

AVIS

L'auteur a autorisé l'Université de Montréal à reproduire et diffuser, en totalité ou en partie, par quelque moyen que ce soit et sur quelque support que ce soit, et exclusivement à des fins non lucratives d'enseignement et de recherche, des copies de ce mémoire ou de cette thèse.

L'auteur et les coauteurs le cas échéant, conservent néanmoins la liberté reconnue au titulaire du droit d'auteur de diffuser, éditer et utiliser commercialement ou non ce travail. Les extraits substantiels de celui-ci ne peuvent être imprimés ou autrement reproduits sans autorisation de l'auteur.

L'Université ne sera aucunement responsable d'une utilisation commerciale, industrielle ou autre du mémoire ou de la thèse par un tiers, y compris les professeurs.

NOTICE

The author has given the Université de Montréal permission to partially or completely reproduce and diffuse copies of this report or thesis in any form or by any means whatsoever for strictly non profit educational and purposes.

The author and the co-authors, if applicable, nevertheless keep the acknowledged rights of a copyright holder to commercially diffuse, edit and use this work if they choose. Long excerpts from this work may not be printed or reproduced in another form without permission from the author.

The University is not responsible for commercial, industrial or other use of this report or thesis by a third party, including by professors.

Université de Montréal

**L'utilisation du domaine de la preuve par la Cour suprême du Canada
dans la détermination des droits économiques des Autochtones
conformément à ses propres valeurs**

Par :
Francis Walsh

Faculté de droit

Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures en vue de l'obtention du
grade de Maîtrise en droit (LL.M), option recherche

Octobre, 2008

© Francis Walsh, 2008



Université de Montréal
Faculté des études supérieures

Ce mémoire intitulé :

**L'utilisation du domaine de la preuve par la Cour suprême du Canada
dans la détermination des droits économiques des Autochtones
conformément à ses propres valeurs**

Présenté par :
Francis Walsh

A été évalué par un jury composé des personnes suivantes :

Michel Morin
président-rapporteur

Andrée Lajoie
directeur de recherche

Jean Leclair
membre du jury

Résumé

La Cour suprême du Canada (« Cour ») prône « ses propres valeurs » dans la détermination des droits économiques des Autochtones, dont la prédominance des intérêts économiques des non Autochtones, ainsi que la protection du couple souveraineté canadienne/primauté du droit. Ces valeurs sont maintenues avec constance par la Cour, malgré l'évolution du cadre juridique canadien applicable aux revendications des droits économiques par les Autochtones.

Ce mémoire démontre que, depuis la constitutionnalisation des droits économiques des Autochtones en 1982, le domaine de la preuve — tant par l'invocation de règles de preuve que par l'appréciation de la preuve — est le principal outil invoqué par la Cour en rhétorique au soutien de la détermination des droits économiques des Autochtones selon ses propres valeurs. De plus, notre recherche nous a également permis de formuler plusieurs critiques relatives à l'indiscipline de la Cour dans l'application du domaine de la preuve dans les décisions portant sur les droits économiques des Autochtones.

Mots-Clés : Droits des Autochtones, droits économiques, article 35, Loi Constitutionnelle de 1982, Cour suprême du Canada, preuve, valeurs.

Abstract

When determining the scope of Aboriginal economic rights, the Supreme Court of Canada (« Court ») values the economic interests of non-Aboriginals and the reaffirmation of Canadian sovereignty/rule of law over Aboriginal claims. These values are advanced by the Court despite developments in the Canadian legal framework applicable to Aboriginal economic rights claims.

This thesis demonstrates that, since 1982, when Aboriginal economic rights were granted constitutional protection, the Court began to utilize the law of evidence to justify the espousal of their values when determining the scope of Aboriginal economic rights. The Court manipulates both its weighing of the evidence and the rules of evidence in order to justify their values. My research has led me to develop several criticisms related to the methodology used by the Court in its manipulation of the rules and in its appreciation of evidence.

Keywords: Aboriginal rights, economic rights, section 35, Constitution Act 1982, Supreme Court of Canada, evidence, values.

Table des Matières

INTRODUCTION.....p. 1

PARTIE I: Les décisions de la Cour avant le rapatriement de la Constitution en 1982

Introduction.....p. 10

Section 1 : La non-confirmation de notre hypothèse : la suprématie et l'intention du législateur sans recours au domaine de la preuve.....p. 12

Section 2 : Cas d'exceptions confirmant notre hypothèse.....p. 23

a) L'élément géographique.....p. 24

b) Des dissidences invoquant la preuve extrinsèque.....p. 25

c) L'invocation de l'absence de preuve.....p.35

Section 3 : L'utilisation de la preuve dans l'établissement de principes d'interprétation
.....p.37

Synthèse et conclusions de la première partie.....p.39

PARTIE II : Les décisions de la Cour suite à la réforme constitutionnelle (1982-1996)

Introduction.....p. 41

Section 1 : Hypothèse non-confirmée : un cas d'exception.....p. 43

Section 2 : Confirmation de l'hypothèse.....p. 45

a) La détermination de l'existence d'obligations fiduciaires de la Couronne en fonction de la preuve.....p.46

b) L'interprétation de la législation en fonction de la preuve.....p. 52

c) L'interprétation des traités en fonction de la preuve.....p. 62

d) L'établissement de « tests » axés sur l'appréciation de la preuve dans la mise en œuvre de l'article 35 de la Loi Constitutionnelle de 1982.....p. 73
Synthèse et conclusions de la deuxième partie.....p. 96

PARTIE III : Les Décisions de la Cour suite à l'établissement des « tests » (1996-2007)

Introduction.....p. 99
Section 1 : Hypothèse non-confirmée: quatre cas d'exceptions.....p. 100
Section 2 : Confirmation de l'hypothèse : invocation du domaine de la preuve avec la mutation et l'évolution des tests « Van der Peet » et « Sparrow ».....p. 109
a) L'interprétation axée sur la preuve et le maintien du flou méthodologique dans la détermination des droits ancestraux.....p. 110
b) L'application des tests « Van der Peet » et « Sparrow » aux droits issus de traitésp. 125
c) L'application du test « Van der Peet » aux Métis.....p. 141
Synthèse et conclusions de la troisième partie.....p. 145

CONCLUSIONS.....p. 147

TABLE DE LA LÉGISLATION.....p. 155

TABLE DES TRAITÉS.....p. 156

TABLE DE LA JURISPRUDENCE.....p. 156

BIBLIOGRAPHIE.....p. 159

Monographies et recueils.....p. 159

Articles de revue.....p. 160

Remerciements

Merci à Andrée Lajoie pour votre disponibilité, patience, gentillesse et les excellents conseils, critiques et échanges. C'était un privilège de travailler avec vous.

Merci également à Loïc Olivier, Benoît Tremblay, et le Conseil Mohawk de Kahnawà:ke.

INTRODUCTION

La question soulevée dans cette recherche s'inspire de deux énoncés provenant de l'article de Lajoie et al., intitulé « L'intégration des valeurs et des intérêts autochtones dans le discours judiciaire et normatif canadien »¹. Dans cet article, les auteurs expliquent que la Cour suprême du Canada (« Cour ») prône « ses propres valeurs » dans la détermination des droits des Autochtones: « ...parmi les valeurs propres à la Cour, il faut souligner la prédominance des intérêts économiques des non autochtones et du couple souveraineté canadienne/primauté du droit... »². Plus spécifiquement en ce qui a trait aux droits économiques des Autochtones, les auteurs concluent:

Bref, on observe une nette dichotomie entre le sort que la Cour réserve respectivement aux droits politiques et économiques des Autochtones. S'agissant de ces derniers, elle réalisera la quasi-quadrature du cercle : accorder presque la moitié des pourvois, au nom des valeurs mêmes prônées par les Autochtones- auxquelles elle ajoute paradoxalement les intérêts des non-Autochtones, en les limitant- mais en réduisant par divers mécanismes la portée pratique de ces droits généreusement confirmés en principe³. [Nous soulignons]

Ce mémoire porte sur les mécanismes par lesquels la Cour parvient à faire valoir ses valeurs. Nous nous interrogeons plus précisément sur la rhétorique invoquée par la Cour dans ses décisions pour justifier la réduction systématique des droits économiques des Autochtones.

