



La construction du droit autochtone

Sous l'impulsion de notre volonté de développer la partie nord du Québec et du nouvel article 35 de la constitution de 82, il s'en suivra à partir des années 70 une longue liste de décisions de la Cour suprême. 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. Car, je vous le rappelle, l'article 35 ne donne pas de droit, il ne fait que donner la permission de revendiquer un éventuel droit devant la cour sans présumer du résultat.

Ces jugements tournent pour la plupart autour de quelques principes que l'on doit se rappeler dès le départ :

- 1) Les droits ancestraux
Ce sont des droits revendiqués en vertu du fait que les Autochtones vivaient depuis longtemps sur le territoire avant l'arrivée des Européens.
- 2) Les droits issus des traités
Ce sont des droits découlant de nombreux traités, anciens pour la plupart, signés avec différentes nations sur différentes parties du territoire.
- 3) Le titre aborigène
C'est un terme juridique qui reconnaît le droit ancestral inhérent à une terre ou à un territoire.
- 4) L'honneur de la Couronne
C'est un principe constitutionnel découlant de la souveraineté de la Couronne sur un peuple autochtone et par le fait même de son autorité sur les terres et ressources qui étaient auparavant sous l'autorité de ce peuple. L'honneur de la Couronne, oblige le gouvernement fédéral, ses organismes et ses responsables à agir avec honneur, intégrité, bonne foi et équité dans tous ses rapports avec les peuples autochtones.

Les principales décisions

Qu'en est-il des revendications devant les cours de justice? Ce texte présente un résumé des décisions les plus importantes de la Cour suprême en ce qui concerne les droits des Autochtones (excepté les Métis et les Inuits) que soit du Québec ou du Canada. Mais attention, les décisions sont tellement nombreuses que nous avons dû faire des choix en regard de ce qui nous concerne le plus.

1) 1973, *Calder*:

Le jugement *Calder* est habituellement considéré comme une résurrection du droit autochtone. Il résulte d'une poursuite du Nisga'a, Frank Calder de Colombie-Britannique. La décision va complètement à l'opposé du livre blanc de P.E. Trudeau (1969) qui voulait mettre fin aux droits et au statut d'Indien au Canada.

La cour affirme, sur division, l'existence des droits territoriaux des Autochtones. En l'absence de loi, ces droits ne dépendent pas seulement de la Proclamation royale de 1763, mais du fait que, lorsque les colons européens sont arrivés, les Autochtones vivaient déjà en société organisée sur le territoire.

Au Québec, le jugement Malouf (1973), s'inspirant de Calder, confirme ces droits et entraîne la suspension des chantiers de la Baie-James. Les travaux reprennent 7 jours plus tard mais provoquent la signature de la Convention de la Baie-James.

Ce jugement relance le processus de conclusion de traités¹ qui s'était achevé en 1923². Depuis le jugement Calder (1973), plus d'une vingtaine d'accords que l'on qualifie de « traités modernes » ont été conclus et plus d'une cinquantaine sont en négociation dans les provinces et les territoires³. Celui de la Convention de la Baie-James fait office de référence exemplaire et en inspire plus d'un. À ses côtés les traités numérotés du 19e siècle du Canada anglais, « signés » sous la pression avec des Autochtones qui ne savaient ni lire ni écrire ne font pas le poids.

Comme on le verra, les Nisga'as qui ont initié cette affaire, ont obtenu un traité en 1996...

2) 1990, *Sioui* :

La Cour stipule que le document signé par le général Murray et par le chef huron-wendat en 1760 constitue un traité et non pas un simple acte de capitulation ou un laissez-passer. Jamais ce document n'avait été assimilé à un traité par les historiens. L'histoire prend-elle place au banc des accusés? C'est la première fois que la Cour révisé l'histoire mais pas la dernière⁴. En conséquence, la cour affirme que le droit issu d'un traité prévaut sur la loi provinciale de sorte que la condamnation des 4 frères Hurons-Wendat pour motif d'avoir coupé des arbres en 1982 dans le parc Jacques-Cartier sans égard à la Loi sur les parcs est renversée. C'est la première fois que l'on concédait des droits sur un territoire en dehors de la CBJNQ.

Le jugement *Sioui* a influencé d'autres affaires de droit autochtone au Canada, notamment *Badger* (1996), le cas d'un homme cri accusé d'avoir chassé illégalement, et *Marshall* (1999), le cas d'un homme micmac accusé de pêche illégale.

3) 1990, *Sparrow* : (Une semaine plus tard que *Sioui*)

La Cour reconnaît que la pêche pour des fins sociales, rituelles et d'alimentation incluant l'utilisation de filets réglementés et par extension la chasse, le piégeage ou la cueillette à des fins alimentaires constituent des droits ancestraux qui ne peuvent pas être éteint sans raison suffisante par une loi fédérale ou provinciale. Mais elle ne donne pas l'autonomie totale recherché par les Autochtones qui trouvent la décision un peu « soft ». Au contraire, elle laisse aux gouvernements le pouvoir d'en réglementer l'exercice raisonnablement en hiérarchisant les besoins.

