

La trilogie *Van Der Peet*, *Gladstone*, *Smokehouse* et le droit autochtone

Éric Clémot

Volume 28, Number 1, March 1997

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1035709ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1035709ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Clémot, É. (1997). La trilogie *Van Der Peet*, *Gladstone*, *Smokehouse* et le droit autochtone. *Revue générale de droit*, 28(1), 89–108.
<https://doi.org/10.7202/1035709ar>

Article abstract

When the Europeans arrived in North America, the native people were already here and were living in organised societies as they had been for centuries. It is this fact, above all, which distinguishes the aboriginals from other minorities in this country and which commands a particular constitutional status. Ancestral rights, recognized and confirmed in Section 35(1), must therefore attempt to reconcile the said preexistence of native societies with that of state sovereignty. According to the Supreme Court of Canada, this conciliation of interests will be achieved through the careful analysis and weighing of the fundamental values of aboriginal people on the one hand, and the democratic values of the larger society to which they belong, on the other. With this objective in mind, the Supreme Court of Canada has defined the notion of native right as a practice, custom or tradition which can be shown today as having preexisted the Europeans, and which has survived the latter's influence in that the said practice, custom or tradition has maintained its distinctive character for the particular native group claiming it. In so defining aboriginal rights, the Supreme Court of Canada has thereby rejected numerous other claims for which custom, practice or tradition had but a peripheral or secondary importance to the group in question. The trilogy *Van Der Peet*, *Smokehouse*, and *Gladstone* reveals a new approach with respect to native rights. Indeed, for the Supreme Court of Canada, if the protection of aboriginal rights is one of the necessary elements in this conciliation, the limits imposed thereon are another since the objectives aimed are sufficiently important for the Canadian community as a whole.

La trilogie *Van Der Peet, Gladstone, Smokehouse* et le droit autochtone

ÉRIC CLÉMOT

Étudiant à la Faculté de droit
de l'Université d'Ottawa
(Section de droit civil)

RÉSUMÉ

Quand les Européens sont arrivés en Amérique du Nord, les peuples autochtones s'y trouvaient déjà et vivaient en sociétés organisées comme ils l'avaient fait pendant des siècles. C'est ce fait, par dessus tout, qui distingue les aborigènes des autres minorités du pays et qui commande leur statut constitutionnel particulier. Les droits ancestraux reconnus et confirmés à l'article 35(1) doivent donc tendre à concilier la préexistence des sociétés autochtones avec la souveraineté de l'État. Or, pour les juges de la Cour suprême, cette conciliation des intérêts en présence passe par un dosage méticuleux entre les valeurs fondamentales des autochtones et les valeurs démocratiques d'une communauté politique plus large à laquelle ils appartiennent. Ayant cet objectif à l'esprit, les juges ont défini la notion de droit ancestral comme une pratique, coutume ou tradition dont on peut démontrer de nos jours qu'elle prend sa source dans une activité qui fut exercée avant l'arrivée des Européens et qui a survécu à leur influence en ce qu'elle garde son caractère distinctif pour le groupe

ABSTRACT

When the Europeans arrived in North America, the native people were already here and were living in organised societies as they had been for centuries. It is this fact, above all, which distinguishes the aboriginals from other minorities in this country and which commands a particular constitutional status. Ancestral rights, recognized and confirmed in Section 35(1), must therefore attempt to reconcile the said preexistence of native societies with that of state sovereignty. According to the Supreme Court of Canada, this conciliation of interests will be achieved through the careful analysis and weighing of the fundamental values of aboriginal people on the one hand, and the democratic values of the larger society to which they belong, on the other. With this objective in mind, the Supreme Court of Canada has defined the notion of native right as a practice, custom or tradition which can be shown today as having pre-existed the Europeans, and which has survived the latter's influence in that the said practice, custom or tradition has maintained its distinctive character for the particular native

autochtone qui le revendique. En définissant ainsi les droits ancestraux, la Cour suprême évinçait par la même occasion de nombreuses revendications qui ne reposaient que sur une coutume, pratique ou tradition n'ayant qu'un caractère accessoire à la culture distinctive du groupe en question. Les arrêts Van Der Peet, Smokehouse et Gladstone, sont révélateurs de cette nouvelle orientation du droit autochtone, car pour la Cour suprême, si la protection des droits ancestraux est l'un des éléments nécessaires à cette conciliation, les limites imposées à ces mêmes droits en sont un autre si les objectifs visés sont suffisamment importants pour la communauté canadienne dans son ensemble.

group claiming it. In so defining aboriginal rights, the Supreme Court of Canada has thereby rejected numerous other claims for which custom, practice or tradition had but a peripheral or secondary importance to the group in question. The trilogy Van Der Peet, Smokehouse, and Gladstone reveals a new approach with respect to native rights. Indeed, for the Supreme Court of Canada, if the protection of aboriginal rights is one of the necessary elements in this conciliation, the limits imposed thereon are another since the objectives aimed are sufficiently important for the Canadian community as a whole.

SOMMAIRE

Introduction	91
I. L'identification des droits ancestraux	93
A. Le test pour l'établissement des droits ancestraux	93
1. Première étape : la nature du droit ancestral revendiqué.....	93
2. Deuxième étape : l'importance du droit revendiqué pour la société autochtone distinctive	95
B. La portée des droits ancestraux	97
1. La distinction entre droit ancestral et titre aborigène.....	97
2. Le droit à l'autonomie gouvernementale	98
3. La situation des Métis	99
II. La protection des droits ancestraux	100
A. L'étendue de la protection	101
1. La situation antérieure aux arrêts du 21 août 1996	101
2. Les apports de la trilogie.....	102
B. Les limites de la protection.....	103
1. Une atteinte <i>prima facie</i> aux droits ancestraux... ..	104
2. ...Justifiée par un intérêt légitime plus important.....	105
Conclusion.....	107

INTRODUCTION

« Après être demeurée chez elle durant des siècles, l'Europe, guidée par la science nautique, a mené, grâce à son esprit d'entreprise, certains de ses fils aventuriers au nouveau monde. Ils ont trouvé celui-ci en la possession d'un peuple qui avait fait peu de progrès dans le domaine agricole ou industriel et qui passait le gros de son temps à chasser, pêcher et guerroyer »¹. On reconnut les aborigènes comme les premiers occupants de ce territoire, mais on leur dénia le pouvoir de disposer des terres à leur gré en qualité de nations indépendantes, en vertu du principe selon lequel la découverte conférerait à ceux qui l'avaient faite un titre exclusif. Des missions aux réserves indiennes où les Indiens étaient cantonnés au XIX^e siècle, nous assistons aujourd'hui à la reconquête, par les autochtones, de leur dignité et d'une partie de leurs droits à la souveraineté. Il suffit d'analyser la jurisprudence canadienne des deux dernières décennies de ce siècle pour s'en convaincre. Ce nouvel essort du droit autochtone s'explique tant par la volonté d'un peuple qui cherche à s'affirmer que par une sensibilisation grandissante des tribunaux à cet égard.

La doctrine juridique des droits ancestraux n'est pourtant pas nouvelle puisqu'elle existait déjà en common law². Néanmoins, comme les droits ancestraux n'avaient pas de statut constitutionnel, le législateur fédéral pouvait à tout moment les éteindre ou les réglementer³. À la suite de l'adoption de l'article 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les droits ancestraux se sont vus reconnus et confirmés et ont bénéficié d'une protection spéciale en ce qu'ils ne peuvent plus désormais être réglementés ou violés qu'en conformité avec le critère de la justification énoncé par la Cour suprême dans l'arrêt *Sparrow*⁴. Cet arrêt est à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ce que l'arrêt *Oakes*⁵ est à l'article 1 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Il est donc clair que l'article 35(1) représente l'aboutissement, tant dans l'arène politique que sur la scène judiciaire, de la reconnaissance des droits ancestraux. Cette disposition qui s'applique aux Indiens, aux Inuit et aux Métis⁶ est l'assise constitutionnelle à partir de laquelle des négociations ultérieures seront entreprises et constitue également une protection des droits ancestraux tant à l'égard de la compétence législative fédérale que provinciale⁷.