Suite à une lecture de certaines décisions de la Cour, nous avons formulé l'hypothèse qu'elle utilise le domaine de la preuve comme véhicule pour faire apparaître ses propres valeurs dans la détermination des droits économiques des Autochtones. Plus particulièrement, nous avançons qu'il existe un lien entre l'énoncé des règles de preuve — incluant la rhétorique avancée lors de l'invocation des règles d'admissibilité et d'appréciation de la preuve de même que l'interprétation subjective des éléments de preuve — et les valeurs qui sont propres à la Cour et qui sont appliquées de façon constante dans la détermination des droits économiques des Autochtones.

¹ Andrée LAJOIE, Éric GÉLINEAU, Isabelle DUPLESSIS et Guy ROCHER « L'intégration des valeurs et des intérêts autochtones dans le discours judiciaire et normatif canadien », 2000, vol.38, Osgoode Hall L.J., 143-188.

² Id., 162, 163

³ Id., 168

Dans cette optique, ce mémoire portera plus spécifiquement sur la façon dont les questions reliées à la preuve ont été abordées et résolues par la Cour dans les jugements portant sur les droits économiques des Autochtones et sur le lien qui existe entre ces pratiques et les valeurs prônées par la Cour. Nous avons identifié trois principales composantes d'analyse dans ce mémoire, notamment : le choix des valeurs de la Cour, le cadre juridique applicable aux revendications des droits économiques des Autochtones, ainsi que le flou relatif à l'application du domaine de la preuve dans les décisions portant sur les droits économiques des Autochtones. Nous allons maintenant brièvement aborder chacun de ces éléments clés.

La Cour prône des valeurs qui lui sont propres dans la détermination des droits économiques des Autochtones, la valeur principale, telle qu'identifiée par Lajoie et al., étant la protection des intérêts économiques des non-Autochtones. Cette valeur sert de fondement pour l'adoption, par la Cour, d'une rhétorique dont résulte soit le rejet des revendications des droits économiques des Autochtones, soit la reconnaissance de certains droits économiques à portée réduite. Nous partons donc de la prémisse que non seulement la Cour émet ses propres valeurs, mais également que ses valeurs apparaissent dans les décisions qui sont livrées par la Cour. Pour les fins de cette recherche nous utilisons, tout comme Lajoie, le terme « valeurs » dans son sens « commun contemporain, où il désigne les objets désirés et les enjeux visés par les groupes dominants et minoritaires⁴ ».

L'objet de ce mémoire n'est pas de débattre des valeurs de la Cour dans la détermination des droits économiques des Autochtones. Nous reconnaissons que la Cour fait du mieux qu'elle peut pour réconcilier les intérêts économiques des Autochtones avec ceux de la majorité non-Autochtone. Nous reconnaissons également qu'une grande partie des revendications des droits économiques des Autochtones se font dans le contexte d'une défense à une accusation de droit pénal, ce qui ajoute une autre dimension à la problématique à laquelle les juges font face. Les intérêts économiques doivent donc souvent être analysés avec d'autres facteurs « non-économiques » en jeu, telle la conservation de la faune.

Nous ne croyons donc pas nécessairement qu'il existe une nette séparation entre les valeurs des Autochtones et celle des non-Autochtones; valoriser le « profit » ou la « conservation »

⁴Andrée LAJOIE, Quand les minorités font la loi, Paris, P.U.F., 2002, p. 26.

n'est pas nécessairement une valeur Autochtone plutôt que non-Autochtone, et ce mémoire ne prétend pas du tout trancher, ni même aborder cette question. Il est donc important de noter que, bien que nous allons présenter plusieurs critiques relatives à la façon dont la Cour tranche les revendications des droits économiques des Autochtones, nous ne partons pas de la prémisse que toutes ces revendications sont « justes » et que la Cour, dans chaque cas, « aurait dû » se prononcer en faveur des Autochtones. Par contre, la réalité objective demeure que la Cour prône certaines valeurs et adopte une rhétorique dont résulte soit le rejet des revendications des droits économiques des Autochtones, soit la reconnaissance de certains droits économiques à portée réduite; c'est là l'objet de ce mémoire.

Nous nous opposons donc à la conception du juge comme arbitre neutre qui applique des règles claires à des faits établis de façon objective. Cette vision du rôle du juge nous paraît particulièrement irréaliste dans le domaine du droit des Autochtones, notamment en raison des difficultés dans le domaine de la preuve dans ces dossiers. Sur le lien entre les opinions des juges et l'interprétation des textes juridiques et des pratiques de nature historique, Morin observe :

En outre, l'interprétation des textes juridiques et des pratiques coloniales est inévitablement influencée par l'opinion qu'on se fait de la légitimité des revendications autochtones. Il n'existe donc pas forcément une réponse correcte à ces questions, encore moins une solution qui soit à l'abri de toutes critique!⁵

En considérant cela, le cadre de cette recherche s'inscrit plutôt dans le courant de l'herméneutique du droit où l'interprétation juridique est décrite comme un processus de dialogue constant et répétitif entre la « vérité du texte », sujet à interprétation, ainsi que l'apport de l'interprète dans la détermination du sens du texte⁶. Lajoie décrit ce processus :

Dans un premier temps, l'interprète projette par anticipation un sens sur la partie du texte à laquelle il s'attache, et sa projection anticipatoire tient compte de ses propres attentes à l'égard de l'ensemble, du « tout du texte », auquel il n'arrive jamais vierge, mais au contraire déjà structuré par son propre horizon : la tradition, sa culture antérieure, ses préjugés- [...] ⁷.

⁵ Michel MORIN, « Quelques réflexions sur le rôle de l'histoire dans la détermination des droits ancestraux et issus de traités », (2000) 34 R.J.T., par. 54.

⁶ Andrée LAJOIE, « Les apports de l'herméneutique », dans Jugements de valeurs, Paris, P.U.F., 1997, p. 142

⁷ Id., 143. Voir aussi en général, James G. SNELL et Frederick VAUGHAN, The Supreme Court of Canada : History of the Institution, Toronto, The Osgoode Society, 1985, 319p. Ce livre discute de l'historique des juges de la Cour, en particulier, le cheminement personnel et politique des juges, leurs points de vue, ainsi que la perception du public et des médias à propos des juges et de leurs jugements.

La Cour elle-même reconnaît que, dans le passé, les décisions des juges ont été teintées de perspectives et de valeurs qui ne sont pas toujours jugées acceptables dans un contexte contemporain. Par exemple, dans *Simon c. R.*⁸ (ci-après « *Simon* »), la Cour commente une citation du juge Patterson, de 1929, qui a exprimé l'opinion que

Toutefois les Indiens n'ont jamais été considérés comme une puissance indépendante. Une nation civilisée qui découvre la première un pays peuplé de gens non civilisés ou de sauvages considère ce pays comme le sien jusqu'à ce qu'il soit cédé par traité à une autre nation civilisée. Les droits de souveraineté et même de propriété des sauvages n'ont jamais été reconnus⁹.

En 1985, la Cour dans *Simon* répond :

Il convient de remarquer que le langage utilisé par le juge Patterson, illustré dans ce passage, traduit les préjugés d'une autre époque de notre histoire. Un tel langage n'est désormais plus acceptable en droit canadien et est en effet incompatible avec une sensibilité grandissante à l'égard des droits des Autochtones au Canada¹⁰.

