

# ARTICLE DE LA REVUE JURIDIQUE THÉMIS

*On peut se procurer ce numéro de la Revue juridique Thémis à l'adresse suivante :*

*Les Éditions Thémis*

*Faculté de droit, Université de Montréal*

*C.P. 6128, Succ. Centre-Ville*

*Montréal, Québec*

*H3C 3J7*

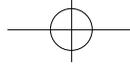
*Téléphone : (514)343-6627*

*Télécopieur : (514)343-6779*

*Courriel : [themis@droit.umontreal.ca](mailto:themis@droit.umontreal.ca)*

© Éditions Thémis inc.

Toute reproduction ou distribution interdite  
disponible à : [www.themis.umontreal.ca](http://www.themis.umontreal.ca)



# Quelques réflexions sur le rôle de l'histoire dans la détermination des droits ancestraux et issus de traités

Michel MORIN\*

## Résumé

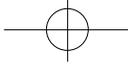
*La jurisprudence portant sur les droits ancestraux ou issus de traités des peuples autochtones fait peu de place aux ordres juridiques antérieurs à la création de colonies françaises ou anglaises. Les tribunaux s'accordent d'ailleurs une très grande discrétion dans l'utilisation de ces normes; ils assurent également la prééminence du système juridique canadien. Ils ménagent toutefois un meilleur accueil aux récits traditionnels qui sont susceptibles de constituer des éléments de preuve. Par ailleurs, antérieurement au XIX<sup>e</sup> siècle, les peuples autochtones jouissent de droits de nature internationale; les traités conclus avec eux résultent souvent de négociations orales. Les droits qui en résultent sont maintenant constitutionnalisés, ce qui écarte certaines conceptions de l'époque comme*

## Abstract

*Cases dealing with aboriginal or treaty rights leave little room for the operation of Aboriginal Legal Systems that predate the creation of French or English colonies. In deciding whether to make use of these rules, courts retain a broad discretion; they also insure the supremacy of the Canadian legal system. However, they have looked more favourably upon traditional aboriginal histories, which can be used as evidence. On the other hand, before the nineteenth century, Aboriginal Peoples had rights of an international nature; treaties made with them were often the result of oral negotiations. Entrenching these rights has done away with part of the perspective of the past, since governments were then free to disregard them. Moreover, contemporary cases raise issues that did not*

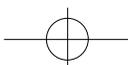
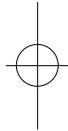
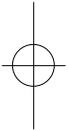
---

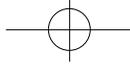
\* Professeur titulaire à la Section de droit civil de l'Université d'Ottawa. Une version antérieure de ce texte a été distribuée dans le cadre du Colloque de formation de la Cour fédérale du Canada tenu à Montebello du 16 au 18 septembre 1999. L'auteur tient à remercier son collègue Jean-Paul Lacasse, qui a bien voulu commenter la présente étude.



*celle voulant que les gouvernements étaient libres de faire abstraction de ces engagements. Par ailleurs, les litiges actuels soulèvent des questions qui n'étaient pas susceptibles de se poser il y a deux siècles. Dans ces conditions, l'histoire ne peut fournir de réponses définitives ou univoques.*

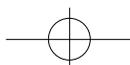
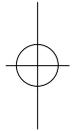
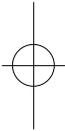
*exist two centuries ago. In these circumstances, History cannot provide definitive or unambiguous answers.*

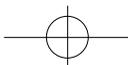
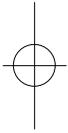
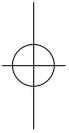
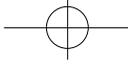


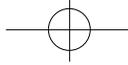


## Plan de l'article

<b>Introduction</b> .....	333
<b>I. La place des droits autochtones dans l'ordre juridique canadien</b> .....	334
A. Positivisme et pluralisme .....	334
1. La conception positiviste des droits des peuples autochtones .....	334
2. Les conceptions pluralistes des droits des peuples autochtones .....	335
B. L'attitude de la jurisprudence face aux traditions autochtones .....	339
1. La prééminence de l'ordre juridique canadien .....	339
2. La prise en compte de la parole autochtone .....	344
<b>II. Le droit de l'époque coloniale</b> .....	347
A. Le droit international .....	347
1. Les écrits de l'époque .....	347
2. Une pratique à redécouvrir .....	349
a. Le traité de Murray .....	349
b. L'arrêt <i>Sous-ministre du Revenu c. Sioui</i> .....	355
c. L'arrêt <i>Mitchell</i> .....	356
d. L'arrêt <i>Marshall</i> .....	358
B. Les droits sur le territoire .....	364
1. Les textes coloniaux .....	364
2. L'obsession de l'exclusivité .....	366
<b>Conclusion</b> .....	367







Les relations entre l'histoire et le droit, qui sont en elles-mêmes complexes, deviennent très souvent antagoniques lorsque les tribunaux sont appelés à élucider la portée des droits ancestraux ou issus de traités protégés par l'article 35 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>1</sup>. En effet, dans le cadre très particulier du débat judiciaire, il est toujours malaisé de prendre en considération les connaissances issues d'une autre discipline<sup>2</sup>. Par la force des choses, les dépositions d'experts sont asservies aux objectifs particuliers de chacune des parties, qui feront tout ce qui est en leur pouvoir pour éviter qu'un de leurs témoins ne nuise à leur cause<sup>3</sup>. Dans ces conditions, les tribunaux risquent d'avoir devant eux une vision incomplète ou tronquée du contexte historique.

L'analyse de certaines critiques formulées récemment montre pourtant qu'il existe dans ce domaine des difficultés encore plus importantes. En effet, les positions contradictoires dans la littérature historique et juridique sont davantage le résultat de prémisses divergentes que de désaccords concernant la documentation pertinente ou son interprétation<sup>4</sup>. En définitive, nous sommes renvoyés à deux questions : qu'est-ce que le droit? qu'est-ce que l'histoire? Sans entrer de plain-pied dans ces débats épistémologiques, il peut être utile de montrer comment les diverses conceptions que l'on peut avoir de ces deux disciplines sont susceptibles de colorer les prises de position concernant les droits des peuples autochtones, qu'il s'agisse du droit actuel (I) ou passé (II).

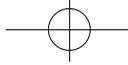
---

<sup>1</sup> Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11).

<sup>2</sup> Sur l'approche des juges face aux experts scientifiques, voir notamment : Katia BOUSTANY, Normand HALDE et Mark ANTAKI, « La perception du risque technologique : le droit entre Janus et Prométhée », (1998) 13 R.C.D.S. 125.

<sup>3</sup> Voir, par exemple : *Mitchell c. M.R.N.*, [1999] 1 C.F. 375 (C.A.), par. 49 et 50, autorisation de pourvoi accordée le 14 octobre 1999, [1999] 3 R.C.S. x.

<sup>4</sup> Voir, par exemple : Jacqueline BEAULIEU, Christiane CANTIN et Maurice RATELLE, « La Proclamation royale de 1763 : le droit refait l'histoire », (1989) 49 R. du B. 317; Denis VAUGEOIS, *La fin des alliances franco-indiennes. Enquête sur un sauf-conduit de 1760 devenu un traité en 1990*, Sillery, Boréal/Septentrion, 1995; Nelson-Martin DAWSON, *Lendemain de Conquête au Royaume du Saguenay*, s.l., Nuit Blanche, 1996.



## **I. La place des droits autochtones dans l'ordre juridique canadien**

En l'absence d'une reconnaissance étatique, la prise en compte des ordres juridiques autochtones ne va pas de soi (A). Jusqu'à maintenant, la jurisprudence canadienne portant sur les droits constitutionnels des peuples autochtones a donc réservé un accueil plutôt tiède à ces normes, quoiqu'elle fasse preuve de plus de souplesse dans le cas des récits traditionnels autochtones (B).

### **A. Positivisme et pluralisme**

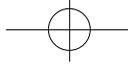
#### **1. La conception positiviste des droits des peuples autochtones**

Les positivistes prétendent décrire le droit tel qu'il est, indépendamment de tout jugement moral. Pour ces juristes, seul l'État produit des normes juridiques, qu'elles soient constitutionnelles, administratives, législatives ou jurisprudentielles<sup>5</sup>. Les usages, les coutumes, les activités ou les pratiques individuelles peuvent persister s'ils n'entrent pas en conflit avec les règles étatiques. D'autre part, l'État se voit attribuer le pouvoir exclusif de gérer son territoire. Dans cette perspective, en l'absence d'une reconnaissance formelle, les peuples autochtones n'ont aucun droit à faire valoir sur leurs terres ancestrales.

Évidemment, cette présentation passe sous silence la présence des autochtones antérieurement à la fondation des colonies qui sont à l'origine de l'État canadien. Les positivistes trouvent alors commode de faire appel à l'histoire. Dans le cas du Québec, ils expliquent qu'au XVI<sup>e</sup> et au XVII<sup>e</sup> siècles, les Français ne reconnaissaient aucun droit territorial aux autochtones, que ce soit en raison de la théorie de la découverte, des prises de possession faites au nom de la France ou de l'occupation du territoire<sup>6</sup>. Ainsi, l'État aurait eu, dès cette

<sup>5</sup> Voir notamment : Bjarne MELKEVIK, « Penser le droit québécois entre culture et positivisme : Quelques considérations critiques », dans Bjarne MELKEVIK (dir.), *Transformation de la culture juridique québécoise*, Presses de l'Université Laval, 1998, p. 9; dans le même recueil, Jean-Guy BELLEY, « La pensée positiviste et ses tourments », p. 237.

<sup>6</sup> La présentation la mieux étayée de cette thèse est celle d'Henri BRUN, « Les droits des Indiens sur le territoire du Québec », dans Henri BRUN, *Le territoire*



époque, les prérogatives qui lui sont reconnues à l'heure actuelle. Cela permet de reporter sur les premiers arrivants la responsabilité de la prétendue extinction des droits des peuples autochtones. En effet, seuls les droits ancestraux ou issus de traités « existants » en 1982 sont protégés par l'article 35 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>7</sup>. Dans cette optique, l'enchâssement de ces droits aurait eu des conséquences très modestes. Retenons tout de même que la Constitution elle-même ouvre une fenêtre sur l'histoire, en laissant aux tribunaux le soin de déterminer si un droit ancestral ou issu de traité a été éteint. Avant d'examiner ce point, il convient toutefois de souligner que d'autres perspectives sont envisageables.

## **2. Les conceptions pluralistes des droits des peuples autochtones**

Une autre approche consiste à reconnaître qu'antérieurement à l'arrivée des Européens, les autochtones se gouvernaient eux-mêmes, conformément à des règles traditionnelles qui permettaient de résoudre adéquatement les conflits sociaux, fût-ce en l'absence de lois écrites ou de tribunaux. En outre, chacun de ces peuples exploitait un territoire qu'il fréquentait de façon régulière bien que discontinue, au cours d'expéditions de chasse ou de guerre, et qu'il distinguait de celui de ses voisins<sup>8</sup>. Ce mode de vie traditionnel mérite pleinement le qualificatif de juridique. Affirmer que la loi écrite et les tribunaux constituent la seule forme légitime de régulation sociale, c'est faire montre d'ethnocentrisme.

Cette mise au point étant faite, il faut se demander quel a été l'impact de la colonisation. Il est clair que, pendant longtemps, la plupart des autochtones ont vécu à bonne distance de la population d'origine européenne et ont bénéficié d'une très grande autonomie. Il est tout aussi clair que les échanges commerciaux ont fait débiter un processus d'acculturation qui s'est accéléré grandement après 1850, avec la création de réserves et l'imposition de lois canadiennes<sup>9</sup>.

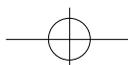
---

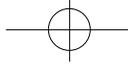
*du Québec – Six études juridiques*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1973, p. 33.

<sup>7</sup> Précitée, note 1.

<sup>8</sup> À propos des peuples semi-nomades vivant sur le territoire du Québec actuel, on consultera la présentation d'André ÉMOND, « Quels sont les partenaires autochtones avec lesquels la Couronne entretient une relation historique », (1997) 76 *R. du B. can.* 130.

<sup>9</sup> Voir généralement : Michel MORIN, *L'Usurpation de la souveraineté autochtone*, Montréal, Boréal, 1997, p. 187-240; Sydney L. HARRING, *White Man's Law*,





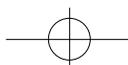
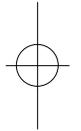
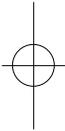
Pour tenir compte de cette évolution, le pluralisme juridique offre diverses approches<sup>10</sup>. À une extrémité du spectre, la survie des coutumes autochtones est reconnue, quelle que soit l'attitude du système juridique dominant. Il convient alors de se demander comment se déroule, dans les faits, la vie sociale en examinant l'interaction des règles traditionnelles et des règles imposées de l'extérieur<sup>11</sup>. Une démarche quelque peu différente consiste à montrer comment les récits transmis par la tradition de ces peuples constituent l'équivalent de la jurisprudence en droit canadien<sup>12</sup>.

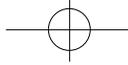
Une autre version du pluralisme postule que les autochtones conservent des pouvoirs gouvernementaux ancestraux, car ils n'en ont jamais été expressément privés par la loi, tout en reconnaissant la prééminence du système juridique canadien. Pour mettre en oeuvre ce concept, il faut toutefois délimiter des sphères d'activités à l'intérieur desquelles des gouvernements autochtones traditionnels peuvent agir indépendamment de la législation en vigueur<sup>13</sup>. Disons

---

*Native People in Nineteenth-Century Canadian Jurisprudence*, Toronto, University of Toronto Press, 1998. Nous incluons dans l'expression « lois canadiennes » les lois édictées par le Parlement du Canada-Uni.

