

Les Cahiers de droit



Une synthèse du droit des Autochtones : à propos d'un ouvrage de Sébastien Grammond

André Émond

Volume 44, Number 3, 2003

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043762ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/043762ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this note

Émond, A. (2003). Une synthèse du droit des Autochtones : à propos d'un ouvrage de Sébastien Grammond. *Les Cahiers de droit*, 44(3), 539–550. <https://doi.org/10.7202/043762ar>

Tous droits réservés © Faculté de droit de l'Université Laval, 2003

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

<https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/>

érudit

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

<https://www.erudit.org/en/>

NOTE

Une synthèse du droit des Autochtones : à propos d'un ouvrage de Sébastien Grammond

André ÉMOND*

Le droit canadien des Autochtones a connu un réveil en 1973 avec la reconnaissance judiciaire de leur titre ancestral¹, puis un véritable éclatement en 1982 avec la constitutionnalisation de ce titre ainsi que de tous leurs autres droits ancestraux et issus de traités. Toutefois, ces marqueurs de l'histoire légale du Canada ont pris des années avant de révéler leur potentiel de changement. Des zones d'ombre, voire d'obscurité totale, ont longtemps persisté. Elles étaient l'objet des spéculations les plus diverses. De grands arrêts de la Cour suprême du Canada sont venus en partie les éclairer : *Guerin*², *Sioui*³, *Sparrow*⁴, *Van der Peet*⁵, *Delgamuukw*⁶, *Marshall*⁷ et *Powley*⁸ viennent à l'esprit. Certes, aujourd'hui encore, le droit canadien des Autochtones continue d'évoluer à grands pas. Mais il a atteint une maturité qui permet de distinguer les grandes lignes de son architecture. M. Sébastien Grammond a saisi le moment pour proposer la première synthèse de ce champ du droit depuis les 30 dernières années. Il lui a donné

* Professeur, Département de droit et justice, Université Laurentienne.

1. *Calder c. P.G. Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313.
2. *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335.
3. *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025.
4. *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075.
5. *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507.
6. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010.
7. *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456.
8. *R. c. Powley*, C.S.C., n° du greffe : 28533, 19 septembre 2003.

pour titre *Aménager la coexistence : les peuples autochtones et le droit canadien*⁹.

M. Grammond fait ainsi œuvre de pionnier. C'est son plus grand mérite. Son entreprise n'était toutefois pas sans péril. Nous avons effectivement relevé dans son ouvrage quelques lacunes, tenant plus souvent de la forme que du fond.

Après un court exposé des buts et des méthodes du droit des Autochtones, l'auteur se lance dans un très long développement historique. Il consacre le reste de ses efforts à décrire le droit positif ayant cours à l'heure actuelle. L'ensemble se veut une synthèse introductive pour appréhender les principaux axes du droit des Autochtones.

L'ouvrage comporte un découpage méthodologique : alors que la partie décrivant le droit positif a été rédigée de la manière habituelle, celles qui sont consacrées aux buts et aux méthodes du droit des Autochtones et à son évolution historique ont été élaborées avec des termes et selon des références normatives imprécises. Voyons les détails de notre reproche.

Rappelons que le droit positif est formé par un ensemble de règles régissant une société, confondue de nos jours avec l'État, règles que les institutions de ce dernier, tribunaux, huissiers, police et armée, reconnaissent et appliquent, au besoin par l'usage de la force. Les règles en question peuvent être bonnes ou mauvaises, justes ou injustes, sans pour autant cesser de faire partie de l'ordre juridique positif.

Corollaire du principe de souveraineté, l'État décide quel est son droit sur son territoire en toute liberté. Pourtant, M. Grammond, dans sa grille d'analyse, suppose la supériorité du droit international sur le droit national, conformément à l'approche moniste d'après laquelle les normes internationales et nationales constituent un seul et même ordre juridique plutôt que deux systèmes distincts¹⁰. Notons que cette approche a été rejetée par les tribunaux canadiens, qui ont au contraire affirmé la suprématie de la loi du pays sur le droit international¹¹.

Il est possible d'émettre une opinion sur la valeur d'une règle de droit étatique en évaluant sa cohérence interne par rapport aux autres règles de droit étatique, ou encore en sortant de l'espace normatif du droit étatique pour lui appliquer un autre ensemble de règles. La première approche est

9. S. GRAMMOND, *Aménager la coexistence : les peuples autochtones et le droit canadien*, Montréal / Bruxelles, Éditions Yvon Blais / Bruylant, 2003.

