

# **Les droits ancestraux et les droits issus de traités des peuples autochtones: comment s’y retrouver?**

**Pierre-Christian Labeau\***

## **INTRODUCTION**

Présenter en quelques pages une matière aussi riche et vaste que la jurisprudence de la Cour suprême du Canada sur les droits ancestraux et les droits issus de traités des peuples autochtones reconnus à la *Loi constitutionnelle de 1982* est un défi de taille. En effet, depuis le début des années quatre-vingt dix, la plus haute juridiction du pays a rendu une douzaine de décisions, souvent complexes, qui définissent les fondements et les caractéristiques de ces droits dans l’ordre constitutionnel canadien. Le texte qui suit se veut donc une introduction aux principes fondamentaux qui régissent le droit autochtone, du moins les aspects relatifs aux droits ancestraux et aux droits issus de traités.

## **1. QUELQUES CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES**

L’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* se lit ainsi:

Droits des peuples autochtones du Canada

- (1) Les droits existants – ancestraux ou issus de traités – des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.

---

\* Avocat, Ministère de la Justice, Direction du droit autochtone et constitutionnel. Les opinions exprimées dans ce texte n’engagent que son auteur.

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

L'article 35 ne fait pas partie de la *Charte canadienne des droits et libertés*, de sorte que les articles 1, 24, 32 et 33 de cette charte lui sont inapplicables. Toutefois, le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* s'applique. Par conséquent, les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit avec l'article 35 seront déclarées inopérantes, sous réserve du test de justification dont il sera question plus loin.

Selon la Cour suprême, l'objet de la reconnaissance des droits ancestraux est de concilier la préexistence des sociétés autochtones et la souveraineté de Sa Majesté. Cette vocation conciliatrice empêche la remise en cause de la souveraineté de la Couronne. De plus, ces droits ancestraux existent «dans les limites du système juridique canadien»<sup>1</sup>. Ce sont des droits *sui generis*, mais qui sont adaptés à l'ordre juridique et constitutionnel de l'État. Il faudra donc rechercher dans les sources formelles de ce système la reconnaissance des droits ancestraux.

Les titulaires des droits reconnus et confirmés à l'article 35 sont les peuples autochtones du Canada, ce qui n'interdit pas un exercice individuel des droits collectifs, mais celui-ci se réalisera dans et par le groupe autochtone. Restera à déterminer en fonction de chaque cas quel groupe est titulaire des droits. S'agit-il, par exemple, de la bande, d'un regroupement de bandes ou de la nation?

Les peuples autochtones reconnus sont les Indiens, les Inuit et les Métis. Les Métis constituent un cas particulier, car on ne peut leur appliquer intégralement le principe de la préexistence des droits au moment du contact avec les Européens. De plus, il existe une difficulté d'identification des Métis comme catégorie différenciée de titu-

---

1. *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, par. 49.

lares. La Cour suprême se prononcera sur ces questions au cours de l'année 2002.

## 2. LE CADRE D'ANALYSE DE L'ARTICLE 35

Les quatre volets suivants doivent être analysés par un tribunal lorsqu'un peuple autochtone ou un membre de ce peuple lui soumet une revendication de droit ancestral. Il doit déterminer: 1) si le requérant a prouvé qu'il exerçait un droit ancestral; 2) s'il y a eu extinction de ce droit avant l'édiction du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*; 3) s'il y a eu atteinte à ce droit; enfin, 4) si l'atteinte était justifiée»<sup>2</sup>.

Ce cadre d'analyse vise à la fois les lois fédérales et les lois provinciales. Cependant, puisque les droits ancestraux relèvent de la compétence législative exclusive du Parlement fédéral en vertu du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, une loi provinciale ne peut avoir comme caractéristique dominante la réglementation d'un droit ancestral. De même, une loi provinciale d'application générale, mais se rapportant à une matière faisant l'objet d'un droit ancestral, ne pourra s'appliquer aux autochtones *ex proprio vigore*; elle ne deviendra opposable à ces derniers que par le jeu de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*. Une loi provinciale, pour le même motif, ne pourrait éteindre un droit ancestral<sup>3</sup>.

