qui vivaient en paix avec eux. Mais il est certain qu'aucun accord prévoyant une cession de territoire n'a été conclu sous le Régime français<sup>1</sup>.

Par ailleurs, tout au long du Régime français, les gouverneurs, les missionnaires et les explorateurs admettent l'existence de territoires propres aux nations autochtones. Initialement, celles-ci contrôlent l'accès à ces régions et exigent des présents de ceux qui veulent les traverser. Chaque année, leurs chefs décident comment les bandes familiales se déploieront l'hiver dans les zones de chasse de leur nation, appelées « districts », auxquelles ils accèdent en remontant certains cours d'eaux<sup>2</sup>. Toutefois, il est difficile de localiser les endroits décrits dans cette documentation historique et d'établir un lien entre les nations qui y sont mentionnées et les communautés autochtones contemporaines. Néanmoins, dans la mesure où cela peut être fait, ce contrôle territorial constitue l'un des éléments permettant aux tribunaux de reconnaître l'existence d'un titre ancestral<sup>3</sup>.

1. Michel MORIN, « Des nations libres sans territoire ? Les Autochtones et la colonisation de l'Amérique française du XVI<sup>e</sup> au XVIII<sup>e</sup> siècle », (2010) 12 *Revue d'histoire du droit international public* 1, 40-44. Selon Michel Lavoie, les Autochtones de la Nouvelle-France seraient devenus des vassaux du roi de France et auraient perdu de ce fait leurs droits territoriaux, tout en conservant celui de chasser et pêcher durant le bon plaisir du roi (*Le Domaine du roi 1652-1859 Souveraineté, contrôle, mainmise, propriété, possession, exploitation*, Québec, Septentrion, 2010). Une telle vision nous semble incompatible avec les droits collectifs reconnus aux nations autochtones à cette époque.
2. Michel MORIN, « Propriétés et territoires autochtones en Nouvelle-France I – Contrôle territorial et reconnaissance de territoires nationaux », (2013) 43(2-3) *Recherches amérindiennes au Québec* 59-75; Michel MORIN, « Propriétés et territoires autochtones en Nouvelle-France II – La gestion des districts de chasse », (2014) 44(1) *Recherches amérindiennes au Québec* 129-136.
3. Voir *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44 et *infra*, par. 59.

**10. Cas particuliers des missions ou des villages de domiciliés** – Plusieurs Autochtones convertis à la religion catholique sont venus s'établir en Nouvelle-France après avoir subi des revers militaires. Les Hurons-Wendats, les Abénaquis, certains Algonquins et des Haudenosaunees se sont installés près de Québec, de Trois-Rivières et de Montréal. Le roi de France leur a concédé des terres qui devaient généralement être administrées par des missionnaires catholiques ou être placées sous leur supervision. Ne constituant pas toujours des seigneuries, ces missions ont un statut particulier. Mais leurs habitants chassent et pêchent sur de très grandes étendues de territoire, bien au-delà des zones où vivent les Français<sup>1</sup>.

1. Michel MORIN, « Des nations libres sans territoire ? Les Autochtones et la colonisation de l'Amérique française du XVI<sup>e</sup> au XVIII<sup>e</sup> siècle », (2010) 12 *Revue d'histoire du droit international public* 1, 40-44; Michel MORIN, *L'usurpation de la souveraineté autochtone*, Montréal, Boréal, 1997, chap. X.

**11. Survie des droits ancestraux en Nouvelle-France** – La Cour suprême du Canada a décidé que l'absence de reconnaissance formelle des droits ancestraux des peuples autochtones ne saurait constituer une extinction de ceux-ci<sup>1</sup>. Toutefois, il n'est pas absolument certain qu'un titre ancestral puisse être reconnu au Québec sur les anciennes terres de la colonie française<sup>2</sup>.

1. *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, par. 41-54.
2. Voir *infra*, nos 140-141.

## B. Le Régime britannique

12. **Introduction** – Les Britanniques ont eux aussi négocié des traités de paix avec les peuples qui étaient auparavant alliés des Français, sans se préoccuper des conditions dans lesquelles ils devraient cohabiter avec leurs nouveaux partenaires (1). La Proclamation royale de 1763 met en place, à cet égard, certaines balises (2). Au Québec, il faut attendre jusqu'en 1851 pour que de nouveaux territoires soient réservés au profit des Autochtones, dans le but de les protéger contre les empiètements de leurs voisins. Mais ces réserves n'ont rien à voir avec les immenses territoires où ils chassent et pêchent depuis des générations (3). De ce point de vue, le Québec, comme les Maritimes, ont refusé de négocier des accords ou des traités (4).

### 1. Traités de paix

13. **Aperçu général** – Aux termes du traité d'Utrecht (1713), la France cède à la Grande-Bretagne l'Acadie, à l'exception de l'Île du Cap-Breton et de l'Île-du-Prince-Édouard. Les Britanniques fondent alors la colonie de la Nouvelle-Écosse. Ils négocient par la suite des traités de paix avec les Micmacs, les Malécites et les Abénaquis. Avec la défaite définitive des Français, de nouveaux traités sont négociés en 1761<sup>1</sup>. Au Québec, une entente préliminaire est conclue le 30 août 1760 à Oswegatchie, sur la rive nord du Saint-Laurent aux environs de l'actuelle ville de Kingston, entre les forces britanniques et la Fédération des « Sept feux », qui regroupe des Autochtones domiciliés et christianisés. Elle est ratifiée lors d'une conférence solennelle tenue à Kahnawake les 15 et 16 septembre en présence du surintendant des affaires indiennes, de représentants de la confédération haudenosaunee et de ceux des Sept feux. Cet accord a été considéré comme un traité par la Cour d'appel du Québec<sup>2</sup>.

1. Voir notamment *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456.
2. *Côté c. La Reine*, [1993] R.J.Q. 1350, 1369 et 1370 (C.A.), conf. en partie, sans discuter ce point, dans [1996] 3 R.C.S. 139, par. 88.

14. **Le traité dit de «Murray» et l'affaire *Sioui*** – Le 5 septembre 1760, les Hurons-Wendats du village de Lorette, situé près de Québec, rencontrent le brigadier général Murray près de Longueuil. Celui-ci leur délivre un document qui se lit comme suit: [TRADUCTION] « PAR LES PRÉSENTES, nous certifions que le CHEF de la tribu des HURONS, étant venu à moi pour se soumettre au nom de sa nation à la COURONNE BRITANNIQUE et faire la paix, est reçu sous ma protection lui et toute sa tribu; et dorénavant ils ne devront pas être molestés ni arrêtés par un officier ou des soldats anglais lors de leur retour à leur campement de LORETTE; ils sont reçus aux mêmes conditions que les Canadiens, il leur sera permis d'exercer librement leur religion, leurs coutumes et la liberté de commerce avec les Anglais: nous recommandons aux officiers commandant les postes de les traiter gentiment ».

En 1990, la Cour suprême du Canada conclut qu'il s'agit-là de la matérialisation d'une entente conclue immédiatement avant la rédaction du document. Celui-ci constitue donc un

traité au sens de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*<sup>1</sup>. Il s'ensuit que les accusés pouvaient ériger un campement dans un parc provincial conformément à leurs coutumes, même s'ils violaient la réglementation provinciale en agissant de la sorte. Cette décision a suscité une polémique entre les historiens et les juristes<sup>2</sup>.

1. L.R.C. (1985), c. I-5; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025. Notons qu'une version plus complète du document, retrouvée par la suite, parle plutôt de la liberté de commerce avec les garnisons anglaises : David SCHULZE, « The Murray Treaty of 1760 : The Original Document Discovered », [1998] 1 *C.N.L.R.* 1.
2. Denis VAUGEOIS, *La Fin des alliances franco-indiennes, Enquête sur un sauf-conduit de 1760 devenu un traité en 1990*, s.l., Boréal et Septentrion, 1995; David SCHULZE, « Recension de Denis Vaugeois, La fin des alliances franco-indiennes : Enquête sur un sauf-conduit de 1760 devenu un traité en 1990 », (1997) 42 *McGill L.J.* 1045; Denis VAUGEOIS, « Réplique de Denis Vaugeois à David Schulze », (1998) 43 *McGill L.J.* 969; Alain BEAULIEU, « Les Hurons et la Conquête, Un nouvel éclairage sur le "traité Murray" », (2000) 30(3) *Recherches amérindiennes au Québec* 53; Nelson-Martin DAWSON et Éric TREMBLAY, « La preuve historique dans le cadre des procès relatifs au droit autochtone et aux crimes contre l'humanité », (2000) 30 *R.D.U.S.* 377; Michel MORIN, « Les insuffisances d'une analyse purement historique des droits des peuples autochtones », (2003) 57 *R.H.A.F.* 237.

**15. Capacité des Autochtones et des officiers britanniques de conclure un traité** – Dans l'affaire *Sioui*, la Cour suprême du Canada affirme que « tant la Grande-Bretagne que la France considéraient que les nations indiennes jouissaient d'une indépendance suffisante et détenaient un rôle assez important en Amérique du Nord pour qu'il s'avère de bonne politique d'entretenir avec eux des relations très proches de celles qui étaient maintenues entre nations souveraines »<sup>1</sup>. Elle ajoute que « les nations indiennes étaient considérées, dans leurs relations avec les nations européennes qui occupaient l'Amérique du Nord, comme des nations indépendantes »<sup>2</sup>. En outre, « un traité avec les Indiens est un accord *sui generis* qui n'est ni créé ni éteint selon les règles du droit international »<sup>3</sup>. Il s'ensuit que les Hurons et, dans le contexte particulier qui prévalait le 5 septembre 1760, le brigadier général Murray avaient le pouvoir de conclure un traité.

1. *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, 1053-1054.
2. *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, 1054.
3. *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, 1037; voir aussi *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387.

## 2. La Proclamation royale de 1763

**16. Présentation générale**<sup>1</sup> – La Proclamation royale a été adoptée par le roi George III le 7 octobre 1763 en vertu de la prérogative royale reconnue au conquérant par le droit anglais<sup>2</sup>. Elle crée quatre nouvelles colonies (celle du Québec, de la Floride orientale, de la Floride occidentale et de Grenade) en précisant comment elles seront gouvernées. Elle édicte de nouvelles règles qui s'appliquent à l'ensemble des colonies britanniques de l'Amérique du Nord. Elle fixe notamment une limite située à l'ouest et au nord de celles-ci, jusqu'au territoire concédé à la Compagnie de la Baie d'Hudson. Trois régions sont traitées différemment dans le document : le territoire « Indien », situé au nord et à l'ouest des colonies britanniques, les colonies de la Côte atlantique, qui existaient déjà en 1763

### III. Thèmes chevauchant Charte et fédéralisme

(de la Georgie à la Nouvelle-Écosse) et celles qui sont créées par la Proclamation. Afin d'assurer la sécurité de ses colonies, le roi exige que les Nations ou les tribus indiennes qui sont en relation avec lui et qui vivent sous sa protection ne soient pas molestées; elles ne doivent pas davantage être troublées dans la possession des parties des domaines et territoires du roi qui, n'ayant pas été cédées à celui-ci ou achetées par lui, sont réservées aux Autochtones en tant que territoires de chasse.

1. *Proclamation royale (1763)*, reproduite dans L.R.C. (1985), app. II, n° 1. Notons que cette traduction n'a pas de valeur officielle et n'est pas toujours exacte. Dans le texte qui suit, nous avons traduit nous-mêmes les passages cités, pour éviter les contre-sens contenus de la version française.
2. *Campbell c. Hall*, (1774) 98 E.R. 1045.

**17. Le territoire indien** – La Proclamation royale réserve ce territoire aux Autochtones. On peut y lire que le roi détient la souveraineté sur ces terres, qu'elles sont placées sous sa protection et qu'elles relèvent de sa domination, pour le présent et jusqu'à ce que son nouveau plaisir soit connu. Il est interdit aux colons de s'y établir ou d'y acheter des terres, à moins qu'ils n'aient obtenu une autorisation expresse et un permis du roi. Ceux qui s'y sont établis doivent quitter les lieux définitivement. Il est également interdit aux gouverneurs des colonies britanniques d'y concéder des terres. Enfin, la Proclamation édicte des règles concernant le commerce dans ce territoire, ainsi que l'apprehension des fugitifs accusés dans une colonie d'avoir commis un crime, afin qu'ils y soient renvoyés.

**17.1. Rejet de la doctrine de la *terra nullius*** – Fort logiquement, la Cour suprême du Canada conclut que la Proclamation royale a pour effet d'écarter « au Canada » la doctrine du droit international appelée « *terra nullius* (selon laquelle nul ne possédait la terre avant l'affirmation de la souveraineté européenne) »<sup>1</sup>. Néanmoins, la Cour tient pour acquis que seul le régime juridique canadien peut régir l'exploitation du territoire, ce qui revient à nier la normativité autochtone existant au moment de l'affirmation de la souveraineté britannique ou son effectivité à l'heure actuelle<sup>2</sup>.

1. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 69.
2. Voir *infra*, par. 60.1.

**18. Les colonies britanniques** – Après avoir déclaré que, en l'absence de cession ou d'achat, les territoires de chasse des Autochtones leur sont réservés, le roi interdit aux gouverneurs de la Province de Québec et des deux Florides de concéder des terres situées à l'extérieur des frontières de leur colonie. Il poursuit en interdisant aux gouverneurs des autres colonies nord-américaines de concéder des terres situées à l'ouest ou au nord de la ligne de partage des eaux et celles qui, n'ayant pas été cédées au roi ni achetées par lui, sont réservées aux Indiens. Il convient de souligner que ces dernières sont situées à l'intérieur de ces colonies. Là encore, si des colons se sont établis sur ces terres, ils doivent quitter les lieux définitivement. Enfin, pour prévenir les fraudes et les abus commis lors de l'achat des terres des Indiens, il est interdit aux particuliers de négocier directement avec eux. Seul le roi peut se porter acquéreur, au cours d'une assemblée publique présidée par le gouverneur ou le commandant en chef des colonies. Les Indiens doivent y être convoqués s'ils sont « enclins » à céder les terres qui leur sont réservées.

**19. Problème d'interprétation : le cas particulier du Québec** – Les paragraphes précédents ont essayé de présenter de manière plus logique un texte extrêmement alambiqué, dont la portée exacte est discutable. Une première difficulté a fait couler beaucoup d'encre. Dans le cas du Québec et des deux Florides, la Proclamation ne prévoit pas qu'il est interdit au gouverneur de concéder des terres situées à l'intérieur de leur colonie et qui auraient été réservées aux Indiens, alors qu'elle le précise dans le cas des terres des anciennes colonies situées à l'est de la limite fixée par la Proclamation. D'aucuns en ont conclu qu'il n'existait pas de terres réservées à l'intérieur des frontières assignées à la province de Québec en 1763. D'autres ont soutenu qu'une telle interprétation était incompatible avec le document pris dans son ensemble<sup>1</sup>. Initialement, les autorités coloniales ont refusé de concéder des terres dans les régions de la Province de Québec, où les Autochtones chassaient depuis des temps immémoriaux. Elles ont toutefois changé d'opinion en 1787<sup>2</sup>.

1. Pour une présentation du débat et des références, voir Michel MORIN, *L'usurpation de la souveraineté autochtone*, Montréal, Boréal, 1997, chapitre VI; Sébastien GRAMMOND, *Aménager la coexistence, Les Peuples autochtones et le droit canadien*, Bruxelles, Bruylant/Éditions Yvon Blais, 2003, p. 55-63. La Cour suprême du Canada a refusé de trancher cette question dans *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, par. 41.
2. Voir l'étude très complète d'Alain BEAULIEU, « "An Equitable Right to be Compensated" The dispossession of the Aboriginal Peoples of Quebec and the Emergence of a new legal rationale (1760-1860) », (2013) 94 *Canadian Historical Review* 1.

**20. Problème de compréhension : l'arrêt *R. c. Marshall; R. c. Bernard***<sup>1</sup> – Dans cette affaire en provenance des Maritimes, les Autochtones soutenaient que les arbres qu'ils avaient coupés sans autorisation étaient situés sur des terres qui, en 1763, leur étaient réservées par la Proclamation royale, comme toutes les terres non cédées ou non achetées par le roi en Nouvelle-Écosse. La juge en chef McLachlin, avec l'appui de tous ses collègues, rejette cet argument en discutant des trois passages de la Proclamation invoqués par les intimés.

Le premier débute par « Attendu que [...] ». Il place sous la protection du roi les parties de ses domaines et territoires, qui ne [lui] ayant pas été cédées ou n'ayant pas été achetées par [lui], sont réservées aux Autochtones en tant que territoires de chasse. La juge en chef estime que ce passage « s'inscrit dans le préambule » et « ne confère pas de nouveaux droits ». En effet, il ne comprend pas d'expressions telles que « Nous déclarons [...] » ou « Nous enjoignons [...] », ni de référence à des « terres précises »<sup>2</sup>.

Le deuxième passage, qui débute par « Nous déclarons [...] », interdit aux gouverneurs des anciennes colonies de concéder des terres qui, en l'absence de cession ou d'achat par le roi, sont réservées aux Autochtones. La juge en chef écrit alors : « il ne s'agit là que de la répétition du préambule. Ce passage ne crée pas de nouveaux droits sur les terres. C'est ce que confirment le fait qu'on n'emploie pas dans ce passage le libellé clair et direct employé ailleurs pour réserver des terres aux Indiens, et le rapport existant entre ce passage et les dispositions subséquentes de la *Proclamation royale*. Si la *Proclamation royale* avait effectivement réservé presque toute la province de la Nouvelle-Écosse aux Mi'kmaq, l'injonction subséquente faite aux colons de quitter toute terre "également réservée pour lesdits sauvages" aurait eu pour effet d'expulser la totalité des colons de la colonie. Or, la

### III. Thèmes chevauchant Charte et fédéralisme

preuve historique indique que la Nouvelle-Écosse a connu une colonisation substantielle peu après la Proclamation royale»<sup>3</sup>.

Enfin, le troisième passage interdit aux particuliers d'acheter des terres réservées aux Autochtones à l'intérieur des colonies où le roi a permis de faire de nouveaux établissements. Mais « ce libellé peut tout aussi bien faire état de terres nouvellement réservées que de terres antérieurement réservées et ne permet pas de tirer de conclusions définitives dans un sens ou dans l'autre »<sup>4</sup>. Compte tenu de la preuve historique, la juge en chef conclut que le gouvernement britannique entendait coloniser la Nouvelle-Écosse rapidement et que celle-ci n'a pas été réservée aux Indiens<sup>5</sup>.

1. *R. c. Marshall; R. c. Bernard*, 2005 CSC 43, [2005] 2 R.C.S. 220.
2. *R. c. Marshall; R. c. Bernard*, 2005 CSC 43, [2005] 2 R.C.S. 220, par. 90.
3. *R. c. Marshall; R. c. Bernard*, 2005 CSC 43, [2005] 2 R.C.S. 220, par. 92.
4. *R. c. Marshall; R. c. Bernard*, 2005 CSC 43, [2005] 2 R.C.S. 220, par. 93.
5. *R. c. Marshall; R. c. Bernard*, 2005 CSC 43, [2005] 2 R.C.S. 220, par. 95.

**21. Critique** – Cette interprétation semble tenir pour acquis qu'aucune partie du territoire néo-écossais ne constituait un territoire de chasse réservé aux Indiens. Si l'on veut bien admettre que le préambule ne crée pas forcément de droits, il en va tout autrement du deuxième passage résumé ci-dessus qui débute par des termes qui, selon la juge en chef, sont généralement employés pour créer des droits. Il est difficile de voir en quoi l'expression « les terres qui, ne Nous ayant pas été cédées ou n'ayant pas été achetées par Nous, sont réservées aux Autochtones » manque de précision. Il s'agit simplement d'une question de fait. Quant aux colons déjà établis en Nouvelle-Écosse, principalement le long des côtes, ils n'empiètent pas forcément sur les territoires de chasse des Autochtones. En outre, lors des traités de paix, les Autochtones peuvent avoir consenti à leur présence, ce qui constituerait une forme de cession. Enfin, ce passage de la Proclamation vise historiquement les squatters qui ne bénéficient d'aucun titre. Il est difficile de croire qu'en interdisant aux gouverneurs de concéder des terres dans certaines régions, le roi entendait remettre en question les titres de propriété concédés dans le passé.

Si l'on admet que les concessions faites antérieurement ne pouvaient empiéter sur les terres réservées aux Autochtones, les autorités coloniales auraient été tenues de régulariser la situation en négociant une cession. Celle-ci aurait vraisemblablement été facile à obtenir, considérant qu'une petite portion du territoire était en cause. Mais le coût de cette régularisation aurait été beaucoup plus élevé en 2005, sous réserve de la prescription des recours, ce qui explique sans doute la réticence de la Cour à donner leur plein effet aux termes employés dans la Proclamation. Il est également possible qu'elle ait été influencée par le fait que les Autochtones revendiquaient toutes les terres de la colonie néo-écossaise dans le cadre de leur réclamation d'un titre aborigène<sup>1</sup>.

Pourtant, la Proclamation vise à assurer la possession paisible des parties de territoires qui, en l'absence de cession ou d'achat, sont réservées aux Autochtones et constituent leurs terrains de chasse. L'idée de possession et l'expression « leurs » terrains peuvent fort bien être assimilées à la possession exclusive exigée pour qu'un titre aborigène soit reconnu. Dans l'affaire *Marshall*, cette interprétation conduirait au même résultat, mais

la Proclamation royale demeurerait en harmonie avec les autres droits constitutionnels reconnus aux Autochtones, au lieu d'être vidée de sa substance...

1. *R. c. Marshall; R. c. Bernard*, 2005 CSC 43, [2005] 2 R.C.S. 220, par. 79-80.

**22. Autorité subséquente de la Proclamation royale – L'Acte de Québec de 1774** a abrogé la Proclamation royale « dans la mesure où celle-ci est relative à la dite Province de Québec », mais sans modifier les droits se rapportant à une terre, de quelque nature qu'ils soient<sup>1</sup>. La jurisprudence considère que les passages de la Proclamation garantissant les droits des Autochtones ne sont pas visés par cette abrogation<sup>2</sup>. Qui plus est, l'article 25a) de la *Charte canadienne des droits et libertés* inclut la Proclamation parmi les droits et libertés des peuples autochtones du Canada.

1. *Acte de Québec de 1774*, 14 Geo. III, c. 83 (R.-U.), art. III et IV (notre traduction); L.R.C. (1985), app. II, n° 2.
2. Voir notamment *St. Catharines Milling and Lumber Co. v. The Queen*, (1888) 14 App. Cas. 46, 54; *Easterbrook c. The King*, [1931] R.C.S. 210, 215; *Attorney-General of Ontario v. Bear Island Foundation*, [1989] O.J. No. 267, 68 O.R. (2d) 394, 410, conf. sans discuter ce point, [1991] 2 R.C.S. 570 (la procédure de cession de la Proclamation aurait été abrogée, mais pas les droits des Autochtones); *Chippewas of Sarnia Band v. Canada (Attorney General)*, 51 O.R. (3d) 641, [2000] O.J. No. 4804, par. 196-206 (C.A.) (autorisation de pourvoi refusée, [2001] S.C.C.A. No. 63).

### 3. Les lois du Canada-Uni

**23. Gestion et création des réserves** – Les villages concédés sous le Régime français aux Autochtones convertis au catholicisme ont continué de jouir d'une relative autonomie jusqu'en 1850. À cette date, une loi du Canada-Uni confie la gestion de leurs biens à un surintendant<sup>1</sup>. Elle édicte également les règles d'appartenance à la « tribu ». L'année suivante, une loi autorise la création de réserves dans le but de garantir aux Autochtones du Bas-Canada un accès aux ressources fauniques qui sont menacées par les activités des colons<sup>2</sup>. Tous les peuples autochtones de cette province peuvent se prévaloir de la loi, mais les réserves en question sont beaucoup plus petites que leurs territoires de chasse traditionnels.

1. *Acte pour mieux protéger les terres et les propriétés des sauvages dans le Bas-Canada*, S.P.C. 1850, 13-14 Vict., c. 42.
2. *Acte pour mettre à part certaines étendues de terre pour l'usage de certaines tribus de sauvages dans le Bas-Canada*, S.P.C. 1851, 14-15 Vict., c. 106.

**24. Absence de cession de territoire au Québec** – L'ancienne colonie du Haut-Canada, qui allait devenir l'Ontario en 1867, est située dans le territoire indien délimité par la Proclamation royale de 1763. Dans cette région, les autorités coloniales ont systématiquement négocié des accords de cession avant de mettre en branle le processus de colonisation. Vers le milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, ces documents constituent des conventions élaborées où les Autochtones sont confinés à leurs nouvelles réserves, sous réserve d'un droit de chasse et de pêche sur les terres non concédées de la Couronne. En concédant des titres de propriété aux colons, celle-ci obtient les revenus nécessaires au paiement des indemnités prévues

dans le traité. Une pratique semblable mènera à la conclusion de traités numérotés dans les Prairies après 1867, sauf dans la partie continentale de la Colombie-Britannique. Comme dans les provinces maritimes, aucune cession de territoire n'a été obtenue au Québec de 1763 à 1867.

## C. La Confédération (1867)

### 1. *Le partage des compétences et les Autochtones*

25. **Les Indiens et les terres qui leur sont réservées** – Aux termes du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*<sup>1</sup>, le Parlement fédéral détient une compétence exclusive sur les « Indiens et les terres réservées pour les Indiens ». Le terme « Indien » est aujourd'hui aussi englobant que le terme « Autochtone », puisqu'il est réputé inclure, non seulement les « Indiens » au sens de la loi fédérale sur les indiens, mais également les Inuit et les Métis<sup>2</sup>. En revanche, l'expression « terres réservées » ne désigne pas uniquement les réserves créées conformément aux lois antérieures ou postérieures à 1867<sup>3</sup>. Dans les diverses lois qu'il a adoptées en vertu de cette compétence, le Parlement a régi de manière détaillée le statut d'Indien, l'occupation et l'utilisation des terres situées à l'intérieur des réserves, les successions et les régimes d'inaptitude de ceux qui y vivent, la gestion des biens appartenant à une bande ou à certains individus, l'élection des chefs et des conseillers et l'adoption de règlements applicables dans une réserve<sup>4</sup>. Dans le cas des provinces existant en 1867, il n'a toutefois pas légiféré sur les activités traditionnelles de chasse des Autochtones.

1. 1867, 30 & 31 Vict., R.-U., c. 3.
2. Voir *infra*, n° 114.
3. Voir *infra*, n° 117.
4. Voir la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), c. I-5.

26. **Les ressources naturelles** – À l'exception des pêcheries côtières et intérieures<sup>1</sup>, qui relèvent du fédéral, les provinces ont une compétence exclusive sur l'administration et la vente des terres publiques ou des bois et forêts<sup>2</sup>. En outre, elles sont propriétaires des terres, mines et minéraux situées à l'intérieur de leurs frontières, sous réserve des droits acquis par des tiers et des « intérêts autres » que provinciaux existant en 1867<sup>3</sup>. Ces « intérêts autres » incluent les droits ancestraux des Autochtones, ainsi que les droits issus de traités qui ont un caractère foncier<sup>4</sup>.

1. Art. 91(12) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.
2. Art. 92(5) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.
3. Art. 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.
4. Voir *infra*, n° 113.

### 2. *Extension des frontières du Québec*

27. **Les conditions de la cession du territoire de la Baie d'Hudson** – En 1867, la province de Québec est limitée au nord par le territoire de la Compagnie de la Baie d'Hudson. L'année suivante, une loi impériale de 1868 autorise la cession de celui-ci au Canada, à

condition que les deux chambres du Parlement canadien y consentent par voie de résolution<sup>1</sup>. Le décret en conseil impérial qui approuve le transfert a la même autorité qu'une loi impériale<sup>2</sup>. Il prévoit que les gouvernements canadien et impérial devront régler de concert « toute indemnité à payer aux Indiens pour les terres destinées à la colonisation »<sup>3</sup>. Il inclut également la résolution conjointe du Sénat et de la Chambre des communes demandant de procéder à la cession. On peut y lire qu'après celle-ci, « les réclamations des tribus indiennes en compensation pour des terres requises pour des fins de colonisation, seront considérées et réglées conformément aux principes d'équité qui ont uniformément guidé la Couronne Anglaise dans ses rapports avec les aborigènes »<sup>4</sup>.

1. *Acte de la Terre de Rupert, 1868*, 31 & 32 Vict., c. 105 (R.-U.).
2. *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., R.-U., c. 3, art. 146.
3. *Décret en conseil sur la Terre de Rupert et le territoire du Nord-Ouest (1870)*, L.R.C. (1985), app. II, n° 9, art. 14.
4. *Décret en conseil sur la Terre de Rupert et le territoire du Nord-Ouest (1870)*, L.R.C. (1985), app. II, n° 9, Cédule A, p. 9.

28. **Lois de 1898 et de 1912** – La loi de 1898, qui impose la rivière Eastmain comme frontière nordique du Québec, ne contient pas de dispositions portant sur les droits des peuples autochtones<sup>1</sup>. En revanche, la loi fédérale de 1912, qui rattache à la province le territoire situé encore plus au nord, prévoit que la province devra reconnaître « les droits des habitants sauvages » dans cette région « de la même manière que le Gouvernement du Canada a ci-devant reconnu ces droits et obtenu leur remise »<sup>2</sup>. Une cession des droits des Autochtones doit toutefois être approuvée par le gouvernement canadien, qui demeure responsable des affaires autochtones<sup>3</sup>. La législature du Québec a accepté ces conditions<sup>4</sup>.

1. *Loi concernant la délimitation des frontières nord-ouest, nord et nord-est de la province de Québec*, S.C. 1898, c. 3; *Loi concernant la délimitation des frontières nord-ouest et nord-est de la province de Québec*, S.Q. 1898, c. 6.
2. *Loi de l'extension des frontières de Québec*, S.C. 1912, c. 45, art. 2c).
3. *Loi de l'extension des frontières de Québec*, S.C. 1912, c. 45, art. 2d) et e).
4. *Loi concernant l'agrandissement du territoire de la province de Québec par l'annexion de l'Ungava*, S.Q. 1912, 1<sup>ère</sup> sess., c. 7.

### 3. *La Convention de la Baie James (1975)*

29. **Les événements à l'origine de la Convention** – Au début des années soixante-dix, alors que débute le gigantesque chantier de la centrale hydroélectrique de la Baie James, les dispositions de la loi de 1912 reconnaissant les droits des Autochtones sont demeurées lettre morte. Les cris s'adressent donc aux tribunaux. Le 15 novembre 1973, ils obtiennent une injonction interlocutoire ordonnant la cessation des travaux<sup>1</sup>. La Cour d'appel infirme toutefois ce jugement le 21 novembre 1974<sup>2</sup>. La Cour suprême accorde l'autorisation de pourvoi le 28 janvier 1975, mais l'appelante se désiste après la conclusion de la *Convention de la Baie James et du Nord québécois*<sup>3</sup>. Celle-ci est ratifiée par deux lois qui abrogent les dispositions précitées de 1912<sup>4</sup>. La *Convention de la Baie James* a été modifiée à plusieurs reprises par la suite, notamment pour y inclure les Naskapis. Sa mise en œuvre est assurée par de nombreuses lois, fédérales ou provinciales. Elle a été modifiée à plusieurs reprises<sup>5</sup>.

### III. Thèmes chevauchant Charte et fédéralisme

1. *Gros-Louis c. Société de Développement de la Baie James*, [1974] R.P. 38 (C.S.).
2. *Société de Développement de la Baie James c. Kanatewat*, [1975] C.A. 166.
3. *Kanatewat c. Société de Développement de la Baie James*, [1975] S.C.C.A. No. 1.
4. *Loi sur le règlement des revendications des autochtones de la Baie James et du Nord québécois*, S.C. 1976-77, c. 32, art. 3(3) et 7; *Loi approuvant la Convention de la Baie James et du Nord québécois*, L.Q. 1976, c. 46, art. 5.
5. *L'Entente sur la gouvernance dans le territoire d'Eeyou Istchee Baie-James entre les Cris d'Eeyou Istchee Baie-James et le Gouvernement du Québec*, conclue le 24 juillet 2012 constitue la plus récente modification : <[http://www.saa.gouv.qc.ca/relations\\_autochtones/ententes/cris/entente-20120724.pdf](http://www.saa.gouv.qc.ca/relations_autochtones/ententes/cris/entente-20120724.pdf)> (page consultée le 2 août 2012).

#### D. La constitutionnalisation des droits ancestraux et issus de traités (1982)

##### 1. Reconnaissance des droits constitutionnels des peuples autochtones

30. **Vulnérabilité des droits des Autochtones avant 1982** – Sous le régime de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le Parlement canadien avait, avant 1982, pleine compétence pour abroger les droits ancestraux ou issus de traités des peuples autochtones<sup>1</sup>. Jusqu'au début des années soixante-dix, son objectif avoué était d'acculturer les Autochtones afin qu'ils renoncent à leurs droits collectifs et adoptent le mode de vie des autres Canadiens. Par ailleurs, plusieurs juristes ont longtemps tenu pour acquis que les droits de ces peuples devaient absolument provenir d'une loi ou d'un texte ayant force de loi, tel que la Proclamation royale de 1763. Or, en 1973, la Cour suprême se prononce sur l'existence d'un titre « indien » (aussi appelé « aborigène » ou « ancestral ») en Colombie-Britannique. Six des sept juges affirment que la common law reconnaît un tel titre aux Nis'gaas (les demandeurs dans cette affaire). Trois d'entre eux jugent qu'il a toutefois été éteint par des ordonnances coloniales antérieures à l'adhésion de cette colonie à la fédération canadienne. Trois autres juges considèrent que ce titre existait toujours et devait être respecté. Le septième décide que l'action doit être rejetée en raison d'un vice de forme, l'autorisation de poursuivre la Couronne n'ayant pas été obtenue<sup>2</sup>. C'est peu dire qu'après cet arrêt, une grande incertitude entoure l'existence et la portée de ce titre aborigène.

1. Pour les traités : *Sykyea c. The Queen*, [1964] R.C.S. 642; *R. c. George*, [1966] R.C.S. 267; *Daniels c. The Queen*, [1968] R.C.S. 517; pour les droits ancestraux, c., [1980] 1 R.C.S. 294.
2. *Calder c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1973] R.C.S. 313.

31. **La Loi constitutionnelle de 1982<sup>1</sup>** – Le rapatriement de la Constitution canadienne a permis aux Autochtones d'obtenir l'enchâssement de leurs droits. L'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* se lit comme suit<sup>2</sup> :

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 issus 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 traités – visés au paragraphe (1) sont garantis également aux personnes des deux sexes.

Par ailleurs, l'article 35.1 impose aux premiers ministres canadien et provinciaux l'obligation de tenir une conférence constitutionnelle avant de modifier les articles 25, 35 et 35.1, ainsi que l'article 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Les « représentants des peuples autochtones du Canada » doivent être invités à participer à ces travaux<sup>3</sup>. De même, les articles 37 et 37.1 prévoyaient la tenue de trois conférences constitutionnelles (la dernière devant avoir lieu au plus tard le 17 avril 1987) pour étudier les questions intéressant directement les peuples autochtones du Canada, notamment la détermination et la définition de droits devant être inscrits dans la Constitution<sup>4</sup>. En pratique, c'est la reconnaissance de l'autonomie gouvernementale qui a été au cœur des débats, mais aucun accord n'a été conclu.

1. *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11)].
2. Les paragraphes 35(3) et (4) ont été ajoutés aux termes de la *Proclamation de 1983 modifiant la Constitution* (TR/84-102).
3. L'article 35.1 a été ajouté aux termes de la *Proclamation de 1983 modifiant la Constitution* (TR/84-102).
4. L'article 37.1 a été ajouté aux termes de la *Proclamation de 1983 modifiant la Constitution* (TR/84-102).

32. **L'article 25 de la *Charte canadienne des droits et libertés*** – Avec l'adoption de l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, les autochtones auraient pu prétendre qu'ils étaient victimes de discrimination, dans la mesure où ils ne bénéficiaient pas des droits reconnus aux Autochtones par une loi ou par une autre règle de droit. C'est pour parer à cette éventualité que le constituant a adopté l'article 25 de la Charte<sup>1</sup> :

25. Le fait que la présente charte garantit certains droits et libertés ne porte pas atteinte aux droits ou libertés – ancestraux, issus de traités ou autres – des peuples autochtones du Canada, notamment :

aux droits ou libertés reconnus par la proclamation royale du 7 octobre 1763;  
aux droits ou libertés existants issus d'accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis.<sup>2</sup>

1. La portée de cette disposition est très controversée : voir *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483. Notons que les Autochtones ont souvent contesté des règles au motif qu'elles enfreignaient l'article 15; à ce sujet, lire *Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *Lovelace c. Ontario*, 2000 CSC 37, [2000] 1 R.C.S. 950; *Bande et nation indiennes d'Ermineskin c. Canada*, 2009 CSC 9, [2009] 1 R.C.S. 222; *Alberta (Affaires autochtones et développement du Nord) c. Cunningham*, 2011 CSC 37, [2011] 2 R.C.S. 670; voir également Ghislain OTIS, « Élection, gouvernance traditionnelle et droits fondamentaux chez les peuples autochtones du Canada », (2004) 49 *McGill L.J.* 657; Ghislain OTIS, « La gouvernance autochtone avec ou sans la Charte canadienne ? », (2004-2005) 36 *Ottawa L. Rev.* 207. Lire également les excellentes études de Sébastien Grammond, « Disentangling Race and Indigenous Status: The Role of Ethnicity », (2008) 33 *Queen's L.J.* 487; « Discrimination in the Rules of Indian Status and the McIvor Case »,

### III. Thèmes chevauchant Charte et fédéralisme

(2009) 35 *Queen's L.J.* 421; «L'appartenance aux communautés inuit du Nunavik : un cas de réception de l'ordre juridique inuit?», 23 *Can. J.L. & Soc'y* 93 et *Identity Captured by Law: Membership in Canada's Indigenous Peoples and Linguistic Minorities*, Montréal/ Kingston, McGill-Queen's University Press, 2009.

2. L'alinéa 25b) a été remplacé aux termes de la *Proclamation de 1983 modifiant la Constitution* (TR/84-102).

#### 2. *Les droits ancestraux et la continuité des ordres juridiques autochtones*

33. **Reconnaissance des ordres juridiques autochtones en common law** – La doctrine des droits ancestraux n'a pas vu le jour avec l'enchâssement constitutionnel de ces derniers par la voie de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Difficile à définir, on peut tout de même avancer que cette doctrine, élaborée par les juges de common law, s'incarne dans un certain nombre de règles de droit positif dont le droit anglais constitue le point de départ, mais un droit anglais infléchi par les rapports de force – et également par une certaine conception de la justice – qui se sont établis entre les nations autochtones et la Couronne britannique. Dans une de ces acceptions initiales, c'est-à-dire aux termes de la doctrine dite «de la continuité des ordres juridiques», le droit des nations autochtones était reconnu, maintenu en vigueur et mis en application par les tribunaux coloniaux, sous réserve du respect de certains impératifs imposés par la subordination des ordres autochtones au pouvoir souverain colonial<sup>1</sup>. Le droit autochtone faisait donc figure, dans cette perspective, de source formelle de droit, et non simplement de source matérielle<sup>2</sup>.

1. *Connolly v. Woolrich and Johnson*, (1867) 17 R.J.R.Q. 75 (11 L.C.Jur. 197), conf. en appel. Pour une étude des sources formelles du, ou plutôt, des droits autochtones, c'est-à-dire des normes juridiques produites par les Autochtones eux-mêmes par opposition aux règles étatiques qui leur sont applicables, lire John BORROWS, *Canada's Indigenous Constitution*, University of Toronto Press, Toronto, 2010.
2. Ghislain OTIS, «Les sources des droits ancestraux des peuples autochtones», (1999) 40 *C. de D.* 591, 600-602.

34. **Doctrine des droits ancestraux** – Cette doctrine de la continuité a cependant été mise de côté – peut-être à titre temporaire seulement<sup>1</sup> – au profit de la doctrine des droits ancestraux proprement dite, dont les caractéristiques principales sont les suivantes. Cette création des tribunaux de common law a pour objet 1) de définir la nature particulière du rapport de nature constitutionnelle qui existe entre la Couronne et les peuples autochtones (rapport qualifié de «fiduciaire» par opposition à antagonique); 2) de régir les interactions entre les droits reconnus aux peuples autochtones et les couronnes fédérale et provinciales; 3) d'expliquer de quelle manière et dans quelles limites la souveraineté britannique et, par la suite, canadienne, s'est imposée aux peuples autochtones<sup>2</sup>.

Aux termes de cette doctrine, en échange de la paix qu'auraient pu sérieusement troubler les peuples autochtones, la Couronne britannique s'est engagée à protéger ces derniers; elle a accepté de leur reconnaître un droit (vaguement défini) à leurs terres et elle s'est engagée à respecter leurs institutions et leurs coutumes, sauf dans la mesure où celles-ci ont été éteintes par traité ou au moyen d'une loi; elle leur a également reconnu – implicitement à tout le moins – une forme de souveraineté interne, vestige de leur souveraineté

antérieure, sauf dans la mesure où celle-ci a été éteinte par traité ou loi. Enfin, la promesse d'une protection contre toute forme d'abus s'est traduite par l'adoption d'une règle selon laquelle seule la Couronne est autorisée à acheter les terres autochtones. Aucune partie privée ne peut le faire. En outre, aux termes de son obligation fiduciaire, la Couronne se doit de les aliéner ou de les louer dans le meilleur intérêt des autochtones. Son honneur est en jeu dans l'exercice de ce devoir fiduciaire.

La Proclamation royale de 1763 traduisait parfaitement l'ambiguïté de la doctrine des droits ancestraux en reconnaissant d'un même souffle l'existence de « nations » autochtones qui vivent « sous la protection » de la Couronne britannique et a qui a été reconnue « la possession entière et paisible des parties de nos possessions et territoires qui n'ont été ni concédées ni achetées et ont été réservées pour ces tribus ou quelques-unes d'entre elles comme territoires de chasse ». Cette ambiguïté, comme nous le verrons, persiste toujours.

La doctrine des droits ancestraux n'est donc ni parfaitement occidentale ni parfaitement autochtone. Elle est plutôt « une forme de droit intersociétal, découlant de l'évolution de pratiques de longue date liant les diverses collectivités »<sup>3</sup>. Elle se situe donc à la jonction des cultures eurocanadienne et autochtones.

1. Voir *infra*, n° 60.1 et 65.
2. Brian SLATTERY, « Understanding Aboriginal Rights », (1987) 66 *R. du B. can.* 727, 732.
3. *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, par. 42, citant Brian SLATTERY, « The Legal Basis of Aboriginal Title », dans Frank CASSIDY (dir.), *Aboriginal Title in British Columbia: Delgamuukw v. The Queen*, 1992, p. 120 et 121.

## **II. DROITS ANCESTRAUX ET TITRE ABORIGÈNE**

---

### **A. Considérations générales**

**35. Introduction** – Les droits ancestraux, y compris le titre aborigène, ont été interprétés comme reconnaissant aux groupes autochtones qui en font la preuve le droit d'exercer certaines activités, en général sur un territoire donné, ou encore, un droit d'occupation et d'exploitation du territoire lui-même.

Étant de nature constitutionnelle, ces droits, une fois démontrés, ne peuvent faire l'objet d'une intervention législative de quelque nature que ce soit, à moins que cette dernière ne satisfasse à un test de justification développé par les tribunaux.

**36. Identité des peuples autochtones** – Le paragraphe 35(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982* déclare que les « peuples autochtones du Canada » comprennent « notamment des Indiens, des Inuit et des Métis du Canada ».

Alors que la définition d'un « Indien » ou d'un « Inuit » n'a pas posé problème à ce jour, il en va tout autrement de la définition d'un « Métis ». Les Métis sont le fruit de la rencontre postcontact entre Autochtones et Européens. Pour cibler l'identité des communautés pouvant revendiquer le statut de « Métis », la Cour suprême a insisté sur l'objet de la protection visée à l'article 35, soit de protéger « les coutumes et traditions qui, historiquement, consti-

### III. Thèmes chevauchant Charte et fédéralisme

tuai des caractéristiques importantes des communautés métisses avant le moment de la mainmise effective des Européens sur le territoire, et qui le sont toujours aujourd'hui»<sup>1</sup>, c'est-à-dire avant le moment où les Européens «ont effectivement établi leur domination politique et juridique dans une région donnée»<sup>2</sup>. À la lumière de cet objet, la Cour a conclu que les droits ancestraux garantis par l'article 35 étant des droits collectifs, un revendicateur métis devait établir : 1) l'existence d'une communauté métisse historique; 2) que, une fois établie son existence, cette communauté était toujours vivante<sup>3</sup>; 3) il devait lui-même s'identifier comme membre de celle-ci<sup>4</sup>; 4) il devait également faire la preuve de l'existence de liens ancestraux – qui n'ont pas nécessairement à être des liens de sang – entre lui et cette communauté<sup>5</sup>; et, enfin, 5) il était tenu d'établir «qu'il est accepté par la communauté actuelle dont la continuité avec la communauté historique constitue le fondement juridique du droit revendiqué»<sup>6</sup>.

Au Nouveau-Brunswick, la Cour provinciale a rappelé qu'un individu ayant indéniablement des ascendants autochtones ne constituait pas pour autant un Métis, dans la mesure où il n'existait aucune preuve de la présence d'une communauté métisse dotée de ses propres coutumes et traditions<sup>7</sup>. Dans *L'Hirondelle c. Alberta (Sustainable Resource Development)*<sup>8</sup>, la Cour d'appel de l'Alberta a également conclu que la détention d'une carte de membre délivrée par le Metis Settlements General Council ne suffisait pas à établir le statut constitutionnel de l'appelant. La province était en droit de requérir une preuve satisfaisant aux critères énoncés dans l'arrêt *Powley*. Notons que, dans certaines régions des Prairies, il est souvent difficile de satisfaire à ces critères<sup>9</sup>. Au Québec, la Cour supérieure a décidé que, dans la région du Lac Saint-Jean, la mainmise effective de la Couronne sur le territoire a eu lieu entre 1842 et 1850<sup>10</sup>. Elle conclut qu'à cette époque, bien que plusieurs individus aient eu des ascendants autochtones et euro-canadiens, la preuve ne révèle pas l'existence d'une communauté historique métisse identifiable, distincte et homogène, qui aurait partagé des coutumes, des traditions et une identité collective commune<sup>11</sup>. Par conséquent, les défendeurs ne peuvent être considérés comme des Métis, ce qui leur aurait permis d'ériger des bâtiments rudimentaires afin d'exercer un droit ancestral de chasse sur certaines terres du domaine public.

1. *R. c. Powley*, [2003] 2 R.C.S. 207, 2003 CSC 43, par. 18.
2. *R. c. Powley*, [2003] 2 R.C.S. 207, 2003 CSC 43, par. 37.
3. *R. c. Powley*, [2003] 2 R.C.S. 207, 2003 CSC 43, par. 24.
4. *R. c. Powley*, [2003] 2 R.C.S. 207, 2003 CSC 43, par. 31.
5. *R. c. Powley*, [2003] 2 R.C.S. 207, 2003 CSC 43, par. 32.
6. *R. c. Powley*, [2003] 2 R.C.S. 207, 2003 CSC 43, par. 33. Cette condition n'est cependant pas exigée lorsqu'il s'agit de déterminer si une personne métisse est visée par la compétence fédérale sur les Indiens prévue par la *Loi constitutionnelle de 1867* : voir *infra*, par. 114.
7. *Canada c. Vautour*, 2010 NBCP 39, [2010] A.N.-B. no 392, conf. 2015 NBQB 94, [2015] A.N.-B. no 111; *R. c. Caissie*, 2012 NBPC 1, [2012] N.B.J. No. 26; *R. c. Castonguay*, 2012 NBPC 19, [2012] N.B.J. No. 442.
8. 2013 ABCA 12, [2013] A.J. No. 11 (demande d'autorisation d'appeler refusée, 2013 CanLII 35703 (CSC)).
9. *R. c. Hirsekorn*, 2013 ABCA 242, [2013] A.J. No. 697.
10. *Procureur Général du Québec c. Corneau*, [2015] J.Q. no 1026, 2015 QCCS 482, par. 352. Ce jugement a été porté en appel.
11. *Procureur Général du Québec c. Corneau*, [2015] J.Q. no 1026, 2015 QCCS 482, par. 253-265.

**37. Hiérarchisation des droits ancestraux en fonction du degré de rattachement au territoire** – Comme on le verra, les droits ancestraux se déploient sur un spectre variant selon leur degré de rattachement au territoire : à une extrémité du spectre, il y a les droits ancestraux constitués des coutumes, pratiques et traditions faisant partie intégrante du mode de vie distinctif du groupe autochtone qui revendique le droit en question, mais dont l'exercice n'est pas lié à un territoire donné. Au milieu du spectre, on trouve les coutumes, pratiques et traditions faisant partie intégrante du mode de vie distinctif du groupe autochtone qui revendique le droit en question, mais dont l'exercice est étroitement rattaché à une parcelle de terrain particulière. À l'autre extrémité du spectre, il y a le titre aborigène proprement dit. Celui-ci, comme nous le verrons, confère quelque chose de plus que le droit d'exercer des activités spécifiques à un site qui sont des aspects de coutumes, pratiques et traditions de cultures autochtones distinctives<sup>1</sup>. « Ce que le titre aborigène confère, c'est le droit au territoire lui-même. »<sup>2</sup>

Signalons tout de suite que le titre aborigène est une sous-catégorie des « droits ancestraux »<sup>3</sup>.

1. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 138.
2. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 138; voir *infra*, nos 53-54.
3. *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, par. 74.

## **B. Droits ancestraux**

### **1. Fondements des droits ancestraux et objet de l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982**

**38. Fondement des droits ancestraux** – La reconnaissance et la protection des droits ancestraux trouvent leur justification dans l'occupation antérieure du territoire par les peuples autochtones<sup>1</sup>, c'est-à-dire dans le fait 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 »<sup>2</sup>.