- <sup>10</sup> Voir le numéro spécial de la *Revue canadienne droit et société* (vol. 12, n° 2), notamment l'excellent texte de Hugues MELANÇON, « Une analyse pluraliste des conceptions juridiques autochtones devant les tribunaux de juridiction pénale au Canada », (1997) 12 R.C.D.S. 159, ainsi que Norbert ROULAND, *Anthropologie juridique*, Paris, P.U.F., 1988.
- <sup>11</sup> Par exemple : John J. BORROWS, « A Genealogy of Law: Inherent Sovereignty and First Nations Self-Government », (1992) 30 *Osgoode Hall L.J.* 291; Mark D. WALTERS, « "According to the Old Customs of Our Nation": Aboriginal Self-Government on the Credit River Mississauga Reserve, 1826-1847 », (1998-99) 30 *R.D. Ottawa* 1; Andrée LAJOIE, Henry QUILLINAN, Rod MACDONALD et Guy ROCHER, « Pluralisme juridique à Kahnawake? », (1998) 39 *C. de D.* 681; Jacques VANDERLINDEN, « Dialogue d'un ingénu et d'un promeneur solitaire en guise de synthèse générale d'un colloque de théorie générale du droit », dans Andrée LAJOIE, Roderick A. MACDONALD, Richard JANDA et Guy ROCHER (dir.), *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal-Bruxelles, Éditions Thémis-Bruylant, 1998; pour cet auteur, le droit peut être conçu « comme le point de rencontre de multiples systèmes normatifs en compétition constante » dont le « point d'articulation dans le monde [...] ne peut se situer **qu'au niveau de l'individu** »; ainsi, le « "magasinage" de droit » et de for seraient des manifestations concrètes du rôle des sujets de droit dans le contexte du pluralisme juridique (*id.*, p. 219 et 220).
- <sup>12</sup> John BORROWS, « With or Without You: First Nations Law (in Canada) », (1996) 41 *McGill L.J.* 629.
- <sup>13</sup> COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 2, « Une relation à redéfinir », Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1996; Alain





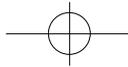
simplement qu'il n'existe pas de cas où de tels pouvoirs ont été reconnus par un tribunal d'appel canadien<sup>14</sup>. Une troisième conception prend appui sur les normes étatiques, qu'il s'agisse de la constitution, de la loi ou de la jurisprudence. À l'occasion, les tribunaux donnent ainsi effet aux coutumes autochtones, par exemple en matière d'adoption. Le système juridique canadien incorpore alors – en les déformant? – les règles autochtones<sup>15</sup>. Par ailleurs, un texte étatique peut prévoir l'application de règles différentes à des personnes vivant sur un même territoire. Mais si l'État est le seul qui puisse permettre l'apparition ou la continuation de telles normes, il est difficile de parler de pluralisme. Cette approche peut toutefois permettre la dévolution de pouvoirs importants à certains peuples autochtones lorsque le processus de

---

LAFONTAINE, « La coexistence de l'obligation de fiduciaire de la Couronne et du droit à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones », (1995) 36 C. de D. 669; Kent McNEIL, « Aboriginal Governments and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* », (1996) 34 *Osgoode Hall L.J.* 61; Kerry WILKINS, « ... But We Need the Eggs: The Royal Commission, The Charter of Rights and the Inherent Right of Aboriginal Self-Government », (1999) 49 *U.T.L.J.* 53. Pour sa part, André Émond croit que l'existence de gouvernements autochtones est incompatible avec le système gouvernemental mis en place lors de la création des colonies britanniques : André ÉMOND, « Le sable dans l'engrenage du droit inhérent des autochtones à l'autonomie gouvernementale », (1996) 30 *R.J.T.* 89.

<sup>14</sup> La Cour suprême a refusé de trancher la question : *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 170 et 171; *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821; *Mushkegowuk Council c. Ontario*, (2000) 184 D.L.R. (4th) 532 (C.A. Ont.). Récemment, un gouvernement Nisga'a a été constitué par l'*Accord définitif Nisga'a* (Canada, Colombie-Britannique, Nation Nisga'a), la *Loi portant mise en vigueur de l'Accord définitif nisga'a* (L.C. 2000, c. 7) et le *Nisga'a Final Agreement Act* (S.B.C. 1999, c. 2). La Cour suprême de la Colombie-Britannique a conclu que cet accord donnait un contenu précis au droit à l'autonomie gouvernemental des peuples autochtones du Canada, lequel n'avait jamais été complètement éteint (*Campbell c. British Columbia (Attorney General)*, (2000) 189 D.L.R. (4th) 333, en appel). À son avis, comme tous les autres droits issus d'un traité, les pouvoirs du gouvernement nisga'a peuvent être restreints par une loi dont la justification est jugée suffisante par les tribunaux. Pour cette raison, ce gouvernement ne jouirait pas de la même souveraineté que les provinces ou que le gouvernement fédéral (*id.*, par. 125-128). Pourtant, l'Accord précité prévoit de manière extrêmement détaillée les cas où les lois fédérales ou provinciales l'emportent sur les lois nisga'a ainsi que ceux où elles doivent céder le pas. À tout le moins, il devrait exister une présomption de justification de ces règles. Celle-ci serait écartée uniquement dans des circonstances de crise nationale ou d'urgence qui autorisent la suspension du partage des compétences prévu par la *Loi constitutionnelle de 1867*.

<sup>15</sup> Voir : M. MORIN, *op. cit.*, note 9, p. 235-237.



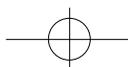
négociation porte fruit, comme cela s'est produit au Nunavut, au Yukon ou dans le cas des Nisga'a de Colombie-Britannique.

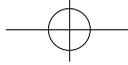
Il convient de signaler qu'à l'heure actuelle, la coutume est souvent soumise à un processus d'acculturation. Ainsi, selon la Cour fédérale, les règles coutumières concernant la désignation des membres du conseil de bande peuvent être modifiées par un vote tenu lors d'une assemblée générale, car elles doivent pouvoir évoluer avec le temps. En principe, elles doivent refléter un large consensus qui peut découler du résultat d'un vote. Pour déterminer si celui-ci est représentatif, le tribunal doit examiner la suffisance de l'avis de convocation de l'assemblée, la possibilité de voter par procuration, les motifs pour lesquels certaines personnes se sont abstenues et l'ensemble des circonstances<sup>16</sup>. La capacité d'adaptation de la coutume est ainsi jumelée à un mécanisme moderne de prise de décision. Dans le même ordre d'idées, la conception actuelle de la coutume peut contredire les données historiques. Ainsi, aux termes de la *Loi sur la citoyenneté Mohawk* du Conseil de bande de Kahnawake, pour pouvoir être inscrite dans le registre des Mohawks, une personne doit avoir « au moins 50% de sang indien ». Historiquement, l'adoption des captifs de guerre par les mères de clan était certes contraire à cette règle, qui est pourtant perçue par certains comme étant conforme aux traditions de la communauté. Il semble qu'il s'agit plutôt des séquelles de la discrimination imposée par le législateur fédéral jusqu'en 1985<sup>17</sup>.

Au terme de ce survol, il faut signaler qu'à l'exception des études portant sur le fonctionnement réel des communautés autochtones, les juristes qui étudient les droits des autochtones s'intéressent essentiellement aux règles du droit canadien, par opposition à celles qui ont été formulées par les autochtones eux-mêmes. La chose est particulièrement évidente si l'on examine la jurisprudence canadienne récente.

<sup>16</sup> *McLeod Lake Indian Band c. Chingee*, (1998) 165 D.L.R. (4th) 358 (C.F.); notons que l'article 2 (1) b) de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), c. I-5, prévoit que, dans l'hypothèse où la procédure électorale prévue par l'article 74 ne s'applique pas à une bande, le conseil de cette dernière est désigné conformément à sa coutume.

<sup>17</sup> Voir notamment : Jane DICKSON-GILMORE, « *De Parole : Rapprochement de la culture juridique canadienne et de celle des Mohawks de Kahnawake dans la négociation et l'établissement de l'autodétermination* », dans COMMISSION DU DROIT DU CANADA, *La législation en question*, Ottawa, Commission du droit du Canada, 2000, p. 51, aux pages 63 à 71.





## **B. L'attitude de la jurisprudence face aux traditions autochtones**

En définissant les droits ancestraux des peuples autochtones, les juges canadiens ont fait peu de place à leurs ordres juridiques (1). Il en va différemment en ce qui concerne la preuve du fondement historique de ces droits ou de ceux qui sont issus de traités; dans ce contexte, l'importance des récits traditionnels ou des négociations orales a été pleinement reconnue (2).

### **1. La prééminence de l'ordre juridique canadien**

Un peuple autochtone peut détenir des droits ancestraux<sup>18</sup> ou issus de traités<sup>19</sup>. L'État n'en conserve pas moins la main haute sur la gestion des ressources<sup>20</sup> : il peut exiger que les autochtones se procurent un permis<sup>21</sup> et restreindre l'exercice de leurs droits afin d'atteindre des objectifs jugés légitimes par les tribunaux. Ceux-ci incluent la conservation des ressources ainsi que, « dans les circonstances appropriées », la poursuite de l'équité sur les plans économique et régional ou la prise en compte de l'utilisation antérieure des ressources par les non-autochtones<sup>22</sup>. Bien entendu, l'État est obligé de respecter les droits constitutionnels des peuples autochtones et même de leur accorder priorité. Mais c'est lui qui prend les décisions en cette matière, en s'inspirant de critères élaborés par la Cour suprême au fil de ses arrêts, dont la formulation n'est pas de la plus grande précision. Il est donc clair que les ordres juridiques autochtones sont subordonnés aux intérêts de l'État canadien jugés légitimes par les tribunaux.

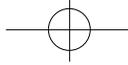
<sup>18</sup> Voir notamment : *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723.

<sup>19</sup> Voir notamment : *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771.

<sup>20</sup> Des règles quelque peu différentes s'appliquent au titre ancestral, dont nous parlerons ci-dessous (voir la partie du texte contenant les notes 28 et suiv.).

<sup>21</sup> Pour les droits ancestraux, voir : *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013, par. 86-102; pour les droits issus de traités, voir : *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533 (requête en nouvelle audition), par. 27 et 28.

<sup>22</sup> *R. c. Gladstone*, précité, note 18, par. 75 (les italiques et les soulignés ont été ajoutés par le juge en chef Lamer); voir également, au sujet de la pêche sportive : *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101, par. 58.



La prééminence du système canadien se manifeste d'une autre manière. En effet, les coutumes et les traditions autochtones sont filtrées avant de devenir source de droits. Ainsi, pour être qualifié de droit ancestral, « un élément d'une coutume, pratique et tradition » doit constituer un aspect « fondamental et important de la culture distinctive de cette société » qui « véritablement faisait de la société ce qu'elle était »<sup>23</sup>. Les pratiques qui sont apparues en raison de l'influence exercée par les Européens doivent être écartées<sup>24</sup>. Pourtant, dans une affaire en provenance de Colombie-Britannique, le peuple sto:lo a continué à se gouverner de façon indépendante durant une trentaine d'années, jusqu'à la création d'un gouvernement colonial; pendant cette période, il commerçait avec les Britanniques. Il est donc clair que rien dans ces coutumes ne s'opposait à ce que des échanges commerciaux soient pratiqués avec les Européens<sup>25</sup>. La Cour suprême refuse donc de lier les droits ancestraux aux coutumes ou aux droits pré-coloniaux; ceux-ci sont relégués au rang de source « matérielle » ou « substantielle », c'est-à-dire non contraignante<sup>26</sup>. Si elles avaient été épurées de certains présupposés discriminatoires, les règles de la common law auraient pu servir de fondement à une autre approche, plus respectueuse des ordres juridiques autochtones; en effet, elles permettraient dans certains cas l'intégration des systèmes juridiques qui s'appliquaient avant l'acquisition d'un territoire par la Couronne<sup>27</sup>.

Tout aussi problématique est la notion de titre ancestral ou, pour employer la traduction désuète des recueils de la Cour suprême,

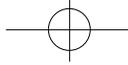
<sup>23</sup> *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, par. 55 (c'est le juge en chef qui souligne).

<sup>24</sup> *Id.*, par. 60-73; voir notamment les critiques de Russel Lawrence BARSH et James Youngblood HENDERSON, « The Supreme Court's *Van der Peet* Trilogy: Naive Imperialism and Ropes of Sand », (1997) 42 *McGill L.J.* 993; Bradford W. MORSE, « Permafrost Rights: Aboriginal Self-Government and the Supreme Court in *R. v. Pamajewon* », (1997) 42 *McGill L.J.* 1011; John BORROWS, « Frozen Rights in Canada: Constitutional Interpretation and the Trickster », (1997) 22 *Am.Ind.L.R.* 37.

<sup>25</sup> *R. c. Van der Peet*, précité, note 23, 507.

<sup>26</sup> Ghislain OTIS, « Les sources des droits ancestraux des peuples autochtones », (1999) 40 *C. de D.* 591, 599 et 600.

<sup>27</sup> Mark WALTERS, « The "Golden Thread" of Continuity: Aboriginal Customs at Common Law and Under the Constitution Act, 1982 », (1999) 44 *McGill L.J.* 711.



de « titre aborigène ». Celui-ci protège le territoire qu'un peuple autochtone occupait de manière exclusive à la date où il y a eu assertion de souveraineté par la Couronne, qui peut être postérieure au premier contact avec les Européens; quant à la souveraineté, les tribunaux considèrent qu'elle va de soi et qu'elle n'a pas à être justifiée<sup>28</sup>. En évaluant la preuve de l'occupation et de son caractère exclusif, les tribunaux doivent tenir compte du « point de vue des autochtones à l'égard du territoire », lequel « inclut notamment leurs régimes juridiques »<sup>29</sup>; là encore, ceux-ci permettent simplement de décider si les conditions fixées par le droit canadien sont remplies. Le titre ancestral permet d'occuper et d'utiliser les terres visées pour diverses fins qui n'ont pas à faire partie de la culture distinctive du peuple en question, mais qui ne doivent pas être « incompatibles avec la nature de l'attachement qu'a le groupe concerné pour ces terres »<sup>30</sup>. Il en irait ainsi si une mine à ciel ouvert était exploitée sur des territoires de chasse<sup>31</sup> ou si la capacité de ces terres d'assurer la subsistance des générations futures était compromise<sup>32</sup>. Notons que le caractère collectif du titre ancestral permet au groupe de déterminer quelles activités sont autorisées à cet endroit et quelles personnes peuvent les exercer<sup>33</sup>. L'État peut porter atteinte à ces droits, notamment afin d'exploiter les ressources naturelles, de favoriser le développement économique, de protéger l'environnement ou de construire des infrastructures. Il doit toutefois, au minimum, consulter le peuple concerné; s'il ne s'agit pas d'une atteinte mineure ou sans gravité, « certaines situations pourraient même exiger l'obtention du consentement d'une nation autochtone », notamment

---

<sup>28</sup> *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 14, par. 144-151; John BORROWS, « Sovereignty's Alchemy: An Analysis of *Delgamuukw v. British Columbia* », (1999) 37 *Osgoode Hall L.J.* 537.