Ce cadre d'analyse s'applique également aux droits issus de traités, sous réserve des explications qui seront fournies plus loin<sup>4</sup>.

### 2.1 La revendication d'un droit ancestral

#### 2.1.1 Les différentes catégories de droits ancestraux

Les droits ancestraux s'étalent le long d'un spectre, en fonction notamment de leur degré de rattachement avec le territoire revendiqué par les autochtones. Ces droits peuvent être découpées en quatre catégories:

- les droits ancestraux qui ne sont pas rattachés à un territoire;

2. *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, par. 20.

3. *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, par. 74 et *Delgamuukw c. C.-B.*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 160.

4. *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, par. 79 et *R. c. Marshall* (n° 1), [1999] 3 R.C.S. 456, par. 64.

- les droits ancestraux qui, par nécessité, sont pratiqués sur le territoire sans qu'ils soient par ailleurs spécifiques à un site;
- les droits ancestraux qui sont étroitement rattachés à une parcelle de terrain particulière;
- le titre aborigène.

### **2.1.2 Les caractéristiques ou les attributs d'un droit ancestral et d'un titre ancestral**

Dans *Van der Peet*, la Cour suprême a établi le critère d'identification des droits ancestraux de la façon suivante:

[P]our constituer un droit ancestral, une activité doit être un élément d'une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit en question.<sup>5</sup>

Dans l'application de ce critère, un tribunal doit notamment prendre en considération les facteurs suivants. Premièrement, il doit déterminer avec précision la nature du droit revendiqué par la partie autochtone. Mentionnons qu'un droit ancestral ne peut être caractérisé par la négative<sup>6</sup>. Deuxièmement, le tribunal doit déterminer si l'activité visée par la revendication constitue un élément d'une coutume, pratique ou tradition qui, avant le contact avec les Européens, faisait partie intégrante de la culture distinctive des ancêtres de la communauté autochtone concernée. À cette étape, le demandeur autochtone doit non seulement démontrer que la coutume, pratique ou tradition était un aspect de la société autochtone à laquelle il appartenait ou qu'elle y était exercée, mais en outre qu'elle était un élément fondamental et important de la culture distinctive de cette société. Troisièmement, le tribunal doit déterminer s'il y a continuité entre les coutumes, pratiques et traditions qui existaient avant le contact avec les Européens et la coutume, pratique et tradition faisant partie aujourd'hui intégrante de la collectivité contemporaine concernée<sup>7</sup>.

Le titre aborigène, qui est une sous-catégorie de droits ancestraux, est le droit au territoire lui-même tandis que le droit ancestral

---

5. *R. c. Van der Peet*, *supra*, note 1, par. 46.

6. *Mitchell c. N.N.R.*, 2001 CSC 33, par. 15.

7. *R. c. Van der Peet*, *supra*, note 1, par. 51 à 54.

se rapporte à des activités. Pour établir le bien-fondé d'un titre aborigène, le groupe autochtone devra satisfaire aux exigences suivantes: 1) avoir occupé le territoire avant l'affirmation de la souveraineté; 2) si l'occupation actuelle est invoquée comme preuve de l'occupation avant l'affirmation de la souveraineté, il doit exister une continuité entre l'occupation actuelle et l'occupation antérieure à l'affirmation de la souveraineté; 3) au moment de l'affirmation de la souveraineté, cette occupation doit avoir été exclusive<sup>8</sup>.

Ce titre aborigène, qui est détenu collectivement par tous les membres d'une nation autochtone, comprend le droit d'utiliser et d'occuper de façon exclusive les terres détenues en vertu de ce titre. L'utilisation des terres visées par ce titre n'est pas limitée aux coutumes, pratiques et traditions qui font partie intégrante de la culture distinctive de la nation concernée. Cependant, cette utilisation ne peut être incompatible avec la nature de l'attachement qu'a cette nation pour ces terres.

