

La Cour suprême du Canada et la cause autochtone : l'histoire au banc des accusés

René Morin*

Résumé	375
Introduction	377
Première partie : de « L'Esprit des Lois » à l'esprit de la preuve dans les causes autochtones	378
Deuxième partie : de quelques jugements de la Cour suprême qui ont fait ou refait l'histoire.	382
1. Les nouvelles frontières des revendications territoriales autochtones	383
2. La reconstruction juridique d'une relation historique	389
3. La restructuration juridique du modèle autochtone	393
Conclusion	397

* Avocat spécialisé en droit autochtone au ministère de la Justice du Québec jusqu'en mai 2007.

RÉSUMÉ

Nouvelles frontières, reconstruction et restructuration, tels sont les mots clés qui caractérisent le développement du droit autochtone depuis le début des années 1970. La Cour suprême a été indiscutablement à l'avant-garde dans le développement spectaculaire de ce droit qui est à la fois ancien et nouveau : ancien parce qu'il ravive la relation historique entre la Couronne et les Autochtones en redonnant un sens aux droits ancestraux, au titre aborigène et aux traités conclus avec les Autochtones. Et nouveau car la judiciarisation de l'histoire a entraîné une réévaluation des faits passés à travers le prisme des principes mis de l'avant par la Cour, tels la relation de fiduciaire et l'honneur de la Couronne qui sont étrangers à la pensée des historiens.

Introduction

Sous l'impulsion de la Cour suprême du Canada, le droit des peuples autochtones du Canada évolue aujourd'hui dans un univers juridique profondément transformé. À partir des années 1970, la Cour suprême redonne vie aux concepts de droits ancestraux, de titre aborigène et de traités conclus avec les peuples autochtones. Auparavant, le droit des peuples autochtones se limitait essentiellement à l'application de la *Loi sur les Indiens*¹ et aux traités de cession de leurs droits territoriaux à l'ouest de la rivière Outaouais auxquels s'ajoutent, dans le cas des provinces des Prairies, les droits issus de la *Loi constitutionnelle de 1930*².

Deux facteurs ont surtout contribué au développement spectaculaire du droit autochtone. En premier lieu, la protection constitutionnelle conférée aux droits ancestraux et aux droits issus de traités des peuples autochtones depuis 1982³ a généré de nombreux litiges devant les tribunaux, ce qui a conduit la Cour suprême du Canada à préciser la source, la nature et la portée de leurs droits. En deuxième lieu, les multiples conférences constitutionnelles auxquelles ont été associés les Autochtones dans les années 1980 et 1990⁴ de même que les travaux de la Commission royale des peuples autochtones dans les années 1990⁵ ont suscité un nombre considérable de recherches et d'analyses sur les questions autochtones, notamment au plan juridique et historique.

La Cour suprême du Canada n'échappe pas à cette effervescence. Axé presque exclusivement sur une question de partage de compétences entre les autorités fédérales et provinciales jusqu'au

1. L.R.C. (1985), c. I-5.
2. L.R.C. (1985), App. 2, n° 26.
3. *Loi constitutionnelle de 1982*, 1982, c. 11 (R.-U.).
4. Conférences tenues entre 1982 et 1987 en vertu des articles 37 et 37.1 (maintenant abrogés) de la *Loi constitutionnelle de 1982* modifiée en 1984 aux termes de la Proclamation de 1983 modifiant la Constitution (TR/84-102). D'autres conférences se sont tenues entre 1990 et 1992 dans le contexte de l'accord de Charlottetown.
5. Cette Commission créée en 1991 remet son rapport en 1996. Elle est coprésidée par M. le juge René Dussault de la Cour d'appel du Québec et par M. Georges Erasmus, ancien chef national de l'Assemblée des Premières Nations.

début des années 1960, le droit autochtone se transforme du tout au tout en s'aventurant dans le domaine inexploré des droits ancestraux, du titre aborigène et des traités conclus avec les Autochtones. D'une décision à l'autre depuis la célèbre affaire *Calder* en 1973⁶, la Cour suprême développe une approche dont personne n'aurait pu soupçonner l'ampleur 35 ans plus tard. À travers un certain nombre de décisions, nous démontrerons que la Cour suprême a reconstruit le droit des peuples autochtones en l'inscrivant dans le contexte d'une relation historique unique qui avait été trop souvent oubliée ou ignorée.

Notre analyse tente de répondre à la question suivante : en interprétant les faits historiques à travers des principes mis de l'avant au cours des quelque trente dernières années, la Cour suprême ne réécrit-elle pas l'histoire de sorte que le droit autochtone actuel serait davantage sa création plutôt qu'une renaissance de droits anciens ? Bref, la judiciarisation récente de l'histoire entraîne-t-elle une réévaluation des faits passés ? La cause autochtone étudiée par la Cour suprême place donc l'histoire au banc des accusés.

Notre exposé comprend deux parties. La première fait un bref rappel de certaines règles de preuve développées par la Cour pour accommoder les Autochtones au soutien de leurs prétentions. La deuxième examine une quinzaine de décisions afin de voir s'il y a une distorsion entre le discours des historiens et celui de la Cour.

Première partie : de « L'Esprit des Lois » à l'esprit de la preuve dans les causes autochtones

Qui n'a pas entendu parler de « L'Esprit des Lois » publié en 1748, le célèbre ouvrage de Montesquieu⁷, l'un des grands penseurs du XVIII^e siècle aux côtés de Voltaire, Diderot et Rousseau⁸ ? L'œuvre de Montesquieu est une brillante synthèse des idéaux et des buts du « Siècle des Lumières ». Sa vision de la structure de la société est relativiste et déterministe. Déterministe, car l'esprit des lois est conditionné par les facteurs historiques spécifiques à chaque peuple. Relativiste, parce que les lois varient d'un peuple à l'autre de sorte qu'il n'y a pas de bonnes ou de mauvaises approches. Il écrit : « Les lois doivent être tellement propres au peuple pour lequel elles sont faites, que c'est un grand hasard si celles d'une nation peuvent convenir à

6. *Calder c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1973] R.C.S. 313.

7. Charles-Louis de Secondat, baron de la Brède et de Montesquieu (1689-1755).

8. Les idées de ces philosophes ont pavé la voie aux idéaux de la Révolution française.

une autre »⁹. Cette phrase sert de point de départ à notre analyse car nous croyons que le « relativisme » a trouvé une application concrète à la Cour suprême du Canada en droit autochtone depuis 1973.

La pensée philosophique de Montesquieu s'inspire largement de son long séjour en Angleterre. C'était pour lui le pays de la liberté, ce qui le conduisit du même coup à être très critique face à l'absolutisme royal en France. Un peu plus de deux siècles plus tard, c'est ce même relativisme anglo-saxon qui donna son élan au droit autochtone au Canada et non l'esprit cartésien si cher au génie français.

La Cour prend donc conscience qu'il faut aborder la question autochtone d'une manière particulière en prenant acte que les Autochtones forment, au moment du contact avec les Européens, des sociétés organisées occupant des territoires comme leurs ancêtres le font depuis des siècles. Cet énoncé de monsieur le juge Judson dans l'arrêt *Calder* en 1973¹⁰ sert de catalyseur au développement spectaculaire du droit autochtone. La redécouverte de la relation historique entre les Autochtones et la Couronne permet à la Cour suprême d'y greffer des droits qui leur sont spécifiques.

Nous croyons que le même esprit de « relativisme » gagne la Cour suprême dans la détermination des règles de preuve en droit autochtone. Au milieu des années 1980, la Cour adapte les règles de preuve pour permettre aux Autochtones d'établir leurs droits. Étant de culture orale, les Autochtones ne peuvent s'appuyer sur des écrits pour prouver leur point. Ainsi, un Autochtone ne peut se fonder sur un registre pour établir qu'il bénéficie d'un traité conclu en 1752¹¹. Il suffit que la bande indienne à laquelle il appartient puisse avoir un lien avec la nation autochtone signataire du traité¹². Par ailleurs, l'interprétation d'un traité ne peut s'appuyer sur son seul libellé s'il y a ambiguïté¹³. Des promesses non écrites peuvent également compléter les engagements des parties¹⁴. De plus, il faut rechercher l'intention commune des parties en ayant à l'esprit que les Autochtones ne sont pas familiarisés, à l'époque, avec les concepts juridiques des Européens¹⁵. La Cour module néanmoins cette approche en dis-

9. Voir livre IV, ch. 3. *L'Esprit des Lois* se compose de trente et un livres, subdivisés en quinze à vingt chapitres chacun.