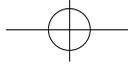
<sup>29</sup> *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 14, par. 147, 148, 156 et 157.

<sup>30</sup> *Id.*, par. 117.

<sup>31</sup> *Id.*, par. 128.

<sup>32</sup> *Id.*, par. 154 et 165.

<sup>33</sup> G. OTIS, *loc. cit.*, note 25, 611-619.



en matière de chasse et de pêche<sup>34</sup>. En outre, il sera généralement nécessaire de verser une indemnité en cas d'atteinte au titre ancestral<sup>35</sup>.

Le titre ancestral découle de l'occupation d'un territoire par un peuple autochtone au moment où la Couronne impose sa souveraineté. Traditionnellement, les peuples nomades étaient jugés trop primitifs pour occuper un territoire<sup>36</sup>. Un temps, la Cour suprême a semblé sur le point de tomber dans ce travers<sup>37</sup>. Fort heureusement, elle rectifie le tir dans l'arrêt *Delgamuukw*, où elle affirme qu'il suffit d'avoir la capacité d'exclure autrui d'un territoire pour l'occuper de façon exclusive; elle signale également que la chasse peut constituer une forme d'occupation<sup>38</sup>. Cette précision fort utile

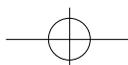
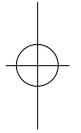
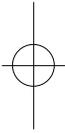
<sup>34</sup> *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 14, par. 168. Le juge en chef déclare que la mise en valeur des ressources par « la concession de fiefs simples pour l'agriculture ainsi que de baux et permis à des fins d'exploitation forestière ou minière » porte atteinte au titre (par. 167). Une atteinte peut donner lieu à une indemnisation, à une obligation de consulter ou à une obligation d'obtenir le consentement du groupe autochtone concerné (par. 168 et 169). Comme le titre subsiste généralement sur d'autres parties du territoire visé, il semble que l'application des lois provinciales sur la gestion des ressources ne constitue pas, dans l'esprit du juge en chef, une « extinction » complète. Mais le paragraphe 91 (24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., R.-U., c. 3, accorde au Parlement fédéral le pouvoir exclusif de légiférer sur les « terres réservées aux Indiens », qui incluent « celles détenues en vertu d'un titre aborigène » (par. 174). Il s'ensuit que le paragraphe 91 (24) confère le pouvoir de légiférer « relativement au titre aborigène » ainsi que, « par implication », celui de l'éteindre (par. 174). De deux choses l'une : ou bien les lois provinciales ne peuvent s'appliquer aux territoires visés par un titre ancestral, ou bien elles ne résultent pas de l'exercice du pouvoir de légiférer « relativement » à ce titre, qui serait alors touché de manière incidente seulement. Voir notamment : Peter HOGG, *Constitutional Law of Canada*, Student ed., Scarbrough, Carswell, 1998, p. 371-376; *contra* : Kerry WILKINS, « Of Provinces and Section 35 Rights », (1999) 22 *Dalhousie L.J.* 185, 206-209; *Kitkatla Band c. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, (2000) 183 D.L.R. (4th) 103 (C.A.C.-B.).

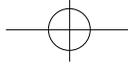
<sup>35</sup> *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 14, par. 169.

<sup>36</sup> Voir : M. MORIN, *op. cit.*, note 9, p. 187-217.

<sup>37</sup> *R. c. Adams*, précité, note 22, 101, par. 28.

<sup>38</sup> *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 14, par. 146-159, en particulier les paragraphes 148 et 149; mais voir le paragraphe 139 : « il est possible que certains groupes autochtones soient incapables d'établir le bien-fondé de leur revendication d'un titre [...] Comme je l'ai expliqué dans *Adams*,





s'inscrit dans la continuité de la *Proclamation royale* de 1763, qui protégeait expressément les territoires de chasse autochtones. Ainsi, l'occupation est définie en tenant compte du mode de vie des autochtones à l'époque pertinente.

En principe, un peuple peut utiliser les terres visées par un titre ancestral d'une manière qui n'était pas prévue par ses propres coutumes. Toutefois, cet usage actuel ne doit pas faire disparaître les affectations traditionnelles du territoire. En effet, « la nature de l'attachement » d'un groupe à ses terres doit être préservée; cela semble indiquer que, aux yeux de la Cour suprême, les autochtones doivent conserver la possibilité de se livrer à leurs activités ancestrales. S'ils souhaitent procéder à un développement économique de grande envergure, il leur faut renoncer à leur titre en consentant à son extinction au profit de la Couronne. On a pu parler, à cet égard, de « sacralisation » de la terre<sup>39</sup>. Comme le dit la professeure Andrée Lajoie : « il semblerait que la Cour reprend toujours de la main droite ce qu'elle fait mine de donner de la main gauche »<sup>40</sup>.

Aux termes de cette analyse, il apparaît que la jurisprudence concernant les droits ancestraux a fait, jusqu'à maintenant, peu de cas des règles traditionnelles antérieures à la colonisation<sup>41</sup>. Au mieux, elle les intègre dans sa définition d'un droit ancestral; au pire, elle les écarte purement et simplement. Un peuple autochtone peut appuyer

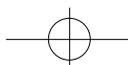
---

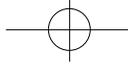
cela peut se produire dans le cas des peuples nomades qui changeaient "l'emplacement de leurs établissements [...] en fonction des saisons et des circonstances" ; évidemment, s'il n'existe pas de preuve convaincante que les autochtones chassaient régulièrement aux environs d'un endroit précis, ils n'auront pas démontré qu'ils détiennent un titre ancestral sur cette partie de territoire : R. c. *Bernard*, [2000] 3 C.N.L.R. 184, par. 107 (C.P.N.-B.); voir également : André ÉMOND, « L'affaire *Delgamuukw* ou la réactualisation du droit américain au regard des conditions d'existence et d'extinction du titre aborigène au Canada », (1998) 39 *C. de D.* 849; Kent McNEIL, « The Onus of Proof and Aboriginal Title », (1999) 37 *Osgoode Hall L.J.* 775.

<sup>39</sup> Ghislain OTIS, « Revendications foncières, "autochtonité" et liberté de religion au Canada », (1999) 40 *C. de D.* 741, 764; voir également : Ghislain OTIS et André ÉMOND, « L'identité autochtone dans les traités contemporains : de l'extinction à l'affirmation du titre ancestral », (1995-96) 41 *McGill L.J.* 543; J. BORROWS, *loc. cit.*, note 28, 570-572.

<sup>40</sup> Andrée LAJOIE, « Compte rendu de *Peace Power and Righteousness: an Indigenous Manifesto*, Taiaiake Alfred, Don Mills (Ontario), Oxford University Press Canada, 1999 », (1999) 39 *Recherches amérindiennes au Québec* 121, 122.

<sup>41</sup> Il est vrai que la Cour suprême prétend tenir compte de la perspective autochtone dans son analyse : R. c. *Van der Peet*, précité, note 23, 507, par. 49 et 50; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 14, par. 113.





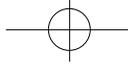
sur ces normes pour restreindre l'usage des terres visées par un titre ancestral; mais les tribunaux peuvent également en extraire un « attachement » traditionnel incompatible avec des usages modernes. Il n'est pas encore question d'intégrer ces règles au système juridique canadien. Il en va toutefois différemment des paroles autochtones qui sont destinées à servir d'éléments de preuve.

## 2. La prise en compte de la parole autochtone

En ce qui concerne la preuve de l'occupation d'un territoire, les tribunaux peuvent-ils se fonder sur les traditions autochtones? Pour ce faire, il leur faut abandonner la conception classique de l'Histoire. En effet, l'écrit a longtemps été la source d'information privilégiée des historiens et des historiennes. Pourtant, les peuples autochtones ont prouvé à plusieurs reprises qu'ils se reméoraient les termes exacts employés lors des négociations avec les Européens<sup>42</sup>. En outre, l'Histoire constitue toujours une narration qui résulte d'une sélection et d'une interprétation. Il n'est donc pas étonnant de constater que certains récits traditionnels autochtones accordent peu d'importance aux relations avec les Européens et passent sous silence les défaites<sup>43</sup>; d'autres portent sur les règles qui doivent régir

<sup>42</sup> Voir, par exemple : Olive P. DICKASON, *Canada's First Nations: A History of Founding Peoples from Earliest Times*, Toronto, McClelland & Stewart, 1992, p. 278; Gilles HAVARD, *La Grande Paix de Montréal de 1701*, Montréal, Recherches amérindiennes au Québec, 1992, p. 20 et 24; David T. MACNAB, « The Promise that He Gave to my Grand Father Was Very Sweet”: The Gun Shot Treaty of 1792 at the Bay of Quinte », (1996) 16 *Canadian Journal of Native Studies* 293; David T. MACNAB, « Who is on Trial? Teme-Augama Anishnabai Land Rights and George Ironside, Junior: Re-considering Oral Tradition », (1998) 18 *Canadian Journal of Native Studies* 117; M. MORIN, *op. cit.*, note 9, p. 93, 143 et 144; Denis DELÂGE, avec la collaboration de Jean-Pierre SAWAYA, Marc JETTEN et Régent SIOUI, « Les Sept Feux, les alliances et les traités autochtones du Québec dans l'histoire », Rapport soumis à la Commission royale d'Enquête sur les peuples autochtones, 30 juillet 1996, p. 54-56.

<sup>43</sup> D. Peter McLEOD, « The Anishinabeg Point of View: The History of the Great Lakes Region to 1800 in Nineteenth-Century Mississauga, Odawa and Ojibwa Historiography », (1992) 73 *C.H.R.* 194, 200-202; il suffit de comparer la présentation de la guerre de 1812 dans certains manuels scolaires américains et canadiens pour constater à quel point toute narration historique requiert de nombreux choix qui sont loin d'être neutres: Cory SILVERSTEIN et Zeek CYWINK, « From Fireside to TV Screen: Self-Determination and Anishnaabe Storytelling Traditions », (2000) 20 *Canadian Journal of Native Studies* 35, 42-46; voir également : Pierre TRUDEL, « Histoire, neutralité et Autochtones : une longue histoire », (2000) 35 *R.H.A.F.* 528. Contrairement à Nelson-Martin Dawson et Éric Tremblay, nous ne croyons pas qu'il existe une « véracité historique »



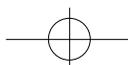
les relations entre un peuple autochtone et les Européens<sup>44</sup>. La présence de légendes et de mythes peut déconcerter les personnes qui sont habituées à une conception linéaire ou occidentale du temps, par opposition à une vision cyclique de celui-ci. Néanmoins, en prêtant attention à ces traditions, il est possible de mettre en lumière des événements demeurés inaperçus<sup>45</sup>.

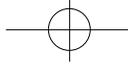
Les tribunaux ont mis du temps à reconnaître ce fait. Certes, ils ont admis la présentation de ces récits traditionnels en se fondant

susceptible d'être « d'autant plus grande que l'historien saura, d'une part, prendre en compte le plus d'éléments du passé possible afin de reconstituer l'épaisseur historique, c'est-à-dire une connaissance ample, élargie, de chacun des instants de la période à l'étude, et, d'autre part, qu'il saura limiter l'influence qu'une intrusion des concepts marquant son présent pourrait avoir sur son objet d'étude » : 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, 384. Bien que cette description de la méthode historique soit satisfaisante, nous ne pensons pas qu'elle débouche automatiquement sur une « plus grande véracité », soit la « qualité de celui qui dit la vérité ou croit la dire » (*Le Petit Robert*, « véracité », 2.). Les auteurs eux-mêmes illustrent ce point. Ils soutiennent qu'un document n'est pas fiable au motif que le rédacteur impute à un correspondant des propos qui seraient en réalité une supposition gratuite de sa part. Bien que cette analyse soit plausible, rien ne permet d'exclure l'hypothèse contraire, c'est-à-dire que l'information contenue dans le document soit exacte. Il est alors exagéré d'affirmer que celle-ci constitue « une idée préconçue [...] sur laquelle on ne saurait fonder une démonstration sérieuse » (*id.*, 388 et 389), même si l'argumentation des auteurs diminue certainement le poids que l'on peut accorder à cette source. D'autre part, ceux-ci prétendent que l'emploi du terme « nation » à propos des peuples autochtones « semble déjà conférer des droits à tout groupe qui s'en attribue l'appellation » ; ils proposent plutôt de recourir à « des expressions qui traduisent avec plus d'exactitude la perception partagée par les acteurs de la période à l'étude », soit « tribu » et « Indien » (*id.*, 390). Or le mot « nation » figure dans bon nombre de documents rédigés aux XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles, notamment dans ceux que les auteurs citent (*id.*, 388 et 396, note 15).