### **2.1.3 La preuve des droits ancestraux**

La démonstration de l'existence d'un droit ancestral relève de la partie autochtone. Ce fardeau de preuve pourra être très lourd étant donné la culture particulière des sociétés autochtones traditionnelles (culture orale, peu de traces matérielles de la présence historique des autochtones, etc.). Consciente des difficultés de preuve inhérentes à l'examen des revendications de droits ancestraux<sup>9</sup>, la Cour suprême admet la preuve de tradition orale en sus des modes habituels de preuve historique (matérielle, experts, etc.). Le poids réel accordé à la preuve de tradition orale dans un cas donné sera fonction de plusieurs facteurs tels la nature des autres éléments de preuve disponibles et la qualité de preuve de tradition orale comme telle.

## **2.2 L'extinction des droits ancestraux**

Avant 1982, la Couronne, en se fondant sur le principe de la souveraineté, pouvait éteindre un droit ancestral pourvu que son intention ait été claire et expresse. Une simple incompatibilité avec une loi ou un règlement était insuffisante pour emporter l'extinction d'un droit. Seul le Parlement fédéral pouvait éteindre unilatéralement les droits ancestraux des peuples autochtones pour le motif que ces

---

8. *Delgamuukw c. C.-B.*, *supra*, note 3, par. 144 à 159.

9. *Delgamuukw c. C.-B.*, *supra*, note 3, par. 80.

droits relèvent de sa compétence législative exclusive sur les Indiens et les terres réservées aux Indiens prévue au par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*<sup>10</sup>. Depuis l'entrée en vigueur de l'article 35, les droits ancestraux et les droits issus de traités sont à l'abri d'une extinction unilatérale et la Couronne ne pourra y porter atteinte que si elle respecte le test de justification établi par la Cour suprême du Canada.

### 2.3 L'atteinte à première vue

Une fois qu'un autochtone a démontré qu'il est titulaire d'un droit ancestral et que ce droit a été caractérisé, il doit par la suite prouver une atteinte à première vue à ce droit.

Dans l'arrêt *Sparrow*, la Cour suprême a expliqué qu'il y aura atteinte *prima facie* aux droits garantis par l'article 35 si la restriction est déraisonnable, si le règlement est indûment rigoureux, ou encore s'il refuse aux titulaires du droit le recours à leur moyen préféré de l'exercer<sup>11</sup>. Dans d'autres arrêts, la Cour suprême a précisé que la partie autochtone devra démontrer plus qu'un simple inconvénient ou entrave<sup>12</sup>. Il faut en effet que la législation soit manifestement déraisonnable, qu'elle affaiblisse un aspect important du droit ou qu'elle constitue une diminution appréciable du droit<sup>13</sup>. Enfin, il faudra tenir compte des différences factuelles qui peuvent influencer sur l'application du critère de l'atteinte énoncé dans l'arrêt *Sparrow*<sup>14</sup>.

### 2.4 La justification de l'atteinte

Dans l'arrêt *Sparrow*, la Cour suprême a expliqué que les droits ancestraux n'étaient pas absolus et qu'un tribunal pourra apprécier la légitimité d'une loi qui restreint ces droits en exigeant la justification d'une telle atteinte et cela, même si l'article 35 n'est pas assujéti à l'article premier de la Charte canadienne<sup>15</sup>.

Le critère de justification comporte deux volets. En premier lieu, l'État doit démontrer qu'il a agi en vertu d'un objectif législatif régulier. En second lieu, il doit établir que ses actions sont compatibles avec ses rapports spéciaux de fiduciaire avec les peuples autochtones.

10. *Delgamuukw c. C.-B.*, *supra*, note 3, par. 175.

11. *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, 1111 et 1112.

12. *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013, par. 90.

13. *R. c. Badger*, *supra*, note 4, par. 90 et *R. c. Gladstone*, *supra*, note 2, par. 43.

14. *R. c. Gladstone*, *supra*, note 2, par. 39.