Donc, dans cette optique, les valeurs qui sont propres à la Cour sont considérées comme étant « l'apport de l'interprète ». De plus, l'apport du juge ne constitue qu'une partie du discours judiciaire sur les droits économiques des Autochtones; il ne s'agit donc pas simplement d'un débat de valeurs entre la Cour et les parties impliquées au litige. Le débat des valeurs se manifeste dans un dialogue à l'intérieur d'un cadre juridique. Bien sûr, comme nous le verrons en analysant l'évolution de la jurisprudence, le cadre juridique est lui-même évolutif et il y a un certain dialogue que les juges mènent en faisant référence à leurs propres précédents. Nous avons noté une évolution importante dans le cadre juridique applicable aux revendications des droits économiques des Autochtones, du déni de l'existence des droits ancestraux économiques des années 1960 et 1970, jusqu'à la reconnaissance constitutionnelle de ces mêmes droits. En effet, depuis le rapatriement de la Constitution en 1982, le débat juridique porte principalement sur la question de l'interprétation du premier alinéa de l'article 35 de la *Loi Constitutionnelle de 1982*¹¹ (ci-après « *Loi Constitutionnelle de 1982* ») :

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

⁸ *Simon c. R.*, [1985] 2 R.C.S. 387

⁹ Citation du juge Patterson de *R. v. Syliboy*, [1929] 1 D.L.R. 307 reproduit dans *Simon c. R.*, *Id.*, par. 20.

¹⁰ *Id.*, par. 21.

¹¹ Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11), art. 35.

Les difficultés relatives au domaine de la preuve dans les dossiers de droit autochtone, et particulièrement dans la mise en œuvre de l'article 35 de la *Loi Constitutionnelle de 1982*, font couler beaucoup d'encre, tant en doctrine qu'en jurisprudence¹². Si la jurisprudence aborde parfois certaines questions reliées au domaine de la preuve, il demeure néanmoins beaucoup d'incertitude pour le praticien ; par exemple, Linklater souligne que même si la Cour reconnaît que la preuve orale historique est admissible, il n'y a toujours pas de paramètres pour déterminer avec certitude les conditions d'admissibilité et de force probante de cette preuve¹³.

La juge McLachlin reconnaît le flou du domaine de la preuve dans les dossiers de droits ancestraux autochtones en admettant qu'« [I]l n'y a pas de règles précises ni de principes absolus régissant l'interprétation ou l'appréciation de la preuve relative aux revendications autochtones.¹⁴ » Pour sa part, le Juge Binnie reconnaît également les difficultés dans ce domaine lorsqu'il explique dans la décision *R. c. Marshall*¹⁵ (ci-après « *Marshall 1* ») que :

Évidemment, la réalité est que les tribunaux sont saisis de litiges dont la résolution requiert qu'ils tirent des conclusions sur certains faits historiques. Les parties à ces litiges ne peuvent pas attendre qu'il se dégage éventuellement un consensus stable parmi les chercheurs. Le processus judiciaire doit faire de son mieux.

Donc, il n'est guère surprenant que malgré l'attention portée à ces questions, Boyle et MacCrimmon concluent néanmoins leur article intitulé « *Disciplining fact determination* » comme suit:

It is in the area of Aboriginal rights, where the need for egalitarian fact-finding is most pressing and significant, that we see the greatest current challenge for law to become more disciplined¹⁶.

C'est donc en considérant trois principaux éléments que nous avons abordé cette recherche, soit : l'existence des valeurs de la Cour, le cadre juridique applicable aux revendications des droits économiques des Autochtones, ainsi que le flou relatif au domaine de la preuve.

¹² Citons, par exemple, l'importance accordée à la discussion sur l'admissibilité et la force probante de la preuve orale dans *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010

¹³ Irene LINKLATER, « First Nations Governments in Manitoba : the Changing Role of the Lawyer » dans *Practising Law in an Aboriginal Reality*, Winnipeg, Law Society of Manitoba, 2001, p 263.

¹⁴ Citation tiré du résumé des motifs de la juge McLachlin dans: *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911

¹⁵ *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S., 456, par. 37.

¹⁶ Christine BOYLE et Marilyn MacCRIMMON, « To Serve the Cause of Justice: Disciplining Fact Determination », (2001), Vol. 20, *Windsor Yearbook of Access to Justice*, 85.

Puisque l'article sur « [L]'intégration des valeurs et des intérêts autochtones dans le discours judiciaire et normatif canadien » de Lajoie et al., qui sert de point de départ à la présente recherche, contient déjà une table de jurisprudence de toutes les décisions de la Cour impliquant les droits des Autochtones, nous avons jugé approprié d'utiliser cette table pour les fins de cette étude. La première décision portant sur les droits économiques des Autochtones recensée dans cette table a été rendue en 1964; c'est cette décision qui servira de point de départ pour les fins de ce mémoire. Comme la dernière décision portant sur les droits économiques des Autochtones relevée par Lajoie et al. a été rendue en 1999, nous avons ajouté toutes les décisions de la Cour traitant des droits économiques des Autochtones couvrant la période de 1999 à septembre, 2007¹⁷. Ainsi, ce mémoire comporte une analyse des décisions de la Cour portant sur les droits économiques des Autochtones de 1964-2007.

Nous avons choisi d'inclure dans notre étude des « droits économiques » tous les jugements portant sur la revendication impliquant une partie autochtone¹⁸ d'un droit impliquant une valeur économique, tel qu'un droit d'exploitation d'une ressource naturelle, ou un droit d'exemption fiscale. Nous avons inclus autant les droits revendiqués à des fins « personnelles » que ceux revendiqués à des fins « commerciales » : il suffit que le droit revendiqué ait une valeur économique. Les droits économiques revendiqués sont principalement des droits découlant de pratiques « traditionnelles », telle la chasse et la pêche, mais incluent aussi des droits reconnus dans des textes juridiques plus contemporains, telles les exemptions fiscales et de saisie découlant de la *Loi sur les Indiens*¹⁹. Finalement, nous avons exclu les revendications d'une portée plus large, telles les revendications territoriales pour cession illégale de terres détenues par les Autochtones, ainsi que les revendications territoriales ayant trait au titre ancestral. Bien que ces

¹⁷ Nous avons toutefois exclu de notre analyse trois décisions figurant dans la table de jurisprudence de Lajoie et al., deux portant sur l'application des lois provinciales et les droits matrimoniaux qui ne nous semblent pas pertinentes pour les fins de cette recherche et une autre portant sur l'émission d'un permis par l'Office national de l'énergie qui n'aborde pas une question portant spécifiquement sur la revendication d'un droit économique.

¹⁸ Certains jugements rendus avant 1964 (date du premier jugement retenu pour les fins de ce travail) abordaient des questions reliées aux droits économiques des Autochtones, mais n'impliquaient pas une partie autochtone.

¹⁹ Loi sur les Indiens, L.R.C., 1985, c. I-5. Pour la distinction entre droits économiques « traditionnels » et « modernes » voir Andrée LAJOIE, « Conceptions autochtones des droits ancestraux » dans Gouvernance autochtone : Aspects juridiques, économiques et sociaux, Montréal, Éditions Thémis, 2007, p 21.

jugements portent sur des objets ayant une valeur économique, nous avons, tout comme Lajoie et al., jugé que ces affaires traitent de revendications de droits fonciers.