Les droits ancestraux se fondent également sur l'organisation sociale antérieure et les cultures distinctives des peuples autochtones. Pour déterminer si le bien-fondé de la revendication d'un droit ancestral a été établi, les tribunaux ne doivent donc pas s'en tenir à l'examen des rapports entretenus par le demandeur autochtone avec le territoire, mais ils doivent également analyser les coutumes, pratiques et traditions de la société à laquelle il appartient et la culture distinctive de cette société : « Ils ne doivent pas se concentrer sur les rapports qu'entretiennent les peuples autochtones avec le territoire au point de négliger les autres facteurs pertinents pour l'identification et la définition des droits ancestraux »<sup>3</sup>.

Contrairement à la Cour suprême du Canada, la Cour suprême des États-Unis n'a pas fondé exclusivement la reconnaissance de droits spécifiques aux Autochtones sur le principe d'une occupation antérieure. Elle a plutôt reconnu les nations autochtones comme des « domestic dependent nations » investies d'un pouvoir souverain limité<sup>4</sup>. Récemment, le plus haut tribunal américain a résumé le droit de la manière suivante : « The powers of Indian tribes are, in general, "inherent powers of a limited sovereignty which has never

### III. Thèmes chevauchant Charte et fédéralisme

been extinguished.” ... Before the coming of the Europeans, the tribes were self-governing sovereign political communities. ... Like all sovereign bodies, they then had the inherent power to prescribe laws for their members and to punish infractions of those laws»<sup>5</sup>. Cette souveraineté limitée est également assujettie au pouvoir plénier du Congrès (« plenary power») sur la personne, les institutions et le droit des nations autochtones<sup>6</sup>.

1. *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, par. 30.
2. *Calder c. Attorney-General of British Columbia*, [1973] R.C.S. 313, 328, cité dans *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, par. 33.
3. *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, par. 74.
4. *Cherokee Nation v. Georgia*, 30 U.S. (5 Pet.) 1 (1831), 17. Voir aussi: *Worcester v. Georgia*, 31 U.S. 530 (1832).
5. *U.S. v. Wheeler*, 435 U.S. 313, 98 Supr. Ct. 1079 (1978), 322-323.
6. *U.S. v. Wheeler*, 435 U.S. 313, 98 Supr. Ct. 1079 (1978), 319.

**39. Objet de l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982** – Cette disposition établit un 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»<sup>1</sup>. Plus spécifiquement, 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»<sup>2</sup>.

Elle procure une protection constitutionnelle aux droits ancestraux des peuples autochtones à l'encontre de mesures attentatoires adoptées par les deux ordres de gouvernement<sup>3</sup>.

Enfin, elle fournit «un fondement constitutionnel solide à partir duquel des négociations ultérieures peuvent être entreprises»<sup>4</sup>.

1. *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, par. 31.
2. *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, par. 31.
3. Pour un exemple d'invalidation d'une disposition provinciale, voir *R. c. Sappier*; *R. c. Gray*, [2006] 2 R.C.S. 686, 2006 CSC 54. Pour un exemple d'invalidation d'une disposition fédérale, voir *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101.
4. *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, 1105.

## 2. Caractéristiques générales des droits ancestraux

**40. Droits «ancestraux» et non droits universels** – À la différence de droits libéraux classiques, les droits ancestraux n'ont pas un caractère universel. Les premiers sont reconnus à tous les êtres humains, ceux-ci étant tous égaux en dignité. En revanche, et quoiqu'ils aient une «portée et une importance égales aux droits inscrits dans la Charte»<sup>1</sup>, les deuxièmes n'en demeurent pas moins l'apanage des seuls Autochtones au sein de la société canadienne: «Les droits ancestraux tirent leur origine du fait que les peuples autochtones sont des autochtones»<sup>2</sup>. En conséquence, la Cour suprême a insisté sur le fait qu'elle a pour tâche «de définir les droits ancestraux d'une manière qui reconnaisse qu'il s'agit bien de droits, mais de droits détenus par les autochtones parce qu'ils sont des autochtones»<sup>3</sup>. Passons rapidement sur le nombre impressionnant de tautologies que ces passages contiennent pour aborder les critères plus précis que la Cour utilise par la suite.

1. *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, par. 19.
2. *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, par. 19.
3. *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, par. 20.

**41. Droits collectifs et non individuels** – Les droits ancestraux sont qualifiés de droits collectifs. En conséquence, « ils doivent être fondés sur l'existence d'une communauté historique toujours vivante et ils ne peuvent être exercés que si la personne qui les revendique appartient à la communauté actuelle, sur le fondement de ses origines ancestrales »<sup>1</sup>.

Le titre aborigène est un « droit foncier collectif, détenu par tous les membres d'une nation autochtone »<sup>2</sup>. Il ne peut donc pas être détenu par un Autochtone en particulier<sup>3</sup>.

Néanmoins, cette dimension collective des droits ancestraux (et issus de traités) ne signifie pas que seule une communauté est en droit de les *exercer* : « [C]ertains droits [ancestraux et issus de traités], bien que la collectivité autochtone en soit titulaire, sont néanmoins exercés par des membres à titre individuel ou attribués à ceux-ci. De tels droits peuvent par conséquent posséder des attributs à la fois collectifs et individuels. Il est possible que des membres de la collectivité possèdent à titre individuel un intérêt acquis dans la protection de ces droits »<sup>4</sup>. On peut penser ici à l'exercice d'un droit de chasse ou de pêche.

Il se peut même, affirme la Cour, « que, lorsque les circonstances s'y prêtent, des membres d'une collectivité puissent être en mesure d'invoquer à titre individuel certains droits ancestraux ou issus de traités »<sup>5</sup>. En *obiter*, le juge LeBel suggère la catégorisation suivante des droits ancestraux et issus de traités : « a) les droits exclusivement collectifs, b) les droits mixtes et c) les droits essentiellement individuels »<sup>6</sup>. Sans vouloir s'avancer trop avant, la Cour résume sa pensée de la façon suivante : « Il suffit de reconnaître qu'en dépit de l'importance cruciale que revêt l'aspect collectif des droits ancestraux et issus de traités, des droits peuvent parfois être attribués à des membres des collectivités autochtones ou exercés par eux sur une base individuelle, ou encore être créés en leur faveur. On pourrait affirmer, de façon générale, que ces droits leur appartiendraient peut-être ou qu'ils comporteraient un aspect individuel malgré leur nature collective »<sup>7</sup>. En l'espèce, quoiqu'elle n'ait pas jugé nécessaire de répondre à la question, la Cour laisse entendre que le plaignant, en tant que titulaire d'un territoire de chasse traditionnellement attribué à son groupe familial, aurait peut-être pu exciper de « droits particuliers » en défense à l'action en responsabilité délictuelle intentée contre lui<sup>8</sup>.

Dans une affaire récente<sup>9</sup>, la Cour suprême – unanime sur cette question – a jugé que la Manitoba Metis Federation avait la qualité requise pour intenter une action visant l'obtention d'un jugement déclarant que la Couronne fédérale avait failli aux obligations constitutionnelles qui lui incombait aux termes de l'article 31 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*<sup>10</sup>. Les procureurs généraux du Canada et du Manitoba soutenaient pourtant que la fédération n'avait aucun intérêt dans le litige puisque la présence de demandeurs individuels démontrait, à l'évidence, qu'il existait une manière raisonnable et efficace de soumettre à la Cour la question en litige. La Cour a rejeté cet argument en prétextant que la demande n'était pas constituée d'une série de demandes de réparations personnelles, mais qu'elle avait plutôt été présentée « au nom du peuple métis »<sup>11</sup>, qu'il s'agissait en réalité d'une « demande collective visant à obtenir un jugement déclaratoire à des fins de récon-

### III. Thèmes chevauchant Charte et fédéralisme

ciliation entre les descendants des Métis de la vallée de la Rivière Rouge et le Canada [...] d'une demande collective fondée sur une promesse qui [...] a[vait] été faite [aux Métis] en contrepartie de la reconnaissance par les Métis de la souveraineté du Canada»<sup>12</sup>. À ce titre, la fédération, en tant qu'«organisme représentant les droits collectifs des Métis», pouvait ester en justice<sup>13</sup>.

1. *R. c. Powley*, [2003] 2 R.C.S. 207, 2003 CSC 43, par. 24.
2. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 115.
3. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 115.
4. *Behn c. Moulton Contracting Ltd.*, 2013 CSC 26, par. 33, [2013] A.C.S. no 26.
5. *Behn c. Moulton Contracting Ltd.*, 2013 CSC 26, par. 33, [2013] A.C.S. no 26.
6. *Behn c. Moulton Contracting Ltd.*, 2013 CSC 26, par. 34, [2013] A.C.S. no 26.
7. *Behn c. Moulton Contracting Ltd.*, 2013 CSC 26, par. 35, [2013] A.C.S. no 26.
8. *Behn c. Moulton Contracting Ltd.*, 2013 CSC 26, par. 36, [2013] A.C.S. no 26.
9. *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] A.C.S. no 14.
10. S.C. 1870, c. 3, reproduite dans L.R.C. (1985), app. II, n° 8.
11. *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, par. 44, [2013] A.C.S. no 14.
12. *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, par. 44, [2013] A.C.S. no 14.
13. *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, par. 44, [2013] A.C.S. no 14.

**42. Droits assujettis à des limites** – Les droits ancestraux ne sont pas «absolus», en ce sens qu'ils ne seraient assujettis à aucune limite imposée par l'un ou l'autre ordre de gouvernement<sup>1</sup>. La Cour suprême a souligné que la doctrine des droits ancestraux n'a jamais remis en question le fait que «la souveraineté et la compétence législative, et même le titre sous-jacent, à l'égard de [d]es terres revenaient à Sa Majesté», c'est-à-dire à l'État dominant<sup>2</sup>.

Il revient donc aux tribunaux de concilier l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* avec les autres composantes de l'ordre constitutionnel canadien, notamment le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui attribue au Parlement central une compétence exclusive à l'égard des «Indiens et des terres réservées aux Indiens». Cette conciliation fait intervenir l'obligation fiduciaire de la Couronne, qui oblige celle-ci à agir dans le meilleur intérêt des Autochtones. Concrètement, cela signifie que toute atteinte à un droit ancestral devra être justifiée : «En d'autres termes, le pouvoir fédéral doit être concilié avec l'obligation fédérale et la meilleure façon d'y parvenir est d'exiger la justification de tout règlement gouvernemental qui porte atteinte à des droits ancestraux»<sup>3</sup>.

Les provinces sont également autorisées à attenter aux droits ancestraux dans la mesure où les moyens utilisés satisfont au test de justification développé par la Cour suprême – que nous examinerons plus loin : «Tant le gouvernement fédéral [...] que les gouvernements provinciaux [...] peuvent porter atteinte à ces droits. Toutefois, le par. 35(1) exige que ces atteintes satisfassent au critère de justification»<sup>4</sup>.

1. *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013, par. 89-92; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533, par. 27.
2. *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, 1103.

3. *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, 1109.
4. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 160; le partage des pouvoirs législatifs découlant de la *Loi constitutionnelle de 1867* n'entrave pas la capacité des provinces d'adopter de telles limites : voir *infra* par. 165.

### 3. Titulaires des droits ancestraux

43. **Des droits appartenant à des collectivités autochtones spécifiques** – Les droits ancestraux n'ayant pas un caractère universel, la question de savoir si un droit existe ou non appellera l'examen de la « situation spécifique » de la collectivité autochtone demanderesse<sup>1</sup>. Comme le soulignait la Cour suprême : « L'existence d'un droit ancestral dépend entièrement des coutumes, pratiques et traditions *de la collectivité autochtone qui revendique le droit*. [...] les intérêts que les droits ancestraux sont censés protéger se rapportent à l'histoire spécifique du groupe qui revendique le droit. Les droits ancestraux n'ont pas un caractère général et universel. Leur portée et leur contenu doivent être déterminés au cas par cas. Le fait qu'un groupe autochtone possède le droit ancestral de faire une chose donnée ne permet pas, à lui seul, d'établir qu'une autre collectivité autochtone a le même droit. »<sup>2</sup> Il n'est pas dit que, là où des Indiens sont concernés, la « bande » sera le seul groupe autorisé à tenter une action. Une « nation » regroupant un certain nombre de bandes a déjà été reconnue comme entité légitime<sup>3</sup>. Voir également ce qui a été dit au paragraphe 41.

1. *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, par. 69.
2. *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, par. 69 (italiques du juge en chef Lamer).
3. *William c. British Columbia*, 2012 BCCA 285, par. 148-154.

### 4. Définition des droits ancestraux

44. **Activités, coutumes ou pratiques culturellement fondamentales** – Les droits ancestraux ont été définis comme suit : « [...] pour constituer un droit ancestral, une activité doit être un élément d'une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit en question »<sup>1</sup>. Pour les raisons évoquées plus loin, la Cour a délaissé l'expression « partie intégrante de la culture distinctive » pour l'expression « partie intégrante du mode de vie » du groupe autochtone qui revendique le droit en question<sup>2</sup>.

1. *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, par. 46.
2. *R. c. Sappier*; *R. c. Gray*, [2006] 2 R.C.S. 686, 2006 CSC 54, par. 40.

45. **Activités, coutumes ou pratiques ancestrales** – Comme c'est le fait que des sociétés autochtones distinctives vivaient sur le territoire *avant* l'arrivée des Européens qui est le fondement des droits ancestraux protégés par le par. 35(1), c'est à cette période antérieure au contact que les tribunaux doivent s'attacher dans l'identification des droits ancestraux<sup>1</sup>.

La situation des Métis à cet égard est légèrement différente. Comme nous l'avons vu, puisque les communautés métisses ont vu le jour après le contact avec les Européens, la Cour suprême a jugé que, dans leur cas, la finalité de l'article 35 était de protéger « les coutumes et traditions qui, historiquement, constituaient des caractéristiques importantes

### III. Thèmes chevauchant Charte et fédéralisme

des communautés métisses avant le moment de la mainmise effective des Européens sur le territoire, et qui le sont toujours aujourd'hui»<sup>2</sup>, c'est-à-dire avant le moment où les Européens « ont effectivement établi leur domination politique et juridique dans une région donnée »<sup>3</sup>.

1. *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, par. 44.
2. *R. c. Powley*, [2003] 2 R.C.S. 207, 2003 CSC 43, par. 18.
3. *R. c. Powley*, [2003] 2 R.C.S. 207, 2003 CSC 43, par. 37.

**46. Facteurs à prendre en considération dans la définition des droits** – Les tribunaux doivent tenir compte du point de vue des Autochtones eux-mêmes dans la détermination du droit revendiqué<sup>1</sup>. Toutefois, comme l'objet de l'article 35 est de concilier la préexistence des sociétés autochtones et la souveraineté de Sa Majesté, il faut garder à l'esprit que le point de vue autochtone « doit être exprimé d'une manière compatible avec l'organisation juridique et constitutionnelle du Canada » et que « les droits ancestraux existent dans les limites du système juridique canadien »<sup>2</sup>.

Les tribunaux « doivent déterminer avec précision la nature de la revendication en cause lorsqu'il décide si le requérant autochtone a établi l'existence d'un droit ancestral »<sup>3</sup>. Toute caractérisation trop générale du droit réclamé sera écartée.

Ainsi, à l'occasion d'une requête pour jugement déclaratoire, la déclaration déposée par les demandeurs doit définir ce qui est en litige avec suffisamment de précision : « L'instruction d'une action ne doit pas ressembler à un voyage perpétuel du *Vaisseau fantôme*, dont l'équipage est condamné à errer sans fin sur les mers, sans destination précise. »<sup>4</sup> Toutefois, la Cour reconnaît qu'une certaine souplesse est de mise :

Il ne convient pas d'appliquer de façon rigide cette règle par ailleurs judicieuse dans des instances longues et complexes comme celle qui nous occupe. Il se peut que la perception de l'affaire par *toutes* les parties soit très différente, après un mois de présentation de la preuve, de ce qu'elle était à l'origine. Lorsque cela s'avère nécessaire, il faut demander l'autorisation de modifier les actes de procédure (déclaration ou défense) pendant le procès. Il existe une abondante jurisprudence sur la procédure relative aux demandes de cette nature et sur leur résultat. Toutefois, en dernière analyse, il ne faut laisser aucun doute au défendeur quant à ce qui est demandé précisément.<sup>5</sup>

La Cour suprême a également déclaré que « pour faire partie intégrante d'une culture distinctive, une coutume, pratique ou tradition doit avoir une importance fondamentale pour la société autochtone concernée »<sup>6</sup>, ce qui signifiait que la coutume, pratique ou tradition « était [...] l'une des choses qui véritablement *faisait de la société ce qu'elle était* »<sup>7</sup>. Elle doit avoir été « au cœur de leur identité »<sup>8</sup>. À l'usage, ce dernier critère s'est avéré trop restrictif et risquait de limiter les revendications autochtones à des pratiques stéréotypées<sup>9</sup>. La Cour a donc insisté sur le fait qu'il fallait comprendre l'article 35 comme ayant pour objet de « protéger des éléments qui font partie intégrante du mode de vie de ces sociétés autochtones, notamment leurs moyens de subsistance traditionnels »<sup>10</sup>. Nul besoin donc de démontrer que la pratique était au cœur de l'identité de la société, c'est-à-dire qu'elle en constituait « le trait distinctif le plus déterminant »<sup>11</sup>. La Cour a toutefois rappelé que

cette référence au « mode de vie » ne devait pas être interprétée comme « une dérogation au critère de la “culture distinctive” énoncé dans *Van der Peet* »<sup>12</sup>. Ainsi, parce qu’un échange sporadique de certains produits issus de la pêche faisait partie du mode de vie ancestral précontact des membres d’un groupe autochtone, il n’en faut pas déduire que ces derniers sont investis d’un droit de faire le commerce du poisson en général<sup>13</sup>. Il faut plutôt se demander si le commerce des ressources halieutiques faisait partie de la culture distinctive du groupe en question.

1. *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, par. 49.
2. *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, par. 49.
3. *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, par. 50.
4. *Bande indienne des Lax Kw’alaams c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 56, [2011] 3 R.C.S. 535, par. 41.
5. *Bande indienne des Lax Kw’alaams c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 56, [2011] 3 R.C.S. 535, par. 45.
6. *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, par. 54.
7. *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, par. 55 (italiques du juge en chef).
8. *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, 2001 CSC 33, par. 12.
9. *R. c. Sappier; R. c. Gray*, [2006] 2 R.C.S. 686, 2006 CSC 54, par. 42-46.
10. *R. c. Sappier; R. c. Gray*, [2006] 2 R.C.S. 686, 2006 CSC 54, par. 40.
11. *R. c. Sappier; R. c. Gray*, [2006] 2 R.C.S. 686, 2006 CSC 54, par. 40.
12. *Bande indienne des Lax Kw’alaams c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 56, [2011] 3 R.C.S. 535, par. 54.
13. *Bande indienne des Lax Kw’alaams c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 56, [2011] 3 R.C.S. 535, par. 53.

**47. Exercice moderne d’un droit ancestral** – Malgré l’enracinement dans un passé lointain des droits reconnus conformément au test développé par la Cour suprême, ceux-ci ne sont pas « figés » dans le temps puisque leur exercice peut épouser une forme moderne<sup>1</sup>. Comme le résume la Cour, « [b]ien qu’il faille examiner la nature de la *pratique* sur laquelle repose la revendication de droit ancestral dans le contexte de la culture distinctive de la collectivité autochtone spécifique avant son contact avec les Européens, la nature du *droit*, quant à elle, doit être dégagée à la lumière des circonstances actuelles »<sup>2</sup>. C’est ainsi que, dans l’affaire *Sappier; Gray*, la Cour a conclu que la *pratique* précolombienne qui consistait à récolter du bois pour la construction d’abris temporaires pouvait fonder un *droit* de récolter du bois, par des moyens modernes, pour la construction d’une habitation moderne<sup>3</sup>.

La Cour suprême a également rappelé que le caractère évolutif du *mode d’exercice* d’un droit ancestral ne devait pas ouvrir la porte à « l’“évolution” de l’*objet* du droit ancestral »<sup>4</sup>. Ainsi, lorsqu’un droit ancestral de faire le commerce du saumon est établi, les titulaires du droit ne sont pas tenus de pêcher en pirogues et peuvent également recourir aux méthodes contemporaines de congélation et de conservation du poisson. Toutefois, l’*objet* du droit n’est pas susceptible d’une telle évolution. La Cour donne l’exemple suivant : « le “droit de recueillir” des baies fondé sur l’époque précontact ne peut “évoluer” jusqu’au droit de “recueillir” du gaz naturel sur le territoire traditionnel »<sup>5</sup>.

1. *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, par. 64; *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, 2001 CSC 33, par. 13; *R. c. Marshall*, [2005] 2 R.C.S. 220, 2005 CSC 43, par. 25 et *R. c. Sappier; R. c. Gray*, [2006] 2 R.C.S. 686, 2006 CSC 54, par. 23, 48-49.

### III. Thèmes chevauchant Charte et fédéralisme

2. *R. c. Sappier; R. c. Gray*, [2006] 2 R.C.S. 686, 2006 CSC 54, par. 48 (italiques du juge Bastarache).
3. *R. c. Sappier; R. c. Gray*, [2006] 2 R.C.S. 686, 2006 CSC 54, par. 48.
4. *Bande indienne des Lax Kw'alaams c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 56, [2011] 3 R.C.S. 535, par. 50.
5. *Bande indienne des Lax Kw'alaams c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 56, [2011] 3 R.C.S. 535, par. 51.

**48. Droits ancestraux et rattachement au territoire** – Comme mentionné plus haut, la nature des droits ancestraux reconnus varie en fonction de leur rattachement au territoire. Un droit ancestral peut exister sans qu'il soit nécessaire de faire la preuve de son rattachement à un territoire donné. Ce peut être le cas, par exemple, d'un droit de faire le commerce d'une ressource donnée ou encore le droit d'échanger une ressource contre de l'argent<sup>1</sup>. Toutefois, comme la Cour le rappelle dans l'arrêt *Mitchell*, « les considérations géographiques sont clairement pertinentes pour déterminer si une activité fait partie intégrante d'une culture dans certains cas au moins, plus particulièrement lorsque l'activité visée est intrinsèquement liée à certaines étendues de territoire »<sup>2</sup>. En règle générale, si l'on se fie à la jurisprudence de la Cour suprême, la reconnaissance d'un droit ancestral suppose la mise en preuve de sa délimitation territoriale<sup>3</sup>. Enfin, comme nous le verrons, le titre aborigène conférant un droit au territoire lui-même, il s'ensuit que le rattachement à un territoire précis est une composante essentielle de toute revendication de titre<sup>4</sup>.

1. *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, par. 33.
2. *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, 2001 CSC 33, par. 56.
3. *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139; *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101; *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, 2001 CSC 33; *R. c. Sappier; R. c. Gray*, [2006] 2 R.C.S. 686, 2006 CSC 54; *R. c. Powley*, [2003] 2 R.C.S. 207, 2003 CSC 43.
4. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *R. c. Marshall; R. c. Bernard*, [2005] 2 R.C.S. 220, 2005 CSC 43.

#### 5. Problèmes liés à la preuve des droits des peuples autochtones

**49. Introduction** – La Cour suprême ayant confiné les droits ancestraux aux pratiques culturelles telles qu'elles existaient antérieurement au contact, et ayant fondé l'existence du titre aborigène sur la preuve d'un contrôle exclusif du territoire revendiqué avant l'affirmation de souveraineté, se pose alors le problème de la mise en preuve de ces pratiques et de ce contrôle<sup>1</sup>.

1. Sur cette question, lire Mary LOCKE MACAULY, *Aboriginal & Treaty Rights Practice*, Toronto, Carswell, 2000, feuilles mobiles, chapitre 9.

**50. Absence de sources autochtones écrites** – Les cultures autochtones étant orales, il n'existe que peu de traces écrites de l'histoire autochtone. Il en résulte l'obligation pour les tribunaux de consulter non seulement la tradition orale autochtone, mais également toute une panoplie d'experts allant des historiens aux anthropologues, des archéologues aux ethnolinguistes, aux archéobotanistes, aux géologues, etc.<sup>1</sup>.

1. Sur cette question, lire Michel MORIN, « Quelques réflexions sur le rôle de l'histoire dans la détermination des droits ancestraux ou issus de traités », (2000) 34 *R.J.T.* 329 (accessible en ligne : <<http://hdl.handle.net/1866/1405>>); Michel MORIN, « Les insuffisances d'une analyse purement historique des droits des peuples autochtones », (2003) 57 *R.H.A.F.* 237 (accessible en ligne : <<http://hdl.handle.net/1866/1408>>); Jean LECLAIR, « Of Grizzlies and Landslides: The Use of Archaeological and Anthropological Evidence in Canadian Aboriginal Rights Cases », (2005) 4 *Public Archaeology* 107 (accessible en ligne : <<http://ssrn.com/abstract=1720059>>).

**51. Admissibilité des récits oraux et assouplissement des règles de preuve traditionnelles** – En l'absence de traces écrites, et malgré qu'ils entrent en conflit avec les règles interdisant le oui-dire, les tribunaux ont donc déclaré admissibles en preuve les récits oraux : « Malgré les problèmes que crée l'utilisation des récits oraux comme preuve de faits historiques, le droit de la preuve doit être adapté afin que ce type de preuve puisse être placé sur un pied d'égalité avec les différents types d'éléments de preuve historique familiers aux tribunaux »<sup>1</sup>. Cet assouplissement des règles de preuve traditionnelles est nécessaire, car agir autrement rendrait « illusoirs » les droits protégés par l'article 35 « en imposant un fardeau de preuve impossible à ceux qui revendiquent cette protection »<sup>2</sup>. En l'absence de cette preuve, les requérants autochtones seraient probablement incapables de faire la preuve de leurs revendications. Ainsi, dans le récent arrêt *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*<sup>3</sup>, la Cour suprême a conclu que les conclusions du juge de première instance quant au contrôle exercé par les requérants sur le territoire revendiqué n'étaient ni arbitraires ni imprécises. Or, il importe de souligner que celles-ci étaient largement fondées sur le témoignage d'aînés relatif à leur mode d'occupation du territoire, mais également au droit *tsilhqot'in* applicable<sup>4</sup>.

1. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 87.
2. *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, 2001 CSC 33, par. 27.
3. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 61.
4. *Tsilhqot'in Nation c. British Columbia*, 2007 BCSC 1700, par. 149, 167, 176, 360, 362, 381, 397, 399, 403, 431-435 et 647.

**52. Limites à l'assouplissement des règles de preuve traditionnelles** – Cet assouplissement des règles de preuve ne doit pas entraîner « l'abandon complet de ces règles »<sup>1</sup>. Une revendication fondée sur l'article 35 doit se fonder sur « une preuve convaincante qui démontre leur validité selon la prépondérance des probabilités »<sup>2</sup>.

Une preuve sera admissible si 1) elle est utile au sens où elle vise à établir l'existence d'un fait pertinent au litige; 2) si elle est raisonnablement fiable. Enfin, 3) une preuve qui répondrait aux deux premiers critères pourra être exclue par le juge de première instance si, dans l'exercice de sa discrétion, il juge que le préjudice qu'elle peut causer l'emporte sur sa valeur probante<sup>3</sup>.

1. *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, 2001 CSC 33, par. 39.
2. *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, 2001 CSC 33, par. 39.
3. *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, 2001 CSC 33, par. 30.

### C. Titre aborigène<sup>1</sup> : un droit au territoire lui-même

52.1. **Considérations procédurales** – En matière de titre aborigène comme en matière de droits ancestraux<sup>2</sup>, la Cour reconnaît la nécessité de faire preuve de souplesse lorsque vient le temps de juger s'il y eu ou non vice de procédure.

En effet, comme « [l]es actes de procédure visent à fournir aux parties et au tribunal un aperçu des allégations importantes et de la réparation sollicitée », lorsqu'ils « permettent l'atteinte de cet objectif, en l'absence d'un préjudice évident, il ne faut pas tenir compte des vices mineurs »<sup>3</sup>. Il en est ainsi puisque « les principes juridiques [en matière autochtone] sont parfois ambigus de prime abord, de sorte qu'il est difficile de formuler la demande avec exactitude »<sup>4</sup> et qu'en ces matières, « la preuve quant à la façon dont le territoire était utilisé peut être incertaine au départ, mais à mesure que la demande progresse, des aînés se manifestent et les services d'experts sont retenus »<sup>5</sup>. Bref, « la question de savoir si le bien-fondé de la revendication d'un titre ancestral est établi sur un territoire n'est pas une affaire de [...] 'tout ou rien' »<sup>6</sup>. Enfin, les litiges autochtones « requièrent une approche qui permet de rendre des décisions fondées sur la meilleure preuve disponible, et non sur ce qu'un avocat a pu envisager quand il a rédigé la demande initiale. L'enjeu n'est rien de moins que la possibilité pour le groupe autochtone et ses descendants d'obtenir justice et la conciliation des intérêts du groupe et de la société en général. Le formalisme à l'égard des actes de procédure ne servirait aucun de ces objectifs. L'intérêt public général commande que les questions relatives aux revendications territoriales et aux droits soient tranchées dans le respect du fond du litige. Ce n'est qu'ainsi que peut se réaliser la conciliation dont notre Cour a fait état dans *Delgamuukw* »<sup>7</sup>.

La même prudence est de mise lorsque les conclusions de fait tirées par un juge de première instance sont remises en question. La Cour suprême rappelle la « tâche colossale » que représente pour le juge de devoir de tirer des conclusions à partir « d'une quantité énorme d'éléments de preuve »<sup>8</sup>. En l'absence d'une erreur manifeste et dominante, les juges d'appel doivent s'abstenir d'intervenir.

1. L'expression « titre aborigène » fut d'abord utilisée pour rendre en français *Aboriginal Title* (*Calder et al. c. Attorney-General of British Columbia*, [1973] R.C.S. 313). L'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982* est cependant venue compliquer les choses. En effet, le paragraphe 35 (1) distingue entre les « peuples autochtones » et les « droits ancestraux », alors qu'en anglais, le même adjectif est utilisé (*Aboriginal Peoples* et *Aboriginal rights*). De 1996 à 2014, la version française des arrêts de la Cour suprême du Canada continue toutefois d'utiliser chacune de ces expressions, soit « peuples autochtones », « droits ancestraux » et « titre aborigène » (voir *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507). En 2014, l'expression « titre ancestral » apparaît. Conceptuellement, cela est préférable, car les francophones sont en droit de s'interroger sur la différence entre les termes « ancestral » et « aborigène », alors qu'il s'agit en réalité d'une simple variation terminologique. En revanche, un changement aussi tardif peut donner l'impression qu'il existe une différence entre le « titre aborigène » et le « titre ancestral », ce qui n'est évidemment pas le cas.
2. Voir *supra* n° 46.
3. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 20.
4. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 21.
5. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 22; voir également le par. 65.

6. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 22.
7. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 23.
8. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 61.

### 1. *Contenu du titre : considérations générales*

53. **Droit au territoire lui-même** – Contrairement aux droits ancestraux dont il n'est qu'une sous-catégorie, le titre aborigène ne garantit pas simplement le droit de faire des activités sur un territoire donné, il confère un « droit au territoire lui-même »<sup>1</sup>.

1. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 138.

54. **Droit exclusif d'occupation et d'utilisation** – Comme l'affirme la Cour suprême dans *Delgamuukw* : « [...] le titre aborigène confère quelque chose de plus que le droit d'exercer des activités spécifiques à un site qui sont des aspects de coutumes, pratiques et traditions de cultures autochtones distinctives. L'existence de droits spécifiques à un site peut être établie même si l'existence d'un titre ne peut pas l'être. Ce que le titre aborigène confère c'est le droit au territoire lui-même »<sup>1</sup>. Plus spécifiquement, « le titre comprend le droit d'utiliser le territoire détenu en vertu de ce titre pour diverses fins qui ne doivent pas nécessairement être des aspects de coutumes, pratiques et traditions autochtones faisant partie intégrante d'une culture autochtone distincte »<sup>2</sup>, « et le droit de bénéficier des avantages que procure cette utilisation »<sup>3</sup>, ce qui signifie « le droit de déterminer l'utilisation des terres, le droit de jouissance et d'occupation des terres, le droit de posséder les terres, le droit aux avantages économiques que procurent les terres et le droit d'utiliser et de gérer les terres de manière proactive »<sup>4</sup>.

C'est donc dire que, contrairement à la revendication d'un droit ancestral dont la portée sera toujours limitée à une activité précontact, la revendication d'un titre pourrait déboucher sur le droit, pour un groupe autochtone, de faire du développement hydroélectrique ou minier, pour ne donner que ces deux exemples. Toutefois, comme le soulignait le juge en chef Lamer dans *Delgamuukw*, « [l]es terres détenues en vertu d'un titre aborigène ne peuvent être transférées, vendues ou cédées à personne d'autre que la Couronne [fédérale], et elles sont par conséquent inaliénables »<sup>5</sup>.

En outre, un titre confère un droit exclusif<sup>6</sup>. Il est opposable à tous, qu'il s'agisse de gouvernements, de non autochtones, ou encore, de membres d'autres nations autochtones<sup>7</sup>. Comme le disait la Cour récemment : « Le droit de contrôler la terre que confère le titre ancestral signifie que les gouvernements et les autres personnes qui veulent utiliser les terres doivent obtenir le consentement des titulaires du titre ancestral. Si le groupe autochtone ne consent pas à l'utilisation, le seul recours du gouvernement consiste à établir que l'utilisation proposée est justifiée en vertu de [l'article 35] »<sup>8</sup>. Ce test de justification sera décrit plus loin. Enfin, il importe de souligner que le titre n'ouvre pas simplement la porte à « un droit de premier refus sur la gestion des terres de la Couronne ou sur les plans de leur utilisation. Il s'agit plutôt du droit d'utiliser et de gérer les terres de façon proactive »<sup>9</sup>.

À la lumière de ce qui précède, compte tenu du fait que, lorsque l'existence d'un titre aborigène a été établi, la Couronne ne conserve pas un intérêt bénéficiaire sur les terres ainsi grevées<sup>10</sup>, quels droits et obligations demeurent entre les mains de la Couronne (fédérale et provinciale)? Ils sont de deux ordres : « une obligation fiduciaire de la Couronne envers les Autochtones à l'égard des terres ancestrales et le droit de porter atteinte au titre ancestral si le gouvernement peut démontrer que l'atteinte est justifiée dans l'intérêt général du public en vertu de [l'article 35] »<sup>11</sup>.

1. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 138.
2. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 117.
3. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 88.
4. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 73.
5. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 113. Maxime ST-HILAIRE souligne qu'à l'origine, cette règle d'inaliénabilité visait à empêcher que des colons tentent de se dérober à la souveraineté de la Couronne, en alléguant s'être procurés des terres ne relevant pas de l'autorité de celle-ci : « *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, bonne décision, mauvaises raisons » (2014) 44 R.G.D. 445, 461.
6. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 110, 118 et 185.
7. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 185.
8. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 76.
9. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 94.
10. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 70.
11. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 71.

**55. Droit frappé d'une limite intrinsèque** – On pourrait croire que le titre aborigène échappe au piège culturaliste qui emprisonne les droits ancestraux dans le cercle étroit des activités culturellement signifiantes pratiquées antérieurement au contact. Il est vrai que le titre, une fois prouvé, permet l'exercice d'activités contemporaines, mais il n'en comporte pas moins la « limite intrinsèque » suivante : « [...] les terres détenues en vertu d'un titre aborigène ne peuvent pas être utilisées d'une manière incompatible avec la nature de l'attachement qu'a le groupe autochtone concerné pour le territoire et qui est à la base de sa revendication du titre aborigène »<sup>1</sup>. Autrement dit, un groupe ayant établi l'existence d'un titre ancestral sur son territoire de chasse traditionnel ne pourra, par exemple, y exploiter une mine à ciel ouvert, car une telle utilisation romprait ce lien organique entre le groupe et son territoire<sup>2</sup>.

La Cour justifie cette limite au motif que c'est la continuité du rapport qu'entretient un groupe avec son territoire traditionnel qui explique l'existence même du titre aborigène<sup>3</sup>. L'occupation du territoire avant l'affirmation de souveraineté est à l'origine du titre, et cette occupation « est définie en fonction des activités qui ont été exercées sur les terres et des utilisations qui ont été faites de celles-ci par le groupe en question »<sup>4</sup>. En outre, cette continuité du rapport au territoire ne s'inscrit pas seulement dans le passé, mais doit aussi perdurer dans l'avenir : « Rien ne devrait empêcher ce rapport de continuer dans le futur. Il s'ensuit que les utilisations des terres qui menaceraient ce rapport futur sont, de par leur nature même, exclues du contenu du titre aborigène »<sup>5</sup>. Plus récemment, la Cour a précisé le sens de ce rapport au futur en affirmant que les « terres ne peuvent pas [...] être aménagées ou utilisées d'une façon qui priverait de façon substantielle les générations futures de leur utilisation »<sup>6</sup>.

Il faut bien admettre que, même si c'est inconscient de la part de la Cour, il y a quelque chose qui tient de l'arrogance impérialiste dans l'obligation faite aux autochtones ne pas utiliser leurs territoires d'une manière attentatoire aux intérêts des générations futures, alors que jamais il ne viendrait à l'esprit des juges de la Cour suprême d'inventer (car cette limite intrinsèque est bel et bien une invention du juge en chef Lamer) une telle limite pour encadrer l'exploitation des sables bitumineux par une multinationale, par exemple.

Rappelons qu'outre cette limite intrinsèque, une autre contrainte s'exerce sur les détenteurs d'un titre ancestral. Comme le soulignait le juge en chef Lamer dans *Delgamuukw*, « [l]es terres détenues en vertu d'un titre aborigène ne peuvent être transférées, vendues ou cédées à personne d'autre que la Couronne [fédérale], et elles sont par conséquent inaliénables »<sup>7</sup>.

1. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 124.
2. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 128.
3. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 128.
4. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 128.
5. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 127.
6. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 74.
7. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 113.

## 2. *Éléments de preuve nécessaires à l'établissement d'un titre*

56. **Fardeau de preuve onéreux** – Comme l'étendue des activités exercées aux termes d'un titre aborigène est plus vaste que celles qui peuvent l'être en vertu d'un droit ancestral, on ne sera pas surpris d'apprendre que l'existence du premier est plus difficile à établir que celle du deuxième. En fait, à ce jour, un seul tribunal a reconnu l'existence d'un titre aborigène. Dans l'affaire *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*<sup>1</sup>, le juge Vickers de la British Columbia Supreme Court a conclu à l'existence d'un titre aborigène, mais a néanmoins rejeté la demande en raison d'un vice de procédure. Infirmée par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique<sup>2</sup>, cette décision a cependant été confirmée par la Cour suprême<sup>3</sup>. Le juge en chef, pour une Cour unanime, a approuvé les conclusions de fond du juge de première instance tout en rejetant ses objections de nature procédurale.

1. [2008] 1 C.N.L.R. 112 (B.C.S.C.).
2. *William v. British Columbia*, 2012 BCCA 285.
3. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44.

57. **Occupation antérieure à l'affirmation de souveraineté par la Couronne** – Comme l'occupation antérieure est au fondement même du titre<sup>1</sup>, « le groupe autochtone qui revendique le titre doit démontrer qu'il occupait les terres en question *au moment où la Couronne a affirmé sa souveraineté sur ces terres* »<sup>2</sup>. La « date du contact » adoptée à l'occasion du contentieux sur les droits ancestraux n'a pas été conservée, puisqu'il aurait été difficile de justifier l'existence d'un titre aborigène grevant le titre sous-jacent appartenant à la Couronne, avant même que cette dernière puisse prétendre s'être appropriée le territoire en question<sup>3</sup>. Or, la Couronne n'a acquis ce titre sous-jacent qu'à compter du moment où elle a affirmé sa souveraineté sur le territoire en question, d'où la nouvelle date charnière.

### III. Thèmes chevauchant Charte et fédéralisme

1. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 126.
2. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 144 (italiques du juge en chef Lamer).
3. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 145.

**58. Occupation continue dans le temps** – Faire la preuve d'une occupation antérieure exclusive n'est pas une mince affaire. Il s'ensuit que la Cour a accepté la production, par un groupe autochtone, au soutien de la revendication d'un titre aborigène, d'éléments de preuve de l'occupation *actuelle* comme preuve d'une occupation antérieure à l'affirmation de la souveraineté<sup>1</sup>. Toutefois, la Cour précise qu'une continuité entre l'occupation antérieure à l'affirmation de la souveraineté et l'occupation actuelle doit être établie, « parce que la période pertinente pour la détermination de l'existence d'un titre aborigène est celle qui a précédé l'affirmation de la souveraineté »<sup>2</sup>.

Il importe de souligner que la preuve de cette continuité ne vaut que si on invoque une occupation actuelle comme preuve d'une occupation antérieure à l'affirmation de la souveraineté. S'il est possible de faire la preuve d'une occupation exclusive à l'époque de l'affirmation de la souveraineté, cette preuve de continuité n'est pas nécessaire. Comme le souligne à bon escient Maxime St-Hilaire, « [l]a continuité d'occupation n'est en rien une condition d'existence du titre ancestral. Seule l'est l'occupation historique (suffisante et) exclusive »<sup>3</sup>.

1. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 152.
2. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 152.
3. Maxime ST-HILAIRE, « *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, bonne décision, mauvaises raisons » (2014) 44 R.G.D. 445, 456.

**59. Occupation suffisante** – La Cour suprême affirmait tout récemment dans l'arrêt *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique* que « [p]our fonder le titre ancestral, l'occupation doit posséder trois caractéristiques : elle doit être *suffisante*, elle doit être *continue* (si l'occupation actuelle est invoquée) et elle doit être *exclusive* »<sup>1</sup>.

Avant cette date, « l'occupation suffisante » à laquelle la Cour suprême faisait référence désignait l'occupation physique du territoire, c'est-à-dire « l'occupation ou l'utilisation régulières de secteurs bien définis du territoire »<sup>2</sup>. Quoique la Cour ait initialement affirmé que le titre aborigène découlait à la fois « de l'occupation antérieure du territoire par les peuples autochtones et du rapport entre la common law et les régimes juridiques autochtones préexistants »<sup>3</sup>, elle a clairement refusé par la suite, dans *R. c. Marshall*; *R. c. Bernard*<sup>4</sup>, de prendre acte de la conception *juridique* de l'occupation entretenue par les groupes autochtones, comme en témoigne son refus d'adopter le raisonnement développé par le juge Cromwell, membre de la formation de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse qui avait rendu jugement dans l'affaire *Marshall*<sup>5</sup>. Comme lui, la Cour suprême était disposée à admettre que le titre aborigène peut découler de l'intention d'occuper le territoire<sup>6</sup>. Elle a cependant catégoriquement rejeté l'idée que l'exigence supplémentaire « d'une utilisation suffisamment régulière et exclusive » des terres visées « n'est pas compatible avec la culture ou le mode de vie semi-nomade des Mi'kmaq »<sup>7</sup>. Il n'est pas nécessaire, à son avis, d'assouplir le « critère habituel » du droit de contrôle exclusif<sup>8</sup>.

Comme toujours dans la tradition de common law, la portée exacte des règles de droit est tributaire des faits. L'arrêt *R. c. Marshall; R. c. Bernard* conclut, dans deux affaires distinctes, que les demandeurs n'ont pas prouvé « l'occupation ou l'utilisation régulières de secteurs bien définis du territoire »<sup>9</sup>. En Nouvelle-Écosse continentale, bien que les Mi'kmaq aient intensivement utilisé les baies, les rivières et des territoires de chasse voisins, la localisation et l'étendue exactes de ces espaces demeurent imprécises. En outre, il est peu probable que ces régions aient englobé la totalité de la partie continentale. Au Cap-Breton, les lieux fréquentés par les Mi'kmaq et la durée de cette occupation demeurent indéterminés. Ces lacunes sont particulièrement graves dans le cas des zones de coupe visées par les accusations dans ces litiges<sup>10</sup>. En définitive, les Mi'kmaq qui se trouvaient dans la partie continentale de la Nouvelle-Écosse au XVIII<sup>e</sup> siècle détiennent probablement un titre aborigène sur les terres entourant leurs communautés, mais non sur les zones de coupe<sup>11</sup>. Au Nouveau-Brunswick, il existe tout au plus une « preuve convaincante [...] [que] la région de la zone de coupe [...] aurait été suffisamment proche pour être utilisée et occupée de façon saisonnière par les Mi'kmaq de la Miramichi », ce qui ne constitue pas aux yeux de la Cour suprême une preuve d'occupation suffisante<sup>12</sup>. Il importe de souligner que, dans ces affaires, la revendication des Mi'kmaq et la preuve produite portaient potentiellement sur une grande partie, voire la totalité, des terres inoccupées au moment de l'affirmation de la souveraineté, plutôt que sur un secteur plus restreint englobant les zones de coupes<sup>13</sup>.

Dans ces conditions, la nature exacte de « l'occupation ou l'utilisation régulière de secteurs bien définis du territoire » demeurait des plus incertaines. S'agissait-il simplement des petites zones entourant les villages ou les sites occupés de manière très régulière pendant des décennies, voire des siècles ? Par exemple, ceux auquel il était possible d'accéder en revenant la même journée au village ? Ou demeurait-il possible d'englober différents sites dans un territoire plus large visé par un titre aborigène ? En théorie, cette dernière possibilité n'était pas exclue<sup>14</sup>. Toutefois, le fait que « tout un chacun pouvait utiliser le territoire et y passer » permettait uniquement de conclure à une « présence ou [...] utilisation occasionnelles », ce qui était insuffisant pour établir un titre aborigène<sup>15</sup>. En outre, il fallait relier très clairement les activités de chasse ou de pêche aux secteurs visés par la revendication.

La Cour suprême a clarifié ces questions dans *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*<sup>16</sup>. Dans cette affaire, le juge de première instance conclut à l'existence d'un titre non seulement sur des villages et des sites régulièrement utilisés pour la récolte de végétaux, mais également sur des territoires plus vastes utilisés régulièrement et exclusivement par les ancêtres des requérants aux fins de chasse, pêche et autres activités. La Cour d'appel, en se fondant sur une interprétation restrictive du critère de « l'occupation ou l'utilisation régulière de secteurs bien définis du territoire », conclut que l'existence d'un titre n'avait pas été démontrée. À l'exception d'un petit nombre de sites, il n'existait pas selon elle de preuve d'une présence régulière sur des parcelles de terres ou d'occupation intensive de celles-ci, malgré la présence de pistes permettant de se déplacer de manière saisonnière dans la plus grande partie du territoire revendiqué<sup>17</sup>. En effet, la localisation des campements ou sites d'hivernation au moment de l'affirmation de la souveraineté n'est connue que dans trois ou quatre cas seulement, même s'il en existe clairement d'autres<sup>18</sup>. Les endroits précis où se

### III. Thèmes chevauchant Charte et fédéralisme

déroulaient la chasse, le piégeage et la pêche demeurent généralement indéterminés, sauf pour quelques sites de pêche. Enfin, seuls certains endroits ont été utilisés intensément à ces fins<sup>19</sup>. En définitive, le juge Groberman reconnaît que les Tsilhqot'in doivent pouvoir chasser et pêcher « [traduction] d'un bout à l'autre de leur territoire traditionnel et avoir le droit d'aller et venir sur les pistes qu'ils ont utilisé depuis des centaines d'années. » Toutefois, le respect de leur culture et de leur tradition n'exige pas la reconnaissance d'un titre aborigène couvrant « toutes les terres sur lesquelles ils se déplaçaient »<sup>20</sup>. En effet, il suffit pour ce faire de leur reconnaître des droits ancestraux<sup>21</sup>. Cette approche rend tout simplement impossible la preuve par un groupe semi-nomade d'un titre aborigène fondée sur la pratique de la chasse dans des régions un tant soit peu étendues.

Fort heureusement, la Cour suprême a infirmé cette décision. Pour comprendre son raisonnement, il convient de souligner certaines distinctions essentielles avec les affaires *R. c. Marshall*; *R. c. Bernard*<sup>22</sup>. En effet, depuis des siècles, « le peuple de la nation Tsilhqot'in vit dans une vallée éloignée entourée de montagnes dans le centre de la Colombie-Britannique »; ses membres y ont « géré des terres pour y récolter des végétaux », chassé, piégé, « repoussé les envahisseurs et imposé des conditions aux marchands européens qui entraient sur leur territoire »<sup>23</sup>. Leur revendication se limite à cinq pour cent de ce qu'ils considèrent comme leur territoire traditionnel, qui est d'ailleurs peu peuplé<sup>24</sup>.

D'une manière qui peut sembler injuste pour les juges de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, la juge en chef Maclachlin affirme que l'interprétation donnée par celle-ci « ne trouve pas d'appui dans la jurisprudence »<sup>25</sup>. Le moins que l'on puisse dire, c'est qu'en exigeant la preuve d'une occupation ou d'une utilisation régulières de secteurs bien définis du territoire, la Cour suprême a ouvert la porte à un tel raisonnement. Néanmoins, la Cour d'appel a négligé l'importance d'autres critères, comme la juge en chef ne manque pas de le rappeler. Il en va ainsi de l'intention du groupe autochtone de détenir les terres revendiquées<sup>26</sup> ou de sa capacité de contrôler l'accès au territoire en accordant des permissions ou en négociant des traités, voire de l'absence de contestation de l'occupation exclusive<sup>27</sup>.

Il s'ensuit qu'aujourd'hui, dans toute analyse de la question du titre ancestral, un « tribunal doit veiller à ne pas perdre de vue la perspective autochtone, ou à ne pas la dénaturer, en assimilant les pratiques ancestrales aux concepts rigides de la common law, ce qui irait à l'encontre de l'objectif qui consiste à traduire fidèlement les droits que possédaient les Autochtones avant l'affirmation de la souveraineté en droits juridiques contemporains équivalents »<sup>28</sup>.

Ainsi, même si un titre ne peut se fonder sur une présence ou une utilisation passagère d'un territoire<sup>29</sup>, lorsque vient le temps de mesurer l'intensité ou la fréquence d'une occupation ou utilisation, il faut cependant tenir compte des caractéristiques du groupe autochtone qui revendique le titre, c'est-à-dire « ses règles de droit, ses pratiques, sa taille, son savoir-faire technologique et la nature de la terre »<sup>30</sup> sur laquelle le titre est revendiqué<sup>31</sup>.