15. *R. c. Sparrow*, *supra*, note 11, p. 1108 et 1109.

Deux principes importants doivent être mis en lumière. Le premier tient au fait que les limites d'une norme justificative doivent être fixées dans le contexte particulier de chaque cas<sup>16</sup>. Quant au second, il implique que les actions de l'État ou sa législation doivent être appréciées en fonction du concept du caractère raisonnable<sup>17</sup>.

#### **2.4.1 Un objectif législatif régulier**

À cette étape, le tribunal n'a pas à s'interroger sur l'opportunité des méthodes choisies pour arriver à cet objectif. L'arrêt *Sparrow*, qui est à l'origine du test de justification, n'a pas défini ce qu'est un objectif législatif régulier. Il a toutefois précisé que l'objectif de préserver les droits ancestraux, par la conservation et la gestion d'une ressource naturelle, serait régulier. Un objectif qui viserait à empêcher l'exercice de droits ancestraux lorsque cet exercice nuirait à l'ensemble de la population ou aux peuples autochtones eux-mêmes serait également régulier de même que d'autres objectifs jugés impérieux ou réels<sup>18</sup>. La préservation de l'habitat, de la biodiversité ou de la qualité de l'eau de la nappe souterraine et des lacs, rivières et ruisseaux, ainsi que la conservation du sol arable peuvent aussi constituer des objectifs réguliers parce qu'ils sont liés à la conservation<sup>19</sup>.

Dans l'arrêt *Gladstone*, le juge Lamer a poursuivi la réflexion entamée dans l'arrêt *Sparrow* et a expliqué qu'un objectif impérieux et réel est un objectif visant l'un ou l'autre des objets qui sous-tendent la reconnaissance et la confirmation des droits ancestraux par le par. 35(1). Plus spécifiquement, seront «considérés comme des objectifs impérieux et réels les objectifs visant soit la reconnaissance de l'occupation antérieure de l'Amérique du Nord par les peuples autochtones soit [...] la conciliation de cette occupation avec l'affirmation par Sa Majesté de sa souveraineté sur ce territoire»<sup>20</sup>.

Ainsi définie, la liste des objectifs législatifs réguliers s'est forcément allongée. Constituent de tels objectifs, dans le cas de droits ancestraux de chasse, de pêche ou de piégeage à des fins alimentaires, la mise en valeur de la pêche sportive si elle constitue une activité importante pour une région<sup>21</sup>; dans le cas de droits ancestraux de

16. *R. c. Sparrow, supra*, note 11, p. 1111.

17. *R. c. Nikal, supra*, note 12, p. 1065.

18. *R. c. Sparrow, supra*, note 11, p. 1113.

19. *R. c. Sundown*, [1999] 1 R.C.S. 393, par. 45.

20. *R. c. Gladstone, supra*, note 2, par. 72.

21. *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101, par. 58.

nature commerciale l'équité sur les plans économique et régional et la reconnaissance du fait que, historiquement, des groupes non autochtones comptent sur ces ressources et participent à leur exploitation<sup>22</sup>; et, dans le cas d'un titre ancestral, l'extension de l'agriculture, de la foresterie, de l'exploitation minière et de l'énergie hydroélectrique, le développement économique général, la construction d'infrastructures et l'implantation des populations requises pour ces fins<sup>23</sup>. Les objectifs législatifs qui peuvent justifier une atteinte à un titre ancestral s'appliquent vraisemblablement aux autres catégories de droits ancestraux.

#### **2.4.2 Les rapports de fiduciaire**

L'État doit ensuite établir que ses actions, sa législation ou sa réglementation sont compatibles avec ses rapports spéciaux de fiduciaire envers les peuples autochtones. Il ressort de la jurisprudence de la Cour suprême au moins trois principes généraux qui guideront les tribunaux à cette étape.