Nous avons étudié les décisions de la Cour en ciblant notre analyse sur les éléments suivants : l'identité des parties et des intervenants; les droits économiques en jeu; les fondements des droits économiques invoqués par les parties autochtones; la reformulation des revendications autochtones par la Cour (s'il y a lieu); le cadre juridique de la preuve tel que présenté par la Cour; le traitement de la preuve (rhétorique relative à la preuve jugée pertinente ou non par la Cour pour déterminer l'existence et le contenu des droits économiques); les valeurs propres à la Cour et le dispositif ainsi que la rhétorique justifiant le dispositif (lien entre preuve et valeurs).

Les résultats de cette analyse sont présentés en trois parties, selon trois époques historiques différentes. Ces trois périodes sont délimitées ainsi : 1) les décisions de la Cour avant le rapatriement de la Constitution; 2) les décisions de la Cour entre 1982-1996, suite au rapatriement de la Constitution et pendant la période de développement des « tests » de base en matière de droits économiques des Autochtones et; 3) les décisions de la fin de 1996-2007, période dans laquelle les « tests » de la Cour sont appliqués et mis en œuvre.

La division de ce mémoire selon trois époques historiques se justifie doublement. Premièrement, toute discussion portant sur l'ensemble des décisions de la Cour doit nécessairement tenir compte des importants changements apportés au cadre juridique applicable aux revendications économiques des Autochtones en droit canadien. Une révision chronologique de la jurisprudence nous permet de mieux saisir ces développements. Deuxièmement, les résultats de notre recherche justifient ces divisions car la validité de notre hypothèse varie également en fonction des périodes en question. En effet, celle-ci n'a pas été confirmée à la suite de l'analyse de la majorité des décisions de la Cour avant 1982, mais elle l'a été pour celles qui ont été rendues suite à la réforme constitutionnelle de 1982.

La première partie porte sur les décisions de la Cour portant sur les droits économiques des Autochtones, avant le rapatriement de la Constitution, période pendant laquelle nous avons relevé des décisions entre 1964 et 1982. Pendant cette période, à l'exception de deux

décisions et des motifs de juges dissidents, notre hypothèse n'est pas confirmée dans la majorité des décisions rendues par la Cour parce que le cadre juridique canadien, la « culture juridique » des juges de la Cour de l'époque, ainsi que les valeurs de l'époque, faisaient en sorte qu'il n'y avait pas (ou très peu) de preuve considérée dans les causes portant sur les droits économiques des Autochtones. Le lien entre le domaine de la preuve et les valeurs n'était pas démontré. Dans la grande majorité des cas, la Cour invoque simplement la suprématie et l'intention du législateur et met un terme à l'analyse d'une revendication portant sur un droit économique.

Sur l'aspect méthodologique, nous notons que la Cour, à cette époque, n'invoque pas ou peu de preuve au soutien de sa détermination de l'intention du législateur. Puisqu'il y a très peu de discussions concernant la preuve pendant cette période, il n'y a pas beaucoup de constatations sur le rôle joué par la preuve. Nous avons toutefois remarqué les premiers exemples d'utilisation de « précédents de preuve » par la Cour. Pour les fins de ce mémoire, nous utilisons le terme « précédent de preuve » quand la Cour invoque dans ses motifs des énoncés ou des conclusions de faits qui proviennent d'autres décisions judiciaires.

La deuxième partie porte sur les décisions de la Cour pour la période de 1982 à 1996. Pour répondre aux développements juridiques importants de cette période, suivant l'adoption de l'article 35 de la *Loi Constitutionnelle de 1982*, ainsi que la reconnaissance de l'obligation fiduciaire de la Couronne envers les Premières Nations, la Cour établit de nombreux « principes », « critères » et « tests », tel le « test Van der Peet » pour établir l'existence d'un droit ancestral, ainsi que le « test Sparrow », utilisé pour démontrer que l'atteinte à un droit ancestral ou issu de traités est justifiée. Avec le développement de ces « principes », « critères » et « tests », la Cour crée des cadres analytiques privilégiant le domaine de la preuve comme outil de rhétorique dans la détermination des droits économiques des Autochtones, selon les valeurs qui sont propres à la Cour. Notre hypothèse est donc confirmée pendant cette période.

Puisque la Cour utilise le domaine de la preuve comme rhétorique principale à cette époque, l'aspect méthodologique de l'application de ce domaine devient important. C'est pendant cette période que nous observons un certain manque de rigueur dans l'application

du droit de la preuve : les questions reliés à l'admissibilité de la preuve, la force probante, et le fardeau sont abordés avec inconstance. La Cour continue à utiliser les « précédents de preuve », mais nous notons également l'utilisation de la preuve pour établir l'intention des parties et du législateur, pratique non-répondue pendant l'époque précédente.

La troisième partie porte sur les décisions de la Cour de la fin de 1996, jusqu'à 2007. Cette période est marquée par la mise en œuvre des tests développés par la Cour. Avec cette mise en œuvre, nous notons certaines innovations et mutations des « tests » et « principes » établis par la Cour. Ces innovations et mutations ne font que confirmer notre hypothèse puisque l'invocation du domaine de la preuve constitue une partie inhérente de toute analyse que la Cour devra compléter dans l'application de tout ces « tests » et « principes ».

De plus, pendant cette période (et malgré l'énoncé sporadique de règles ou de principes) la Cour reconnaît et défend le flou méthodologique entourant le domaine de la preuve dans les dossiers portant sur les droits économiques des Autochtones. Notre hypothèse est confirmée avec encore plus d'autorité pendant cette période. La quasi-totalité des décisions portant sur les droits économiques des Autochtones, qu'ils soient issus de traités ou invoqués en tant que droits ancestraux, sont déterminées en fonction des valeurs de la Cour, avec le domaine de la preuve comme principal élément de rhétorique au soutien.

Bien que les limitations aux droits économiques des Autochtones soient principalement fondées sur les valeurs de la Cour, ce mémoire démontre toutefois que depuis les années 1980, la rhétorique avancée par la Cour au soutien de ses valeurs est principalement liée au domaine de la preuve. Au-delà de la question principale de ce mémoire, soit la vérification de la validité de notre hypothèse portant sur le lien entre les valeurs de la Cour et l'utilisation du domaine de la preuve, notre recherche nous a également permis de formuler certaines critiques relatives au rôle joué par la preuve dans les décisions portant sur les droits économiques des Autochtones.

Avec son utilisation du domaine de la preuve, la Cour parvient à maintenir des valeurs substantiellement uniformes à travers les époques, en confirmant l'existence des droits économiques des Autochtones, tout en les limitant en faveur de la majorité non Autochtone et en réaffirmant le couple souveraineté canadienne/primauté du droit.

PARTIE I: Les décisions de la Cour avant le rapatriement de la Constitution en 1982

Introduction

Les décisions de la Cour portant sur les droits économiques des Autochtones rendues avant le rapatriement de la Constitution en 1982 partagent certaines caractéristiques. Parmi celles-ci, nous remarquons que les litiges surviennent tous entre une partie autochtone invoquant un droit économique à l'encontre d'une accusation de droit pénal, que les faits à la base des infractions sont rarement mis en cause ou contestés et que les motifs au soutien des jugements sont relativement courts, surtout lorsqu'on les compare aux jugements récents qui comptent généralement plusieurs dizaines de pages. Les revendications autochtones sont majoritairement fondées sur des droits issus de traités (les traités « numérotés »), et/ou sur des arguments de droit constitutionnel, principalement quant au partage des compétences et à la validité de lois provinciales et territoriales eu égard aux « Indiens » et aux « Esquimaux ».