¹ Par un traité, les Autochtones abandonnent des droits et des intérêts et gagnent des droits issus de ces mêmes traités.

² Environ 70 traités reconnus avaient été signés au Canada entre le XVIIIe siècle et l'année 1921.

³ [Une nouvelle orientation](#), Douglass R. Eyford, 2015, p. 5.

⁴ [La Cour suprême du Canada et la cause autochtone : l'histoire au banc des accusés, René Morin.](#)

Dorénavant l'honneur de la Couronne est en jeu en tant que fiduciaire. Elle devra tenir compte des droits des peuples autochtones dans ses lois à défaut de quoi elles pourront être jugées inopérantes.

Toutefois elle rappelle que ces droits ne sont pas absolus ni individuels mais collectifs.

4) 1996, *Van der Peet, Gladstone et Smokehouse*: Une question de droit ancestral.

Une femme autochtone de la Colombie-Britannique détenant un permis de pêche octroyé exclusivement à des fins alimentaires et rituelles, est accusée d'avoir vendu illégalement du saumon pêché. Des accusations semblables pour de la pêche à caractère commerciale sont portées dans les poursuites *Gladstone*, et *Smokehouse*.

La cour établit le critère dit *Van der Peet* : Pour constituer un droit ancestral, une activité doit être un élément d'une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante d'une culture distincte du groupe d'Autochtones et ce, depuis le moment du contact avec les Européens jusqu'à aujourd'hui. L'accusation est donc maintenue.

Ce jugement précise et réduit la portée des droits des Autochtones définis dans l'affaire *Sparrow* en 1990. Ce jugement évinça par la même occasion de nombreuses revendications. Les arrêts *Van Der Peet*, et *Smokehouse* ne sont que les premiers exemples qui vont contribuer à mettre un frein aux revendications trop hasardeuses.

Toutefois la Cour suprême a reconnu un droit ancestral de pêcher à des fins commerciales dans l'affaire *Gladstone* dû à l'ampleur démontrée dans les échanges entre ces communautés à l'époque. Mais elle a aussi fait remarquer que les futurs revendicateurs devront s'acquitter d'un lourd fardeau de preuve pour confirmer ce droit. La Cour mentionne qu'il faut aussi protéger le gagne-pain des pêcheurs non-autochtones.

Ceux qui préconisent la reconnaissance d'un droit ancestral de pêche commerciale autant que ceux qui s'y opposent ont tous crié victoire à la suite de ces arrêts...

5) 1996, *Côté* : Le cas du Québec

L'affaire *Côté* (1996) confirme, sur la base de l'article 35 de la constitution, l'existence des droits ancestraux pour le territoire du Québec. Ainsi en ce qui concerne le traitement des Autochtones, elle refuse de continuer à faire la différence entre le Québec, qui a hérité du régime français, et le régime anglais du reste du Canada malgré des différences historiques marquées et à l'avantage du Québec au niveau de la gestion des affaires autochtones.

La décision *Côté* change le cours de l'histoire au Québec au plan juridique⁵. Ainsi en l'absence de traité sur certains territoires, le jugement suggère que les traités à venir sont susceptibles d'avoir un impact non négligeable sur la gestion du territoire et le développement des ressources naturelles.

Ainsi des Algonquins de Maniwaki (Frank Côté et 4 autres) accusés dans cette affaire durent, contre leur volonté, payer leur droit d'accès à la ZEC pour aider à financer les

⁵ [La Cour suprême du Canada et la cause autochtone : l'histoire au banc des accusés](#). René Morin, p, 387. La Cour suprême rejette l'argument du « régime français ».

infrastructures. Mais pour ne pas être « déraisonnable » la Cour ne leur a pas imposé la détention d'un permis de pêche sur la base d'un droit ancestral issu d'un traité anglais de 1760 (Oswegatchy) qui mit fin à la Grande paix de Montréal signée en 1701 avec les Français.

6) 1997, *Delgamuukw* :

C'est en quelque sorte une 2^e affaire Calder. La cour affirme l'existence d'un titre aborigène⁶. Mais, malgré les revendications territoriales de plusieurs nations en Colombie-Britannique et après 374 jours de plaidoiries et des millions de dollars de frais, la Cour ne concède pas de territoire à personne. Elle se limite à fixer des critères pour qu'une communauté réussisse à prouver l'existence d'un titre sur un territoire.