<sup>44</sup> D. DELÂGE, avec la collaboration de J.-P. SAWAYA, M. JETTEN et R. SIOUI, *loc. cit.*, note 42, 278-313; certaines affirmations sont toutefois difficilement démontrables, par exemple l'influence qu'aurait exercée la Confédération haudenosaunee sur les rédacteurs de la constitution américaine : W.A. STARNA et G.R. HAMELL, « History and the Burden of Proof: The Case of Iroquois Influence on the U.S. Constitution », 77 *New York History* 427 (1996).

<sup>45</sup> D. McLEOD, *loc. cit.*, note 43, 208; C. SILVERSTEIN et Z. CYWINK, *loc. cit.*, note 43, 47-56; Denis Delâge souligne à juste titre que la tradition orale est « porteuse à la fois de traces archaïques et d'interprétations récentes (ce qui en constitue la difficulté principale) » : Denis DELÂGE, « L'histoire des Premières Nations, approches et orientations », (2000) 53 *R.H.A.F.* 521, 523; voir également : Jane DICKSON-GILMORE, « "This is my History, I know who I am": History, Factionalist Competition, and the Assumption of Imposition in the Khanawake Mohawk Nation », (1999) 46 *Ethnohistory* 429.





sur les règles de la common law concernant les droits de nature publique ou générale<sup>46</sup>. Ils ont été beaucoup plus réticents à leur accorder le même poids qu'aux documents écrits. Dans l'affaire *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, les demandeurs, des chefs héréditaires Wet'suwet'en et Gitskan, ont présenté l'*adawawk* et le *kungax* de leurs peuples dans le but de prouver que leurs ancêtres avaient occupé le territoire en litige. Cette histoire orale était authentifiée lors de célébrations publiques où son contenu pouvait être rectifié; les mâts totémiques, les emblèmes et les couvertures pouvaient lui servir de support<sup>47</sup>. En d'autres termes, elle était soumise à un processus de validation<sup>48</sup>. Néanmoins, le juge de première instance refuse d'accorder foi à ces « récits oraux » (*oral histories*), pour des motifs empreints d'ethnocentrisme<sup>49</sup>. La Cour suprême casse ce jugement et ordonne la tenue d'un nouveau procès afin que le tribunal leur accorde « une valeur probante indépendante »<sup>50</sup>.

Les tribunaux ont également été appelés à interpréter le texte écrit des traités conclus avec les peuples autochtones à la lumière du compte rendu des négociations qui les ont précédés. Ces documents ont été rédigés par des non-autochtones; ils auraient donc dû être reçus plus facilement en preuve. En 1988, la Cour suprême déclare pourtant qu'il faut exclure cette documentation lorsque le texte d'un traité est clair; elle précise, cependant, que la tenue de ces discussions ne contredit pas la disposition écrite examinée dans cette affaire<sup>51</sup>.

<sup>46</sup> Clay McLEOD, « The Oral Histories of Canada's Northern People, Anglo-Canadian Evidence Law, and Canada's First Nations: Breaking Down the Barriers of the Past », (1992) 30 *Alta. L.Rev.* 1276; Brian J. GOVER et Mary LOCKE MACAULAY, « "Snow Houses Leave no Ruins": Unique Evidence Issues in Aboriginal and Treaty Rights Cases », (1996) 60 *Sask. L.Rev.* 47.

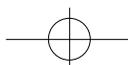
<sup>47</sup> *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 14, par. 93 et 94.

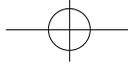
<sup>48</sup> Joel R. FORTUNE, « Comments: Construing *Delgamuukw*: Legal Arguments, Historical Argumentation, and the Philosophy of History », (1993) 51 *U.T.F.L.R.* 80, 93-95. La validation peut également provenir des connaissances occidentales. Ainsi, à la note 52 de la page 95, M. Fortune donne l'exemple de la légende du Grizzli géant qui, d'après les géologues, pourrait correspondre à un glissement de terrain survenu il y a plus d'un millénaire; voir également : André BOURCIER, « Aspects linguistiques de la preuve par tradition orale en droit autochtone », (2000) 41 *C. de D.* 403.

<sup>49</sup> Voir : Michael ASH et Catherine BELL, « Definition and Interpretation of Fact in Canadian Aboriginal Title Litigation: An Analysis of *Delgamuukw* », (1993-94) 19 *Queen's L.J.* 503; J. BORROWS, *loc. cit.*, note 28, 553-558.

<sup>50</sup> *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 14, par. 93-107.

<sup>51</sup> *R. c. Horse*, [1988] 1 R.C.S. 187, 201-210.





En 1996, la Cour adopte une toute autre attitude : l'interprétation qu'elle retient est fondée sur les rapports des négociateurs gouvernementaux et les affirmations des anciens recueillies par des historiens ou contenues dans leurs dépositions<sup>52</sup>. Enfin, en 1999, la Cour suprême reconnaît que les termes d'une entente orale sont plus larges que ceux de la version écrite du traité; ils accordent donc des droits plus étendus aux autochtones<sup>53</sup>.

En définitive, il ne paraît pas exagéré de dire que la réception des paroles autochtones représente un progrès du pluralisme. En effet, des preuves provenant de systèmes juridiques et culturels complètement différents coexistent devant le tribunal; les voix des autochtones et des non-autochtones sont ainsi placées sur un pied d'égalité. Néanmoins, le pouvoir d'appréciation du juge demeure entier. C'est sans doute ce qui explique l'accueil favorable réservé à ces paroles, par opposition aux normes juridiques antérieures à la colonisation. Dans l'ensemble, celles-ci ont été utilisées de manière très sélective par la jurisprudence canadienne actuelle. Qu'en est-il lorsqu'il est question des documents de l'époque coloniale? C'est la question à laquelle il nous faut maintenant tenter de répondre.

## II. Le droit de l'époque coloniale

Si l'on se tourne maintenant vers les conséquences des colonisations française et britannique, deux problèmes peuvent être distingués. L'existence de normes internationales visant les autochtones est controversée (A), de même que la politique coloniale concernant leurs droits territoriaux (B).

### A. Le droit international

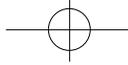
#### 1. Les écrits de l'époque

Les ouvrages de droit international publiés entre le XVI<sup>e</sup> et le XVIII<sup>e</sup> siècles reconnaissent généralement un certain nombre de droits aux peuples autochtones. Néanmoins, pour les juristes de notre époque, la cause semble entendue : ces écrits constituent des vues de l'esprit<sup>54</sup>. Dans les faits, les États n'en font qu'à leur

<sup>52</sup> R. c. *Badger*, précité, note 19, par. 52-58.

<sup>53</sup> R. c. *Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456, par. 9-14 et 22-35.

<sup>54</sup> Voir : André ÉMOND, « Existe-t-il un titre indien originaire dans les territoires cédés par la France en 1763? », (1995-96) 41 *McGill L.J.* 59, 68-70; Bjarne



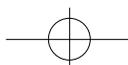
guise et un droit international digne de ce nom ne serait apparu qu'au XIX<sup>e</sup> siècle. Auparavant, la doctrine s'épuise dans des considérations morales dénuées d'intérêt. Une condamnation aussi péremptoire appelle quelques commentaires.

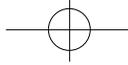
En premier lieu, en termes d'efficacité, le droit international actuel n'est pas exactement un modèle. Comme chacun sait, un État qui viole ces règles sera automatiquement sanctionné par une juridiction compétente ou dans le strict respect des règles posées par la *Charte des Nations Unies* ... La violation des traités était sans doute plus courante antérieurement au XIX<sup>e</sup> siècle. Faut-il pour autant en conclure que les traités et les pratiques des États n'avaient aucun caractère juridique? Il existait à tout le moins un corpus de concepts fondamentaux qui étaient appliqués aux relations internationales et qui jouaient un rôle concret. La guerre, la paix, les territoires, l'indépendance des princes, des républiques ou des peuples non européens constituaient autant de concepts délimitant la sphère d'activité des pouvoirs publics. Des règles pouvaient découler de tout cela, notamment l'immunité reconnue aux ambassadeurs ou les normes concernant la prise des vaisseaux ou des cargaisons ennemis en temps de guerre. Dans ce dernier cas, des juridictions spécialisées devaient notamment décider des droits des ressortissants de pays neutres<sup>55</sup>. Et il n'y aurait pas là de règles juridiques? En réalité, nous

---

MELKEVIC, « Chronique bibliographique – Michel MORIN, 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, 336 p., ISBN 2-89052-853-7 », (1998) 39 C. de D. 939.

<sup>55</sup> Au Moyen Âge, les juridictions anglaises et françaises appliquent les règles du *Consolato del Mare*, un texte rédigé à Barcelone au plus tard au XIV<sup>e</sup> siècle. Celui-ci permet aux ressortissants des pays neutres de récupérer leurs marchandises ou leurs navires capturés en temps de guerre. Au XVI<sup>e</sup> siècle, dans les deux pays, des ordonnances décrètent que seules les marchandises appartenant à des ressortissants neutres qui étaient transportées sur des navires neutres seront rendues à leurs propriétaires; de même, seuls les navires neutres qui ne transportent pas de marchandises ennemies seront restitués. D'autres modifications surviennent par la suite, mais la doctrine du droit des gens continue de définir le statut de neutre; les tribunaux font d'ailleurs référence à ces ouvrages : voir *Édit sur l'amirauté, la juridiction de l'amiral, le guet de la mer, la course maritime, la manière de traiter les prisonniers, etc.*, 1543, art. 42, dans ISAMBERT, DECRUSY et ARMET, *Recueil général des anciennes lois françaises*, t. 12, Paris, 1828, p. 854; *Édit sur la juridiction de l'amiral, le droit de prise, la pêche du hareng, l'entretien des navires, etc.*, 1584, art. 69, dans ISAMBERT, DECRUSY et ARMET cité plus haut, t. 14, p. 556; André THONIER, *De la notion de contrebande de guerre*, Bordeaux, G. Gournouilhou, 1904, p. 7-18; Edward Stanley ROSCOE, *A History of the English Prize Court*, London,





retrouvons ici le positivisme : sans législateur et sans juridiction compétente, il ne saurait y avoir de droit. C'est réduire le phénomène à certaines de ses manifestations...

## 2. Une pratique à redécouvrir

Reste à savoir si la pratique des États est effectivement incompatible avec les droits que les auteurs de droit international reconnaissaient aux peuples autochtones. Dans un ouvrage récent, nous avons étudié les chartes coloniales, les traités conclus, soit avec les peuples autochtones, soit entre la France et la Grande-Bretagne, ainsi que la correspondance diplomatique concernant ces documents. L'indépendance des peuples autochtones y est clairement reconnue, même si l'on prétend souvent qu'elle a été anéantie à la suite d'une guerre ou d'une soumission volontaire. En revanche, l'existence de territoires de chasse fait l'objet d'une controverse<sup>56</sup>. D'autres auteurs ont adopté une approche voisine qui éclaire d'un jour nouveau les débats portant sur les traités conclus avec les peuples autochtones<sup>57</sup>. Afin d'illustrer cette nouvelle orientation, quatre arrêts récents retiendront notre attention.

### a. Le traité de Murray

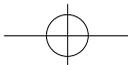
Le 5 septembre 1760, trois jours avant la capitulation de Montréal, le brigadier général Murray signe un document qui constitue un sauf-conduit mais qui reconnaît également aux Hurons (comme on les appelait à cette époque) le droit de pratiquer librement

---

Lloyd's, 1924; Carl J. KULSRUD, *Maritime Neutrality to 1780*, Boston, Little, Brown and Co., 1936, p. 113-120; M.J. PRICHARD and D.E.C. YALE, « Introduction », dans *Hale and Fleetwood on Admiralty Jurisdiction*, vol. 108, London, Publications of the Selden Society, 1993, p. xxx, note 4.

<sup>56</sup> Voir généralement : M. MORIN, *op. cit.*, note 9, c. IV et V.

<sup>57</sup> John D. HURLEY, *Children or Brethren: Aboriginal Rights in Colonial Iroquoia*, Saskatoon, University of Saskatchewan Native Law Centre, 1985; H. BERMAN, « Perspectives on American Indian Sovereignty and International Law », dans O. LYONS et autres (dir.), *Exiled in the Land of the Free: democracy, Indian nations, and the U.S. Constitution*, p. 129 (1992); Richard BOIVIN, « Le droit des autochtones sur le territoire québécois et les effets du régime français », (1995) 55 *R. du B.* 135; Sébastien GRAMMOND, *Les traités entre l'État canadien et les peuples autochtones*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, p. 24-29; Andrée LAJOIE, « Synthèse introductive », dans Andrée LAJOIE, Jean-Maurice BRISSON, Sylvio NORMAND et Alain BISSONNETTE, *Le statut juridique des peuples autochtones au Québec et le pluralisme*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, p. 1; dans le même recueil, Jean-Maurice BRISSON, « L'appropriation du Canada par la France de 1534 à 1760 ou les rivages inconnus du droit », p. 61.



leurs coutumes et leur religion. En 1982, les frères Sioui sont accusés d'avoir enfreint les règlements provinciaux qui interdisent de couper du bois, de camper et de faire un feu dans le parc provincial de la Jacques-Cartier. Ils allèguent alors que les activités auxquelles ils se sont livrés constituent des coutumes et des rites ancestraux protégés par un traité. En 1990, la Cour suprême du Canada leur donne raison, au motif que les agissements des accusés ne sont pas incompatibles avec l'utilisation particulière que fait la Couronne du territoire en question, soit un parc provincial<sup>58</sup>.

Le raisonnement de la Cour mérite qu'on s'y arrête. Elle réaffirme tout d'abord qu'« un traité avec les Indiens est un accord *sui generis* qui n'est ni créé ni éteint selon les règles du droit international »<sup>59</sup>. En 1990, cela fait certainement l'objet d'un large consensus, même si la situation a évolué depuis. Elle ajoute qu'au XVIII<sup>e</sup> siècle, « les nations indiennes étaient considérées, dans leurs relations avec les nations européennes qui occupaient l'Amérique du Nord, comme des nations indépendantes »<sup>60</sup>.