10. *Supra*, note 6, p. 328.

11. *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387, 408.

12. *Ibid.*, p. 408.

13. *R. c. Horse*, [1988] 1 R.C.S. 187, 201 ; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, 1049.

14. *Benoit c. Canada*, [2003] C.A.F. 236 (demande de pourvoi rejetée par la Cour suprême le 29 avril 2004).

15. *Sioui*, précité, note 13, p. 1069.

tinguant les traités anciens des traités modernes puisqu'aujourd'hui les Autochtones sont assistés d'avocats chevronnés versés dans l'art de la négociation¹⁶. Voilà bien une double application d'un relativisme si cher à Montesquieu : tenir compte du fait que la société autochtone est de tradition orale, mais tenir compte aussi du fait que les Autochtones d'aujourd'hui sont dans une situation différente de ceux qui étaient en relation avec les colonisateurs.

L'adaptation la plus spectaculaire des règles de preuve pour permettre aux Autochtones de faire valoir leurs droits est sans contredit l'admissibilité de la tradition orale comme élément de preuve. C'est ainsi que le témoignage d'un membre d'une communauté autochtone, souvent qualifié de sage ou d'ainé, peut rappeler des faits propres à cette communauté quand bien même ils sont transmis par la tradition orale¹⁷.

La Cour suprême développe aussi des principes pour guider le juge dans l'appréciation de la preuve servant à établir l'existence des droits autochtones. Par exemple, le texte d'un traité et d'une loi se rapportant aux Autochtones reçoit une interprétation juste, large et libérale¹⁸ et la preuve de l'extinction d'un droit ancestral et d'un titre aborigène doit être claire et expresse¹⁹. Quant à un traité, il faut faire la preuve absolue de son extinction²⁰, ce qui revient au même.

Encore une fois, la Cour se met à la place des Autochtones en partant du principe qu'ils sont vulnérables devant le colonisateur et le développeur européen. De plus en plus nombreux, les Européens avaient envahi leurs terres traditionnelles et perturbé leur mode de vie d'où une certaine idée de corriger cette injustice. Même si cette approche apparaît paternaliste, elle reflète la situation particulière des Autochtones et du relativisme qu'il convient d'appliquer à leur égard en ne les mettant pas sur le même pied que les autres Canadiens.

16. *Sioui*, précité, note 13, p. 1036.

17. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, 1069 : « Malgré les problèmes que crée l'utilisation des récits oraux comme preuve de faits historiques, le droit de la preuve doit être adapté afin que ce type de preuve puisse être placé sur un pied d'égalité avec les différents types d'éléments de preuve familiers aux tribunaux, le plus souvent des documents historiques. »

18. *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, 36 : « Il me semble toutefois que les traités et les lois visant les Indiens doivent recevoir une interprétation libérale et que toute ambiguïté doit profiter aux Indiens. »

19. *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, 1099. Le principe a déjà été évoqué par le juge Hall dans l'arrêt *Calder*, précité, note 6, p. 404.

20. *Simon*, précité, note 11, p. 406.

L'idée de vulnérabilité des Autochtones conduit la Cour à développer une règle fondamentale dans l'analyse de la relation historique liant les Autochtones et la Couronne. La Cour situe celle-ci dans un contexte s'apparentant à la fiducie²¹. La Couronne a une « dette » vis-à-vis les Autochtones du fait que les colons et les développeurs se sont installés sur le sol canadien sans les conquérir et sans toujours leur demander la permission sauf dans le cadre des traités de cession. La relation entre la Couronne et les Autochtones ne s'appuie donc pas sur un principe d'égalité au sens strict du terme. Entre donc en jeu le concept de l'honneur de la Couronne. C'est pourquoi la Cour situe les droits des peuples autochtones dans un continuum historique où la relation dite de fiduciaire est omniprésente²².

Entendons-nous bien, l'adaptation des règles de preuve pour aider la partie autochtone à démontrer l'existence de ses droits n'évacue pas les principes de base. Par exemple, la détermination de ces droits se fait toujours par prépondérance de preuve²³. De même, il appartient au juge du procès de tirer des conclusions de fait au regard des éléments déposés devant lui pour en tirer ensuite des conclusions de droit²⁴.

Malgré tout, la Cour suprême pousse plus loin en matière autochtone la notion de connaissance judiciaire des faits historiques. C'est ainsi que la Cour ne se contente plus de prendre acte des faits de commune renommée et qui sont irréfutables, mais consulte également des documents historiques non mis en preuve pour se faire une opinion²⁵.

L'appréciation des faits passés à travers les nouveaux principes dégagés par la Cour suprême au cours des trente-cinq dernières années n'entraîne-t-elle pas une réécriture de l'histoire où les mythes peuvent finir par se confondre avec la réalité ? L'historien Marcel Trudel jette un regard sévère sur la transmission orale : « Les légendes naissent d'ordinaire de quelque fait réel, un peu hors de l'ordi-

21. *Sparrow*, précité, note 19, p. 1108 : « La nature *sui generis* du titre aborigène de même que les pouvoirs et la responsabilité historiques de Sa Majesté constituent la source de cette obligation de fiduciaire. »

22. *Sparrow*, précité, note 19, p. 1108 : « Les rapports entre le gouvernement et les autochtones sont de nature fiduciaire [...] et la reconnaissance et la confirmation contemporaines des droits ancestraux doivent être définies en fonction de ces rapports historiques. »

23. *Mitchell c. Canada (Ministre du Revenu national)*, [2001] 1 R.C.S. 911, 939-940, par. 39.

24. *Delgamuukw*, précité, note 17, p. 1064, par. 78.

25. *Sioui*, précité, note 13, p. 1050.

naire ou représentatif d'une situation. Après un certain temps, ce fait réel est raconté par un témoin estimé de bonne foi qui, sans en avoir conscience, y mêle les souvenirs externes à son sujet »²⁶. L'anthropologue Claude Gélinas écrit pour sa part : « Le discours historique est conditionné par le contexte contemporain qui lui est propre »²⁷. Enfin, l'avocat M. H. Ogilvie soutient des propos analogues en mettant en évidence le risque pour un juge de s'appuyer sur des documents historiques considérés comme des preuves irréfutables : « [...] each interpreter of historical records brings his own biases and background to the task of interpretation and these will influence the interpretation process consciously and unconsciously »²⁸.

En définitive, l'histoire n'est-elle pas « relativiste » à sa manière ? Cela est d'autant plus paradoxal que l'histoire doit être la mémoire du temps alors que sa perception des événements évolue avec le temps.

Dans la deuxième partie de notre analyse, nous verrons que la Cour suprême du Canada a peut-être provoqué l'histoire en s'appropriant des faits historiques propres à la question autochtone pour leur donner un sens nouveau à travers des principes juridiques élaborés par elle. Nous examinerons donc certains jugements de la Cour suprême en essayant de distinguer le droit ancien ressuscité par elle du droit fabriqué de toutes pièces. Entreprise hasardeuse s'il en est une, que de distinguer l'ivraie du bon grain, le vrai du faux, le mythe de la réalité. Nous verrons alors si le mariage entre le droit et l'histoire a fini par dénaturer l'histoire, sinon à créer une dépendance de l'histoire vis-à-vis le droit.