10. *Id.*, p. 30.

11. *Louigny de Montigny c. Cousineau*, [1950] R.C.S. 287, p. 311 (j. Taschereau).

conforme à l'analyse positiviste traditionnelle. Elle ne remet pas en question les dogmes ou postulats du droit mais cherche simplement l'achèvement d'une plus grande cohésion de l'ensemble du système, notamment en éliminant les contradictions internes entre ses diverses règles. La seconde approche correspond plutôt à une analyse critique du droit positif lui-même. C'est ce qui se fait, par exemple, lors de l'évaluation de la conformité d'une règle de droit avec une morale particulière, soit laïque, soit religieuse. Selon que la règle de droit examinée est ou n'est pas conforme à ce code moral, elle sera dite bonne ou mauvaise, ou encore juste ou injuste. En ce sens, la justice est une notion morale, totalement distincte de l'ordre juridique positif. Enfin, peu importe l'approche retenue pour critiquer une règle de droit, il faut éviter les anachronismes. En effet, nul ne peut juger la cohérence d'un ordre juridique révolu en le comparant aux règles actuelles de droit positif, pas plus que la vertu d'un ancêtre ne saurait être jugée à l'aune de nouvelles prescriptions morales dont il ne connaissait pas encore l'existence : *impossibilium nulla obligatio est*¹².

Dans le portrait qu'il esquisse des buts et des méthodes du droit des Autochtones, et surtout de son évolution historique, M. Grammond avertit le lecteur qu'il ne fera pas une analyse exhaustive des principes de droit applicables à une époque donnée, mais démontrera que les rapports entre autochtones et colonisateurs peuvent être conceptualisés de différentes manières. Cela étant, il alterne entre une critique de cohérence interne du droit positif et une critique de ce droit fondée sur la morale, outre qu'il émaille son discours d'anachronismes. Ce mouvement continu entre les règles de droit positif et de morale, des règles situées dans un temps et un lieu quelquefois indéterminés, rend son cheminement difficile à suivre.

Au fil du texte, ça et là, apparaissent des jugements moraux de la part de M. Grammond sur le comportement des autorités coloniales à une époque donnée, sans qu'il précise expressément la nature du code moral auquel il se réfère. De par son propos, nous pouvons cependant croire qu'il s'agit de la conception moderne du droit de la nature.

Malgré le vocable « droit », la doctrine du droit naturel est en effet une morale, soit un ensemble de règles tenues pour valables inconditionnellement, peu importe le lieu et le temps, et qui servent à distinguer le bien du mal et le juste de l'injuste¹³. La dernière version de la doctrine du droit

12. « L'impossible est une obligation nulle » : A. MAYRAND, *Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, p. 180.

13. A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, 1968, p. 654 et 655, s.v. « morale ».

naturel a été définie par les John Locke, Jean-Jacques Rousseau et autres philosophes du XVIII^e siècle, le Siècle des lumières. Le droit naturel, avancé par ces philosophes, comprend et a toujours compris le droit inaliénable des hommes à la vie, à la liberté, à l'égalité devant la loi et au libre choix de leur forme de gouvernement, comme ils se trouvaient dans leur état de nature, quasi sauvage, à l'aube de l'humanité. Puisqu'ils sont égaux au regard de la loi naturelle, la justice consisterait donc à traiter de la même manière ceux qui se trouvent dans des situations comparables ou, comme le souligne M. Grammond, à traiter de manière différente des personnes qui sont dans des situations différentes¹⁴. Ce n'est que lentement et progressivement que cette conception moderne de la morale du droit naturel a été inscrite dans l'ordre juridique positif des États et de la communauté internationale dans son ensemble, avec pour point culminant l'adoption en 1948 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*.