Ainsi, pour obtenir un titre, une nation doit d'abord démontrer,

- 1) qu'elle occupait ce territoire avant la proclamation de la souveraineté britannique,
- 2) que cette occupation du territoire doit ensuite être non pas une « continuité parfaite », mais plutôt un « maintien substantiel du lien » entre le peuple et le territoire jusqu'à aujourd'hui,
- 3) et ce, de manière exclusive⁷ au moment de l'affirmation de la souveraineté britannique,

Le titre, c'est là où on habite. Ce titre, lorsqu'il est démontré, existe sur une portion de territoire, généralement la réserve. Il est collectif et inaliénable, il ne peut être cédé qu'à la Couronne.

Sur un autre plan, puisque les Autochtones n'ont pas d'histoire écrite, la Cour suprême admet comme preuve les récits oraux de leaders autochtones.⁸

1997, *Delgamuukw* (suite) :

Les droits ancestraux, composé des lieux de fréquentation, et le titre aborigène ne sont pas absolus comme l'affirme *Sparrow*. On peut leur porter atteinte cas par cas,

- 1) si le demandeur s'est acquitté de son obligation procédurale de consultation et d'accommodement;
- 2) en vertu d'un objectif législatif impérieux et réel de l'ensemble de la communauté;
- 3) si l'action demeure compatible avec le fait d'être fiduciaire des peuples autochtones. Ainsi l'action (de l'État ou d'une compagnie, etc.) doit porter le moins possible atteinte à des droits, offrir la participation dans le développement du territoire, etc.: Exploitation de mines, agriculture, construction de barrages, exploitation forestière, protection de l'environnement, etc.

S'il y a lieu le gouvernement devra dédommager convenablement par une juste indemnité selon la gravité de l'atteinte au droit.

⁶ Le plus grand procès de l'histoire en droit autochtone canadien. Son audition a duré 375 jours, et 10 000 pièces furent déposées.

⁷ Le lieu peut être partagé mais le contrôle doit être exclusif.

⁸ [Encyclopédie Canadienne](#). Certains historiens jettent un regard sévère sur la transmission orale. ([Morin, p. 381](#))

7) 1999, *Sundown* :

Un Cri s'est construit une cabane en rondin pour exercer son droit de chasse de subsistance dans un parc où cela est interdit. La Cour suprême décide que le camp de chasse est raisonnablement accessoire au droit des autochtones pour s'adonner à des expéditions de chasse traditionnelles.

8) 2004, *Haïda et Taku River* :

La cour confirme l'obligation de consultations⁹, cas par cas, de bonne foi et véritables lorsque des activités risquent d'avoir un effet préjudiciable sur des droits ancestraux et des droits issus de traités non encore prouvés. On va donc plus loin que *Sparrow*, mais il ne s'agit pas d'un droit de véto pour les autochtones et il n'y a pas d'obligation d'en arriver à un accord pour le gouvernement. Le principe de l'honneur de la Couronne lui impose qu'il faut trouver un équilibre entre les préoccupations des Autochtones et les autres intérêts sociétaux. L'obligation de consulter devient un pilier important de la réconciliation. Il s'applique même aux Autochtones qui ont des traités numérotés datant du 19^e siècle.

Par la suite en 2014 le jugement *William* oblige la Couronne à trouver des accommodements potentiellement substantiels.

9) 2006, *Affaires Sappier, Polchies et Gray* :

La Cour énonce que les Autochtones concernés détiennent un droit ancestral de couper des arbres à des fins domestiques et qu'ils n'ont pas à fabriquer des abris comme au 16^e siècle mais peuvent construire des habitations comme celles des autres Canadiens.¹⁰

10) 2022, *Rio Tinto vs Thomas and Saik'uz First Nation* :

Après 189 jours de procès, la Cour suprême de la Colombie-Britannique conclut que les entreprises privées peuvent être tenues responsables de nuisance pour avoir porté une atteinte déraisonnable à des droits des Autochtones. Il y aura appel de la décision.

Résumons-nous

En somme, les Autochtones, mais moins les Métis du Québec, ont progressé lentement et sûrement dans la reconnaissance à la pièce de certains droits. Les jugements se réfèrent à des recherches historiques et anthropologiques impressionnantes.

Il semble que le droit ancestral et le titre aborigène après avoir été assimilés à une sorte d'usufruit seraient plutôt de nature «*sui generis*»¹¹ en ce sens qu'ils n'entrent pas dans les catégories traditionnelles de biens. Attention, les nombreux et vastes

⁹ [Le gouvernement du Canada et l'obligation de consulter.](#)

¹⁰ [La Cour suprême du Canada et la cause autochtone : l'histoire au banc des accusés](#), René Morin, p. 396.

¹¹ [R. c. Guerin](#), [1984] 2 R.C.S. 335. Déf. : Situation juridique dont la singularité empêche tout classement dans une catégorie déjà répertoriée et nécessite de créer des textes spécifiques.

territoires ancestraux ne sont pas en voie de devenir des propriétés autochtones; les droits ancestraux ne mènent pas automatiquement à un titre de propriété.