Dans *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, par exemple, « le territoire, bien que vaste, était ingrat et ne pouvait assurer la subsistance que de 100 à 1 000 personnes. Le fait que le groupe autochtone ne comportait qu'environ 400 personnes [devait] être pris en

compte dans le contexte de la capacité d'utilisation du territoire pour déterminer si l'utilisation régulière de secteurs bien définis est établie»<sup>32</sup>. En outre, cette occupation « peut être prouvée par différents faits, allant de la construction de bâtiments à l'utilisation régulière de secteurs bien définis du territoire pour y pratiquer la chasse, la pêche ou d'autres types d'exploitation de ses ressources, en passant par la délimitation et la culture de champs »<sup>33</sup>. Mais cette occupation s'étend également à des terres environnantes qui sont utilisées par le groupe revendicateur et sur lesquelles il exerce un contrôle effectif :

La jurisprudence et la doctrine ne donnent pas à penser que le titre ancestral se limite à certains villages ou à des fermes, comme l'a conclu la Cour d'appel. Au contraire, suivant une approche qui tient compte des particularités culturelles, l'utilisation régulière des terres pour la chasse, la pêche, le piégeage et la cueillette constitue une utilisation 'suffisante' pour fonder un titre ancestral dans la mesure où cette utilisation, eu égard aux faits de l'espèce, révèle une intention de la part du groupe autochtone de détenir ou de posséder les terres d'une manière comparable à celle exigée pour établir l'existence d'un titre en common law.<sup>34</sup>

1. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 25.
2. *R. c. Marshall; R. c. Bernard*, [2005] 2 R.C.S. 220, 2005 CSC 43, par. 70.
3. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 145; voir aussi par 126 et 147.
4. [2005] 2 R.C.S. 220, 2005 CSC 43.
5. *R. v. Marshall*, 2003 NSCA 105.
6. *R. c. Marshall; R. c. Bernard*, [2005] 2 R.C.S. 220, 2005 CSC 43, par. 42 et 76.
7. *R. c. Marshall; R. c. Bernard*, [2005] 2 R.C.S. 220, 2005 CSC 43, par. 77.
8. *R. c. Marshall; R. c. Bernard*, [2005] 2 R.C.S. 220, 2005 CSC 43, par. 77.
9. *R. c. Marshall; R. c. Bernard*, [2005] 2 R.C.S. 220, 2005 CSC 43.
10. *R. c. Marshall; R. c. Bernard*, [2005] 2 R.C.S. 220, 2005 CSC 43, par. 79.
11. *R. c. Marshall; R. c. Bernard*, [2005] 2 R.C.S. 220, 2005 CSC 43, par. 80.
12. *R. c. Marshall; R. c. Bernard*, [2005] 2 R.C.S. 220, 2005 CSC 43, par. 82.
13. Voir *R. c. Marshall; R. c. Bernard*, [2005] 2 R.C.S. 220, 2005 CSC 43, par. 85. Au Nouveau-Brunswick, la revendication initiale portait sur l'ensemble du bassin hydrographique de la rivière Miramichi, ce qui représentait potentiellement la moitié du territoire de la province. Au procès, la revendication a été restreinte à une région plus limitée située au confluent de la rivière Northwest Miramichi et de la rivière Little Southwest Miramichi, les revendications portant sur le reste du bassin de Miramichi étant simplement remises à plus tard : (*R. c. Bernard*, (2003), 262 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 1, 688 A.P.R. 1, 230 D.L.R. (4th) 57, 4 C.E.L.R. (3d) 1, [2003] 4 C.N.L.R. 48, [2003] A.N.-B. no 320 (QL), 2003 NBCA 55), par. 68 et 71.
14. *R. c. Marshall; R. c. Bernard*, [2005] 2 R.C.S. 220, 2005 CSC 43, par. 66.
15. *R. c. Marshall; R. c. Bernard*, [2005] 2 R.C.S. 220, 2005 CSC 43, par. 58-59.
16. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 25.
17. *William c. British Columbia*, [2012] B.C.J. no 1302, 2012 BCCA 285, par. 214-215.
18. *William c. British Columbia*, [2012] B.C.J. no 1302, 2012 BCCA 285, par. 215.
19. *William c. British Columbia*, [2012] B.C.J. no 1302, 2012 BCCA 285, par. 216.
20. *William c. British Columbia*, [2012] B.C.J. no 1302, 2012 BCCA 285, par. 232 (« The Tsilhqot'in must be able to continue hunting and fishing throughout their traditional territory, and to have the right to pass and re-pass over the trails they have used for hundred years. [...] It is not at all clear to me, however, that Tsilhqot'in culture and traditions cannot be fully respected without recognizing Aboriginal title over all of the land on which they roamed »).
21. *William c. British Columbia*, [2012] B.C.J. no 1302, 2012 BCCA 285, par. 234-238.

### III. Thèmes chevauchant Charte et fédéralisme

22. *R. c. Marshall; R. c. Bernard*, [2005] 2 R.C.S. 220, 2005 CSC 43.
23. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 3.
24. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 3.
25. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 56. Injuste, et étonnant, puisque la majorité des auteurs étaient arrivés à la même conclusion que la Cour d'appel : Charlotte A. BELL, « A Corner Turned: Supreme Court of Canada Decisions of the Year Past » (2006) 34(2) *SCLR* 433; Kent McNEIL, « Aboriginal Title in Canada: Site-Specific or Territorial? » en ligne sur SSRN : <<http://ssrn.com/abstract=2294552>>; Paul L.A.H. CHARTRAND, « *R. v. Marshall; R. v. Bernard: The Return of the Native* » (2006) 55 *UNBLJ* 135; Margaret McCALLUM, « After *Bernard* and *Marshall* » (2006) 55 *UNBLJ* 73; Shin IMAI, « The Adjudication of Historical Evidence: A Comment and an Elaboration on a Proposal by Justice LeBel » (2006) 55 *UNBLJ* 146; et Nigel D. BANKES, « *Marshall* and *Bernard*: Ignoring the Relevance of Customary Property Laws » (2006) 55 *UNBLJ* 120. Voir également Maxime ST-HILAIRE, « *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, bonne décision, mauvaises raisons » (2014) 44 R.G.D. 445, 458-459.
26. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 41-42. Aux par. 39-40, la Cour approuve certains propos tenus par le juge Cromwell en Cour d'appel dans l'affaire *R. c. Marshall* (2003 NSCA 105, 218 N.S.R. (2d) 78, par. 135-138), comme elle l'avait fait dans l'arrêt *R. c. Marshall; R. c. Bernard*, [2005] 2 R.C.S. 220, par. 42 et 76.
27. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 48.
28. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 32.
29. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 33.
30. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 41.
31. On peut également lire le passage suivant d'un article de Brian Slattery, cité avec approbation dans *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 149 et repris au par. 35 de *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44 : « il faut tenir compte de la taille, du mode de vie, des ressources matérielles et des habiletés technologiques du groupe concerné, ainsi que de la nature des terres revendiquées » : B. Slattery, 'Understanding Aboriginal Rights' (1987), 66 *R. du B. can.* 727, p. 758 ». Comme le souligne avec justesse John BORROWS, en faisant implicitement référence à l'organisation sociale du groupe concerné, la Cour ne reconnaît-elle pas l'autonomie gouvernementale de celui-ci? : « When a Nation organizes itself over an entire territory, controls and makes decisions about the use of land, and excludes others in accordance to its laws, we should be clear about what we are saying — such a Nation governs itself » : « The Durability of Terra Nullius: *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia* », (2015) 48 *UBC Law Review* 701, 714-715.
32. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 37.
33. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 149, passage repris par la Cour dans *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 37.
34. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 42.

60. **Occupation exclusive** – À cette occupation physique d'un territoire donné antérieurement à l'affirmation de souveraineté par la Couronne s'ajoute la démonstration du caractère exclusif de cette occupation. Ce critère découle de la définition donnée par la Cour au titre ancestral. En effet, seule une occupation exclusive pourrait justifier la reconnaissance d'un droit exclusif d'occupation et d'utilisation<sup>1</sup>.

Dans son appréciation du critère d'exclusivité, un tribunal doit tenir compte à la fois du point de vue autochtone et des principes de common law, mais également du contexte et des caractéristiques de la société autochtone<sup>2</sup>. La conjugaison de ces points de vue a porté la Cour à conclure qu'une occupation exclusive s'entendait « de l'intention et de la capacité

[d'un groupe autochtone] de garder le contrôle exclusif» d'un territoire donné<sup>3</sup>. Plus spécifiquement, sans avoir à démontrer qu'il a effectivement exclu des intrus de son territoire, le groupe doit démontrer qu'il « a exercé un contrôle effectif [...] qui permet raisonnablement de conclure que le groupe pourrait avoir exclu d'autres personnes s'il l'avait voulu »<sup>4</sup>. En conséquence, la Cour a conclu que des « actes d'intrusion isolés ou la présence autorisée d'autres groupes autochtones ne portent pas atteinte à l'exclusivité »<sup>5</sup>. En revanche, l'exclusivité du contrôle peut être démontrée au moyen « d'une preuve démontrant que certains groupes n'avaient accès au territoire qu'avec la permission du groupe revendicateur. Le fait qu'une permission était demandée, et qu'elle était accordée ou refusée, ou que des traités ont été conclus avec d'autres groupes, peut démontrer l'intention et la capacité de contrôler le territoire. Même le fait que l'occupation n'ait jamais été contestée peut permettre de conclure que le groupe avait l'intention et la capacité de contrôler le territoire »<sup>6</sup>.

L'exclusivité n'empêche toutefois pas la reconnaissance d'un titre conjoint à deux groupes autochtones : « [...] il est possible que deux nations autochtones aient vécu sur un territoire particulier, et que chacune ait reconnu les droits de l'autre sur ce territoire, mais pas ceux de personne d'autre »<sup>7</sup>.

1. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 155.
2. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 49.
3. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 156; *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, 2001 CSC 33, par. 57 et *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 47.
4. *R. c. Marshall*; *R. c. Bernard*, [2005] 2 R.C.S. 220, 2005 CSC 43, par. 65.
5. *R. c. Marshall*; *R. c. Bernard*, [2005] 2 R.C.S. 220, 2005 CSC 43, par. 65.
6. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 48.
7. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 158.

**60.1. Le court-circuitage de la normativité autochtone et la reconduction de la doctrine de la *terra nullius* (de la terre vacante)** – Alors que, dans *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, le juge en chef Lamer avait reconnu que la normativité autochtone pouvait être invoquée afin de prouver l'exclusivité de l'occupation<sup>1</sup>, nous avons vu plus tôt<sup>2</sup> que, dans *R. c. Marshall*; *R. c. Bernard*, la Cour suprême a refusé de tenir compte de la normativité autochtone proprement dite dans la définition même du titre ancestral. Pour la juge en chef McLachlin, « [l]'occupation' s'entend de 'l'occupation physique'... »<sup>3</sup>.

Bien que l'arrêt *Nation Tsilhqot'in* soit également consacré, pour l'essentiel, à un examen du contrôle *empirique* exercé par la nation requérante sur son territoire, il n'en reste pas moins que la Cour y a de nouveau renoué avec le besoin de faire appel aux règles de droit autochtones. Ainsi, elle rappelle que « [l]e point de vue des Autochtones est axé sur les *règles de droit*, les pratiques, les coutumes et les traditions du groupe »<sup>4</sup>, et que la preuve de la suffisance de l'occupation « doit procéder d'une approche... qui soit adaptée aux particularités culturelles et qui repose sur les points de vue du groupe autochtone en question — ses *règles de droit*, ses pratiques, sa taille, son savoir-faire technologique et la nature de la terre — ainsi que sur la notion de possession qui établit l'existence d'un titre en common law »<sup>5</sup>. Il n'est pas facile de comprendre en quoi, dans cette décision, les règles de droit autochtones ont permis de mesurer la suffisance de l'occupation. En effet, il semble que,

### III. Thèmes chevauchant Charte et fédéralisme

tout comme dans *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*<sup>6</sup> dont un long passage est cité<sup>7</sup>, cette normativité permet plutôt de faire la démonstration du caractère exclusif du contrôle. Quoi qu'il en soit, la distinction faite par la Cour entre la suffisance de l'occupation et le caractère exclusif de l'occupation nous semble excessivement subtile. En particulier, nous ne voyons pas bien l'intérêt de distinguer entre le rôle que jouent les normes autochtones dans la preuve de l'un ou l'autre de ces deux sous-critères; elle nous semble pertinente dans les deux cas.

La question qui demeure est la suivante : la normativité autochtone voit-elle son rôle limité à faire la *preuve* d'un titre?<sup>8</sup> On pourrait croire que tel soit le cas. En effet, puisque la Cour refuse de recourir à la doctrine de la protection des compétences exclusives au motif que l'exclusion de la réglementation provinciale des forêts « pourrait créer des vides législatifs »<sup>9</sup>, elle est donc d'avis qu'aucun droit autochtone susceptible de combler ce vide n'aurait survécu à l'affirmation de la souveraineté britannique sur le territoire grevé d'un titre.

Cette conclusion soulève toutefois un sérieux problème. En effet, puisque la Cour était d'avis que les Tsilhqot'in possédaient des règles de droit permettant de faire la preuve de l'exclusivité de leur occupation<sup>10</sup>, pourquoi celles-ci auraient-elles cessé d'exister du seul fait de l'affirmation de la souveraineté britannique en 1846 (date réputée de l'affirmation de la souveraineté britannique en Colombie-Britannique)? La simple affirmation d'une souveraineté britannique aurait-elle suffi à faire magiquement disparaître le droit foncier et public tsilhqot'in? Sur le plan empirique, le droit tsilhqot'in n'a pas cessé de s'appliquer en 1846. En fait, comme le témoignage des aînés au procès le prouve, ce droit est toujours bel et bien vivant.

Mais alors, aux yeux de la Cour, quelle est la valeur d'un droit qui s'évanouit du simple fait de l'itération de la volonté impériale? Et avant qu'un droit provincial ou fédéral ne s'applique véritablement à ce territoire, n'est-on pas devant une terre sans maître? En effet, qui peut prétendre être en possession d'un territoire, si aucun droit ne s'y applique? N'y a-t-il pas ici reconduction de la doctrine de la *terra nullius*?

Peut-être, comme le suggère Kent McNeil<sup>11</sup>, faut-il comprendre la jurisprudence comme reconnaissant une dimension externe et interne au titre ancestral. Dans sa dimension externe qui confère un droit exclusif au groupe requérant *opposable aux tiers*, la normativité autochtone constitue un *fait* permettant d'établir ladite exclusivité, mais elle ne contribue pas à définir la notion même de titre ancestral ou même son contenu. En effet, comme le note McNeil, si on lui confiait un tel rôle, le contenu du titre varierait d'un océan à l'autre, puisque les ordres juridiques autochtones ne sont pas identiques. La normativité autochtone serait toutefois applicable au titre ancestral dans sa dimension interne, c'est-à-dire qu'elle régirait les questions relatives à la gestion interne des avantages reconnus aux détenteurs du titre (ex : qui peut se prononcer sur la détermination des activités à exercer sur le territoire grevé d'un titre? qui en seront les bénéficiaires? quels seront les responsabilités et les devoirs des membres de la communauté à l'égard de ces activités? etc.).

Pareille interprétation serait d'autant plus juste qu'elle renouerait, en quelque sorte, avec la doctrine de la continuité des ordres juridiques<sup>12</sup>.

À la décharge de la Cour, il faut bien admettre que les pouvoirs exécutifs, législatifs et judiciaires canadiens ont systématiquement refusé d'envisager ou même de discuter de l'application potentielle des normes autochtones aux allochtones. Il s'agit d'une question d'une grande complexité. En outre, le contenu de ces ordres normatifs autochtones est parfois controversé, de même que l'identité des autorités compétentes pour les interpréter et les appliquer. Dans ces conditions, une décision de Cour suprême du Canada qui rendrait ces règles opposables du jour au lendemain aux allochtones susciterait inévitablement de fortes résistances. Un changement d'une telle importance doit impérativement être négocié et encadré, comme cela a été fait dans certaines conventions modernes<sup>13</sup>. Cependant, la volonté politique d'agir a fait jusqu'ici défaut, sauf dans quelques régions très éloignées des zones de peuplement allochtones. Dans ces conditions, même si on peut sympathiser avec le malaise des juges, on ne saurait reprocher aux Autochtones de se tourner vers la Cour suprême du Canada afin de tenter de provoquer un déblocage.

Enfin, dans *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, la juge McLachlin a affirmé que « [l]a doctrine de la *terra nullius* (selon laquelle nul ne possédait la terre avant l'affirmation de la souveraineté européenne) ne s'est jamais appliquée au Canada... »<sup>14</sup> On peut en douter puisque, aux termes de l'interprétation donnée jusqu'ici par la Cour suprême à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, faute pour un groupe de faire la preuve empirique d'un titre ou d'un droit ancestral, il faut présumer que le droit de ce groupe ne s'est *jamais* appliqué sur le territoire ou, à tout le moins, qu'il ne mérite pas d'être reconnu par le droit euro-canadien. La première conclusion est empiriquement absurde et la deuxième, il faut bien le dire, fleure le racisme.

1. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 148 et 157 : « En outre, j'ai déclaré que le point de vue des autochtones sur l'occupation des terres peut être dégagé en partie, mais pas exclusivement, de leurs règles de droit traditionnelles parce que ces règles étaient des éléments des coutumes, pratiques et traditions des peuples autochtones [...]. Il s'ensuit que si, au moment de l'affirmation de la souveraineté, une société autochtone avait des règles de droit concernant le territoire, ces règles seraient pertinentes pour prouver l'occupation des terres visées par la revendication d'un titre aborigène. Les règles de droit pertinentes pourraient notamment inclure un régime de tenure foncière ou des règles régissant l'utilisation des terres. [...] La prise en considération du point de vue des autochtones peut également amener à conclure qu'une intrusion par d'autres groupes autochtones ne fait pas obstacle à l'occupation exclusive du territoire visé par le groupe autochtone qui en revendique le titre, et que la présence autorisée de ces autres groupes peut renforcer cette occupation exclusive. À titre d'exemple, le groupe autochtone qui revendique le titre aborigène peut avoir, en matière d'intrusion, des règles de droit qui sont des preuves de l'occupation exclusive, de sorte que la présence d'intrus n'est pas considérée comme une preuve à l'encontre de l'exclusivité. De plus, l'existence de règles de droit autochtones en vertu desquelles d'autres groupes autochtones peuvent être autorisés à utiliser les terres ou même à y résider temporairement étayeraient la conclusion d'occupation exclusive. De fait, si cette permission a fait l'objet de traités entre les nations autochtones concernées, ces traités feraient également partie du point de vue des autochtones. »
2. Voir *supra*, n° 59.
3. *R. c. Marshall*; *R. c. Bernard*, [2005] 2 R.C.S. 220, 2005 CSC 43, par. 56.
4. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 35 (nos italiques).
5. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 41 (nos italiques).
6. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 157.

### III. Thèmes chevauchant Charte et fédéralisme

7. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 49.
8. Les paragraphes qui suivent sont inspirés par les auteurs suivants : John BORROWS, « The Durability of Terra Nullius: *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia* », (2015) 48 *UBC Law Review* 701; Andrée BOISSELLE, « To Dignity Through the Back Door: *Tsilhqot'in and the Aboriginal Title Test* », (2015) 71 *Supreme Court L. Rev. (2e)* 27 et Kent McNEIL, « Indigenous Law and Aboriginal Title », (2016) *All Papers*. Paper 267, en ligne : <http://ssrn.com/abstract=2825097> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2825097>.
9. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 147.
10. Rappelons que la Cour suprême a approuvé les conclusions de fait du juge de première instance à ce sujet.
11. Kent McNEIL, « Indigenous Law and Aboriginal Title », (2016) *All Papers*. Paper 267, en ligne : <<http://ssrn.com/abstract=2825097> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2825097>>.
12. Voir *supra*, n° 33-34 et *infra*, n° 65.
13. Voir *infra*, n° 63-67 et 74.
14. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 69.

61. **Sort réservé aux peuples nomades** – Au lendemain de l'arrêt *R. c. Marshall; R. c. Bernard*, l'exigence d'une utilisation régulière de secteurs bien définis du territoire<sup>1</sup> a rendu presque impossible la reconnaissance d'un titre aborigène aux groupes autochtones de tradition nomade ou semi-nomade<sup>2</sup>. En effet, la cour avait alors refusé d'accepter que la preuve d'une présence occasionnelle associée à des actes indiquant une intention d'occuper le territoire pouvait permettre d'établir l'existence d'un titre aborigène. Comme seule une occupation exclusive pouvait appuyer la revendication d'un droit exclusif d'utilisation, elle a jugé que le « passage dans un territoire ou son utilisation dans le cadre d'un mode de vie nomade ne fondera pas nécessairement un titre sur celui-ci »<sup>3</sup>. Cette décision a d'ailleurs été appliquée dans l'arrêt *William c. British Columbia*<sup>4</sup>, ce qui, en l'occurrence, a entraîné le rejet de la requête en jugement déclaratoire présentée par les demandeurs aux termes de laquelle la nation des semi-nomades Tsilhqot'in réclamait la reconnaissance d'un titre aborigène. Comme on l'a vu<sup>5</sup>, la Cour suprême a cependant infirmé cette décision dans *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*<sup>6</sup>. Elle a alors reconnu que, dans l'appréciation de ce qui constitue une « occupation suffisante », il importait de tenir compte « des caractéristiques du groupe autochtone qui revendique le titre (ses règles de droit, ses pratiques, sa taille, son savoir-faire technologique) et de la nature du territoire sur lequel le titre est revendiqué »<sup>7</sup>.

Il semble bien que cette décision ouvre la porte à des revendications autochtones qui, auparavant, auraient été impossibles. Elle constituera sûrement un incitatif à la négociation pour les gouvernements.

Rappelons que les peuples (nomades ou non) qui ne parviennent pas à faire la preuve d'un titre aborigène seront toujours en mesure de réclamer des droits ancestraux<sup>8</sup>.

1. *R. c. Marshall; R. c. Bernard*, [2005] 2 R.C.S. 220, 2005 CSC 43, par. 70.
2. *R. c. Marshall; R. c. Bernard*, [2005] 2 R.C.S. 220, 2005 CSC 43; voir aussi *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101, par. 27 et *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 139.
3. *R. c. Marshall; R. c. Bernard*, [2005] 2 R.C.S. 220, 2005 CSC 43, par. 66.
4. 2012 BCCA 285, par. 224-226.

5. Voir *supra* n° 59.
6. 2014 CSC 44.
7. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 37 et 41.
8. *R. c. Marshall; R. c. Bernard*, [2005] 2 R.C.S. 220, 2005 CSC 43, par. 70 et 77.

## D. Droit des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale

62. **Mise en contexte** – Les gouvernements qui se sont succédés depuis le milieu du XIX<sup>e</sup> siècle jusqu'au milieu des années 1970 n'ont jamais encouragé ou appuyé une forme quelconque d'autonomie gouvernementale autochtone. Au contraire, ils ont plutôt cherché à détruire les autorités politiques traditionnelles des peuples autochtones dans le but d'assimiler ces derniers – principalement les Indiens. La *Loi sur les Indiens*<sup>1</sup>, dont la version initiale date des années 1870, avait précisément pour objectif de faire des Indiens des Euro-canadiens « pure laine ». Cette loi existe toujours, et malgré les réformes dont elle a fait l'objet, elle demeure un instrument aux termes duquel la vie des Indiens est régulée par l'État du berceau au tombeau. Toutefois, et de manière paradoxale, en encarcinant les Indiens sur le territoire exigu de leurs réserves, cette loi leur a permis de préserver jusqu'à ce jour une part importante de leur différence.

1. L.R.C. (1985), c. I-5.

### 1. Refus de reconnaître un droit général à l'autonomie gouvernementale

63. **Caractère trop indéterminé du droit à l'autonomie gouvernementale** – Dans sa définition des droits ancestraux et du titre aborigène, comme nous l'avons vu précédemment, la Cour a toujours mis l'accent sur le rapport au territoire, sur ce qu'on pourrait appeler la dimension foncière de ces droits. Cela découle de ce que, pour elle, le fondement des droits protégés par l'article 35 est l'occupation antérieure du territoire par les sociétés autochtones.

En conséquence, la Cour n'a jamais fondé sa doctrine des droits ancestraux sur un substrat de souveraineté autochtone comme ce fut le cas aux États-Unis.

Les revendications d'autonomie gouvernementale se sont jusqu'ici heurtées à un obstacle majeur : le refus par la Cour de se prononcer sur des revendications formulées trop largement. « Les droits ancestraux, y compris toute revendication du droit à l'autonomie gouvernementale, doivent être examinés à la lumière des circonstances propres à chaque affaire et, plus particulièrement, à la lumière de l'histoire et de la culture particulières du groupe autochtone qui revendique le droit. »<sup>1</sup> Il faut donc, dit la Cour, examiner la revendication d'un requérant « suivant le degré de spécificité approprié »<sup>2</sup>. Ainsi, la Cour a rejeté la requête déposée par un groupe autochtone qui revendiquait un « droit général de gérer l'utilisation des terres de [ses] réserves » afin d'y organiser des jeux de hasard tels que des loteries ou des bingos<sup>3</sup>.

Dans *Campbell c. AG BC/AG Cda & Nisga'a Nation*<sup>4</sup>, le juge Williamson de la Cour supérieure de la Colombie-Britannique a conclu que le droit inhérent à l'autonomie gouverne-

### III. Thèmes chevauchant Charte et fédéralisme

mentale des peuples autochtones avait été réduit, mais non pas éteint, par l'affirmation de souveraineté de la Couronne britannique<sup>5</sup>, et que le partage des compétences établi par la *Loi constitutionnelle de 1867* « did not purport to, and does not end, what remains of the royal prerogative or aboriginal and treaty rights, including the diminished but not extinguished power of self-government which remained with the Nisga'a people in 1982 »<sup>6</sup>. Dans cette perspective, l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* garantissait aux Nisga'a une forme limitée d'autonomie gouvernementale dont la nature et l'étendue étaient définies par le traité et les lois de mise en œuvre<sup>7</sup>. Selon lui, le Traité Nisga'a n'était donc pas inconstitutionnel. Dans une affaire récente<sup>8</sup> dont la permission d'en appeler a été refusée par la Cour suprême<sup>9</sup>, la Cour d'appel de Colombie-Britannique en est arrivée à la même conclusion. Toutefois, sans désavouer ni approuver le raisonnement du juge Williamson<sup>10</sup>, elle a plutôt conclu à la validité du traité, déclarant que les deux ordres de gouvernement étaient investis, ensemble, de l'autorité nécessaire pour déléguer au Gouvernement Nisga'a la totalité des pouvoirs reconnus dans le Traité. Une telle délégation, ajouta la Cour, n'est pas interdite par la Constitution et ne constitue pas une abdication de pouvoirs, puisque les deux ordres de gouvernement sont en mesure de porter atteinte aux droits prévus dans le traité, dans la mesure bien sûr où cette atteinte peut être justifiée.

1. *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821, par. 27; voir également *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 170.
2. *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821, par. 27.
3. *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821, par. 27.
4. 2000 BCSC 1123, [2000] B.C.J. No. 1524; l'appel interjeté de cette décision a par la suite été abandonné.
5. *Campbell c. AG BC/AG Cda & Nisga'a Nation*, 2000 BCSC 1123, par. 179, [2000] B.C.J. No. 1524.
6. *Campbell c. AG BC/AG Cda & Nisga'a Nation*, 2000 BCSC 1123, par. 180, [2000] B.C.J. No. 1524.
7. *Campbell c. AG BC/AG Cda & Nisga'a Nation*, 2000 BCSC 1123, par. 181, [2000] B.C.J. No. 1524.
8. *Sga'nism Sim'augit (Chief Mountain) c. Canada (Attorney General)*, 2013 BCCA 49, [2013] B.C.J. No. 179.
9. *Sga'nism Sim'augit (Chief Mountain) c. Canada (Attorney General)*, [2013] C.S.C.R. no 144.
10. *Sga'nism Sim'augit (Chief Mountain) c. Canada (Attorney General)*, 2013 BCCA 49, par. 52-61, [2013] B.C.J. No. 179.

## 2. Reconnaissance implicite d'un droit limité à l'autonomie gouvernementale

64. **Reconnaissance aux communautés autochtones d'un pouvoir de réglementer l'exercice des droits ancestraux**<sup>1</sup> – Il est vrai que la Cour suprême n'a jamais reconnu de droit à l'autonomie gouvernementale, et ce, même de manière limitée. Elle a toutefois reconnu que les droits ancestraux et le titre ancestral étaient des droits collectifs détenus par les communautés autochtones. Elle a également affirmé que le titre aborigène comprenait « le droit de choisir les utilisations qui peuvent être faites de ces terres »<sup>2</sup> et que les droits ancestraux « incluent celui de choisir à quel moment la pêche sera pratiquée, ainsi que la façon de le faire et les méthodes qui seront utilisées »<sup>3</sup>. Or la conjonction de ces deux éléments – droit collectif et capacité de faire des choix – nous permet de conclure,

comme le fait Ghislain Otis, que c'est le groupe autochtone titulaire du droit ou du titre qui adoptera « les règles organisant l'exercice [...] des droits ancestraux qui lui sont reconnus par le droit étatique »<sup>4</sup>. La question demeure toutefois de savoir quelle sera l'institution autochtone légitime pour ce faire. Chose certaine, les règles adoptées n'auront pas à être conformes aux pratiques coutumières antérieures<sup>5</sup>.

1. Voir également *supra*, n° 60.1.
2. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 166 (nos italiques). Dans *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 73, la Cour affirme : « Le titre ancestral confère des droits de propriété semblables à ceux associés à la propriété en fief simple, y compris le droit de déterminer l'utilisation des terres, le droit de jouissance et d'occupation des terres, le droit de posséder les terres, le droit aux avantages économiques que procurent les terres et le droit d'utiliser et de gérer les terres de manière proactive » (nos italiques).
3. *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013, par. 106 et 88.
4. Ghislain OTIS, « Les sources des droits ancestraux des peuples autochtones », (1999) 40 *C. de D.* 591, 611.
5. Ghislain OTIS, « Les sources des droits ancestraux des peuples autochtones », (1999) 40 *C. de D.* 591, 612.

### 3. Potentialités de la doctrine de la continuité des ordres juridiques

65. **Recours à la normativité autochtone pour régir les conflits intracommunautaires** – Quoique examinée en *obiter* par un seul juge à l'occasion de l'affaire *Mitchell*<sup>1</sup>, la doctrine de la continuité des ordres juridiques pourrait peut-être être invoquée de nouveau. Le juge Binnie, dans cette affaire, après avoir rappelé que l'article 35 n'écartait pas les solutions de common law déjà existantes<sup>2</sup>, a eu recours à la doctrine de la continuité pour résoudre le litige. Plus spécifiquement, au vieux principe de droit colonial selon lequel les coutumes préexistantes des habitants qui n'étaient pas contraires à la conscience ou incompatibles avec la nouvelle souveraineté continuaient à s'appliquer<sup>3</sup>. En l'occurrence, même s'il a jugé que les droits de commerce et de circulation *internationaux* revendiqués par l'intimé étaient incompatibles avec la souveraineté canadienne, il s'est tout de même empressé de souligner que cette « conclusion [...] ne signifie aucunement que j'écarte ou appuie un point de vue quelconque quant à la compatibilité ou l'incompatibilité d'institutions autonomes *internes* des Premières nations avec la souveraineté de la Couronne, dans le passé ou dans le présent »<sup>4</sup>. La porte est donc encore ouverte à la reconnaissance de la normativité autochtone<sup>5</sup>.

1. [2001] 1 R.C.S. 911, 2001 CSC 33.
2. *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, 2001 CSC 33, par. 115.
3. *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, 2001 CSC 33, par. 141.
4. *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, 2001 CSC 33, par. 165.
5. Voir également *supra*, n° 60.1.

### E. Réflexions finales au sujet des droits ancestraux et du titre aborigène

66. **Une conception discriminatoire ?** – On peut se demander si l'interprétation donnée par la Cour suprême à l'article 35 n'est pas marquée du sceau de l'inégalité. Premièrement, comment justifier que le contact avec les Européens ait mis un terme radical au développement de l'identité autochtone ? Deuxièmement, on peut se demander ce qui justifie l'imposition d'une date charnière différente, en matière de preuve, pour les Indiens et les Inuit d'une part, et les Métis d'autre part. Rappelons que les premiers sont assujettis à la date du « premier contact », alors que les deuxièmes doivent plutôt s'en tenir au moment où les Européens ont effectivement établi leur domination politique et juridique dans une région donnée. Pourquoi n'avoir pas simplement imposé à tous la date fixée pour les Métis ? En effet, les droits ancestraux ne peuvent logiquement prendre naissance qu'avec l'affirmation de la souveraineté canadienne, une activité donnant lieu à un droit ne pouvant être « ancestrale » avant cette date. Affirmer qu'un droit « ancestral » aurait pu être exercé dans l'ordre juridique autochtone serait un non-sens. C'est pourtant ce que fait la Cour en imposant aux Indiens et aux Inuit la date du premier contact. En effet, entre cette date et le moment de l'affirmation de la souveraineté, il pouvait exister des droits ancestraux, alors que seul prévalait l'ordre juridique autochtone !

Sans égard à la difficulté plus grande, pour les Indiens, soulevée par la mise en preuve de pratiques antérieures au contact, on peut s'interroger sur la logique qui consiste à figer les identités culturelles indienne et métisse à des « moments magiques » différents. Après tout, les droits ancestraux métis reconnus ne semblent pas se distinguer radicalement des droits reconnus aux Indiens ou Inuit. On parle pour l'essentiel de droits de chasse, de pêche ou de cueillette. Pourquoi la preuve devrait-elle être plus facile à faire pour les Métis que pour les autres peuples autochtones ? Enfin, sur quel principe de justice peut-on fonder une doctrine des droits ancestraux qui, tout compte fait, ne bénéficiera qu'aux groupes autochtones qui auront les moyens de se payer les services d'anthropologues, d'historiens et d'archéologues assez chanceux pour dénicher qui une tête de flèche enfouie, qui une archive oubliée. La solution idéale, cela va de soi, supposerait un revirement radical de la jurisprudence au profit d'une interprétation de l'article 35 fondée sur des motifs de nature *politique* plutôt que *culturelle*, ou qui ouvrirait la porte à la normativité autochtone.

67. **Pourquoi l'hésitation à reconnaître une souveraineté politique limitée aux communautés autochtones** – L'hésitation des tribunaux à emprunter la voie de la reconnaissance d'une autorité – ou souveraineté – politique aux communautés autochtones s'explique fort probablement par le grand nombre de questions irrésolues que cette solution soulève<sup>1</sup>. En effet, pareille reconnaissance par les tribunaux d'une souveraineté politique limitée aurait entraîné une grande instabilité, plusieurs questions fondamentales restant encore sans réponse : Qui sont les titulaires de cette souveraineté ? Les quelque 620 bandes indiennes ou les nations reconstituées ? Qu'en est-il des communautés métisses dont l'identité demeure problématique ? Qui serait assujetti à ce pouvoir inhérent ? Les membres de la bande habitant sur le territoire ou résidant sur la réserve de celle-ci, ou tous les membres de la bande, y compris les non-résidents ? Et qu'en est-il des Autochtones en milieu urbain qui composent plus de 50 % de la population autochtone canadienne ?

1. Voir, par exemple, les motifs du juge Binnie dans *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, 2001 CSC 33, par. 134.

**68. Impact de l'adhésion du Canada à la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones** – Ratifier ou non la *Déclaration des Nations Unies* sur les droits des peuples autochtones (adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU le 13 septembre 2007<sup>1</sup>) n'est pas une question qui peut être prise à la légère, car, sans entrer dans les détails, on peut affirmer qu'à bien des égards, les droits reconnus dans la Déclaration sont plus nombreux et plus ambitieux que ne le sont ceux reconnus par la Cour suprême.

La posture du Canada envers ce document a varié dans le temps. Le 11 novembre 2010, après s'y être refusé pendant trois ans, le Canada alors gouverné par le premier ministre conservateur Stephen Harper, a finalement adhéré à la Déclaration. Rappelons cependant que, dans son énoncé appuyant la Déclaration, le gouvernement fédéral conservateur avait énoncé de façon sibylline que son adhésion était conditionnelle au fait que « les principes de la Déclaration [pouvaient être interprétés] de façon conforme à [la] Constitution et à son cadre juridique », et que ce « cadre unique [...] demeurera[it] la pierre angulaire de nos efforts visant à promouvoir et à protéger les droits des Autochtones canadiens »<sup>2</sup>. À l'époque, Roméo Saganash, député de l'opposition, avait introduit le projet de loi C-641 relatif à la mise en œuvre de la Déclaration, projet qui a cependant été défait en mai 2015 par le gouvernement conservateur majoritaire. Cette loi aurait exigé que le gouvernement du Canada, « en consultation et en coopération avec les peuples autochtones du Canada, pren[ne] toutes les mesures nécessaires pour veiller à ce que les lois fédérales soient compatibles avec la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones »<sup>3</sup>.

Le 10 mai 2016, la ministre des Affaires indiennes et du Nord du nouveau gouvernement libéral de Justin Trudeau a affirmé que le Canada appuyait dorénavant « sans réserve » la Déclaration. En juillet de la même année, la nouvelle ministre de la Justice a cependant précisé que, contrairement aux vœux de M. Saganash, cela ne signifiait pas que la Déclaration serait mise en œuvre au moyen d'une loi. Interrogée par un média anglophone, la ministre a justifié cette décision comme suit : « As much as I would tomorrow like to cast into the fire of history the Indian Act, so that nations can be reborn in its ashes, this is not a practical option. [...] Which is why simplistic approaches such as adopting the United Nations declaration as being Canadian law are unworkable and, respectfully, a political distraction to undertaking the hard work actually required to implement it back home in communities. » Le Canada devra plutôt procéder « in a controlled manner that respects where indigenous communities are in terms of rebuilding »<sup>4</sup>. Elle soutient donc que le gouvernement privilégiera une approche fondée sur l'esprit de l'article 38 de la Déclaration, c'est-à-dire une mise en œuvre de la Déclaration, non pas imposée, mais « en consultation et en coopération avec les peuples autochtones »<sup>5</sup>.

Rappelons que ce document qui, en droit positif international, n'a pas en lui-même d'effet contraignant, n'en demeure pas moins un outil qui, en raison de sa charge symbolique, peut entraîner des conséquences normatives<sup>6</sup>. Certains tribunaux nationaux s'y sont déjà référés pour appuyer un argumentaire favorable aux peuples autochtones<sup>7</sup>.

### III. Thèmes chevauchant Charte et fédéralisme

Il reste à voir si, en l'absence d'une loi ou d'une entente quelconque mettant en œuvre la Déclaration, la Cour suprême aura recours à celle-ci pour infléchir l'interprétation qu'elle a jusqu'ici adoptée. La chose n'est pas impossible, car elle a déjà déclaré qu'un document international qui n'a pas été formellement adopté par l'ordre de gouvernement compétent en droit interne peut néanmoins produire des effets juridiques, dans la mesure où les « valeurs » qu'il exprime « peuvent [...] être prises en compte dans l'approche contextuelle de l'interprétation des lois et en matière de contrôle judiciaire »<sup>8</sup>.

Nous reviendrons plus loin sur l'impact de la Déclaration sur l'interprétation des traités.

1. En ligne : <<http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/fr/drip.html>> (site consulté le 20 août 2011).
2. *Énoncé du Canada appuyant la déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones*, en ligne : <[http://www.international.gc.ca/indig\\_autoch/un\\_declaration\\_nov2010\\_onu.aspx?lang=fra&view=d](http://www.international.gc.ca/indig_autoch/un_declaration_nov2010_onu.aspx?lang=fra&view=d)> (site consulté le 20 août 2011).
3. *Projet de loi émanant d'un député*, Chambres de communes, 41<sup>e</sup> légis., 2<sup>e</sup> sess., projet rejeté à l'étape de la deuxième lecture : <<http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=6817924&Language=F&Mode=1&File=4>>.
4. Cité par James MUNSON, « Wilson-Raybould defends stand on UNDRIP adoption » *iPOLITICS*, 22 juillet 2016, en ligne : <<https://ipolitics.ca/2016/07/22/wilson-raybould-defends-stand-on-undrip-adoption>>.
5. Article 38 de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*.
6. À propos de la Déclaration, voir Guyanne COURCHESNE, « Interprétation excessive ou crainte fondée : pourquoi le gouvernement canadien rejette la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* », (2010) 40 *R.G.D.* 97, et lire l'excellente étude d'Alexandre COURTEMANCHE, *Le développement normatif et institutionnel relatif aux peuples autochtones en droit international au regard des fondements de leurs revendications politiques : le droit à l'autodétermination comme théorie unificatrice ?*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté de droit, Université de Montréal, 2011 (accessible à l'adresse suivante : <<http://hdl.handle.net/1866/4901>>).
7. *Aurelio Cal, et al. v. Attorney General of Belize*, Cour suprême du Belize (Claim 121/2007), le 18 octobre 2007, par. 131-133 (<<http://www.elaw.org/node/1620>>; site visité le 20 août 2011).
8. *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 70.

### III. DROITS ISSUS DE TRAITÉS

---

**69. Introduction** – Les traités conclus avec les peuples autochtones du Canada ont des caractéristiques particulières. D'abord négociés et ratifiés conformément aux rituels diplomatiques autochtones, ils ont pris, dans un deuxième temps, la forme de cessions territoriales, avant de devenir des accords modernes abordant aussi bien l'exploitation des ressources naturelles que les pouvoirs des Autochtones sur certains aspects de l'éducation, de la santé et des services sociaux. Ils ne relèvent plus du droit international, mais ne peuvent pas non plus s'analyser comme des contrats (A). Soumis à des règles de formation particulières, ils doivent également être interprétés en fonction des circonstances particulières qui prévalaient au moment de leur conclusion (B).

## A. Caractéristiques générales des traités

70. **Introduction** – Le terme « traité » désigne des accords conclus sur une période de plus de trois siècles, dont les objectifs et les modalités ont varié dans le temps (1). En outre, considérant l'évolution du droit international, les tribunaux ont considéré qu'ils ont une nature *sui generis* (2).

### 1. Évolution des traités au fil du temps

71. **La conclusion des traités de paix du XVIII<sup>e</sup> siècle** – Tant la France que la Grande-Bretagne ont conclu des traités de paix au Canada. Ces ententes, à la différence de ce qui se produira plus tard, ne comportaient pas de clauses de cession de territoire. Bien que les Britanniques aient négocié des cessions de territoire dans les colonies américaines qui deviendront par la suite les États-Unis d'Amérique, ils n'ont pas jugé nécessaire de procéder de cette manière au Québec. Compte tenu du fait que les autorités de cette dernière colonie se sont initialement senties liées par la Proclamation royale de 1763, laquelle prévoyait précisément des mesures relatives à la cession de territoires, cette attitude est difficilement compréhensible<sup>1</sup>. Bref, au Québec comme dans la colonie néo-écossaise<sup>2</sup>, les ententes signées à cette époque étaient des traités de paix ne comportant aucune concession territoriale. Pensons notamment au « traité Sioui »<sup>3</sup> et aux traités conclus par les Mi'kmaq en 1760 et en 1761<sup>4</sup>.

Les traités de paix conclus à cette époque sont d'abord le résultat de déclarations faites lors d'une rencontre solennelle entre les Autochtones et les administrateurs de la colonie. Parfois le compte rendu de cette assemblée est incomplet<sup>5</sup>. Même lorsqu'un document plus formel a été rédigé par les Britanniques, il doit être analysé en tenant compte du fait que les Autochtones ne pouvaient pas lire et ne parlaient généralement pas l'anglais. Les déclarations faites oralement ont alors une importance déterminante<sup>6</sup>.

1. Voir *supra*, n° 19.
2. Celle-ci inclut alors le futur Nouveau-Brunswick ainsi que l'Île-du-Prince-Édouard.
3. *Côté c. La Reine*, [1996] 3 R.C.S. 139.
4. *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456.
5. Voir *Côté c. La Reine*, [1993] R.J.Q. 1350, 1369-1370 (C.A.), conf. en partie sans discuter ce point, [1996] 3 R.C.S. 139, par. 88.
6. *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, 1057-1058 (sur ce traité, voir *supra*, n°s 14-15); *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, par. 52; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456, par. 9-14.

72. **Les objectifs des traités de paix** – Comme leur nom l'indique, les traités de paix ont pour objectif de prévenir les hostilités entre les anciens alliés des Français et les Britanniques. Dans le contexte de l'époque, personne ne juge nécessaire de préciser quels droits sont conservés par les peuples autochtones à l'intérieur des terres, loin des côtes ou des cours d'eau qui constituent les principaux axes de circulation, car pratiquement aucun Européen n'est présent dans ces régions. Les Britanniques cherchent à obtenir des Autochtones, en contrepartie du respect de leur droit d'exercer leurs activités de chasse et de pêche, qu'ils acceptent l'implantation des colons en continuant d'exercer leurs activités

### III. Thèmes chevauchant Charte et fédéralisme

de chasse et de pêche. Comme les Français, les Britanniques ne cherchent pas à forcer les Autochtones à abandonner leurs coutumes. Ainsi, en 1761, ils précisent simplement que les Micmacs ne doivent pas molester les Britanniques, qu'ils devront réparer les dommages causés par une agression ou un vol commis par un des leurs, livrer les déserteurs et, s'ils sont eux-mêmes victimes de crimes, s'adresser aux autorités coloniales pour obtenir satisfaction, conformément aux lois appliquées dans les colonies britanniques<sup>1</sup>. L'hypothèse d'un meurtre ou d'une agression grave commise par un Autochtone est diplomatiquement passée sous silence... Même s'ils ont reconnu la domination et la juridiction du roi sur la Nouvelle-Écosse et même s'ils se sont soumis à lui «de la manière la plus complète et la plus solennelle»<sup>2</sup>, les Autochtones conservent une autonomie interne très grande. Le traité prévoit que leur mode de vie et de règlement de conflit traditionnel demeurera le même, sauf lorsqu'ils sont agressés par un colon. L'application des lois britanniques est mentionnée uniquement dans cette dernière hypothèse. Même si chaque traité conclu par les Britanniques peut différer des autres, ils reconnaissent systématiquement le statut particulier dont bénéficient les Autochtones à cette époque<sup>3</sup>.

1. Voir *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456, par. 5.

2. Texte du traité de 1760 reproduit dans *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456, par. 5.

3. Voir *supra*, n° 15.

**73. Les cessions de territoires au XIX<sup>e</sup> siècle et au XX<sup>e</sup> siècle** – Tel que mentionné ci-dessus, aucune cession de territoire ne fut conclue au Québec et dans les Provinces maritimes avant 1975, alors qu'elles se sont multipliées dans les Prairies et dans les territoires situés dans la partie nordique du Canada. Les traités dans lesquelles figurent ces cessions comportent les caractéristiques suivantes : ils sont systématiquement mis par écrit, ils insistent sur la soumission des Autochtones aux lois coloniales ou canadiennes et ils contiennent une renonciation explicite, de la part des signataires autochtones, à la gestion des ressources naturelles, sous réserve de leur droit de chasser sur les terres non concédées de la Couronne. En outre, ils prévoient la création de réserves afin de protéger les Autochtones contre l'envahissement par les colons ou contre une exploitation effrénée du territoire. Là encore, les Autochtones ne comprennent généralement pas l'anglais utilisé dans ces ententes et ils se sont fiés à des déclarations faites oralement, mais jamais intégrées dans le document écrit, dont l'importance ne saurait être sous-estimée<sup>1</sup>. Dans la grande majorité des cas, personne ne les a informés qu'ils devraient se soumettre aux règles du droit pénal canadien, que leurs coutumes concernant la désignation de leurs chefs et le statut de membre de leur bande seraient contrôlées par la loi, que le territoire serait développé sans leur consentement et que leurs activités traditionnelles de chasse et de pêche devraient s'exercer conformément aux lois applicables. Au contraire, en leur garantissant le droit de chasser sur les terres non concédées et de vivre dans leurs réserves, les négociateurs leur faisaient miroiter l'espoir de conserver une très grande autonomie. Quoiqu'il en soit de ces questions, le gouvernement canadien a décidé de mettre fin à la négociation de traités en 1923.

1. *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, par. 52.

74. **Les accords modernes** – Inaugurés par la convention de la Baie James de 1975<sup>1</sup>, les accords modernes ne sont plus qualifiés de traités, pour éviter toute confusion avec un document de nature internationale. Conclues après des années de négociations par des négociateurs chevronnés (aussi bien les représentants des gouvernements que ceux des Autochtones), ces documents monstrueusement volumineux – ils comptent plusieurs centaines de pages – décrivent de manière détaillée les droits reconnus aux Autochtones dans une foule de domaines. Généralement, ils leur permettent de constituer des gouvernements dotés de pouvoirs beaucoup plus considérables que ceux dont jouissent les conseils de bande aux termes de la *Loi sur les Indiens*<sup>2</sup>. Évidemment, la levée de l'hypothèque constituée par la revendication d'un titre aborigène constitue l'enjeu principal de ces accords. Notons que ceux-ci sont expressément assimilés à des traités<sup>3</sup>.

1. Voir *supra*, n° 29.

2. L.R.C. (1985), c. 1-5.

3. Art. 35(3) de la *Loi constitutionnelle de 1982*; voir également l'article 25b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

74.1. **Changement du gouvernement partie au traité** – L'affaire *Première Nation de Grassy Narrows c. Ontario (Ressources naturelles)* porte sur les difficultés suscitées par la modification des frontières provinciales après la conclusion d'un traité, laquelle modification engendre ce qu'on pourrait appeler une novation par changement de Couronne<sup>1</sup>.

En 1873, le traité n° 3 est conclu entre les chefs Ojibways et les commissaires représentant le « gouvernement du Canada ». Il garantit aux Ojibways « le droit de se livrer à la chasse et à la pêche dans l'étendue du pays cédé [...] », à l'exception des « étendues [...] nécessaires ou requises pour la colonisation, les mines, la coupe du bois ou autres fins » par ce gouvernement ou par les sujets dûment autorisés par celui-ci à pratiquer ces activités<sup>2</sup>. Par la suite, le Comité judiciaire du Conseil privé a déterminé qu'une partie du territoire cédé faisait partie de la province de l'Ontario ou de celle du Manitoba; des lois fédérale et ontarienne donnèrent suite à cette décision<sup>3</sup>. En 1888, ce même Comité déclara que, à la suite de la conclusion du traité n° 3, les terres visées n'étaient plus grevées d'un titre aborigène et appartenaient entièrement à l'Ontario aux termes de l'article 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867*<sup>4</sup>. Ainsi, les droits conférés au gouvernement du Canada par un traité ont été automatiquement transmis à une province lorsqu'il s'est avéré ultérieurement que le territoire visé était situé à l'intérieur de ses frontières.