Deuxième partie : de quelques jugements de la Cour suprême qui ont fait ou refait l'histoire

Sur une période de 35 ans allant de 1973 à aujourd'hui, la Cour suprême du Canada a rendu plus de jugements sur les questions autochtones que pendant le premier siècle de son existence et ce, même si on y ajoute les opinions du Conseil privé. Certains jugements ont été plus marquants que d'autres et ont contribué à refaçonner le

26. TRUDEL, *Mythes et réalités dans l'histoire du Québec*, Bibliothèque québécoise, 2006, 345 pages, p. 151.

27. GÉLINAS, *Les Autochtones dans le Québec post-confédéral*, Septentrion, 2007, 258 pages, p. 57.

28. OGILVIE, « Evidence – Judicial Notice – Historical Documents and Historical Facts – Indian Treaty Rights », (1986) 64 *R. du B. can.* 183 et s. Voir, au même effet, *Benoit*, précité, note 14.

droit autochtone en le situant dans une perspective historique qui n'était pas nécessairement celle des historiens. Nous avons regroupé l'examen d'une quinzaine de décisions sous trois thèmes : 1) les nouvelles frontières des revendications territoriales autochtones ; 2) la reconstruction juridique d'une relation historique ; 3) la restructuration juridique du modèle autochtone.

1. Les nouvelles frontières des revendications territoriales autochtones

La décision *Calder*²⁹ de la Colombie-Britannique est habituellement considérée comme le point de départ d'une révolution en droit autochtone. Dans cette affaire, la nation indienne Nishgas soutient devant le tribunal qu'elle détient un titre aborigène non éteint au centre de la province sur environ 1000 km carrés.

Rapidement, le débat porte sur les fondements juridiques à l'appui de cette prétention. La Colombie-Britannique se fonde sur la décision *St. Catherine's Milling* du Conseil privé³⁰ pour soutenir que la Proclamation royale édictée par le roi Georges III d'Angleterre le 11 octobre 1763³¹ constitue l'unique source du droit des Autochtones au Canada. Cette Proclamation réserve une zone de chasse pour les Indiens appelée « territoire indien » à même les anciennes possessions françaises en Amérique du Nord³². Puisque la Colombie-Britannique ne fait pas partie du « territoire indien », les Nishgas n'ont donc pas de droits.

Six des sept juges de la Cour suprême rejettent cette prétention, mais pour des motifs différents. Un premier groupe de trois juges, sous la direction du juge Hall, est d'avis que la Proclamation royale de 1763 n'a pas de limitation territoriale à l'égard des Indiens. Il s'agit d'une politique britannique qui vise les Indiens partout où ils sont au Canada³³.

29. Précité, note 6.

30. *St. Catherine's Milling and Lumber c. The Queen*, (1888) 14 A.C. 46.

31. L.R.C. (1985), App. 2, n° 1.

32. *Sioui*, précité, note 13, p. 1052 : « Le contrôle *de jure* de la Grande-Bretagne sur le Canada prit la forme du Traité de Paris du 10 février 1763 [...]. Quelques mois plus tard, la Proclamation royale du 7 octobre 1763 organisa les territoires récemment acquis par la Grande-Bretagne et réserva aux Indiens deux catégories de terres : celles situées à l'extérieur des limites territoriales de la colonie et les établissements permis par la Couronne à l'intérieur de la colonie. » Voir aussi p. 1063-1064.

33. *Calder*, *supra*, note 6, juge Hall, p. 395 : « Elle était une loi qui s'appliquait chaque fois que l'Angleterre prenait en main la souveraineté sur les terres ou territoires nouvellement découverts ou acquis. »

Plus spectaculaire et déterminante est la position de l'autre groupe de trois juges sous la plume du juge Judson. Celui-ci énonce que, indépendamment de la Proclamation royale de 1763, les Indiens vivaient, au moment de l'arrivée des colons, en sociétés organisées sur des terres comme le faisaient leurs ancêtres depuis des siècles, ce qui leur confère un titre aborigène³⁴. Cette approche rejette donc la théorie du territoire sans maître, ce qui laissait entendre que les Indiens n'étaient pas assez nombreux et organisés pour occuper le territoire³⁵.

Le septième juge, Louis-Philippe Pigeon, évite de prendre part à ce débat en faisant valoir que la Cour n'est pas compétente pour entendre ce litige sans l'autorisation du lieutenant-gouverneur de la province³⁶.

La décision *Calder* ouvre de nouvelles frontières aux réclamations territoriales autochtones confinées jusque-là aux provinces de l'Ontario, des Prairies et à certaines parties des territoires du Nord-Ouest. La conclusion des traités s'amorce dès la fin du XVIII^e siècle dans le sud de l'Ontario, là où débute véritablement la colonisation britannique avec l'arrivée des loyalistes qui quittent les 13 colonies américaines devenues les États-Unis d'Amérique à la suite de la guerre de l'indépendance américaine. Puis la colonisation et le développement se poursuivent le long des lacs Huron et Supérieur et donnent lieu à la conclusion de deux importants traités en 1850, les traités Robinson-Huron et Robinson-Supérieur du nom du négociateur de la Couronne³⁷. Après la Confédération, 11 traités sont conclus au fur et à mesure que la colonisation et le développement l'exigent tant sur les terres réservées aux Indiens par la Proclamation royale de 1763 que sur les terres de la Compagnie de la Baie d'Hudson³⁸ transférées au Canada en 1870³⁹. Ce processus de conclusion des traités s'achève en 1923. Aucun traité ne fut conclu en Colombie-Britannique, un territoire qui était inconnu des auteurs de la Procla-

34. *Calder*, précité, note 6, p. 328.

35. *Le Rapport sur les Affaires des Sauvages en Canada*, 8 Victoria, appendice E.E.E, 1844-45 reprend l'idée de Emmerich de Vattel en 1758 dans « Le droit des gens ou le principe de la loi naturelle » où il écrit : « Leur habitation vague dans ces immenses régions ne peut passer pour une véritable et légitime possession. »

36. *Calder*, précité, note 6, p. 422.

37. Lire « Historique des Traités avec les Indiens » par G. BROWN et R. MAGUIRE, *Affaires indiennes et du Nord Canada*, 1979, 47 pages.

38. Compagnie créée par le roi Charles II d'Angleterre en 1670. Pour un historique, voir *Baker Lake c. Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien*, [1980] 1 C.F. 518.

39. Décret en conseil sur la Terre de Rupert et le territoire du Nord-Ouest.

mation royale de 1763⁴⁰. Pas plus d'ailleurs au Québec et dans les provinces de l'Atlantique qui formaient le cœur de la Nouvelle-France et qui étaient voués à la colonisation contrairement à la région des Grands Lacs⁴¹.

La décision *Calder* relance rapidement le processus de conclusion des traités⁴². Depuis, une vingtaine d'accords ont été conclus et plus d'une cinquantaine sont en négociation⁴³. La décision *Calder* refait l'histoire car les autorités fédérales croyaient sincèrement que la conclusion des traités s'était terminée en 1923 avec l'extinction des droits territoriaux autochtones sur le territoire visé par la Proclamation royale et celui autrefois possédé par la compagnie de la Baie d'Hudson.

La décision *Calder* a eu aussi un effet spectaculaire sur la recherche historique. Il fallait réexaminer les relations entre la Couronne et les Autochtones sous un jour nouveau. C'est ainsi que les historiens se mirent à étudier plus attentivement l'organisation des sociétés autochtones, leur mode de vie et l'étendue des territoires revendiqués par elles. Les Autochtones et la Couronne fouillèrent donc dans leur passé pour faire valoir leurs positions à des fins de litiges et de négociation.

La décision *Calder* de 1973 laisse néanmoins en suspens une importante question. Des droits ancestraux et un titre aborigène existent-ils sur l'ancien territoire de la Nouvelle-France et plus spécifiquement au Québec ? Les autorités françaises n'ont jamais conclu de traités entraînant la cession des droits territoriaux des Indiens. Elles ont, au contraire, réservé des terres pour l'évangélisation et la sédentarisation de ceux-ci le long du fleuve Saint-Laurent⁴⁴. La

40. Il faut toutefois souligner que certains traités chevauchent les frontières de l'Alberta et de la Colombie-Britannique. Cela s'explique sans doute parce que ces traités ont été conclus avant la délimitation des frontières de ces deux provinces.