Appliquant ces règles, qui ont été imaginées au XVIII^e siècle et qui ont mis encore des siècles avant de s'imposer, M. Grammond entreprend sa critique d'un mouvement de colonisation commencé au début du XVII^e siècle : « La dépossession des peuples autochtones a rarement été accompagnée d'une justification moralement valable¹⁵. » Elle était injuste, conclut l'auteur. Déplaçons-nous de l'autre côté de l'Atlantique. Nous parlons d'une époque où les États européens naissants se faisaient continuellement la guerre pour l'acquisition de territoires. Nous parlons d'une époque, où l'idée même d'égalité des hommes comme des peuples était totalement étrangère à la conscience populaire. Y avait-il une justification morale à la colonisation de l'Amérique ? Certainement pas selon les idées héritées du Siècle des lumières. Toutefois, au début du XVII^e siècle, l'évangélisation des Autochtones a fourni un excellent prétexte¹⁶, qui, comme par hasard, coïncidait avec l'intérêt mercantile des puissances européennes. La colonisation de l'Amérique n'était pas différente de l'expansion arabe vers le Maghreb et l'Espagne, aux VII^e et VIII^e siècles, ou de l'édification de l'Empire ottoman, aux XV^e et XVI^e siècles, qui ont été justifiées par un devoir d'islamisation des populations ainsi soumises.

M. Grammond soutient que le droit international a fourni le cadre légal des premières tentatives de légalisation de la conquête de l'Amérique, de 1500 à 1850. Il s'agissait, selon l'auteur, d'un droit en gestation créé de

14. S. GRAMMOND, *op. cit.*, note 9, p. 6.

15. *Id.*, p. 7.

16. O.P. DICKASON, « Renaissance Europe's View of Amerindian Sovereignty and Territoriality », *Plural Societies*, vol. 8, nos 3 et 4, 1977, p. 97-108.

toutes pièces par les doctes savants des puissances européennes. Pourtant, l'auteur reconnaît que la conduite des États était dictée plus par les nécessités du terrain que par des considérations de principes. Ces États vivaient dans un monde hobbesien, précurseur du positivisme juridique¹⁷, où la capacité d'imposer sa volonté par la force comptait plus que tout le reste. Ce sont leurs pratiques et non les écrits de philosophes qui ont forgé le droit international contemporain. Et ces pratiques avaient beaucoup plus pour objet le règlement de leurs conflits respectifs que leurs relations avec les Autochtones. En effet, dès que les puissances européennes ont résolu leurs conflits et assuré leur emprise sur le territoire, elles ont appliqué leur droit national pour opérer la lente mise en tutelle des Autochtones¹⁸, comme l'observe fort justement M. Grammond. Autrement dit, dès qu'ils ont été en mesure de le faire, les États européens ont accordé leur pratique avec leur prétention qui était de nier toute souveraineté aux peuples autochtones d'Amérique.

Les colonisateurs ont négocié de nombreux traités d'alliance et de paix avec les peuples autochtones. N'est-ce pas là l'indice d'une reconnaissance de leur souveraineté originelle ? Certes, mais les mêmes colonisateurs, entre eux et parfois au vu et au su des premiers habitants, niaient simultanément son existence. Même la *Proclamation royale de 1763*, un décret du roi George III cité par l'auteur comme preuve d'une relation égalitaire, pose le principe de la souveraineté anglaise¹⁹. Les traités indiens ressemblaient donc plus à une forme d'accommodement, un accord *sui generis* de droit interne selon les prononcés de la Cour suprême du Canada²⁰, qu'à une entente entre entités souveraines. Il s'agissait évidemment d'un point de vue que des Autochtones ne partageaient pas. Un observateur indépendant pourrait tout au plus affirmer que leurs relations étaient marquées par l'ambiguïté. Par exemple, le Traité d'Utrecht de 1713, un accord négocié entre puissances européennes, évoque l'existence d'Indiens « sujets » et « alliés »²¹.

17. Thomas Hobbes (1588-1679) a posé les premiers jalons du positivisme juridique dans l'ouvrage suivant : *Le citoyen ou les fondements de la politique*, (1642), traduction de Samuel Sorbière, Paris, GF Flammarion, 1982.

18. S. GRAMMOND, *op. cit.*, note 9, p. 34.

19. Dans la *Proclamation de 1763*, George III a déclaré que les Amérindiens vivant en dehors des colonies de peuplement conserveraient leurs terres « sous Notre souveraineté, Notre protection et notre autorité ».

20. R. c. *Sioui*, précité, note 3.

21. F.L. ISRAEL, *Major Peace Treaties of Modern History 1648-1967*, t. 1, New York, Chelsea House Publishers, 1967, art. 15, p. 210.