L'affaire *Première Nation de Grassy Narrows c. Ontario (Ressources naturelles)* porte sur une autre partie des terres cédées par le Traité n° 3, soit la région de Keewatin. En 1873, il ne faisait aucun doute que celle-ci était située à l'extérieur des provinces et relevait de la compétence exclusive du Parlement fédéral. Toutefois, en 1912, elle a été annexée à l'Ontario<sup>5</sup>. Les tribunaux ont donc dû déterminer si le gouvernement de l'Ontario pouvait succéder aux droits conférés par le traité au gouvernement du Canada, ou si l'autorisation de celui-ci demeurait requise avant que la province puisse autoriser l'exploitation du territoire. En première instance, la Cour supérieure de l'Ontario a conclu que rien ne s'opposait à ce que le gouvernement du Canada soit tenu d'autoriser au préalable les décisions du gouvernement ontarien concernant les ressources naturelles de la région de Keewatin. La

### III. Thèmes chevauchant Charte et fédéralisme

Cour d'appel a infirmé cette décision, au motif que la loi de 1912 annexant ce territoire à l'Ontario et l'article 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867* conférait une compétence pleine et entière à la province.

La Cour suprême du Canada a confirmé cette décision. En effet, suite à l'adoption de la loi de 1912, l'article 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867* attribue la propriété effective des terres de la région de Keewatin à l'Ontario ainsi que des ressources sous-jacentes, tandis que le paragraphe 92(5) lui donne compétence sur la gestion des terres publiques, des bois et des forêts; pour sa part, l'article 92A, lui confère compétence sur les ressources naturelles non renouvelables, les ressources forestières et l'énergie électrique<sup>6</sup>. En outre, la jurisprudence reconnaît que le remplacement d'un palier de gouvernement par un autre ne constitue pas une modification du traité<sup>7</sup>. En effet, les « promesses contenues dans le Traité n° 3 étaient celles de la Couronne, non du Canada »<sup>8</sup>. Au surplus, le « libellé de la clause de prise des terres confirme que le droit de prendre des terres appartient au palier de gouvernement dont la Constitution reconnaît la compétence »<sup>9</sup>. Si le gouvernement du Canada est le seul qui soit mentionné, c'est parce que « les terres se trouvaient alors au Canada, et non en Ontario »<sup>10</sup>. Comme les commissaires étaient conscients du fait qu'une partie importante du territoire cédé était revendiquée par l'Ontario et pourrait être soumise à son autorité, s'ils « avaient voulu que le Canada continue d'exercer un contrôle sur les terres prises sous son régime, le traité l'aurait expressément prévu »<sup>11</sup>.

En toute déférence, ce raisonnement présume que les commissaires ont anticipé dès 1873 la décision du Comité judiciaire de 1888 attribuant la pleine propriété des terres cédées à la province<sup>12</sup>. Le libellé de la clause étant limpide, on peut tout aussi bien dire que, à tort ou à raison, ils présumaient que l'accord du Canada serait toujours requis pour la mise en valeur des terres cédées, que celles-ci soient situées ou non en Ontario. Quoi qu'il en soit, il est vrai que rien dans la preuve ne permettait de supposer qu'un processus en deux étapes avait été discuté ou envisagé explicitement dans le cadre des négociations. À cet égard, « les conclusions de fait de la juge [de première instance] sont entachées d'erreurs manifestes et dominantes »<sup>13</sup>. Qui plus est, l'article 2(a) de la *Loi à l'effet d'étendre les frontières de la province de l'Ontario* prévoit clairement que l'Ontario doit reconnaître les droits des autochtones dans le territoire annexé « dans la même mesure » et obtenir « la remise de ces droits de la même manière, que le gouvernement du Canada a ci-devant reconnu ces droits et obtenu leur remise. »<sup>14</sup> Ainsi, l'Ontario peut « désormais accomplir tous les actes jusqu'alors accomplis par le Canada, y compris celui de prendre des terres »<sup>15</sup>.

1. 2014 CSC 48.

2. *Première Nation de Grassy Narrows c. Ontario (Ressources naturelles)*, 2014 CSC 48, par. 11.

3. *Première Nation de Grassy Narrows c. Ontario (Ressources naturelles)*, 2014 CSC 48, par. 14.

4. *Ste. Catherine's Milling and Lumber Co. c. The Queen*, (1888) 14 App. Cas. 46 (C.P.).

5. *Loi à l'effet d'étendre les frontières de la province de l'Ontario*, L.C. 1912, c. 40. Cette modification était autorisée par l'article 3 de la *Loi constitutionnelle de 1871*, 1871 (R.-U.), 34-35 Vict., c. 28.

6. *Première Nation de Grassy Narrows c. Ontario (Ressources naturelles)*, 2014 CSC 48, par. 31.

7. *Première Nation de Grassy Narrows c. Ontario (Ressources naturelles)*, 2014 CSC 48, par. 33 et 49, citant *R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901, 935-936, où le juge Cory déclare que le changement de gouvernement partie au traité « n'allait pas à l'encontre de l'esprit de la convention initiale ».
8. *Première Nation de Grassy Narrows c. Ontario (Ressources naturelles)*, 2014 CSC 48, par. 35.
9. *Première Nation de Grassy Narrows c. Ontario (Ressources naturelles)*, 2014 CSC 48, par. 38.
10. *Première Nation de Grassy Narrows c. Ontario (Ressources naturelles)*, 2014 CSC 48, par. 39.
11. *Première Nation de Grassy Narrows c. Ontario (Ressources naturelles)*, 2014 CSC 48, par. 39.
12. *Ste. Catherine's Milling and Lumber Co. c. The Queen*, (1888) 14 App. Cas. 46 (C.P.).
13. *Première Nation de Grassy Narrows c. Ontario (Ressources naturelles)*, 2014 CSC 48, par. 40.
14. L.C. 1912, c. 40.
15. *Première Nation de Grassy Narrows c. Ontario (Ressources naturelles)*, 2014 CSC 48, par. 47.

## 2. *Nature sui generis des traités*

**75. Reconnaissance historique des traités par le droit des gens (XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles)** – Le droit des gens (ou le droit international des XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles) n'est pas limité aux relations entre États souverains. Bien au contraire, il prend en considération les Cités-États ou les principautés faisant partie d'un empire ou d'un royaume, de même que les Autochtones. Ceux-ci sont parfois assimilés à des bêtes sauvages, auxquelles il est permis de faire la guerre en tout temps. Néanmoins, ces peuples demeurent indépendants et peuvent maintenir des relations diplomatiques avec les puissances coloniales européennes. Ce fait est reconnu par les auteurs, par divers traités conclus en Europe et dans le cadre de négociations entre ces puissances. Lorsque cela sert leurs intérêts, celles-ci invoquent les droits territoriaux des peuples autochtones afin de s'opposer aux ambitions de leurs rivales... tout en refusant de restreindre les leurs<sup>1</sup>. Dans ce contexte, la capacité des Autochtones de conclure un traité découle de leur statut de peuple indépendant. Les violations de ces accords doivent cependant faire l'objet de négociations ou déboucher sur le déclenchement d'hostilités, puisqu'aucune juridiction n'a compétence pour sanctionner ces manquements.

1. Michel MORIN, « Des nations libres sans territoire ? Les Autochtones et la colonisation de l'Amérique française du XVI<sup>e</sup> au XVIII<sup>e</sup> siècle », (2010) 12 *Revue d'histoire du droit international public* 1; Michel MORIN, *L'usurpation de la souveraineté autochtone*, Montréal, Boréal, 1997, chap. II.

**76. Inapplicabilité du droit international depuis le XIX<sup>e</sup> siècle** – Tout change au cours du XIX<sup>e</sup> siècle. Les peuples autochtones sont dorénavant considérés comme trop primitifs pour occuper des territoires ou posséder une forme quelconque de souveraineté, celle-ci étant réservée aux États dits « civilisés » (en pratique, il s'agit des États occidentaux). Une entente conclue avec des Autochtones n'a plus aucune valeur juridique aux yeux des internationalistes; elle relève simplement de la morale. Les Autochtones sont devenus des

nationaux assujettis à l'autorité de l'État dans lequel ils vivent. Cette théorie est reprise au sein de l'Empire britannique. Au Canada, les Autochtones sont considérés comme des sujets britanniques dès leur naissance<sup>1</sup>. C'est pourquoi, en 1929, un juge de la Cour de comté de Nouvelle-Écosse peut écrire : « [...] le Traité de 1752 n'est absolument pas un traité et il ne doit pas être considéré comme tel; il s'agit tout au plus d'un simple accord conclu entre le gouverneur et le conseil et une poignée d'Indiens leur donnant, en échange de leur bonne conduite, de la nourriture, des présents et le droit de chasser et de pêcher comme de coutume »<sup>2</sup>. En 1985, le juge en chef Dickson déclare que : « 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 »<sup>3</sup>. Pour sa part, le juge Lamer précise que, en 1760, la « situation *sui generis* dans laquelle se trouvaient les Indiens avait forcé les métropoles européennes à leur reconnaître une autonomie suffisante pour que puissent être valablement créées des ententes solennelles qu'on a appelées "traités", indépendamment du sens strict que le droit international accordait et accorde toujours à ce terme »<sup>4</sup>. Depuis que cette phrase a été écrite, des recherches ont démontré que le « sens strict » du mot traité est apparu au XIX<sup>e</sup> siècle. Néanmoins, cette affirmation traduit bien la situation contemporaine.

1. Michel MORIN, *L'usurpation de la souveraineté autochtone*, Montréal, Boréal, 1997, chap. VII et VIII.
2. *R. c. Silyboy*, [1929] 1 D.L.R. 307 (traduction de la Cour suprême du Canada, *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387, par. 20).
3. *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387, par. 21.
4. *R. c. Stoui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, par. 76. Comparons cette affirmation avec celle du juge en chef Marshall de la Cour suprême des États-Unis dans *Worcester v. Georgia*, 31 U.S. 530 (1832), 559-560 : « The words "treaty" and "nation" are words of our own language, selected in our diplomatic and legislative proceedings, by ourselves, having each a definite and well understood meaning. We have applied them to Indians, as we have applied them to the other nations of the earth. They are applied to all in the same sense ». Malgré cette affirmation, à l'instar de la situation au Canada, les traités signés avec les Autochtones aux États-Unis ne sont pas assujettis aux normes du droit international.

**77. Inapplicabilité des règles du droit contractuel** – Dans ce contexte, il va de soi qu'en qualifiant les ententes conclues avec les Autochtones de contrats, on dénature complètement la nature et la portée d'accords qui, s'ils ne sont plus de nature internationale, représentent l'engagement solennel de la Couronne envers un peuple qu'elle entend protéger. L'expression *sui generis* traduit cette ambivalence en indiquant que ces ententes forment une catégorie à part. S'il est possible de s'inspirer, à certains égards, des principes de droit contractuel, il ne faut pas importer intégralement les règles propres à ce domaine du droit dans l'analyse<sup>1</sup>.

1. *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387; *R. c. Sundown*, [1999] 1 R.C.S. 393, par. 24; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456, par. 43; au sujet de l'interprétation des traités, voir *infra* nos 84-90; pour une discussion approfondie, voir Sébastien GRAMMOND, *Aménager la coexistence, Les Peuples autochtones et le droit canadien*, Bruxelles, Bruylant/Éditions Yvon Blais, 2003, p. 267-269.

**78. Caractère collectif des droits issus de traités** – Depuis la Proclamation royale de 1763 jusqu'au processus de ratification des accords modernes, en passant par les diverses versions de la *Loi sur les Indiens*, le consentement des hommes adultes membres d'une bande ou d'une nation a toujours été requis pour avaliser une cession de territoire et, plus tard, pour autoriser la mise en place de nouvelles structures de pouvoirs. Un membre d'une Première Nation ne peut donc s'opposer à la participation de représentants légitimes de sa nation à un processus de négociation ou prétendre céder à titre individuel les droits issus d'un traité. En revanche, lorsque les droits issus de traités peuvent être exercés seuls (par exemple, les droits de chasse et de pêche), un membre de la Première nation peut les invoquer à l'encontre de lois fédérales ou provinciales, même s'il demeure soumis « à l'autorité de la communauté » qui détient collectivement ces droits<sup>1</sup>. Toutefois, les tribunaux font preuve de souplesse lorsqu'il leur faut évaluer le lien généalogique entre des Autochtones contemporains et les prédécesseurs de la nation concernée qui ont conclu un traité dans la même région<sup>2</sup>.

1. *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533, par. 17.

2. *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387. Voir également *supra*, n° 41.

**79. Rôle potentiel de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (2007)**<sup>1</sup> – L'adoption de cette déclaration, et la décision (tardive) du gouvernement canadien d'appuyer celle-ci en 2010, peut fournir un point d'appui aux juristes dans l'interprétation des traités. Bien que son adoption n'entraîne aucune obligation pour les États, elle représente un consensus international dont les tribunaux canadiens devront tenir compte dans l'interprétation des droits ancestraux ou issus de traités. Or, en reconnaissant que les Autochtones forment des peuples qui jouissent du droit à l'autodétermination (sous réserve de l'obligation de respecter l'intégrité territoriale des États), la Déclaration les réintègre partiellement dans l'ordre international<sup>2</sup>. En outre, l'article 37, ainsi que plusieurs parties du préambule, rappellent l'importance de respecter les « traités, accords et autres arrangements constructifs » conclus entre les peuples autochtones et les États<sup>3</sup>. Ces documents pourront être interprétés à la lumière des autres dispositions de la Déclaration, qui énoncent une panoplie de droits en matière foncière, culturelle, spirituelle et socio-économique. Le rôle exact que jouera la Déclaration demeure toutefois incertain à l'heure actuelle.

1. <<http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/fr/drip.html>>.

2. Voir les articles 3 et 46.

3. Article 37(1) Les peuples autochtones ont droit à ce que les traités, accords et autres arrangements constructifs conclus avec des États ou leurs successeurs soient reconnus et effectivement appliqués, et à ce que les États honorent et respectent lesdits traités, accords et autres arrangements constructifs. (2) Aucune disposition de la présente Déclaration ne peut être interprétée de manière à diminuer ou à nier les droits des peuples autochtones énoncés dans des traités, accords et autres arrangements constructifs.

## **B. Traités : des ententes *sui generis***

**80. Introduction** – Il convient de distinguer la formation du traité (1) de son interprétation (2).

### 1. Conditions de formation d'un traité

81. **La capacité des parties** – Nous avons vu ci-dessus que la capacité des Autochtones de conclure des traités au XVIII<sup>e</sup> siècle a été débattue devant les tribunaux. En définitive, ces derniers ont conclu que les puissances coloniales de l'époque avaient reconnu cette capacité aux Autochtones<sup>1</sup>. Dans la mesure où un traité a été conclu avec un – ou plusieurs – représentant autochtone dûment autorisé par les siens à négocier avec les Britanniques, aucune difficulté ne se pose.

L'autorité de certains officiers militaires a également été contestée, mais sans succès. Outre le fait que la pratique de l'époque semblait leur conférer un pouvoir au moins implicite de conclure des traités, la Cour suprême a souligné qu'il fallait prendre en considération la perception des Autochtones. Or ceux-ci n'avaient aucune raison de douter de l'autorité de leur interlocuteur<sup>2</sup>.

1. Voir *supra*, n° 15.

2. *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387, 401; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, par. 29-38.

82. **Les engagements des parties** – La Cour suprême du Canada a affirmé qu'un traité est d'abord caractérisé par l'intention de créer des obligations mutuellement exécutoires<sup>1</sup>. Historiquement, les représentants de la couronne cherchaient à renouveler ou à établir des relations pacifiques avec les Autochtones, afin de permettre la poursuite d'activités commerciales ou le développement du territoire<sup>2</sup>. Ils fournissaient généralement, en contrepartie de l'acceptation des nouveaux arrivants, des biens ou, plus tard, des rentes. La reconnaissance du droit des Autochtones de pratiquer des activités traditionnelles telles que la chasse et la pêche faisait généralement partie des obligations contractées par la Couronne. Au XIX<sup>e</sup> siècle, la création de réserves est aussi prévue.

1. *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, par. 43.

2. Voir par exemple *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456, par. 23-25.

83. **L'élément de solennité** – Selon la Cour suprême du Canada, un traité est également caractérisé par un « certain élément de solennité », même si la présence de celui-ci ne revêt pas une importance cruciale<sup>1</sup>. Au XVIII<sup>e</sup> siècle, par exemple, des ceintures de wampum ont été échangées lors d'une conférence entre le surintendant des affaires indiennes et des chefs autochtones. Cela a été qualifié de ratification solennelle d'un accord de paix conclu quelques jours plus tôt et attesté par un document ayant l'apparence d'un sauf-conduit<sup>2</sup>. De manière générale, les pourparlers se déroulent lors d'une conférence réunissant des représentants d'une nation mandatés à cette fin ainsi que des représentants de la Couronne, au cours de laquelle des discours sont prononcés et des négociations engagées. Ce scénario classique satisfait certainement à l'exigence de solennité.

1. *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, par. 43 et 87.

2. *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, par. 87.

## 2. *Interprétation des traités*

84. **Admissibilité des déclarations faites lors des négociations** – Les peuples autochtones qui ont conclu des traités au XVIII<sup>e</sup> et au XIX<sup>e</sup> siècle, voire au début du XX<sup>e</sup>, ne parlaient généralement pas l'anglais et ne savaient pas lire. C'est pourquoi l'entente conclue entre les parties ne saurait être limitée au document rédigé à l'issue des négociations. Elle est donc présumée inclure les déclarations qui ont été faites à cette occasion et que le document avait pour but de confirmer, dans la mesure cependant où l'on peut conclure au caractère incomplet de ce dernier<sup>1</sup>.

1. *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, par. 51; *R. c. Sundown*, [1999] 1 R.C.S. 393, par. 24; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456, 10-14 et 41-44 (j. Binnie) ainsi que par. 78 (j. McLachlin, dissidente mais pas sur ce point); *R. c. Morris*, [2006] 2 R.C.S. 915, 2006 CSC 59, par. 24; voir également *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, par. 58. L'arrêt *R. c. Horse*, [1988] 1 R.C.S. 187, 201 a été infirmé par la jurisprudence ultérieure.

85. **Principes d'interprétation des traités conclus avec les peuples autochtones** – La tâche de l'interprète consiste ensuite à dégager l'intention commune des parties. La démarche a été résumée de manière succincte et éloquente par la juge McLachlin<sup>1</sup> :

1. Les traités conclus avec les Autochtones constituent un type d'accord unique, qui demandent l'application de principes d'interprétation spéciaux [...].
  2. Les traités doivent recevoir une interprétation libérale, et toute ambiguïté doit profiter aux signataires autochtones [...].
  3. L'interprétation des traités a pour objet de choisir, parmi les interprétations possibles de l'intention commune, celle qui concilie le mieux les intérêts des deux parties à l'époque de la signature [...].
  4. Dans la recherche de l'intention commune des parties, l'intégrité et l'honneur de la Couronne sont présumées [...].
  5. Dans l'appréciation de la compréhension et de l'intention respectives des signataires, le tribunal doit être attentif aux différences particulières d'ordre culturel et linguistique qui existaient entre les parties [...].
  6. Il faut donner au texte du traité le sens que lui auraient naturellement donné les parties à l'époque [...].
  7. Il faut éviter de donner aux traités une interprétation formaliste ou inspirée du droit contractuel [...].
  8. Tout en donnant une interprétation généreuse du texte du traité, les tribunaux ne peuvent en modifier les conditions en allant au-delà de ce qui est réaliste ou de ce que le “[langage] utilisé [...] permet” [...].
  9. Les droits issus de traités des peuples autochtones ne doivent pas être interprétés de façon statique ou rigide. Ils ne sont pas figés à la date de la signature. Les tribunaux doivent les interpréter de manière à permettre leur exercice dans le monde moderne. Il faut pour cela déterminer quelles sont les pratiques modernes qui sont raisonnablement accessoires à l'exercice du droit fondamental issu de traité dans son contexte moderne [...].
1. *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456, par. 78 (j. McLachlin, dissidente, mais pas sur ce point; cet excellent résumé a été souvent cité par la suite; les références ont été omises).

86. **Recherche de l'«intention commune»** – Le juge Lamer a déclaré que, pour répondre à une question qui n'avait pas été abordée lors des pourparlers ayant mené à la conclusion du traité, il fallait chercher la «façon la plus raisonnable de concilier les intérêts en jeu»<sup>1</sup>. Dans l'affaire *Sioui*, il a conclu qu'il fallait mettre en balance le besoin des Hurons de protéger l'exercice de leurs coutumes d'une part, et le désir d'expansion du conquérant britannique d'autre part. Cette approche a été souvent utilisée par la suite<sup>2</sup>.

1. *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, par. 120.
2. *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456, par. 14; *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, [2005] 3 R.C.S. 388, 2005 CSC 69, par. 28.

87. **Interprétation favorable aux Autochtones** – En principe, toute ambiguïté entourant le sens d'une clause figurant dans un traité doit être résolue d'une manière favorable aux Autochtones<sup>1</sup>. Le juge Lamer a toutefois précisé que «les peuples indiens sont aujourd'hui beaucoup plus versés dans l'art de la négociation avec les autorités publiques»<sup>2</sup>. En effet, l'«importance et la complexité du texte distinguent notamment les traités modernes globaux, dont la Convention de la Baie James a été le précurseur, des traités historiques conclus avec les peuples autochtones»<sup>3</sup>. Compte tenu du fait qu'à l'occasion de la négociation de ces ententes modernes, les parties étaient toutes assistées de leurs avocats, les juges doivent accorder «une grande attention» au libellé de l'accord<sup>4</sup>. De manière analogue, la Cour suprême a jugé qu'un traité conclu en 1923 «ne soulève pas les mêmes préoccupations que les traités signés à une époque plus lointaine ou dans des territoires plus éloignés, à propos desquels on peut légitimement s'interroger sur la compréhension des parties indiennes», car ce document visait des «terres à proximité de l'Ontario urbanisée de l'époque»; en outre, parmi les «signataires de la bande Hiawatha, il y avait des hommes d'affaires, un fonctionnaire et tous savaient lire et écrire»<sup>5</sup>.

1. *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387, 402; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, 1035-1036, par. 17-19; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, par. 41; *R. c. Sundown*, [1999] 1 R.C.S. 393, par. 24; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456, par. 14; *R. c. Morris*, [2006] 2 R.C.S. 915, 2006 CSC 59, par. 29.
2. *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, 1036, par. 20.
3. *Québec (Procureur général) c. Moses*, 2010 CSC 17, [2010] 1 R.C.S. 557, par. 7 (j. Binnie).
4. *Québec (Procureur général) c. Moses*, 2010 CSC 17, [2010] 1 R.C.S. 557, par. 7 (j. Binnie) et par. 107-123 (les juges LeBel et Deschamps, diss.); *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103, par. 8-13 et par. 114-126 (j. Deschamps).
5. *R. c. Howard*, [1994] 2 R.C.S. 299, par. 9.

88. **Portée territoriale des droits issus de traités** – Les traités anciens ne précisent pas toujours la portée territoriale des droits qu'ils reconnaissent. Il s'agit typiquement de droits de chasse et de pêche. Dans une telle hypothèse, les tribunaux doivent rechercher l'intention commune des parties, tel qu'expliqué précédemment, en ce qui concerne l'étendue du territoire où s'exercera le droit prévu par le traité. Cela peut les conduire à déterminer que les Hurons, qui se sont établis à Lorette après la fondation de Québec par les Français, comprenaient qu'ils ne pourraient pratiquer leurs rites et leurs coutumes d'une manière incompatible avec l'utilisation que la Couronne britannique ferait éventuellement du territoire<sup>1</sup>. Dans une autre affaire, selon la Cour suprême du Canada, les faits donnaient à

penser que les Indiens avaient compris qu'ils ne pourraient chasser sur des terres « f[aisant] l'objet d'une utilisation visible et incompatible avec la pratique de [cette activité] »<sup>2</sup>. En l'espèce, elle devait conclure que la chasse était possible, même si elle avait eu lieu sur un terrain privé, puisque celui-ci ne faisait pas l'objet d'une « utilisation incompatible »<sup>3</sup>. La Cour suprême du Canada a également précisé que « l'exercice des droits issus de traités se limite au territoire traditionnellement utilisé par la communauté locale qui a conclu un traité »<sup>4</sup>.

1. *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, 1070, par. 116.
2. *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, par. 58.
3. *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, par. 68.
4. *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533, par. 17.

**89. Honneur de la Couronne** – Presque tous les arrêts discutant de l'interprétation d'un traité insistent sur la nécessité de préserver l'honneur de la Couronne en évitant toute apparence de pratique abusive. Une interprétation qui priverait une partie du traité d'effet pratique ou qui accorderait à la Couronne le pouvoir d'agir unilatéralement au détriment des Autochtones doit donc être rejetée<sup>1</sup>.

1. Voir par ex. *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, par. 41; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456, par. 14 et 49-52; *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, [2005] 3 R.C.S. 388, 2005 CSC 69, par. 33-34; *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103, par. 12 et 40-42.

**90. Exercice d'un droit sous une forme moderne** – Les modalités d'exercice d'un droit issu de traité peuvent évoluer avec le temps. Il s'agit là d'un exemple d'interprétation libérale des traités concernant les Indiens. Ainsi, il est permis de chasser avec une carabine plutôt qu'avec un arc<sup>1</sup> et de construire une modeste cabane permanente plutôt qu'un abri temporaire<sup>2</sup>. En revanche, seules les pratiques qui constituent une évolution logique d'activités traditionnelles peuvent être considérées comme une manière moderne d'exercer ces dernières. C'est pourquoi le commerce des grumes (c'est-à-dire des troncs d'arbres ébranchés) ne peut découler du commerce traditionnel de produits tels que des paniers, des raquettes et des canots<sup>3</sup>.

1. *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387, 402, par. 29.
2. *R. c. Sundown*, [1999] 1 R.C.S. 393, par. 26-33.
3. *R. c. Marshall*; *R. c. Bernard*, [2005] 2 R.C.S. 220, 2005 CSC 43, par. 13-36.

## C. Réflexions finales sur les droits issus de traités

**91. Définition large des traités, portée limitée des droits qui en sont issus** – La Cour suprême du Canada a fait preuve de souplesse et de réalisme dans la définition de ce qui constitue un traité, en mettant de côté les *a priori* hérités du XIX<sup>e</sup> siècle concernant l'incapacité des peuples autochtones de conclure des traités ou d'occuper un territoire. Elle a évité de confondre le document rédigé au terme des négociations et l'accord que les parties ont conclu. Toutefois, dans la recherche de l'intention commune des parties, la Cour accorde autant d'importance, voire plus, aux intérêts de la Couronne qu'à ceux des Autochtones.

### III. Thèmes chevauchant Charte et fédéralisme

Elle interprète de manière extrêmement limitée et circonscrite la portée de leurs droits. Par exemple, ceux-ci doivent correspondre étroitement aux activités traditionnelles visées par les traités du XVIII<sup>e</sup> siècle.

Dans d'autres cas, la Cour subordonne l'exercice des droits issus de traités aux décisions unilatérales du gouvernement. Pensons à la possibilité, pour la Couronne britannique, d'affecter une partie du territoire que les Hurons exploitaient à l'époque du traité à une fin incompatible avec leurs activités traditionnelles; cela réduit d'autant la portée de leurs droits. Le pouvoir du gouvernement de déterminer unilatéralement le niveau de prises assurant une subsistance convenable constitue un autre exemple de ce phénomène<sup>1</sup>. En définitive, la Cour suprême a presque toujours restreint les droits issus de traités à la chasse ou à la pêche *pour se nourrir* ou au commerce *à des fins de subsistance*. En utilisant une approche très différente, la Cour est parvenue à un résultat semblable dans la définition des droits ancestraux. Consciemment ou inconsciemment, les plus hauts magistrats du pays ne peuvent admettre que les droits ancestraux ou issus de traités procurent des revenus substantiels aux Autochtones, ce qui leur permettrait d'améliorer leur niveau de vie qui est actuellement lamentablement bas.

1. Voir *infra*, n° 142.1.

[Paragraphe suivant: 112]

## IV. RÉSOLUTION DES CONFLITS ENTRE DROITS ANCESTRAUX, DROITS ISSUS DE TRAITÉS ET DROIT ÉTATIQUE

112. **Complexité et confusion** – Comme nous le verrons, il n'est pas exagéré d'affirmer que la question du rapport, au sein de la fédération canadienne, entre les peuples autochtones et les deux ordres de gouvernement est remarquablement compliquée, pour ne pas dire confuse, et résulte d'un développement de la doctrine des droits ancestraux qui s'est fait un peu à la va-comme-je-te-pousse.

### A. Pouvoir respectif de l'État central et des provinces en matière autochtone

#### 1. *Distinction entre puissance publique et domaine public*

113. **Imperium et dominium** – Pour bien saisir la nature du problème posé par la répartition des pouvoirs en matière autochtone en droit constitutionnel canadien, il importe de distinguer le partage de la puissance publique (*imperium*) entre l'État central et les provinces de la division du domaine public (*dominium*) entre ceux-ci<sup>1</sup>.

Les articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*<sup>2</sup> dressent une liste de compétences législatives mutuellement exclusives. Autrement dit, le Parlement central ne peut poursuivre une finalité législative attribuée en exclusivité aux entités fédérées et vice versa. Il importe donc, dans un premier temps, de se demander qui est investi du pouvoir de légiférer en

matière autochtone, et qui détient l'autorité législative relativement à l'exploitation des territoires grevés d'éventuels droits ancestraux ou titres aborigènes.

Dans un deuxième temps, il faut également s'interroger à propos de l'identité des détenteurs du domaine public. Le Canada est doté d'un immense territoire. Toutefois, et conformément à l'article 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ce sont les entités fédérées et non l'État central qui ont la part du lion en matière de domaine public. Exception faite des territoires fédéraux que sont le Yukon, les Territoires du Nord-Ouest et le Nunavut, auxquels il faut ajouter certaines terres fédérales (parcs nationaux, champs de bataille, réserves indiennes, et autres terres expropriées par le gouvernement central dans l'exercice de ses compétences – ex : aéroport, voies de chemin de fer, zones portuaires, etc.), tout le domaine public appartient aux provinces<sup>3</sup>.

De cette complexe répartition du pouvoir législatif et du domaine public résulte la nécessité de faire intervenir les deux ordres de gouvernement à l'occasion de l'élaboration de tentatives de solution à un enjeu autochtone. Par exemple, quoique le Parlement central soit le seul à être investi de l'autorité constitutionnelle permettant d'éteindre un titre aborigène sur le territoire d'une province, une fois ce titre éteint, le territoire dégrevé de cet intérêt foncier autochtone est, règle générale<sup>4</sup>, réputé appartenir à la province. En conséquence, le gouvernement fédéral qui négocie une entente comportant une clause de cession de réserve ou de cession d'un titre aborigène doit s'associer la province, car dès le moment de la cession, ni la partie autochtone ni le gouvernement fédéral ne seront propriétaires du territoire cédé<sup>5</sup>. En effet, le Conseil privé a déclaré que le paragraphe 91(24) ne conférerait au Parlement fédéral aucun « proprietary rights in such lands [réserves indiennes], or any power by legislation to appropriate lands which by the surrender of Indian title had become the free public lands of the Province as an Indian reserve »<sup>6</sup>.

En revanche, la propriété du domaine public par la province n'investit pas celle-ci du pouvoir de légiférer relativement aux Indiens. Ainsi, la province ne peut exciper de son droit de propriété pour soutenir avoir éteint le titre aborigène d'un groupe autochtone en octroyant des titres de propriété à des tiers sur le territoire ainsi grevé. Seul le Parlement fédéral est investi de ce pouvoir et, en ce qui concerne la province, l'article 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867* prévoit que le domaine public « appartiendr[a] aux différentes provinces [...] sous réserve des fiducies existantes et de tout intérêt autre que celui de la province à cet égard »<sup>7</sup>. Le Conseil privé a jugé que le titre aborigène constituait un tel « intérêt autre »<sup>8</sup>. Toutefois, le paragraphe 92(5) et l'article 92A de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui reconnaissent aux provinces une compétence exclusive sur « [l']administration et la vente des terres publiques appartenant à la province, et des bois et forêts qui s'y trouvent » ainsi que sur les ressources naturelles non renouvelables, les ressources forestières et l'énergie électrique, autorisent les entités fédérées à légiférer relativement aux droits ancestraux, aux titres aborigènes<sup>9</sup> et aux droits issus de traités qui grevent son domaine public<sup>10</sup>, sous réserve du respect des exigences posées par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

1. François CHEVRETTE, « *Dominium et Imperium* : l'État propriétaire et l'État puissance publique en droit constitutionnel canadien », dans *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 665 à 682 (peut être téléchargé à l'adresse suivante : <<http://hdl.handle.net/1866/1332>>).

### III. Thèmes chevauchant Charte et fédéralisme

2. 30 & 31 Vict., R.-U., c. 3.
3. *Première Nation de Grassy Narrows c. Ontario (Ressources naturelles)*, 2014 CSC 48, au par. 31.
4. En règle générale, car il existe des exceptions qu'il n'est pas nécessaire d'examiner ici.
5. *St. Catharines Milling and Lumber Co. v. The Queen*, (1888) 14 App. Cas. 46.
6. *Ontario Mining Company c. Seybold*, [1903] A.C. 73, 82. Selon François CHEVRETTE et Herbert MARX, *Droit Constitutionnel. Notes et jurisprudence*, PUM, Montréal, 1982, p. 1112 : « cet arrêt ne fait qu'établir que, lors de l'extinction du titre indien, les terres qui en sont l'objet reviennent aux provinces [...] » ; « il n'empêche pas le Parlement, par voie d'expropriation, de réserver des terres aux indiens. » Plus récemment, une Cour suprême unanime affirmait que le « paragraphe 91(24) ne confère pas au Canada le droit de prendre des terres provinciales à des fins exclusivement provinciales, telles la colonisation ou l'exploitation forestière ou minière. » (*Première Nation de Grassy Narrows c. Ontario (Ressources naturelles)*, 2014 CSC 48, par. 37). Est-ce à dire qu'une expropriation visant une fin exclusivement fédérale serait possible?
7. Nous soulignons.
8. *St. Catharines Milling and Lumber Co. v. The Queen*, (1888) 14 App. Cas. 46.
9. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 151.
10. *Première Nation de Grassy Narrows c. Ontario (Ressources naturelles)*, 2014 CSC 48, par. 31, 35, 46 et 53.

#### 2. *Partage de la puissance publique en ce qui concerne les différents peuples autochtones du Canada*

114. **Indiens, Inuit et Métis** – La *Loi constitutionnelle de 1867* ne fait référence ni aux Métis ni aux Inuit. Le paragraphe 91(24) attribue cependant au Parlement fédéral une compétence exclusive en matière « d'Indiens et de terres réservées aux Indiens »<sup>1</sup>. Celle-ci a un caractère *ratione personae* : elle s'exerce sur tout Indien, qu'il habite ou non une réserve, et qu'il entretienne ou non un lien avec un territoire donné<sup>2</sup>.

Reste à savoir quelles sont les personnes visées par ce terme. Évidemment, il en va ainsi de celles qui sont assujetties à la *Loi sur les Indiens*. Depuis 1951, elles sont officiellement inscrites dans un registre<sup>3</sup>. De 1867 à nos jours, les conditions imposées par cette loi pour être considéré comme un Indien ont cependant varié considérablement, notamment en raison des préjugés à l'égard des femmes mariées à des non-autochtones et de leurs descendants ou plus généralement des unions mixtes. En outre, plusieurs individus ou groupes qui étaient initialement exclus du champ d'application de la loi ont été inclus dans celui-ci par la suite<sup>4</sup>. Pour cette raison, certaines personnes revendiquent de nos jours le statut d'Indien sans bénéficier d'une inscription officielle dans un registre – d'où l'expression « Indiens non inscrits ».

Dans quelle mesure le terme Indien désignait-il en 1867 l'un ou l'autre des peuples autochtones du Canada? En ce qui concerne les Inuit, ils ont appris en 1939 qu'ils étaient des « Indiens » au sens du paragraphe 91(24). En effet, en se fondant sur une documentation historique diversifiée, la Cour suprême du Canada a conclu que, jusqu'en 1867, les deux appellations étaient utilisées indistinctement<sup>5</sup>.

Pour ce qui est des Métis, en 2003, la Cour suprême a conclu qu'ils n'étaient pas des « Indiens », au sens de la *Convention sur le transfert des ressources naturelles* du Manitoba reproduite à l'annexe 1 de la *Loi constitutionnelle de 1930*<sup>6</sup>. En effet, à cette époque, les deux termes étaient clairement distingués l'un de l'autre<sup>7</sup>. La Cour en est toutefois arrivée à une conclusion contraire lorsque l'interprétation du mot « Indien » apparaissant au paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* a été soulevée, au motif que, avant et après la Confédération, ce vocable était utilisé pour désigner les Métis<sup>8</sup>. En outre, à plusieurs reprises, certains d'entre eux ont été exclus ou inclus dans le champ d'application de la *Loi sur les indiens*<sup>9</sup>. En somme, le terme « Indien » possède « deux sens en contexte constitutionnel : un sens large, au paragraphe 91(24), qui inclut tant les Métis que les Inuit et que l'on peut assimiler à celui de l'expression « peuples autochtones du Canada » employée à l'article 35; et un sens plus restreint, qui distingue les bandes indiennes des peuples autochtones »<sup>10</sup>.

Par ailleurs, devant la Cour suprême du Canada, le gouvernement a concédé que la compétence fédérale s'étendait aux Indiens non inscrits, une conclusion que la juge Abella considère comme bien fondée au vu des diverses lois fédérales qui ont tour à tour accordé ou retiré le statut d'Indien depuis 1867<sup>11</sup>. Toutefois, il importe de souligner que cette conclusion « ne crée aucune obligation de légiférer »; elle évite simplement d'avoir à se demander « vers qui se tourner pour obtenir une réparation gouvernementale »<sup>12</sup>.

Les critères de distinction entre les Indiens non inscrits (qui sont souvent des « collectivités d'ascendance mixte ») et les Métis devront être précisés à l'avenir « au cas par cas » en se fondant sur les critères de l'arrêt *R. c. Powley*<sup>13</sup>. Dans le contexte particulier de l'interprétation du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, la Cour supprime cependant la troisième condition de ce dernier arrêt, soit « l'acceptation par la collectivité »; en effet, certaines personnes pourraient avoir de la difficulté à remplir cette condition en raison de politiques gouvernementales qui les auraient forcées à quitter leur communauté d'origine<sup>14</sup>.

La Cour suprême du Canada prend également soin de préciser que la compétence fédérale sur les Métis et les Indiens non inscrits « ne signifie pas que toute mesure législative provinciale les concernant est intrinsèquement *ultra vires* »<sup>15</sup>. En effet, celle-ci « n'empêche pas l'instauration de régimes provinciaux valides qui ne portent pas atteinte à son statut essentiel »<sup>16</sup>. Elle songe sans doute au *Metis Settlements Act* de l'Alberta<sup>17</sup> et au *Métis Act* de la Saskatchewan<sup>18</sup>. Dans la mesure où ces lois définissent un statut particulier aux seules fins de déterminer l'admissibilité à certains avantages relevant de la compétence provinciale, par exemple le droit d'occuper des terres qui ne font pas l'objet de droits ancestraux, elles seront valides<sup>19</sup>. Dans la mesure où elles prétendent conférer ou retirer des avantages qui relèvent de la compétence exclusive fédérale, par exemple le droit de transmettre un éventuel statut métis, elles seront inconstitutionnelles. Enfin, une loi provinciale valide conférant des avantages aux Métis sera déclarée inopérante, si elle entre en conflit avec une loi fédérale valide relative à ces mêmes autochtones.

Cela dit, pour les raisons exposées plus loin, il faut souligner que l'arrêt Daniels ne change rien au fait que les lois provinciales d'application générale qui satisfont au cadre d'analyse

### III. Thèmes chevauchant Charte et fédéralisme

énoncé dans *Sparrow* pourront imposer des restrictions raisonnables *aux droits ancestraux et aux titres aborigènes* que pourront faire prévaloir des groupes métis<sup>20</sup>.

1. À ces dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867* s'ajoutent d'autres mesures à caractère constitutionnel. À titre d'exemples, mentionnons les *Conditions d'adhésion de la Colombie-Britannique*, reproduites dans L.R.C. (1985), app. II, n° 10; la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, S.R.C. 1970, app. II; la *Loi constitutionnelle de 1930* reproduite dans L.R.C. (1985), app. II, n° 26; le *Décret en conseil sur la terre de Rupert et le territoire du Nord-Ouest* (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 3), reproduit dans L.R.C. (1985), app. II, n° 9 et la *Loi sur le Nunavut*, L.C. 1993, c. 28. Dans la mesure où ces normes – et d'autres qui ne sont pas mentionnées – ne trouvent pas à s'appliquer en territoire québécois, et que leur interprétation est fort complexe, nous n'avons pas jugé utile de nous y arrêter.
2. En pratique, il est exceptionnel que les dispositions de la *Loi sur les Indiens* s'appliquent à l'extérieur des réserves (voir les articles 4, 4.1 et 5).
3. Voir les articles 5 à 14.3 de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), c. I-5.
4. À l'inverse, certaines personnes incluses à l'origine ont été exclues (par exemple, les femmes non-indiennes qui, par leur mariage avec un indien, obtenaient elles-mêmes ce statut automatiquement). Sur toutes ces questions, voir Michel MORIN, *L'Usurpation de la souveraineté autochtone*, Montréal, Boréal, 1997, chapitre IX; Sébastien GRAMMOND, *Terms of Coexistence: Indigenous Peoples and Canadian Law*, Toronto, Carswell, 2013, p. 114-117.
5. *Reference as to whether « Indians » in s. 91(24) of the B.N.A. Act includes Eskimo inhabitants of the Province of Quebec*, [1939] R.C.S. 104. Leur surprise a dû être d'autant plus grande qu'ils n'étaient pas eux-mêmes parties au litige, la lutte opposant le Québec et le gouvernement central, lesquels se renvoyaient mutuellement la responsabilité de subvenir aux besoins des Inuit durement frappés par la crise des années 30: Constance BACKHOUSE, *La couleur des lois: une histoire juridique du racisme au Canada entre 1900 et 1950*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 2010, p. 23 à 70.
6. *R. c. Blais*, [2003] 2 R.C.S. 236, 2003 CSC 44. Dans cette affaire, la Cour a pris soin de souligner – au paragraphe 36 – qu'elle n'était pas appelée à se prononcer sur la question de savoir si les Métis tombaient sous la coupe du paragraphe 91(24).
7. *Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 CSC 12.
8. *Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 CSC 12, par. 23-25.
9. *Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 CSC 12, par. 26-32.
10. *Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 CSC 12, par. 35.
11. *Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 CSC 12, par. 20.
12. *Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 CSC 12, par. 15.
13. *Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 CSC 12, par. 18 et 47; *R. c. Powley*, [2003] 2 R.C.S. 207, 2003 CSC 43. Voir supra no 36.
14. *Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 CSC 12, par. 49.
15. *Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 CSC 12, par. 51.
16. *Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 CSC 12, par. 51.
17. R.S.A. 2000, c. M-14.
18. S.S. 2001, c. M-14.01.
19. Rappelons que vers 1870, les Métis de la Rivière Rouge « détenaient et utilisaient des terres individuellement, plutôt que collectivement, et qu'ils en permettaient l'aliénation... sans égard à leur identité métisse distinctive commune »: *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, par. 56, [2013] A.C.S. no 14.
20. Voir *infra*, n° 165.

### 3. *Étendue de la compétence fédérale en matière « d'Indiens et de terres réservées aux Indiens »*

115. **Introduction** – Outre la question abordée plus haut de l'identité des peuples autochtones assujettis au pouvoir exclusif du Parlement central, se pose le problème de l'étendue de cette compétence portant à la fois sur les « Indiens » et les « terres réservées aux Indiens ».

#### a) *Compétence relative aux questions relatives aux « Indiens »*

116. **Notion d'indianité** – La rubrique constitutionnelle relative aux « Indiens » autorise le Parlement fédéral à intervenir, de manière exclusive, à l'égard de « l'« essentiel » de la quiddité indienne, ou indianité »<sup>1</sup>. Cette indianité constitue le contenu minimum essentiel de la compétence fédérale, un contenu que les lois provinciales ne peuvent réglementer directement et auquel elles ne peuvent porter atteinte d'une manière « constitutionnellement inacceptable »<sup>2</sup>. Autrement dit, il est interdit aux provinces d'adopter des lois d'application spécifique portant sur ce contenu, ou encore des lois d'application générale qui aurait pour effet d'« entrave[r] l'exercice, par le fédéral, d'une activité relevant de ce contenu minimum »<sup>3</sup>.

Cette « indianité » ou « quiddité indienne », les tribunaux en ont rarement défini le contenu et quand ils l'ont fait, c'est en général pour se limiter à dire qu'en font partie les attributs conférés par la *Loi sur les Indiens*<sup>4</sup>. Il ne fait donc pas de doute que le Parlement central est autorisé à réglementer le statut et la capacité juridiques des Indiens<sup>5</sup>, ainsi que les droits et privilèges qui figurent actuellement dans la loi (y compris leurs droits privés et leurs institutions gouvernementales)<sup>6</sup>. Comme le juge Beetz l'affirmait, la compétence sur les Indiens autorise la réglementation du « statut d'Indien [et] des droits si intimement liés au statut d'Indien qu'ils devraient en être considérés comme des accessoires indissociables comme, par exemple, la possibilité d'être enregistré, la qualité de membre d'une bande, le droit de participer à l'élection des chefs et des conseils de bande, les privilèges relatifs à la réserve, etc. »<sup>7</sup>. Dans *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*<sup>8</sup>, la Cour ajoutait à cette liste les « relations au sein des familles indiennes et des collectivités vivant dans les réserves. » S'ajoutent à cela, l'occupation de la résidence familiale située sur une réserve<sup>9</sup>, et le droit à la possession de terres sur une réserve et, par conséquent, le partage des biens familiaux sur des terres réservées<sup>10</sup>. L'indianité ferait donc référence avant tout au genre d'attributs conférés par le passé aux Indiens aux termes de lois coloniales ou fédérales.

La Cour s'est également attardée à identifier les matières qui ne touchaient pas à cette quiddité indienne. Ainsi, elle a conclu que ne portaient pas atteinte à cette quiddité les lois provinciales réglementant l'adoption<sup>11</sup>, celles régissant les relations de travail des entreprises situées sur une réserve, administrées par des Indiens et dont les activités n'entretiennent aucun lien avec les Indiens en tant qu'Indiens<sup>12</sup>, ou encore la protection de la jeunesse et les relations de travail des employés d'organismes provinciaux desservant des communautés autochtones, mais dont les activités quotidiennes relèvent des provinces<sup>13</sup>, ainsi que les lois sur la circulation routière<sup>14</sup>.

### III. Thèmes chevauchant Charte et fédéralisme

La Cour s'est également inspirée, à l'occasion, de ce qui a été garanti par les *Conventions sur le transfert des ressources naturelles* visant les provinces de l'Ouest et par le contenu de certains traités pour investir de sens l'expression « indianité ». Dans *Dick*, par exemple, la Cour a tenu pour acquis que le droit de chasse faisait partie de cette quiddité en s'appuyant sur cet argument<sup>15</sup>.

1. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 177.
2. *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, [2010] 2 RCS 536, 2010 CSC 39, par. 42 : « Il ne suffit pas que [la disposition provinciale] touche au cœur même d'une compétence fédérale; il faut démontrer que cette atteinte est constitutionnellement inacceptable. Ainsi se pose la question de savoir à quel point une atteinte doit être grave pour qu'une loi provinciale soit inapplicable ».
3. *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, [2010] 2 RCS 536, 2010 CSC 39, par. 43-44 : « [I] est maintenant établi que le critère consiste à savoir si la loi provinciale *entrave* l'exercice, par le fédéral, d'une activité relevant du cœur de sa compétence [...] Le critère de l'entrave [...] représente un moyen terme entre la stérilisation et de simples effets ».
4. *Four B Manufacturing c. Travailleurs unis du vêtement*, [1980] 1 R.C.S. 1031, 1048.
5. *Parents Naturels c. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 R.C.S. 751, 760-761 (le juge en chef Laskin, rédigeant en son nom et au nom de trois autres juges) et 787 (le juge Beetz, rédigeant en son nom et au nom d'un autre juge).
6. *Four B Manufacturing c. Travailleurs unis du vêtement*, [1980] 1 R.C.S. 1031, 1048. Dans *Procureur général du Canada c. Canard*, [1976] 1 R.C.S. 170, une majorité de la Cour avait reconnu que les affaires testamentaires et les matières relatives aux Indiens décédés relevaient de la compétence du Parlement fédéral.
7. *Four B Manufacturing c. Travailleurs unis du vêtement*, [1980] 1 R.C.S. 1031, 1048.
8. [2007] 2 R.C.S. 3, 2007 CSC 22, par. 61.
9. *Paul c. Paul*, 1986 CanLII 57 (CSC), [1986] 1 R.C.S. 306.
10. *Derrickson c. Derrickson*, 1986 CanLII 56 (CSC), [1986] 1 R.C.S. 285, p. 296.
11. Les lois provinciales sur l'adoption sont applicables aux Indiens *ex proprio vigore*, mais doivent cependant être lues de manière à ce qu'elles n'aient pas pour effet de dépouiller l'enfant adopté du statut d'Indien que lui reconnaît la *Loi sur les Indiens : Parents Naturels c. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 R.C.S. 751, 771-773 (le juge Martland), 777 et 781 (le juge Ritchie), 784 (le juge Beetz), le juge Pigeon étant d'accord avec ses collègues Martland et Beetz. Quant aux juges Laskin, Judson, Spence et Dickson, ils étaient en désaccord avec la conclusion de leurs collègues (760-761).
12. *Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d'Amérique*, [1980] 1 R.C.S. 1031.
13. *NIL/TU, O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees' Union*, 2010 CSC 45, [2010] 2 R.C.S. 696. Dans cette affaire, aucun droit ancestral n'était en jeu. Toutefois, il est possible de soutenir qu'une intervention provinciale visant à protéger un enfant adopté selon un mode d'adoption coutumière faisant l'objet d'un droit ancestral n'empiéterait pas non plus sur le cœur de la compétence fédérale : Ghislain OTIS, « La protection constitutionnelle de la pluralité juridique : le cas de l'« adoption coutumière » autochtone au Québec », (2011) 41 *R.G.D.* 567, 595-598.
14. *Francis c. La Reine*, [1988] 1 R.C.S. 1025.
15. *Dick c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 309, par. 23. La Cour a confirmé plus tard que la chasse faisait partie de ce contenu minimum : *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 181. À propos des difficultés posées par la reconnaissance de la chasse comme faisant partie du contenu minimum exclusif du paragraphe 91(24), lire Jean LECLAIR, « The Kitkatla Decision: Finding Jurisdictional Room to Justify Provincial Regulation of Aboriginal Matters », (2003) 21 *Supreme Court L.R.* (2d) 73 (en ligne : <<http://ssrn.com/abstract=1795442>>).