41. Sauf rares exceptions comme la région de Détroit, l'occupation du territoire par les Français était assurée par des postes de traite et de petites garnisons militaires. Lire *Écrits sur le Canada*, Louis-Antoine de BOUGAINVILLE, éd. Pélican, 1993, 455 pages, p. 73 et s.

42. Les autorités fédérales adoptent dès 1973 une politique de négociation des revendications territoriales globales.

43. Au Québec, les Innus et les Attikameks négocient avec les autorités fédérales et provinciales depuis 1979.

44. Parmi les terres de missions ou de villages, mentionnons : Sault St-Louis (Kahnawake), Oka, Odanac, Bécancour, Lorette. Voir G.F.G. STANLEY, « The First Indian Reserves in Canada », (1950) 42 *Revue d'histoire de l'Amérique française* 178-210.

quasi-totalité de ces missions autochtones se situe à l'intérieur du réseau des terres vouées à la colonisation et que l'on appelle les seigneuries⁴⁵. Bien plus, malgré les alliances de nature commerciale ou militaire conclues avec les Indiens, ceux-ci sont réputés naturels français, une fois devenus catholiques⁴⁶. La logique française est rationnelle et centralisatrice : une seule loi, la Coutume de Paris⁴⁷ ; une seule autorité, le Roi⁴⁸ ; une seule religion, la religion catholique⁴⁹. Bref, l'Indien ne pouvait avoir un caractère distinct puisqu'il était Français. Pendant ce temps-là, la côte est américaine devint rapidement le refuge de dizaines de milliers de Britanniques, ce qui entraîna la création de 13 colonies, toutes distinctes par leur religion, leurs lois et leurs structures sociales et politiques⁵⁰.

La première brèche dans la « logique française » se fait sur les terres transférées au Québec par les autorités fédérales en 1898 et en 1912⁵¹. Encore au début des années 1970, les autorités québécoises niaient l'existence des droits ancestraux et du titre aborigène des Cris et des Inuit malgré la conclusion des travaux de la commission

45. Deux cent trente-deux seigneuries furent créées, la quasi-totalité sous le régime français. Le système fut aboli en 1854.

46. L'Acte pour l'établissement de la Compagnie des Cent Associés en 1627 mentionne à l'article XVII que les Amérindiens convertis sont sujets français : « [...] les sauvages qui seront amenés à la connaissance de la foi et en feront profession, seront censés et réputés naturels français et comme tels pourront venir habiter en France quand bon leur semblera... » L'article XXXIV de l'Ordonnance établissant la compagnie des Indes occidentales en 1664 comporte une disposition analogue. Voir *Édits, ordonnances royales, déclarations et arrêts du Conseil d'État du roi concernant le Canada*, Québec, E.R. Fréchette, 1854, p. 10

47. Seule la coutume de Paris fut appliquée dans la colonie à partir de 1664.

48. Contrairement à l'Angleterre, le roi de France détient à cette époque tous les pouvoirs, le Parlement ne servant qu'à enregistrer les ordonnances. Alexis de Tocqueville, un grand penseur du XIX^e siècle sur la philosophie politique, donne dans *Regards sur le Bas-Canada*, éd. Typo, 2003, 322 pages, une image très sévère sur la période de Louis XIV et de Louis XV dans la colonie : « [...] on se trouve en présence de cette administration presque aussi nombreuse que la population, prépondérante, agissante, réglementante, contraignante, voulant prévoir tout, se chargeant de tout », p. 268-269. Bougainville toutefois, *supra*, note 41, qui a vécu sur place à la fin du régime français, nous porte à croire que la théorie ne correspondait pas toujours à la pratique : « [...] toute émeute est contagieuse dans un pays où l'air inspire l'indépendance », p. 272.

49. L'Édit de Nantes de 1598 mit fin à la lutte féroce entre les Huguenots (Calvinistes) et les Catholiques commencée dans les années 1560, souvent appelée les guerres de religions.

50. Pour une excellente analyse de la situation américaine, consulter Daniel BOORSTIN, *Histoire des Américains*, Robert Laffont, 1991, 1603 pages.

51. *Loi concernant la délimitation des frontières nord-ouest, nord et nord-est de la province de Québec*, S.Q. 1898, c. 6 et *Loi de l'extension des frontières du Québec*, 2 George V, 1912, c. 45.

Dorion sur l'intégrité du territoire du Québec⁵². Les Cris et les Inuit intentent un recours judiciaire en 1972 pour empêcher la réalisation de travaux hydro-électriques sur leurs territoires et gagnent la première manche⁵³. Vu l'existence potentielle de tels droits, les autorités québécoises décident alors de négocier avec les Cris et les Inuit, ce qui donne lieu en 1975 à la Convention de la Baie James et du Nord québécois⁵⁴. On peut toutefois expliquer la conclusion de cette Convention par le fait que ces territoires, avant leur incorporation au Québec, étaient la propriété de la compagnie de la Baie d'Hudson dont la pratique à l'égard des Indiens était la même que celle de la Couronne britannique⁵⁵. La portée de l'arrêt *Calder* au Québec restait donc en suspens.

La réponse vient en 1996 dans la décision *Côté*⁵⁶. La Cour suprême rejette l'argument du « régime français ». Après l'analyse des deux thèses, celles de l'existence ou de la négation des droits ancestraux sous le régime français, elle conclut que l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 a un effet prospectif⁵⁷. L'article 35 a un caractère remédiateur et peut corriger des situations passées. Il ne s'agit pas pour la Cour de ressusciter des droits éteints, mais de revoir la pratique canadienne et québécoise à l'égard des droits autochtones au Québec. Après s'être assurée que l'approche française peut s'interpréter comme n'ayant pas nié ou éteint les droits ancestraux des Autochtones en Nouvelle-France, elle en conclut que ceux-ci peuvent détenir de tels droits au Québec.

En jetant un regard sur l'avenir, la Cour évite de faire le procès des arguments du régime français qui étaient appuyés sur une doc-

52. Henri Dorion, avocat et géographe, préside la Commission sur l'intégrité du territoire du Québec créée le 24 novembre 1966 par l'arrêté en conseil n° 22091. Il se penche de manière toute particulière sur les questions autochtones. Rapport remis aux autorités gouvernementales le 5 février 1971.

53. *Chef Max « One-Onti » Gros-Louis et al. c. Société de développement de la Baie James et al.*, [1974] R.P. 38. À l'origine, la cause avait été intentée par l'Association des Indiens du Québec dont Gros-Louis était le chef.

54. Publications du Québec, 483 pages sans les conventions complémentaires conclues de temps à autre depuis 1975.

55. Pour un historique des activités de la Compagnie de la Baie d'Hudson, voir *Baker Lake*, précité, note 38.

56. *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 135

57. *Ibid.*, p. 175, par. 53 : « À mon humble avis, une telle interprétation statique et retrospective du par. 35(1) ne peut être conciliée avec l'objectif noble et prospectif de l'inscription des droits ancestraux et des droits issus de traités dans la Loi constitutionnelle de 1982. »

trine⁵⁸ et une jurisprudence⁵⁹ fortement majoritaires et qui ont conditionné la pratique britannique⁶⁰, canadienne et québécoise pendant longtemps. Et le plus haut tribunal du pays de rappeler que la Cour suprême de l'Australie a opéré un virage à 180 degrés en 1992 en reconnaissant les droits autochtones dans l'affaire *Mabo*⁶¹ alors que cette même Cour les avait niés jusqu'alors. L'histoire du régime français s'est donc trouvée au banc des accusés.

La décision *Côté* met donc fin à une pratique gouvernementale, tant fédérale que provinciale, de négation de tout droit ancestral au Québec⁶². La décision *Côté* change le cours de l'histoire au Québec au plan juridique. Le Québec est désormais sur le même pied que le reste du Canada et ne forme plus « une société distincte » en matière de reconnaissance de droits autochtones.