Avant d'analyser la portée de l'article 35(1) au regard de la trilogie *Van Der Peet*, *Gladstone* et *Smokehouse*, il convient de rappeler la méthode d'interprétation applicable aux litiges entre les peuples autochtones et l'État. « La méthode qu'il convient d'adopter est celle dérivée des principes généraux d'interprétation constitutionnelle, des principes relatifs aux droits ancestraux et des objets sous-jacents à la disposition constitutionnelle elle-même. »⁸ Le principe, selon lequel les

1. *R. c. Van Der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, p. 543

2. *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313.

3. *Kruger c. la Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104, p. 112; *R. c. Derrickson*, (1976) 71 DLR (3d) 159 (CSC); voir aussi l'article 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui confère au Parlement central le pouvoir de légiférer exclusivement sur les Indiens et les terres réservées aux Indiens.

4. *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075.

5. *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

6. Article 35(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

7. *R. c. Sparrow*, *supra*, note 4, p. 1105.

8. *Id.*, p. 1106.

textes constitutionnels doivent être interprétés en fonction des intérêts qu'ils visent à protéger, énoncé par la jurisprudence rendue sous la *Charte canadienne des droits et libertés*⁹, s'applique également à l'interprétation de l'article 35(1).

En outre, si l'on considère les objectifs de la confirmation des droits ancestraux, une interprétation libérale et généreuse du texte s'impose¹⁰. Ce principe d'interprétation découle de la nature même des rapports de fiduciaire entre l'État et les peuples autochtones. D'ailleurs, la Cour suprême faisant référence à l'arrêt *Guérin*¹¹, rappelle que « la couronne doit être tenue au respect d'une norme élevée — celle d'agir honorablement — dans ses rapports avec les peuples autochtones du Canada »¹². L'existence de ces rapports de fiduciaire emporte également le fait que tous doutes ou ambiguïtés concernant la portée et la définition des droits visés par l'article 35(1) doivent être résolus en faveur des peuples autochtones¹³.

La Cour suprême a élaboré dans l'arrêt *Sparrow* précité, un test en trois parties qu'il convient d'appliquer aux affaires constitutionnelles dans lesquelles on demande qu'un droit soit protégé en tant que droit ancestral. Dans son analyse, le tribunal devra procéder méthodiquement et rechercher d'une part, l'évaluation et la définition d'un droit ancestral existant, et d'autre part, l'établissement d'une atteinte *prima facie* au droit reconnu et enfin, la justification de cette atteinte. Le tribunal devra se livrer à l'interprétation des droits ancestraux dans le contexte de l'histoire et de la culture de la société autochtone concernée, de manière à leur donner un sens pour ceux qui les revendiquent. Toutefois, dans l'affaire *Sparrow*, l'existence du droit ancestral des Musqueams de pêcher pour des fins alimentaires et cérémoniales n'étant pas sérieusement contestée par les parties, la Cour suprême n'a pas eu à se prononcer sur la question de savoir comment s'y prendre pour définir les droits reconnus et confirmés par l'article 35(1).

C'est à cette question que la Cour a répondu par trois arrêts du 21 août 1996¹⁴ que l'on a dénommés la trilogie *Van Der Peet*. Ces arrêts sont importants pour le développement et l'utilisation du test relatif à l'établissement des droits ancestraux. Ils ont également précisé ce qu'il fallait entendre par une intention « claire et expresse » d'éteindre un droit ancestral.

L'Arrêt *Gladstone* en particulier a dégagé certains principes généraux d'application en répondant à la question de savoir comment le test élaboré dans *Sparrow* s'appliquait aux droits ancestraux ayant une composante commerciale. Enfin, la Cour suprême a fait une comparaison intéressante entre les droits ancestraux et le titre aborigène et, en le faisant, a donné quelques indications sur l'approche possible des revendications du droit à l'autonomie gouvernementale.

Afin de percevoir l'impact sur le droit autochtone des arrêts du 21 août 1996, il convient d'identifier les droits ancestraux reconnus par cette jurisprudence (I) avant d'envisager leur protection constitutionnelle sous l'article 35(1) (II).

9. *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344; *Hunter c. Southam Inc.* [1984] 2 R.C.S. 145, p. 155.

10. *R. c. Sparrow*, *supra*, note 4, p. 1106; voir aussi *Nowegijick c. R.*, [1983] 1 R.C.S. 29, p. 36.

11. *Guérin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335.

12. *R. c. Sparrow*, *supra*, note 4, p. 1109.

13. *R. c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451, p. 464; voir aussi *R. c. Van Der Peet*, *supra*, note 1, p. 537.

14. *R. c. Van Der Peet*, *ibid.*; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672.

I. L'IDENTIFICATION DES DROITS ANCESTRAUX

La Cour suprême, en appliquant l'arrêt *Sparrow* aux espèces *Van Der Peet*, *Gladstone* et *Smokehouse*, devait définir les droits ancestraux reconnus et confirmés par l'article 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. L'arrêt *Van Der Peet* rendu en premier est, sur ce point, le plus important en ce qu'il a élaboré le test pour l'établissement des droits ancestraux et a servi de précédent pour les arrêts subséquents.

A. LE TEST POUR L'ÉTABLISSEMENT DES DROITS ANCESTRAUX

Avant l'élaboration du test, la Cour suprême souligne l'importance de définir la portée de l'article 35(1) d'une manière qui permette de cerner à la fois l'aspect ancestral et l'aspect droit. Pour réaliser cet objectif au regard de la nature dualiste des droits ancestraux, la Cour doit baser son analyse sur les peuples autochtones et leurs droits par rapport à la société canadienne dans son ensemble. Se référant aux propos du juge en chef Dickson et du juge La Forest dans l'arrêt *Sparrow*¹⁵, la Cour constate que le droit des Musqueams de pêcher à des fins alimentaires fut qualifié de droit ancestral aux motifs que cette activité faisait « partie intégrante » de leur « culture distinctive ». C'est à la lumière de ces motifs que la Cour va élaborer le test de la partie intégrante dans l'arrêt *Van Der Peet* et préciser par la même occasion le langage adopté sous *Sparrow*.

« Pour 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. »¹⁶ Dans sa démarche, la Cour suprême se confine à une analyse en deux temps. Le tribunal doit d'abord déterminer la nature du droit revendiqué pour juger ensuite si la revendication satisfait au critère de la partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone.

1. Première étape : la nature du droit ancestral revendiqué

Pour bien caractériser une revendication, le tribunal doit tenir compte en particulier de la nature de l'acte soi-disant accompli en vertu d'un droit ancestral, de la nature du règlement, de la loi ou de la mesure gouvernementale contestée, ainsi que de la coutume, pratique ou tradition invoquée pour établir l'existence du droit.

La Cour précise qu'il convient d'examiner ces activités d'un point de vue général et non spécifique. Il faut faire preuve de prudence en caractérisant la revendication car « le tribunal ne doit pas perdre de vue qu'il est possible que les activités en question soient l'exercice, sous une forme contemporaine, d'une coutume, pratique ou tradition qui existait avant le contact avec les Européens »¹⁷. Cette approche, qui favorise la méthode fondée sur le caractère dynamique des droits et rejette celle des droits figés, est tout à fait conforme à l'interprétation donnée sous l'arrêt *Sparrow*¹⁸.

15. R. c. *Sparrow*, *supra*, note 4, p. 1099.

16. R. c. *Van Der Peet*, *supra*, note 1, p. 549.

17. *Id.*, p. 553.

18. R. c. *Sparrow*, *supra*, note 4, pp. 1091 et 1093.

Dans leur appréciation des revendications autochtones, la Cour rappelle que les tribunaux doivent se montrer ouverts au point de vue des aborigènes sans oublier que les droits ancestraux existent dans les limites du système juridique canadien¹⁹. Il est donc essentiel de délimiter correctement ce qui est revendiqué, car la réponse à la question de savoir si la preuve étaye la revendication dépend principalement de la nature précise de ce que la preuve vise à établir.