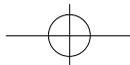
Plusieurs conséquences importantes découlent de cette prémisse. Tout d'abord, le document remis aux Hurons diffère fondamentalement d'une capitulation signée par les Français ou par les Canadiens; il constitue plutôt un traité entre nations. Celui-ci résulte d'une négociation entre les parties qui n'a pas été consignée par écrit. Pour reprendre les termes employés par la Cour, il s'agit de « la matérialisation d'une entente intervenue entre le représentant de la Couronne britannique et les représentants des nations

<sup>58</sup> R. c. *Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, 1070. Les motifs du jugement ont été rédigés par le juge Lamer avant qu'il ne soit nommé juge en chef. Pour une critique de la partie de l'arrêt portant sur les droits territoriaux reconnus aux Hurons, voir : Alain BISSONNETTE, « L'influence du Régime français sur le statut et les droits des peuples autochtones du Canada : une relecture critique de la jurisprudence », dans A. LAJOIE, J.-M. BRISSON, S. NORMAND et A. BISSONNETTE, *op. cit.*, note 57, p. 223-227; sur l'utilisation du territoire visé par un traité, voir également : R. c. *Sundown*, [1999] 1 R.C.S. 393, par. 39-41.

<sup>59</sup> R. c. *Sioui*, précité, note 58, 1038 et 1043. Un peu plus loin, le juge Lamer ajoute : *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 appelait « traités », indépendamment du sens strict que le droit international accordait et accorde toujours à ce terme* (p. 1056).

L'arrêt *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387, avait déjà reconnu l'existence d'un traité conclu en 1752 par le gouverneur de la Nouvelle-Écosse et certains Mik'maq.

<sup>60</sup> R. c. *Sioui*, précité, note 58, 1053.



indiennes présents, dont les Hurons de Lorette »<sup>61</sup>. Cet accord constitue donc un traité de paix. Il est ratifié lors d'une conférence tenue le 16 septembre suivant, au cours de laquelle les parties s'échangent des colliers de « porcelaine »<sup>62</sup>.

Malheureusement, le juge Lamer termine cette partie de ses motifs en déclarant que « le document du 5 septembre 1760 est un traité au sens de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* », prêtant ainsi le flan à la critique<sup>63</sup>. Denis Vaugois s'attelle à cette tâche, ce qui nous vaut, en 1995, la parution de *La Fin des alliances franco-indiennes – Enquête sur un sauf-conduit de 1760 devenu un traité en 1990*<sup>64</sup>. Plusieurs personnes ayant lu cet ouvrage ont compris que, dans l'esprit de l'auteur, la conclusion de la Cour suprême était erronée<sup>65</sup>. M. Vaugois s'en est défendu récemment<sup>66</sup>. Il suffira de montrer ici que certains arguments qu'il fait valoir en 1995 sont en porte-à-faux par rapport au jugement<sup>67</sup>.

<sup>61</sup> *Id.*, 1057.

<sup>62</sup> *Id.*, 1059.

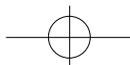
<sup>63</sup> *Id.*, 1060.

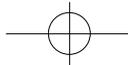
<sup>64</sup> D. VAUGOIS, *op. cit.*, note 4.

<sup>65</sup> Sébastien GRAMMOND, « Compte rendu de *La fin des alliances franco-indiennes Enquête sur un sauf-conduit de 1760 devenu un traité en 1990*, (Denis VAUGOIS, Boréal, Montréal, 1995, 290 p.) », (1996) 26 *Recherches amérindiennes au Québec* 76; Rémi SAVARD, « Commentaire sur *La Fin des alliances franco-indiennes* », (1996) 26 *Recherches amérindiennes au Québec* 78, 80; Daniel J. CARON, « Compte rendu de *La fin des alliances franco-indiennes Enquête sur un sauf-conduit de 1760 devenu un traité en 1990*, (Denis VAUGOIS, Montréal/Sillery, Boréal/Septentrion, 1995, 286 p.) », (1996) 50 *R.H.A.F.* 315, 316; David SCHULZE, « Recension de Denis Vaugois, *La fin des alliances franco-indiennes : Enquête sur un sauf-conduit de 1760 devenu un traité en 1990* », (1997) 42 *McGill L.J.* 1045, 1046; M. MORIN, *op. cit.*, note 9, p. 248.

<sup>66</sup> Denis VAUGOIS, « Réplique de Denis Vaugois à David Schulze », (1998) 43 *McGill L.J.* 969, 973 : « pour autant je ne nie pas que la Cour suprême puisse déclarer que le document du 5 septembre 1760 est un traité au sens de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens* ». Pour sa part, le professeur Alain Beaulieu ne croit pas qu'un traité ait été conclu avec les Hurons en 1760 : Alain BEAULIEU, « Les pièges de la judiciarisation de l'histoire autochtone », (2000) 53 *R.H.A.F.* 541, 547 et 549.

<sup>67</sup> Tout au long de son ouvrage, M. Vaugois égrène des insinuations qui opposent les droits des peuples autochtones et les intérêts du mouvement souverainiste ou du moins de la province du Québec; voir : D. SCHULZE, *loc. cit.*, note 65, R. SAVARD, *loc. cit.*, note 65, et la réponse peu convaincante de D. VAUGOIS, *loc. cit.*, note 66, 972. À notre avis, les propos provocateurs voire blessants de M. Vaugois justifiaient la réaction outrée de ses détracteurs. Pour un autre point de vue, voir : A. BEAULIEU, *loc. cit.*, note 66, 547 et 548.





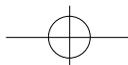
Tout d'abord, aux termes du document, les Hurons sont « reçus aux mêmes conditions que les Canadiens, il leur sera permis d'exercer librement leur religion, leurs coutumes et la liberté de commerce avec les Anglais ». M. Vaugeois assimile l'expression « leur religion, leurs coutumes » aux droits conférés aux Canadiens dans les proclamations de l'époque. Dans son esprit, les autochtones n'auraient pas eu davantage de droits que les habitants du Canada. Murray a promis à ces derniers qu'ils pourraient pratiquer leur religion et jouir de leurs biens à condition de ne prendre aucune part aux hostilités<sup>68</sup>. Dans une autre proclamation, il leur demande de se soumettre de bonne grâce, de se retirer de l'armée française, de déposer les armes et de ne pas soutenir les Français. En échange, il s'engage à maintenir le culte catholique ainsi qu'à respecter leurs biens, leurs lois et leurs coutumes<sup>69</sup>. En somme, il exige d'eux une attitude passive. Mais le

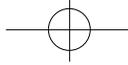
<sup>68</sup> D. VAUGEOIS, *op. cit.*, note 4, p. 165.

<sup>69</sup> Arthur DOUGHTY (éd.), *Report of the Public Archives for the Year 1918*, Ottawa, J. de LaBroquerie Taché, 1920, Appendix B, p. 9. Nelson-Martin Dawson et Éric Tremblay croient également qu'en garantissant aux Hurons le libre exercice de « leur » religion, le brigadier Murray ne pouvait songer à autre chose qu'à la religion catholique : N.-M. DAWSON et É. TREMBLAY, *loc. cit.*, note 43, 398. S'ensuit-il qu'ils ne pouvaient changer de religion? Selon nous, dans l'esprit de Murray ou des autorités britanniques, il aurait été éminemment souhaitable qu'ils se convertissent éventuellement à la religion anglicane ou, à défaut, à une dénomination protestante tolérée par les lois britanniques. Dans cette perspective, les termes « le libre exercice de leur religion » auraient pu englober de nombreux cultes chrétiens, même si cette question n'a jamais été envisagée par les protagonistes. De nos jours, compte tenu de la protection constitutionnelle dont bénéficie la liberté de religion, le document de 1760 doit être interprété de manière évolutive et inclure toute religion. En ce qui concerne l'exercice des coutumes mentionné dans le document de 1760, selon MM. Dawson et Tremblay, il ne peut s'agir que de la *Coutume de Paris* : « [p]ar coutume, Murray n'entendait ni les mœurs tribales ni les usages ancestraux; il n'avait pas encore lu les savantes études de Lucien Lévy-Bruhl ou de Claude Lévi-Strauss sur les usages des sociétés primitives » (*id.*). Pourtant, en 1762, Murray écrivait ce qui suit à propos des Hurons :

*In the Hunting season they go onto the woods and hunt themselves or traffic with the more remote Indians for their Pelletries. Some of the Elders have been so tenacious of their Mother Tongue, they hardly speak a word of French, but most of the Younger speak it tolerably well; indeed it has ever been the policy of the French Government to make them retain that and as much of their ancient customs as possible, that they might prove of greater use to them in case of war with other nations.*

« General Murray's Report of the State of the Government of Quebec in Canada June 5th, 1762 », dans Adam SHORTT et Arthur G. DOUGHTY, *Documents relating to the Constitutional History of Canada, 1759-1791*, 2<sup>e</sup> éd., Ottawa, J. de L. Taché, Printer to the King, 1918, p. 47, à la page 73. Manifestement,





document de 1760 précise que les Hurons se soumettent au roi de Grande-Bretagne, qu'ils font la paix et que leur tribu est placée sous la protection du général Murray. Compte tenu de ces différences, il semble parfaitement légitime de voir là les éléments essentiels d'un traité, comme l'a fait la Cour suprême<sup>70</sup>.

L'autorité du général Murray ne pose guère de problème<sup>71</sup>. S'il est vrai que William Johnson est responsable de la conclusion des traités avec les autochtones, le 5 septembre 1760, les Hurons n'ont pas le loisir de communiquer directement avec lui. Murray est le seul interlocuteur disponible. Québec a capitulé le 17 septembre 1759; depuis cette date, il a agi en tant que gouverneur de cette région et il s'est exprimé régulièrement au nom du roi. Dans cette perspective, les Hurons sont autorisés à croire qu'il est habilité à faire immédiatement la paix avec eux. Cela n'exclut pas la conclusion d'une entente plus solennelle par la suite avec le surintendant des affaires indiennes, comme cela s'est effectivement produit le 16 septembre à Caughnawaga.

La conférence de Caughnawaga donne également suite à une entente tout à fait distincte, intervenue le 30 août à Oswegatchie, situé à l'ouest de Montréal, entre William Johnson et certains autochtones « domiciliés » en Nouvelle-France. Elle établit une « chaîne d'alliances » entre les Britanniques et les sept nations présentes, qui seront dorénavant des « amis ». Ces expressions étant passablement ambiguës, le document du 5 septembre peut servir à les éclairer. Comme l'a écrit plus récemment M. Vaugeois, « [r]ien n'empêche toutefois les tribunaux d'accepter que Oswegatchie, Longueuil et Caughnawaga soient trois étapes d'un traité et qu'en ce sens le sauf-conduit remis aux Hurons (qui en avaient bien besoin,

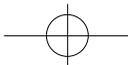
---

l'expression « their ancient customs » désigne les usages ancestraux, que Murray pouvait donc fort bien distinguer de la *Coutume de Paris*.

<sup>70</sup> Le juge Lamer fournit toutefois des « éléments » qu'il est utile de prendre en considération afin de déterminer si un traité a été conclu (R. c. *Sioui*, précité, note 58, 1045) :

1. l'exercice continu d'un droit dans le passé et aujourd'hui;
2. les raisons pour lesquelles la Couronne s'est engagée;
3. la situation qui prévalait au moment où le document a été signé;
4. la preuve de la relation de respect et d'estime entre les négociateurs; et
5. la conduite subséquente des parties.

<sup>71</sup> Voir : D. VAUGEOIS, *op. cit.*, note 4, p. 103 et 189; N.-M. DAWSON et É. TREMBLAY, *loc. cit.*, note 43, 394 et 395.



compte tenu des circonstances) puisse prendre valeur de traité »<sup>72</sup>. Dans cette hypothèse, le document de 1760 profiterait à tous les autochtones présents à Caughnawaga<sup>73</sup>.

À la suite de la Cour d'appel du Québec, M. Vaugois reconnaît donc que la conférence de Caughnawaga constitue indéniablement un traité<sup>74</sup>. Dans son ouvrage de 1995, il refuse d'employer ce terme pour le document rédigé le 5 septembre. S'il admet qu'un traité peut être oral, il ne tire pas toutes les conséquences de cette affirmation<sup>75</sup>. À son avis, la conférence des 15 et 16 septembre ne fait pas référence au « sauf-conduit » signé par Murray; ce document ne constitue pas non plus la preuve d'une entente distincte intervenue avec les Hurons<sup>76</sup>. En définitive, M. Vaugois accorde un poids déterminant

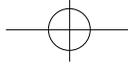
<sup>72</sup> D. VAUGEOIS, *loc. cit.*, note 66, 975. Il nous semble que l'autorité conférée à Johnson par la Couronne avait pour but d'empêcher les négociations indépendantes entre les colonies britanniques et les autochtones. Il en allait autrement des militaires en campagne, qui pouvaient faire la paix immédiatement avec les alliés des Français, quitte à ce que l'entente soit solennisée plus tard en présence de Johnson.

<sup>73</sup> On peut également supposer que le traité conclu avec les Hurons le 5 septembre 1760 n'a pas pu être confirmé par une conférence solennelle en raison de l'offensive qui se préparait ce jour-là : voir *R. c. Sioui*, précité, note 58, 1059 et 1060. Nelson-Martin Dawson et Éric Tremblay proposent une autre interprétation des négociations qui ont précédé la rédaction du document de 1760. À leur avis, la paix dont il est question dans la documentation citée par le juge Lamer lie uniquement les Hurons et les Iroquois, car Murray se serait contenté de recevoir la soumission des premiers à la Couronne britannique : N.-M. DAWSON et É. TREMBLAY, *loc. cit.*, note 43, 395-397. Au moment d'aller sous presse, il ne nous est pas possible d'examiner cette question de manière approfondie. Notons toutefois que selon le journal du capitaine Knox, deux Mohawks alliés des Britanniques arrivent pendant les pourparlers avec Murray; ils déclarent alors aux Hurons qu'ils vengeront la mort d'un des leurs « peu importe le traité », auquel ils ne sont donc pas partie (*R. c. Sioui*, précité, note 58, 1058). Par ailleurs, il appert qu'en 1828, la tradition orale huronne ne signale pas la conclusion d'un traité garantissant le respect des coutumes huronnes (N.-M. DAWSON et É. TREMBLAY, *loc. cit.*, note 43, 396). Toutefois, en 1824, une copie du « certificat de protection » rédigé par Murray est déposé devant un comité parlementaire afin d'étayer une revendication de terres concédées sous le Régime français et le respect des territoires de chasse fréquentés par les Hurons (D. VAUGEOIS, *op. cit.*, note 4, p. 76-78).