Puisqu'il n'y avait aucune protection constitutionnelle explicite accordée aux droits économiques des Autochtones à cette époque (qu'ils soient issus de traités ou considérés en tant que droits ancestraux), les premiers jugements n'accordaient pas beaucoup de poids aux arguments fondés sur ces droits. En fait, mis à part les droits économiques des Autochtones découlant de certaines conventions fédérales/provinciales sur le transfert de ressources naturelles, que la Cour considérait comme étant des droits protégés par *l'Acte de l'Amérique du Nord Britannique* de 1930²⁰ (ci-après « *l'Acte de l'Amérique du Nord Britannique* »), les droits des Autochtones pouvaient être abrogés unilatéralement par le gouvernement fédéral. La position adoptée par la Cour était tout à fait représentative des valeurs prônées par la majorité des Canadiens de l'époque et du cadre juridique auquel les Autochtones étaient soumis²¹.

²⁰ Acte Constitutionnel, 1930, 20-21 George V, c. 26 (U.K.)

²¹ Par exemple, les propositions soumises par le gouvernement dans le « *White Paper* » de 1969, qui était fondées sur les prémisses voulant que les droits autochtones en soi n'existaient pas et que les droits issus de traités avaient peu de valeur juridique contemporaine. Voir à ce sujet : Olive Patricia DICKASON, Canada's First Nations, Toronto, McClelland & Stewart, 1993, p.385-389.

Il faut aussi considérer la qualité des jugements émanant de la Cour de cette époque. Dans leur livre portant sur l'historique de la Cour, Snell et Vaughan expliquent qu'en général, la qualité des jugements issus de la Cour des années 1960 laisse à désirer, ceux-ci n'étant pas toujours bien motivés et l'analyse des juges de cette époque se limitant « to technicalities and superficial issues »²². En fait, en lisant les décisions de cette époque, il est souvent difficile de cerner le lien entre les arguments des parties et les motifs retenus dans les jugements. De plus, les juges émettent souvent des opinions sans aucun élément de preuve au soutien. En particulier, on décrit la période de 1963 à 1973 comme étant une période de chaos, avec cinq nominations en onze ans, un tribunal sans direction, composé de juges avec peu d'expérience²³.

Des dix-sept jugements relatifs aux droits économiques des Autochtones rendus entre 1964 et 1981, on compte seulement quatre « victoires » des parties autochtones et seulement deux de celles-ci reconnaissant des droits économiques aux Autochtones avant 1978. Bref, à cette époque les droits économiques des Autochtones doivent céder face au principe de la suprématie du législateur. Non seulement la Cour invoque la suprématie du législateur, elle adopte également une interprétation restrictive des lois en faveur de la limitation des droits économiques des Autochtones. Cette approche restrictive confirme l'observation générale de Côté :

La façon dont les tribunaux ont abordé l'interprétation en droit statutaire se caractérise par une tendance à restreindre l'effet des lois et à insister d'abord et avant tout sur la formule légale : l'interprétation des statuts a été dominé par l'attitude restrictive et littérale²⁴.

Nous avons donc noté que pour la grande majorité des décisions de la Cour pendant cette période notre hypothèse se trouve non-confirmée, qu'il s'agisse de « victoires » ou « défaites », le domaine de la preuve n'est pas le principal outil par lequel la Cour justifie la réduction des droits économiques des Autochtones. La Cour invoque la suprématie du législateur, faisant souvent référence à l'intention de ce dernier, avec très peu ou aucun examen de preuve au soutien.

²² J. SNELL et F. VAUGHAN, *op. cit.*, note 7, p. 240-241.

²³ *Id.*, p. 215.

²⁴ Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des Lois*, 3e éd., Montréal, Les Éditions Thémis, 1999, p.8.

La première section de cette première partie portera sur la constatation de la non-confirmation de notre hypothèse, soit l’invocation par la Cour de la suprématie et de l’intention du législateur sans justification reliée au domaine de la preuve. Dans la grande majorité des cas, la Cour invoque simplement la suprématie et l’intention du législateur et met un terme à l’analyse d’une revendication portant sur un droit économique. Dans la seconde section, nous abordons quatre cas d’exceptions, en analysant quatre décisions de cette période, dans lesquelles le domaine de la preuve joue un rôle important dans la rhétorique avancée par la Cour, soit un jugement discutant de faits de nature géographique, une décision portant sur « l’absence de preuve », et finalement deux cas dans lesquels des juges dissidents ont eu recours au domaine de la preuve pour justifier leurs motifs. Finalement, dans la troisième et dernière section, nous avons noté deux jugements dans lesquels le domaine de la preuve est utilisé par la Cour dans l’élaboration de principes d’interprétation.

Donc, pendant cette période, à l’exception de deux décisions et des motifs de juges dissidents, notre hypothèse n’est pas confirmée dans la majorité des décisions rendues par la Cour parce que le cadre juridique canadien, la « culture juridique » des juges de la Cour de l’époque, ainsi que les valeurs de l’époque faisaient en sorte qu’il n’y avait pas (ou très peu) de preuve considérée dans les causes portant sur les droits économiques des Autochtones. Le lien entre le domaine de la preuve et les valeurs n’est pas démontré.

Pour ce qui est de la méthodologie suivie par la Cour, la plupart de nos observations se limitent au flou relatif à la détermination de l’intention du législateur, et nous avons noté que la Cour n’invoque pas ou peu de preuve au soutien de cette détermination. Puisqu’il y a très peu de discussion de preuve pendant cette période, la question de l’application du domaine de la preuve ne se pose pas. Nous avons toutefois noté les premiers exemples d’utilisation de « précédents de preuve » par la Cour. Cette pratique joue un rôle important dans l’ensemble des décisions portant sur les droits économiques des Autochtones.

Section 1 : La non-confirmation de notre hypothèse : la suprématie et l’intention du législateur sans recours au domaine de la preuve

Entre 1964, date de la première décision de la Cour sur les droits économiques des Autochtones et 1982, date de l'adoption de la *Loi Constitutionnelle de 1982*, la non-confirmation de notre hypothèse fut notée tant pour les « victoires » que pour les « défaites » des revendications des Autochtones devant la Cour. Dans la première cause reconnaissant des droits économiques aux Autochtones en 1964, *R. c. Prince*²⁵ (ci-après « *Prince* »), les appelants sont acquittés d'une infraction de droit pénal provincial, pour avoir chassé la nuit. Première constatation étonnante, la Cour n'explique pas et n'aborde pas les motifs avancés par les parties autochtones au soutien de leur appel. En fait, il ne paraît pas, en lisant le jugement et les motifs accueillant l'appel, que des arguments des appelants soient ni avancés ni considérés.

La Cour se prête plutôt à un exercice d'interprétation des lois, le juge Hall procédant à une interprétation du terme « hunt » de la disposition à la base de l'infraction pénale provinciale. La Cour estime que c'était l'intention du législateur de donner suite à la *Convention fédérale/provinciale sur le transfert des ressources naturelles non aliénées de la Couronne*²⁶ (ci-après « *Convention fédérale/provinciale (Manitoba)* ») et d'accorder un droit de chasse aux Autochtones à des fins de subsistance. Pour en arriver à cette conclusion, la Cour déduit, qu'en reconnaissant un droit de chasse des Autochtones pour leur « support and subsistence », le législateur avait l'intention que les termes « hunt » et de la disposition en l'espèce une signification différente et spécifique pour les indiens.

Au soutien de son interprétation, le Juge Hall cite un *obiter* issu de la Cour d'appel de l'Alberta, *R. c. Wesley* (ci-après « *Wesley* »), datant de 1932 :

I think the intention was that in hunting for sport or for commerce the Indian like the white man should be subject to laws which make for the preservation of game but, in hunting wild animals for the food necessary to his life, the Indian should be placed in a very different position from the white man who, generally speaking

²⁵ *R. c. Prince*, [1964] R.C.S. 81.