C'est la raison pour laquelle la caractérisation par le tribunal de la nature du droit ancestral revendiqué ne coïncide pas toujours avec la qualification que le groupe autochtone lui avait donnée. Ce fut d'ailleurs le cas dans l'arrêt *Pamajewon*, rendu après la trilogie, dans lequel les appelants avaient qualifié la revendication de droit à la gestion et l'utilisation des terres de la réserve comme ils le désiraient en vertu d'un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale. La Cour en considération des facteurs pertinents a caractérisé le droit comme étant celui de participer et de réglementer les jeux de hasard sur la réserve. En l'espèce, tous les facteurs analysés par la Cour étaient reliés à la réglementation des jeux²⁰.

Dans l'arrêt *Van Der Peet*, le droit ancestral revendiqué n'a pas été caractérisé comme un droit de pêche commerciale mais plutôt comme celui d'échanger du poisson contre de l'argent ou d'autres biens. En l'espèce, madame Van Der Peet ayant vendu dix saumons pour la modique somme de cinquante dollars, l'opération réalisée ne pouvait être qualifiée de « commerciale » que dans le sens le plus large du terme.

Par contre, dans l'affaire *Smokehouse*, le droit revendiqué semblait davantage se rapprocher d'un droit de pêche commerciale. En effet, la vente de plus de 119 000 livres de saumon, par le groupe autochtone composé de 80 personnes, à des usines de transformation alimentaire de la Colombie-Britannique, aurait pu être qualifié d'acte de commerce. Mais comme les dispositions réglementaires en question dans les deux espèces, interdisaient complètement la vente ou l'échange de poisson pris en application d'un permis de pêche de subsistance, la Cour a déterminé la nature du droit revendiqué de la même façon. Néanmoins, la revendication d'échanger du poisson contre de l'argent ou d'autres biens, ayant pris une envergure commerciale dans *Smokehouse*, imposait un fardeau de preuve plus lourd que dans *Van Der Peet*²¹.

Or, la Cour, n'ayant pas reconnu l'échange de poisson contre de l'argent ou d'autres biens comme faisant partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone en l'espèce, n'avait pas, *a fortiori*, à se prononcer sur l'existence éventuelle d'un droit ancestral de pêche commerciale²².

C'est l'arrêt *Gladstone* qui, sur ce point, pousse l'analyse jusqu'au bout. En l'espèce, Donald et William Gladstone allèguent, en défense à une accusation de tentative de vente de rogue de hareng sur varech, avoir agi conformément à un droit ancestral protégé par l'article 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Les accusés ayant expédié 4 200 livres de rogue de hareng sur varech dans la banlieue de Vancouver, en espérant trouver acheteur sur place, avaient tenté d'en vendre 35 livres à un poissonnier de Vancouver. Se référant à l'affaire *N.T.C. Smokehouse*, la Cour suprême décide qu'il y a lieu de se demander, dans un premier temps, si les accusés peuvent démontrer qu'ils possèdent le droit ancestral d'échanger de la

19. R. c. *Van Der Peet*, *supra*, note 1, pp. 550 et 551.

20. R. c. *Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821.

21. R. c. *N.T.C. Smokehouse Ltd*, *supra*, note 14, pp. 687 et 688.

22. *Id.*, p. 688.

rogue de hareng sur varech contre de l'argent ou d'autres biens et, dans un deuxième temps, s'ils peuvent également démontrer le droit ancestral de vendre ce produit sur le marché commercial. La Cour a dû se prononcer sur ce point puisque l'arrêt *Gladstone* est le seul dans la trilogie, comme nous le verrons, dans lequel un droit ancestral a été reconnu.

Enfin, pour éviter toute confusion, il convient de préciser que l'importance du droit réclamé par la communauté autochtone n'est pas un facteur pertinent à la première étape du test. Le fait de savoir si une coutume, pratique ou tradition fait partie intégrante de la société autochtone distinctive n'est pertinent qu'à la deuxième étape du test.

2. Deuxième étape : l'importance du droit revendiqué pour la société autochtone distinctive

Lorsque la nature du droit ancestral revendiqué a été établie, il faut déterminer si le droit en question rencontre les critères nécessaires pour bénéficier de la protection de l'article 35(1).

Dans l'arrêt *Van Der Peet*, la Cour suprême décide que « pour faire partie intégrante d'une culture distinctive, une coutume, pratique ou tradition doit avoir une importance fondamentale pour la société autochtone concernée »²³. Il convient donc de s'attarder à identifier seulement les éléments qui rendent ces sociétés distinctives et non ceux qui les rendent distinctes²⁴. Ce qui revient à rechercher, en réalité, les aspects d'une culture qui font d'elle ce qu'elle est, et non les coutumes, pratiques ou traditions qui sont différentes de celles d'une autre culture. Cette interprétation découle de la reconnaissance dans l'arrêt *Sparrow* de l'existence d'un droit ancestral de pêcher à des fins alimentaires. Cette activité, bien que pratiquée aux quatre coins du monde était néanmoins caractéristique de la culture Musqueam et constituait dès lors un élément distinctif de cette culture. « Les Musqueams ont toujours pêché pour des raisons liées à leur survie culturelle et matérielle. »²⁵

Par conséquent, on ne saurait tenir compte des aspects de la société autochtone qui sont communs à toutes les sociétés humaines, ni de ceux qui n'ont qu'un caractère accessoire ou occasionnel. C'est d'ailleurs en vertu de ce dernier caractère que l'arrêt *Gladstone* diffère de *Van Der Peet* et *Smokehouse*. Dans l'arrêt *Gladstone*, l'échange de rogue de hareng sur varech n'était pas une activité accessoire des activités sociales et rituelles²⁶ mais était, en soi, une caractéristique fondamentale et importante de la société Heiltsuk²⁷. Or, dans l'arrêt *Smokehouse*, la Cour fait remarquer que s'il est possible « que les potlachs et autres cérémonies fassent partie intégrante des cultures Sheshaht et Opetchesaht, et que, à ce titre, ils soient reconnus et confirmés comme des droits ancestraux [...] les échanges de poisson qui sont des activités accessoires de ces événements ne sont pas, en soi, une caractéristique suffisamment fondamentale, importante ou déterminante de ces sociétés pour être reconnus comme un droit ancestral visé au paragraphe 35(1) »²⁸.

23. R. c. *Van Der Peet*, *supra*, note 1, p. 553.

24. *Id.*, p. 560.

25. R. c. *Sparrow*, *supra*, note 4, p. 1099.

26. R. c. *Van Der Peet*, *supra*, note 1, pp. 567 et 568.

27. R. c. *Gladstone*, *supra*, note 14, p. 748.

28. R. c. *N.T.C. Smokehouse Ltd*, *supra*, note 14, p. 690.

De même, dans l'arrêt *Van Der Peet*, la Cour suprême, reprenant les motifs du juge de première instance, conclut à l'inexistence du droit ancestral revendiqué par le groupe des Sto:lo « [...] Le commerce qui se faisait résultait soit d'échanges découlant d'occasions fortuites. Ces échanges avaient seulement un caractère accessoire [...] »²⁹. En réalité, comme le fait remarquer la Cour, « une façon pratique d'aborder ce problème est de se demander si, sans cette coutume, pratique ou tradition, la culture en cause serait fondamentalement modifiée ou différente »³⁰.

En outre, si l'importance de la coutume, pratique, ou tradition est un facteur qui servira à guider le tribunal dans son analyse, il convient également de considérer un facteur temps afin de décider si le droit revendiqué satisfait au critère de la partie intégrante de la culture distinctive en question. Sur ce point, constituent des droits ancestraux, les coutumes, pratiques et traditions qui marquent la continuité avec celles qui existaient avant le contact avec les Européens. La période pertinente n'est pas celle qui a précédé l'affirmation par Sa Majesté de sa souveraineté, mais plutôt celle qui a précédé l'arrivée des Européens en Amérique du Nord. Cette analyse est tout à fait conforme avec le fait que les peuples autochtones étaient ici les premiers et avec l'objet sous-tendu à l'article 35(1) qui vise à réconcilier les sociétés préexistantes avec la souveraineté de la Couronne. Par conséquent, « constitueront des droits ancestraux les coutumes, pratiques ou traditions dont l'origine peut être attribuée aux ancêtres de la collectivité autochtone en cause, qui vivaient avant le contact avec les Européens »³¹. Toutefois, ce concept de continuité n'a pas à être parfait puisque la Cour reconnaît qu'une interruption et une reprise ultérieure de l'activité revendiquée n'empêche pas l'établissement d'un droit ancestral³².