La pratique des États a pu évoluer, et avec elle le droit international, au point de reconnaître la souveraineté originelle des peuples autochtones partout au monde. M. Grammond cite à cet effet la colonisation espagnole du Sahara occidental en 1885. Toutefois, il n'est pas possible d'appliquer automatiquement la nouvelle règle à la situation qui existait 100 ou 200 ans plus tôt, comme le fait l'auteur. Pour y arriver, il faudrait croire que les jugements des instances internationales ne font que révéler un droit préexistant, immuable, comme s'il avait toujours existé dans son état actuel. Ce n'est pourtant pas la nature du droit international : étant lié à la pratique et à l'*opinio juris* des États, le droit international coutumier évolue avec elles²². Si l'existence d'un droit international dans la première partie du XVII^e siècle est supposée, il faut alors, pour en connaître les règles, s'en remettre à la pratique et à l'*opinio juris* des États de cette époque. Or, selon les usages et les idées d'alors, l'Amérique était considérée comme un territoire sans maître, susceptible d'appropriation par découverte suivie d'une occupation effective²³. C'est sur cette prétention, aujourd'hui moralement indéfendable, qu'ont été édifiés les nouveaux États américains.

Toujours selon le droit international, M. Grammond affirme qu'une appropriation de territoires, entre souverains indépendants, ne peut s'effectuer que par consentement mutuel²⁴. Si la souveraineté originelle des peuples autochtones avait été admise, ceux-ci auraient dû consentir à toute cession de souveraineté, raisonne l'auteur. C'était sûrement faux avant le XX^e siècle, alors que le droit international reconnaissait la conquête, légitime ou non, comme mode d'établissement de la souveraineté étatique²⁵. Les exemples foisonnent dans l'Europe au temps de la colonisation de l'Amérique. Et rien ne permet de croire que la situation était différente dans l'Amérique précoloniale. Même dans les cas où il est violé, le droit international reconnaît en outre l'acquisition d'un titre de souveraineté par prescription. Il suffit en effet à une puissance étrangère d'exercer l'autorité étatique sur un territoire donné pendant une très longue période, sans contestation par le souverain dépossédé durant le temps de prescription²⁶. Le droit international a ainsi pour habitude de s'adapter aux réalités.

22. C. EMANUELLI, *Droit international public*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1998, p. 51.

23. *Affaire de l'île de Palmas*, 4 avril 1928, extraits reproduits par J.-Y. MORIN, F. RIGALDIES et D. TURP, *Droit international public, notes et documents*, t. 1, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1997, p. 779 et 780. Voir aussi O.P. DICKASON, *op. cit.*, note 16.

24. S. GRAMMOND, *op. cit.*, note 9, p. 53.

25. *Statut du Groënland oriental*, C.P.J.I., 1933, n^o 53, p. 45 (la Cour); J.-M. ARBOUR, *Droit international public*, 3^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 222.

26. M.N. SHAW, *International Law*, 4^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 1997, p. 344.

Une chose est sûre : selon la common law, qui est le système juridique du colonisateur anglais et de son successeur, l'État canadien, l'affirmation de la souveraineté de la Couronne sur un territoire est un acte d'État. Ainsi qualifié par le juge canadien, celui-ci doit l'accepter comme une donnée incontestable, hors de sa juridiction, que l'acte en question ait été ou non conforme aux faits ou encore aux règles du droit international²⁷. M. Grammond en prend d'ailleurs acte²⁸. Réaliste, il reconnaît que les tribunaux se trouvent dans une position difficile : « Il n'est pas surprenant que les juges aient du mal à épouser complètement une approche critique du droit, car, après tout, cette approche mine leur propre crédibilité²⁹. » C'est la raison pour laquelle les tribunaux d'un État ne vont jamais remettre en cause les principes fondamentaux sur lesquels repose le système juridique de leur pays.

Pour cette raison, l'approche retenue par le droit positif canadien a été de reconnaître, non la souveraineté autochtone sur le territoire tribal traditionnel, mais un titre ancestral grevant l'intérêt de la Couronne. Dès les débuts de la colonisation, ce titre a été considéré comme inaliénable : les Autochtones ne pouvaient le céder qu'à la Couronne ou à ses cessionnaires, c'est-à-dire des particuliers à qui le roi avait conféré des titres nus. Ce n'est que beaucoup plus tard, entre 1754 et 1763, que les particuliers ont été définitivement écartés de toute négociation portant sur les cessions de titre indien. Ici, M. Grammond semble confondre les concepts distincts de l'inaliénabilité du titre indien, mis en place pour protéger les droits de la Couronne et de ses cessionnaires, et le monopole de négociation de la Couronne, instauré pour protéger les droits des Autochtones³⁰.