Un premier principe est que la réponse à la question de savoir si l'atteinte au droit ancestral est compatible avec les rapports de fiduciaire entre la Couronne et les peuples autochtones doit toujours être fonction du contexte juridique et factuel de chaque litige<sup>24</sup>. Par exemple, l'application du rapport de fiduciaire, selon les circonstances, commandera que les intérêts des autochtones aient priorité. Ainsi, en matière de réglementation de la pêche, l'État doit observer l'ordre de priorité suivant: 1) la protection de la ressource; 2) la pêche par les Indiens; 3) la pêche commerciale par les non-Indiens; et 4) la pêche sportive par les non-Indiens<sup>25</sup>. Dans d'autres circonstances, la relation fiduciaire n'exigera pas toujours qu'on accorde priorité aux droits ancestraux. La relation fiduciaire devra alors être formulée autrement<sup>26</sup>. Le test consistera alors à déterminer si l'État a agi d'une manière indiquant qu'il a véritablement tenu compte de l'existence de droits ancestraux<sup>27</sup>.

Outre la priorité, la Cour suprême a souligné qu'il y a d'autres aspects à considérer «selon les circonstances de l'espèce». Elle a ainsi

22. *R. c. Gladstone*, *supra*, note 2, par. 75.

23. *Delgamuukw c. C.-B.*, *supra*, note 3, par. 165.

24. *Delgamuukw c. C.-B.*, *supra*, note 3, par. 162; *R. c. Gladstone*, *supra*, note 2, par. 56.

25. *R. c. Sparrow*, *supra*, note 11, p. 1115.

26. *Delgamuukw c. C.-B.*, *supra*, note 3, par. 162.

27. *R. c. Gladstone*, *supra*, note 2, par. 63.



donné d'autres exemples pour s'assurer du respect des rapports spéciaux de fiduciaire: 1) a-t-on porté le moins possible atteinte aux droits en tentant d'obtenir le résultat souhaité? 2) le groupe autochtone a-t-il été consulté au sujet des mesures de conservation mises en œuvre? 3) y a-t-il eu indemnisation en cas d'expropriation<sup>28</sup>?

Un second principe implique que le degré d'examen requis par la relation fiduciaire de la mesure ou de l'acte qui porte atteinte au droit peut varier selon la nature et les caractéristiques du droit ancestral. Par exemple, dans le cas d'un droit ancestral de pêche de nature commerciale, la doctrine relative à l'ordre de priorité devra être adaptée pour tenir compte du fait que ce droit ne comporte aucune limite intrinsèque. Autrement, une fois les objectifs de conservation respectés, cela aurait obligé l'État à accorder de manière permanente un droit exclusif d'exploiter la ressource aux autochtones détenant un droit ancestral de pêche à des fins commerciales. L'État satisfera alors à ses rapports fiduciaires en démontrant que les modalités de répartition de la ressource ainsi que la répartition elle-même reflètent l'intérêt prioritaire des titulaires des droits ancestraux à l'égard de cette pêcherie<sup>29</sup>.

De la même façon, la nature du droit ancestral et la gravité de l'atteinte influenceront sur l'examen, le cas échéant, des questions de l'atteinte minimale, de l'indemnisation et la consultation. Par exemple, dans l'arrêt *Delgamuukw*, la Cour suprême du Canada a précisé, à l'égard d'une atteinte au titre aborigène, que la nature et l'étendue de l'obligation de consultation dépendront des circonstances. En cas d'un manquement peu important ou mineur, l'obligation fiduciaire comportera la simple obligation de discuter des décisions importantes qui seront prises concernant les terres détenues en vertu d'un titre aborigène. Cependant, dans certaines circonstances, le consentement du groupe autochtone titulaire d'un titre aborigène pourrait être requis<sup>30</sup>.

Enfin, un troisième principe devant guider la Cour dans l'examen de l'obligation fiduciaire consiste à évaluer les actions de l'État à la lumière du concept du caractère raisonnable. Une atteinte à un droit ancestral sera justifiée s'il est raisonnablement possible de considérer qu'on a porté atteinte le moins possible à ce droit<sup>31</sup>. Même

28. *R. c. Sparrow*, *supra*, note 11, p. 1119.