Le fait également que l'activité se soit adaptée en réaction à l'arrivée des Européens, n'est pas pertinent pour l'appréciation de la revendication. Il en serait autrement si l'activité invoquée n'était que le fruit des influences européennes. Telle fut d'ailleurs la situation dans l'arrêt *Van Der Peet* lorsque le juge du procès fit remarquer que « les échanges de poisson étaient tributaires des conditions locales sur le plan de la disponibilité, du transport et de la conservation. C'est l'établissement de la compagnie de la Baie d'Hudson, au fort situé à Langley, qui a créé le marché et le commerce du saumon frais. Les échanges de saumon séché au temps des aborigènes n'avaient, comme il a été dit plus tôt, qu'un caractère minimal et fortuit »³³.

Quant à l'application des règles de preuve, les tribunaux doivent tenir compte des difficultés inhérentes à l'examen des affaires concernant les revendications autochtones. Il ne faut pas oublier qu'à l'époque pertinente pour les fins de l'analyse, les coutumes, pratiques et traditions n'étaient pas consignées par écrit. Par conséquent, une interprétation souple des règles de preuve en la matière s'impose.

Enfin, il convient de préciser que les « droits ancestraux n'ont pas un caractère général et universel. Leur portée et leur contenu doivent être déterminés

29. R. c. *Van Der Peet*, *supra*, note 1, pp. 566 et 567.

30. *Id.*, p. 544.

31. *Id.*, pp. 555 et 556.

32. *Id.*, p. 557.

33. *Id.*, p. 568.

au cas par cas »³⁴. L'existence d'un droit ancestral dépendra donc de la situation spécifique de chaque collectivité autochtone au Canada et en particulier de son histoire, de son mode de vie et de sa culture. Cette approche est conforme à la lettre et à la philosophie de l'article 35(1) puisqu'un droit ancestral ne méritera la protection constitutionnelle que s'il est fondamental et spécifique au groupe autochtone qui le revendique au sein de la société canadienne.

Ayant défini le test pour l'établissement des droits ancestraux, la Cour devait se prononcer également sur la nature et l'étendue de ces droits et par la même occasion en dégager la portée.

B. LA PORTÉE DES DROITS ANCESTRAUX

La détermination de la nature et de l'étendue des droits ancestraux pose une difficulté réelle d'application qui tient à la coexistence de deux cultures juridiques extrêmement dissemblables. Toutefois, la jurisprudence et la doctrine s'accordent pour dire que les droits ancestraux reconnus et confirmés à l'article 35(1) doivent tendre à concilier la préexistence des sociétés autochtones avec la souveraineté de Sa Majesté sur le territoire canadien³⁵. Se pose alors la question du contenu véritable des droits ancestraux qu'il convient de ne pas confondre avec une notion voisine.

1. La distinction entre droit ancestral et titre aborigène

Les droits ancestraux et le titre aborigène sont des notions connexes qu'il convient de distinguer. Si ces deux notions découlent de l'existence de sociétés autochtones distinctives occupant les terres comme leurs ancêtres l'avaient fait depuis des siècles, « le titre aborigène n'est qu'une sous-catégorie de droits ancestraux qui ne concerne seulement que les revendications de droits fonciers »³⁶. Cette précision faite dans l'arrêt *Van Der Peet* est tout à fait conforme à l'arrêt *Calder* dans lequel le juge Hall avait basé le titre aborigène des Nishgas sur le fait que « ceux-ci avait possédé [...] de temps immémorial »³⁷ les terres dont ils revendiquaient le titre. Le juge Judson a expliqué les origines du titre aborigène des Nishgas par la présence historique de leurs ancêtres en Amérique du Nord³⁸.

Le fondement du titre aborigène, énoncé en l'espèce, a d'ailleurs été confirmé dans l'arrêt *Guérin* précité dans lequel la Cour devait se prononcer sur la nature et l'étendue de l'obligation de fiduciaire de Sa Majesté envers les peuples autochtones. Dans cette affaire, le juge Dickson a fondé le rapport de fiduciaire sur le « concept du titre aborigène, autochtone ou indien »³⁹. Pour conclure à l'existence d'un tel titre en l'espèce, il a invoqué l'arrêt *Calder* dans lequel il désigne « le titre aborigène comme un droit, en common law, découlant de l'occupation et de la possession historique par les Indiens de leurs terres tribales »⁴⁰.

34. *Id.*, p. 559.

35. *Id.*, pp. 547 et 548.

36. *Id.*, p. 562.

37. *Calder c. Procureur Général de la Colombie-Britannique*, *supra*, note 2, p. 375.

38. *Id.*, p. 328.

39. *Guérin c. R.*, *supra*, note 11, p. 376.

40. *Ibid.*

Toutefois, si ce raisonnement est également transposable à l'interprétation de l'article 35(1), ce rapport entre le titre aborigène et les droits ancestraux est incomplet pour l'identification d'un droit ancestral. En effet, comme le précise la Cour dans l'arrêt *Van Der Peet* « les droits ancestraux découlent non seulement de l'occupation antérieure du territoire, mais aussi de l'organisation sociale antérieure et des cultures distinctives des peuples autochtones habitant ce territoire »⁴¹.

Au regard de cette jurisprudence, on pouvait se demander si l'existence d'un droit ancestral était conditionnelle à la reconnaissance préalable d'un titre aborigène — réponse que la Cour suprême a apportée dans deux arrêts subséquents à la trilogie. Ce raisonnement a été appliqué aux Algonquins dans l'arrêt *Côté*⁴² et aux Mohawks dans l'arrêt *Adams*⁴³. La Cour, constatant que ces peuples, modérément nomades, changeaient la location de leur village tant avant qu'après leur contact avec les Européens, a rejeté la notion de l'exigence d'un lien juridique entre un droit établi et la revendication d'un titre aborigène qui devra également être prouvé. Dans les deux arrêts, la Cour a décidé que le déplacement de ces groupes aborigènes, en quête de nourriture, ne diminuait pas le fait que les pratiques, traditions ou coutumes, dont la plupart avaient pris place sur le territoire, faisaient partie intégrante de leur culture respective. Par conséquent, la Cour a décidé que les droits ancestraux des Algonquins et des Mohawks méritaient autant la protection de l'article 35(1) que les droits des groupes aborigènes qui avaient clairement établi leur présence sur le même territoire depuis les temps immémoriaux.

Il faut donc en conclure qu'un droit ancestral peut exister indépendamment de tout titre aborigène. Toutefois, cette importante distinction étant faite, il ne faut aller jusqu'à nier tout lien entre ces deux concepts. Ceci a été vérifié dans les arrêts *Adams* et *Côté* dans lesquels un droit ancestral de pêche a été reconnu dans les endroits spécifiques où cette activité avait traditionnellement pris place, alors que les autochtones n'avaient pu démontrer l'existence d'un titre aborigène en particulier à cause de leur manque de vie sédentaire.

La relation entre ces deux concepts peut donc avoir pour conséquence la limitation de l'exercice du droit ancestral à une partie du territoire seulement. À la lumière de la distinction opérée par la Cour suprême, il est possible de spéculer sur la question de savoir dans quelle mesure le test établi en common law⁴⁴, pour la reconnaissance d'un titre aborigène, sera altéré par l'arrêt *Van Der Peet*. Il est également permis de se demander si les droits ancestraux reconnus et protégés par l'article 35(1) ne comprennent pas un semblant de droit à l'autonomie gouvernementale.