²⁶ Convention fédérale/provinciale sur le transfert des ressources naturelles non aliénées de la Couronne (1930). La Convention est annexée à la Loi des Ressources Naturelles du Manitoba, 1930 (Can.) c. 29, et est confirmé par l'*Acte de l'Amérique du Nord Britannique* de 1930. Les conventions de cette nature ont été conclues avec chacune des provinces des « Prairies » et seront étudiées de façon répétée et plus approfondie dans les jugements subséquents portant sur les droits économiques des Autochtones, plus particulièrement dans les jugements du début des années 1980.

does not hunt for food and was by the proviso to sec. 12 reassured of the continued enjoyment of a right which he has enjoyed from time immemorial²⁷.

Le seul autre élément de preuve additionnel sur lequel la Cour appuie son interprétation de l'intention du législateur porte sur la définition du mot « hunt » tiré d'un dictionnaire. Puisque la Cour n'a pas considéré la preuve présentée par les parties dans cette affaire, il n'est pas surprenant qu'il n'y ait pas eu de discussion d'un cadre juridique portant sur la présentation et la considération de la preuve.

Donc, contrairement aux jugements contemporains portant sur les droits ancestraux des Autochtones, la preuve historique ne joue pas un rôle important dans la détermination des droits et ce, malgré le fait qu'on fasse référence à un droit que les Autochtones exercent depuis des temps immémoriaux. La Cour ne se questionne pas sur le potentiel de survie d'un droit ancestral de chasse autochtone; elle se réfère plutôt à un texte législatif qu'elle interprète comme faisant référence à l'existence et à l'exercice d'un tel droit.

Il y a plusieurs autres observations qui s'imposent à la lecture de cette décision. D'abord, même si on peut considérer qu'il s'agit d'une victoire pour les parties Autochtones, il faut reconnaître que la Cour impose des limites aux droits qu'elle accorde. Il s'agit d'une reconnaissance d'un droit limité par la *Convention fédérale/provinciale (Manitoba)* de chasse pour les fins de subsistance seulement, et non pas d'un droit de chasse à des fins commerciales. En fait, dans la citation retenue par le juge on précise que, pour la chasse à des fins commerciales ou sportives, les Autochtones ont les mêmes droits que les « blancs ». Cette conclusion du jugement de l'instance inférieure est fondée sur l'intention présumée de la loi, sans que ne soit faite aucune référence à un élément de preuve extrinsèque. En retenant cette citation, la Cour invoque un *obiter* qui restreint la portée des droits économiques des Autochtones en général, ne se limitant pas à une l'analyse de l'art. 13 de la *Convention fédérale/provinciale (Manitoba)*; et ce, malgré le fait qu'il n'y a aucun élément de preuve justifiant l'application du jugement *Wesley* aux faits dans *Prince*.

Donc, dans ce cas ci, l'énoncé de la portée limitée des droits économiques des Autochtones en général, tel que délimitée par la Cour en *obiter*, est fondée davantage sur ses valeurs

²⁷ *Rex c. Wesley* [1932], 2 W.W.R. 337, 26 Alta L.R. 433, tel que cité dans *R. c. Prince*, précité, note 25, p. 84.

propres (et non pas sur un argument ou une preuve avancée par la Couronne ou les appelants). C'est une pratique conforme aux observations de Lajoie et al., qui ont noté la réduction systématique de la portée des droits économiques qui sont reconnus en principe. Il est important de noter que cet *obiter* sera invoqué maintes fois dans les jugements subséquents de la même époque portant sur les droits économiques des Autochtones. En fait, la qualification des droits de chasse des Autochtones comme étant pour leur « support and subsistence » est une constante qui sera reprise dans les décisions subséquentes, et même dans le contexte de la jurisprudence moderne.

Cela étant dit, il faut noter que le domaine de la preuve n'a pas été le principal mécanisme par lequel la Cour a réussi à perpétuer ses valeurs. Dans ce cas-ci, la détermination des droits économiques des Autochtones est justifiée par le juge selon un exercice d'interprétation de la loi fondé sur le texte d'une autre loi, sur la jurisprudence d'une instance inférieure d'une autre province et sur une définition provenant d'un dictionnaire. La rhétorique principale à retenir, c'est que le droit économique à portée réduite existe parce que c'était l'intention du législateur de le restreindre ainsi. Le domaine de la preuve n'est qu'un accessoire dans la détermination de l'intention du législateur.

L'année suivante, la Cour accorda une autre victoire à une partie autochtone dans la cause *R. c. White et Bob*²⁸. Ce jugement d'une phrase seulement confirma un droit de chasse issu de traité protégé par l'article 87 de la *Loi sur les Indiens* rendant inapplicable la disposition de la loi provinciale en cause. Après ce jugement, la Cour n'accordera aucune victoire aux parties autochtones jusqu'en 1978, soit huit revers de suite entre 1965 et 1978.

La première de ces défaites fut rendue dans le jugement *R. c. Sikyea*²⁹ (ci-après « *Sikyea* »). Dans cette affaire, l'appelant Michael Sikyea, un Autochtone des Territoires du Nord-Ouest, a invoqué un droit de chasse issu du Traité No. 11³⁰ (ci-après « Traité No. 11 ») pour rendre inapplicable la *Loi fédérale sur la Convention concernant les oiseaux migrateurs*³¹. Cette loi est à la base de son inculpation pour avoir chassé illégalement lors de la période de fermeture. Dans ce jugement, le juge Hall procède à une analyse fondée uniquement sur

²⁸ *R. c. White et Bob*, (1965), 52 D.L.R. (2d) 481.

²⁹ *R. c. Sikyea*, [1964] R.C.S. 642.

³⁰ Traité No. 11, (27 juin, 1921)

³¹ Loi fédérale sur la Convention concernant les oiseaux migrateurs, R.S.C. 1952 c. 179

un point qui ne semble même pas avoir été invoqué par l'appelant au soutien de son appel à la Cour.

L'aspect de la cause analysé par la Cour porte sur la question de savoir si l'animal chassé était un canard malard sauvage au sens de la loi (et non pas dans les faits). Il s'agissait donc d'une question de droit aux yeux du juge, à savoir si un canard malard « domestique » pourrait ne pas être considéré un canard malard sauvage au sens de la loi. Le juge Hall trancha en expliquant qu'un canard malard, même si on pouvait le « domestiquer », demeure un canard malard sauvage au sens de la loi; il a donc retenu l'inculpation confirmée par la Cour d'appel des Territoires du Nord-Ouest.

Le motif principal invoqué par l'appelant, à savoir si le Traité No. 11 pourrait rendre inapplicable la loi territoriale à son égard, est traité de façon secondaire par la Cour. Sur ce point, le juge explique simplement que :

On the substantive question involved, I agree with the reasons for judgment and with the conclusions of Johnson J.A. in the Court of Appeal [[1964] 2 C.C.C. 325, 43, C.R. 83,46 W.W.R. 65.] He has dealt with the important issues fully and correctly in their historical and legal settings, and there is nothing which I can usefully add to what he has written³².

Cette citation est intéressante parce que le juge Hall reconnaît la nature historique de la revendication du droit économique de l'appelant. Par ailleurs, il confirme l'analyse du juge de la Cour d'appel des Territoires du Nord-Ouest, qui avait conclu que la législation fédérale avait été valablement adoptée par le gouvernement et avait pour effet d'abroger tous les droits « donnés aux indiens » issus du Traité No. 11. Le juge Hall confirme ce raisonnement sans discuter du bien fondé de l'interprétation de la preuve historique par le juge de la Cour d'appel et confirme donc la primauté de la législation canadienne face à la revendication des droits économiques des Autochtones issus de traités historiques.