-
58. *Ibid.*, p. 148. Parmi les auteurs cités : STANLEY, *supra*, note 44, p. 209 ; Peter A. CUMMING et Neil H. MICKENBERG, *Native Rights in Canada*, 2^e éd., 1972, p. 80-81 ; Henri BRUN, « Les droits des Indiens sur le territoire du Québec », *Cahier de droit*, 415, p. 428-430 ; L.C. GREEN et O.P. DICKASON, « The Law of Nations and the New World », 1989, p. 223.
59. Pour ce qui est de la jurisprudence, qu'il nous suffise de mentionner les propos percutants du juge Taschereau de la Cour suprême du Canada dans *St. Catherine's Milling*, (1887) 13 S.C.C. 577, 645 : « The King granted lands, seigniories, territories, with the understanding that if any of these lands, seigniories or territories proved to be occupied by aborigenes, on the grantees rested the onus to get rid of them, either by chasing them away by force, or by a more conciliatory policy, as they would think proper. »
60. Dès la conquête de la Nouvelle-France, il semble bien que les Britanniques ont conclu que les Français ne reconnaissaient pas de droits autochtones. À preuve, cette remarque en 1764 de Thomas Gage, gouverneur du district de Montréal, à William Johnson, surintendant des Affaires indiennes : « The Indians never knew the Value of Lands 'till we taught it them by our purchases ; & the difference between the French conduct andours in respect of Lands is worthy Observation ; In these provinces The People hold from Indian Grants. In Canada the only Titles the Indians pretend to have to their Lands are by Holdings from the French Kings », Johnson Papers, Albany University of the State of New York, 1921, vol. IV, p. 290-291.
61. La décision *Côté*, précitée, note 56, rappelle les propos du juge Brennan de la Haute Cour d'Australie dans *Mabo c. Queensland (No. 2)*, (1992) 175 C.L.R. 1 (H.C.) : « Quel que soit le motif qui ait été avancé autrefois pour justifier le refus de reconnaître les droits de propriété des habitants autochtones des colonies, une telle doctrine injuste et discriminatoire ne peut plus désormais être acceptée », p. 175, par. 53.
62. Dans *Bear Island Foundation c. Ontario*, [1991] 1 R.C.S. 570, l'argumentation écrite du procureur général du Canada, intervenant, indique que les droits ancestraux n'existaient pas en Nouvelle-France : « It was open to the European power to recognize (as in the case of Britain) or to deny (as in the case of France) legal rights to continued possession on the part of the aboriginal inhabitants », mémoire, 49 pages, p. 7. Voir dossier de la Cour.

À la suite de la décision *Calder* en 1973, le droit autochtone prit son envol en s'étendant à de nouvelles frontières pour finalement s'appliquer au Québec à la suite de la décision *Côté* en 1996.

2. *La reconstruction juridique d'une relation historique*

Les affaires *Sioui*⁶³ et *Sparrow*⁶⁴, décidées par la Cour suprême à une semaine d'intervalle en mai 1990, témoignent de l'importance de l'histoire dans la compréhension de la relation entre les Autochtones et la Couronne. Dans *Sioui*, l'enjeu est de déterminer si un document signé par le général Murray le 5 septembre 1760 dans la région de Longueuil au sud de Montréal⁶⁵ constitue un traité entre les Indiens Hurons-Wendat et la Couronne anglaise. En vertu de ce document, les Hurons-Wendat, alliés des Français, mettent bas les armes et peuvent retourner dans leur village à Lorette près de la ville de Québec, conquise un an plus tôt par les Britanniques.

Le document remis aux Hurons par le général Murray n'est pas le seul du genre à être signé par celui-ci. À la veille de la défaite imminente des forces françaises, l'armée britannique encourage les capitulations des éléments de l'armée régulière, de la milice ou des simples habitants⁶⁶. Dans ce contexte, n'est-il pas logique que le document remis aux Hurons-Wendat ait la même signification que ceux remis aux autres groupes et, partant, soit qualifié de capitulation ou de laissez-passer sans plus ? La Cour suprême juge que ce document a une autre signification entre les mains des Hurons-Wendat. Il s'agit d'un traité parce que les Hurons-Wendat, à l'instar des autres groupes autochtones, ont un statut particulier vis-à-vis la Couronne. Leur lien avec la Couronne s'apparente à une relation d'État à État et ils bénéficient d'une autonomie suffisante dans leur administration interne⁶⁷.

63. Précitée, note 13.

64. Précitée, note 19.

65. Le texte du traité est reproduit dans *Sioui*, précité, note 13, p. 1031.

66. La décision *Sioui*, précitée, note 13, rapporte à la page 1051 les propos de John Knox dans « Historical Journal of the Campaigns in North-America for the years 1757, 1758, 1759 and 1760 », vol. 11, London, 1769 : « Toute la paroisse de Varenne s'est rendue, nous a livré ses armes et a prêté serment, les combattants étaient rassemblés dans cinq compagnies de milice ; deux autres paroisses, aussi populeuses, ont signé leur intention de se rendre demain ».

67. Précité, note 13, p. 1038 : « Les relations avec les tribus indiennes se situaient à l'époque qui nous concerne, quelque part entre le genre de relations, qu'entretenaient des États souverains et les relations que de tels États entretenaient avec leurs propres citoyens. » Voir aussi p. 1055 : « Elle leur reconnaissait aussi l'autonomie dans leurs affaires internes, intervenant ainsi le moins possible dans ce domaine. »

Cet énoncé de la Cour est-il conforme à la réalité de l'époque, du moins à l'égard des Hurons-Wendat ? Rien n'est moins sûr. Ceux-ci se sont réfugiés dans la région de Québec plus d'un siècle auparavant⁶⁸ et vivent sur des terres qui leur ont été concédées par les Jésuites à proximité de la ville de Québec⁶⁹. Fervents catholiques, les Hurons-Wendat sont les plus Français de tous les Autochtones selon le général Murray⁷⁰.

Certains historiens ont critiqué la position de la Cour suprême à ce sujet⁷¹. Jamais ce document n'avait été assimilé à un traité par les historiens. Et ce sont les juges de la Cour suprême et non les historiens qui l'ont, pour la première fois, qualifié comme tel... 230 ans après sa signature. Comment expliquer la position radicalement différente des historiens et des juges ? Les historiens se sont peut-être trop attardés à la relation entre la France et l'Angleterre et pas assez à celle liant ces derniers et les Autochtones. Si le document du général Murray avait porté la mention « traité de paix et d'amitié », sans doute les historiens en auraient-ils fait un traité. Or le juriste, en allant au-delà des mots utilisés, peut en arriver à une conclusion différente de l'historien. La Cour part de la prémisse que la relation entre les Autochtones et la Couronne est différente de celle des autres personnes dans la colonie. Sans en faire des sujets de droit international à l'instar des nations européennes entre elles⁷², la Cour suprême établit que les nations autochtones ont, à ce moment-là, une autonomie suffisante pour gérer leurs propres affaires internes, y compris une capacité de conclure la paix. De là découle le fait que le document remis aux Hurons-Wendat constitue un traité et non pas un simple acte de capitulation ou un laissez-passer. Une telle approche taille donc en pièces toute velléité française d'en faire de simples citoyens français. Voilà donc un important correctif à l'histoire des relations entre les Autochtones et la Couronne.

68. *Sioui*, précité, note 13, p. 1032 et 1070.

69. *Sioui*, précité, note 13.

70. Le général Murray, dans son rapport concernant le gouvernement de Québec le 5 juin 1762, écrit : « Les plus civilisés de tous les sauvages de cette partie du monde sont les Hurons établis dans un petit village appelé Jeune Lorette. [...] ceux-ci sont appelés catholiques romains et forment une tribu de bonne mœurs et de bonne conduite. [...] ils y vivent actuellement à la manière des Canadiens. » Archives publiques, documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada 1759-1791, Shortt and Dougherty, 1921, document n° 18, p. 57.

71. En particulier l'historien Denis Vaugeois dans « La Fin des alliances franco-indiennes – Enquête sur un sauf-conduit devenu un traité en 1990 », Boréal, 1995, 290 pages.