M. Grammond a raison de parler de mise en tutelle des Autochtones du Canada à partir de 1815³¹. Non parce que le droit national est substitué au droit international pour régir les relations entre le gouvernement colonial et les peuples autochtones, comme il le soutient, mais parce que ce gouvernement s'est senti libre d'appliquer son droit dans toute sa rigueur, sans plus temporiser, sans autre compromis. L'auteur explique cette mise en tutelle en rappelant que les Autochtones ont cessé d'avoir quelque

27. H. HOLDSWORTH, *A History of English Law*, t. 1, Londres, Sweet and Maxwell, 1964, p. 33 et 34.

28. S. GRAMMOND, *op. cit.*, note 9, p. 22 et 23.

29. *Id.*, p. 27.

30. *Id.*, p. 54, : « on reconnaissait que le droit autochtone sur les terres ne pouvait faire l'objet d'un transfert à qui que ce soit d'autre que la Couronne : on parle maintenant de l'inaliénabilité du titre ancestral ».

31. *Id.*, p. 70 et suiv.

importance militaire ou politique avec la fin de la guerre anglo-américaine commencée en 1812³².

Dans son analyse de l'évolution des relations anglo-indiennes, l'auteur néglige toutefois la dimension économique. Au cours des années 1820 et 1830, les ressources en fourrures de l'Est canadien, autrefois exploitées par les membres des premières nations, étaient quasiment épuisées. Les bandes indiennes se voyaient de plus réduites à vivre dans de modestes réserves. Elles survivaient avec le peu que ces terres produisaient et avec l'aide gouvernementale — des présents — donnée en compensations pour leurs terres perdues. Avec des moyens aussi modestes, les Autochtones ont demandé d'exclure les « Blancs » de leurs réserves et de limiter la distribution de présents aux seuls « vrais Indiens³³ ». Contrairement à ce que prétend M. Grammond, qui en perpétue le mythe, jamais le gouvernement colonial n'a « imposé » une définition de l'Indien sur la base du sang³⁴. Ce sont plutôt les Autochtones qui en ont fait la demande afin de limiter le nombre de personnes pouvant réclamer ce statut. Ils n'étaient pas plus racistes que les colons. Peut-être l'étaient-ils moins ! Cependant, leurs ressources restreintes les poussaient à limiter leur effectif. Alors qu'on discutait au Parlement du Canada d'une première loi établissant un code d'appartenance fondé sur le sang, en 1850, les Abénaquis d'Odanak réclamaient déjà une loi encore plus restrictive, de manière que la femme indienne mariant un non-Indien soit exclue de la bande, ainsi que ses enfants³⁵. Les Mohawks de Kahnawake, Kanesatake et Akwasasne ont tenu des propos identiques, une fois la loi adoptée³⁶. Le législateur a donc modifié sa loi dès 1851 pour répondre à leur attentes. La loi ainsi amendée est qualifiée d'injuste par M. Grammond³⁷. Certes, selon notre morale actuelle, elle est injuste. Mais l'était-elle alors ? On n'a qu'à se rappeler que les femmes de souche européenne ont aussi souffert de discrimination jusqu'à tout récemment.

M. Grammond qualifie d'époque sombre tout le XIX^e siècle et la première moitié du XX^e siècle, une période caractérisée par le positivisme et le paternalisme envers les peuples autochtones³⁸. Il n'est pas évident que la

32. *Id.*, p. 72.

33. D. DELÂGE et J.-P. SAWAYA, *Les traités des Sept-Feux avec les Britanniques : droit et pièges d'un héritage colonial au Québec*, Sillery, Éditions du Septentrion, 2001, p. 155.

34. S. GRAMMOND, *op. cit.*, note 9, p. 101.

35. D. DELÂGE et J.-P. SAWAYA, *op. cit.*, note 32, p. 191 et 192.

36. *Id.*, p. 192-194.