<sup>74</sup> D. VAUGEOIS, *op. cit.*, note 4, p. 167-169; *Côté c. La Reine*, [1993] R.J.Q. 1350, 1369 et 1370 (C.A.), confirmé en partie, sans discuter ce point, dans [1996] 3 R.C.S. 139, par. 88; voir également : Alain BEAULIEU et Jean-Pierre SAWAYA, « L'importance stratégique des Sept-Nations du Canada (1650-1860) », (2000) 8 *Bulletin d'histoire politique* 87, 95-96.

<sup>75</sup> D. VAUGEOIS, *op. cit.*, note 4, p. 183, note.

<sup>76</sup> *Id.*, p. 166-169.



aux écrits, qu'il s'agisse du compte rendu de la conférence de Caughnawaga ou du « sauf-conduit ».

Rendons toutefois à César ce qui revient à César. Aux termes d'une enquête minutieuse, M. Vaugeois identifie ce qui s'avérera être une transcription fidèle de l'original du traité, qui a été retracé en 1996 par Me David Schulze<sup>77</sup>. Le document en question contient une précision qui était absente de la version utilisée par la Cour suprême : les Hurons bénéficient de la « liberté de trafiquer avec les garnisons anglaises » plutôt que de la « liberté de trafiquer avec les Anglais ». Cette divergence n'avait toutefois aucun impact sur l'issue du litige soumis à la Cour suprême en 1990.

#### **b. L'arrêt *Sous-ministre du Revenu c. Sioui***

La « liberté de commercer » aurait pu jouer un rôle déterminant dans une cause où le sous-ministre du Revenu du Québec demande la fermeture d'un commerce qui appartient à un autre Sioui, prénommé Gabriel, en raison du fait que celui-ci n'a pas payé la taxe de vente provinciale<sup>78</sup>. M. Sioui invoque alors le traité de Murray. Il renonce toutefois à s'appuyer sur la liberté de commerce, préférant invoquer le droit d'exercer ses coutumes ancestrales, qui incluent, selon lui, celui de ne pas percevoir de taxes pour le gouvernement. Il produit un rapport d'expert signé par le professeur Denys Delâge<sup>79</sup>; le ministère réplique en déposant une étude signée par le professeur Alain Beaulieu<sup>80</sup>.

La Cour supérieure reconnaît que les Hurons bénéficiaient d'un statut particulier sous le Régime français. Toutefois, elle déclare qu'au moment où les Hurons concluent le traité de Murray, ils ne peuvent s'attendre à ce que le droit d'exercer librement leurs coutumes les exempte de l'application des lois anglaises, car cela équivaldrait à une souveraineté absolue sur leur territoire<sup>81</sup>. En 1997, la Cour d'appel confirme ce jugement. Pour elle, à une époque où il n'existait pas de taxe de vente, on chercherait en vain une

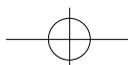
<sup>77</sup> *Id.*, p. 149-164; Denis VAUGEOIS (dir.), *Les Hurons de Lorette*, Sillery, Septentrion, 1996, p. 18; D. SCHULZE, *loc. cit.*, note 65, 1051.

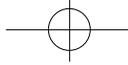
<sup>78</sup> *Sous-ministre du Revenu du Québec c. Sioui*, [1995] R.J.Q. 2105 (C.S.).

<sup>79</sup> Denys DELÂGE, « Les Hurons de Lorette dans leur contexte historique en 1760 », dans D. VAUGEOIS (dir.), *op. cit.*, note 77, p. 96.

<sup>80</sup> Alain BEAULIEU, « Les Hurons de Lorette, le "traité de Murray" et la liberté de commerce », dans D. VAUGEOIS (dir.), *op. cit.*, note 77, p. 255.

<sup>81</sup> *Sous-ministre du Revenu du Québec c. Sioui*, précité, note 78, 2119.





coutume dispensant les Hurons de la percevoir<sup>82</sup>. La même année, la Cour suprême refuse l'autorisation de se pourvoir<sup>83</sup>.

Les motifs de l'arrêt esquivent donc une question délicate et passionnante : dans quelle mesure l'indépendance dont jouissaient les Hurons au plan politique et militaire avait-elle pour corollaire une autonomie collective face au système juridique de la Nouvelle-France? En s'appuyant sur leur rôle diplomatique, le professeur Delâge conclut à une très grande autonomie. En s'appuyant sur les quelques textes où les autorités imposent une décision aux autochtones, le professeur Beaulieu conclut que cette autonomie n'était pas reconnue formellement. Pourtant, les titres de propriété confiaient la gestion du village huron aux anciens et au prêtre résidant parmi eux, ce qui témoigne du statut juridique particulier de cette communauté<sup>84</sup>. En 1760, les Hurons qui négocient avec Murray savent-ils que cette autonomie pourra leur être retirée? On peut en douter, même si l'opinion des Britanniques sur la question est assez claire<sup>85</sup>. En revanche, il est probable que le statut particulier dont ils jouissent est limité aux membres de leur communauté et ne s'étend pas aux relations avec les autres habitants de la colonie, à l'exception de la liberté de commercer avec les garnisons anglaises, qui est expressément reconnue par le sauf-conduit de 1760. En somme, dans l'esprit des juges, les coutumes visées par le traité de Murray incluent des activités semblables à celles qui étaient exercées par les Hurons en 1760. Cette discussion montre bien que les tribunaux sont appelés à trancher des questions qui ne se posaient pas au XVIII<sup>e</sup> siècle. Ainsi, pour reprendre les faits de la première affaire *Sioui*<sup>86</sup>, en 1760, chacun était libre de couper des arbres, de faire des feux et de camper en forêt.

### c. L'arrêt *Mitchell*

De façon analogue, il est quelque peu étonnant de parler d'un « droit ancestral [...] de passer et de repasser librement l'actuelle frontière Canada-États-Unis », qui n'existait évidemment pas avant l'arrivée des Européens. Il conviendrait plutôt de discuter d'un droit de circuler librement sur un territoire ancestral, ou encore de faire des échanges à un niveau non commercial avec des nations voisines

---

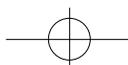
<sup>82</sup> *Sioui c. Sous-ministre du Revenu du Québec*, [1997] R.J.Q. 16, 29 (C.A.).

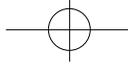
<sup>83</sup> [1997] 3 R.C.S. xiv.

<sup>84</sup> Voir : M. MORIN, *op. cit.*, note 9, p. 242-245.

<sup>85</sup> Voir : D. VAUGEOIS, *op. cit.*, note 4, p. 164, 224-229.

<sup>86</sup> Précitée, note 58.





sans payer de douanes; la Cour d'appel fédérale a reconnu récemment l'existence de ce droit aux Mohawks d'Akwesasne<sup>87</sup>.

Il existe toutefois des traités portant sur cette question. Ils ont été conclus entre la Grande-Bretagne et les États-Unis. Il s'agit du traité de Jay de 1794 et du traité de Gand de 1814. Le premier autorise les autochtones à franchir librement la frontière sans payer de droits de douane sur les effets personnels qu'ils transportent, à l'exclusion des marchandises inhabituelles parmi eux. Le second redonne vie au premier. Toutefois, les lois du XIX<sup>e</sup> siècle mettant en œuvre ces traités n'ont pas été reconduites. Les tribunaux en ont conclu que les droits découlant de ces traités avaient été éteints<sup>88</sup>.

Un aspect de ce raisonnement est particulièrement troublant. Les juges refusent d'admettre que les peuples autochtones aient pu être des tierces parties jouissant de droits qui leur auraient été conférés par un traité conclu entre deux États souverains. Ils s'appuient pour ce faire sur le droit international actuel, qui accorde des droits uniquement aux États ou aux organisations internationales<sup>89</sup>. Or, la situation est différente au XVIII<sup>e</sup> siècle et au début du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>90</sup>. À preuve cette lettre de 1814 signée par les représentants de la Grande-Bretagne chargés de négocier le traité de Gand. Ceux-ci exigent que le traité mette fin aux hostilités contre leurs alliés autochtones, dans des termes qui ne souffrent aucune équivoque :

*The British Plenipotentiaries have yet to learn that it is contrary to the acknowledged principles of Public Law to include Allies in a Negotiation for Peace, or that it is contrary to the practice of all civilized Nations to propose that a provision should be made for their future security.*<sup>91</sup>

Après avoir cité cet extrait, le juge conclut que la Couronne britannique considérait à cette époque les autochtones comme ses sujets et non pas comme des nations indépendantes<sup>92</sup>. En affirmant

<sup>87</sup> *Mitchell c. M.R.N.*, précité, note 3, par. 1.

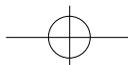
<sup>88</sup> Voir : M. MORIN, *op. cit.*, note 9, p. 156-159; *Francis c. The Queen*, [1956] R.C.S. 618; *R. c. Vincent*, (1993) 12 O.R. (3d) 397 (C.A.), autorisation de se pourvoir refusée, [1993] 3 R.C.S. ix; *Mitchell c. M.R.N.*, [1997] 4 C.N.L.R. 103, 157-188 (C.F.), conf. par *Mitchell c. M.N.R.*, précité, note 3, par. 7 (j. Létourneau) et 43 (j. Sexton).

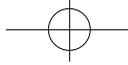
<sup>89</sup> *Mitchell c. M.R.N.*, précité, note 88, 182-184.

<sup>90</sup> Voir : M. MORIN, *op. cit.*, note 8, c. 2, 4 et 7.

<sup>91</sup> W.R. MANNING (dir.), *Diplomatic Correspondance of the United States, Canadian relations, 1784-1860*, Carnegie Endowment for International Peace, 1940, p. 641-646, cité dans *Mitchell c. M.N.R.*, précité, note 88, 174.

<sup>92</sup> *Mitchell c. M.N.R.*, précité, note 88, 183.





que l'emploi des termes « le roi votre père » ou « mes enfants » équivaut à affirmer que les autochtones sont des sujets du roi, le juge privilégie la perspective britannique et commet à notre avis un anachronisme<sup>93</sup>. Par ailleurs, à première vue, l'expression les « droits [...] issus de traités » garantis par l'article 35 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* semblait assez large pour inclure toutes les formes de traités, y compris ceux auxquels un peuple autochtone n'a pas été partie; la Cour d'appel fédérale et celle de l'Ontario ont toutefois rejeté cet argument<sup>94</sup>.

L'interprétation de certaines conférences entre les Britanniques et les autochtones pose également problème. En effet, les représentants de la Couronne déclarent que les traités de Jay et de Gand vont permettre à tous les autochtones de circuler librement de chaque côté de la frontière sans payer de taxes sur leurs effets personnels. Dans un cas, un traité de paix est conclu au même moment entre des autochtones vivant de chaque côté de la frontière, à l'instigation des autorités britanniques. Pour ces dernières, la cessation des hostilités et la reprise du commerce constituait certes un avantage substantiel. En affirmant qu'il y aurait à nouveau liberté de circulation, la Couronne pouvait fort bien prendre des engagements envers tous ceux qui étaient présents ou représentés. Quoi qu'il en soit, si l'on néglige la nature des relations politiques et militaires établies entre les Britanniques et les nations autochtones, on risque de dénaturer une entente destinée à lier toutes les parties présentes<sup>95</sup>.

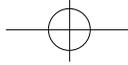
#### **d. L'arrêt Marshall**

En 1993, M. Donald Marshall est accusé d'avoir pêché l'anguille sans permis, d'avoir utilisé un filet prohibé pendant la période de fermeture et d'avoir vendu du poisson illégalement. Il invoque alors un traité conclu le 10 mars 1760 entre le gouverneur Charles Lawrence et des représentants des Mi'kmaq. Ces derniers s'engagent à trafiquer, à troquer ou à échanger des marchandises uniquement avec les gérants des maisons de troc qui seront établies à cette fin

<sup>93</sup> *Id.*

<sup>94</sup> *R. c. Vincent*, précité, note 88; *Mitchell c. M.R.N.*, précité, note 88, 157-188.

<sup>95</sup> Voir : *Mitchell c. M.R.N.*, précité, note 88, 184-186. Il convient toutefois de préciser que, pour le juge McKeown, la Couronne britannique n'avait pas l'intention de conclure un traité avec les Mohawks d'Akwesasne, qui n'étaient pas présents. Toute la question consiste alors à savoir s'ils étaient représentés par d'autres Haudenosaunees.



par le gouverneur<sup>96</sup>. Toutefois, en juillet 1761, la loi néo-écossaise qui pourvoit à la création de ces établissements est désavouée par le roi à Londres, car elle restreint la liberté de commerce des marchands britanniques<sup>97</sup>. La Cour provinciale et la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse en déduisent que le droit de commercer prévu par le traité a été éteint. La Cour suprême est d'un autre avis. Elle s'appuie sur un constat fait par le premier juge : les Mi'kmaq ont scellé la paix aux mêmes conditions que les Maliseet et les Passamaquodys. Ceux-ci ont conclu une entente avec la Couronne le 11 février 1760. Le compte rendu de ces négociations révèle que les autochtones ont demandé l'établissement d'une maison de troc près des endroits où ils vivaient afin de pouvoir s'y procurer les nécessités de la vie (les « biens nécessaires » dans la traduction de la Cour suprême) en échange de leurs fourrures<sup>98</sup>. Le gouverneur a accepté cette demande, en exigeant toutefois que les Mi'kmaq s'engagent à ne pas faire de troc avec d'autres personnes.