Dans certains cas en Colombie-Britannique, on est tout de même rendus plus loin que le simple droit d'usufruit. On a concédé des territoires dans l'entente avec les *Nisga'as* en 1999, (2 000 km²) et dans l'Affaire *Tsilhqot'in* en 2014¹². En 2021, les *Nisga'as* ont proposé la construction d'un mégaprojet d'exportation de gaz naturel liquéfié (GNL) incluant une usine de liquéfaction flottante de 10 milliards. Cela nous rappelle un projet semblable au Saguenay...

Certains proposent même de revoir l'interdit aux provinces de réglementer l'exercice des droits y compris le titre ancestral. Ce n'est pas pour demain...

En fait, les cours prennent des décisions cas par cas. Il s'ensuit que chaque groupe d'Autochtones doit faire la preuve de son occupation du territoire¹³ ou de l'exercice d'une activité particulière dans un passé lointain. Par conséquent, tous les groupes d'Autochtones n'ont pas les mêmes droits ancestraux. On imagine ici les coûts astronomiques et les longueurs de ce processus. Certains comparent même les juristes à un banc de poissons affamés dans une mare dans laquelle on jette de la nourriture...

Ainsi le rapprochement du concept juridique canadien de « titre de propriété autochtone » avec l'idée que s'en font les Autochtones reste donc très difficile à concilier¹⁴. La Cour suprême ne parvient pas encore à résoudre tous les enjeux juridiques entourant le titre autochtone.

Enfin le titre autochtone s'il existe, n'annule pas la souveraineté de la Couronne sur les terres en question.

Conclusion

Ce texte, écrit pour le RLTP, est un point de départ pour comprendre la situation juridique complexe du droit autochtone. Il nous permet de supporter nos prises de position sur le sujet.

On peut affirmer que nos baux de villégiatures ne sont pas mis en cause par la Cour suprême même si la population autochtone augmente rapidement. On peut toujours présumer que nous rencontrerons de plus en plus d'Autochtones (et probablement d'Allochtones) sur le territoire. Ils seront là pour les mêmes raisons que nous : s'établir, chasser, pêcher, se reposer, profiter de la nature, réunir la famille, etc. Les Autochtones y seront pour réaliser des activités culturelles ancestrales et les Allochtones pour des activités certes plus modernes mais tout aussi culturelles dans un sens plus restreint. Les uns et les autres étant tout aussi potentiellement capables, selon nous ~~moi~~, de protéger les écosystèmes pour en faire profiter les générations futures.

Le passé impose une réconciliation et la jurisprudence impose une conciliation des demandes des Autochtones et des Allochtones au-delà du contenu des manuels d'histoire classique. Chacun devra faire des compromis.

¹² Le procès a duré 339 jours sur une période de cinq ans.

¹³ [La contribution du juge Lamer au droit autochtone](#), Sébastien Grammond, 2008, p. 31.

¹⁴ [L'encyclopédie canadienne](#).

Pour le moment, les conditions de vie des Autochtones sont extrêmement variables d'une communauté à l'autre. Pendant que certains profitent d'ententes conclues, de droits pétroliers, etc. les médias ne cessent de nous rappeler que d'autres vivent des conditions réellement difficiles malgré des sommes importantes investies et des efforts véritables des différents gouvernements. Si les ententes sont lentes à obtenir, il y a lieu de mentionner que des divisions importantes existent entre les nations et à l'intérieur même de ces nations ce qui n'aide pas les choses.

Il n'est pas facile d'aborder des cultures que l'on a refoulé, pratiquement oubliées par moment, mais qui font quand même partie de ce que nous sommes. Pour progresser et répondre au besoin de réconciliation, il faudra probablement que la sphère judiciaire laisse plus de place à la sphère politique et administrative.¹⁵ La sphère sociale doit prendre de l'importance en amont et en aval de toutes décisions concernant nos rapports intra et inter nations.

Pour terminer, il convient de rappeler que les conditions actuelles des peuples autochtones ne résultent pas seulement des décisions de la Cour suprême. Notre compréhension de la condition des Autochtones devrait passer par bien d'autres sujets : les nombreuses commissions d'étude, la déclaration de l'ONU sur les peuples autochtones, la recherche d'autonomie gouvernementale, les conditions économiques et les disparités entre les nations, le statut complexe découlant de la Loi des Indiens, les particularités de la culture autochtone, l'histoire des pensionnats et leurs impacts jusqu'à nos jours, etc. sans oublier de parler des Métis et des Inuits.

On a donc le choix dans la matière qui reste à aborder.

Le comité des affaires autochtones

¹⁵ [La Cour suprême du Canada et la cause autochtone : l'histoire au banc des accusés](#), René Morin, p. 400.