³² R. c. Sikyea, [1964] R.C.S. 642, p. 646. Vaughan rapporte une anecdote intéressante sur le Juge Sissons, dissident dans l'affaire Sikyea devant la Cour d'Appel des Territoires du Nord-Ouest, qui prônait des valeurs différentes sur la question du droit de chasse autochtone, considérant que c'était une question de droit de la personne : « In his memoirs, Sissons wrote : 'In the summer of 1962 I added a stuffed duck to the ornaments in my office at Yellowknife. It looked like an ordinary mallard, and a member of the Supreme Court told me privately that it was just a fifty cent duck and too much fuss was being made of it.' Little did that unidentified Supreme Court Justice know that 'the duck was used in the evidence in the prosecution of Michael Sikyea [...] This bureaucratic harassment of Sikyea was a violation of his human rights. For an Indian or Eskimo the very first right is the right to hunt for food. » Dans Frederick VAUGHAN, Aggressive in Pursuit: The life of Justice Emmett Hall, Toronto, The Osgoode Society Press, 2004, p.216.

La Cour juge qu'il n'est pas nécessaire de préciser la nature du droit économique qui aurait été invoqué (on ne cite même pas la ou les dispositions du traité sur lequel l'appelant aurait fondé son appel), et on ne discute pas sur quel raisonnement juridique la conclusion selon laquelle la législation prime sur le droit issu de traité est fondée. Tout comme dans le jugement *Prince*, cette décision confirme les observations de Lajoie *et al.* de la prédominance des intérêts économiques des non autochtones et du couple souveraineté canadienne/primauté du droit.

De plus, aucune discussion sur la preuve d'un droit issu de traité n'a été retenue par la Cour dans *Sikyea*, il n'y a donc pas eu lieu de confirmer notre hypothèse voulant que la Cour utilise le domaine de la preuve comme véhicule pour faire apparaître ses propres valeurs dans la détermination des droits économiques des Autochtones. Dans *Sikyea*, c'est plutôt une simple affirmation de la primauté de la législation canadienne sur les droits économiques des Autochtones, même ceux issus de traités, qui est utilisée pour prôner les valeurs de la Cour.

La prochaine décision analysée dans cette section est intéressante car il s'agit de la première décision de la Cour portant sur les droits économiques des Autochtones avec une dissidence. Dans l'affaire *R. c. George*³³ (ci-après « *George* »), il s'agit encore une fois d'un Autochtone plaidant l'existence d'un droit économique de chasse (issu d'un traité de 1827), pour se défendre contre une accusation d'avoir violé une disposition d'une loi fédérale interdisant la chasse aux canards pendant la période de fermeture de chasse. En l'espèce, l'accusé est inculpé en vertu de la même loi fédérale à l'origine de la condamnation dans *Sikyea*.

Les motifs du jugement majoritaire de la Cour, sous la plume du Juge Martland, furent brefs. On a tout simplement confirmé la *ratio* retenue par la Cour dans le *Sikyea*, soit que la loi fédérale en question avait été validement adoptée par le Parlement et que les dispositions de la loi étaient applicables malgré l'existence de tout traité. Tout comme dans

³³ *R. c. George*, [1966] R.C.S. 267

Sikyea, la majorité n'examine pas le contenu du traité (et encore moins le contexte dans lequel le traité a été conclu) avant de souscrire à la primauté de la législation fédérale.

Par contraste, le Juge Cartwright offre une dissidence fortement motivée et ce, malgré le fait qu'aucun juge ne partage son avis. Contrairement à la majorité, le Juge Cartwright était d'avis que l'article 87 de la *Loi sur les Indiens*³⁴ (ci-après « *Loi sur les Indiens* ») devait être interprété pour donner préséance aux droits issus de traités sur toute législation applicable dans les provinces, incluant la loi fédérale à la base de l'inculpation en question. Sur ce point, la majorité de la Cour a statué que la portée de l'article 87 de la *Loi sur les Indiens* se limitait aux lois provinciales, et que la primauté de la législation fédérale n'était pas affectée par l'article 87.

Par ailleurs, ce qui retient notre attention dans la dissidence du juge Cartwright, est le fait qu'il exprime des valeurs qui sont différentes de celles de la majorité. En effet, le juge Cartwright tient un discours sur les droits des Autochtones qui ressemble beaucoup plus à la rhétorique avancée par les juges dans la jurisprudence moderne, notamment les développements récents concernant « l'obligation de consulter » les autochtones pour maintenir « l'honneur de la Couronne³⁵ » :

We should, I think, endeavour to construe the treaty of 1827 and those Acts of Parliament which bear upon the question before us in such manner that the honour of the Sovereign may be upheld and Parliament not made the subject of reproach of having taken away by unilateral action and without consideration the rights solemnly assured to the Indians and their posterity by Treaty³⁶.

Sur la base de ses valeurs, le juge dissident extrapole que l'intention du Parlement prône la préservation des droits des Autochtones issus de traités et que le fait que la législation fédérale ne mentionne pas les droits des Autochtones est tout simplement le résultat d'un oubli :

I cannot believe that the Government of Canada realized that in implementing the Convention they were at the same time breaching the treaties they had made with

³⁴ *Loi sur les Indiens*, R.S.C., 1952, c. 149; citation de la version actuelle de la loi, précité, note 19.

³⁵ Tel qu'explicité dans *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511. Cette décision sera discutée en tant que développement récent dans les conclusions de ce travail.

³⁶ *R. c. George*, précité, note 33, p. 279.

the Indians. It is much more likely that these obligations under the treaties were overlooked—a case of the left hand having forgotten what the right had done³⁷.

Dans ses motifs, le juge Cartwright cita même un jugement datant de 1910 portant sur un litige entre le Dominion du Canada et la province de l'Ontario, dans lequel le juge de cette affaire avança l'argument que le Parlement n'avait pas nécessairement le pouvoir législatif d'enlever les droits de chasse pour fins de subsistance des « Indiens ». Bien qu'il ne s'appuie ultimement pas sur cet argument pour donner gain de cause à George, le juge Cartwright démontre tout de même qu'il a abordé la problématique de la reconnaissance des droits économiques des Autochtones avec des valeurs radicalement différentes de celles de la majorité.

Ce sont ces valeurs, plutôt que la preuve, qui sont à la base de l'adoption de cette interprétation large de la portée de l'article 87 de la *Loi sur les Indiens*. Tout comme le juge Hall qui avait interprété la signification du terme « hunt » dans *Prince*, cette interprétation de la loi n'est pas fondée sur un élément de preuve mais sur l'intention présumée du législateur. Pour le juge Cartwright l'intention présumée est la préservation de l'honneur du souverain.

Dans *George*, notre hypothèse n'est donc pas confirmée. Tout comme dans les autres causes similaires, les valeurs de la majorité de la Cour sont avancées tout simplement par l'argument de la suprématie de la législation, sans que le domaine de la preuve soit utilisé pour justifier la rhétorique. Pour ce qui est de l'interprétation large du juge dissident, ses motifs sont davantage fondés sur une interprétation large de l'intention du législateur sans avoir recours au domaine de la preuve pour justifier cette interprétation large. Comme le souligne Côté, la notion de l'intention du législateur est « un construit juridique, un concept technique, et non une donnée de la nature »³⁸; il est donc intéressant de noter l'influence des valeurs des juges dans la construction de l'intention du législateur.

Entre 1976 et 1978, trois jugements unanimes portant sur les droits économiques des Autochtones ont été rendus. Ces trois décisions sont intéressantes car les trois appels ont été rejetés avec de motifs relativement courts. Si ces trois causes avaient été entendues

³⁷ R. c. *George*, précité, note 33, p. 277.

³⁸ P.A. CÔTÉ, *op. cit.*, note 24, p.17.

quelques années plus tard, suite à la reconnaissance et la protection des droits ancestraux avec le rapatriement de la Constitution de 1982, les juges auraient certainement été obligés de modifier leur discours et procéder à une analyse plus approfondie des droits revendiqués.