29. *R. c. Gladstone*, *supra*, note 2, par. 62.

30. *Delgamuukw c. C.-B.*, *supra*, note 3, par. 168.

31. *R. c. Nikal*, *supra*, note 12, par. 110.

s'il était démontré qu'il existait d'autres solutions moins attentatoires au droit, ceci n'empêche pas que l'atteinte puisse être justifiée. Précisons que ce concept du caractère raisonnable s'applique aussi aux aspects relatifs à l'information et à la consultation.

En somme, la relation fiduciaire doit être formulée en fonction du contexte juridique et factuel de chaque cas. La nature du droit ancestral déterminera le choix de la formulation de cette relation. Le degré d'examen de la mesure ou de l'acte qui porte atteinte au droit peut varier. Les actions de l'État doivent être examinées à la lumière du concept du caractère raisonnable.

### 3. LES DROITS ISSUS DE TRAITÉS

#### 3.1 Les catégories de traités

Les premiers traités ou ententes conclus entre les colonisateurs européens et les nations autochtones étaient motivés davantage par des nécessités militaires ou la recherche d'alliances commerciales que par des besoins de terres. Bon nombre de ces traités furent donc des traités de paix ou d'amitié et comportaient souvent une composante commerciale<sup>32</sup>.

Quant aux traités de cession de terre avec les peuples autochtones, ils résultent d'une pratique historique de la Couronne britannique qui remonte au moins au XIX<sup>e</sup> siècle et qui s'est perpétuée jusqu'à nos jours par l'État fédéral avec le concours, depuis les années soixante-dix, des provinces lorsque celles-ci sont concernées. Cette pratique visait à sécuriser et à légitimer le peuplement européen et le développement du territoire par la conclusion d'accords avec les peuples autochtones<sup>33</sup>.

Le terme «traité» est utilisé pour désigner une gamme variée d'accords intervenus entre la Couronne et les autochtones. On distingue les traités en fonction du moment de leur conclusion. Ainsi, les traités dits «anciens» ou historiques sont ceux qui furent conclus

---

32. *R. c. Marshall*, *supra*, note 4. Voir également *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387, et *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025. La Cour suprême a établi que les traités reconnus dans ces deux arrêts, dont le fameux traité Murray, étaient valides au sens de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*. Il est vraisemblable qu'ils constituent également des traités au sens de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

33. *R. c. Sundown*, *supra*, note 19, par. 24.

jusqu'au début du XX<sup>e</sup> siècle. Quant aux traités dits «modernes», il s'agit essentiellement des accords issus de la politique fédérale sur les revendications territoriales. Cette dichotomie ancien/moderne n'est pas que chronologique; elle sert en fait à distinguer deux générations bien distinctes de traités qui diffèrent notamment quant à l'ampleur et la nature des droits qui sont conférés aux autochtones et quant à leurs règles d'interprétation.

On invoque généralement trois motifs pour conclure au caractère *sui generis* des traités avec les peuples autochtones: 1) l'entente est juridiquement contraignante pour les parties et est donc une source formelle de droits et d'obligations exécutoires; 2) elle est conclue entre la Couronne et une nation autochtone, donc il ne s'agit pas d'un simple contrat avec des individus, mais d'un accord de nation à nation; 3) elle n'est pas créée ni éteinte par le droit international public.

### 3.2 Les règles d'interprétation

Qu'ils soient analysés sous l'angle de leur origine ou de leur structure, il est indéniable que les droits ancestraux et les droits issus de traités diffèrent. Les premiers, comme nous l'avons vu, tirent leur origine des coutumes, pratiques et traditions des peuples autochtones tandis que les seconds sont des contrats qui créent des obligations exécutoires. La portée des droits issus de traités est fonction de leur libellé, lequel sera interprété en conformité des principes d'interprétation énoncés par la Cour suprême<sup>34</sup>. Ces principes d'interprétation spéciaux sont requis, parce que les traités conclus avec les autochtones constituent un type d'accord unique<sup>35</sup>. Voyons rapidement les principales règles d'interprétation pour les fins de notre propos.