37. S. GRAMMOND, *op. cit.*, note 9, p. 102.

38. *Id.*, p. 104.

période précédente a été beaucoup meilleure pour eux. Les colons européens leur ont alors « volé » leur pays. La suite n'a été qu'une mise en application de prétentions qui dataient des premiers jours de la colonisation, alors qu'on est passé d'une souveraineté fictive, fondée sur des actes d'État, à une souveraineté effective, fondée sur le contrôle du territoire et la soumission de ses premiers habitants.

Comme nous l'avons dit plus haut, notre critique porte essentiellement sur la partie du livre consacrée aux buts et aux méthodes du droit des Autochtones et à son évolution historique. La dernière partie, l'essentiel de l'ouvrage qui porte sur l'étude du droit positif d'aujourd'hui, a été rédigée suivant la méthode habituelle. Celle-ci consiste à décrire et à expliquer le droit canadien des Autochtones tel qu'il est posé par les tribunaux judiciaires nationaux et à combler ses lacunes, par des suggestions de l'auteur, pour former un ensemble cohérent, conformément aux principes qui sous-tendent ce droit.

Comme, en droit des Autochtones, les tribunaux procèdent à la manière des juristes de common law, soit par l'ajout successif de règles à un ensemble déjà établi, dans un désordre apparent, il revient à la doctrine de proposer une typologie pour faire apparaître l'ordre sous-jacent³⁹. M. Grammond s'est bien acquitté de cette tâche. Encore que, selon son objectif initial qui était de proposer une introduction au droit des Autochtones, l'auteur aurait pu en faciliter la lecture aux non-initiés. Des tableaux résumant l'essentiel de ses propos, ou encore présentant des algorithmes servant à résoudre des litiges, par exemple une question de partage des compétences ou d'atteinte à un droit protégé, auraient été fort utiles aux lecteurs.

M. Grammond aurait pu aussi exploiter davantage la jurisprudence. Son exposé du droit positif est, par moments, si bref qu'il y manque des éléments essentiels.

Par exemple, dans sa caractérisation des droits ancestraux liés aux activités foncières⁴⁰, l'auteur aurait pu mentionner que la Cour suprême du Canada distingue trois grandes catégories de droits. Il y a les droits de chasse, de pêche ou de cueillette aux fins de subsistance, lorsque le gibier, le poisson ou le produit de la cueillette doit être consommé directement à l'intérieur de la collectivité titulaire du droit. La subsistance dont il est question comprend non seulement l'alimentation, l'habillement et le

39. *Id.*, p. 196.

40. *Id.*, p. 200 et suiv.

logement, mais également la consommation de produits à l'occasion de cérémonies rituelles⁴¹. Figure aussi, parmi les droits ancestraux liés à la terre, le droit d'échanger du gibier, du poisson ou le produit d'une cueillette contre de l'argent ou d'autres biens à petite échelle, un troc, en somme, de proportion modeste⁴². Contrairement au droit de subsistance, ce droit ancestral implique la possibilité d'un échange à l'extérieur de la collectivité titulaire du droit, que ce soit avec un non-autochtone ou avec un autochtone d'une autre communauté. Répétons que l'échange doit se faire à petite échelle, sinon le droit en cause devra être qualifié différemment. En effet, lorsque l'échange de biens a lieu à grande échelle, le droit ancestral doit être qualifié de droit d'échanger du gibier, du poisson ou le produit d'une cueillette contre de l'argent ou d'autres biens sur le marché commercial⁴³. Voilà une typologie qui permet de classer l'ensemble des droits fonciers autres que le titre indien.

De même, lorsqu'il décrit les règles régissant le droit des traités indiens, l'auteur éprouve quelque difficulté à mettre en évidence les critères permettant de distinguer le traité du simple contrat. Le plus important d'entre eux ressort pourtant fort bien de l'arrêt de principe sur le sujet : l'affaire *Sioui*⁴⁴. L'intention de créer des obligations et la présence d'obligations mutuellement exécutoires sont des caractéristiques communes aux traités indiens et aux contrats de common law ou de droit civil. Ce qui distingue le traité du simple contrat est la volonté des parties d'établir entre elles des relations stables et durables. En effet, un traité indien n'inclut jamais une date qui marque son terme ; plusieurs d'entre eux comportent d'ailleurs une clause indiquant que le traité continuera d'exister tant que le soleil brillera et que la rivière coulera, expression imagée qui exhale un parfum d'éternité. Il ne faut pas y voir une garantie de la durée des traités, car les droits qui y sont inscrits peuvent être éteints comme d'autres droits, mais seulement qu'ils ont pour objet d'établir des relations stables et durables entre la communauté autochtone signataire et la Couronne⁴⁵. Voilà pourquoi la nature des droits reconnus dans un document peut être l'indice qu'il s'agit bien d'un traité. Tout document qui se résumerait à une transaction financière ou commerciale entre une bande et le gouvernement canadien, comme la construction et la gestion d'un hôpital ou la vente d'un

41. *R. c. Sparrow*, précité, note 4, 1086 et 1101 (j. Dickson).