Le juge Binnie, qui rédige l'opinion majoritaire, conclut que le traité garantit aux Mi'kmaq le droit d'avoir accès aux ressources de la faune et d'en faire le commerce afin de se procurer les nécessités de la vie<sup>99</sup>. Dans cette perspective, les maisons de troc constituent un simple « mécanisme » destiné à « faciliter l'exercice » de ce droit; leur disparition ne peut avoir eu pour effet de l'éteindre<sup>100</sup>. Le juge Binnie ajoute que, de nos jours, le droit de se procurer les nécessités de la vie consiste à bénéficier d'une « subsistance convenable », c'est-à-dire se nourrir, se loger, se vêtir et s'offrir quelques commodités sans toutefois accumuler de richesses. L'opinion dissidente, rédigée par la juge McLachlin, estime que la clause du traité est devenue sans objet après la disparition des maisons de troc<sup>101</sup>. Il aurait sans doute été plus satisfaisant de conclure que le droit ancestral de

<sup>96</sup> *R. c. Marshall*, précité, note 53, 456, par. 5; selon le juge de première instance, le traité du 10 mars était représentatif des traités conclus avec les différentes bandes mi'kmaq : Leonard I. ROTMAN, « "My Hovercraft is Full of Eels" : Smoking Out the Message in *R. v. Marshall* », (2000) 63 *Sask. L.R.* 617, 620.

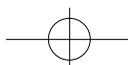
<sup>97</sup> *R. c. Marshall*, précité, note 53, par. 33. En 1764, le gouvernement néo-écossais a mis en place un système de délivrance de permis à des commerçants privés (*id.*, par. 34); en 1780, celui-ci est tombé en désuétude (*id.*, par. 6).

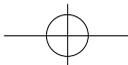
<sup>98</sup> *Id.*, par. 29.

<sup>99</sup> *Id.*, par. 32.

<sup>100</sup> *Id.*, par. 54. Sur toutes ces questions, voir la présentation détaillée de Leonard I. ROTMAN, « Marshalling Principles from the *Marshall* Morass », (2000) 23 *Dal. L.J.* 5; nous n'avons pu consulter l'ouvrage de Ken COATES, *The Marshall Decision and Native Rights*, Montréal-Kingston, McGill-Queen's University Press, 2000.

<sup>101</sup> *R. c. Marshall*, précité, note 53, par. 101-104.





commercer, exercé par les Mi'kmaq dès les premiers contacts avec les Européens, n'avait pas été éteint par le traité et survivait à la disparition des établissements de troc. Mais la Cour suprême pouvait difficilement aborder les choses de cette manière, car M. Marshall se fondait uniquement sur le traité de 1760, sans faire mention d'un quelconque droit ancestral<sup>102</sup>. En effet, dans la perspective mi'kmaq, le traité crée une relation avec la Couronne plutôt qu'une série de droits disparates. Quoiqu'il en soit, le juge Binnie reconnaît que les attentes des Mi'kmaq ont été suscitées par les propos du représentant de la Couronne et font partie du traité; à cet égard, le document signé le 10 mars 1760 est incomplet<sup>103</sup>.

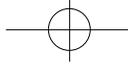
Fait à noter, le juge Binnie précise que le gouvernement a le pouvoir de fixer des limites de prises dont il est raisonnable de croire qu'elles permettront aux autochtones d'obtenir un revenu convenable. Un tel règlement « ne constituerait pas une atteinte » au droit issu du traité; il ne doit pas satisfaire aux critères de justification fixés dans les arrêts antérieurs de la Cour<sup>104</sup>. En revanche, aux termes du règlement pertinent, le ministre jouit d'une discrétion pleine et entière pour délivrer un permis aux autochtones; rien ne garantit que les Mi'kmaq pourront exercer le droit prévu par le traité. Une atteinte aussi importante n'est pas justifiable; c'est pourquoi le juge Binnie acquitte M. Marshall. Il cite au passage l'arrêt *Nikal*<sup>105</sup>, qui reconnaît au gouvernement le droit d'exiger que les autochtones se procurent

<sup>102</sup> Voir les commentaires du juge Binnie, *id.*, par. 2 et 4.

<sup>103</sup> *Id.*, par. 4, 19 et 40. Au XVIII<sup>e</sup> siècle, les britanniques n'avaient pas l'intention d'appliquer leur droit aux relations entre Mi'kmaqs; il suffisait que ceux-ci se comportent pacifiquement avec les colons, quitte à ce qu'ils soient jugés par les tribunaux en cas d'agression contre ces derniers : voir James [Saké] Youngblood HENDERSON, « Constitutional Powers and Treaty Rights », (2000) 63 *Sask. L.R.* 719. Cet auteur ajoute qu'aux termes de lois britanniques du XIX<sup>e</sup> siècle conférant certains pouvoirs particuliers à la Couronne à l'extérieur de ses possessions ou territoires, les traités conclus avec les peuples autochtones du Canada bénéficiaient d'un statut constitutionnel (*id.*, 728, 729 et 736-738). Il nous est toutefois impossible d'admettre que le Canada ne faisait pas partie de ces territoires ou de ces possessions.

<sup>104</sup> *R. c. Marshall*, précité, note 53, par. 61; les italiques apparaissent dans le jugement. Un auteur a accusé la Cour d'avoir introduit cette exception dans les motifs de rejet de la requête en nouvelle audition (*R. c. Marshall*, précité, note 21) : J.Y. HENDERSON, *loc. cit.*, note 103, 743; voir également : Nathalie DESROSIERS, « Du dialogue au monologue : Un commentaire sur l'arrêt *R. c. Marshall* », (2000) 23 *Dal. L.J.* 149, 166.

<sup>105</sup> *R. c. Nikal*, précité, note 21, cité dans *R. c. Marshall*, précité, note 53, par. 64.



un permis avant d'exercer un droit ancestral de pêche<sup>106</sup>. C'est donc uniquement la discrétion illimitée accordée au ministre qui pose problème. Par ailleurs, le juge Binnie affirme que le législateur ne peut limiter les périodes durant lesquelles les autochtones peuvent exercer un droit de chasse ou de pêche conféré par un traité<sup>107</sup>, ce qui semble exclure les mesures destinées à assurer la conservation de la faune. Au paragraphe suivant, il conclut qu'« en l'absence de justification des prohibitions réglementaires, l'appelant a droit à l'acquiescement »<sup>108</sup>; cela pourrait laisser entendre qu'il est tout de même possible de justifier des règles limitant la durée de la période de pêche.

Le moins que l'on puisse dire, c'est que ces indications sont passées inaperçues après que l'arrêt a été rendu. Certaines déclarations incendiaires ont accrédité l'idée que le droit prévu par le traité de 1760 n'était assujéti à aucune restriction. La Cour a même été saisie d'une requête en nouvelle audition et en sursis d'exécution. Elle a profité de cette occasion pour rappeler que la poursuite n'avait pas tenté de démontrer que le règlement contesté par M. Marshall était justifié. Elle fait également état des passages de l'opinion majoritaire résumés ci-dessus, ainsi que de sa jurisprudence antérieure concernant la justification de la réglementation en matière de chasse et de pêche<sup>109</sup>. Elle se permet en outre de préciser le contenu du droit découlant du traité de 1760 : celui-ci doit s'exercer sur les « territoires de chasse et de pêche traditionnels » d'une communauté<sup>110</sup>. Or, cette condition n'apparaît nulle part dans les motifs déposés initialement. De même, la Cour affirme que le

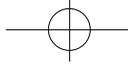
<sup>106</sup> La Cour suprême utilise les mêmes critères pour décider si l'atteinte à un droit issu d'un traité et l'atteinte à un droit ancestral sont justifiées : *R. c. Badger*, précité, note 19, par. 74-82.

<sup>107</sup> *R. c. Marshall*, précité, note 53, par. 65.

<sup>108</sup> *Id.*, par. 66.

<sup>109</sup> *R. c. Marshall*, précité, note 21, par. 6, 14, 21, 24-29, 32-37, 41 et 42. Sur la réaction des médias, voir : Thomas ISAAC, « The Courts, Government, and Public Policy: The Significance of *R. v. Marshall* », (2000) 63 *Sask. L.R.* 701; L.I. ROTMAN, *loc. cit.*, note 96.

<sup>110</sup> *Id.*, par. 17. Il semble que Donald Marshall lui-même ne pêchait pas dans un territoire traditionnel de sa communauté : Phillip SAUNDERS, « Getting Their Feet Wet: The Supreme Court and the Practical Implementation of Treaty Rights in the *Marshall Case* », (2000) 23 *Dal. L.J.* 48, 74 (cet article relève minutieusement les différences entre les motifs déposés en septembre et ceux qui ont été déposés en novembre 1999). Par ailleurs, en précisant que « les droits issus d'un traité sont exercés sous l'autorité de la communauté » à laquelle un individu appartient, la Cour ajoute un élément qui n'apparaissait pas dans ses motifs initiaux (*id.*, 68-71; Pamela D. PALMATER, « An Empty Shell of A Promise:



terme « cueillette » [...] a été utilisé à l'égard des ressources qui étaient traditionnellement « cueillies » dans le cadre d'une économie autochtone et qui étaient donc raisonnablement envisagées par les parties aux traités de 1760 et 1761 »; la possibilité d'exploiter les ressources ligneuses, minières ou gazières n'a donc pas été prise en considération et devrait, le cas échéant, faire l'objet d'un nouveau litige<sup>111</sup>.

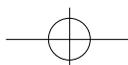
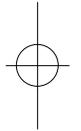
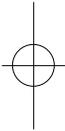
La Cour prend également note d'une affirmation d'un expert déposée au dossier : le nombre de casiers à homards utilisés par les autochtones depuis l'arrêt *Marshall* est « infime » comparativement aux 1 885 000 casiers appartenant à des non-autochtones<sup>112</sup>. Or, c'est cette activité qui a suscité une flambée de violence. En réponse à l'un des arguments présentés par la West Nova Fishermen's Coalition, la Cour n'hésite pas à écrire ce qui suit : cela « revient à

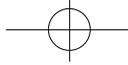
---

*R. v. Marshall and the Rights of Non-Status Indians* », (2000) 23 *Dal. L.J.* 102; *R. c. Marshall*, précité, note 21, par. 17).

<sup>111</sup> *R. c. Marshall*, précité, note 53, par. 19 et 38. Au Nouveau-Brunswick, le droit d'abattre et de vendre des érables piqués a également fait l'objet d'une controverse. Un juge de la Cour du Banc de la Reine a effectué des recherches personnelles et examiné des documents qui n'avaient pas été mis en preuve en Cour provinciale. À son avis, en signant des traités de paix avec la Couronne britannique, les Mik'maq ont simplement consenti à ce que la Couronne concède des terres aux colons, sans renoncer pour autant à leur titre sur le territoire. Ils conservent donc le droit d'exploiter les ressources de la forêt. Par conséquent, les terres de la Couronne leur sont réservées de façon non exclusive, le gouvernement conservant son pouvoir de gestion des ressources : *R. c. Paul*, (1998) 153 D.L.R. (4th) 131 (B.R. N.-B.), par. 71. La Cour d'appel a cassé ce jugement en raison du fait que les parties n'avaient pas présenté de preuve à caractère historique : *R. c. Paul*, (1997) 157 D.L.R. (4th) 231 (C.A. N.-B.), autorisation de se pourvoir refusée, [1998] 3 R.C.S. vii. L'existence d'un droit ancestral ou issu de traité n'a donc pas été établie; voir également : Stephen E. PATTERSON, « Anatomy of a Treaty: Nova Scotia's First Native Treaty in Historical Context », (1999) 48 *R.D. U.N.-B.* 41. Plus récemment, la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick a conclu que les activités de cueillette protégées par le traité de 1760 n'incluaient pas l'abattage d'arbres. En outre, l'accusé n'a pas réussi à prouver qu'au moment où il y a eu assertion de la souveraineté, les Mik'maq chassaient dans les environs du lieu où il a abattu des arbres; sa communauté ne détient donc pas de titre ancestral à cet endroit (par opposition à d'autres régions qu'elle fréquentait à cette époque). Enfin, le tribunal déclare que les Mik'maq n'avaient ni la capacité ni l'intention de conserver le contrôle exclusif des territoires où ils chassaient, car ils ne s'opposaient pas à leur exploitation par d'autres personnes, autochtones ou non : *R. c. Bernard*, précité, note 38, par. 82-87 et 97-110. À notre avis, la simple tolérance n'est toutefois pas suffisante pour entraîner l'extinction d'un droit.

<sup>112</sup> *R. c. Marshall*, précité, note 21, par. 42.





dire que les droits ancestraux ou issus de traités ne devraient être reconnus que dans les cas où cette reconnaissance ne cause aucun dérangement ou inconvénient aux non-autochtones », ce qui est évidemment inacceptable<sup>113</sup>.

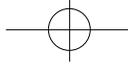
L'arrêt *Marshall* illustre parfaitement la tension dialectique créée par l'interprétation des relations établies au XVIII<sup>e</sup> siècle et la mise en oeuvre contemporaine des droits qui en découlent. Ainsi, la Cour n'hésite pas à substituer à la terminologie de l'époque des concepts actuels : les « nécessités de la vie » deviennent « une subsistance convenable ». Le juge Binnie réplique d'ailleurs à certaines critiques adressées aux tribunaux par des historiens<sup>114</sup>. Ceux-ci prêteraient davantage attention au contexte et aux lacunes des sources et seraient constamment appelés à réévaluer leurs conclusions. Pour leur part, les juges retiennent l'une des interprétations possibles, ce qui lui confère par le fait même un caractère définitif. Le juge Binnie se contente de rappeler que les parties ne sauraient attendre l'émergence d'un consensus stable parmi les chercheurs; « [l]e processus judiciaire doit faire de son mieux », conclut-il<sup>115</sup>.