72. *Sioui*, précité, note 13, p. 1038 : « Un traité avec les Indiens est un accord *sui generis* qui n'est ni créé ni éteint selon les règles du droit international » reprenant l'énoncé de la Cour dans *Simon*, précité, note 11, p. 404.

Une semaine plus tard, la Cour suprême rend une autre décision capitale, cette fois-ci sur la portée de la protection conférée aux droits ancestraux et aux droits issus de traités des peuples autochtones du Canada à la suite de l'adoption de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Dans l'affaire *Sparrow*⁷³, la Cour examine encore une fois la relation entre la Couronne et les Autochtones, mais en lui donnant un deuxième sens. La Cour énonce que la Couronne ne peut pas porter atteinte à leurs droits de manière déraisonnable ou injustifiée puisque la relation entre la Couronne et les Autochtones est de nature fiduciaire de sorte que l'honneur de la Couronne entre en jeu⁷⁴. La relation historique remontant au contact entre les Européens et les Autochtones se poursuit donc de nos jours en se transposant dans les lois et autres mesures gouvernementales susceptibles d'affecter les droits autochtones. Bref, la Couronne doit tenir compte des droits des peuples autochtones dans ses lois à défaut de quoi elles pourront être jugées inopérantes à leur égard.

La protection constitutionnelle accordée aux droits des peuples autochtones devient donc indissociable des mesures législatives ou gouvernementales. Les Autochtones et la Couronne deviennent prisonniers de leur histoire commune, mais d'une histoire revue par la Cour suprême à travers une relation de fiduciaire. D'une part, les Autochtones ne forment pas des entités souveraines en marge de la structure fédérative canadienne⁷⁵. D'autre part, tant le Parlement que les législatures doivent tenir compte des droits des peuples autochtones au plan législatif et gouvernemental. La Cour associe donc indirectement les Autochtones à la gestion gouvernementale en ouvrant la porte à la consultation⁷⁶.

Dans les affaires *Haida*⁷⁷ et *Taku River*⁷⁸ en 2004, la Cour suprême pousse encore plus loin cette idée de consultation. Les Autochtones doivent être consultés quand bien même leurs droits n'ont pas été judiciairement établis ou reconnus par la Couronne. Il suffit que les Autochtones fassent valoir une prétention sérieuse pour enclencher un processus de consultation.

73. Précitée, note 19.

74. Précité, note 19.

75. Précité, note 19, p. 1103.

76. Précité, note 19, p. 1119 : « Il y a dans l'analyse de la justification, d'autres questions à aborder, selon les circonstances de l'enquête. [...] Il s'agit notamment des questions de savoir [...] si le groupe d'autochtones a été consulté au sujet des mesures de conservation mises en œuvre. »

77. *Nation Haida c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511.

78. *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation des projets)*, [2004] 3 R.C.S. 550.

En définitive, d'un jugement à l'autre, la Cour suprême poursuit son réexamen de l'histoire et innove pour que les droits des Autochtones soient pris en compte dans la gestion des affaires de l'État. L'affaire *Calder* en 1973 a permis aux Autochtones de faire valoir des revendications territoriales à la grandeur du Canada. Elle inscrit alors les Autochtones dans une relation historique qui s'amorce dès l'arrivée des Européens sur le territoire canadien. Cette relation se concrétise non seulement par des traités emportant la cession des droits territoriaux autochtones, mais aussi par des traités de paix comme celui conclu avec les Hurons-Wendat en 1760. Puis la Cour suprême actualise cette relation dans l'affaire *Sparrow* en 1990 en énonçant que les mesures législatives et gouvernementales peuvent être remises en cause si elles sont injustifiées ou déraisonnables au regard des droits ancestraux et des droits issus de traités des peuples autochtones. Enfin, la Cour boucle la boucle dans *Taku River* et *Haida* en établissant que cette relation existe même si les droits des peuples autochtones n'ont pas été reconnus judiciairement ou par la voie politique.

La reconstruction de cette relation historique par la Cour suprême reflète-t-elle la situation telle qu'elle existait au moment de l'arrivée des Européens en sol canadien et par la suite ? Si une relation assez soutenue au plan commercial et militaire existait entre Autochtones et Européens dans les premiers siècles de la colonisation et du développement, cela n'est plus le cas au milieu du XIX^e siècle au moment où les Autochtones se réfugient en grand nombre sur des terres mises à part par la Couronne face à l'exploitation forestière et à l'afflux des colons. Qu'il nous suffise de se rappeler qu'en 1867 la question autochtone devint un sujet de compétence fédérale parmi tant d'autres sans que les Autochtones aient été consultés⁷⁹ alors qu'un siècle auparavant plus du tiers de la Proclamation royale de 1763 était consacré à la question autochtone.

En reconstruisant le droit autochtone, la Cour donne un sens nouveau à l'arrivée des Européens sur un territoire qui était occupé par d'autres. Puisqu'il n'y a pas eu de conquête proprement dite, la Couronne doit être respectueuse face aux Autochtones, un peu à la manière d'un invité qui prend un repas et même s'installe chez son hôte. La Cour a donc refait l'histoire jusqu'à un certain point en caractérisant les deux protagonistes : la Couronne en tant qu'invitée et les Autochtones en tant qu'hôtes. Le développement spectaculaire du

79. Aucun débat pré-confédératif ne détermine qui du Parlement ou des législatures auront la compétence sur les Indiens et les terres réservées pour les Indiens.

droit autochtone s'est fait au prix de la judiciarisation de l'histoire qui se retrouve, contre toute attente, au banc des accusés. On assiste alors à une reconstruction juridique d'une relation historique.

3. *La restructuration juridique du modèle autochtone*

La Cour suprême ne se contente pas de reconstruire l'axe historique liant les Autochtones et la Couronne et de lui donner un sens nouveau à travers la notion de fiduciaire. Elle restructure aussi la source, la nature et la portée des droits autochtones. Elle apprécie les faits historiques mis en preuve à travers les nouveaux principes dégagés depuis le début des années 1970. Dans le cadre de cet exercice, elle se fait une opinion sur les pratiques, coutumes ou traditions autochtones en les comparant aux règles canadiennes.

Bien avant la décision *Calder* de 1973, la Cour suprême et le Conseil privé avaient dégagé trois caractéristiques de son analyse des pratiques, coutumes ou traditions autochtones. La Cour s'est employée à les rappeler par la suite. En premier lieu, le droit ancestral et le titre aborigène sont de nature « sui generis » en ce sens qu'ils n'entrent pas dans les catégories traditionnelles de biens⁸⁰. Cette description date de 1984 et remplace celle du Conseil privé en 1888 pour qui il s'agissait d'un droit personnel de la nature d'un usufruit⁸¹. Dans une cause récente où la Cour suprême détermine si les faits historiques nous permettent de conclure à l'existence d'un titre aborigène, elle essaie de voir si ces faits se rapprochent d'un titre de propriété au sens où l'entend la « common law »⁸².

En deuxième lieu, ces droits sont collectifs. Ce n'est pas parce qu'une personne est autochtone qu'elle bénéficie d'un droit ancestral, mais bien parce que ce droit fait partie intégrante de la collectivité à laquelle elle appartient⁸³. Le caractère collectif du droit autochtone a été dégagé très tôt par les tribunaux et reflète sa perception de la réalité autochtone. On ne pouvait pas concevoir que les Autochtones puissent détenir des droits ancestraux ou un titre aborigène qui leur sont propres. Cette perception est tellement ancrée dans le système

80. *R. c. Guerin*, [1984] 2 R.C.S. 335, 382.

81. *St. Catherine's Milling*, précité, note 30.

82. *R. c. Marshall* ; *R. c. Bernard*, [2005] 2 R.C.S. 221, 243, par. 48 : « La Cour [...] doit se demander si la pratique autochtone qui avait cours au moment de l'affirmation de la souveraineté européenne (et non comme c'est le cas en matière de traités, au moment de leur signature) se transpose en un droit moderne et, le cas échéant, quel est le droit correspondant. »

83. Pour les droits ancestraux, voir *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 207 et pour le titre aborigène, voir *Delgamuukw*, précité, note 17, p. 1082, par. 115.

juridique canadien que la *Loi sur les Indiens*⁸⁴ est conçue sur ce modèle, les Indiens n'ayant qu'un droit d'occupation sur les terres de réserve qui conservent leur caractère collectif.