2. Le droit à l'autonomie gouvernementale

Quoique la Cour ne se soit pas expressément prononcée sur la question de savoir si le droit à l'autonomie gouvernementale est un droit ancestral protégé par l'article 35(1), il est possible de se poser la question au regard des déclarations qu'elle a faites dans l'arrêt *Van der Peet*. En reconnaissant que les droits ancestraux découlent non seulement de l'occupation antérieure du territoire, mais aussi de

41. R. c. *Van Der Peet*, *supra*, note 1, p. 562.

42. R. c. *Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139.

43. R. c. *Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101.

44. *Baker Lake c. Ministre des Affaires indiennes et du Nord*, [1980] 1 CF. 518.

l'organisation sociale des peuples autochtones⁴⁵, la Cour ne pose-t-elle pas les premiers jalons d'un semblant de droit à l'autonomie gouvernementale? Si les groupes autochtones vivaient en société organisées avant l'arrivée des premiers colons, ne faut-il pas leur reconnaître un droit inhérent à s'auto-gouverner. D'ailleurs, cette position trouve appui dans l'arrêt *Pamajewon*⁴⁶ dans lequel la Cour suprême déclare que, dans la mesure où les revendications à l'autonomie gouvernementale peuvent entrer sous l'article 35(1), elles ne sont pas différentes des autres revendications sur la jouissance des droits ancestraux et doivent, par conséquent, se mesurer au même standard. En allant jusqu'à indiquer le raisonnement possible en la matière, alors que la question n'était plus devant la Cour puisque la plainte fut caractérisée autrement, ne peut-on pas y voir une certaine volonté à reconnaître un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale? D'ailleurs, cette analyse serait conforme d'une part, avec le cadre constitutionnel établi par l'article 35(1), qui tient à concilier la préexistence des sociétés autochtones avec la souveraineté de Sa Majesté et d'autre part, avec la politique fédérale de ces dernières années. Quoique l'accord de Charlottetown de 1992 ait été rejeté par une majorité de la population canadienne, nous continuons de penser que la solution est davantage politique plutôt que judiciaire. Ceci est d'autant plus vrai si l'on considère l'effet d'entraînement qu'aurait la reconnaissance judiciaire d'un tel droit à l'égard d'un groupe particulier sachant que les droits ancestraux doivent être déterminés au cas par cas.

Enfin, au regard des déclarations faites par la Cour suprême dans l'arrêt *Van Der Peet*, sur la période historique pertinente pour l'identification des droits ancestraux, il est permis de se demander si le test dégagé en l'espèce est applicable aux Métis.

3. La situation des Métis

Dans l'arrêt *Van Der Peet*, la Cour suprême commence par préciser que le fait de se reporter à la période antérieure au contact avec les Européens pour identifier les droits ancestraux, n'est pas incompatible avec l'inclusion des Métis dans la définition de « peuples autochtones du Canada » de l'article 35(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁴⁷. Mais elle déclare ensuite que l'histoire des Métis et les raisons qui sous-tendent leur protection constitutionnelle diffèrent considérablement de celles qui concernent les autres peuples autochtones du Canada. Comme telle, « la manière dont les droits ancestraux des autres peuples autochtones sont définis n'est pas nécessairement déterminante en ce qui concerne la manière dont sont définis ceux des métis »⁴⁸. Le fait que la Cour ait fortement suggéré que le test, pour l'établissement des droits ancestraux, serait peut-être différent, va semer un vent d'incertitude sur les revendications des groupes métis. Il faudra attendre un précédent en la matière, car aucune information de la Cour ne nous permet d'extrapoler sur la question et de savoir dans quelle direction elle s'orientera. Néanmoins, il est fortement probable, eu égard à la période de référence pertinente, que le test sera différent de celui de la présente espèce. Ayant identifié les droits ancestraux, il convient de regarder comment le régime de protection constitutionnelle s'organise,

45. R. c. *Van Der Peet*, *supra*, note 1, p. 562.

46. R. c. *Pamajewon*, *supra*, note 20, pp. 832 et 833.

47. R. c. *Van Der Peet*, *supra*, note 1, pp. 557 et 558.

48. *Id.*, p. 558.

en vue de réaliser la réconciliation des sociétés autochtones préexistantes avec la souveraineté de Sa Majesté, et quel a été l'impact de la trilogie en la matière.

II. LA PROTECTION DES DROITS ANCESTRAUX

La *Loi constitutionnelle de 1982* organise un régime de protection des droits autochtones qui se retrouve, tant dans la partie I relative à la *Charte canadienne des droits et libertés*, que dans la partie II relative aux droits des peuples autochtones du Canada. Cette dichotomie est consacrée respectivement par les articles 25 et 35. Pour l'article 25 « le fait que la présente charte garantit certains droits et libertés ne porte pas atteinte aux droits ou libertés — ancestraux, issues de traités ou autres — des peuples autochtones du Canada [...] ».

De ces dispositions, il faut conclure que la Charte, qui est le fondement démocratique de tous les Canadiens, y compris les autochtones, vient renforcer la protection plus spécifique accordée par l'article 35 en refusant expressément d'y porter atteinte. Par conséquent, dans la mesure où ils ne sont pas incompatibles, les droits des peuples autochtones du Canada viennent se superposer à ceux contenus dans la Charte. En cas d'incompatibilité, seuls les droits ancestraux reconnus et confirmés par les dispositions spéciales de l'article 35(1) ont préséance sur les dispositions plus générales de la Charte (*lex specialia generalibus derogant*).

Cette analyse est conforme au test dégagé par la Cour quant à l'établissement des droits ancestraux, en ce que seules les caractéristiques distinctives des sociétés autochtones et non celles communes à toute société humaine, font l'objet de la protection de l'article 35(1). Les autres droits et libertés fondamentaux des autochtones, sont protégés par la Charte canadienne du 17 avril 1982. C'est probablement une des raisons pour laquelle la Cour suprême n'a pas repris le test dégagé dans l'arrêt *Oakes*⁴⁹, mais a développé un test plus spécifique aux droits ancestraux en tenant compte de l'histoire et des valeurs sociales autochtones — raison également pour laquelle le constituant a inséré le principe de l'égalité des sexes au sein des sociétés autochtones. Cette disposition n'est pas redondante avec celle de l'article 15 de la Charte, puisqu'elle vise l'application de l'article 35(1) et met ainsi définitivement un terme à une longue pratique discriminatoire à l'égard des femmes autochtones⁵⁰. Aujourd'hui, avec l'article 35(4), la protection des droits ancestraux n'est plus une question de sexe. Il est donc à espérer, au regard de cette analyse, qu'il n'existe plus d'autres pratiques, coutumes ou traditions ancestrales discriminatoires reposant sur l'âge ou un handicap par exemple, qui ne seraient pas prohibées par l'article 35. Car si tel était le cas, elles se trouveraient placées dans un véritable *no man's land* juridique.

Enfin, s'il faut reconnaître que les premiers habitants du pays font l'objet d'une protection spéciale dans la Constitution, nous allons voir qu'il s'agit d'une protection doublement limitée tant par son étendue que par la volonté des pouvoirs publics.

49. R. c. *Oakes*, *supra*, note 5.

50. Voir sur ce point les arrêts *PG Canada c. Lavelle*, [1974] R.C.S. 1349; *Lovelace c. Canada*, [1981] 2 Human Rights L.J. 158.

A. L'ÉTENDUE DE LA PROTECTION

L'Association du Barreau canadien, dans son rapport sur les droits autochtones au Canada intitulé « du défi à l'action », a étudié l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il ressort de cette analyse que « l'article 35 n'a pas pour effet de faire renaître un droit, la protection ne s'appliquant qu'aux droits existants [...] si l'un de ces droits a été abrogé par une loi avant cette date, il n'est pas protégé »⁵¹. Afin de mieux cerner l'étendue de la protection, il convient d'analyser la situation qui a précédé les arrêts du 21 août 1996 pour ensuite dégager les apports de la trilogie en la matière.