42. *R. c. N.T.C. Smokehouse*, [1996] 2 R.C.S. 672, 687 et 688 (j. Lamer) ; *R. c. Van der Peet*, précité, note 5, 563 (j. Lamer).

43. *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, 744 et 747 (j. Lamer).

44. *R. c. Sioui*, précité, note 3.

45. *Id.*, p. 1047 et 1048 (j. Lamer *in fine*).

aéroport, ne pourrait alors constituer un traité, parce qu'il ne viserait pas la gestion à long terme de leurs relations intercommunautaires. Par contre, un document qui garantirait l'exercice de droits tels que la liberté de religion, la pratique de coutumes ou le maintien d'un gouvernement autochtone, des droits qui ne connaissent pas de fin prévisible, aurait plus de chances d'être qualifié de traité indien⁴⁶.

Un autre sujet important abordé par M. Grammond est le gouvernement autochtone autonome. Parmi les formes de gouvernement, il y a ceux qui ont été créés ou reconnus par les différentes lois sur les Indiens et les modes traditionnels de gouvernement⁴⁷. L'un et l'autre peuvent se confondre. Comme le remarque l'auteur, les lois sur les Indiens ont reconnu et non créé des gouvernements autochtones autonomes⁴⁸.

Dire qu'un gouvernement existe est une chose, définir l'étendue de ses compétences en est une autre. Le gouvernement autochtone, connu sous le nom de « conseil de bande », exerce des pouvoirs délégués par le législateur fédéral en vertu de la *Loi sur les Indiens*⁴⁹. Il ressemble en cela à un conseil municipal. Cependant, à la différence du conseil municipal, il peut aussi prétendre exercer des pouvoirs inhérents. Ces derniers sont liés organiquement aux droits ancestraux et issus de traités des peuples autochtones. S'agit-il de pouvoirs de gouvernement, comme l'avance M. Grammond ? Celui-ci aurait eu avantage à clarifier ce concept, parce que tout groupe ayant des droits de propriété possède également un pouvoir accessoire d'autogestion. Une Église, par exemple, a aussi des droits collectifs. Elle décide quels sont ceux, parmi ses membres, qui jouiront de ses biens et comment ils en feront usage. Elle réglemente les conditions d'appartenance à son organisation. Il lui arrive même de discipliner ses membres, jusqu'à l'expulsion. Toutefois, elle ne peut jamais utiliser la force. Dans l'univers positiviste décrit par les John Austin, Hans Kelsen et Herbert L.A. Hart, un pouvoir de gouvernement est justement lié à l'utilisation possible de la force. En l'absence de toute habilitation législative, il semble que le gouvernement autochtone n'ait pas un tel pouvoir, que son autorité se limite à gérer les droits de sa collectivité sous la supervision des tribunaux et des forces policières canadiennes, comme le ferait une Église. Peut-être alors serait-il préférable de qualifier les droits ancestraux liés au mariage, à

46. *Id.*, p. 1048 (J. Lamer).

47. S. GRAMMOND, *op. cit.*, note 9, p. 280 et suiv.

48. *Id.*, p. 282 et 283.

49. *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, c. I-5.

l'adoption, aux pratiques religieuses, à l'usage de la langue et à la gestion des droits fonciers de la bande de droits sociaux plutôt que de droits de gouvernement.

Soulignons à nouveau le mérite de M. Grammond d'avoir écrit la première synthèse du droit des Autochtones depuis la modernisation de ce droit. Comparé à la tâche de l'auteur, notre travail de critique peut sembler facile, et conséquemment injuste, car quiconque se serait attelé au même projet aurait connu de semblables écueils. Nos propos doivent donc être considérés comme autant de suggestions qui, nous l'espérons, permettront d'améliorer les éditions subséquentes de cette monographie, sans doute appelée à devenir une référence incontournable du droit canadien des Autochtones.