116.1. **Indianité et droits ancestraux** – Avec la constitutionnalisation des droits ancestraux en 1982, la Cour a initialement conclu que ceux-ci faisaient partie de la compétence exclusive du Parlement fédéral<sup>1</sup>. Plus spécifiquement, elle a souligné que l'indianité recouvrait entre autres les droits ancestraux que constituent les « coutumes, pratiques et traditions qui ne se rattachent pas à un territoire »<sup>2</sup>.

En raison des problèmes de partage des compétences soulevés par une telle conclusion, la Cour suprême a déclaré que les droits ancestraux (et le titre aborigène) ne devaient plus être appréhendés comme une matière relevant de l'un ou l'autre ordre de gouvernement, mais qu'ils constituaient plutôt « une limite à l'exercice des compétences tant fédérales que provinciales »<sup>3</sup>. Bref, les deux ordres de gouvernement peuvent légiférer à leur égard dans l'exercice de leurs compétences respectives<sup>4</sup> et dans le respect du test de justification élaboré dans l'arrêt *Sparrow*.

1. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 178.
2. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 178.
3. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 141.
4. En effet, comme nous le verrons, la Cour suprême n'a pas fait des peuples autochtones une compétence concurrente *de jure*. Chaque ordre de gouvernement peut légiférer à leur égard, mais seulement dans la mesure où il poursuit une finalité législative qui lui est exclusive. Toutefois, par suite de la théorie du double aspect, il peut en résulter une situation de concurrence *de facto*.

b) *Compétence relative aux « terres réservées aux Indiens »*

117. **Portée territoriale** – Le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* attribue également au Parlement central une compétence relativement aux « terres réservées aux Indiens ». Cette compétence embrasse aussi bien les terres de réserves que les terres grevées d'un titre aborigène et les droits ancestraux se rapportant à un territoire.

117.1. **Compétence relative aux terres de réserve** – Dans l'arrêt *St. Catharine's Milling*, le Conseil privé a jugé que cette rubrique reconnaissait au Parlement fédéral le pouvoir exclusif de régir « toutes les terres qui sont réservées, à quelque condition que ce soit, pour être occupées par les Indiens »<sup>1</sup>. Il va de soi que cela comprend les terres de réserve.

Le contenu minimal exclusif de cette compétence inclut les matières relatives, comme le laisse supposer cette rubrique, au territoire lui-même, c'est-à-dire des questions de droit foncier ou de gestion du territoire. Pensons, par exemple, aux questions relatives au zonage<sup>2</sup> ou à l'exploitation d'une terre de réserve. Pensons également à tout ce qui touche la réglementation de l'occupation de la résidence familiale située sur une réserve<sup>3</sup>, au droit à la possession de terres sur une réserve et, par conséquent, au partage des biens familiaux sis sur de telles terres<sup>4</sup>.

1. *St. Catharines Milling and Lumber Co. v. The Queen*, (1888) 14 App. Cas. 46, 59; traduction tirée de *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 174.
2. À titre d'exemples, voir *Doherty c. Giroux*, (1915) 24 B.R. 433, 440, approuvée pour d'autres motifs, (1916) 53 R.C.S. 172; *DeLorimier c. Cross*, (1937) 62 B.R. 98, 101; *Picard c. Lainé*,

### III. Thèmes chevauchant Charte et fédéralisme

[1975] C.S. 795. Cependant, pour une opinion contraire, lire *Municipalité d'Oka c. Simon*, [1999] R.J.Q. 108 (C.A.).

3. *Paul c. Paul*, [1986] 1 R.C.S. 306.
4. *Derrickson c. Derrickson*, [1986] 1 R.C.S. 285, 296.

**117.2. Compétence relative aux terres grevées d'un titre aborigène et aux droits ancestraux se rapportant à un territoire** – Dans *Delgamuukw*, le juge en chef Lamer avait précisé que les « terres réservées aux Indiens » ne sont pas limitées aux terres de réserve proprement dites, mais comprennent aussi les terres grevées d'un titre aborigène<sup>1</sup>, ou encore « tout droit ancestral se rapportant à des terres »<sup>2</sup>. Le juge en chef avait également ajouté, à propos des droits ancestraux « se rapportant à un territoire », que « cette partie de l'essentiel de l'indianité découle de la référence aux terres réservées aux Indiens au par. 91(24) »<sup>3</sup>. Il va de soi que, dans cette logique, la question de la cession d'une terre de réserve ou d'un titre aborigène fait partie du contenu minimal exclusif de la compétence fédérale.

Toutefois, en raison des problèmes de partage des compétences soulevés par une telle conclusion, la Cour suprême a récemment déclaré que le titre aborigène et les droits ancestraux ne devaient plus être appréhendés comme une matière relevant de l'un ou l'autre ordre de gouvernement, mais qu'il constituait plutôt « une limite à l'exercice des compétences tant fédérales que provinciales »<sup>4</sup>. Bref, les deux ordres de gouvernement peuvent légiférer relativement au titre dans l'exercice de leurs compétences respectives et dans le respect du test de justification élaboré dans l'arrêt *Sparrow*. La Cour suprême a même précisé que les provinces détiennent le pouvoir d'adopter des lois qui non seulement s'appliqueraient à des droits ancestraux ou titres aborigènes *potentiels*, mais également à des terres sur lesquelles l'existence de droits ou de titres a été *confirmée*<sup>5</sup>. Bien que la Cour suprême n'ait pas abordé cette question, nous croyons que la compétence fédérale sur les terres des provinces qui ne constituent pas des réserves indiennes mais qui sont grevées par un titre ancestral, ou sur lesquelles s'exercent des droits ancestraux, est limitée à ce qui concerne la conclusion et la ratification d'accords prévoyant l'extinction de ce titre ou de ces droits ou définissant de manière exhaustive leurs modalités d'exercice.

1. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 174.
2. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 176.
3. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 178.
4. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 141.
5. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 114 et 116-117.

**117.3. Compétence confinée aux territoires détenus sous une forme communautaire et qui sont inaliénables aux non-Autochtones** – Puisqu'une terre doit être « réservée aux Indiens », la compétence fédérale semble confinée aux territoires détenus sous une forme communautaire et qui sont inaliénables aux non-Autochtones (ce qui est le cas des terres de réserve, des droits ancestraux exercés sur un territoire donné, ou du titre aborigène). L'emploi du pluriel laisse penser que les terres détenues à titre individuel par un Indien ou un Inuit, ou les terres détenues en pleine propriété par un groupe d'Indiens ou d'Inuit, ne tombent fort probablement pas sous la coupe fédérale<sup>1</sup>.

1. *Canada (Attorney-General) c. Giroux*, (1916) 53 R.C.S. 172.

c) *Compétence relative aux traités signés avec les Indiens*

118. **Droits issus de traités** – Sans préciser sous quelle rubrique ils tombaient – « Indiens » ou « terres réservées aux Indiens » –, la Cour suprême a clairement affirmé que les droits issus de traités relèvent de la compétence fédérale<sup>1</sup>. Compte tenu du fait que, contrairement à la majorité des ententes signées avec les Indiens (ex : traités numérotés 1 à 11 et *Convention de la Baie James*), certains traités ne comportent pas de stipulations de nature territoriale (ex : traité de paix et d'amitié), il faut peut-être en conclure que les premiers relèvent de la compétence fédérale relative aux « terres réservées aux Indiens », alors que les deuxièmes dépendent plutôt du pouvoir fédéral relatif aux « Indiens ».

Quoi qu'il en soit de ces affirmations, la Cour suprême a reconnu aux provinces le pouvoir de porter atteinte aux droits issus de traités, dans la mesure où elles satisfont au test de justification de *Sparrow*. La Cour s'est contentée d'affirmer lapidairement que « [l]a doctrine de l'exclusivité des compétences n'empêche pas la province de justifier l'atteinte à un droit issu d'un traité. »<sup>2</sup> Elle fonde son raisonnement sur l'arrêt *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*<sup>3</sup>, dont elle dit qu'il « apporte une réponse complète » à cette question. Dans cette affaire, la Cour suprême avait conclu que les droits ancestraux et les titres aborigènes ne sont pas une « matière » relevant de l'un ou l'autre ordre de gouvernement, mais plutôt une limite à l'exercice des compétences par les deux ordres de gouvernement. Il est tout de même curieux que la Cour n'ait pas dit un seul mot de l'arrêt *R. c. Morris*<sup>4</sup>, qu'elle avait pourtant distingué dans *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*. Nous reviendrons sur cette question un peu plus loin<sup>5</sup>.

1. *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387, 411; dans *R. c. Morris*, [2006] 2 R.C.S. 915, 2006 CSC 59, les juges majoritaires (par. 43) et dissidents (par. 91) sont unanimes sur ce point.
2. *Première Nation de Grassy Narrows c. Ontario (Ressources naturelles)*, 2014 CSC 48, par. 53.
3. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 150.
4. [2006] 2 R.C.S. 915, 2006 CSC 59.
5. *Infra*, n° 166.

4. *Application du droit provincial aux Indiens et aux terres indiennes*

119. **Introduction** – La reconnaissance au Parlement central d'un pouvoir législatif exclusif à l'égard des « Indiens » situés sur le territoire d'une province, ainsi qu'à l'égard des intérêts fonciers « indiens » grevant le domaine public de cette dernière, soulève d'épineuses questions. Plus spécifiquement, se pose la question de savoir si une province peut adopter des mesures législatives visant spécifiquement les « Indiens » et « les terres réservées aux Indiens », ou encore, celle de savoir sur une loi provinciale d'application générale peut faire de même. Dans le même ordre d'idée, une loi provinciale d'application générale s'embête-t-elle dans l'inconstitutionnalité du seul fait qu'elle comporte des dispositions visant spécifiquement à *accommoder* les intérêts « indiens » ?

### III. Thèmes chevauchant Charte et fédéralisme

Les choses se compliquent encore plus quand on se rappelle que les droits ancestraux, le titre aborigène et les droits issus de traités des Indiens, des Inuits et des Métis relèvent également du contenu minimum exclusif de la compétence fédérale. Une loi provinciale d'application générale contrevient-elle à la Constitution du seul fait qu'elle comporte des dispositions visant spécifiquement à *accommoder* les intérêts « indiens » en prévoyant, par exemple, la mise en place d'un mécanisme de consultation ?

Si l'inapplicabilité des lois provinciales relatives à l'exploitation des ressources naturelles aux terres de réserve ne soulèvent pas de problèmes, la reconnaissance d'une compétence exclusive au fédéral à l'égard des terres grevées d'un titre aborigène, de droits ancestraux ou de droits issus de traités aurait limité considérablement le pouvoir des provinces de légiférer relativement au « développement » de leur domaine public.

De manière à permettre aux provinces de tirer pleinement parti du potentiel économique de leurs domaines publics, la Cour suprême a déclaré que les contraintes du partage des compétences ne s'appliquaient pas à la réglementation des droits ancestraux, du titre aborigène et des droits issus de traités. Les provinces peuvent donc réglementer ceux-ci dans la mesure où le test de l'atteinte raisonnable développé dans le cadre de l'article 35 est respecté. Le même raisonnement a été appliqué aux droits issus de traités<sup>1</sup>.

Pour bien comprendre cette conclusion, il faut tout de suite souligner que la *realpolitik* n'est jamais étrangère au raisonnement de la Cour suprême. Comme nous l'avons vu, cette dernière avait, jusqu'à tout récemment, interprété l'article 35 dans l'ignorance du partage des compétences. Le juge en chef Lamer, en particulier, n'avait pas hésité à conclure que les droits ancestraux et le titre aborigène relevaient tous deux de la compétence exclusive du parlement fédéral tout en reconnaissant, du même souffle, et dans la même décision (!), que les provinces pouvaient y porter atteinte dans la mesure où ces atteintes satisfaisaient au test de justification élaboré dans *Sparrow*<sup>2</sup>.

Cette conclusion était totalement illogique sur le plan constitutionnel. Comment une province pouvait-elle régir une matière exclusivement fédérale sans pour autant enfreindre le partage des compétences ? Une loi provinciale attentatoire aux droits constitutionnels des Premières nations, mais comportant des mesures de consultation et d'accommodement, comporterait très certainement des dispositions explicites relatives à ces derniers. Or on pouvait soutenir que dans la mesure où elles visaient des matières se rapportant au contenu minimal exclusif de la compétence fédérale sur les indiens, ces dispositions contrevenaient au partage des compétences.

À la suite de la décision *Delgamuukw*, certains auteurs anglo-canadiens ont conclu que dorénavant seul le fédéral était exclusivement compétent à l'égard de tout domaine public provincial grevé d'un titre aborigène ou d'un droit ancestral se rapportant à un territoire donné<sup>3</sup>. Comme nous l'avons expliqué à l'occasion des livraisons antérieures de ce fascicule<sup>4</sup>, ce raisonnement, peut-être juste sur le plan formel, était politiquement impensable. Jamais la Cour suprême n'allait l'entériner. D'ailleurs, dans une affaire postérieure à *Delgamuukw*, la Cour a affirmé qu'elle « a[vait] peine à croire... [qu'une] province ne puisse pas essayer de respecter son obligation constitutionnelle [aux termes de

l'article 35] en habilitant un tribunal administratif à entendre un moyen de défense fondé sur un droit ancestral»<sup>5</sup>. Toute la question était de savoir comment elle résoudrait cette difficulté. Comme nous le verrons, elle s'en est tirée en déclarant péremptoirement que le titre aborigène (ainsi que les droits ancestraux et les droits issus de traités) ne devait plus être appréhendé comme une matière relevant de l'un ou l'autre ordre de gouvernement, mais qu'il constituait plutôt « une limite à l'exercice des compétences tant fédérales que provinciales »<sup>6</sup>. Bref, les deux ordres de gouvernement peuvent légiférer relativement au titre dans l'exercice de leurs compétences respectives et dans le respect du test de justification élaboré dans l'arrêt *Sparrow*.

De manière à présenter clairement une jurisprudence furieusement complexe, nous distinguerons dans les paragraphes qui suivent l'application du droit provincial aux Indiens et aux terres de réserve (domaine où la doctrine de l'exclusivité des compétences fédérales et provinciales continue peut-être à s'appliquer) de l'application du droit provincial aux droits ancestraux, au titre aborigène et aux droits issus de traités (matières non assujetties à la doctrine de l'exclusivité des compétences).

Si, dans le premier cas, la doctrine de l'exclusivité s'applique, c'est parce qu'elle permet de garantir aux « Indiens » des attributs de nature statutaire (c'est-à-dire reconnus aux termes de lois) conférés par le parlement central, alors que, dans le deuxième cas, ce n'est pas le pouvoir législatif fédéral qui est à l'origine des droits ancestraux et du titre aborigène, mais bien plutôt leur spécificité culturelle autochtone et leur présence antérieure à l'arrivée des Euro-Canadiens en sol canadien.

1. *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387, 411; *R. c. Morris*, [2006] 2 R.C.S. 915, 2006 CSC 59.
2. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 160, 174 et 178.
3. Nigel BANKS, "Delgamuukw, Division of Powers and Provincial Land and Resource Laws: Some Implications for Provincial Resource Rights" (1998) 32 *U.B.C.L. Rev.* 317; Kent McNEIL, "Aboriginal Title and the Division of Powers: Rethinking Federal and Provincial Jurisdiction" (1998) 61 *Sask. L. Rev.* 431; Kerry WILKINS, "Of Provinces and Section 35 Rights" (1999) 22 *Dal. L.J.* 185.
4. Voir également Jean LECLAIR, « The Kitkatla Decision: Finding Jurisdictional Room to Justify Provincial Regulation of Aboriginal Matters », (2003) 21 *S.C. Law Rev.* (2d) 73.
5. *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 R.C.S. 585, 2003 CSC 55, par. 24.
6. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 141 et 151 et *Première Nation de Grassy Narrows c. Ontario (Ressources naturelles)*, 2014 CSC 48, par. 31, 35, 46 et 53.

#### a) Lois provinciales applicables aux Indiens et aux terres de réserve

120. **Une jurisprudence complexe et abstruse** – L'objet de ce chapitre n'étant pas l'analyse du partage des compétences dans le fédéralisme canadien, nous nous en tiendrons à un bref exposé des principes applicables<sup>1</sup>. En toute franchise, il faut bien admettre que la jurisprudence relative au partage des compétences en matière « indienne » (et en matière « autochtone » en général) et, plus spécifiquement, l'interprétation donnée à l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*, tient plus du salmigondis que de la construction intellectuelle raisonnée.

### III. Thèmes chevauchant Charte et fédéralisme

Signalons toute de suite que, pour la compréhension du partage des compétences tout autant que de l'interprétation donnée à l'article 88, il importe de bien distinguer entre une loi provinciale d'application spécifique, une loi provinciale d'application générale pouvant valablement accommoder des intérêts « indiens » et, enfin, une loi provinciale d'application générale ne pouvant valablement s'appliquer aux Indiens, car entravant le pouvoir fédéral de réglementer une activité relevant du contenu minimum exclusif de l'article 91(24).

1. Les études les plus approfondies au sujet de l'article 88 demeurent celles de Kerry WILKINS, « Of Provinces and Section 35 Rights », (1999) 22 *Dalhousie L.J.* 185; du même auteur, « 'Still Crazy After All These Years': Section 88 of the Indian Act at Fifty », (2000) 38 *Alta L. Rev.* 458; du même auteur, « *R. v. Morris: A Shot in the Dark and Its Repercussions* », (2008) 7 *Indigenous Law Journal* 1.

#### (i) Distinction entre lois provinciales d'application spécifique et d'application générale

**121. En principe, les lois provinciales d'application générale s'appliquent aux Indiens et aux terres réservées aux Indiens** – La Cour suprême a rejeté l'idée que les réserves constituaient des « enclaves » imperméables à toute application du droit provincial. Comme l'affirme la majorité de la Cour dans l'arrêt *Cardinal*: « Une législature provinciale ne saurait légiférer relativement aux Indiens ou relativement aux réserves indiennes, ce qui est loin de dire que le paragraphe 24 de l'article 91 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*, avait pour effet de créer des enclaves dans une province à l'intérieur des limites desquelles la législation provinciale ne pourrait pas s'appliquer ». En effet, « le critère concernant l'application de la législation provinciale dans une réserve est le même que celui qui concerne son application dans la province, c'est-à-dire, que la législation doit s'inscrire dans le cadre des pouvoirs énumérés à l'art. 92 et non porter sur des sujets exclusivement assignés au Parlement du Canada en vertu de l'art. 91 »<sup>1</sup>. L'objectif de la Cour est donc de reconnaître tout à la fois la spécificité des Indiens et leur insertion dans l'univers provincial. C'est ce qui explique que, règle générale, les Indiens et les terres réservées aux Indiens soient assujettis aux lois provinciales d'application générale.

Il existe des exceptions à cette présomption d'applicabilité.

1. *Cardinal c. Procureur général de l'Alberta*, [1974] R.C.S. 695, 703; *Four B Manufacturing c. Travailleurs unis du vêtement*, [1980] 1 R.C.S. 1031, 1049; *Francis c. R.*, [1988] 1 R.C.S. 1025, par. 4; *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146, 2002 CSC 31, par. 66.

**122. Lois provinciales d'application spécifique** – Les compétences attribuées par les articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* étant mutuellement exclusives, il est interdit à un ordre de gouvernement d'adopter une mesure législative dont le trait dominant est de régir spécifiquement une matière relevant du ressort exclusif de l'autre ordre de gouvernement. Ainsi, une disposition d'une loi provinciale visant spécifiquement les Indiens et ayant pour seul objet de limiter ou d'annihiler un droit reconnu par une des conventions sur les ressources naturelles intervenues entre le gouvernement fédéral et

certaines provinces de l'Ouest a été jugée inconstitutionnelle, car celles-ci ont été ratifiées par la *Loi constitutionnelle de 1930*<sup>1</sup>.

1. *R. c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451; *Moosehunter c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 282.

**123. Lois provinciales d'application générale** – Comme nous le verrons, il faut parfois se méfier des réflexes fondés sur le bon sens, car il semble bien qu'aux yeux de la Cour suprême, la présence dans une loi provinciale de dispositions visant spécifiquement les Indiens ne fait pas nécessairement perdre à celle-ci son statut de loi d'application générale.

Pour être réputée d'application générale, une loi provinciale doit satisfaire trois critères. En premier lieu, elle doit avoir pour trait dominant la poursuite d'une finalité tombant dans un des chefs d'attribution énumérés à l'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. En deuxième lieu, elle doit s'appliquer uniformément sur l'ensemble du territoire provincial. Enfin, « l'objet et l'intention de la loi ne doivent pas être relatifs à un groupe de citoyens »<sup>1</sup>. Qu'elle soit plus lourde de conséquences à l'égard d'une personne que d'une autre ne la dépouille pas de son statut de loi d'application générale. La frontière de la constitutionnalité est cependant franchie « lorsqu'un texte législatif, bien que traitant d'un autre sujet, a pour effet de porter atteinte au statut ou aux droits d'un groupe particulier »<sup>2</sup>. Dans *Dick*, la Cour ajoute que les lois qui avaient franchi cette frontière étaient « celles qui, *directement ou indirectement*, portent atteinte au statut des Indiens en leur réservant un traitement spécial »<sup>3</sup>.

1. *Dick c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 309, par. 28, citant *Kruger c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104, 110.
2. *Dick c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 309, par. 28, citant *Kruger c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104, 110.
3. *Dick c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 309, par. 31 (nous soulignons); *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146, 2002 CSC 31, par. 67; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 179.

**124. Atteinte directe** – Il faut bien admettre que les exemples de lois provinciales d'application générale portant « directement » atteinte au statut des Indiens en leur réservant un traitement spécial se confondent avec les exemples de lois provinciales d'application spécifique. Ainsi, dans les affaires *Sutherland*<sup>1</sup> et *Moosehunter*<sup>2</sup>, le *Wildlife Act* du Manitoba et le *Game Act* de la Saskatchewan étaient toutes deux des lois d'application générale puisqu'elles visaient une finalité de compétence provinciale et s'appliquaient à l'ensemble du territoire. Cependant, ces deux lois comportaient un article qui visait spécifiquement les Indiens et témoignait d'une ferme intention de limiter les droits constitutionnels reconnus aux Indiens de la province. Bref, il s'agissait de lois d'application générale comportant des mesures spécifiques inconstitutionnelles.

1. *R. c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451.
2. *Moosehunter c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 282.

**125. Atteinte indirecte** – Les exemples de lois provinciales d'application générale portant « indirectement » atteinte au contenu spécifique de la compétence attribuée aux termes du paragraphe 91(24) sont choses plus courantes. Pensons, par exemple, à toutes les lois

### III. Thèmes chevauchant Charte et fédéralisme

provinciales relatives à la chasse, à la foresterie, aux mines, au développement hydroélectrique, etc. qui sont toutes en mesure d'avoir des effets indirects sur les terres de réserve ou l'indianité, toutes matières relevant de la compétence exclusive du Parlement fédéral. Pour éviter que la compétence fédérale ne soit éviscérée, et pour que soit respecté le principe d'exclusivité, de telles lois provinciales seront réputées inapplicables dans la mesure où elles portent atteinte au contenu minimal exclusif de la compétence fédérale attribuée au paragraphe 91(24). En raison de l'article 88, qui sera examiné plus loin, certaines de ces lois trouvent cependant à s'appliquer aux « Indiens. »

**126. Lois provinciales d'application générale comportant des dispositions d'application spécifique** – Jusqu'à présent, nous avons vu que les dispositions visant spécifiquement les Indiens incorporées dans des lois provinciales d'application générale pourraient être réputées inapplicables aux Indiens ou aux terres réservées aux Indiens si elles touchent ces matières dans ce qui relève du contenu minimum exclusif de la compétence fédérale. Toutefois, une question se pose : qu'en est-il de la validité d'une loi provinciale d'application générale qui comporte des dispositions visant spécifiquement les Indiens, mais dont l'objet est d'améliorer le sort de ces derniers ou d'accommoder leurs droits ?

La Cour suprême semble d'avis que de telles dispositions sont constitutionnelles et qu'elles n'ont pas pour effet de dépouiller la loi à laquelle elles sont entées de son statut de loi d'application générale. En effet, dans l'arrêt *Kitkatla*, la Cour a jugé que le *Heritage Conservation Act* de la Colombie-Britannique était une loi d'application générale valide, malgré qu'elle comportât des dispositions spécifiques relatives aux Indiens<sup>1</sup>.

Elle a jugé que le trait dominant de la loi en litige était de « conserver et de protéger toutes les formes de biens, d'objets et d'artefacts culturels ainsi que tous les sites qui, en Colombie-Britannique, ont une valeur patrimoniale pour l'ensemble de la province »<sup>2</sup>, toutes des choses qui relèvent de la compétence des provinces relative à la propriété et aux droits civils. La loi avait la particularité de protéger ces artefacts culturels, mais également d'en autoriser la destruction. Or la loi précisait s'appliquer aux artefacts autochtones et permettait donc au ministre d'en autoriser aussi bien la protection que la destruction. La Cour a jugé que ces artefacts avaient une double nature culturelle, étant bien sûr partie à l'héritage autochtone, mais également partie au patrimoine culturel de tous les Britanno-colombiens. L'intervention de la province n'était donc pas, au premier regard, inconstitutionnelle.

La Cour a ensuite pris soin de souligner qu'une « disposition législative n'excède pas la compétence de la province du simple fait qu'on y trouve le mot "autochtone" »<sup>3</sup> et que, comme le juge Dickson l'avait dit dans *Kruger*<sup>4</sup>, « le fait qu'[une loi] soit plus lourde de conséquences à l'égard d'une personne que d'une autre ne l'empêche pas, pour autant, d'être une loi d'application générale »<sup>5</sup>. Ces deux prémisses étant établies, la Cour a jugé que les dispositions en litige ne constituaient pas un empiètement interdit, parce qu'elles étaient suffisamment intégrées à une loi d'application générale valide, et qu'elles n'imposaient pas un traitement particulier aux Autochtones, garantissant, au contraire, aux artefacts culturels de ces derniers une protection dont ils ne bénéficiaient pas avant l'adoption de la loi.

La Cour a jugé, en effet, que les dispositions en litige répondaient au test élaboré dans l'arrêt *City National Leasing*<sup>6</sup> pour déterminer de la validité d'un empiètement. Elles « [faisaient] partie d'un régime soigneusement équilibré »<sup>7</sup> qui établissait un juste équilibre entre la nécessité de préserver l'intégrité du patrimoine culturel autochtone (et, par le fait même, britanno-colombien) et celui de promouvoir l'exploitation des ressources naturelles de la province<sup>8</sup>. Ce juste équilibre expliquait aussi, selon la Cour, que la loi n'avait pas pour effet d'imposer un traitement différent aux Autochtones et qu'elle demeurait une loi d'application générale<sup>9</sup>. Bref, le caractère améliorateur du régime législatif provincial a beaucoup joué dans la décision d'en avaliser la constitutionnalité. De plus, comme la loi ne portait pas atteinte, en l'espèce, à des droits ancestraux ou à un titre aborigène, la Cour a jugé que la quiddité indienne n'avait pas été mise en jeu ou enfreinte par la loi en litige<sup>10</sup>. Celle-ci s'appliquait donc d'elle-même – *ex proprio vigore* – et non par voie d'incorporation en vertu de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*.

1. *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146, 2002 CSC 31.
2. *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146, 2002 CSC 31, par. 42.
3. *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146, 2002 CSC 31, par. 66.
4. *Kruger et al. c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104, 110.
5. *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146, 2002 CSC 31, par. 68.
6. *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641.
7. *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146, 2002 CSC 31, par. 62.
8. *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146, 2002 CSC 31, par. 64.
9. *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146, 2002 CSC 31, par. 69.
10. *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146, 2002 CSC 31, par. 74-75.

127. **Conclusion** – Que peut-on conclure de ce qui précède ? Il semble bien que serait inconstitutionnelle une disposition législative provinciale dont la seule finalité serait de limiter spécifiquement un droit reconnu aux Indiens par la *Loi sur les Indiens* ou par la Constitution. Une telle disposition serait inconstitutionnelle, qu'elle se rattache à une loi d'application générale ou non, car il y aurait alors atteinte à la quiddité indienne ou aux « terres réservées aux Indiens ». En revanche, dans un contexte où aucun droit ancestral, titre aborigène ou droit issu de traité ne serait en jeu, une loi provinciale d'application générale comportant des dispositions spécifiques dont la finalité serait d'accommoder ou d'améliorer la position des Indiens ne serait pas jugée inconstitutionnelle et ne perdrait pas non plus son statut de loi d'application générale. Comme le dit Ghislain Otis : « Une loi provinciale protectrice ou ayant un objet améliorateur à l'égard des autochtones et qui comporte par ailleurs un aspect provincial valide ne contreviendrait vraisemblablement pas à l'article 91(24) même si elle aménage un régime particulier pour les autochtones. Ainsi, la validité constitutionnelle d'une loi provinciale qui ajoute aux droits dont les autochtones

### III. Thèmes chevauchant Charte et fédéralisme

jouissent ou peuvent jouir dans le cadre du par. 91(24) sans restreindre la capacité du fédéral d'agir ne devrait pas être problématique»<sup>1</sup>.

1. Cours de droit autochtone, Université Laval, non publié. Voir aussi Jean LECLAIR, « The Kitkatla Decision : Finding Jurisdictional Room to Justify Provincial Regulation of Aboriginal Matters », (2003) 21 *S.C. Law Rev.* (2d) 73, p. 24 et 26 (disponible en ligne : <<http://ssrn.com/abstract=1795442>>).

#### (ii) Incorporation des lois provinciales par le moyen de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*

**128. Libellé de l'article 88** – La compréhension de ce qui suit exige la reproduction du texte de l'article 88, qui a pour fonction d'incorporer, en tant que normes fédérales, les lois provinciales d'application générale qui seraient autrement inapplicables en raison de la doctrine de l'exclusivité de compétences<sup>1</sup> et de les rendre ainsi applicables aux Indiens :

Sous réserve des dispositions de quelque traité et de quelque autre loi fédérale, toutes les lois d'application générale et en vigueur dans une province sont applicables aux Indiens qui s'y trouvent et à leur égard, sauf dans la mesure où ces lois sont incompatibles avec la présente loi ou la *Loi sur la gestion financière des premières nations* ou quelque arrêté, ordonnance, règle, règlement ou texte législatif d'une bande pris sous leur régime, et sauf dans la mesure où ces lois provinciales contiennent des dispositions sur toute question prévue par la présente loi ou la *Loi sur la gestion financière des premières nations* ou sous leur régime.

1. Pour des raisons inconnues, les traducteurs des décisions de la Cour suprême ont malheureusement cessé d'employer l'expression « immunité interjuridictionnelle » pour la remplacer par « la doctrine de l'exclusivité des compétences ». Dérogeant à la sagesse populaire voulant que « if it is not broken, do not fix it », les traducteurs nous obligent donc dorénavant à recourir à une expression qui embrasse infiniment trop large. L'exclusivité des compétences est une notion vague qui renvoie à un large spectre de concepts et de situations dont l'immunité interjuridictionnelle n'est qu'une manifestation bien spécifique (voir à ce sujet Maxime ST-HILAIRE, « *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, bonne décision, mauvaises raisons » (2014) 44 R.G.D. 445, 486-487. À tout prendre, les traducteurs auraient dû s'inspirer de l'expression employée par Andrée Lajoie, à savoir « la théorie des éléments intrinsèques », expression infiniment plus appropriée (*Jugements de valeurs*, coll. « Les voies du droit », Paris, PUF, 1997, p. 49), ou encore, il aurait pu s'inspirer de l'expression « doctrine de la protection des compétences exclusives » employée par la juge Deschamps dans *Québec (Procureur général) c. Lacombe*, [2010] 2 RCS 453, 2010 CSC 38. C'est cette dernière expression que nous utiliserons.

**129. Lois provinciales d'application générale incorporées en tant que normes fédérales** – Il importe de souligner que les lois provinciales d'application générale incorporées par l'article 88 ne s'appliquent plus, dès lors, en tant que normes provinciales, mais bien en tant que normes fédérales<sup>1</sup>. Par le moyen de cette disposition, le Parlement fédéral a choisi de les faire siennes.

La question qui demeure est de savoir quelles lois provinciales d'application générale sont incorporées en vertu de l'article 88.

1. *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146, 2002 CSC 31, par. 39. L'incorporation transforme les normes provinciales en normes fédérales : voir aussi, mais dans un contexte autre que l'article 88 : *Francis c. R.*, [1988] 1 R.C.S. 1025, par. 7 et *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, [2002] 4 R.C.S. 245, 2002 CSC 79, par. 114-116.

**130. Incorporation de lois provinciales d'application générale autrement inapplicables** – L'article 88 n'a pas une portée purement déclaratoire. Il ne vise pas simplement à constater le principe constitutionnel, bien connu, selon lequel une loi provinciale d'application générale qui n'atteint pas la compétence fédérale dans son contenu minimal exclusif est applicable aux Indiens et aux terres réservées aux Indiens<sup>1</sup>. De telles lois s'appliquent *ex proprio vigore*, pour reprendre l'expression consacrée. Il en va ainsi des lois sur la sécurité routière et des lois sur la pratique de la médecine ou sur la tempérance<sup>2</sup>.

Dans l'arrêt *Dick*, le juge Beetz a plutôt conclu que cette disposition visait à rendre applicable ce qui, autrement, ne l'aurait pas été, c'est-à-dire les « lois provinciales qui, en tant que telles, sont inapplicables aux Indiens aux termes de la *Loi sur les Indiens* à moins qu'un renvoi fédéral ne décrète le contraire »<sup>3</sup>. Or ces lois inapplicables sont celles qui portent atteinte au contenu exclusif de la compétence fédérale.

Cette inapplicabilité est une manifestation de la doctrine de la protection des compétences exclusives. Cette création jurisprudentielle est née de la volonté des tribunaux de faire respecter le principe d'exclusivité des compétences consacré par les articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La Cour suprême en particulier a affirmé que « dans certaines circonstances, les compétences d'un ordre de gouvernement doivent être protégées contre les empiètements, même accessoires, de l'autre ordre de gouvernement [...]. C'est ce qu'on appelle la doctrine de l'exclusivité des compétences [la doctrine de la protection des compétences exclusives], qui constitue une exception à la règle ordinaire selon laquelle la législation dont le caractère véritable relève de la compétence du législateur qui l'a adoptée pourra, au moins dans une certaine mesure, toucher des matières qui ne sont pas de sa compétence sans nécessairement perdre sa validité constitutionnelle »<sup>4</sup>. Constituerait une atteinte au principe d'exclusivité des compétences<sup>5</sup> le fait d'autoriser une loi provinciale d'application générale à « entraver », c'est-à-dire à entraîner des « conséquences fâcheuses » sur le contenu minimal exclusif d'une compétence fédérale<sup>6</sup>, ce contenu ayant été défini comme ce qui est « absolument nécessaire pour permettre au Parlement ou à une législature provinciale de réaliser l'objectif pour lequel la compétence législative exclusive a été attribuée »<sup>7</sup>. Le critère de l'entrave « représente un moyen terme entre la stérilisation et de simples effets »<sup>8</sup>.

Les lois provinciales sur la chasse et la pêche sont un bon exemple de lois provinciales d'application générale attentatoires au contenu minimal exclusif de la compétence fédérale en matière indienne et néanmoins applicables en raison de leur incorporation aux termes de l'article 88<sup>9</sup>.

1. *Dick c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 309, par. 40-41.

2. Exemples donnés dans *Dick c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 309, par. 39-40.

### III. Thèmes chevauchant Charte et fédéralisme

3. Citation du juge Laskin dans *Parents Naturels c. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 R.C.S. 751, 763, reproduite au par. 41 de *Dick c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 309.
4. *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Lafarge Canada Inc.*, [2007] 2 R.C.S. 86, 2007 CSC 23, par. 41.
5. Il est vrai que dans *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, [2007] 2 R.C.S. 3, 2007 CSC 22, la Cour a insisté sur le fait que la doctrine de la protection des compétences exclusives devait être appliquée avec retenue (par. 67) car, contrairement à la théorie du double aspect, elle constitue un frein à « l'application régulière des lois édictées par les deux ordres de gouvernement » (par. 37), et favorise les « vides juridiques », compte tenu que « l'exclusivité des compétences signifie que même si un ordre législatif n'a pas légiféré sur une matière donnée, l'autre ne pourrait pas adopter des lois ayant des effets même accessoires sur ce qu'il est convenu d'appeler le « contenu essentiel de la compétence » (par. 44). Néanmoins, la Cour a reconnu que la doctrine de la protection des compétences exclusives « jou[ait] un rôle légitime dans les cas indiqués » (par. 47), et elle a donné en exemple la compétence relative aux Indiens comme secteurs où la doctrine a été traditionnellement invoquée (par. 41, 60-61). Nous verrons plus loin que la Cour suprême n'en a pas moins conclu à l'inapplicabilité de cette doctrine là où réglementation provinciale des droits ancestraux, du titre aborigène et des droits issus de traités est en question.
6. *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, [2007] 2 R.C.S. 3, 2007 CSC 22, par. 48.
7. *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, [2007] 2 R.C.S. 3, 2007 CSC 22, par. 77.
8. *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, [2010] 2 RCS 536, 2010 CSC 39, par. 44.
9. *Dick c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 309, par. 23.

**131. Incorporation de lois provinciales d'application générale portant sur les Indiens et non sur les terres réservées aux Indiens** – La lectrice attentive aura remarqué que l'article 88 affirme que les « lois d'application générale et en vigueur dans une province sont applicables aux Indiens qui s'y trouvent et à leur égard » (nous soulignons). Aucune référence n'est faite aux lois qui sont applicables aux « terres réservées aux Indiens ». Se pose donc la question de savoir si cette disposition incorpore les lois provinciales d'application générale qui touchent le contenu exclusif de la compétence fédérale relative aux terres réservées aux Indiens. Pensons, par exemple, à toutes les lois provinciales régissant l'exploitation des ressources naturelles et qui, forcément, pourraient avoir un impact sur les terres de réserve.

Jusqu'à présent, les tribunaux ont jugé que les lois foncières provinciales n'étaient pas incorporées par l'article 88<sup>1</sup>. Quant à la Cour suprême, elle a évoqué le problème sans le résoudre<sup>2</sup>.

En pratique, l'inapplicabilité aux terres de réserve des lois provinciales portant sur le développement du territoire ne pose pas de véritables problèmes. En effet, l'étendue des réserves est si limitée que peu de terres sont soustraites ainsi à l'autorité provinciale. De toute façon, plusieurs lois ou règlements fédéraux relatifs à l'exploitation des ressources naturelles situées sur des réserves renvoient explicitement à la normativité provinciale<sup>3</sup> ou encore prévoient des normes qui auront prépondérance sur le droit provincial<sup>4</sup>.

1. *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, [2008] 1 C.N.L.R. 112, par. 1033-1040.
2. *Derrickson c. Derrickson*, [1986] 1 R.C.S. 285, 297-299. Il est vrai que dans *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 182, le juge en chef Lamer a affirmé que « l'art. 88 étend l'effet des lois provinciales d'application générale qui ne sauraient autre-

ment s'appliquer aux Indiens *et aux terres indiennes* parce qu'elles touchent à la quiddité indienne qui est au cœur du par. 91(24)» (nous soulignons). Le magistrat n'a cependant pas examiné la jurisprudence pertinente, ce qui a porté les tribunaux à n'accorder aucune autorité à cette opinion incidente : voir par exemple *Chief Stanley Thomas v. R.*, [1999] 8 W.W.R. 709, [1999] 1 C.N.L.R. 192 (S.C.B.C.).

3. Voir, par exemple, le *Règlement sur l'exploitation minière dans les réserves indiennes*, C.R.C., c. 956, la *Loi sur les ressources minérales des réserves indiennes de la Colombie-Britannique*, S.C. 1943-44, c. 19 et le *Règlement sur le bois des Indiens*, C.R.C., c. 961.
4. Voir, par exemple, la *Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes*, L.R.C. (1985), c. I-7.

132. **Normes incorporées qui ne s'appliquent qu'aux Indiens** – L'article 88 a pour objet de rendre applicables aux Indiens des lois provinciales dont l'application serait interdite en raison de la doctrine de la protection des compétences exclusives. Toutefois, cet article figure dans la *Loi sur les Indiens*, laquelle exclut de son application les Inuit (par. 4(1)) et les Métis (al. 6(1)a)). La doctrine pourra donc être invoquée par les Inuit pour s'opposer à l'application de lois provinciales d'application générale qui porteraient atteinte à leurs droits ancestraux ainsi qu'à leurs droits issus de traités<sup>1</sup>.

1. Il faut signaler que les Inuit sont en grande majorité assujettis à des traités et que la plupart d'entre eux habitent sur des territoires fédéraux (exception faite des Inuit du Québec et du Labrador) où, cela va de soi, l'article 88 ne trouverait pas à s'appliquer. Quant aux Métis, même si la Cour suprême a reconnu leur assujettissement au pouvoir exclusif fédéral, ils pourraient invoquer la doctrine de la protection des compétences exclusives uniquement afin de garantir le genre d'attributs conférés par les lois fédérales ou coloniales concernant les Indiens. En effet, comme on le verra, les droits ancestraux, le titre aborigène (y compris celui des Métis) et les droits issus de traités peuvent être réglementés par les deux ordres de gouvernement dans l'exercice de leurs compétences respectives et dans la mesure où le test de l'atteinte raisonnable développé dans le cadre de l'article 35 est respecté.

133. **Normes incorporées et conflit avec traités** – L'article 88 précise également que les normes provinciales incorporées et transmues en normes fédérales trouveront à s'appliquer « [s]ous réserve des dispositions de quelque traité ».

Les traités auxquels on fait référence ici ne sont pas les traités reconnus par le droit international, mais les ententes *sui generis* intervenues entre les États européens (France et Angleterre) et le Canada d'une part, et les peuples autochtones d'autre part<sup>1</sup>.

Comme nous le verrons plus loin, l'article 88 confère aux droits issus de traités une protection à l'encontre des lois provinciales d'application générale, plus grande encore que ne le fait l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il est vrai que pareille protection n'est garantie qu'à l'encontre des lois provinciales d'application générale incorporées en vertu de l'article 88, c'est-à-dire les lois provinciales qui entravent les activités qui relèvent du cœur de la compétence sur les Indiens. Toutefois, puisque toute ingérence autre que « négligeable » dans l'exercice d'un droit issu de traité est réputée empiéter sur le contenu minimal exclusif du paragraphe 91(24)<sup>2</sup>, il faut bien admettre que le bouclier brandi par l'article 88 est fort large, là où des droits issus de traités sont en jeu. Reste à voir, comme nous l'étudierons plus loin, si ce bouclier est toujours applicable.

1. *Francis c. The Queen*, [1956] S.C.R. 618, 631.
2. *R. c. Morris*, [2006] 2 R.C.S. 915, 2006 CSC 59.

134. **Normes incorporées et conflit de lois** – Comme le précise l'article 88, les normes provinciales incorporées et transmues en normes fédérales trouveront à s'appliquer aux Indiens « [s]ous réserve... de quelque autre loi fédérale... [et] sauf dans la mesure où ces lois sont incompatibles avec la présente loi ou quelque arrêté, ordonnance, règle, règlement ou règlement administratif pris sous son régime, et sauf dans la mesure où ces lois contiennent des dispositions sur toute question prévue par la présente loi ou sous son régime ». Ces mentions visent à établir la prépondérance des normes qui sont fédérales au premier chef sur ces normes qui ne sont fédérales que par incorporation. Il n'est pas inutile de rappeler que les premières incluent les règlements adoptés par les conseils de bande aux termes de la *Loi sur les Indiens*.

134.1. **L'article 88 est-il toujours pertinent ?** – À la lumière de la jurisprudence récente, l'article 88 conserve une pertinence fort limitée. En effet, comme nous le verrons plus loin, la doctrine de la protection des compétences exclusives n'est dorénavant plus applicable aux droits ancestraux, aux titres aborigènes et aux droits issus de traités. En conséquence, il n'est plus nécessaire de recourir à l'article 88 pour assurer la mise en œuvre des lois provinciales d'application générale là où des droits de *nature constitutionnelle* sont en jeu. On pourrait toujours prétendre que l'article 88 demeure pertinent dans la mesure où il permet l'incorporation en droit fédéral de lois provinciales d'application générale entravant des droits ou attributs *légalement* accordés aux Indiens. Mais puisque de toute façon ces mesures législatives fédérales auront prépondérance sur les normes fédérales d'ordre général, à quoi bon l'article 88 ?

On peut même se demander si la doctrine de la protection des compétences exclusives elle-même peut encore trouver application dans la mesure où, par hypothèse, aucune disposition fédérale ne régit une question donnée. Dans une telle situation, comment imaginer qu'une loi provinciale d'application générale touche à la quiddité indienne si, par hypothèse, aucun droit autochtone protégé par la constitution n'a été établi ?

1. Peut-être est-il encore pertinent dans la mesure où il assure la prépondérance non pas simplement de la *Loi sur les Indiens*, mais également de « quelque arrêté, ordonnance, règle, règlement ou règlement administratif pris sous son régime », ce qui comprend les règlements adoptés par les conseils de bande aux termes des articles 81 et 83 de la Loi.

b) *Lois provinciales applicables aux droits ancestraux et aux terres grevées d'un titre aborigène*

134.2. **Inapplicabilité de la doctrine de la protection des compétences exclusives à la réglementation provinciale des droits ancestraux et des terres grevées d'un titre aborigène** – Jusqu'à présent, nous avons vu que les lois provinciales d'application générale ne sont pas applicables aux Indiens et aux terres de réserve si elles portent une atteinte grave au contenu minimum exclusif de ceux-ci. Qui plus est, l'article 88 ne permet pas d'incorporer en droit fédéral, et donc de rendre applicables sur les terres de réserves, les lois foncières provinciales.

Mais qu'arrive-t-il lorsque des droits ancestraux ou des titres aborigènes sont en jeu ? En effet, dans une telle situation, il ne fait aucun doute que de tels droits font partie du contenu minimal exclusif de la compétence fédérale relative aux Indiens et aux terres réservées aux Indiens. Une loi d'application générale provinciale, même si elle comporte des mesures amélioratrices comme dans *Kitkatla*, ne pourrait donc s'appliquer *ex proprio vigore* à de tels droits<sup>1</sup>. C'est donc dire qu'une province ne pourrait assujettir ceux-ci à ses lois d'application générale relatives au développement du domaine public, même si celles-ci comportaient des mesures permettant de consulter les autochtones et d'accommoder leurs intérêts constitutionnels.

Pourtant comment réconcilier cette conclusion avec le pouvoir reconnu aux provinces par la Cour suprême de porter atteinte aux droits ancestraux et au titre aborigène ? Et que dire de l'arrêt *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*<sup>2</sup> qui, comme plusieurs autres par la suite, a imposé une obligation de consulter au gouvernement provincial ? Il était donc inconcevable que le législateur provincial ne puisse adopter une loi pour s'acquitter de ses obligations constitutionnelles<sup>3</sup>.

En outre, le simple fait qu'une loi provinciale valide modifie les conditions dans lesquelles un droit ancestral s'exerce ne constitue pas forcément une « entrave » à l'exercice de cette compétence fédérale. Ainsi, une loi provinciale qui cède au gouvernement fédéral des terres en vue de permettre la création d'une réserve aux termes d'un traité a été jugée valide, même si elle affectait des terres sur lesquelles les Autochtones pourront exercer leurs droits<sup>4</sup>. La Cour suprême du Canada a également décidé qu'un tribunal administratif pouvait, conformément aux pouvoirs qui lui sont dévolus par une loi provinciale, se prononcer sur l'existence d'un droit ancestral<sup>5</sup>. À ce sujet, elle affirmait que le « tribunal administratif, ne crée pas, ne modifie pas ou n'éteint pas des droits ancestraux »<sup>6</sup>. Bref, la Cour affirme implicitement que dans l'exercice de ses compétences législatives une province peut toucher de manière accessoire la compétence fédérale sur les indiens. Qui plus est, une loi autorisant l'exploitation de mines ou de forêts ne modifie ni n'éteint un droit ancestral ayant une dimension territoriale ou encore un titre aborigène. La décision qui autorise l'exploitation des ressources dans une région faisant l'objet d'un tel droit ou d'un tel titre constitue plutôt une atteinte, dont l'importance peut être plus ou moins grande et qui devra être justifiée conformément au test élaboré par la Cour suprême.

La Cour suprême s'est finalement rendue à la justesse d'arguments de cette nature. Dans *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*<sup>7</sup>, elle aborde de front cette épineuse question en la formulant comme suit : « l'exclusivité des compétences empêche-t-elle absolument les gouvernements provinciaux de limiter les droits ancestraux même si le cadre d'analyse énoncé dans *Sparrow* permettrait de justifier l'atteinte en question ? » La Cour prend alors soin de souligner qu'un conflit relatif à des droits ancestraux ou un titre aborigène ne s'apparente pas aux joutes qui opposent les pouvoirs exclusifs respectifs des provinces et du fédéral. Un conflit opposant une province et une communauté autochtone résulte plutôt « d'une tension entre le droit des titulaires du titre ancestral d'utiliser leurs terres comme ils l'entendent et la volonté de la province de réglementer ces terres au même titre que toutes les autres terres dans la province »<sup>8</sup>.

### III. Thèmes chevauchant Charte et fédéralisme

Pour le plus haut tribunal, les droits reconnus par l'article 35 ne sont donc pas de la nature d'une « matière », tel que ce mot est entendu dans le contentieux du partage des compétences, mais bien plutôt des droits au sens premier du terme, c'est-à-dire qu'ils opèrent comme « une limite à l'exercice des compétences tant fédérales que provinciales »<sup>9</sup>.