En troisième lieu, ce droit ne peut être cédé qu'à la Couronne. Ce principe remonte au moins à la Proclamation royale de 1763 et témoigne du caractère éminemment historique de la relation entre les Autochtones et la Couronne.

La Cour suprême va cependant beaucoup plus loin à partir de la décision *Calder* de 1973. Jusqu'à ce moment-là, les tribunaux se sont montrés hésitants à reconnaître que les Autochtones formaient des sociétés organisées au moment de l'arrivée des Européens. Cela s'explique sans doute par une forme d'ethnocentrisme et une ignorance de la situation⁸⁵. Or dans la décision *Calder*, la Cour part de la prémisse qu'au moment de l'arrivée des colons, les Autochtones forment des sociétés organisées sur le territoire. Même si les Autochtones ont des pratiques très éloignées du modèle occidental, les tribunaux trouvent néanmoins le moyen d'en tenir compte⁸⁶.

De là s'amorce une restructuration des droits autochtones par la Cour suprême.

La décision *Calder* de 1973 met d'abord de l'avant les éléments-clés susceptibles d'établir le nouveau droit autochtone : 1) les Autochtones forment des sociétés organisées ; 2) qui occupent des terres ; 3) comme leurs ancêtres le font depuis des siècles. Derrière cet énoncé du juge Judson se cache l'idée que les Autochtones ont un mode de vie et une forme d'occupation du territoire.

La Cour suprême précise ce concept dans les affaires *Van der Peet*⁸⁷ en 1996 et *Delgamuukw*⁸⁸ en 1997. En effet, à la suite de la décision *Calder*, plusieurs interrogations demeuraient. Les Autoch-

84. Précitée, note 1. Voir *Joe c. Findlay*, (1981) 122 D.L.R. (3d) 377, 379 (C.A.C.-B.).

85. Le *Rapport sur les Affaires des Sauvages en 1844-45*, précité, note 35, contient plusieurs annotations méprisantes sur les Indiens. À titre d'exemple : « [...] cette indolence naturelle du Sauvage, qui dans l'absence de l'excitation que lui offre la vie Sauvage, réduit un grand nombre de sa race à cet état d'inertie... »

86. *Baker Lake*, précité, note 38, p. 559 : « Il est évident que la complexité relative de l'organisation d'une société sera fonction des besoins de ses membres [...]. Alors que l'existence d'une société organisée est nécessaire à celle d'un titre aborigène, il ne semble y avoir aucune raison valide de demander la preuve de l'existence d'une société plus structurée que nécessaire. »

87. Précitée, note 83.

88. Précitée, note 17.

tones doivent-ils faire la preuve de l'occupation du territoire bien avant la prise de contact avec les Européens ? Les Autochtones doivent-ils au préalable détenir un titre aborigène pour y exercer leurs droits ancestraux ? Enfin, quelles activités se rattachent véritablement au mode de vie des Autochtones concernés ?

Les décisions *Van der Peet* et *Delgamuukw* ont clairement dissocié les activités rattachées au mode de vie du territoire lui-même. Autrement dit, les peuples autochtones n'ont pas besoin d'avoir une occupation exclusive des lieux pour exercer leurs activités ancestrales. La Cour entrevoit trois situations : 1) les activités qui n'impliquent aucun territoire tels le mariage et l'adoption, car elles sont le fait de relations interpersonnelles ; 2) les activités qui nécessitent un territoire de fréquentation sans pour autant que la communauté autochtone ait une occupation exclusive des lieux, telles la chasse et la pêche ; 3) enfin, le territoire sur lequel la communauté entretient un lien intense, tel le lieu d'habitation.

La distinction apportée par la Cour entre les territoires fréquentés et occupés repose donc sur le degré d'intensité que la communauté entretient avec le territoire. L'approche mise de l'avant par le juge Judson dans l'affaire *Calder* se restructure donc en plusieurs facettes : outre le titre aborigène, il existe aussi des droits ancestraux avec ou sans assise territoriale. L'activité ou le territoire, selon le cas, doit néanmoins faire partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone concerné⁸⁹.

Les affaires *Van der Peet* et *Delgamuukw* précisent aussi le moment de cristallisation du droit autochtone établi par le juge Judson. On ne demandera pas aux Autochtones de faire la preuve de l'existence d'une occupation territoriale bien avant l'arrivée des Européens. Dans le cas des droits ancestraux, le moment déterminant est la date du contact avec les Européens⁹⁰. Dans le cas du titre aborigène, c'est la date de l'affirmation de la souveraineté de la Couronne⁹¹. Cela s'explique par le fait que le titre interpelle le territoire lui-même en relation avec l'appropriation du territoire par la Couronne⁹². Il en résulte que la partie autochtone n'a pas à faire des preuves remontant bien avant le contact, ce qui pourrait s'avérer difficile ou impossible à établir.

89. *Van der Peet*, précité, note 83, p. 549, par. 46 ; *Delgamuukw*, précité, note 17, p. 1097, par. 142.

90. *Van der Peet*, précité, note 83, p. 548, par. 44.

91. *Delgamuukw*, précité, note 17, p. 1097, par. 142.

92. *Sparrow*, précité, note 19, p. 1103.

La distinction apportée par la Cour suprême dans les affaires *Van der Peet* et *Delgamuukw* est également importante au niveau de la gouvernance. En effet, le titre aborigène permet à la communauté autochtone de déterminer le type d'activités qu'elle entend exercer sur ce territoire⁹³. Toutefois, cela ne doit pas remettre en cause la nature du lien historique qu'entretient le groupe autochtone avec le territoire⁹⁴.

Dans les affaires *Sappier, Polchies* et *Gray* en 2006⁹⁵, la Cour suprême a assoupli le test nécessaire à l'établissement d'un droit ancestral. Elle énonce que le groupe autochtone concerné n'a pas à faire la preuve de chaque activité exercée par ses ancêtres au moment du contact avec les Européens. La Cour fait plutôt appel à l'étude du mode de vie de la nation autochtone concernée au moment du contact et qui est susceptible d'évoluer à travers le temps. En l'espèce, la Cour, sous la plume de monsieur le juge Bastarache, énonce que les Autochtones concernés détiennent un droit ancestral de couper des arbres à des fins domestiques. Ce faisant, ils n'ont pas à prouver chaque utilisation spécifique du bois telle que la construction d'un abri, la fabrication d'un meuble ou son utilisation comme bois de chauffage⁹⁶. La Cour établit plutôt un lien entre l'omniprésence du bois sur leur territoire traditionnel et son utilisation dans leur mode de vie.

Dans la même décision, le juge Bastarache apporte également plus de souplesse dans l'actualisation des activités liées à l'utilisation du bois dans le contexte d'aujourd'hui. Pour être qualifié de droit ancestral, les Autochtones n'ont pas à fabriquer des abris comme au temps du contact, mais peuvent construire des habitations comme celles des autres Canadiens⁹⁷. L'actualisation des droits autochtones n'a donc pas pour effet de figer le mode de vie des Autochtones à celui qui existait au moment du contact avec les Européens. Leurs droits évoluent dans un monde en perpétuel changement.

Au terme de cette analyse, doit-on en conclure que la restructuration des droits autochtones conduit la Cour à refaire l'histoire ? Il faut apporter une réponse nuancée à cette question. En premier lieu, la description des droits autochtones faite par les tribunaux est à l'image des valeurs propres à chaque époque. D'un autochtone errant

93. *Delgamuukw*, précité, note 17, p. 1082-1083, par. 115.

94. *Delgamuukw*, précité, note 17, p. 1089, par. 128.

95. [2006] 3 R.C.S. 620.

96. *Ibid.*, p. 701-702, par. 24 et 25.