Peut-être y a-t-il ici une différence fondamentale : les disciples de Clio cherchent à comprendre les mentalités, les valeurs et les conditions de vie du passé dans le but, avoué ou non, de faire écho aux préoccupations actuelles. Les émules de Thémis tentent plutôt de retrouver des conclusions qui leur permettent de dégager la solution d'un litige. Ce faisant, ils attribuent assez souvent aux concepts anciens une portée que ceux-ci ne pouvaient avoir initialement. Ils posent ainsi au passé des questions actuelles qui ne se sont jamais soulevées à l'époque : ainsi, après la disparition des maisons de troc, aucune règle n'interdisait aux Mi'kmaq de pêcher et d'échanger le produit de leur pêche; au contraire, les Britanniques souhaitaient qu'ils puissent continuer ces activités. Par ailleurs, il est probable que

<sup>113</sup> *Id.*, par. 45.

<sup>114</sup> Au paragraphe 36, le juge Binnie cite les articles suivants : D.J. BOURGEOIS, « The Role of the Historian in the Litigation Process », (1986) 67 *C.H.R.* 195; G.M. DICKINSON et R.D. GILNEY, « History and Advocacy: Some Reflections on the Historian's Role in Litigation », (1987) 68 *C.H.R.* 576; R. FISHER, « Judging History: Reflections on the Reasons for Judgment in *Delgamuukw v. B.C.* » (1992) 95 *B.C. Studies* 43; A.J. RAY, « Creating the Image of the Savage in Defense of the Crown: The Ethnohistorian in Court », (1990) 6 *Native Studies* 25; voir également : Robert NORMEY, « Angling for "Common Intention": Treaty Interpretation in *R. v. Marshall* », (2000) 63 *Sask. L.R.* 645; Ken COATES, « Review Essay: Writing First Nations into Canadian History: A review of Recent Scholarly Works », (2000) 81 *C.H.R.* 99, 109-112.

<sup>115</sup> *R. c. Marshall*, précité, note 53, par. 37.



certain administrateurs coloniaux n'auraient pas hésité à édicter des règles qui contrevenaient aux traités conclus avec les peuples autochtones. Mais les droits qui en sont issus sont maintenant protégés par la Constitution; les termes de la relation établie au XVIII<sup>e</sup> siècle doivent donc prévaloir sur une réglementation qui leur porte atteinte de manière injustifiée. Or, cette approche ne retient qu'une partie du contexte antérieur<sup>116</sup>. Voilà peut-être l'origine du malaise éprouvé par certains historiens : les perceptions de l'époque ne sont pas toutes prises en compte. Par le fait même, une autre Histoire est mise de côté, celle qui postulait l'infériorité des autochtones et le caractère inévitable de leur assimilation. Ces commentaires s'appliquent également à une autre question controversée qu'il nous faut maintenant aborder : la définition des droits territoriaux reconnus aux autochtones par les documents coloniaux.

## B. Les droits sur le territoire

### 1. Les textes coloniaux

La théorie traditionnelle concernant les droits des autochtones sur le territoire de l'État est simple : en attribuant à des compagnies la pleine propriété de la Nouvelle-France et en autorisant leurs représentants à concéder des seigneuries, le roi de France a éteint les droits des autochtones sur leurs terres ancestrales, même là où aucune concession n'a été faite. En témoignerait l'absence de traités prévoyant une cession des territoires autochtones. Cette vision des choses est toutefois difficilement conciliable avec celle qui a cours au XVII<sup>e</sup> et au XVIII<sup>e</sup> siècles<sup>117</sup>. En supposant qu'elle soit juste, il demeure que les autochtones ont continué à chasser et à pêcher librement. Ainsi, en 1982, le droit de pratiquer ces activités n'avait pas été éteint, même s'il était certainement réglementé<sup>118</sup>.

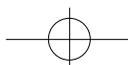
L'avènement du Régime britannique a toutefois modifié la situation. Le traité conclu en 1760 à Caughnawaga avec les sept

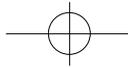
---

<sup>116</sup> Telle nous semble être l'hypothèse fondamentale de N.-M. DAWSON et É. TREMBLAY, *loc. cit.*, note 43; voir également : P.G. McHUGH, « The Common-Law Status of Colonies and Aboriginal "Rights": How Lawyers and Historians Treat the Past », (1998) 61 *Sask. L.Rev.* 393.

<sup>117</sup> Voir : Sylvio NORMAND, « Les droits des Amérindiens sur le territoire sous le Régime français », dans A. LAJOIE, J.-M. BRISSON, S. NORMAND et A. BISSONNETTE, *op. cit.*, note 57, p. 107.

<sup>118</sup> *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, par. 51-53.





nations des villages de Nouvelle-France protège leur territoire de chasse et de pêche, ainsi que l'emplacement de leur village<sup>119</sup>. La *Proclamation royale* de 1763 reconnaît expressément l'existence de tels territoires. Son application à l'intérieur du territoire restreint attribué au Québec, en 1763, fait cependant l'objet d'une controverse qui n'a pas encore été tranchée par les tribunaux<sup>120</sup>. En effet, le libellé du texte permet de soutenir que le gouvernement du Québec est libre de concéder des terres situées sur les territoires de chasse autochtones, bien que la conclusion opposée soit nettement plus conforme à l'esprit du document. Enfin, il est possible de soutenir qu'à la suite de la Conquête, les autochtones du Québec détiennent un titre ancestral<sup>121</sup>.

La controverse entourant la *Proclamation royale* porte notamment sur le Domaine du roi, situé sur la Côte-Nord et créé à l'époque de la Nouvelle-France. À cet endroit, le commerce des fourrures fait l'objet d'un monopole contrôlé par les autorités coloniales. Ce système survit à la Conquête de 1760. De nouveaux concessionnaires obtiennent le droit exclusif de faire la traite des fourrures. Leurs concurrents souhaitent toutefois établir un poste à l'intérieur de ce territoire. Ils s'appuient sur les dispositions de la Proclamation qui autorisent toute personne qui le désire à se procurer un permis pour commercer avec les autochtones. Le conseil exécutif du Québec rejette cette demande et le Conseil Privé confirme cette décision. En effet, le Domaine du roi appartient, depuis la conquête, au souverain britannique qui n'est pas lié par la Proclamation : le professeur Dawson a démontré cela dans une étude exhaustive et très bien documentée<sup>122</sup>. Il faut toutefois se garder de conclure que ce monopole du roi est incompatible avec les droits territoriaux des peuples autochtones. En effet, il peut fort bien s'appliquer à un territoire de chasse réservé aux autochtones<sup>123</sup>, car l'idée de propriété exclusive est étrangère aux esprits du XVIII<sup>e</sup> siècle. En revanche, au XX<sup>e</sup> siècle, elle domine les débats judiciaires.

---

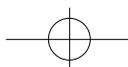
<sup>119</sup> *Côté c. La Reine*, précité, note 74, 1369 et 1370 (C.A.), conf. en partie, sans discuter ce point, dans [1996] 3 R.C.S. 139, par. 88; A. ÉMOND, *loc. cit.*, note 54, 73-77.

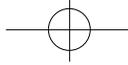
<sup>120</sup> Voir : M. MORIN, *op. cit.*, note 9, p. 133-161.

<sup>121</sup> A. ÉMOND, *loc. cit.*, note 54, 73-77; R. c. *Côté*, précité, note 118, par. 49.

<sup>122</sup> Voir : N.-M. DAWSON, *op. cit.*, note 4.

<sup>123</sup> Voir : Davis SCHULTZE, « L'application de la Proclamation royale de 1763 dans les frontières originales de la province de Québec : la décision du Conseil privé dans l'affaire Allsopp », (1997) 31 *R.J.T.* 511.





## 2. L'obsession de l'exclusivité

La jurisprudence de la Cour suprême du Canada distingue les droits ancestraux, qui découlent d'activités exercées avant le contact avec les Européens, et le titre ancestral, fondé sur le contrôle exclusif du territoire au moment où la Couronne proclame sa souveraineté<sup>124</sup>. Au Québec, la Cour s'est contentée de reconnaître des droits ancestraux et a refusé de se prononcer sur l'existence d'un tel titre ou sur la portée de la *Proclamation royale*. En effet, dans les arrêts *Adams*<sup>125</sup> et *Côté*<sup>126</sup>, les accusés pêchaient sans permis. La Cour a estimé qu'il n'était pas nécessaire de déterminer si leurs ancêtres avaient le contrôle exclusif du territoire pour trancher le pourvoi. Ce faisant, elle évite de choisir entre les dépositions contradictoires des experts. Ceux-ci avaient bien du mal à déterminer qui contrôlait le Saint-Laurent dans la première moitié du XVII<sup>e</sup> siècle, mais il est évident que les Mohawks y pêchaient régulièrement<sup>127</sup>. Pour leur part, les Algonquins pêchaient certainement dans la région du Lac Désert même si, aux yeux de certains juges, ils ne contrôlaient pas de façon exclusive le territoire<sup>128</sup>. À ce sujet, signalons un épisode peu glorieux de l'argumentation : dans une de ces deux causes, le Procureur général conteste la qualité d'expert d'un spécialiste dont il a retenu les services dans l'autre<sup>129</sup>!

Dans l'ensemble, les multiples controverses portant sur les conséquences de la colonisation du territoire québécois sont intimement liées à la façon dont les juristes et les historiens ou les historiennes perçoivent les peuples autochtones et leur occupation

---

<sup>124</sup> *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 14.

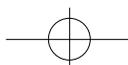
<sup>125</sup> Précité, note 14.

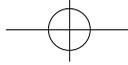
<sup>126</sup> Précité, note 118.

<sup>127</sup> *R. c. Adams*, précité, note 22, par. 39-46.

<sup>128</sup> *R. c. Côté*, précité, note 118, par. 59-65. Il convient de souligner que l'exercice d'une coutume, d'une pratique ou d'une tradition peut constituer le fondement d'un droit ancestral même si une interruption s'est produite, notamment si les autochtones ont dû quitter temporairement leur territoire traditionnel (*id.*, par. 64); *R. c. Van der Peet*, précité, note 23, par. 65; dans le cas du titre ancestral, voir : *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 14, par. 153. En reprochant aux tribunaux de rejeter d'entrée de jeu les revendications des peuples autochtones qui ont migré, le professeur Alain Beaulieu ne tient pas compte des arrêts rendus par la Cour suprême depuis 1996 (A. BEAULIEU, *loc. cit.*, note 66, 543, 545 et 551), même s'il demeure possible que l'interruption prolongée de leur présence sur un territoire donné fasse éventuellement échec à la reconnaissance d'un droit ou d'un titre ancestral.

<sup>129</sup> *Id.*, par. 66.





du territoire. En outre, l'interprétation des textes juridiques et des pratiques coloniales est inévitablement influencée par l'opinion que l'on se fait de la légitimité des revendications autochtones. Il n'existe donc pas forcément une réponse correcte à ces questions, encore moins une solution qui soit à l'abri de toute critique! En ce domaine, les remises en cause sont monnaie courante. Pour prendre un dernier exemple, dans les colonies britanniques, il faut attendre le XIX<sup>e</sup> siècle pour que l'expression « colonie de peuplement » serve à justifier la non-reconnaissance des systèmes juridiques et des droits territoriaux des droits des peuples autochtones. Au XVII<sup>e</sup> siècle, les territoires où ces derniers habitent ont plutôt été qualifiés de colonies conquises, ce qui confirme implicitement l'indépendance dont ils jouissent face aux Britanniques<sup>130</sup>.

\*

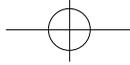
\* \*

De nos jours, la réinterprétation et même la création pure et simple de normes constitutionnelles prétendument fondées sur l'histoire étonnent à peine les juristes<sup>131</sup>. Néanmoins, remonter le cours du temps pour y trouver une réponse aux problèmes de notre époque n'est pas sans risque. C'est pourtant ce que la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>132</sup> nous oblige à faire, afin de reconstituer les activités passées des peuples autochtones et d'attribuer une signification aux ententes négociées avec eux. Cet exercice s'effectue dans un contexte particulier, celui d'un litige soumis aux tribunaux canadiens. Ceux-ci sélectionnent les éléments dont ils veulent bien tenir compte, au risque d'occulter la richesse et le dynamisme des ordres juridiques autochtones; ils se montrent toutefois plus enclins à utiliser les traditions autochtones afin d'établir des faits. En définitive, ils tranchent des litiges qui n'auraient pu survenir à l'époque coloniale. En effet, les différends entre un peuple autochtone et la Couronne faisaient l'objet de négociations et n'étaient pas soumis aux tribunaux. Antérieurement à 1850, les communautés autochtones s'administraient elles-mêmes sans le support d'un texte constitutionnel, en vertu de leur statut de peuple; elles n'étaient pas

<sup>130</sup> P.C. McHUGH, *loc. cit.*, note 115; M. MORIN, *op. cit.*, note 9, p. 105-127.

<sup>131</sup> Voir toutefois : Jean LECLAIR et Yves-Marie MORISSETTE, « L'indépendance judiciaire et la Cour suprême : reconstruction historique douteuse et théorie constitutionnelle de complaisance », (1998) 36 *Osgoode Hall L.J.* 485.

<sup>132</sup> Précité, note 1.



soumises aux lois sur la chasse et la pêche. Le système judiciaire doit donc composer avec des matériaux issus d'une époque où les colonies n'avaient nul besoin de s'immiscer dans la vie quotidienne des autochtones ou de s'appropriier intégralement leurs vastes territoires. Il est bien évident que cette époque est révolue, même si elle peut demeurer une source d'inspiration pour nous.