La Cour ajoute que, « en l'espèce, appliquer la doctrine de l'exclusivité des compétences dans le but d'exclure la réglementation provinciale des forêts se trouvant sur les terres visées par un titre ancestral entraînerait des résultats inégaux et indésirables *et pourrait créer des vides législatifs*. Il en résulterait une réglementation morcelée en matière de ressources forestières — certaines régions de la province seraient assujetties aux lois provinciales et d'autres régions seraient réglementées par les lois fédérales *ou ne seraient pas réglementées du tout*. Cela pourrait rendre difficile, voire impossible, la résolution efficace de problèmes comme les ravageurs ou le feu : une situation souhaitée par ni l'un ni l'autre des paliers de gouvernement. »<sup>10</sup> Comme on l'a vu plus haut<sup>11</sup>, il ne vient pas à l'esprit de la Cour que les vides législatifs provoqués par l'application de la doctrine de la protection des compétences exclusives puissent être comblés par le droit autochtone lui-même.

La Cour vient plutôt mettre un terme à l'incertitude entourant l'autorité constitutionnelle des provinces d'accommoder, et de restreindre s'il le faut, les droits reconnus et garantis à l'article 35 en affirmant : « [L]es lois provinciales d'application générale, [en l'espèce la *Forest Act*], devraient s'appliquer à moins qu'elles soient déraisonnables ou indûment rigoureuses ou qu'elles refusent aux titulaires du titre le recours à leur moyen préféré d'exercer leurs droits et que ces restrictions ne puissent pas être justifiées conformément au cadre d'analyse de la justification [initialement élaboré dans *Sparrow*]. Il en résulte un équilibre qui préserve le droit ancestral tout en assurant une réglementation efficace des forêts par la province, comme l'exige l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* »<sup>12</sup>.

En conclusion, même en admettant que la Cour a fait preuve de réalisme en facilitant la tâche des provinces, il n'en reste pas moins qu'en abandonnant la doctrine de la protection des compétences exclusives en matière de droits reconnus par l'article 35, la Cour retire des mains des peuples autochtones une arme redoutable dans le combat qu'ils mènent pour protéger leurs territoires traditionnels à l'encontre d'activités autorisées par les provinces<sup>13</sup>. En outre, elle ignore complètement la question de l'application potentielle du droit autochtone aux fins de combler les vides laissés par la doctrine de la protection des compétences exclusives.

1. Dans *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146, 2002 CSC 31, aucun droit ancestral n'était en jeu.
2. [2004] 3 R.C.S. 511.
3. Voir *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 R.C.S. 585, 2003 CSC 55, par. 24.
4. *Ontario Mining Co. c. Seybold*, [1903] A.C. 73.
5. *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 R.C.S. 585, 2003 CSC 55.
6. *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 R.C.S. 585, 2003 CSC 55, par. 29.

7. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 138.
8. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 144.
9. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 141.
10. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 147.
11. Voir *supra*, no 60.1.
12. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 151.
13. Comme l'un d'entre nous le faisait remarquer : « If the Court [...] had resorted to abstraction to define the minimum content of section 91(24), it would have also run the risk of recognizing some practices as fundamental under section 91(24) while refusing to recognize the very same practices as aboriginal rights under section 35. Suppose, for example, that the Court concludes that hunting is a matter that touches the core of Indianness because of its fundamental character to aboriginal peoples. It is possible that the Court would nonetheless deny a great number of bands — those unable to meet the *Van der Peet* test — the qualification of such a practice as an aboriginal right under section 35. It is my understanding that the Court wants to avoid precisely this type of situation. [...] [A]n abstract method would also have rendered the result of the case applicable to *all* aboriginal peoples falling under federal jurisdiction whether or not they had established an aboriginal right to the aboriginal heritage object or sites within their traditional territory. When the Supreme Court, for instance, decides that provincial labour relations legislation does not apply to Bell Canada, the same is also true for all federal undertakings. Coming back to my hunting example, if the Court concludes, based on an abstract method, that such an activity falls within the core of Indianness, *all* provincial laws of general application dealing with that matter would have to be held inapplicable to aboriginal peoples falling under federal jurisdiction. This result would be occasioned because the *federal* interest over Indians would be in jeopardy, that is, “securing the welfare of [*all of*] Canada’s aboriginal peoples”, and not the diverse interests of the fragmented aboriginal groups. As such, the federal principle embodied in the division of powers would provide a fairer protection than section 35 because such protection would be afforded to all aboriginal groups, not just those who can hire a skilful (and lucky) archaeologist. Division of powers issues involve a certain level of abstraction because sections 91 and 92 distribute sovereign powers over legal matters. Whereas federalism is concerned with the allocation of power, section 35 is concerned with the need to shield some fundamental characteristics of a specific aboriginal nation from the application of valid provincial or federal legislation » (Jean LECLAIR, « The Kitkatla Decision: Finding Jurisdictional Room to Justify Provincial Regulation of Aboriginal Matters », (2003) 21 *S.C. Law Rev.* (2d) 73, 89-90.

## B. Restrictions apportées par l'État central et les provinces aux droits ancestraux et issus de traités

135. **Introduction** – Alors que les droits ancestraux, titres aborigènes et droits issus de traités pouvaient être unilatéralement abrogés par l'autorité fédérale avant 1982, pouvoir dont étaient cependant dépourvues les provinces, l'enchâssement constitutionnel de ces droits rend maintenant impossible pareille extinction. Toute extinction exige dorénavant l'assentiment des Autochtones eux-mêmes.

Sans aller jusqu'à vouloir les éteindre, les deux ordres de gouvernement désirent parfois fixer des bornes à l'étendue de ces droits. Ce pouvoir de restreindre les droits garantis par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* a été reconnu au parlement fédéral et aux provinces par les tribunaux<sup>1</sup>. Cependant, toute restriction doit satisfaire à un test de justification que la Cour a énoncé pour la première fois dans *Sparrow* et n'a cessé depuis de peaufiner.

### III. Thèmes chevauchant Charte et fédéralisme

1. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 141 et 151 et *Première Nation de Grassy Narrows c. Ontario (Ressources naturelles)*, 2014 CSC 48, par. 31, 35, 46 et 53.

#### 1. Extinction des droits ancestraux et issus de traités

##### a) Critères à satisfaire

136. **Preuve d'une intention claire et expresse** – Avant leur enchâssement constitutionnel en 1982, le Parlement fédéral était en mesure d'éteindre unilatéralement les droits ancestraux<sup>1</sup> et issus de traités<sup>2</sup>, ce qui est aujourd'hui impossible en raison de l'article 35<sup>3</sup>. Nous verrons plus loin que les provinces n'ont pas l'autorité constitutionnelle requise pour agir de même.

Toutefois, il arrive encore souvent que, au cours d'un litige, la partie gouvernementale allègue que le droit ancestral ou issu de traité invoqué par la partie autochtone a été éteint avant 1982. Il faut donc connaître les conditions qui doivent être satisfaites avant qu'un tribunal puisse conclure à l'extinction d'un droit ancestral ou issu de traité.

La Cour suprême a affirmé à maintes reprises que, pour conclure à une extinction, « l'intention du Souverain d'éteindre un droit ancestral doit être claire et expresse »<sup>4</sup>. Ce dernier terme est une traduction malheureuse du mot *plain*; il faut plutôt comprendre que l'intention doit être « claire et évidente ». En d'autres termes, celle-ci peut être présente dans les cas où le législateur n'emploie pas des termes tels que éteindre, abroger, cesser d'avoir effet, etc. Le même critère s'applique aux droits issus de traités<sup>5</sup>. Pour satisfaire à ce critère « très exigeant »<sup>6</sup>, il faut présenter « une preuve claire que [l'État, avant 1982,] a réellement pris en considération le conflit entre la mesure qu'il entend prendre, d'une part, et les droits issus de traités des Indiens, d'autre part, et qu'il a choisi de résoudre ce conflit en abrogeant le traité ou le droit »<sup>7</sup>. La Cour a toutefois mentionné que, quoiqu'obligatoirement claire, l'« intention n'a pas à être expresse, si bien que des droits ancestraux peuvent aussi être éteints d'une façon implicite »<sup>8</sup>.

Il est également clairement établi que la réglementation d'un droit ancestral ou l'assujettissement de son exercice à certaines conditions n'équivaut pas à extinction<sup>9</sup>.

Par contre, lorsqu'un droit ancestral a été éteint à l'occasion d'un traité, il ne pourra revivre même si, par exemple, il était admis que la Couronne n'avait pas satisfait à certaines de ses obligations en vertu du traité, enfreignant ainsi ses obligations fiduciaires envers les signataires autochtones de l'entente<sup>10</sup>.

L'extinction d'un titre aborigène sur un territoire aujourd'hui inondé n'entraîne pas nécessairement l'extinction d'un droit ancestral de pêcher pour se nourrir sur ce même territoire<sup>11</sup>.

1. *Jack c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 294.

2. *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456, par. 48; *Sikyee c. The Queen*, [1964] R.C.S. 642; *R. c. George*, [1966] R.C.S. 267 et *Daniels c. The Queen*, [1968] R.C.S. 517.

3. *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, 2001 CSC 33, par. 11.
4. *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, 1099; voir aussi: *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, par. 31, *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101, par. 48; *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672, par. 75; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 180; *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, par. 52.
5. *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, par. 41.
6. *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672, par. 75.
7. *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, par. 286, la juge McLachlin, dissidente sur un autre point, citant *United States c. Dion*, 476 U.S. 734, 739-740 (1986).
8. *R. c. Sappier*; *R. c. Gray*, [2006] 2 R.C.S. 686, 2006 CSC 54, par. 57, faisant référence à *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, par. 34.
9. *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, 1097; *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, par. 31 et 34; *R. c. Sappier*; *R. c. Gray*, [2006] 2 R.C.S. 686, 2006 CSC 54, par. 59.
10. *Ontario (Procureur général) c. Bear Island Foundation*, [1991] 2 R.C.S. 570.
11. *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, 2001 CSC 33, par. 11.

137. **Provinces incapables d'éteindre un droit ancestral, un titre aborigène ou un droit issu de traité** – Avant que ne soit décidée l'affaire *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*<sup>1</sup>, la Cour suprême avait affirmé qu'aux termes du partage des compétences, une province n'était pas constitutionnellement investie du pouvoir d'éteindre un droit ancestral ou issu de traité. D'une part, une loi provinciale satisfaisant au critère de l'intention « claire et expresse » aurait sombré dans l'inconstitutionnalité, puisqu'elle aurait eu pour objet spécifique de régir une matière exclusivement fédérale : « [...] les seules règles de droit capables d'exprimer une intention suffisamment claire et expresse d'éteindre des droits ancestraux seraient des règles de droit ayant trait aux Indiens et aux terres indiennes. En conséquence, une règle de droit provinciale ne pourrait jamais éteindre d'elle-même des droits ancestraux, puisque l'existence de cette intention aurait pour effet d'exclure cette règle de la compétence de la province »<sup>2</sup>. D'autre part, même une loi provinciale d'application générale n'aurait pu éteindre des droits ancestraux, puisque ceux-ci « font partie de l'essentiel de l'indianité qui est au cœur du par. 91(24). Par conséquent, [même] avant 1982, ces droits ne pouvaient pas être éteints par des lois provinciales d'application générale »<sup>3</sup>. Enfin, une loi provinciale d'application générale n'aurait pu, une fois incorporée aux termes de l'article 88, permettre l'extinction d'un droit ancestral, puisque « l'intention claire et expresse requise pour l'extinction de droits ancestraux ne ressort pas de l'art. 88 »<sup>4</sup>.

Le même raisonnement est applicable à l'extinction des droits issus de traités, qui font eux aussi partie du contenu minimum exclusif de la compétence fédérale attribuée aux termes du paragraphe 91(24).

Même si, dans *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*<sup>5</sup>, la Cour suprême a affirmé que la doctrine de la protection des compétences exclusives ne s'applique dorénavant plus en matière de réglementation des droits ancestraux et des titres aborigènes, il n'en reste pas moins qu'à l'instar du parlement fédéral, une province ne peut éteindre unilatéralement un droit ancestral, un titre aborigène ou un droit issu de traité. Pareille conclusion est absolument incompatible avec l'éthos du test de justification élaboré dans *Sparrow*.

1. 2014 CSC 44.

### III. Thèmes chevauchant Charte et fédéralisme

2. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 180.
3. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 181.
4. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 183.
5. 2014 CSC 44. La même conclusion vaut également pour les droits issus de traités : *Première Nation de Grassy Narrows c. Ontario (Ressources naturelles)*, 2014 CSC 48, aux par. 31, 35, 46 et 53.

**138. Prescription des actions fondées sur des violations de titre aborigène, de droits ancestraux ou issus de traités** – En ce qui a trait à l'application des délais de prescription, une première distinction, fondée sur la nature des réparations demandées, doit être établie. En effet, dans l'arrêt *Manitoba Metis Federation*, une majorité de la Cour<sup>1</sup> a conclu que les délais de prescription ne pouvaient « empêcher les tribunaux, à titre de gardiens de la Constitution, de rendre des jugements déclaratoires sur la constitutionnalité d'une loi [...] et [p]ar extension, [...] sur la constitutionnalité de la conduite de la Couronne »<sup>2</sup>. Selon les juges majoritaires, une déclaration d'inconstitutionnalité n'est pas en soi une réparation juridique et peut donc échapper au couperet des délais de prescription.

Cette décision n'est pas sans soulever de problèmes. En effet, comme le dit le juge dissident Rothstein : « Lorsque seul un jugement déclaratoire sera demandé et qu'un principe constitutionnel sera invoqué à l'appui, les tribunaux pourront entendre l'affaire peu importe le temps écoulé depuis les actes ou les faits en cause »<sup>3</sup>. Or, en pratique, une fois l'action gouvernementale déclarée incompatible avec le principe de l'honneur de la Couronne, comment celle-ci pourrait-elle ne pas satisfaire aux réclamations de la partie autochtone? Comment la Couronne pourrait-elle moralement échapper à son devoir de réparation, puisqu'aux dires de la majorité de la Cour les justifications traditionnelles de la prescription (besoin de certitude, problèmes de preuve et devoir de célérité de la part du demandeur) ne peuvent être invoquées pour faire obstacle à l'action intentée par les Métis<sup>4</sup>? Les juges majoritaires notent d'ailleurs candidement que les Métis « sollicitent ce jugement déclaratoire pour faciliter leurs négociations extrajudiciaires avec la Couronne en vue de réaliser l'objectif constitutionnel global de réconciliation inscrit dans l'art. 35 de la Constitution »<sup>5</sup>.

L'autre difficulté soulevée par les délais de prescription tourne autour de l'applicabilité constitutionnelle des délais *provinciaux* aux litiges constitutionnels relatifs à des violations de droits ancestraux, d'un titre aborigène ou de droits issus de traités.

Dans des litiges intentés en Cour fédérale et n'impliquant pas des actions fondées sur des violations de droits ancestraux, d'un titre aborigène ou de droits issus de traités, il a été jugé que les délais de prescription provinciaux pouvaient être invoqués avec succès<sup>6</sup>. Ces délais s'appliquaient cependant en tant que normes fédérales ayant été incorporées aux termes du paragraphe 39(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*<sup>7</sup>. Sous réserve de leur conformité au test de justification, nous ne voyons pas pourquoi ces normes fédérales ne pourraient s'appliquer à des réclamations de droits ancestraux, de titre aborigène ou de droits issus de traités.

À première vue, les délais de prescription provinciaux semblent également pouvoir s'appliquer lorsqu'une action est intentée devant une cour autre que la Cour fédérale et que l'affaire porte sur une violation de droits ancestraux, d'un titre aborigène ou de droits issus

de traités. En effet, dans *Manitoba Metis Federation*, la Cour, unanime sur cette question, affirme que les « délai[s] de prescription [provinciaux] s'applique[nt] aux demandes des Autochtones pour manquement à une obligation fiduciaire relative à la gestion de leurs biens »<sup>8</sup>. Toutefois, à l'appui de cette affirmation, la Cour renvoie à l'affaire *Wewaykum* où, comme nous venons de le voir, le délai de prescription provincial avait été incorporé en droit fédéral par la *Loi sur les Cours fédérales*. Quant à l'arrêt *Lameman*<sup>9</sup> également invoqué par la Cour, il est difficile de savoir si un enjeu constitutionnel était en litige. Dans cette affaire, la Cour a reconnu que les délais de prescription provinciaux s'appliquaient aux « revendications autochtones »<sup>10</sup>. Cependant, en l'occurrence, bien que des violations de droits issus de traités aient été alléguées<sup>11</sup>, pour l'essentiel, le litige portait sur le défaut, par la Couronne fédérale, d'avoir respecté son obligation de fiduciaire à l'occasion de son administration d'intérêts reconnus par la *Loi sur les Indiens*. La Cour, dans cette affaire, a d'ailleurs pris soin de noter « qu'aucun avis de question constitutionnelle n'a été donné, et que la Cour n'[était] saisie d'aucune contestation constitutionnelle »<sup>12</sup>. Bien sûr, la Cour voulait peut-être simplement signifier par là que les délais de prescription provinciaux n'étaient pas eux-mêmes contestés<sup>13</sup>.

Quoiqu'il en soit de ces *distinguo*, nous sommes d'avis que, dans le passage de l'arrêt *Manitoba Metis Federation* reproduit plus haut, la Cour a formulé une règle générale destinée à s'appliquer également aux affaires relatives à des violations de droits ancestraux, de titres aborigènes ou de droits issus de traités. En effet, elle précise qu'elle aurait été tenue d'appliquer les règles de la prescription « si les Métis avaient sollicité des réparations personnelles »<sup>14</sup>. Or, ceux-ci alléguaient un manquement à une obligation fiduciaire découlant de la reconnaissance d'un « titre indien » par l'article 31 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*<sup>15</sup>. Cette loi faisant partie de la Constitution du Canada<sup>16</sup>, la Cour était donc saisie d'une « contestation constitutionnelle »<sup>17</sup>. Il n'existe aucune raison de penser qu'il en irait différemment d'une demande de réparation concernant une atteinte à un titre aborigène ou à un droit issu de traité, ces deux droits étant garantis par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

En outre, quoique dans *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*<sup>18</sup> la Cour suprême a affirmé que la doctrine de la protection des compétences exclusives ne s'applique dorénavant plus en matière de réglementation des droits ancestraux, nous sommes d'avis que, de toute façon, les délais de prescription provinciaux ne touchaient pas le cœur de la compétence fédérale sur les Indiens et qu'ils pouvaient donc s'appliquer *ex proprio vigore* aux demandes de réparation fondées sur la violation de droits ancestraux, d'un titre aborigène, ou de droits issus de traités et intentées devant une cour autre que la Cour fédérale. Dans une étude approfondie de l'application des droits de prescription provinciaux en matière fédérale<sup>19</sup>, l'un d'entre nous en est arrivé à des conclusions qui nous semblent parfaitement applicables ici. Les délais de prescription n'atteignent pas le cœur d'une compétence fédérale, car ils n'entravent pas ni ne rendent impossible la revendication de droits constitutionnels : « il[s] vise[nt] simplement à protéger les débiteurs, au nom de l'intérêt public, à l'encontre des créanciers négligents qui omettent d'exercer leurs recours dans un laps de temps donné. Il n'annihile pas complètement le droit d'action du détenteur. L'accès aux tribunaux demeure possible. Un tel délai impose simplement un devoir de célérité au créan-

### III. Thèmes chevauchant Charte et fédéralisme

cier [de l'obligation]. Il ne met nullement en péril [le droit constitutionnel en lui-même]»<sup>20</sup>. Une telle conclusion serait d'ailleurs tout à fait compatible avec la reconnaissance, par la Cour suprême, de l'applicabilité des délais provinciaux de prescription aux recours en remboursement fondés sur l'adoption d'une loi inconstitutionnelle<sup>21</sup>.

1. La juge en chef McLachlin et la juge Karakatsanis ont rédigé des motifs approuvés par les juges LeBel, Fish, Abella et Cromwell. Le juge Rothstein a rédigé une opinion dissidente entérinée par son collègue Moldaver. La juge Deschamps n'a pas pris part au jugement.
2. *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, par. 135, [2013] A.C.S. no 14.
3. *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, par. 265, [2013] A.C.S. no 14. Ils ajoutent au paragraphe 300 : « Il est foncièrement illogique de permettre que certaines demandes prenant appui sur l'honneur de la Couronne (p. ex. celles fondées sur un "engagement solennel" contenu dans un document constitutionnel) et pas d'autres (p. ex. celles fondées sur la notion, mieux établie et plus strictement définie, d'obligation fiduciaire) échappent à l'application de la doctrine des *laches*. Sans compter que cela incitera les parties à formuler leurs demandes de façon à bénéficier de cette exception nouvelle et plus généreuse, ce qui, compte tenu notamment de l'ambiguïté de la nouvelle obligation, sera source d'incertitude juridique. »
4. Le juge dissident Rothstein exprime une opinion similaire aux paragraphes 260 à 262 de *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] A.C.S. no 14. Entre autres choses, il affirme (par. 261) : « Bien qu'un jugement déclaratoire non assorti de mesures accessoires puisse paraître avoir peu d'incidence sur la certitude assurée par les délais de prescription, il ne s'agit pas toujours d'une réparation sans grandes conséquences pour les parties [version anglaise de ce dernier bout de phrase : "the result for litigants is not necessarily as benign"]. Un jugement déclaratoire peut entraîner d'autres réparations, même si le tribunal ne l'ordonne pas. »
5. *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, par. 137, [2013] A.C.S. no 14.
6. *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, [2002] 4 R.C.S. 245, 2002 CSC 79, et *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 R.C.S. 344.
7. L.R.C. (1985), c. F-7 : « Sauf disposition contraire d'une autre loi, les règles de droit en matière de prescription qui, dans une province, régissent les rapports entre particuliers s'appliquent à toute instance devant la Cour d'appel fédérale ou la Cour fédérale dont le fait générateur est survenu dans cette province. »
8. *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, par. 138, [2013] A.C.S. no 14.
9. *Canada (Procureur général) c. Lameman*, [2008] 1 R.C.S. 372, 2008 CSC 14.
10. *Canada (Procureur général) c. Lameman*, [2008] 1 R.C.S. 372, 2008 CSC 14, par. 13.
11. *Papaschase Indian Band (Descendants of) v. Canada (Attorney General)*, 2004 ABQB 655, par. 105-106, et *Canada (Procureur général) c. Lameman*, [2008] 1 R.C.S. 372, 2008 CSC 14, par. 4.
12. *Canada (Procureur général) c. Lameman*, [2008] 1 R.C.S. 372, 2008 CSC 14, par. 9.
13. Ce que semble confirmer une lecture de la décision de première instance : *Papaschase Indian Band (Descendants of) c. Canada (Attorney General)*, 2004 ABQB 655, par. 50.
14. *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, par. 143, [2013] A.C.S. no 14.
15. S.C. 1870, c. 3.
16. *Loi constitutionnelle de 1982*, Annexe n° 2.
17. *Canada (Procureur général) c. Lameman*, [2008] 1 R.C.S. 372, 2008 CSC 14, par. 9.
18. 2014 CSC 44.

19. Jean LECLAIR, « L'interaction entre le droit privé fédéral et le droit civil québécois en matière d'effets de commerce : perspective constitutionnelle », (1995) 40 *R.D. McGill* 691, 712-737 (accessible en ligne : <<http://hdl.handle.net/1866/1950>>).
20. Jean LECLAIR, « L'interaction entre le droit privé fédéral et le droit civil québécois en matière d'effets de commerce : perspective constitutionnelle », (1995) 40 *R.D. McGill* 691, 726. On notera que cet argumentaire s'apparente énormément à celui adopté par la Cour dans *Canada (Procureur général) c. Lameman*, [2008] 1 R.C.S. 372, 2008 CSC 14, par. 13 : « Les délais de prescription répondent à la recherche d'un équilibre entre la nécessité de protéger le droit du défendeur, après un certain temps, d'organiser ses affaires sans craindre une poursuite et celle de traiter le demandeur équitablement compte tenu de sa situation. Cela vaut autant pour les revendications autochtones que pour les autres [...] ».
21. *Kingstreet Investments Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Finances)*, 2007 CSC 1, [2007] 1 R.C.S. 3.

b) *Absence d'extinction des droits ancestraux sous le Régime français*

**139. Impertinence du refus par la France de reconnaître des droits aux peuples autochtones du Québec** – La Cour suprême a rejeté l'argument selon lequel la France aurait cédé à la Grande-Bretagne, à l'occasion du Traité de Paris de 1763, un territoire exempt de tout droit ancestral<sup>1</sup>. Cet argument repose sur l'idée selon laquelle l'affirmation de souveraineté par la France, jointe au fait qu'elle n'aurait reconnu l'existence de quelque droit foncier que ce soit aux Autochtones, aurait suffi à dépouiller ces derniers de tout droit au territoire. Selon cet argument, les Autochtones ne pourraient prétendre aujourd'hui qu'aux droits que leur aurait concédés la France et qui se seraient perpétués dans l'ordre juridique britannique.

Dans l'affaire *R. c. Côté*<sup>2</sup>, la Cour a rejeté cet argumentaire. Elle a affirmé que si certaines coutumes, pratiques et traditions satisfaisaient au test développé dans l'arrêt *Van der Peet*<sup>3</sup>, qu'elles avaient « continué d'être observées après le contact avec les Européens et n'[avaient] pas été éteintes de façon expresse, [alors] elles [avaient] droit d'être reconnues dans la Constitution »<sup>4</sup>. Elle a ajouté qu'il serait injuste de faire dépendre l'existence de droits ancestraux de la reconnaissance de ces derniers par les colonisateurs européens<sup>5</sup>. Cette solution comportait également le grand avantage de soumettre toutes les revendications autochtones au même test, plutôt que d'obliger les tribunaux à élaborer, dit-elle, des « mesures disparates de protection constitutionnelle des droits ancestraux, mesures qui seraient fonction des particularités historiques de la colonisation dans les diverses régions »<sup>6</sup>.

1. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 183.
2. *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, par. 38.
3. [1996] 2 R.C.S. 507.
4. *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, par. 51.
5. *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, par. 52.
6. *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, par. 53.

c) *Questions concernant les conséquences du Régime français sur le titre aborigène*

140. **L'arrêt Côté** – L'arrêt *Côté* peut être interprété comme mettant un terme à la discussion sur l'extinction du titre aborigène sous le Régime français. En effet, rappelons que celui-ci constitue une sous-catégorie de droits ancestraux<sup>1</sup>. Dans cette perspective, en déclarant que les droits ancestraux n'avaient pas été éteints en Nouvelle-France, la Cour suprême aurait condamné définitivement la thèse défendue par le procureur général du Québec. Une autre lecture de l'arrêt est toutefois possible. En effet, la Cour a pris bien soin d'affirmer : « Il est inutile, pour les fins du présent pourvoi, de s'attarder davantage sur les détails historiques nébuleux des effets juridiques de la *Proclamation [royale de 1763]*, car l'affaire peut être décidée sur d'autres fondements. À la lumière des principes formulés dans l'arrêt *Adams*, il est clair que les appelants n'étaient pas tenus de prouver, comme préalable à l'existence d'un droit de pêche ancestral, l'existence d'un titre aborigène sur la Z.E.C., que ce soit en vertu de la common law ou de la Proclamation »<sup>2</sup>.

La Cour présente ensuite la thèse du Procureur général du Québec. Celui-ci soutenait que, « à l'opposé du régime britannique de colonisation, la Couronne française ne reconnaissait, en droit, aucun titre aborigène subsistant sur les terres après la découverte. Elle acquérait la propriété pleine et entière de toutes les terres découvertes dès leur conquête [sic] et leur prise de possession symbolique »<sup>3</sup>. Par conséquent, elle n'a « jamais eu pour pratique de négocier avec les peuples autochtones la cession officielle des territoires »<sup>4</sup>. La Cour présente également la thèse contraire, selon laquelle le peuplement de la colonie était concentré presque exclusivement dans la vallée du Saint-Laurent. Ailleurs, les Autochtones ont continué de chasser et de pêcher comme auparavant. Si la création de seigneuries a pu entraîner l'extinction des droits territoriaux des Autochtones dans cette région, cela vaut uniquement pour une petite portion du territoire du Québec actuel<sup>5</sup>. Mais la Cour ne se fonde ni sur la thèse du ministère public ni sur celle des appelants. Elle déclare plutôt que la Couronne française n'a jamais manifesté son intention d'éteindre les droits ancestraux. Dans ce passage, la Cour fait constamment référence aux « coutumes, pratiques et traditions » autochtones qui se sont poursuivies sans interruption sous le Régime français<sup>6</sup>. Elle conclut que : « [...] même en supposant que la Couronne française n'a pas reconnu légalement le droit des Algonquins de pêcher dans la Z.E.C. avant le début de la souveraineté britannique, les appelants ont néanmoins la possibilité de démontrer qu'ils avaient [...] le droit ancestral de pêcher dans la Z.E.C. »<sup>7</sup>.

Plus loin, elle précise que, si les instances inférieures ont tiré des conclusions de fait divergentes sur la question du titre aborigène, certaines d'entre elles n'en portent pas moins sur la « véritable question en litige », à savoir est-ce que « l'exploitation, à des fins alimentaires, des rivières et des lacs de la Z.E.C. [...] constituait un aspect important de la vie des Algonquins avant le contact avec les Européens »<sup>8</sup>? S'appuyant sur ces conclusions de fait, la Cour a répondu affirmativement à cette question, mettant ainsi un terme au litige.

Dans l'affaire *Adams*, le Procureur général a présenté les mêmes arguments que dans l'affaire *Côté*. La Cour écrit : « La façon dont l'intimée caractérise le statut des droits

ancestraux en droit colonial français est discutable, quoique, tout comme dans *Côté*, je n'aie pas besoin de trancher cette question en l'espèce. [...] Le fait qu'une coutume, pratique ou tradition se soit poursuivie après l'arrivée des Européens, quoique en l'absence du lustre formel que lui aurait donné sa reconnaissance juridique par les colonisateurs européens, ne doit pas saper la protection accordée aux peuples autochtones. Le noble objet visé par le par. 35(1), savoir la préservation des caractéristiques déterminantes qui font partie intégrante des sociétés autochtones distinctives, ne saurait être réalisé si cette disposition ne protégeait que les caractéristiques déterminantes dont le sort a bien voulu qu'elles soient reconnues légalement par les colonisateurs français et britanniques»<sup>9</sup>.

On peut donc soutenir que la Cour s'est délibérément abstenue de prendre position sur les questions entourant l'existence du titre aborigène, qu'il s'agisse de la thèse de l'extinction à la suite de la découverte et de la prise de possession symbolique par la Couronne française, ou encore d'une extinction résultant de l'adoption de la Proclamation royale de 1763. Dans le contexte très particulier des affaires *Côté* et *Adams*, l'expression « droits ancestraux » devrait être distinguée du titre aborigène. Cela étant dit, il ne fait aucun doute dans notre esprit que la Couronne française n'a jamais proposé une doctrine cohérente permettant de conclure que les droits territoriaux des Autochtones avaient été éteints. Bien au contraire, elle a reconnu à plusieurs reprises l'existence de territoires où ils chassaient et vivaient de manière indépendante<sup>10</sup>.

1. *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, par. 51.
2. *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, par. 41.
3. *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, par. 44.
4. *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, par. 44.
5. *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, par. 42-49.
6. La seule référence à des droits territoriaux se trouve à l'intérieur d'une citation tirée de l'arrêt *Mabo c. Queensland [No. 2]*, (1992) 175 C.L.R. 1 (H.C.): *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, par. 53.
7. *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, par. 54.
8. *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, par. 59-60.
9. *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101, par. 33.
10. Voir *supra*, n° 9.

#### *d) Incompatibilité avec la souveraineté de l'État*

141. **Incompatibilité et extinction** – Quoique l'incompatibilité avec la souveraineté de l'État ne soit pas, sur le plan formel, équivalente à une extinction, elle emporte toutefois la même conséquence, à savoir l'impossibilité pratique de revendiquer un droit ancestral. Ainsi, dans l'arrêt *Mitchell*<sup>1</sup>, non seulement les demandeurs Mohawks n'ont pas réussi à démontrer l'existence d'un droit ancestral de traverser le Saint-Laurent avec des marchandises à des fins commerciales, mais, même s'ils y étaient parvenus, le juge Binnie était néanmoins d'avis qu'un tel droit était juridiquement incompatible avec l'intérêt souverain de l'État canadien à réglementer les frontières<sup>2</sup>.

1. [2001] 1 R.C.S. 911, 2001 CSC 33.
2. *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, 2001 CSC 33, par. 155-163.

**2. Limitation des droits ancestraux et issus de traités : examen du test de justification élaboré par la Cour suprême**

*a) Notions préliminaires*

142. **Situation particulière des provinces de l'Ouest** – Le survol proposé ici vise à brosser, au bénéfice de la praticienne du droit, un tableau des normes de droit constitutionnel relatives aux peuples autochtones du Canada. Cela dit, notre lectorat étant principalement québécois, nous n'aborderons pas la question complexe des limites imposées aux droits ancestraux et issus de traités dans les provinces de l'Ouest. Quoique les principes énoncés dans ce chapitre s'appliquent là-bas, ils sont modulés par des normes dont on ne trouve pas l'équivalent au Québec. Ainsi, des normes constitutionnelles spécifiques à ces régions y autorisent explicitement l'application aux Indiens de certaines lois provinciales<sup>1</sup>, et, qui plus est, certains traités numérotés comportent un renvoi explicite à la normativité provinciale<sup>2</sup>.

1. Voir, par exemple, la *Convention sur le transfert des ressources naturelles de 1930 (Loi constitutionnelle de 1930, annexe 2)* qui, en son paragraphe 12, affirme ce qui suit : « Pour assurer aux Indiens de la province la continuation de l'approvisionnement de gibier et de poisson destinés à leurs support et subsistance, le Canada consent à ce que les lois relatives au gibier et qui sont en vigueur de temps à autre dans la province, s'appliquent aux Indiens [...] »
2. Voici, par exemple, le passage suivant du *Traité n° 8*, conclu le 21 juin 1899 : « Et Sa Majesté la Reine CONVIENT PAR LES PRÉSENTES avec les dits sauvages qu'ils auront le droit de se livrer à leurs occupations ordinaires de la chasse au fusil, de la chasse au piège et de la pêche dans l'étendue de pays cédée telle que ci-dessus décrite, subordonnées à tels règlements qui pourront être faits de temps à autre par le gouvernement du pays agissant au nom de Sa Majesté et sauf et excepté tels terrains qui de temps à autre pourront être requis ou pris pour des fins d'établissements, de mine, de commerce de bois, ou autres objets»; traduction tirée de *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, par. 31.

142.1. **Reconnaissance par la Cour suprême de limites intrinsèques à certains droits issus de traités** – Certains droits issus de traités comportent des limitations vagues. Par exemple, en 1761, les Micmacs se sont vus reconnaître le droit « de continuer à pouvoir se procurer les biens nécessaires en pratiquant la chasse et la pêche et en échangeant le produit de ces activités traditionnelles »<sup>1</sup>. La Cour suprême du Canada a précisé que, de nos jours, ce droit devait leur assurer une « subsistance convenable », c'est-à-dire leur procurer « des choses essentielles comme “la nourriture, le vêtement et le logement, complétées par quelques commodités de la vie” », sans qu'il y ait « accumulation de richesses »<sup>2</sup>. En outre, des « limites de prises, dont il serait raisonnable de s'attendre à ce qu'elles permettent aux familles mi'kmaq de s'assurer une subsistance convenable selon les normes d'aujourd'hui, peuvent être établies par règlement et appliquées sans porter atteinte au droit issu du traité ». Par conséquent, en l'absence d'atteinte, il n'est pas nécessaire que le règlement en question soit conforme au test de justification élaboré par la Cour suprême<sup>3</sup>. En pratique, cela signifierait que, dans un litige relatif à un traité comportant une limitation interne, le ministère public pourrait couper l'herbe sous le pied du groupe autochtone requérant en faisant simplement la preuve que les normes gouvernementales assurent une subsistance convenable à ce dernier. Un juge convaincu par cette démonstration pourrait alors refuser

de se prononcer sur le fond de l'affaire. La Cour suprême ne s'appuie sur aucun précédent et ne tente même pas de démontrer l'existence ou la nécessité d'un tel pouvoir de modification unilatéral, sans possibilité de contrôle judiciaire. Fort heureusement, il s'agit du seul cas où la Cour a emprunté cette voie.

1. *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456, par. 56.
2. *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456, par. 59.
3. *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456, par. 61.

143. **Droits «existants»** – Comme le paragraphe 35(1) ne garantit que les droits ancestraux et issus de traités «existants», cela signifie qu'un droit qui aurait été éteint avant 1982 ne pourrait bénéficier de cette protection constitutionnelle<sup>1</sup>. Toutefois, il a été jugé que la réglementation d'un droit antérieurement à 1982 n'était pas synonyme d'extinction<sup>2</sup>.

1. *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, 1096.
2. *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, 1097.

144. **Droits non absolus, mais dont l'atteinte est encadrée par le principe d'honneur de la Couronne et par l'obligation fiduciaire de la Couronne** – Les droits reconnus à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne figurant pas dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, ils ne sont donc assujettis ni à son article 1 ni à son article 33. La Cour suprême a cependant refusé d'en faire des droits absolus : «Le paragraphe en question ne contient aucune disposition explicite autorisant notre Cour ou n'importe quel autre tribunal à apprécier la légitimité d'une mesure législative gouvernementale qui restreint des droits ancestraux. Nous estimons pourtant que l'expression reconnaissance et confirmation comporte les rapports de fiduciaire déjà mentionnés et implique ainsi une certaine restriction à l'exercice du pouvoir souverain. Les droits qui sont reconnus et confirmés ne sont pas absolus. Les pouvoirs législatifs fédéraux subsistent, y compris évidemment le droit de légiférer relativement aux Indiens en vertu du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Toutefois, ces pouvoirs doivent maintenant être rapprochés du par. 35(1). En d'autres termes, le pouvoir fédéral doit être concilié avec l'obligation [fiduciaire] fédérale et la meilleure façon d'y parvenir est d'exiger la justification de tout règlement gouvernemental qui porte atteinte à des droits ancestraux»<sup>1</sup>. Sans être une immunité à l'encontre de toute intervention gouvernementale, l'article 35 «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>.

Bref, comme nous venons de le voir, même si les droits reconnus aux peuples autochtones sont susceptibles d'être limités, toute atteinte doit être balisée par le «principe directeur général d'interprétation du par. 35(1)» selon lequel «le gouvernement a la responsabilité d'agir en qualité de fiduciaire à l'égard des peuples autochtones»<sup>3</sup>. Nous verrons que la notion d'obligation fiduciaire est elle-même fille du principe dit de «l'honneur de la Couronne».

Plus spécifiquement, cela signifie que les «rapports entre le gouvernement et les autochtones sont de nature fiduciaire plutôt que contradictoire et la reconnaissance et la confirmation contemporaines des droits ancestraux doivent être définies en fonction de ces rapports historiques»<sup>4</sup>.

### III. Thèmes chevauchant Charte et fédéralisme

Les droits issus de traités peuvent également être assujettis à des limites qui, elles aussi, doivent satisfaire au test de justification élaboré dans *Sparrow*<sup>5</sup>. Cette conclusion étonne, considérant que, contrairement aux droits ancestraux dont la justification se fonde sur l'antériorité de la présence des Autochtones, les traités sont « fondés sur le consentement mutuel de parties », ils sont le « fruit d'un accord entre les parties »<sup>6</sup>. Comment peut-on alors soutenir sans sourcilier que les gouvernements peuvent limiter unilatéralement une telle entente librement contractée par les deux parties ? Et, comme nous l'avons vu, il faut grandement nuancer le mot « librement » pour ce qui est de la partie autochtone, celle-ci ayant toujours été la cocontractante la plus faible à l'occasion de la négociation des traités. Quoi qu'il en soit, tel est actuellement l'état du droit.

1. *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, 1109.
2. *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, 1110.
3. *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, 1108, cité avec approbation dans *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, [2002] 4 R.C.S. 245, 2002 CSC 79, par. 78.
4. *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, 1108, cité avec approbation dans *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, [2002] 4 R.C.S. 245, 2002 CSC 79, par. 78.
5. *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, par. 37, 77, 78 et 79 et *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, par. 33.
6. *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, par. 76-77.

**145. Droits assujettis à des restrictions imposées par les assemblées législatives provinciales tout autant que par le Parlement central** – La Cour a également reconnu que les provinces pouvaient, au même titre que le Parlement central, restreindre les droits enchâssés à l'article 35 : « Les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1), y compris le titre aborigène, ne sont pas absolus. Tant le gouvernement fédéral (p. ex. *Sparrow*) que les gouvernements provinciaux (p. ex. *Côté*) peuvent porter atteinte à ces droits. Toutefois, le par. 35(1) exige que ces atteintes satisfassent au critère de justification »<sup>1</sup>. La Cour suprême, on l'a vu, a précisé que les provinces détiennent le pouvoir d'adopter des lois relatives à des droits ancestraux ou titres aborigènes potentiels, mais également à des terres sur lesquelles l'existence de droits ou de titres a été confirmée<sup>2</sup>. La Cour a en outre reconnu aux provinces le pouvoir de restreindre les droits issus de traités<sup>3</sup>.

1. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 160. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 118.
2. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 114 et 116-117.
3. *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, par. 74; *Première Nation de Grassy Narrows c. Ontario (Ressources naturelles)*, 2014 CSC 48, par. 31, 35, 46 et 53.

**145.1. Droits dont l'atteinte est encadrée par le principe d'honneur de la Couronne et par l'obligation fiduciaire de la Couronne** – Comme nous venons de le voir, même si les droits reconnus aux peuples autochtones sont susceptibles d'être limités, toute atteinte doit être balisée par le « principe directeur général d'interprétation du par. 35(1) » selon lequel « le gouvernement a la responsabilité d'agir en qualité de fiduciaire à l'égard des peuples autochtones »<sup>1</sup>. Nous verrons que la notion d'obligation fiduciaire est elle-même fille du principe dit de « l'honneur de la Couronne ».

Plus spécifiquement, cela signifie que les «rapports entre le gouvernement et les autochtones sont de nature fiduciaire plutôt que contradictoire et la reconnaissance et la confirmation contemporaines des droits ancestraux doivent être définies en fonction de ces rapports historiques»<sup>2</sup>.

1. *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, 1108, cité avec approbation dans *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, [2002] 4 R.C.S. 245, 2002 CSC 79, par. 78.
2. *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, 1108, cité avec approbation dans *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, [2002] 4 R.C.S. 245, 2002 CSC 79, par. 78.

**146. Exposé du test de justification** – La Cour suprême a récemment exposé comme suit le test de justification :

Pour justifier qu'il puisse passer outre aux volontés du groupe qui détient le titre ancestral au motif que l'atteinte sert l'intérêt général du public, le gouvernement doit établir: (1) qu'il s'est acquitté de son obligation procédurale de consultation et d'accommodement, (2) que ses actes poursuivaient un objectif impérieux et réel, et (3) que la mesure gouvernementale est compatible avec l'obligation fiduciaire qu'a la Couronne envers le groupe: *Sparrow*. [...] Lorsque l'existence du titre ancestral n'est pas établie, l'honneur de la Couronne impose au gouvernement une obligation procédurale de consultation et, s'il y a lieu, d'accommodement de l'intérêt autochtone non encore établi. Par contre, lorsque l'existence du titre a été établie, la Couronne doit non seulement se conformer à ses obligations procédurales, mais doit aussi s'assurer que la mesure gouvernementale proposée est fondamentalement conforme aux exigences de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Pour cela, le gouvernement doit poursuivre un objectif impérieux et réel et il doit démontrer que la mesure proposée est compatible avec l'obligation fiduciaire de la Couronne envers le groupe autochtone.<sup>1</sup>

Pour comprendre les explications qui suivent, une nécessaire distinction doit être faite entre la notion d'honneur de la Couronne et celle d'obligation fiduciaire de la Couronne.

1. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 77 et 80 (nos italiques).

**147. Les notions d'honneur de la Couronne et d'obligation fiduciaire de la Couronne** – Pour comprendre la suite du test développé par la Cour suprême en matière de limitation des droits garantis par le paragraphe 35(1), il importe de dire un mot au sujet du principe de l'honneur de la Couronne ainsi que de l'obligation de fiduciaire de la Couronne. Ces notions sont fort complexes, mais, aux fins de notre propos, il suffit de s'en tenir à ce qui suit.

L'honneur de la Couronne est le principe architectonique, le «précepte fondamental», du droit canadien relatif aux peuples autochtones<sup>1</sup>. Il constitue un «principe constitutionnel»<sup>2</sup> non écrit. L'honneur de la Couronne «est toujours en jeu lorsque cette dernière transige avec les peuples autochtones»<sup>3</sup>. Ce principe est à l'origine d'un ensemble d'obligations qui varient selon les circonstances, et au nombre desquelles on compte l'obligation de fiduciaire de la Couronne<sup>4</sup>. En réalité, il «tend à se substituer» à l'obligation de fiduciaire, car cette «notion possède à la fois une portée se limitant à certains types de rapports n'intéressant pas toujours les droits constitutionnels des Autochtones et des relents de paternalisme»<sup>5</sup>.

### III. Thèmes chevauchant Charte et fédéralisme

Cette obligation d'agir honorablement découle « de l'affirmation par la Couronne de sa souveraineté sur un peuple autochtone » et de « l'exercice de fait de son autorité sur des terres et ressources qui étaient jusque-là sous l'autorité de ce peuple »<sup>6</sup>. Cela étant, elle a donc pour objectif « la réconciliation des sociétés autochtones préexistantes avec l'affirmation de la souveraineté de la Couronne » et la reconnaissance de la « relation spéciale » entre les peuples autochtones et la Couronne qui découle de la « surimposition des lois et coutumes européennes » sur « les sociétés autochtones préexistantes »<sup>7</sup>.

Sans surprise, les origines de l'obligation de fiduciaire ne sont pas sans rappeler celles de l'honneur de la Couronne. Cette obligation a pour source lointaine les rapports historiques particuliers entretenus par les peuples autochtones avec la Grande-Bretagne dans un premier temps, et le Canada par la suite. Désireuse de maintenir la paix sur le territoire qu'elle revendiquait, la Couronne britannique a réclamé des peuples autochtones qu'ils acceptent de se départir de leurs intérêts – jamais clairement identifiés – à son seul profit et non à celui de tiers dont la malhonnêteté risquait de susciter leur mécontentement, sinon leur colère. Ainsi, la *Proclamation royale de 1763* interdira l'achat par des non-autochtones des intérêts fonciers autochtones, ces derniers ne pouvant dorénavant être cédés qu'à la Couronne. En contrepartie de cette vulnérabilité qu'engendrait, pour les peuples autochtones, ce monopole revendiqué par la Couronne, les tribunaux ont développé l'idée selon laquelle la Couronne est tenue de gérer les intérêts autochtones comme elle le ferait des siens propres. L'obligation de fiduciaire était née<sup>8</sup>.

Dans *Wewaykum*, le juge Binnie, au nom de la Cour, résume lapidairement la fonction de cette obligation de fiduciaire : « Lorsqu'elle existe, [celle-ci] vise à faciliter le contrôle de l'exercice par la Couronne de l'autorité et des pouvoirs discrétionnaires considérables qu'elle a graduellement assumés à l'égard de divers aspects de la vie des peuples autochtones »<sup>9</sup>.

1. *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, 2004 CSC 73, par. 16.
2. *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103, par. 42, [2010] A.C.S. no 53, et *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, par. 69, [2013] A.C.S. no 14.
3. *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, 2004 CSC 73, par. 16.
4. *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, 2004 CSC 73, par. 18.
5. Ce passage est tirée des motifs concordants des juges Deschamps et LeBel dans *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103, par. 105, [2010] A.C.S. no 53.
6. *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, 2004 CSC 73, par. 32, [2004] A.C.S. no 70. Voir aussi *Behn c. Moulton Contracting Ltd.*, 2013 CSC 26, par. 28, [2013] A.C.S. no 26. La version anglaise de ce passage de l'arrêt *Nation haïda*, plus encore que son équivalent français, met l'accent sur le caractère *de facto* par opposition à *de jure* de l'affirmation de la souveraineté britannique : « This process of reconciliation flows from the Crown's duty of honourable dealing toward Aboriginal peoples, which arises in turn from the Crown's assertion of sovereignty over an Aboriginal people and de facto control of land and resources that were formerly in the control of that people. »
7. *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, par. 67, [2013] A.C.S. no 14.

8. *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335.

9. *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, 2002 CSC 79, [2002] 4 R.C.S. 245, par. 79.

147.1. **Situations où la notion d'honneur de la Couronne a été invoquée dans le passé** – Parce qu'il s'agit d'un principe dont la Cour n'accouche que très lentement depuis l'affaire *Sparrow* – les contractions ne s'étant intensifiées qu'avec l'affaire *Haïda* en 2004 – il n'est pas toujours facile de pleinement appréhender les devoirs associés au principe de l'honneur de la Couronne, ou encore, les subtilités du rapport entretenu par ce dernier avec l'obligation de fiduciaire.

Afin d'y voir plus clair, nous exposerons quatre situations dans lesquelles, aux dires de la Cour<sup>1</sup>, le principe a été invoqué. Nous ajouterons, à chaque fois, quelques commentaires aux propos de la Cour.

*Premièrement*, le « principe de l'honneur de la Couronne fait naître une obligation fiduciaire lorsque la Couronne assume des pouvoirs discrétionnaires à l'égard d'un intérêt autochtone particulier »<sup>2</sup>. De tels intérêts peuvent être constitués des droits ancestraux et issus de traités garantis par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ou encore de l'« intérêt en common law » dans la réserve » détenu par une bande indienne une fois la réserve créée par le gouvernement fédéral<sup>3</sup>. Ainsi, les tribunaux ont invoqué l'obligation de fiduciaire de la Couronne pour imposer à celle-ci un devoir de justification pour toute atteinte à des droits garantis par l'article 35<sup>4</sup>. Ils y ont également eu recours pour contraindre la Couronne à gérer les intérêts d'une bande indienne comme les siens propres lorsque ladite bande lui cède une partie de sa réserve<sup>5</sup>.