L'interprétation des traités a pour objet de choisir, parmi les interprétations possibles de l'intention commune, celle qui concilie le mieux les intérêts des deux parties à l'époque de la signature. Les tribunaux, au moment de cerner la portée d'un traité conclu avec les autochtones, se laisseront guider par la présomption générale voulant que la Couronne entendait transiger honorablement avec ceux-ci et voulait éviter une entente fondamentalement contraire à l'équité et la justice.

34. *R. c. Badger*, *supra*, note 4, par. 76.

35. Voir les motifs de la juge McLachlin dans *R. c. Marshall*, *supra*, note 4, par. 78. Les paragraphes qui suivent s'inspirent largement de ses propos.

Il y a aussi l'interprétation généreuse et celle de la règle de l'ambiguïté favorable aux autochtones. Ces règles constituent une autre manifestation de la présomption générale selon laquelle la Couronne est réputée agir honorablement envers les autochtones. Il demeure toutefois que les tribunaux ne peuvent modifier les conditions du traité en allant au-delà de ce qui est réaliste.

Ces méthodes et règles d'interprétation ont été élaborées jusqu'à maintenant dans des litiges mettant en cause des traités anciens ou historiques. Il paraît cependant vraisemblable que les tribunaux recourront à certaines d'entre elles pour interpréter les accords sur des revendications territoriales. Le besoin de considérer l'honneur de la Couronne, les objectifs poursuivis par les parties et d'autres éléments contextuels peuvent en effet s'imposer même pour des ententes modernes. La preuve extrinsèque sera donc pertinente dans les litiges concernant ces traités. Cependant, le contexte plus égalitaire entourant la négociation et la conclusion de ces accords, de même que le légalisme parfois pointilleux des parties qui consignent le détail de leur volonté dans des documents complexes, rendent peu probable l'application de règles d'interprétation telles que l'interprétation large et libérale et celle des ambiguïtés en faveur des autochtones. En effet, ces règles avaient pour origine le fait que les anciens traités ne couchaient pas les promesses verbales qui avaient pu être faites aux autochtones et que ceux-ci n'avaient pas à toutes fins pratiques la possibilité de créer leur propre comptes rendus écrits des négociations<sup>36</sup>.

Avant de clore cette section, revenons sur l'application du test de justification aux droits issus de traités. Nous avons mentionné précédemment que le cadre d'analyse de l'article 35 s'appliquait à cette catégorie de droits. Des auteurs ont cependant fait valoir que le test de justification devrait être adapté aux accords sur des revendications territoriales, étant donné que ces accords sont des ententes très détaillées et que chaque partie a pu mesurer soigneusement les concessions consenties pour parvenir à un règlement. Ces auteurs se demandent comment l'État pourrait limiter des droits qu'il s'était auparavant engagé à protéger<sup>37</sup>. Il s'agit là d'une question difficile qui n'a pas encore été soumise à la Cour suprême.

---

36. *R. c. Marshall*, *supra*, note 4, par. 10 et 14 et *R. c. Sundown*, *supra*, note 19, par. 24.

37. Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 3<sup>e</sup> éd., p. 27-40, note de bas de page 148 et Sébastien GRAMMOND, «Les effets juridiques de la *Convention de la Baie James* au regard du droit interne canadien et québécois», (1992) 37 *Revue de droit de McGill* 761.

## **CONCLUSION**

Il est probable que la jurisprudence de la Cour suprême en droit autochtone connaîtra d'importants développements dans les prochaines années. Parmi les questions nouvelles dont sera saisi ce tribunal, nul doute que les conflits entre les droits ancestraux des peuples autochtones et les activités de développement économique autorisées par l'État en feront partie. De même, la Cour suprême devra réconcilier l'exigence qui est faite aux provinces de tenir compte des droits ancestraux dans leur législation et le fait que ces droits relèvent de la compétence législative exclusive du Parlement fédéral.