1. La situation antérieure aux arrêts du 21 août 1996

Dans l'arrêt *Sparrow*, la Cour suprême affirme qu'« il ressort clairement du mot 'existants' que les droits auxquels s'applique le paragraphe 35(1) sont ceux qui existaient au moment de l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982* »⁵². Toutefois, il convient de préciser qu'un droit ancestral ne saurait être interprété de façon à englober la manière précise dont il était réglementé avant 1982. L'idée que le droit a été figé sous cette forme à ce moment précis aurait pour fâcheuse conséquence d'introduire dans la Constitution un ensemble de règlements disparates et d'entraîner l'extinction de nombreux droits⁵³. L'expression « droits ancestraux existants » doit donc recevoir une interprétation souple qui permette à ces droits d'évoluer avec le temps. Il est alors évident qu'il faut rejeter une interprétation de l'article 35(1) qui engloberait des « droits figés »⁵⁴. Cela revient à dire que le mot « existants », à l'article 35(1), signifie « non éteints » plutôt que « pouvant être exercés à une certaine époque passée ».

Ainsi, le juge commencera par se poser la question de savoir si le droit revendiqué, qui a été identifié au préalable comme un droit ancestral, n'a pas été éteint avant l'avènement de la *Loi constitutionnelle de 1982*. En effet, dans le contexte des droits ancestraux, on pouvait faire valoir qu'avant 1982, un droit ancestral était automatiquement éteint dans la mesure où il était incompatible avec une loi fédérale ou une loi provinciale d'application générale⁵⁵.

On pouvait également se poser la question de savoir si l'abandon volontaire d'une activité par les autochtones pouvait entraîner l'extinction de leur droit. Cette question fut abordée dans l'arrêt *Sioui*⁵⁶ dans lequel le ministère public prétendait que les droits découlant du traité conclu en 1760, entre le général Murray et les Hurons, avaient été éteint du fait de leur « non-utilisation » pendant une longue période de temps. Ce à quoi le juge Lamer répondit « qu'une entente solennelle ne peut perdre sa valeur du seul fait qu'elle n'a pas été invoquée [...] une conséquence intenable que suggérerait une telle proposition est qu'un traité pourrait être éteint

51. Association du Barreau canadien, *Les Droits des Autochtones au Canada : du défi à l'action*, août 1989, p. 5.

52. *R. c. Sparrow*, *supra*, note 4, p. 1091.

53. *Ibid.*

54. *Id.*, p. 1093.

55. Voir l'article 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*; voir l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*; voir l'arrêt *Baker Lake*, *supra*, note 44, pp. 568 et 569.

56. *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. p. 1025.

du seul fait qu'il n'a pas été invoqué à l'occasion de litiges »⁵⁷. Cette analyse vaut également pour les droits ancestraux non issus de traités.

Force est de constater que la protection des droits ancestraux existant dans la *Loi constitutionnelle de 1982* est bien réelle en pratique pour les peuples autochtones. Celle-ci prend toute son importance dans l'affaire *Sparrow* lorsque le juge en chef, faisant référence à l'arrêt *Calder*, réaffirme que le critère de l'extinction est que l'intention du souverain, d'éteindre un droit ancestral, doit être « claire et expresse »⁵⁸. Le seul fait que dans le passé, un droit ancestral a été réglementé par l'État et que son exercice a été assujéti à diverses conditions, n'est pas suffisant pour éteindre un tel droit. En réalité, il ne faut pas confondre réglementation avec extinction. « Que l'exercice du droit fasse l'objet d'une réglementation très minutieuse, cela ne signifie pas que ce droit est par le fait même éteint. »⁵⁹ Telle était la situation avant les arrêts du 21 août 1996, il convient donc de se demander si la trilogie a eu un impact quelconque sur les acquis relatifs à l'étendue de la protection.

2. Les apports de la trilogie

Au regard des principes dégagés dans l'arrêt *Van Der Peet*, il est permis d'affirmer qu'une pratique, coutume ou tradition dont on peut démontrer de nos jours qu'elle prend sa source dans une activité qui fut exercée avant l'arrivée des Européens, et qui a survécu à leur influence en ce qu'elle garde son caractère distinctif et ce, nonobstant le fait qu'elle ait pu être modifiée ou interrompue entre temps, a le potentiel d'un « droit ancestral existant » protégé par l'article 35⁶⁰. Ainsi, cette interprétation dynamique des droits, conforme à l'arrêt *Sparrow*, repose fondamentalement sur un concept de continuité. Ce concept est surtout fondé sur la relation interne entre la nature des activités contemporaines et celle des activités pratiquées avant tout contact avec les Européens, plutôt que d'être situé dans le temps à un moment précis.

Cette analyse de la Cour suprême laisse peu de place pour la doctrine de l'abandon volontaire des droits ancestraux et confirme la position qui avait été adoptée dans l'arrêt *Sioui*. En outre, la trilogie vient affirmer, ce que l'on présentait déjà dans l'arrêt *Sparrow*, que la protection accordée à l'article 35(1) n'a pas pour effet de créer de nouveaux droits ancestraux. En effet, le fait de se placer, pour les fins de l'analyse, dans un contexte historique antérieur à l'arrivée des Européens, ne permet pas aux autochtones de développer une nouvelle coutume, pratique ou tradition postérieure à leur arrivée⁶¹. C'est en ce sens que l'article 35 ne vient que confirmer et reconnaître des droits ancestraux qui existaient déjà.

Enfin, l'arrêt *Gladstone*, qui est le seul de la trilogie dans lequel un droit ancestral a été identifié par la majorité de la Cour suprême, vient mettre l'accent sur l'importance de la nature du document ainsi que sur le régime de réglementation qui en découle. Se référant aux dispositions législatives et réglementaires invoquées par le ministère public, la Cour suprême décide qu'un régime de

57. *Id.*, p. 1066.

58. *R. c. Sparrow*, *supra*, note 4, p. 1099.

59. *Id.*, p. 1097.

60. Voir *R. c. Van Der Peet*, *supra*, note 1, p. 557.

61. Voir sur ce point la dissidence du juge l'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Van Der Peet* qui préconisait une période de référence de 20 à 50 ans pour l'établissement des droits ancestraux, *supra*, note 1, pp. 572-625.

réglementation aussi changeant, entrecoupé d'interdictions et d'autorisations pendant presque un siècle ne peut dévoiler une intention constante démontrant une volonté claire et expresse d'éteindre les droits ancestraux des appelants.

Le ministère public avait tout au plus démontré, en l'espèce, que « l'État avait pris des mesures visant à contrôler la pêche et non à délimiter l'étendue des droits ancestraux »⁶² et ne s'était pas déchargé de son fardeau de prouver l'extinction des droits revendiqués. La Cour fait remarquer que même si pour éteindre un droit ancestral, « il n'est peut-être pas nécessaire que le gouvernement utilise des mots faisant explicitement état de l'extinction de droits ancestraux, le ministère public ne doit pas se borner à démontrer que, dans le passé, l'exercice d'un droit ancestral a été réglementé »⁶³.

Par conséquent, il faut en déduire qu'en l'absence d'une déclaration d'intention relative à l'extinction dans un document, le ministère public devra démontrer une volonté constante d'exclure les autochtones des activités en question, ou encore prouver que la nature de ce document est telle qu'aucun droit ancestral n'ait pu y survivre. En effet, la Cour en vient à comparer la nature des documents en l'espèce avec celle de la « Convention sur le transfert des ressources naturelles » sur laquelle elle s'était fondée, dans les arrêts *Horseman*⁶⁴ et *Badger*⁶⁵, pour conclure à l'extinction des droits ancestraux de chasse commerciale. La Convention, en l'espèce, est un document constitutionnel qui pourvoit au règlement permanent et définitif des droits juridiques des groupes autochtones auxquels il s'applique. Or, à l'opposé, la réglementation dans l'arrêt *Gladstone* portait sur des préoccupations immédiates en matière de conservation et pouvait être modifiée simplement par recours au processus législatif. Il s'ensuit donc que la nature du document et la lettre du texte sont d'une importance capitale quant à la question de savoir si la réglementation démontre une intention claire et expresse d'éteindre des droits ancestraux.