*Deuxièmement*, « [l]e principe de l'honneur de la Couronne guide l'interprétation téléologique de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et fait naître une obligation de consultation lorsque la Couronne envisage des mesures qui auront une incidence sur un intérêt autochtone revendiqué, mais non encore établi »<sup>6</sup>. Il en est ainsi, car lorsqu'un intérêt autochtone est revendiqué sans être établi, l'obligation de fiduciaire n'est pas applicable, l'intérêt autochtone « n'[étant] pas suffisamment précis »<sup>7</sup>. Dans l'arrêt *Mikisew*<sup>8</sup>, la Cour a déclaré que le test développé dans *Haïda* était également applicable aux droits potentiels issus de traités.

*Troisièmement*, « [l]e principe de l'honneur de la Couronne régit la conclusion des traités et leur mise en œuvre [...] et commande le respect d'exigences telles que s'en tenir à une négociation honnête et éviter l'apparence de manœuvres malhonnêtes »<sup>9</sup>.

*Quatrièmement*, « [l]e principe de l'honneur de la Couronne exige qu'elle agisse de manière à ce que les traités conclus avec les Autochtones et les concessions prévues par la loi en leur faveur atteignent leur but »<sup>10</sup>.

1. *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, par. 73, [2013] A.C.S. no 14.

2. *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, par. 73, [2013] A.C.S. no 14.

3. *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, 2002 CSC 79, [2002] 4 R.C.S. 245, par. 98.

4. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 80, 84-85.

### III. Thèmes chevauchant Charte et fédéralisme

5. *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335.
6. *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, par. 73, [2013] A.C.S. no 14; voir aussi *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 78 et 80.
7. *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, 2004 CSC 73, par. 18.
8. *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, [2005] 3 R.C.S. 388, 2005 CSC 69. Voir aussi *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650, par. 32 et 36.
9. *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, par. 73, [2013] A.C.S. no 14.
10. *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, par. 73, [2013] A.C.S. no 14.

147.2. **L'honneur de la Couronne et les obligations envers les Autochtones consacrées par la Constitution** – Après avoir rappelé que les obligations découlant du principe de l'honneur de la Couronne peuvent varier en fonction des situations<sup>1</sup>, la Cour, dans *Manitoba Metis Federation Inc.* introduit une cinquième situation où le principe peut jouer. Dans un jugement qui ne brille pas par sa clarté, la Cour affirme que le principe de l'honneur de la Couronne est également « engagé par une obligation explicite envers un groupe autochtone qui est consacrée par la Constitution »<sup>2</sup>. Il faut néanmoins que cette obligation explicite s'apparente « à une promesse faite par traité »<sup>3</sup>. Elle doit donc comporter « [u]ne “intention de créer des obligations” et un “certain élément de solennité” »<sup>4</sup>. En l'occurrence, une majorité de la Cour a jugé que l'article 31 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*<sup>5</sup> établissait une telle promesse solennelle au profit du peuple métis de cette province.

La Cour ajoute qu'une fois mis en branle dans ce contexte particulier, le principe de l'honneur de la Couronne requiert de cette dernière qu'elle « adopt[e] une approche libérale et téléologique dans l'interprétation de la promesse »<sup>6</sup>. Ce premier devoir n'est pas nouveau, puisqu'il s'apparente au quatrième cas de figure décrit plus haut. Néanmoins, et il s'agit là d'une obligation nouvelle, la Couronne doit « agir avec diligence pour s'acquitter de la promesse »<sup>7</sup>. Cela signifie qu'elle doit prendre « des mesures pour faire en sorte que ses obligations soient exécutées »<sup>8</sup>. Voilà qui est beaucoup plus onéreux pour la Couronne qu'une simple obligation d'interprétation libérale de l'objet de la promesse. En effet, pour satisfaire à cette nouvelle obligation, « les fonctionnaires de la Couronne doivent veiller à exécuter l'obligation de façon à réaliser l'objet de la promesse »<sup>9</sup>.

Pourquoi la Cour a-t-elle senti le besoin de mobiliser le principe de l'honneur de la Couronne, alors qu'il lui aurait suffi de conclure à l'existence d'une violation de la norme constitutionnelle qu'est l'article 31 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*? Deux raisons viennent à l'esprit. La première, c'est que l'impact normatif d'une décision fondée sur la violation d'un devoir d'agir honorablement afin d'assurer la réalisation d'une promesse solennelle faite aux Métis est beaucoup plus important que la simple constatation par la Cour de la violation d'une disposition constitutionnelle fort technique et vieille de plus de 140 ans. Bref, il est plus accablant pour la Couronne de se voir drapée dans le manteau du déshonneur qu'il ne le serait pour elle de se faire reprocher la violation d'un article de loi constitutionnelle. Le droit constitutionnel, ne l'oublions pas, est aussi affaire de symboles.

La deuxième raison tient à ce que, si la Cour s'en était tenue à constater une violation de l'article 31, il lui aurait été fort difficile, même en s'appuyant sur l'interprétation libérale dictée par la métaphore de l'« arbre vivant », d'y associer l'obligation de diligence qu'elle a greffée avec succès au devoir d'agir honorablement.

On ne peut encore pleinement mesurer l'impact de cette décision. Il n'est pas certain, par exemple, que la mobilisation du principe de diligence est confinée à des dispositions constitutionnelles. En toute logique, elle pourrait être invoquée lorsque la mise en œuvre de traités anciens (ou modernes), est en jeu<sup>10</sup>. Ceux-ci partagent plusieurs des attributs reconnus à l'article 31 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* par les juges majoritaires. Premièrement, ces derniers ont souligné que l'obligation d'agir avec diligence « a surgi principalement dans le contexte des traités, où l'honneur de la Couronne garantit l'exécution diligente de ses promesses »<sup>11</sup>. Deuxièmement, ils ont également insisté sur le fait que seules des obligations constitutionnelles s'apparentant aux promesses solennelles figurant dans les traités pouvaient déclencher cette obligation de diligence<sup>12</sup>. Enfin, en paraphrasant la majorité de la Cour, on peut affirmer que l'objectif visé par les traités anciens, au même titre que l'article 31 de la *Loi sur le Manitoba*, était de réconcilier les communautés indiennes et la souveraineté de la Couronne, ainsi que de permettre la création de nouvelles provinces<sup>13</sup>. Et « [c]ette réconciliation devait être réalisée par la prise d'une mesure plus concrète, soit le transfert rapide et équitable des terres aux [indiens] »<sup>14</sup>.

Ces quelques balises au sujet du principe de l'honneur de la Couronne et de son obligation de fiduciaire maintenant données, il nous est maintenant possible d'aborder la pertinence de ces notions dans le contexte des limitations qui peuvent être apportées aux droits ancestraux et issus de traités.

1. *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, par. 74, [2013] A.C.S. no 14.
2. *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, par. 70, [2013] A.C.S. no 14.
3. *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, par. 71, [2013] A.C.S. no 14.
4. *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, par. 71, [2013] A.C.S. no 14.
5. S.C. 1870, c. 3, reproduite dans L.R.C. (1985), app. II, no 8.
6. *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, par. 75, [2013] A.C.S. no 14.
7. *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, par. 75, [2013] A.C.S. no 14.
8. *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, par. 79, [2013] A.C.S. no 14.
9. *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, par. 80, [2013] A.C.S. no 14.
10. Le juge dissident Rothstein a souligné l'étendue imprécise de l'obligation de diligence (*Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, par. 205, [2013] A.C.S. no 14) : « Mes collègues n'établissent pas clairement non plus quel type de document juridique peut renfermer un engagement solennel : s'agit-il uniquement de la Constitution ou [peut-il] aussi s'agir d'un traité? Au paragraphe 75, leur conclusion relative à l'exécution diligente paraît s'appliquer aux seules obligations constitutionnelles envers

### III. Thèmes chevauchant Charte et fédéralisme

les peuples autochtones. Ils signalent cependant, par. 79, que l'obligation vaut peu importe qu'elle découle d'un traité ou de la Constitution.»

11. *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, par. 79, [2013] A.C.S. no 14.
12. *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, par. 71, 78 et 79, [2013] A.C.S. no 14.
13. *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, par. 98, [2013] A.C.S. no 14.
14. *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, par. 98, [2013] A.C.S. no 14.

#### b) *Atteinte à des droits ancestraux et à des titres aborigènes potentiels*

**148. Obligation de consulter et d'accommoder imposée à la Couronne à l'égard des intérêts potentiels des peuples autochtones** – En 2004, la Colombie-Britannique a argué devant la Cour suprême qu'aucune obligation ne lui incombait de consulter les Haïda avant de procéder à des concessions de ferme forestière sur leur territoire traditionnel, au motif qu'aucun jugement n'avait encore reconnu l'existence de leur titre traditionnel.

Or, comme on l'a vu, le fardeau de preuve imposé à une communauté autochtone désireuse d'établir l'existence d'un droit ancestral ou d'un titre ancestral est très lourd. Il en découle que les négociations ou les démarches judiciaires menant à la démonstration d'un droit ou d'un titre sont généralement très longues. Bref, les Haïda risquaient de se faire dire par le gouvernement britanno-colombien et les compagnies extractrices : « Continuez vos poursuites et revendications et quand vos droits seront établis et prouvés, revenez nous voir. D'ici là, nous allons procéder à l'exploitation de votre territoire, sans nous soucier de vous ou de vos droits. ».

Pour éviter une telle chose, la Cour suprême a développé dans l'arrêt *Nation haïda*<sup>1</sup> une obligation de consulter et d'accommoder qui possède la caractéristique d'être proactive, plutôt que réactive. En d'autres mots, elle vise à *prévenir* les atteintes à des droits qui ne sont encore *qu'allégués* et non prouvés.

Dans cette affaire, la Cour a reconnu que l'obligation de fiduciaire n'était pas ici applicable, car l'intérêt autochtone en litige « n'[était] pas suffisamment précis »<sup>2</sup>, aucun droit ancestral ou titre aborigène n'ayant encore été prouvé.

Toutefois, elle a jugé que le « précepte fondamental » représenté par l'honneur de la Couronne exigeait que les « droits potentiels » autochtones « soient déterminés, reconnus et respectés », ce qui obligeait donc la Couronne à « agir honorablement et négocier »<sup>3</sup>. Si la Couronne entend agir honorablement, dit la Cour :

elle ne peut traiter cavalièrement les intérêts autochtones qui font l'objet de revendications sérieuses dans le cadre du processus de négociation et d'établissement d'un traité. Elle doit respecter ces intérêts potentiels, mais non encore reconnus. La Couronne n'est pas paralysée pour autant. Elle peut continuer à gérer les ressources en question en attendant le règlement des revendications. Toutefois, selon les circonstances, [...] le principe de l'honneur de la Couronne peut obliger

celle-ci à consulter les Autochtones et à prendre raisonnablement en compte leurs intérêts jusqu'au règlement de la revendication. Le fait d'exploiter unilatéralement une ressource faisant l'objet d'une revendication au cours du processus visant à établir et à régler cette revendication peut revenir à dépouiller les demandeurs autochtones d'une partie ou de l'ensemble des avantages liés à cette ressource. Agir ainsi n'est pas une attitude honorable.<sup>4</sup>

En effet, l'obligation de consulter est étroitement associée au « processus de négociation honorable et de conciliation qui débute au moment de l'affirmation de la souveraineté et se poursuit au-delà du règlement formel des revendications »<sup>5</sup>. Or, « [c]e processus de conciliation découle de l'obligation de la Couronne de se conduire honorablement envers les peuples autochtones, obligation qui, à son tour, tire son origine de l'affirmation par la Couronne de sa souveraineté sur un peuple autochtone et par l'exercice de fait de son autorité sur des terres et ressources qui étaient jusque-là sous l'autorité de ce peuple »<sup>6</sup>.

Dans *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*<sup>7</sup>, la Cour est un peu plus explicite en ce qu'elle parle non pas simplement d'un droit d'être consulté, mais du droit de « participe[r] à la prise de décisions concernant ses terres », là où un titre est revendiqué sans être encore établi. Ce qui est en jeu, c'est une « mise en balance proportionnée » des intérêts car le « principe directeur [en anglais « the governing ethos »] ne repose pas sur les intérêts opposés mais sur la conciliation »<sup>8</sup>.

L'obligation de consulter et d'accommoder repose sur l'idée que seules des relations harmonieuses, fondées sur le respect, permettent d'atteindre l'objectif de conciliation. Elle vise à éviter les conflits et non à les nourrir. En fait, ce sont les populations autochtones et non autochtones que cette obligation de consulter et d'accommoder cherche à réconcilier.

Dans l'arrêt *Mikisew*<sup>9</sup>, la Cour a déclaré que le test développé dans *Haida* était également applicable aux droits potentiels issus de traités. Plus récemment, dans *Beckman*, une majorité des juges a affirmé que l'obligation de consulter pouvait même trouver à s'appliquer dans le contexte de la mise en œuvre d'un « traité global récent », et ce, même si ce dernier prévoit expressément un mécanisme de consultation<sup>10</sup>. Jugeant que le traité n'était pas un « code complet », les magistrats furent d'avis que l'honneur de la Couronne imposait, en l'espèce, une obligation de consulter<sup>11</sup>.

Signalons que l'obligation de consulter impose un lourd fardeau aux communautés autochtones. Premièrement, les demandes de consultation peuvent parfois se compter par centaines. Elles supposent une énorme paperasse bureaucratique. Elles requièrent le recours à un capital humain dont les communautés ne disposent pas toujours. Enfin, elles sont coûteuses et entraînent donc un détournement des ressources limitées de la communauté et l'abandon d'autres priorités<sup>12</sup>.

1. *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, 2004 CSC 73 (CanLII).

2. *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, 2004 CSC 73, par. 18.

3. *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, 2004 CSC 73, par. 25.

### III. Thèmes chevauchant Charte et fédéralisme

4. *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, 2004 CSC 73, par. 27.
5. *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, 2004 CSC 73, par. 32.
6. *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, 2004 CSC 73, par. 32. Voir aussi *Behn c. Moulton Contracting Ltd.*, 2013 CSC 26, par. 28.
7. 2014 CSC 44, par. 17.
8. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 18.
9. *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, [2005] 3 R.C.S. 388, 2005 CSC 69. Voir aussi *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650, par. 32 et 36.
10. *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103, par. 38, 43, 62 et 71.
11. *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103, par. 55-62.
12. Dwight NEWMAN, *Revisiting the Duty to Consult Aboriginal Peoples*, Saskatoon, Purich, 2014, p. 70 et 71.

149. **Titulaires de l'obligation de consultation** – L'obligation de consulter a pour objectif la protection des droits collectifs des peuples autochtones. En conséquence, « elle est due au groupe autochtone titulaire des droits protégés par l'art. 35, qui sont par nature des droits collectifs ». Cependant, « un groupe autochtone peut toutefois autoriser un individu ou un organisme à le représenter en vue de faire valoir ses droits garantis par l'art. 35 »<sup>2</sup>. Les propos de la Cour suprême laissent penser qu'une telle autorisation doit être expresse et ne peut être déduite implicitement du comportement des parties<sup>3</sup>.

La question du titulaire du droit revendiqué ne pose pas trop de problèmes en ce qui concerne les Indiens ou les Inuits, mais il n'en va pas de même des communautés métisses dont l'identité est plus difficile à définir. Quant aux Indiens sans statut et aux Indiens vivant en milieu urbain, ont-ils droit à la consultation<sup>4</sup>? En fait, la question se pose de savoir s'ils sont titulaires de droits ancestraux<sup>5</sup>.

Qu'en est-il des regroupements provinciaux comme l'APNQL<sup>6</sup>? Celle-ci n'étant pas détentrice de droits ancestraux, aucune obligation n'existe pour la Couronne de la consulter (à moins que les communautés titulaires ne lui accordent le mandat de les représenter sur cette question précise). Toutefois, nous sommes d'avis que la question de savoir si le gouvernement a intérêt à consulter de tels regroupements dépend de la nature de l'action gouvernementale contestée. Pensons par exemple à une politique générale de développement, telle qu'une « décision stratégique prise en haut lieu »<sup>7</sup> qui n'emporte pas d'exploitation immédiate du territoire et qui vise un ensemble de territoires revendiqués par des nations différentes. Comme on le verra plus loin<sup>8</sup>, même dans un cas comme celui-là, une obligation de consulter les communautés dont les droits sont affectés existe. Toutefois, dans un premier temps, les regroupements provinciaux seront probablement les bons interlocuteurs. En effet, la diversité d'intérêts des multiples communautés autochtones touchées par une politique stratégique exigera certainement un ajustement de l'obligation de consulter, notamment pour disséminer l'information appropriée et s'assurer que tous les groupes et personnes touchés seront consultés avant la mise en œuvre de la politique générale du gouvernement dans une région donnée. Quant à savoir quelle sera l'étendue requise d'une

telle consultation, elle risque d'être assez minime. Toutefois, cette démarche est fondée sur des exigences politiques plutôt que constitutionnelles, car un tel organisme ne détient pas, répétons-le, de droits ancestraux potentiels ou avérés.

En revanche, plus la mesure gouvernementale sera ciblée (ex : un permis autorisant une activité donnée sur un territoire bien défini), plus le cercle des interlocuteurs autochtones sera limité aux seuls titulaires de droits et titres ancestraux (potentiels ou avérés), éliminant très certainement les regroupements provinciaux.

1. *Behn c. Moulton Contracting Ltd.*, 2013 CSC 26, par. 30, [2013] A.C.S. no 26.
2. *Behn c. Moulton Contracting Ltd.*, 2013 CSC 26, par. 30, [2013] A.C.S. no 26.
3. *Behn c. Moulton Contracting Ltd.*, 2013 CSC 26, par. 31, [2013] A.C.S. no 26.
4. Dwight NEWMAN, *Revisiting the Duty to Consult Aboriginal Peoples*, Purich, Saskatoon, 2014, p. 66-67 et 69.
5. Dwight NEWMAN, *Revisiting the Duty to Consult Aboriginal Peoples*, Purich, Saskatoon, 2014, p. 66 et 67.
6. Voir Dwight NEWMAN, *Revisiting the Duty to Consult Aboriginal Peoples*, Purich, Saskatoon, 2014, qui discute de la jurisprudence contradictoire sur cette question aux pages 67 à 68.
7. *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, [2010] 2 R.C.S. 650, 2010 CSC 43 (CanLII), par. 44.
8. Voir *infra* n° 151.

149.1. **Revendications qui se chevauchent** – La question du titulaire du droit revendiqué soulève également le problème des revendications qui se chevauchent. Très certainement, toutes les communautés dont les droits pourraient être affectés devront être consultées. Enfin, qu'en est-il des individus ou des groupes familiaux qui pourraient peut-être revendiquer des droits particuliers à l'intérieur d'un territoire traditionnel? La Couronne devra-t-elle les consulter ou peut-elle se contenter de la décision des représentants de la communauté? Tout cela pose le problème de la représentativité de l'interlocuteur autochtone et de l'obligation pour les communautés autochtones d'assurer la transparence du mode d'approbation des ententes négociées. La question du titulaire du droit revendiqué obligera très certainement les gouvernements et les entreprises à s'intéresser plus qu'ils ne le font généralement aux structures politiques et constitutionnelles internes des groupes autochtones pour éviter de s'adresser à la mauvaise personne. La question de la dissension au sein d'un groupe autochtone quant à l'usage qui doit être fait du titre est un autre problème soulevé par cette question du titulaire. Cela est d'autant plus important que, dans *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*<sup>2</sup>, la Cour rappelle que l'utilisation des terres grevées d'un titre ne doit pas « priv[er] de façon substantielle les générations futures des avantages que procurent les terres ». Il ne faut pas exclure la possibilité qu'un groupe de dissidents conteste une entente sur la base de l'irrespect de cette limite interne.

1. On se souviendra que, sans rien trancher de définitif, la Cour a abordé cette question de l'« aspect individuel » des droits ancestraux dans *Behn c. Moulton Contracting Ltd.*, 2013 CSC 26, par. 33-36, [2013] A.C.S. no 26; voir *supra* n° 41.
2. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie Britannique*, [2014] 2 R.C.S. 256, 2014 CSC 44 (CanLII), par. 86.

**150. Obligation qui lie les couronnes provinciales et fédérales, mais non les tiers –** Cette obligation d’agir honorablement lie les couronnes provinciales tout autant que fédérale<sup>1</sup>, mais non les tiers comme, par exemple, les entreprises privées<sup>2</sup>. Puisque l’obligation de consulter et d’accommoder découle « de la proclamation de la souveraineté de la Couronne sur des terres et ressources autrefois détenues par le groupe autochtone concerné »<sup>3</sup>, les entreprises privées n’étant pas titulaires d’une telle souveraineté, selon la Cour, il n’est pas permis de conclure que les tiers ont l’obligation de consulter ou d’accommoder : « La Couronne demeure seule légalement responsable des conséquences de ses actes et de ses rapports avec des tiers qui ont une incidence sur des intérêts autochtones »<sup>4</sup>. Il semble bien que l’obligation de consulter soit de la nature d’une obligation constitutionnelle « d’ordre public », si l’on nous permet cet emprunt au vocabulaire du droit privé. En effet, la Cour suprême a souligné que « [l]a Couronne ne peut se soustraire par traité à l’obligation de consulter les peuples autochtones puisque cette obligation “s’applique indépendamment de l’intention expresse ou implicite des parties” »<sup>5</sup>.

Comme la Couronne est présumée indivisible, elle ne peut pas invoquer ses divisions internes (l’existence de différents ministères) pour échapper à son obligation de consulter<sup>6</sup>. La consultation doit être véritable, quelles que soient les contraintes institutionnelles qui pèsent sur les représentants du gouvernement.

Comme on vient de le voir, l’honneur de la Couronne ne peut être délégué. Cela dit, une partie de la mise en œuvre de l’obligation peut être déléguée à une partie privée mais, dans un tel cas, la Couronne doit s’assurer que l’obligation a été satisfaite, car c’est elle qui est ultimement responsable<sup>7</sup>.

Enfin, même si les entreprises ne sont pas titulaires de l’obligation de consulter, elles ont tout intérêt à ce que cette consultation soit faite dans les règles de l’art, à défaut de quoi, les risques de délais et de blocages nuisibles à un projet d’exploitation pourraient se multiplier<sup>8</sup>. En outre, la crédibilité de l’entreprise aux yeux des autochtones est étroitement liée à sa capacité de les consulter et d’accommoder leurs intérêts. Une bonne politique de consultation peut se révéler être un avantage stratégique, car elle permet à une entreprise de se distinguer de ses concurrentes<sup>9</sup>.

D’ailleurs, éludant carrément les couronnes fédérales et provinciales, les entreprises prennent aujourd’hui les devants en consultant directement les communautés autochtones et en négociant avec elles des ententes dites « sur les répercussions et les avantages » (« Impact and Benefit Agreements » en anglais)<sup>10</sup>.

1. *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, 2004 CSC 73, par. 57-59.
2. *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, 2004 CSC 73, par. 52-56.
3. *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, 2004 CSC 73, par. 53.
4. *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, 2004 CSC 73, par. 53.
5. *Behm c. Moulton Contracting Ltd.*, 2013 CSC 26, par. 27, [2013] A.C.S. no 26.

6. Dwight NEWMAN, *Revisiting the Duty to Consult Aboriginal Peoples*, Purich, Saskatoon, 2014, p. 72 et Sébastien GRAMMOND, *Terms of Coexistence. Indigenous Peoples and Canadian Law*, Carswell, Toronto, 2013, par. 276.
7. *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, 2004 CSC 73 (CanLII), par. 53 et Sébastien GRAMMOND, *Terms of Coexistence. Indigenous Peoples and Canadian Law*, Carswell, Toronto, 2013, par. 275.
8. Dwight NEWMAN, *Revisiting the Duty to Consult Aboriginal Peoples*, Purich, Saskatoon, 2014, p. 79 et 80.
9. Dwight Newman, *Revisiting the Duty to Consult Aboriginal Peoples*, Purich, Saskatoon, 2014, p. 80 et 134-138.
10. À ce propos, lire Sébastien GRAMMOND, *Terms of Coexistence. Indigenous Peoples and Canadian Law*, Carswell, Toronto, 2013, par. 227-237 et Dwight NEWMAN, *Revisiting the Duty to Consult Aboriginal Peoples*, Purich, Saskatoon, 2014, p. 82-84, 124 et 171.

150.1. **Rôle des organismes administratifs** – Il ne fait aucun doute que le législateur peut confier à un organisme administratif la responsabilité de procéder à la consultation ou le pouvoir de décider si celle-ci a été adéquate<sup>1</sup>. Toutefois, « celui-ci peut n'avoir ni l'une ni l'autre de ces obligations, n'avoir que l'une d'elles ou avoir les deux » selon les attributions que lui confère sa loi habilitante<sup>2</sup>. En outre, la « responsabilité ultime de veiller au caractère adéquat de la consultation » incombe toujours à la Couronne<sup>3</sup>. S'il appert que le processus réglementaire auquel elle s'est fiée n'a pas permis de satisfaire adéquatement à ses obligations, « elle doit prendre des mesures supplémentaires pour ce faire »<sup>4</sup>. Il pourra s'agir de la présentation d'observations à l'organisme de réglementation, d'une demande de réexamen ou de report de la décision afin de procéder à des consultations additionnelles, mais aussi, si nécessaire, de modifications législatives ou/et réglementaires<sup>5</sup>. En outre, la Couronne devra indiquer clairement aux groupes autochtones touchés qu'elle s'en remet aux processus d'un organisme particulier<sup>6</sup>. Par ailleurs, un tribunal administratif habilité à trancher des questions de droit (comme l'Office national de l'énergie, par exemple) doit décider si une consultation menée auprès des peuples autochtones est suffisante au plan constitutionnel<sup>7</sup>. Si tel n'est pas le cas, il devra rejeter la demande qui lui est présentée<sup>8</sup>.

Toute décision touchant des droits ancestraux ou issus de traités qui aura été prise sur la base d'une consultation inadéquate devra donc être annulée à l'issue d'un contrôle judiciaire<sup>9</sup>. La Cour suprême souligne toutefois qu'une « consultation adéquate par la Couronne *avant* que le projet ne soit approuvé est toujours préférable à des remontrances judiciaires formulées après le fait, au terme d'une procédure contradictoire »<sup>10</sup>. En effet, on « ne parvient que rarement, voire jamais, à une véritable réconciliation dans une salle d'audience »<sup>11</sup>.

Pour qu'un organisme administratif soit tenu de s'acquitter de l'obligation de consulter qui incombe à la Couronne, sa loi habilitante doit lui conférer les pouvoirs nécessaires à la réalisation de cette mission, quand bien même ceux-ci lui auraient été initialement accordés dans un autre but. Ceux-ci doivent inclure les « pouvoirs procéduraux nécessaires pour mener des consultations et [...] des pouvoirs de réparation [...] lui permettant de prendre, au besoin, des mesures d'accommodement à l'égard des revendications autochtones ou des droits ancestraux ou issus de traités touchés »<sup>12</sup>. Ainsi, l'Office national de l'Énergie « peut tenir des audiences, [...] rendre des ordonnances [...] ou obtenir des renseignements [ou la réalisation d'études], imposer des conditions préalables à l'approbation [de projets],

### III. Thèmes chevauchant Charte et fédéralisme

réaliser des évaluations environnementales et créer un programme d'aide financière pour faciliter la participation du public, [et, surtout,] exiger que des accommodements soient apportés soit en exerçant son pouvoir discrétionnaire de refuser une autorisation, soit en réservant sa décision pendant le règlement d'autres questions»<sup>13</sup>.

1. *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650, par. 55-57.
2. *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650, par. 58.
3. *Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 CSC 40, par. 22.
4. *Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 CSC 40, par. 22.
5. *Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 CSC 40, par. 22.
6. *Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 CSC 40, par. 23.
7. *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650, par. 69; *Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 CSC 40, par. 37.
8. *Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 CSC 40, par. 39.
9. *Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 CSC 40, par. 24.
10. *Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 CSC 40, par. 24.
11. *Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 CSC 40, par. 24.
12. *Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 CSC 40, par. 34.
13. *Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 CSC 40, par. 31-32.

**151. Conditions de déclenchement de l'obligation de consulter et d'accommoder –**  
À partir de quel moment la Couronne est-elle tenue de consulter et d'accommoder les intérêts autochtones ? La Cour est d'avis que deux éléments doivent être établis par la partie demanderesse : « cette obligation prend naissance lorsque la Couronne a connaissance, concrètement ou par imputation, de l'existence potentielle du droit ou titre ancestral revendiqué et envisage des mesures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur celui-ci »<sup>1</sup>. Toutefois, le demandeur « doit établir un lien de causalité entre la mesure ou la décision envisagée par le gouvernement et un effet préjudiciable éventuel sur une revendication autochtone ou un droit ancestral. Un acte fautif commis dans le passé, telle l'omission de consulter, ne suffit pas »<sup>2</sup>.

Dans *Rio Tinto* en 2010, la Cour a décortiqué le test énoncé dans *Nation haida* : « Ce critère [développé dans *Nation haida*] comporte trois volets : (1) la connaissance par la Couronne, réelle ou imputée, de l'existence possible d'une revendication autochtone ou d'un droit ancestral, (2) la mesure envisagée de la Couronne et (3) la possibilité que cette mesure ait un effet préjudiciable sur une revendication autochtone ou un droit ancestral »<sup>3</sup>.

Premièrement, il n'y a pas donc d'obligation s'il n'y a pas « d'existence possible d'un droit autochtone ». Le fardeau de preuve requis est cependant facile à satisfaire. Il suffit au groupe revendicateur autochtone de présenter une preuve *prima facie* de l'existence du droit allégué. Rappelons que l'incertitude entourant celui-ci n'est pas un obstacle au *déclenchement* de l'obligation. L'incertitude du droit, comme on le verra, aura plutôt un impact sur l'*étendue* de l'obligation de consulter imposée à la Couronne, c'est-à-dire quand on cherchera à savoir à quoi la Couronne est tenue – ce qu'elle devra accomplir – aux termes de son obligation de consulter.

Soulignons tout de suite que l'incertitude du droit et l'intensité de l'obligation sont tributaires de la définition donnée à la notion de droit ancestral et de titre ancestral. Il s'ensuit que, plus la preuve de l'existence d'un droit ancestral ou d'un titre ancestral est facile à faire, plus il sera aisé de présenter une preuve *prima facie* de l'existence du droit allégué. Or, selon nous, dans *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*<sup>4</sup>, en facilitant la preuve d'un titre ancestral par les groupes nomades et semi-nomades<sup>5</sup>, la Cour a, par la même occasion, affermi d'autant leur chance de faire la preuve *prima facie* d'un tel titre, et donc d'une obligation pour la Couronne de les consulter.

Deuxièmement, il n'y a pas d'obligation de consultation s'il n'y a pas connaissance par la Couronne, réelle ou imputée, de l'existence possible du droit. À cet égard, d'une part, la Cour a précisé qu'il y a « connaissance réelle lorsqu'une revendication a été formulée dans une instance judiciaire ou lors de négociations, ou lorsqu'un droit issu de traité peut être touché [...] »; d'autre part, il y a « connaissance par imputation lorsque l'on sait ou que l'on soupçonne raisonnablement que les terres ont été traditionnellement occupées par une collectivité autochtone ou que l'on peut raisonnablement prévoir qu'il y aura une incidence sur des droits. »<sup>6</sup>.

Troisièmement, il faut démontrer que la mesure gouvernementale pourra avoir un effet préjudiciable. Cela soulève le problème de l'étape à laquelle l'obligation de consulter est déclenchée. Elle peut intervenir en amont du processus de développement, comme dans le cas d'une « décision stratégique prise en haut lieu » qui n'emporte pas d'exploitation immédiate du territoire<sup>7</sup>. On pourrait croire qu'aucune obligation de consulter n'existe (même si la consultation des regroupements provinciaux peut constituer une exigence politique). Toutefois, dans de tels cas, il peut tout de même y avoir d'éventuels effets préjudiciables découlant de décisions plus spécifiques prises suite à l'adoption de telles décisions stratégiques. Toute la question restera de savoir quelle sera l'étendue de l'obligation imposée à la Couronne de consulter les titulaires potentiels ou avérés de droits ou titres ancestraux.

Évidemment, il ne fait pas de doute qu'une mesure plus concrète ayant un impact direct sur l'intégrité d'un droit revendiqué (ex : un permis) sera plus facilement réputée avoir un effet préjudiciable.

Par ailleurs, l'obligation de consulter ne s'applique pas uniquement aux mesures prises par la Couronne ou par une personne agissant en son nom et qui sont fondées sur la prérogative royale ou sur un pouvoir conféré par une loi<sup>8</sup>. Il n'est pas non plus nécessaire que ces mesures aient « une incidence immédiate sur les terres et les ressources »; il suffit qu'elles aient des « effets préjudiciables » sur des droits ancestraux ou issus de traités<sup>9</sup>.

Ainsi, même si l'ONÉ « n'est pas, à proprement parler, 'la Couronne' », et qu'elle n'est pas non plus un mandataire de celle-ci puisqu'elle « exerce ses activités de manière indépendante des ministres de la Couronne », il n'en reste pas moins que « en tant qu'organisme créé par la loi à qui incombe la responsabilité visée à l'al. 5(1)b) de la *LOPC*, l'ONÉ agit pour le compte de la Couronne lorsqu'il prend une décision définitive à l'égard d'une demande de projet. »<sup>10</sup> Bref, selon la Cour, « dès lors que l'on accepte qu'un organisme de réglementation existe pour exercer le pouvoir de nature exécutive que le législateur

### III. Thèmes chevauchant Charte et fédéralisme

concerné l'autorise à exercer, toute distinction entre les mesures de cet organisme et celles de la Couronne disparaît rapidement»<sup>11</sup>.

1. *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, 2004 CSC 73, par. 35; *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 78.
2. *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650, par. 45; *Chippewas of the Thames First Nation c. Pipelines Enbridge inc.*, 2017 CSC 41, par. 39-40.
3. *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, [2010] 2 R.C.S. 650, 2010 CSC 43 (CanLII), par. 31.
4. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie Britannique*, [2014] 2 R.C.S. 256, 2014 CSC 44 (CanLII), par. 86.
5. Voir *supra* n° 59.
6. *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, [2010] 2 R.C.S. 650, 2010 CSC 43 (CanLII), par. 40; voir aussi Dwight NEWMAN, *Revisiting the Duty to Consult Aboriginal Peoples*, Purich, Saskatoon, 2014, p. 39.
7. La Cour donne les exemples suivants dans *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, [2010] 2 R.C.S. 650, 2010 CSC 43 (CanLII), par. 44: « la cession de concessions de ferme forestière qui auraient permis l'abattage d'arbres dans de vieilles forêts (*Nation Haïda*), [...] l'approbation d'un plan pluriannuel de gestion forestière visant un vaste secteur géographique (*Khaloose First Nation c. Sunshine Coast Forest District (District Manager)*), 2008 BCSC 1642 (CanLII), [2009] 1 C.N.L.R. 110), [...] la création d'un processus d'examen relativement à un gazoduc important. ».
8. *Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 CSC 40, par. 25.
9. *Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 CSC 40, par. 25.
10. *Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 CSC 40, par. 29.
11. *Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 CSC 40, par. 29.

152. **Norme de contrôle** – La Cour suprême a récemment résumé la question de la norme de contrôle applicable comme suit :

Dans l'exercice des pouvoirs discrétionnaires que lui confèrent [une loi], le [décideur] d[oi]t respecter les limites légales et constitutionnelles. En ce qui a trait à la détermination de ces limites, on n'a pas à faire preuve de déférence à l'endroit du [décideur]. La norme de contrôle à cet égard, y compris à l'égard du caractère adéquat de la consultation, est celle de la décision correcte. Un décideur qui rend une décision fondée sur une consultation inadéquate commet une erreur de droit. Dans les limites établies par le droit et la Constitution, toutefois, la décision du [décideur] doit être examinée selon la norme de la raisonnable [...] En [guise d'exemple], s'il y a eu consultation adéquate, la décision du [décideur] d'approuver la concession de terres à [M. X] se situait-elle, compte tenu de toutes les considérations pertinentes, dans la gamme des résultats raisonnables ?<sup>1</sup>

1. *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103, par. 48.

153. **Étendue et intensité de cette obligation de consulter et d'accommoder** – La Cour parle toujours d'une « consultation véritable » (« meaningful consultation ») puisque l'objectif de réconciliation est impossible à atteindre si la consultation est bâclée. Mais qu'est-ce que cela veut dire dans un contexte où les circonstances varient d'une revendication à l'autre?

Le principe de l'honneur de la Couronne exige premièrement de celle-ci qu'elle procède à une véritable consultation et qu'elle agisse en tout temps de bonne foi<sup>1</sup>. Les parties autochtones sont également tenues d'agir avec la même bonne foi, ce qui ne les empêche pas cependant de négocier de manière « serrée »<sup>2</sup>.

L'obligation de consulter fondée sur l'honneur de la Couronne variera en intensité selon les circonstances de chaque affaire. Deux éléments viendront moduler l'intensité ou l'étendue de l'obligation de consulter : « l'évaluation préliminaire de la solidité de la preuve étayant l'existence du droit ou du titre revendiqué, et [...] la gravité des effets préjudiciables potentiels sur le droit ou le titre »<sup>3</sup>. Il s'ensuit, selon la Cour, que l'obligation de consulter pourra se décomposer selon un spectre allant de la simple remise d'information à une consultation poussée :

À une extrémité du continuum se trouvent les cas où la revendication de titre est peu solide, le droit ancestral limité ou le risque d'atteinte faible. Dans ces cas, les seules obligations qui pourraient incomber à la Couronne seraient d'aviser les intéressés, de leur communiquer des renseignements et de discuter avec eux des questions soulevées par suite de l'avis. [...] À l'autre extrémité du continuum on trouve les cas où la revendication repose sur une preuve à première vue solide, où le droit et l'atteinte potentielle sont d'une haute importance pour les Autochtones et où le risque de préjudice non indemnisable est élevé. Dans de tels cas, il peut s'avérer nécessaire de tenir une consultation approfondie en vue de trouver une solution provisoire acceptable. [...] Il faut procéder au cas par cas.<sup>4</sup>

Rappelons que la Cour requiert de la Couronne qu'elle fasse des efforts raisonnables pour satisfaire à son obligation et que les interlocuteurs autochtones doivent eux aussi agir de bonne foi.

Les garanties procédurales de justice naturelle exigées par le droit administratif pourront servir de balises utiles à tout processus de consultation<sup>5</sup>. Il sera d'ailleurs loisible aux provinces « de mettre en place des régimes de réglementation fixant les exigences procédurales applicables aux différents problèmes survenant à différentes étapes, et ainsi de renforcer le processus de conciliation et réduire le recours aux tribunaux »<sup>6</sup>. La Cour avait d'ailleurs reconnu précédemment qu'une province pouvait confier à un tribunal administratif, dans l'accomplissement de la mission valide qu'elle lui avait confiée, le pouvoir d'examiner une question de droits ancestraux<sup>7</sup>.

Au minimum, « le principe de l'honneur de la Couronne commande que celle-ci agisse de bonne foi et tienne une véritable consultation, qui soit appropriée eu égard aux circonstances. Lorsque vient le temps de s'acquitter de cette obligation, les garanties procédurales de justice naturelle exigées par le droit administratif peuvent servir de guide. »<sup>8</sup>. En d'autres mots, pour satisfaire à cette obligation, la Couronne doit, dans tous les cas : aviser les intéressés et fournir les informations pertinentes; accorder des délais de réponses raisonnables; discuter sérieusement des enjeux et répondre aux préoccupations soulevées à cette occasion<sup>9</sup>. Enfin, là où c'est pertinent, il faut accorder des accommodements.

### III. Thèmes chevauchant Charte et fédéralisme

Dans l'examen de ce qui doit être accompli dans l'exercice de cette obligation intervient un élément de proportionnalité. Rappelons que, dans l'arrêt *Tsilhqot'in*<sup>10</sup>, la Cour affirme qu'il « ressort implicitement de l'obligation fiduciaire qu'a la Couronne envers le groupe autochtone que l'atteinte doit être nécessaire pour atteindre l'objectif gouvernemental (lien rationnel), que le gouvernement ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif (atteinte minimale) et que les effets préjudiciables sur l'intérêt autochtone ne l'emportent pas sur les avantages qui devraient découler de cet objectif (proportionnalité de l'incidence). L'exigence de proportionnalité est inhérente au processus de conciliation énoncé dans l'arrêt *Delgamuukw* et elle a été reprise dans l'arrêt *Nation haïda* [...]»<sup>11</sup>.

1. *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, 2004 CSC 73, par. 41; *Behn c. Moulton Contracting Ltd.*, 2013 CSC 26, par. 29, [2013] A.C.S. no 26; voir aussi *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 17-18, 89 et 91.
2. *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, 2004 CSC 73, par. 42.
3. *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, 2004 CSC 73, par. 39; *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 79 et 89.
4. *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, 2004 CSC 73, par. 43-45.
5. *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, 2004 CSC 73, par. 42; *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103, par. 45-47. À propos des difficultés soulevées par ce renvoi aux normes du droit administratif afin de baliser l'étendue de l'obligation de consulter, lire Lorne SOSSIN, « The Duty to Consult and Accommodate : Procedural Justice as Aboriginal Rights », (2010) 23 *Cdn. Journal of Admin. Law & Practice* 93.
6. *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, 2004 CSC 73, par. 51.
7. *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 R.C.S. 585, 2003 CSC 55.
8. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie Britannique*, [2014] 2 R.C.S. 256, 2014 CSC 44, par. 41.
9. Dwight NEWMAN, *Revisiting the Duty to Consult Aboriginal Peoples*, Purich, Saskatoon, 2014, p. 87.
10. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie Britannique*, [2014] 2 R.C.S. 256, 2014 CSC 44.
11. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie Britannique*, [2014] 2 R.C.S. 256, 2014 CSC 44, par. 87.

153.1. **Exemples de consultation insuffisante et suffisante** – Les Inuits de Clyde River au Nunavut détiennent le droit garanti par traité de récolter des mammifères marins au large de l'Île de Baffin. Des promoteurs ont demandé à l'Office national de l'énergie l'autorisation de procéder à des essais sismiques extracôtiers en vue de découvrir des ressources pétrolières ou gazières. Compte tenu de l'importance des mammifères marins pour l'alimentation et la vie culturelle des Inuits, ainsi que du risque que posent ces essais pour leur droit de récolte, une consultation approfondie s'imposait<sup>1</sup>.

Dans le cadre d'une évaluation environnementale, l'Office a demandé des renseignements supplémentaires au promoteur et a tenu des assemblées dans les communautés touchées. Les représentants du promoteur n'ont pas été capables de répondre aux questions de base qui leur étaient posées<sup>2</sup>. Après une suspension de l'évaluation, le promoteur a mis en ligne un document de 3 926 pages qui était très difficilement accessible au Nunavut en raison

de problèmes de connexion. En outre, seule une petite partie de cet « amas documentaire » avait été traduite en inuktitut<sup>3</sup>. Enfin, l'évaluation environnementale a porté sur les effets des essais sur les ressources traditionnelles et sur les mesures d'atténuation, plutôt que sur le droit des Inuits de poursuivre leurs activités traditionnelles<sup>4</sup>. Ceux-ci n'ont pas été avisés du fait que la Couronne s'en remettait au processus de l'Office, lequel ne comportait pas d'audiences publiques ni l'octroi d'une aide financière<sup>5</sup>.

Dans ces conditions, aucune « compréhension mutuelle sur les points fondamentaux » n'était possible et les Inuits n'ont pu obtenir « une assurance raisonnable que leurs droits issus de traité protégés par la Constitution avaient été considérés en tant que *droits*, plutôt que comme un aspect accessoire des préoccupations environnementales »<sup>6</sup>. Étant donné que la Couronne a manqué à son obligation de consulter les Inuits, l'autorisation accordée par l'Office a été annulée<sup>7</sup>.

Le résultat a été tout autre dans le cas d'une demande d'autoriser l'inversion du flux et d'accroître la capacité d'un pipeline déjà existant, en plus d'autoriser le transport de pétrole brut lourd. La canalisation en question traverse le territoire traditionnel des Chippewas of the Thames First Nation. L'Office national de l'Énergie a organisé des séances d'information dans trois communautés autochtones<sup>8</sup>. Les Chippewas ont alors bénéficié d'un financement, ce qui leur a permis de déposer des éléments de preuve et de présenter des observations orales lors des audiences tenues par l'Office<sup>9</sup>. Une fois le processus d'audiences terminé, le ministre des Ressources naturelles du Canada a indiqué qu'il s'en remettait exclusivement à l'Office pour satisfaire à l'obligation de consultation incombant à la Couronne<sup>10</sup>.

L'Office a conclu que malgré l'augmentation du risque consécutive à l'octroi de l'autorisation demandée, les effets éventuels du projet sur les droits des groupes autochtones seraient vraisemblablement négligeables et pourraient être atténués de façon convenable<sup>11</sup>. Il a imposé trois conditions au promoteur, à savoir la présentation d'un plan d'urgence de protection des ressources archéologiques, un engagement permanent à tenir des discussions avec les groupes autochtones, ainsi que leur inclusion dans divers programmes d'éducation, de sécurité civile et de liaison<sup>12</sup>.

Selon la Cour suprême du Canada, les Chippewas ont compris que le processus de l'Office constituait pour la Couronne la consultation et la recherche d'accommodements, même si, de l'avis de la Cour, le ministre aurait dû confirmer ce fait plus tôt dans le processus<sup>13</sup>. En définitive, l'obligation de consultation a été satisfaite pour les trois raisons suivantes<sup>14</sup>. Premièrement, les Chippewas ont eu une possibilité adéquate de participer au processus décisionnel. Deuxièmement, l'Office a suffisamment tenu compte des effets potentiels du projet sur leurs droits, ainsi que des risques d'effets préjudiciables et de la possibilité de les atténuer. Troisièmement, il a pris des mesures d'accommodement appropriées en imposant des conditions au promoteur.

En somme, la Cour suprême accorde une très grande importance à la qualité de l'information transmise à un groupe autochtone, au temps et aux ressources mis à la disposition de celui-ci pour présenter ses préoccupations ou faire part de son opposition, au sérieux avec lequel la Couronne ou son délégué a étudié les répercussions d'un projet sur les droits

### III. Thèmes chevauchant Charte et fédéralisme

constitutionnels des Autochtones et aux modifications qui ont été apportées au projet initial à la suite de la consultation. Si l'une ou l'autre de ces étapes a été négligée ou escamotée de manière importante, la consultation risque fort d'être déclarée inadéquate.

1. *Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 CSC 40, par. 43.
2. *Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 CSC 40, par. 49.
3. *Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 CSC 40, par. 49.
4. *Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 CSC 40, par. 45.
5. *Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 CSC 40, par. 46-47.
6. *Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 CSC 40, par. 51.
7. *Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 CSC 40, par. 53.
8. *Chippewas of the Thames First Nation c. Pipelines Enbridge inc.*, 2017 CSC 41, par. 16.
9. *Chippewas of the Thames First Nation c. Pipelines Enbridge inc.*, 2017 CSC 41, par. 18.
10. *Chippewas of the Thames First Nation c. Pipelines Enbridge inc.*, 2017 CSC 41, par. 19.
11. *Chippewas of the Thames First Nation c. Pipelines Enbridge inc.*, 2017 CSC 41, par. 24.
12. *Chippewas of the Thames First Nation c. Pipelines Enbridge inc.*, 2017 CSC 41, par. 24.
13. *Chippewas of the Thames First Nation c. Pipelines Enbridge inc.*, 2017 CSC 41, par. 46.
14. *Chippewas of the Thames First Nation c. Pipelines Enbridge inc.*, 2017 CSC 41, par. 51.

153.2. **Importance devant être accordée au consentement des Autochtones** – Cette obligation de consulter de bonne foi n'entraîne toutefois pas la reconnaissance aux Autochtones d'un droit de veto<sup>1</sup> et n'impose pas non plus à la Couronne l'obligation d'en arriver à une entente<sup>2</sup>. L'obligation n'est pas « de parvenir à une entente mais plutôt de procéder à de véritables consultations »<sup>3</sup>. Malgré le caractère péremptoire de ces affirmations, il semble bien qu'en réalité les choses soient plus nuancées et que les tribunaux encouragent la recherche du consentement.

En effet, comme les tribunaux exigent de la Couronne qu'elle explique les raisons pour lesquelles elle refuse d'accorder les accommodements réclamés par les interlocuteurs autochtones, il faut bien admettre que l'obligation de consulter n'impose pas un simple devoir procédural. Voici ce que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique affirmait dans *West Moberly First Nations*<sup>4</sup>: « To be considered reasonable, I think the consultation process [...] would have to provide an explanation to the petitioners that, not only had their position been fully considered, but that there were persuasive reasons why the course of action the petitioners proposed was either not necessary, was impractical, or was otherwise unreasonable. Without a reasoned basis for rejecting the petitioners' position, there cannot be said to have been a meaningful consultation. ».

En outre, la Cour suprême semble se diriger de plus en plus vers une exigence de *consentement*. Dans *Tsilhqot'in*<sup>5</sup>, elle déclare que, si la Couronne veut porter atteinte à un titre ancestral dont la preuve a été faite, elle doit, avant tout chose, faire la démonstration qu'elle a tenté d'obtenir le consentement des interlocuteurs autochtones. Or, puisque « des obligations différentes [peuvent] être applicables au fil du temps »<sup>6</sup>, autrement dit, puisque la force probante d'un droit allégué peut s'intensifier avec le passage du temps, la Couronne, comme les parties privées, devrait chercher à obtenir le consentement des interlocuteurs autochtones le plus tôt possible. En effet, la Cour souligne qu'« une fois l'existence du titre établie, il peut être nécessaire pour le gouvernement de réévaluer sa conduite passée compte tenu de cette nouvelle réalité afin de s'acquitter fidèlement par la suite de son obligation

fiduciaire envers le groupe titulaire du titre. Par exemple, si, avant que le titre ancestral soit établi, le gouvernement a entrepris un projet sans le consentement du groupe autochtone, il peut être tenu de l'annuler une fois l'existence du titre établie si la poursuite du projet porte indûment atteinte aux droits des Autochtones.»<sup>7</sup>. Autrement dit, il vaut mieux ne pas prendre de chance et obtenir le consentement de la partie autochtone le plus tôt possible.