97. *Ibid.*, p. 714-715, par. 48-49.

sans feu ni lieu, les tribunaux les perçoivent aujourd'hui comme des sociétés organisées. Nul doute que les travaux des anthropologues se sont avérés utiles à ce sujet. La pensée de la Cour a donc évolué avec les années et correspond aux valeurs de la société actuelle. En deuxième lieu, la Cour, parce qu'elle est confrontée à de multiples dossiers interpellant directement les droits des peuples autochtones, n'a d'autres choix que d'accentuer leur restructuration. Et pour bien cerner la véritable nature des pratiques, coutumes ou traditions autochtones, elle les compare aux règles qui régissent les autres Canadiens. Même si cette approche apparaît ethnocentriste, elle reste une façon pertinente d'appréhender la réalité de l'autre à condition que la comparaison s'établisse sans porter un jugement de valeur sur le mode d'organisation de l'autre.

La restructuration des droits autochtones ne réinvente pas l'histoire, mais elle décrit les droits des peuples autochtones à travers les principes dégagés par les tribunaux et la perception qu'en ont ceux-ci en les comparant aux normes qui sous-tendent le système juridique canadien. Tout en recherchant les règles qui guident les Autochtones au moment de l'arrivée des Européens, la Cour ne veut pas en faire des reliques, mais les actualiser dans le contexte d'aujourd'hui. Les modalités d'exercice des droits s'actualisent de sorte que le fusil pour la chasse remplace les arcs et les flèches⁹⁸. De la même manière, la maison remplace l'abri pour se loger⁹⁹. La démarche de la Cour suprême vise donc en fin de compte à concilier la spécificité autochtone avec les réalités du monde moderne.

Conclusion

Nouvelles frontières, reconstruction et restructuration, tels sont les trois mots clés qui caractérisent le développement du droit autochtone depuis le début des années 1970. La Cour suprême du Canada a été indiscutablement à l'avant-garde dans le développement spectaculaire de ce droit qui est à la fois ancien et nouveau : ancien parce qu'il ravive la relation historique entre la Couronne et les Autochtones en redonnant un sens aux droits ancestraux, au titre aborigène et aux traités conclus avec les Autochtones. Et nouveau, car la judiciarisation de l'histoire a entraîné une réévaluation des faits passés à travers le prisme des principes mis de l'avant par la Cour, tels la relation de fiduciaire et l'honneur de la Couronne qui sont étrangers à la pensée des historiens.

98. *Simon*, précité, note 11, p. 402.

99. *Polchies, Gray*, précité, note 95, p. 714-715, par. 48-49.

Au cours des 35 dernières années, la Cour suprême a sans cesse rappelé à la Couronne d'adopter un comportement honorable à l'égard des Autochtones. Il est d'ailleurs ironique de constater que ce droit s'est souvent bâti à l'encontre des prétentions gouvernementales qui ont habituellement eu tendance à nier sinon à limiter les droits des peuples autochtones.

Quels enseignements tirons-nous des quelque 75 décisions rendues par la Cour suprême depuis le début des années 1970 ?

La Cour a créé un droit applicable à l'ensemble canadien et pour le bénéfice de tous les Autochtones y compris les Métis¹⁰⁰. Le Québec ne peut plus se retrancher derrière la thèse du « régime français » et faire valoir que les droits ancestraux n'ont jamais existé ou survécu en Nouvelle-France. Pendant plus de quatre siècles, la pratique française, britannique puis canadienne a été de ne conclure aucun traité avec les Autochtones au Québec emportant la cession de leurs droits territoriaux. La décision *Côté* de 1996 équivaut à rejeter cette vieille pratique en donnant une assise légale aux Autochtones intéressés à faire valoir leurs revendications territoriales au Québec. Contrairement aux traités conclus en Ontario et dans l'Ouest canadien, les traités à venir au Québec sont susceptibles d'avoir un impact considérable sur la gestion du territoire et le développement des ressources naturelles. Qu'il nous suffise de rappeler que la Convention de la Baie James et du Nord québécois a 483 pages et que la quasi-totalité de ses dispositions sont susceptibles de constituer autant de droits protégés par l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982.

Il ne faut pas en conclure que la thèse du régime français, rejetée par la Cour suprême, est le fruit d'une irresponsabilité gouvernementale à l'égard des Autochtones du Québec qui aurait commencé dès la fondation de la Nouvelle-France, bien au contraire. Les Français partaient du principe que les Indiens étaient réputés naturels français dès leur christianisation et qu'ils jouissaient des mêmes droits que ceux-ci. La culture juridique française ne pouvait concevoir des droits particuliers en dehors d'une loi ou d'une mesure comme la Proclamation royale de 1763¹⁰¹. L'approche française

100. *R. c. Powley*, [2003] 3 R.C.S. 207.

101. Il est révélateur que le juge Pigeon ait refusé, contrairement aux six juges anglophones siégeant dans l'affaire *Calder*, de prendre position sur le titre aborigène. Pierre GODIN, *René Lévesque, héros malgré lui (1960-1976)*, éd. Boréal, 1997, 736 pages, rapporte que M^e Pigeon, du temps qu'il était conseiller juridique de Jean Lesage, premier ministre du Québec, avait conseillé aux autorités gouvernementales de ne pas se préoccuper des droits des Inuit : « Ne vous en occupez pas, ça n'a pas d'importance » (p. 171).

n'avait pas un caractère « relativiste » pour reprendre une expression chère à Montesquieu. Les Français ne niaient pas, à proprement parler, les droits des Autochtones puisqu'ils détenaient les mêmes droits qu'eux, une fois devenus catholiques. Ils ne leur accordaient tout simplement pas de droits spécifiques. Cette position était à ce point ancrée dans la mentalité des dirigeants qu'elle conditionna la pratique britannique, puis canadienne et québécoise à l'égard des Autochtones jusqu'à la fin du XX^e siècle. En ce sens, la décision *Côté* de 1996, en tournant le dos à la pratique du passé, constitue un revirement historique de première importance tout comme l'a été l'affaire *Calder* un peu plus de vingt ans auparavant.

La reconstruction et restructuration des droits autochtones par la Cour suprême est-elle conforme aux faits historiques ? Oui et non. Nous répondons oui parce que la Cour a pris connaissance de faits historiques souvent inédits comme jamais les historiens n'ont eu l'occasion de le faire. En effet, la détermination des droits autochtones a suscité une multitude de recherches historiques où les spécialistes se mirent à éplucher les archives canadiennes sur le sujet. Mais nous répondons non également car il est loin d'être certain que l'interprétation des faits historiques par la Cour suprême du Canada de nos jours correspond à la vision qu'en avaient les principaux intéressés à l'époque. Cela s'explique en bonne partie par le fait que la Cour a apprécié la preuve à travers des règles dégagées par elle au cours des dernières années. Par exemple, analyser le comportement de la Couronne à la lumière de la relation de fiduciaire est étranger à la pensée des historiens.

Faut-il le déplorer ? Non, car la Cour suprême n'est pas seulement la gardienne de la Constitution, mais aussi un agent de changement. À cet égard, elle a pleinement joué son rôle vis-à-vis les Autochtones en leur permettant de développer un nouveau rapport de force vis-à-vis la Couronne. Sans les droits ancestraux, le titre aborigène, les droits issus de traités, les concepts de fiduciaire et d'honneur de la Couronne et enfin le droit d'être consulté, les Autochtones n'auraient pas le rapport de force nécessaire à l'établissement d'un dialogue fructueux avec les autorités gouvernementales.

Après 35 ans de développement jurisprudentiel, la Couronne et les Autochtones sont à un point tournant. Il faut que les parties s'assument pleinement et appliquent les enseignements de la Cour suprême. Cela est vrai tant pour la Couronne que pour les Autochtones qui doivent, par exemple, véritablement jouer le jeu de la

consultation. La Cour suprême a dressé la table pour que les parties puissent s'asseoir et discuter de bonne foi. La sphère politique et administrative doit prendre la place de la sphère judiciaire.