L'arrêt *Gladstone* est sur ce point important en ce qu'il alourdit le fardeau du ministère public et rend difficile, voir quasi impossible, la preuve de l'extinction des droits ancestraux en dehors des cas très clairs. Il est d'ailleurs peu probable qu'une telle preuve existe, comme en l'espèce, puisqu'au moment où les lois furent adoptées, il n'y avait pas une compréhension du fait qu'il pouvait y avoir des droits ancestraux susceptibles d'être éteints.

Ayant déterminé l'étendue de la protection constitutionnelle en faveur des autochtones, il convient maintenant d'en délimiter les contours.

B. LES LIMITES DE LA PROTECTION

Si aujourd'hui, un droit ancestral reconnu et confirmé à l'article 35(1) ne peut plus être éteint par les pouvoirs publics, sauf à respecter la procédure d'amendement constitutionnelle, il est toujours loisible au gouvernement d'y porter atteinte. Toutefois, l'arrêt *Sparrow* est venu préciser le cadre analytique dans lequel il est possible de le faire et poser, par la même occasion, les jalons de la protection constitutionnelle. Ce test, précisé par la jurisprudence subséquente, n'en

62. R. c. *Gladstone*, *supra*, note 14, p. 751.

63. *Id.*, p. 750.

64. R. c. *Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901, p. 933.

65. R. c. *Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, par. 46.

demeure pas moins intact après les arrêts du 21 août 1996. Il oblige, d'une part, les autochtones à établir dans leur revendication une atteinte *prima facie* à un droit ancestral existant et d'autre part, transfère le fardeau de la preuve sur les épaules du ministère public qui devra démontrer que la mesure contestée vise un objectif législatif régulier et maintient l'honneur de la Couronne.

Avant de commencer l'analyse, il convient de préciser, au regard de la jurisprudence postérieure à l'arrêt *Sparrow*, que le test de la justification s'applique tant à l'égard des droits ancestraux qu'à l'égard des droits découlant des traités. En outre, la Cour fait remarquer que ce test peut varier car il faut savoir composer avec les différences factuelles spécifiques à chaque cas d'espèce⁶⁶.

1. Une attente *prima facie* aux droits ancestraux...

Conformément au test dégagé dans l'arrêt *Sparrow*, c'est à ceux qui se prévalent d'un droit ancestral qu'il incombe de faire la preuve d'une atteinte *prima facie*. Pour ce faire, il leur faudra démontrer que le règlement porte atteinte à un droit ancestral existant au sens de l'article 35(1), pour ensuite déterminer le caractère déraisonnable et indûment rigoureux de la mesure en cause⁶⁷. Il convient également de se demander si le règlement refuse aux titulaires du droit le recours à leur moyen préféré de l'exercer.

Dans l'arrêt *Gladstone*, la Cour suprême met en évidence le caractère contradictoire du critère de l'atteinte *prima facie* dégagé dans l'arrêt *Sparrow*⁶⁸. Il faut donc en conclure pour la Cour que les questions posées, au fin de l'analyse en l'espèce, n'étaient que des facteurs indicatifs d'une violation et non des éléments déterminants de la solution. En effet, la preuve d'une atteinte *prima facie* est difficilement conciliable avec la preuve du caractère déraisonnable et indûment rigoureux de la mesure en cause.

Dans l'arrêt *Nikal*⁶⁹ rendu quelques mois avant la trilogie, la Cour précise le degré de violation requis comme quelque chose de plus qu'un simple inconvénient. Elle confirme cette position en faisant référence aux propos du juge Cory en l'espèce, quelque mois plus tard dans l'arrêt *Gladstone*. Dans cette affaire, la Cour décide que les Heiltsuks se sont acquittés de leur fardeau en démontrant que le régime gouvernemental de réglementation « empiète clairement » sur leurs droits ancestraux⁷⁰. En effet, les Heiltsuks, de par la réglementation en l'espèce, ne pouvaient récolter que la quantité strictement limitée par l'État de rogue de hareng sur varech à des fins commerciales. Or, ce peuple, avant l'arrivée des Européens en Amérique du Nord, n'était soumis qu'à des impératifs géographiques, climatiques et de gestion de la ressource naturelle. Il était donc aisé, au regard du régime global de réglementation mis en place, de parvenir à cette conclusion en l'espèce.

Si l'on en croit la jurisprudence, une réglementation qui soumettrait l'exercice d'un droit ancestral au respect de certaines conditions n'aurait pas systématiquement pour effet d'entraîner une violation *prima facie*. C'est d'ailleurs ce qui ressort des arrêts *Nikal* et *Côté* dans lesquels on avait respectivement soumis l'exer-

66. R. c. *Gladstone*, *supra*, note 14, p. 756.

67. R. c. *Sparrow*, *supra*, note 4, pp. 1111 et 1112.

68. R. c. *Gladstone*, *supra*, note 14, p. 757.

69. R. c. *Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013.

70. R. c. *Galdstone*, *supra*, note 14, pp. 761 et 762.

cice de l'activité de pêche à l'octroi d'une licence et au paiement d'une somme forfaitaire pour accéder au territoire. Dans ces deux espèces, l'atteinte a été jugée raisonnable en ce qu'elle permettait dans l'arrêt *Nikal*, une meilleure gestion des stocks de poisson et dans l'arrêt *Côté*, la réparation des routes servant à l'accès du territoire de pêche. Par conséquent, si la réglementation entraîne une amélioration de l'activité, elle ne peut que constituer une atteinte raisonnable à l'exercice d'un droit ancestral.

Toutefois, l'amélioration n'est pas toujours aussi visible et la recherche d'une atteinte *prima facie* peut être rendue difficile par les circonstances de l'espèce eu égard au manque de fiabilité des critères dégagés dans l'arrêt *Sparrow*.

Par exemple, dans l'arrêt *Badger*, le juge Cory devait se demander si l'exigence, pour les détenteurs d'un permis de chasser, de passer un examen sur le maniement sécuritaire des armes à feu avant de pouvoir exercer l'activité, violait un droit ancestral de chasse à des fins alimentaires. Bien que le rapprochement n'était pas évident, la Cour décide du caractère raisonnable de l'atteinte en ce qu'elle visait à assurer la sécurité et, par la même occasion, améliorer les conditions de chasse en général.

Enfin, il convient de préciser que si l'activité réglementée requiert l'octroi d'une licence, les conditions qui y sont attachées devront également répondre aux exigences de l'article 35 afin de ne pas constituer une atteinte *prima facie*.

Force est de constater, au regard de la jurisprudence, que le test de l'atteinte *prima facie* en est un relativement facile à rencontrer pour les autochtones. Ceci aura pour conséquence de transférer le fardeau de la preuve sur les épaules du ministère public qui devra démontrer que la mesure contestée est justifiée par un intérêt démocratique légitime plus important.

2. ...Justifiée par un intérêt légitime plus important

L'arrêt *Gladstone* est, sur ce point, la décision la plus importante en ce qu'elle explique comment le test de la justification, dégagé dans l'arrêt *Sparrow*, s'applique aux droits ancestraux permettant d'exploiter une ressource naturelle sur une échelle commerciale. Pour justifier l'atteinte à un droit ancestral, le ministère public doit établir à la fois que la disposition contestée a été adoptée dans la poursuite d'objectifs « impérieux et réels » et que la mesure est compatible avec l'obligation de fiduciaire de l'État envers les peuples autochtones. Ce qui signifie, dans ce dernier cas, que l'État apporte la preuve qu'il a accordé, dans la distribution des ressources naturelles, la priorité aux autochtones. La Cour suprême dans l'arrêt *Sparrow*, se réfère à l'arrêt *Jack*⁷¹ pour établir l'ordre de priorité à respecter : (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.

En outre, il convient également, au fin de l'analyse, d'examiner d'autres questions et de se demander notamment, si on a porté le moins possible atteinte aux droits ancestraux, si une juste indemnisation a été prévue en cas d'expropriation et si le groupe autochtone en question a été consulté au sujet des mesures de conservation mise en œuvre.

71. *Jack c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 294, p. 313.