Enfin, il se pourrait qu'une consultation menée de bonne foi oblige la Couronne à accommoder les droits potentiels des demandeurs par le moyen de « l'adoption de mesures pour éviter un préjudice irréparable ou pour réduire au minimum les conséquences de l'atteinte jusqu'au règlement définitif de la revendication sous-jacente »<sup>8</sup>. Toutefois, la Cour a récemment précisé que si « l'obligation de consulter *peut*, dans certains cas, exiger des accommodements », elle n'impose pas toujours et en toutes circonstances le devoir de proposer des « mesures concrètes d'accommodement »<sup>9</sup>. La consultation a pour but, rappelle la Cour, de garantir que le décideur s'est prononcé « en connaissance de cause »<sup>10</sup>. Si la conclusion de ce dernier, selon laquelle la consultation avec la première nation avait été « adéquate »<sup>11</sup>, « n'était pas déraisonnable »<sup>12</sup>, on ne peut alors lui reprocher d'avoir commis une erreur de droit.

Quoique le droit d'être consulté ne soit pas l'équivalent d'un droit de veto, la Cour a tout de même récemment affirmé que sa violation peut entraîner la suspension ou l'annulation de la décision gouvernementale<sup>13</sup>. Elle a ajouté que le « manquement par la Couronne à son obligation de consultation peut donner lieu à diverses mesures de réparation, notamment une injonction, des dommages-intérêts ou une ordonnance enjoignant la tenue de consultations ou la prise de mesures d'accommodement »<sup>14</sup>.

En bout de piste, le processus de consultation proposé par la Cour vise à permettre la réalisation de projets de développement, sans que soit niée l'existence de droits potentiels autochtones, et sans pour autant que ces derniers puissent en interrompre définitivement le cours. En définitive, ce que la Cour met en place, c'est « un processus de mise en balance des intérêts, de concessions mutuelles »<sup>15</sup>.

Toutefois, nous sommes d'avis qu'en mettant l'accent sur l'obligation de consultation et en poussant même la Couronne à obtenir le *consentement* des interlocuteurs autochtones, les tribunaux veulent peut-être favoriser la cogestion des ressources comme mode de solution privilégié. Ce faisant, la Cour permettrait aux nations autochtones qui n'ont pas signé de traités modernes, lesquels comportent de tels mécanismes de cogestion, d'obtenir le même genre d'avantages<sup>16</sup>. En effet, au nom de quel principe les communautés qui n'ont pas signé de traités modernes devraient-elles être moins bien traitées?

1. *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, 2004 CSC 73, par. 48; *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, [2005] 3 R.C.S. 388, 2005 CSC 69, par. 68; *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103, par. 14; *Behn c. Moulton Contracting Ltd.*, 2013 CSC 26, par. 29, [2013] A.C.S. no 26.
2. *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, 2004 CSC 73, par. 10 et 42; *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, [2005] 3 R.C.S. 388, 2005 CSC 69, par. 68; *Behn c. Moulton Contracting Ltd.*, 2013 CSC 26, par. 29, [2013] A.C.S. no 26.

### III. Thèmes chevauchant Charte et fédéralisme

3. *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, 2004 CSC 73, par. 42; voir à ce sujet *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, [2004] 3 R.C.S. 550.
4. *West Moberly First Nations v. British Columbia (Chief Inspector of Mines)*, 2011 BCCA 247 (CanLII), par. 144; permission d'en appeler refusée.
5. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie Britannique*, [2014] 2 R.C.S. 256, 2014 CSC 44 (CanLII), par. 76, 88 et 90.
6. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie Britannique*, [2014] 2 R.C.S. 256, 2014 CSC 44 (CanLII), par. 91.
7. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie Britannique*, [2014] 2 R.C.S. 256, 2014 CSC 44 (CanLII), par. 92.
8. *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, 2004 CSC 73, par. 47.
9. *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103, par. 81 (italiques du juge Binnie).
10. *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103, par. 84.
11. *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103, par. 84.
12. *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103, par. 88.
13. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 79.
14. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 89; la Cour renvoie alors à *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650, par. 37.
15. *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, 2004 CSC 73, par. 48.
16. Sur ce point, voir Sébastien GRAMMOND, *Terms of Coexistence. Indigenous Peoples and Canadian Law*, Carswell, Toronto, 2013, par. 294..

154. **Nature de l'obligation gouvernementale au cours de la période s'étendant de la revendication du droit ou titre et la confirmation de ceux-ci judiciairement ou conventionnellement** – La Cour suprême, on l'a vu, a précisé que les provinces détiennent le pouvoir d'adopter des lois relatives à des droits ancestraux ou titres aborigènes *potentiels*, mais également à des terres sur lesquelles l'existence de droits ou de titres a été *confirmée*<sup>1</sup>. Pendant la longue période de négociations, alors que les groupes autochtones revendicateurs n'ont qu'un droit d'être consultés et accommodés, le gouvernement provincial continuera donc à gérer la ressource revendiquée, mais dans le respect de ce droit<sup>2</sup>. Or, l'intensité de l'obligation de consulter et d'accommoder du gouvernement pourra varier pendant le temps que durera la négociation : « [Lorsque] la validité de la revendication devient plus apparente, le niveau requis de consultation et d'accommodement augmente proportionnellement. Lorsqu'une revendication est particulièrement solide – par exemple peu avant qu'un tribunal confirme l'existence du titre – il faut bien prendre soin de préserver l'intérêt autochtone en attendant le règlement définitif de la revendication »<sup>3</sup>.

1. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 114 et 116-117.
2. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 113.
3. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 91.

c) *Atteinte à des droits ancestraux et à des titres aborigènes démontrés*

155. **Introduction** – Une fois qu'un titre ou un droit a été démontré, la donne se transforme. Rappelons que « lorsque l'existence du titre a été établie, la Couronne doit non seulement se conformer à ses obligations procédurales, mais doit aussi s'assurer que la mesure gouvernementale proposée est fondamentalement conforme aux exigences de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Pour cela, le gouvernement doit poursuivre un objectif impérieux et réel et il doit démontrer que la mesure proposée est compatible avec l'obligation fiduciaire de la Couronne envers le groupe autochtone »<sup>1</sup>. Avant d'examiner la question des objectifs et de la compatibilité de l'action législative avec l'obligation fiduciaire de la Couronne, il faut dire un mot du fardeau qui incombe au groupe autochtone revendicateur.

1. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 80.

156. **Atteinte minimale à première vue (*prima facie*)** – Comme le dit la Cour dans *Sparrow*: « La première question à poser est de savoir si la loi en question a pour effet de porter atteinte à un droit ancestral existant. Dans l'affirmative, elle constitue une violation à première vue du par. 35(1) »<sup>1</sup>. En effet, faute d'atteinte à un droit ancestral ou issu de traité, la protection offerte par l'article 35 n'est pas déclenchée. Le fardeau initial repose donc sur les épaules des requérants. Comme nous l'avons vu, faire la preuve d'un droit ancestral ou même d'un droit issu de traité n'est pas chose facile, même s'il suffit pour eux de faire la démonstration d'une atteinte *prima facie*<sup>2</sup>. La question fondamentale qui se pose est celle de savoir si l'action gouvernementale reprochée « entraîne une diminution appréciable d'un droit ancestral »<sup>3</sup>.

Pour répondre à cette question, certains facteurs doivent être pris en considération, facteurs que la Cour énonce sous forme de questions: « Pour déterminer si les droits de pêche ont subi une atteinte constituant une violation à première vue du par. 35(1), on doit poser certaines questions. 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 »<sup>4</sup>. Faute d'établir cette preuve, l'affaire s'arrête là<sup>5</sup>. La Cour souligne par exemple que les lois d'application générale de protection de l'environnement emporteront généralement une réponse négative à ces trois questions<sup>6</sup>.

Ajoutons qu'il n'y a pas non plus atteinte au contenu minimal exclusif de la compétence fédérale sur les Indiens reconnue au paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* lorsqu'une loi provinciale n'impose qu'une ingérence « négligeable » dans l'exercice d'un droit issu de traité<sup>7</sup>.

Une fois cette atteinte *prima facie* démontrée, le fardeau se déplace et il incombe dès lors au gouvernement fédéral et/ou provincial, selon le cas, d'établir que cette atteinte est justifiée. Il doit, pour ce faire, établir que la disposition en litige poursuit un objectif impérieux et que l'atteinte est compatible avec les rapports spéciaux de fiduciaire existant entre la Couronne et les peuples autochtones.

### III. Thèmes chevauchant Charte et fédéralisme

1. *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075.
2. Comme on l'a vu, consciente de cette difficulté, la Cour suprême est venue faciliter la tâche des demandeurs autochtones dans l'arrêt *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, 2004 CSC 73 et ses suites.
3. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 104.
4. *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, 1112. Dans *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, par. 43, le juge en chef Lamer a déclaré ce qui suit au sujet de ce passage tiré de *Sparrow*: « Les questions posées par notre Cour dans *Sparrow* ne définissent pas le concept de l'atteinte à première vue, mais mettent uniquement en exergue certains facteurs qui indiquent qu'une telle atteinte a été commise. Le simple fait qu'on réponde par la négative à l'une de ces questions n'empêche pas le tribunal de conclure à l'existence d'une atteinte à première vue. Cette réponse négative n'est qu'un des facteurs que le tribunal doit prendre en considération pour déterminer s'il y a eu atteinte à première vue ».
5. Voir, par exemple, *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507 et *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, par. 88.
6. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 105.
7. *R. c. Morris*, [2006] 2 R.C.S. 915, 2006 CSC 59.

157. **Objectifs impérieux et réels** – Quoique dans *Sparrow* la Cour ait parlé d'objectif « régulier », elle a depuis ce temps fait référence à l'expression « objectif impérieux et réel ».

Dans *Gladstone et Delgamuukw*, le juge en chef Lamer a souligné « qu'un objectif impérieux et réel était un objectif visant l'un ou l'autre des objets qui sous-tendent la reconnaissance et la confirmation des droits ancestraux par le par. 35(1) »<sup>1</sup>. C'est-à-dire la reconnaissance de l'occupation antérieure de l'Amérique du Nord par les peuples autochtones et la conciliation de cette occupation avec l'affirmation par Sa Majesté de sa souveraineté sur ce territoire. Le juge explique longuement que les Autochtones étant partie à la communauté politique canadienne en général, certains objectifs peuvent être poursuivis au profit de tous, malgré qu'il en résulte une atteinte à certains droits garantis par le paragraphe 35(1). Le passage mérite d'être cité en entier :

[C]omme les sociétés autochtones distinctives existent au sein d'une communauté sociale, politique et économique plus large, communauté dont elles font partie et sur laquelle s'exerce la souveraineté de Sa Majesté, il existe des circonstances où, dans la poursuite d'objectifs importants ayant un caractère impérieux et réel pour l'ensemble de la communauté (compte tenu du fait que les sociétés autochtones font partie de celle-ci), certaines restrictions de ces droits sont justifiables. Les droits ancestraux sont un élément nécessaire de la conciliation de l'existence des sociétés autochtones avec la communauté politique plus large à laquelle ces dernières appartiennent. Les limites imposées à ces droits sont également un élément nécessaire de cette conciliation, si les objectifs qu'elles visent sont suffisamment importants pour la communauté dans son ensemble.<sup>2</sup>

Peut-être consciente d'avoir été un peu trop favorable au point de vue non autochtone, la Cour a récemment précisé que l'objectif impérieux et réel « doit poursuivre l'objectif de conciliation »<sup>3</sup> et que, pour ce faire, il « doit être examiné du point de vue des Autochtones ainsi que du point de vue de l'intérêt général du public »<sup>4</sup>. Ainsi, dans *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, le juge de première instance avait conclu que la preuve de l'objectif impérieux et réel n'avait pas été faite. Le juge a conclu que, contrairement à ce que la

Couronne prétendait, l'octroi des permis de coupe forestière n'était pas lié à la poursuite d'objectifs économiques associés à l'exploitation forestière des terres grevées par le titre du groupe requérant et n'était pas lié non plus à la nécessité d'enrayer la propagation d'insectes ravageurs. En Cour d'appel, la province a plutôt tenté d'arguer que l'exploitation, même non rentable du territoire revendiqué, était nécessaire sinon, faute de ce faire, les titulaires des permis risquaient de perdre leurs droits d'exploitation. La Cour suprême résume en l'approuvant le raisonnement de la Cour d'appel, qui souligne que « l'accent [doit] porte[r] sur la valeur économique de l'exploitation forestière par rapport aux effets préjudiciables qu'elle aurait sur les droits ancestraux des Tsilhqot'in, et non sur la rentabilité de l'exploitation forestière uniquement du point de vue du titulaire de la tenure forestière »<sup>5</sup>.

1. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 161; voir aussi *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, par. 71-72.
2. *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, par. 73 (c'est le juge qui souligne), cité dans *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 161.
3. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 82.
4. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 81.
5. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 127.

158. **Typologie des objectifs autorisés** – Lorsque la Cour a énoncé son test de justification pour la première fois dans l'arrêt *Sparrow*, elle semblait vouloir limiter les objectifs autorisés à la conservation et à la gestion responsable des ressources naturelles, toutes deux nécessaires à la préservation des droits reconnus au paragraphe 35(1)<sup>1</sup>. Elle avait également ajouté : « Seraient également réguliers des objectifs visant apparemment à empêcher l'exercice de droits visés au par. 35(1) lorsque cet exercice nuirait à l'ensemble de la population ou aux peuples autochtones eux-mêmes, ou d'autres objectifs jugés impérieux et réels »<sup>2</sup>. La Cour avait également rejeté explicitement toute invocation de l'« intérêt public », ou de l'objectif « raisonnable », critères trop vagues pour permettre l'établissement de « lignes directrices »<sup>3</sup>.

Il faut bien admettre que la Cour semble, depuis ce temps, avoir clairement changé son fusil d'épaule. Dans *Delgamuukw*, le juge en chef Lamer a déclaré que « l'extension de l'agriculture, de la foresterie, de l'exploitation minière et de l'énergie hydroélectrique, le développement économique général, la protection de l'environnement et des espèces menacées d'extinction, ainsi que la construction des infrastructures et l'implantation des populations requises par ces fins, sont des types d'objectifs compatibles avec cet objet et qui, en principe, peuvent justifier une atteinte à un titre aborigène »<sup>4</sup>. En somme, ne pourrait-on pas dire, tout simplement, que « l'intérêt public » peut dorénavant justifier l'atteinte aux droits reconnus<sup>5</sup> par le paragraphe 35(1)? La réponse à cette question appelle un examen de la nature du droit auquel il est porté atteinte.

En effet, il semble bien que la nature des objectifs pouvant être poursuivis varie en fonction du type de droit en jeu. Ainsi, les objectifs qui pourront être considérés comme impérieux et réels varieront selon qu'on a affaire à un droit ancestral comportant une limite intrinsèque (ex : un droit ancestral de pêcher à des fins de subsistance<sup>6</sup>) ou non (ex : un droit ancestral de faire le commerce d'une ressource naturelle<sup>7</sup>), ou encore, à un titre aborigène<sup>8</sup>. Dans les deux derniers cas, contrairement au premier, les objectifs impérieux et réels justifiant une atteinte au droit ne seront pas limités à la simple préservation de la ressource elle-même.

### III. Thèmes chevauchant Charte et fédéralisme

Malgré l'éventail généreux des objectifs permettant l'atteinte à un droit ancestral ou un titre aborigène, la Cour a néanmoins durci les exigences en matière de preuve de cet objectif. Elle a également resserré le test de justification fondé sur l'obligation fiduciaire de la Couronne.

1. *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, 1113.
2. *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, 1113.
3. *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, 1113 et 1118-1119.
4. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 165.
5. Les mêmes objectifs autorisent la restriction des droits issus de traités : *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533, par. 41-42.
6. *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101, par. 57-58.
7. *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, par. 57.
8. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010 et *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 83.

159. **Rappel du test à satisfaire** – Une fois la première étape franchie, à savoir la démonstration de la poursuite d'un objectif impérieux et réel, le gouvernement est tenu de démontrer que l'atteinte induite par la mesure adoptée « est compatible avec les rapports spéciaux de fiduciaire existant entre la Couronne et les peuples autochtones »<sup>1</sup>.

1. *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, 1114, *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 162 et *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 84.

160. **Commentaires préliminaires au sujet de l'obligation fiduciaire de la Couronne dans le contexte des limitations apportées aux droits garantis par l'article 35** – Comme les deux ordres de gouvernements ont été réputés pouvoir porter atteinte, dans l'exercice de leurs pouvoirs législatifs respectifs, aux droits garantis par le paragraphe 35(1), assumant ainsi un large pouvoir discrétionnaire sur les droits ainsi reconnus, la Cour en a conclu que l'exercice de ces pouvoirs devait être balisé par l'obligation de fiduciaire de la Couronne<sup>1</sup>. Qu'est-ce à dire ?

Dans un premier temps, la Cour a rappelé que l'application du test développé dans *Sparrow* est « fonction du “contexte juridique et factuel” de chaque appel »<sup>2</sup>. Autrement dit, cela signifie que, selon les faits en litige, l'obligation de fiduciaire sera appelée à varier aussi bien du point de vue de sa forme que de son intensité<sup>3</sup>.

La Cour suprême a souligné que, compte tenu de l'importance du contexte dans l'application de l'obligation de fiduciaire, « le choix de la formulation [de cette dernière] dépendra en grande partie de la nature du droit ancestral en cause »<sup>4</sup>. C'est ainsi que, dans des situations impliquant un droit de prélèvement – droit de pêcher –, la Cour a conclu que l'obligation de fiduciaire commandait la reconnaissance d'une préséance des intérêts autochtones sur ceux de la population allochtone<sup>5</sup>. Toutefois, elle a également insisté sur le fait que l'octroi d'une priorité de prélèvement n'était pas toujours approprié<sup>6</sup>. D'autres contextes appelleront des formulations différentes de cette obligation. Dans *Delgamuukw*<sup>7</sup>, le juge en chef Lamer a rappelé le passage suivant de l'affaire *Sparrow* : « 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 œuvre»<sup>8</sup>. On constate, à la lecture de la jurisprudence, que si la Cour suprême a initialement mis l'accent sur l'octroi de priorités de prélèvements, elle semble favoriser, depuis l'affaire *Delgamuukw*, l'imposition d'un devoir de consultation et d'accommodement<sup>9</sup>, et, plus spécifiquement, d'un droit de «participe[r] [...] à la prise des décisions concernant leurs terres»<sup>10</sup>. En effet, comme elle l'a dit à plusieurs reprises, il est préférable de réaliser la prise en compte des droits ancestraux, du titre aborigène ou d'un droit issu de traité par des consultations et par la négociation d'un accord moderne de participation des Autochtones à l'exploitation de ressources précises, plutôt que par le recours aux tribunaux<sup>11</sup>. Il va de soi que, pour prévenir toute atteinte irrémédiable, cette obligation de consulter et d'accommoder doit intervenir avant que la preuve définitive du droit ancestral ou du titre aborigène ne soit faite. C'est pourquoi, comme nous l'avons vu, la Cour a développé depuis l'arrêt *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*<sup>12</sup> une jurisprudence permettant de protéger les droits *potentiels*. Il n'en reste pas moins qu'en cas d'allégation de violation d'un droit ancestral ou d'un titre aborigène *démontré*, un tribunal sera également appelé à déterminer si la Couronne a satisfait, entre autres choses, à son obligation de consultation et d'accommodement.

Outre la question du contexte et de la nature du droit en litige, sur laquelle nous reviendrons, deux autres éléments propres à l'obligation fiduciaire de la Couronne doivent être mis en exergue. D'une part, le titre aborigène (tout comme les droits ancestraux et les droits issus de traités d'ailleurs) est «un droit collectif inhérent aux générations actuelles et futures» et les atteintes à celui-ci ne peuvent être justifiées «si elles priveront de façon substantielle les générations futures des avantages que procurent la terre»<sup>13</sup>. D'autre part, l'obligation fiduciaire introduit une dimension de proportionnalité dans l'examen de la justification de l'atteinte. En effet, selon la Cour, il ressort que «l'atteinte doit être nécessaire pour atteindre l'objectif gouvernemental (lien rationnel), que le gouvernement ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif (atteinte minimale) et que les effets préjudiciables sur l'intérêt autochtone ne l'emportent pas sur les avantages qui devraient découler de cet objectif (proportionnalité de l'incidence)»<sup>14</sup>. Comme la Cour le souligne, cet élément de proportionnalité avait déjà été intégré dans le contentieux relatif à la protection des droits *potentiels*<sup>15</sup>. Ce faisant, elle reprend les critères jurisprudentiels concernant la possibilité de restreindre les droits et libertés garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés* dans «des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique»<sup>16</sup>.

1. L'obligation de fiduciaire incombe aussi aux provinces car, conformément à l'article 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, les intérêts que celles-ci détiennent à l'égard du domaine public sont subordonnés à «tous intérêts autres que ceux que peut y avoir la province». Or, comme les droits ancestraux et le titre aborigène sont des intérêts qui ont pris naissance bien avant la Confédération, la Cour a jugé que la Couronne provinciale détenait le domaine public sous réserve du respect de ces intérêts particuliers: *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 175, [1997] A.C.S. no 108; *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, 2004 CSC 73, par. 59.

### III. Thèmes chevauchant Charte et fédéralisme

2. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 162, [1997] A.C.S. no 108, citant *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, par. 56.
3. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 163, [1997] A.C.S. no 108.
4. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 162, [1997] A.C.S. no 108.
5. *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139.
6. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 162, [1997] A.C.S. no 108.
7. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 162, [1997] A.C.S. no 108.
8. *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, 1119.
9. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, [1997] A.C.S. no 108; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533; *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, 2004 CSC 73; *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, [2004] 3 R.C.S. 550, 2004 CSC 74; *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, [2005] 3 R.C.S. 388, 2005 CSC 69; *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650; *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103.
10. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 16.
11. *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533, par. 22, citant le juge La Forest dans *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 207, [1997] A.C.S. no 108. Voir aussi *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, 2004 CSC 73, par. 14.
12. [2004] 3 R.C.S. 511, 2004 CSC 73.
13. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 86.
14. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 87.
15. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 87.
16. Art. 1 de la *Charte canadienne des droits et libertés*; les critères d'application de cet article ont été énoncés pour la première fois dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, mais ils ont été modifiés à certains égards par la suite.

161. **Intensité de l'obligation de fiduciaire** – Comme mentionné plus haut, l'obligation de fiduciaire est appelée à varier non seulement du point de vue de sa forme – priorité, indemnisation, consultation et accommodement – mais aussi du point de vue de son intensité.

En effet, le degré d'examen de la mesure ou de l'acte qui porte atteinte au droit qu'impose l'obligation de fiduciaire est fonction de la nature du droit ancestral en cause<sup>1</sup>. Par exemple, si le droit ancestral confère un droit de prélèvement d'une ressource à *des fins alimentaires*, la Couronne sera tenue à une obligation stricte de respect de la priorité de prélèvement. Dans un tel cas, il importe de donner préséance aux intérêts autochtones<sup>2</sup>. C'est ce qui s'est produit, par exemple, dans l'affaire *Sparrow*. Si, au contraire, un droit ancestral reconnaît au groupe demandeur un droit de prélèvement d'une ressource à *des fins commerciales*, la Couronne ne sera pas tenue d'accorder une priorité de prélèvement aussi intense. En effet, comme un droit commercial ne comporte aucune limite intrinsèque, accorder une priorité de prélèvement équivaldrait à reconnaître un droit absolu au groupe demandeur. C'est pourquoi, depuis *Gladstone*<sup>3</sup>, la Cour suprême est d'avis que, « en matière d'activités commerciales, la priorité des droits ancestraux est respectée sur le plan constitutionnel si le gouvernement a tenu compte de l'existence de ces droits et a réparti la ressource "d'une manière qui respecte" (au par. 62) cette priorité. Le tribunal doit être convaincu que "l'État a tenu compte de l'existence et de l'importance [des droits ancestraux]" (au par. 63) [...]»<sup>4</sup>.

Un test de même intensité a été jugé applicable à la justification d'une atteinte à un titre aborigène<sup>5</sup>.

Une fois l'existence d'un titre démontrée, « les terres [grevées par celui-ci] sont dévolues au groupe autochtone »<sup>6</sup>. Rappelons que le titre n'ouvre pas simplement la porte à « un droit de premier refus sur la gestion des terres de la Couronne ou sur les plans de leur utilisation. Il s'agit plutôt du droit d'utiliser et de gérer les terres de façon proactive »<sup>7</sup>. Il confère également ce droit à titre exclusif et ce dernier comprend le droit de choisir les utilisations qui peuvent être faites des terres (sous réserve du respect de la limite intrinsèque relative aux droits des générations futures)<sup>8</sup>.

Il faut donc tenir compte de la nature particulière du titre pour déterminer dans quelle mesure la conduite gouvernementale porte atteinte au droit du groupe requérant, mais également pour mesurer ce à quoi l'obligation fiduciaire astreint le gouvernement. Voici comment la Cour résume son point de vue sur cette question :

Une fois l'existence du titre ancestral sur des terres établie par un jugement déclaratoire ou une entente, le gouvernement doit demander le consentement du groupe autochtone titulaire du titre pour ses projets d'aménagement du territoire. En l'absence de consentement, le projet d'aménagement sur les terres assujetties au titre ne peut aller de l'avant si le gouvernement ne s'est pas acquitté de son obligation de consultation et ne peut justifier une atteinte à ce titre aux termes de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Les mesures de réparation habituelles en cas d'atteinte à des intérêts sur des terres sont disponibles, en les adaptant au besoin en fonction de la nature particulière du titre ancestral et de l'obligation fiduciaire de la Couronne envers les titulaires du titre ancestral.<sup>9</sup>

Si un consentement n'est pas obtenu, l'atteinte devra être justifiée conformément au test examiné plus haut<sup>10</sup>. Il faudra d'abord vérifier si un objectif réel et impérieux existe bel et bien. Dans *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, la Cour a jugé que cette preuve n'avait pas été faite. Advenant que cette première étape soit franchie, il faut se demander si l'atteinte au titre aborigène est compatible avec les rapports spéciaux de fiduciaire existant entre la Couronne et les peuples autochtones. La Cour note qu'« [u]ne loi de nature réglementaire de portée générale susceptible de modifier le mode d'exercice du droit ancestral diffère d'une loi qui a pour effet de céder à des tiers des droits de propriété des Autochtones » en ce que la deuxième attente de manière infiniment plus grave les droits des autochtones<sup>11</sup>. Enfin, il faudra recourir au critère de proportionnalité évoqué plus haut, lequel permet de déterminer si « l'intérêt du public est proportionnel à tout effet négatif sur l'intérêt autochtone. »<sup>12</sup>. Dans *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, la Cour a conclu que tel n'était pas le cas. En conséquence, elle a rendu un jugement déclarant l'existence du titre revendiqué et a conclu que la province avait, en émettant les permis de coupe, violé son obligation fiduciaire envers le groupe revendicateur.

1. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 163.

2. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 163.

3. [1996] 2 R.C.S. 723.

### III. Thèmes chevauchant Charte et fédéralisme

4. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 163; les passages cités sont tirés de *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723.
5. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 167.
6. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 112; voir aussi par. 115.
7. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 94.
8. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 121.
9. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 90.
10. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 90-91.
11. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 124.
12. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 125.

162. **Caractère raisonnable de l'intervention gouvernementale** – Dans l'arrêt *Nikal*, le juge Cory a souligné que le caractère raisonnable de l'intervention gouvernementale devait également être pris en considération : « À mon avis, on peut à juste titre inférer que le concept du caractère raisonnable fait partie intégrante du critère de justification établi dans l'arrêt *Sparrow*. Ainsi, dans ces dernières questions, le caractère raisonnable sera un aspect nécessaire de l'analyse de la justification. Par exemple, pour décider si on a porté atteinte le moins possible aux droits en cause, il faut examiner l'atteinte dans le contexte de la situation qui se présente. Dans la mesure où, compte tenu de ces circonstances, il est raisonnablement possible de considérer qu'on a porté atteinte le moins possible aux droits en cause, alors cette atteinte respecte le critère. Le simple fait qu'il pourrait y avoir d'autres solutions susceptibles d'être jugées moins attentatoires ne devrait pas en soi être une raison de conclure automatiquement que l'atteinte ne peut être justifiée. Le concept du caractère raisonnable doit également entrer en jeu pour ce qui est des aspects qui concernent l'information et la consultation. Par exemple, on ne peut se contenter de faire abstraction de la nécessité de diffuser des renseignements ni de l'existence d'une demande de consultation. Dans la mesure où tous les efforts raisonnables ont été déployés pour informer et consulter, on a alors satisfait à l'obligation de justifier. On ne fait là tout au plus que reconnaître la possibilité que des règlements en matière de conservation doivent être pris rapidement afin d'éviter une crise. En effet, des mesures de conservation strictes devront à l'occasion être prises de manière expéditive pour éviter des situations potentiellement catastrophiques. Il faudra tenir compte de la nature de la situation dans l'appréciation des mesures de conservation ainsi prises. Plus la situation sera grave et urgente, plus des mesures strictes paraîtront raisonnables »<sup>1</sup>.

1. *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013, par. 110; voir également *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, par. 63.

163. **Obligation de consulter** – Quoique ayant été mentionnée pour la première fois dans l'arrêt *Sparrow*<sup>1</sup>, l'obligation de consulter n'a commencé à occuper le devant de la scène qu'avec l'affaire *Delgamuukw*<sup>2</sup>, en 1997. Dans cette affaire, la Cour a jugé que, compte tenu de la nature particulière du titre aborigène, lequel autorisait entre autres choses les détenteurs de ce titre à choisir les utilisations qui peuvent être faites d'une parcelle de territoire<sup>3</sup>, il était possible de respecter les rapports de fiduciaire entre la Couronne et les peuples autochtones en faisant participer les peuples autochtones à la prise des décisions concernant leurs terres<sup>4</sup>. Toutefois, la Cour s'empressa de préciser que l'intensité de cette obligation varierait selon les circonstances : « La nature et l'étendue de l'obligation de

consultation dépendront des circonstances. Occasionnellement, lorsque le manquement est moins grave ou relativement mineur, il ne s'agira de rien de plus que la simple obligation de discuter des décisions importantes qui seront prises au sujet des terres détenues en vertu d'un titre aborigène. Évidemment, même dans les rares cas où la norme minimale acceptable est la consultation, celle-ci doit être menée de bonne foi, dans l'intention de tenir compte réellement des préoccupations des peuples autochtones dont les terres sont en jeu. Dans la plupart des cas, l'obligation exigera beaucoup plus qu'une simple consultation. Certaines situations pourraient même exiger l'obtention du consentement d'une nation autochtone, particulièrement lorsque des provinces prennent des règlements de chasse et de pêche visant des territoires autochtones»<sup>5</sup>.

En toute logique, la meilleure façon de garantir les droits protégés par le paragraphe 35(1) est d'obliger la Couronne à consulter et accommoder les intérêts autochtones le plus tôt possible. Exiger des groupes autochtones qu'ils fassent la démonstration concrète de leurs droits avant que ne soit déclenchée l'obligation de consulter équivaut à une négation de ces derniers. Une telle preuve pouvant mettre des années à être établie, la « promesse faite aux peuples autochtones »<sup>6</sup> que représente le paragraphe 35(1) pourrait n'être que paroles en l'air. Comme nous l'avons vu dans les sections précédentes, la Cour suprême a pris acte de cette difficulté en permettant la protection de droits ancestraux ou de titres aborigènes *potentiels*.

1. *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075.
2. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010.
3. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 166 et 168.
4. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 168.
5. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 168.
6. *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, 1082.

d) *Pouvoir des provinces en matière de restriction des droits ancestraux et issus de traités*

164. **Pouvoir du Parlement central** – Le Parlement fédéral étant investi d'une compétence constitutionnelle l'autorisant à légiférer relativement aux Indiens, aux Inuit et aux Métis, il est en mesure de porter atteinte à leurs droits ancestraux et issus de traités dans la mesure où il respecte le test de justification décrit plus haut.

165. **Pouvoir des provinces de restreindre des droits ancestraux ou des titres aborigènes** – Depuis l'arrêt *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, il est maintenant clair que les provinces détiennent le pouvoir d'adopter des lois relatives à des droits ancestraux ou titres aborigènes *potentiels*, mais également à des terres sur lesquelles l'existence de droits ou de titres a été *confirmée*<sup>1</sup>. Elles sont donc autorisées, dans l'exercice de leurs compétences législatives, à limiter les droits ancestraux et les titres aborigènes des peuples autochtones habitant leurs territoires.

L'abandon par la Cour suprême de la doctrine de la protection des compétences exclusives en matière de droits ancestraux et de titres aborigènes n'étonnera personne. En effet, il

### III. Thèmes chevauchant Charte et fédéralisme

était politiquement impensable que la Cour suprême en vienne un jour à déclarer que toute l'exploitation des ressources naturelles provinciales relevait dorénavant de la compétence exclusive du Parlement central là où des droits ancestraux ou des titres aborigènes étaient démontrés. Premièrement, une telle interprétation n'aurait peut-être pas plu au gouvernement fédéral, ce dernier n'ayant pas la compétence requise pour se prononcer sur des questions complexes relatives aux mines, à l'exploitation forestière, etc. Cela étant, il lui aurait alors fallu adopter toute une panoplie de lois incorporant en ces matières le droit provincial pertinent, comme il l'a fait pour ce qui est de l'exploitation du territoire des réserves<sup>2</sup>, rendant ainsi ce droit provincial applicable aux terres grevées d'un titre aborigène ou d'un droit ancestral lié à un territoire spécifique. Deuxièmement, c'est sans compter le caractère politiquement explosif de la reconnaissance d'un tel pouvoir. En effet, on devine l'ire des provinces à l'annonce d'un tel programme législatif fédéral. Enfin, pareille conclusion serait allée à l'encontre de l'intention du constituant de 1982. Si ce dernier a enchâssé les droits ancestraux et issus de traités des peuples autochtones, il a également consacré, à l'article 92A de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le pouvoir des provinces en matière d'exploitation des ressources naturelles non renouvelables<sup>3</sup>.

1. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 114 et 116-117.
2. Voir, par exemple, la *Loi sur le développement commercial et industriel des premières nations*, L.C. 2005, c. 53; la *Loi sur la gestion du pétrole et du gaz et des fonds des Premières Nations*, L.C. 2005, c. 48; le *Règlement sur le bois des Indiens*, C.R.C., c. 961; le *Règlement de 1995 sur le pétrole et le gaz des terres indiennes*, DORS/94-753 et le *Règlement sur l'exploitation minière dans les réserves indiennes*, C.R.C., c. 956.
3. Voir *Première Nation de Grassy Narrows c. Ontario (Ressources naturelles)*, 2014 CSC 48, par. 31, 35 et 50.

**166. Pouvoir des provinces de restreindre des droits issus de traités** – Avant les décisions *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*<sup>1</sup> et *Première Nation de Grassy Narrows c. Ontario (Ressources naturelles)*<sup>2</sup>, la Cour suprême avait conclu qu'à l'instar des droits ancestraux et des titres aborigènes, les droits issus de traités étaient réputés faire partie de la compétence exclusive du Parlement central (dans la mesure où leur existence avait été établie)<sup>3</sup>. Une loi d'application générale provinciale même si elle comportait des mesures amélioratrices, ne pouvait donc s'appliquer *ex proprio vigore* à de tels droits. La question se posait néanmoins de savoir si de telles lois pouvaient être incorporées en vertu de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*. Dans *R. c. Morris*<sup>4</sup>, la Cour suprême a conclu que, tout en incorporant de telles lois, l'article 88 y faisait également obstacle.

En effet, cette disposition précise que les lois provinciales incorporées s'appliquent « [s]ous réserve des dispositions de quelque traité ». Le texte est clair : dès qu'une incompatibilité existe, le traité doit avoir préséance. Aucune possibilité n'est reconnue au législateur de justifier l'atteinte au droit issu de traité. En somme, l'article 88 offre aux droits issus de traités une meilleure protection que ne le fait le test développé par la Cour suprême dans le cadre de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Bien que le juge Lamer ait flirté avec l'idée qu'une « étape implicite de justification » puisse exister dans l'application de l'article 88<sup>5</sup>, la Cour a par la suite clairement rejeté cette proposition<sup>6</sup>.

C'est donc dire que, dès qu'une atteinte plus que négligeable à un droit issu de traité a été démontrée, le bouclier de l'article 88 entre en action. C'est ce que la Cour a décidé à l'unanimité dans l'affaire *Morris*<sup>7</sup>. Les juges se sont cependant divisés sur la question de savoir si, en l'occurrence, l'atteinte portée par la loi provinciale au droit issu de traité était « négligeable » ou si elle ne constituait pas plutôt une atteinte « à première vue ». Comme l'affirme la majorité : « La protection des droits issus de traités prévue par l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* s'applique lorsque le conflit entre une loi provinciale d'application générale et un traité est tel qu'il équivaut à une atteinte à première vue. Si l'on conclut qu'une loi provinciale d'application générale entre en conflit avec un traité d'une manière qui constitue une atteinte à première vue, la protection des droits issus de traités prévaut et la loi provinciale ne peut être incorporée au droit fédéral par l'effet de l'art. 88 »<sup>8</sup>. En somme, en raison de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*, les droits issus de traités bénéficient, à l'encontre de lois provinciales, d'une protection bien plus solide que les droits ancestraux ou les titres aborigènes.

Le raisonnement adopté dans *Morris*, fondé qu'il était sur la doctrine de la protection des compétences exclusives, a cependant été mis en doute par la Cour suprême dans *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*<sup>9</sup> et explicitement répudié dans *Première Nation de Grassy Narrows c. Ontario (Ressources naturelles)*<sup>10</sup>. Dans cette dernière affaire, on s'en souviendra, la Cour a affirmé de manière laconique : « La doctrine de l'exclusivité des compétences n'empêche pas la province de justifier l'atteinte à un droit issu d'un traité. »<sup>11</sup>. Cela étant, le raisonnement adopté dans *Morris* est-il toujours valable ? Si le concept de contenu minimum vital de l'indianité n'est plus pertinent, il s'ensuit que toute loi provinciale qui satisfait au test de justification s'applique *ex proprio vigore* aux Indiens et non par suite de son incorporation en vertu de l'article 88. Si c'est le cas, le bouclier de cette disposition ne peut plus être brandi.

La disparition de ce bouclier ne serait peut-être pas une si mauvaise chose. En effet, en garantissant une protection presque absolue aux droits issus de traités, l'affaire *Morris* risquait d'avoir des effets pervers. Les gouvernements provinciaux auraient peut-être été réticents à négocier des ententes, sachant que celles-ci bénéficieraient d'une pleine immunité à l'encontre des lois adoptées par la province. Ils auraient peut-être également été enclins à nier bec et ongles l'existence même d'un droit fondé sur un traité puisque, si le jugement *Morris* avait été maintenu, telle aurait été la seule avenue alors ouverte aux gouvernements provinciaux désireux d'échapper au couperet de l'article 88<sup>12</sup>.

1. 2014 CSC 44.
2. 2014 CSC 48.
3. *R. c. Morris*, [2006] 2 R.C.S. 915, 2006 CSC 59, par. 91.
4. [2006] 2 R.C.S. 915, 2006 CSC 59.
5. *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, par. 87.
6. *R. c. Morris*, [2006] 2 R.C.S. 915, 2006 CSC 59, par. 55.
7. Voir aussi *R. c. Sundown*, [1999] 1 R.C.S. 39.
8. *R. c. Morris*, [2006] 2 R.C.S. 915, 2006 CSC 59, par. 54; les juges dissidents expriment sur ce point un avis identique (par. 100).
9. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 150.

### III. Thèmes chevauchant Charte et fédéralisme

10. 2014 CSC 48, au par. 53. Chose curieuse, pas un mot n'est dit de l'arrêt *R. c. Morris*, [2006] 2 R.C.S. 915, 2006 CSC 59.
11. *Première Nation de Grassy Narrows c. Ontario (Ressources naturelles)*, 2014 CSC 48, par. 53.
12. Rappelons que c'est sur cette question que la majorité et les dissidents se sont divisés dans *R. c. Morris*, [2006] 2 R.C.S. 915, 2006 CSC 59.

167. **Réflexions finales** – À la lumière de la jurisprudence récente<sup>1</sup>, il nous semble possible d'affirmer que la Cour suprême a grandement resserré les critères justifiant une atteinte aux droits ancestraux, aux titres ancestraux ainsi qu'aux droits issus de traités dont la preuve a été établie. En effet, si le gouvernement n'obtient pas le consentement du groupe autochtone détenteur d'un titre par exemple, il ne pourra y porter atteinte qu'aux conditions suivantes : il devra 1) prouver s'être livré à une consultation de très grande intensité; 2) faire la démonstration empirique et non strictement rhétorique de la poursuite d'un objectif réel et impérieux qui encourage la conciliation en accordant une importance égale au point de vue des Autochtones et à l'intérêt général du public; 3) établir que l'exploitation envisagée du territoire ne priverait pas de façon substantielle les générations futures des avantages que procurent la terre; et enfin 4) démontrer que l'atteinte doit être nécessaire pour atteindre l'objectif gouvernemental (lien rationnel), que le gouvernement ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif (atteinte minimale) et que les effets préjudiciables sur l'intérêt autochtone ne l'emportent pas sur les avantages qui devraient découler de cet objectif (proportionnalité de l'incidence).

S'il existe encore un gouvernement ou une entreprise qui juge inutile la consultation des peuples autochtones et l'accommodement de leurs droits potentiels ou démontrés, cela tient de l'aveuglement volontaire.

1. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44 et *Première Nation de Grassy Narrows c. Ontario (Ressources naturelles)*, 2014 CSC 48.

## CONCLUSIONS GÉNÉRALES

---

168. **Un levier et non un obstacle** – Plusieurs voient dans l'enchâssement constitutionnel des droits des peuples autochtones une menace au développement économique du Canada, ou encore, une attribution injuste de privilèges à des populations déjà « favorisées » par certains programmes sociaux ou législatifs.

On laissera à d'autres le soin de convaincre les incrédules que les réserves indiennes ne sont pas le nirvana qu'ils imaginent, ou que l'exonération fiscale reconnue aux Indiens n'a pas toute l'ampleur que la rumeur populaire lui donne. Nous espérons cependant avoir démontré ici que, tout en constituant une incontestable avancée, l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* n'a pas investi les peuples autochtones d'un droit absolu qu'il leur est facile d'invoquer. La preuve en est difficile et coûteuse à administrer. Et une fois démontré, un droit peut être limité par l'ordre de gouvernement compétent. Quelle que soit sa force probante, il ne pourra jamais non plus avoir pour effet de conférer à un groupe autochtone un droit de veto quelconque. Tout au plus peut-on dire que cet article a

eu pour effet d'investir les peuples autochtones d'un puissant levier juridique et politique. Fort heureusement, il n'est plus possible aujourd'hui pour un gouvernement de penser le développement sans se soucier des conséquences de ses actes sur des populations habitant le territoire depuis, dans certains cas, des millénaires<sup>1</sup>.

1. Ainsi, le principe du « free mining » actuellement enchâssé dans la législation québécoise, et qui autorise l'acquisition unilatérale par des prospecteurs miniers de « claims » miniers sur des terres grevées d'un titre ancestral, risque fort d'être déclaré inconstitutionnel. Dans *Ross River Dena Council c. Government of Yukon*, 2012 YKCA 14, [2012] Y.J. No. 123, la Cour d'appel du Yukon a jugé qu'un régime de droit minier similaire ne satisfaisait pas au test élaboré dans *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, 2004 CSC 73, [2004] A.C.S. no 70, et raffiné dans *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650, [2010] A.C.S. no 43. Sur cette question, lire Sophie THÉRIAULT, « Repenser les fondements du régime minier québécois au regard de l'obligation de la Couronne de consulter et d'accommoder les peuples autochtones », (2009) 6 *Revue internationale de droit et politique du développement durable de McGill* 217-245. Enfin, ajoutons que même si les droits constitutionnels reconnus aux peuples autochtones représentent un atout dans la main de ces derniers, il faut bien admettre, en contrepartie, qu'ils exercent sur les débats politiques un effet structurant qui n'est pas toujours à l'avantage des premiers intéressés : Jean LECLAIR, « L'effet structurant des droits reconnus aux peuples autochtones sur le débat entourant le *Plan Nord* », 2012, parution spéciale du réseau *Dialog* (présentement disponible à l'adresse suivante : <<http://ssrn.com/abstract=2046528>>).

## BIBLIOGRAPHIE

---

BEAULIEU, A., *Les Autochtones du Québec*, coll. « Images de sociétés », édition revue et corrigée, Québec/St-Laurent, Fides en collab. avec le Musée de la civilisation de Québec et le Musée de Bretagne, 2000.

BOISSELLE, A., « To Dignity Through the Back Door: *Tsilhqot'in* and the Aboriginal Title Test » (2015) 71 *Supreme Court L. Rev.* (2<sup>e</sup>) 27.

BORROWS, J.J., *Rediscovering Canada – The Resurgence of Indigenous Law*, Toronto, University of Toronto Press, 2002.

BORROWS, J.J. et L.I. ROTMAN, *Aboriginal Legal Issues – Cases, Materials & Commentary*, 3<sup>e</sup> éd., Markham, LexisNexis Canada, 2007.

BORROWS, J.J., « The Durability of *Terra Nullius* : *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia* » (2015) 48 *UBC Law Review* 701.

GRAMMOND, S., *Aménager la coexistence, Les Peuples autochtones et le droit canadien*, Bruxelles, Bruylant/Éditions Yvon Blais, 2003.

GRAMMOND, S., « L'accord Nisga'a et l'entente avec les Innus : vers une nouvelle génération de traités », dans Ghislain OTIS (dir.), *Droit, territoire et gouvernance des peuples autochtones*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2004, p. 83-100.

### III. Thèmes chevauchant Charte et fédéralisme

GRAMMOND, S., « La réception des systèmes juridiques autochtones au Canada », dans A. BRETON, A. Des ORMEAUX, K. PISTOR et P. SALMON (dir.), *Le multijuridisme : manifestations, causes et conséquences*, Paris, Éditions ESKA, 2010, p. 56.

GRAMMOND, S., *Terms of Coexistence: Indigenous Peoples and Canadian Law*, Toronto, Carswell, 2013.

HOUDE, M. et G. OTIS, « Les logiques de la rationalité judiciaire et le processus de la preuve dans le contentieux des droits des peuples autochtones : le cas des récits oraux », (2011) 41 *R.G.D.* 7.

LACASSE, J.P., *Les Innus et le territoire : Innu tipenitamum*, Sillery, Septentrion, 2004.

LECLAIR, J. « Les droits ancestraux en droit constitutionnel canadien : quand l'identitaire chasse le politique », dans A. BEAULIEU, S. GERVAIS et M. PAPILLON (dir.), *Les Autochtones et le Québec. Des premiers contacts au Plan Nord*, 2013, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, p. 299.

LECLAIR, J., « Le fédéralisme : un terreau fertile pour gérer un monde incertain », dans G. OTIS et M. PAPILLON (dir.), *Fédéralisme et gouvernance autochtone/Federalism and Aboriginal Governance*, 2013, Québec, Les Presses de l'Université Laval, Québec, p. 21.

LECLAIR, J., « "Il faut savoir se méfier des oracles" : Regards sur le droit et les autochtones », (2011) 41:1 *Recherches amérindiennes au Québec* 102.

LECLAIR, J., « Réplique de Jean Leclair », (2011) 41:1 *Recherches amérindiennes au Québec* 119.

LEPAGE, P., *Mythes et réalités sur les peuples autochtones*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Commission des droits de la personne et de la jeunesse, 2009.

LOCKE MACAULAY, M., *Aboriginal & Treaty Rights Practice*, Toronto, Carswell, 2000, feuilles mobiles.

McNEIL, K., « Indigenous Law and Aboriginal Title » (2016) *All Papers*. Paper 267, en ligne <<http://ssrn.com/abstract=2825097> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2825097>>.

MORIN, M., *L'usurpation de la souveraineté autochtone – Le cas des peuples de la Nouvelle-France et des colonies anglaises de l'Amérique du Nord*, Montréal, Boréal, 1997.

OLTHUIS, J., N. KLEER, R. TOWNSHEND et S. IMAI, *Aboriginal Law Handbook*, 3<sup>e</sup> éd., Toronto, Carswell, 2009.

OTIS, G., « Les sources des droits ancestraux des peuples autochtones », (1999) 40 *C. de D.* 591.

OTIS, G., « Le titre aborigène : émergence d'une figure nouvelle et durable du foncier autochtone? », (2005) 46 *C. de D.* 795.

OTIS, G., «Élection, gouvernance traditionnelle et droits fondamentaux chez les peuples autochtones du Canada», (2004) 49 *McGill L.J.* 657.

OTIS, G., «La gouvernance autochtone avec ou sans la Charte canadienne?», (2004-2005) 36 *Ottawa L. Rev.* 207.

OTIS, G., «Territorialité, personnalité et gouvernance autochtone», (2006) 47 *C. de D.* 781.

OTIS, G., «*Sub qua lege vivis?* L'autonomie personnelle au cœur des droits ancestraux», (2007) 52 *McGill L.J.* 3.

OTIS, G. et G. MOTARD, «De Wesphalie à Waswanipi : la personnalité des lois dans la nouvelle gouvernance crie au Québec», (2009) 50 *C. de D.* 123.

OTIS, G., «La protection constitutionnelle de la pluralité juridique : le cas de l'“adoption coutumière” autochtone au Québec», (2011) 41 *R.G.D.* 567.

ST-HILAIRE, M., «*Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, bonne décision, mauvaises raisons» (2014) 44 *R.G.D.* 445.

THÉRIAULT, S., «Repenser les fondements du régime minier québécois au regard de l'obligation de la Couronne de consulter et d'accommoder les peuples autochtones», (2009) 6 *Revue internationale de droit et politique du développement durable de McGill* 217.

WILKINS, K., «Of Provinces and Section 35 Rights», (1999) 22 *Dalhousie Law Journal* 185; du même auteur, «“Still Crazy After All These Years” : Section 88 of the Indian Act at Fifty», (2000) 38 *Alta L. Rev.* 458.

WILKINS, K., «*R. v. Morris* : A Shot in the Dark and Its Repercussions», (2008) 7 *Indigenous Law Journal* 1.

WOODWARD, J., *Native Law*, Toronto, Carswell, 1994, feuilles mobiles (mise à jour annuelle).