Dans l'arrêt *Gladstone*, la Cour suprême décide qu'il convient de réexaminer le critère établi dans l'arrêt *Sparrow* afin de l'appliquer aux circonstances de l'espèce. En effet, le contexte est fondamentalement différent en ce que les besoins en poisson d'une bande autochtone donnée, à des fins alimentaires, sociales et rituelles comme dans l'arrêt *Sparrow*, comportent une limite intrinsèque. Or, les besoins des Heiltsuks dans l'arrêt *Gladstone*, en matière de vente commerciale de rogue de hareng sur varech ne sont limités que par des « restrictions extrinsèques dictées par la demande du marché et la disponibilité de la ressource »⁷².

Cet ordre de priorité se comprend pleinement lorsque les autochtones pêchent pour se nourrir et reste, par conséquent, valable dans une telle situation⁷³, mais s'explique moins bien lorsqu'il s'agit de pêche à des fins commerciales. C'est la raison pour laquelle ce raisonnement ne saurait s'appliquer à l'arrêt *Gladstone* car cela reviendrait à conférer au titulaire d'un tel droit ancestral l'exclusivité de la ressource naturelle. En l'espèce, le droit de vendre de la rogue de hareng sur varech sur une échelle commerciale ne pourrait jamais être considéré, pour les fins de l'analyse, comme ayant été complètement respecté tant que la ressource est encore disponible et que le marché n'est pas saturé. Par conséquent, la pêche par les Indiens se trouvant immédiatement derrière la protection de la ressource naturelle, ce raisonnement, aurait l'effet pervers d'entraîner une discrimination à l'égard des autres bénéficiaires de ladite ressource. Au contraire, la doctrine des droits ancestraux commande que l'État démontre qu'il a réparti équitablement la ressource disponible entre les divers usagers tout en respectant, bien sûr, la priorité conférée aux autochtones.

Pour la Cour suprême, il s'agit d'un droit à la fois substantiel et procédural. « À l'étape de la justification, l'État doit démontrer que les modalités de répartitions de la ressource ainsi que la répartition elle-même reflètent l'intérêt prioritaire des titulaires des droits ancestraux à l'égard de cette pêcherie. »⁷⁴ Il faut donc en déduire que l'application de la doctrine relative à l'ordre de priorité, en vertu du critère de la justification, doit être évaluée, non pas selon un régime général, mais plutôt en fonction de chaque cas d'espèce. Quant au critère de l'atteinte minimale, les tribunaux n'examineront pas les actions de l'État pour déterminer s'il a pris les mesures les moins draconiennes, mais s'interrogeront plutôt sur le caractère raisonnable de ces actions⁷⁵.

Cette approche aura pour effet de simplifier un temps soit peu la tâche des gouvernements. Afin de déterminer si l'État a tenu compte de l'existence et de l'importance d'un droit ancestral dans la distribution de la ressource disponible, il convient, pour la Cour, de se poser certaines questions relatives aux objectifs gouvernementaux, au pourcentage de participants autochtones, à la répartition entre différents droits ancestraux, aux procédures de consultation et d'indemnisation⁷⁶, etc.

Ces exemples parmi tant d'autres ne nous permettent malheureusement pas de déterminer avec précision comment les gouvernements devront s'y prendre pour gérer l'exploitation commerciale des ressources naturelles devant s'accommoder de droits ancestraux comme en l'espèce. D'ailleurs, la tâche se complique si

72. *R. c. Gladstone*, *supra*, note 14, p. 764.

73. Voir *Jack c. La Reine*, *supra*, note 71, p. 313; voir *R. c. Sparrow*, *supra*, note 4, p. 1116.

74. *R. c. Gladstone*, *supra*, note 14, p. 767.

75. *Id.*, pp. 767 et 768.

76. *Id.*, pp. 768 et 769.

l'on considère que l'État sera non seulement appelé à répartir les ressources halieutiques entre les titulaires de droits ancestraux et ceux qui ne possèdent pas de tels droits, mais également à répartir la ressource entre différents groupes de titulaires de droits ancestraux, ainsi qu'entre divers types de droits ancestraux.

Quant aux objectifs « impérieux et réels » permettant la justification de l'atteinte à un droit ancestral, il est à regretter que la Cour n'ait pas poussé son raisonnement plus loin. Elle se contente d'affirmer que la conservation d'une ressource naturelle ainsi que la réconciliation entre les sociétés autochtones préexistantes et la souveraineté de l'État, constituent des objectifs impérieux et réels parmi bien d'autres tout en restant muette sur ces derniers⁷⁷. La question reste donc ouverte en la matière, mais d'ores et déjà, il est possible de prévoir que des impératifs de santé publique entraînés par une pollution sont également le genre d'objectifs susceptibles de satisfaire à cette norme. C'est d'ailleurs ce qui ressort de l'arrêt *Sparrow* lorsque la Cour met au rang des objectifs législatifs réguliers l'exercice d'un droit ancestral qui serait nuisible à la population ou aux autochtones⁷⁸.

Enfin, il importe de préciser que le mobile fondé sur l'intérêt public est un critère inutilisable pour déterminer si la restriction imposée à des droits ancestraux est justifiée⁷⁹.

Appliquant cette analyse à l'arrêt *Gladstone*, la Cour suprême renvoie et ordonne un nouveau procès, faute de preuve sur la question de savoir si l'atteinte était justifiée au regard des critères établis dans l'arrêt *Sparrow* et explicités dans la présente espèce.

CONCLUSION

Quand les Européens sont arrivés en Amérique du Nord, les peuples autochtones s'y trouvaient déjà et vivaient en sociétés organisées comme ils l'avaient fait pendant des siècles. C'est ce fait, par dessus tout, qui distingue les autochtones des autres minorités du pays et qui commande leur statut constitutionnel particulier. Les droits ancestraux reconnus et confirmés à l'article 35(1) doivent donc tendre à concilier la préexistence des sociétés autochtones avec la souveraineté de l'État. Sur ce point, la conciliation des intérêts en présence passe par un dosage méticuleux entre les valeurs fondamentales des autochtones et les valeurs démocratiques d'une communauté politique plus large à laquelle ils appartiennent. Ayant à l'esprit cette réalité, les juges de la Cour suprême ont défini la notion de droit ancestral comme une « coutume pratique ou tradition faisant partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit en question ». En ce faisant, les juges évinçaient par la même occasion de nombreuses revendications qui ne reposaient que sur une coutume, pratique ou tradition n'ayant qu'un caractère accessoire à la culture distinctive du groupe. Les arrêts *Van Der Peet* et *Smokehouse* n'en sont que les premiers exemples et vont contribuer à mettre un frein aux revendications trop hasardeuses. Car effectivement, si la protection des droits ancestraux est l'un des éléments nécessaire à la conciliation, les limites imposées à ces droits en

77. *Id.*, pp. 771-776.

78. *R. c. Sparrow, supra*, note 4, p. 1113.

79. *Ibid.*

sont un autre si les objectifs visés sont suffisamment importants pour la communauté dans son ensemble. Et comme le fait si justement remarquer la Cour suprême dans l'arrêt *Gladstone*, « dans les circonstances appropriées, de tels objectifs sont dans l'intérêt de tous les Canadiens et, facteur plus important encore, la conciliation de l'existence des sociétés autochtones avec le reste de la société canadienne pourrait bien dépendre de leur réalisation »⁸⁰.

Les décisions du 21 août 1996 sont, sur ces points, conformes à la lettre et à l'esprit de l'article 35(1). Ces arrêts vont non seulement servir de précédents en la matière, mais également permettre de recentrer le débat là où il doit l'être. Néanmoins, il est à regretter l'approche prise par la Cour dans l'arrêt *Gladstone* quant à la gestion et la distribution d'une ressource naturelle. En effet, la détermination de la priorité à respecter, entre tous les détenteurs de droits ancestraux et les différents types de droits, ne pourra se faire que par un contrôle *a posteriori*, eu égard à l'impossibilité de prévoir à l'avance leur existence sur une ressource considérée. Cette analyse va compliquer considérablement la tâche des gouvernements en ce qui concerne la gestion et la réglementation des ressources naturelles.

Éric Clémot
611, croissant Duff
GLOUCESTER (Ontario) K1J 7C6
Tél. : (613)747-2031

80. R. c. *Gladstone*, *supra*, note 14, par 75.