Dans le premier jugement, *R. c. Myran et Meeches*³⁹ (ci-après « *Myran et Meeches* »), l'appelant invoque l'article 13 de la *Convention fédérale/provinciale (Manitoba)*⁴⁰ pour se défendre contre une accusation de chasse causant un danger pour autrui. En comparant les textes de la *Convention fédérale/provinciale (Manitoba)* avec les textes du *Wildlife Act* du Manitoba, la Cour juge qu'il n'y a pas d'incompatibilité entre le droit de chasser pour des fins de subsistance et les dispositions de la loi portant sur la manière de chasser de façon sécuritaire. Étant donné que la source du droit de chasse retenue est de nature législative, la Cour n'a pas besoin de considérer la preuve historique sur la question de savoir s'il pouvait y avoir un droit ancestral ou issu de traité permettant de chasser selon des méthodes « traditionnelles » qui pourrait justifier une exception à l'infraction en question.

La deuxième décision, *R. c. Derriksan*⁴¹ (ci-après « *Derriksan* »), fut encore plus courte, la Cour ayant livré un jugement d'un paragraphe seulement. Dans cette affaire, l'appelant invoque un droit économique en tant que droit ancestral. La Cour se montre très réticente à examiner cet argument et conclut :

Dans la mesure où serait exacte la prétention de Me Sanders selon laquelle la présence indienne dans la région en question donne naissance à un droit de pêche dans cette région [...] nous sommes tous d'avis que la Loi sur les pêcheries et ses règlements d'application [...] ont valablement été mis en vigueur et on pour effet d'assujettir le droit allégué aux normes qu'ils prescrivent⁴².

Derriksan constitue la première fois qu'un droit économique, avancé en tant que droit ancestral, est retenu par la Cour comme motif principal de l'appel. La Cour réagit en

³⁹ *R. c. Myron*, [1976] 2 R.C.S., 137

⁴⁰ L'article 13 de la *Convention fédérale/provinciale (Manitoba)* se lit ainsi : « Pour assurer aux Indiens de la province la continuation de l'approvisionnement de gibier et de poisson destinés à leurs support et subsistance, le Canada consent à ce que les lois relatives au gibier et qui sont en vigueur de temps à autre dans la province, s'appliquent aux Indiens dans les limites de la province; toutefois, lesdits Indiens auront le droit que la province leur assure par les présentes de chasser et de prendre le gibier au piège et de pêcher le poisson, pour se nourrir en toute saison de l'année sur toutes les terres inoccupées de la Couronne et sur toutes les autres terres auxquelles lesdits Indiens peuvent avoir un droit d'accès. » Chaque convention fédérale/provinciale conclue avec les provinces des « prairies » contenait une clause identique à celle-ci, parfois numérotée 12 au lieu de 13.

⁴¹ *R. c. Derriksan*, [1976] A.C.S. no 3

⁴² *Id.*

confirmant la suprématie du législateur, sans examiner les éléments de preuve à la base de la prétention du droit ancestral ou la possibilité qu'un autre argument juridique soit possible.

Le troisième jugement, et septième défaite de suite des revendications de droits économiques des Autochtones, a été rendu en 1978 dans *R. c. Kruger*⁴³ (ci-après « *Kruger* »). Dans cette affaire, la Cour devait déterminer si les lois provinciales portant sur la chasse (plus spécifiquement les dispositions nécessitant l'obtention d'un permis de chasse de la province) devaient s'appliquer à un Autochtone non visé par traité, chassant hors réserve, sur des terres non occupées de la Couronne. Dans le premier paragraphe du jugement, le juge Dickson mentionne que la chasse a eu lieu sur le territoire de chasse « traditionnel » de la Bande indienne de Penticton. Cela étant dit, il n'est pas clair en lisant la décision quels étaient les motifs invoqués par l'appelant au soutien de son appel, ni si ses motifs étaient liés au fait que la chasse ait eu lieu en territoire traditionnel.

Malgré la mention, dans le premier paragraphe, du fait qu'il s'agisse du territoire de chasse « traditionnel » de la Bande indienne de Penticton, la Cour précise qu'il ne s'agit pas d'une cause où la question du titre aborigène est en jeu. De plus, l'appelant avait eu gain de cause au niveau de la Cour de première instance de la Colombie-Britannique en raison des dispositions de la *Proclamation Royale* de 1763. En Cour suprême, on ne procède pas à un réexamen de cette question, jugeant que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique avait eu raison de mettre de côté l'argument fondé sur la *Proclamation Royale* de 1763.

La Cour formule donc sa propre question en litige, à savoir si les dispositions de la loi provinciale en question étaient « d'application générale » au sens de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*⁴⁴. La Cour procède à une analyse de la nature des dispositions de la loi provinciale en question et juge qu'elles sont « d'application générale » et donc applicables à un Autochtone non visé par traité, chassant hors réserve, sur des terres non occupées de la Couronne.

⁴³ *R. c. Kruger*, [1976] 1 R.C.S., 104

⁴⁴ Anciennement l'article 87 de la *Loi sur les Indiens*, précité, note 19.

Les défaites des parties autochtones dans *Myran et Meeches*, *Derriksan*, et *Kruger* témoignent des débuts d'une révolution importante en droit autochtone. Les revendications fondées sur une interprétation de la législation et des accords canadiens ne fonctionnent plus et les parties autochtones commencent à soulever les concepts de titre aborigène et de droits ancestraux. La Cour se montre toutefois réticente à accueillir de tels arguments et continue à confirmer la suprématie du législateur et la primauté du droit canadien. Depuis les années 1970, malgré certaines références à la preuve historique dans quelques jugements dissidents, la plupart de ces jugements sont fondés sur une interprétation de l'intention de la portée des lois, traités et conventions sans avoir recours à la preuve extrinsèque.

Le prochain jugement, en 1978, *R. c. Frank*⁴⁵ (ci-après « *Frank* »), constitue la première victoire suite à une revendication d'un droit économique d'une partie autochtone depuis 1965. Contrairement aux deux jugements précédents, la Cour n'a pas à considérer des arguments fondés sur un titre ou des droits ancestraux. Il est plutôt question d'un appelant autochtone qui invoque la non applicabilité d'une loi provinciale de l'Alberta en vertu d'un droit issue de traité, ainsi que de l'article 12 de la *Convention fédérale/provinciale (Alberta)*⁴⁶.

La Cour procède à une analyse similaire à celle effectuée dans l'affaire *Kruger* et analyse les dispositions de la loi provinciale en relation avec l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*. Cette fois, le résultat est différent parce que l'appelant est un Autochtone réclamant des droits issus de traités et de la *Convention fédérale/provinciale (Alberta)*. La Cour juge que la loi provinciale viole ces droits, ceux-ci étant protégés par l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*. Cette décision est fondée sur une interprétation de l'intention de la portée du Traité no. 6, de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens* et de la *Convention fédérale/provinciale (Alberta)*, sans avoir recours à la preuve extrinsèque. Nous remarquons encore une fois la non-confirmation de notre hypothèse, puisque les seuls éléments extrinsèque sur lesquels le juge Dickson s'appuie dans son interprétation des textes est une référence aux règles de

⁴⁵ *R. c. Frank*, [1978] 1 R.C.S., 95

⁴⁶ La rédaction de cet article est identique à celui de l'article 13 de la *Convention fédérale/provinciale (Manitoba)*, voir note 40 pour le texte.

grammaire: « one learns at an early age » et d'une jurisprudence discutant des règles de grammaire.

Les deux dernières décisions analysées dans cette section sont très courtes. Dans la première de ces décisions, *R c. McKinney*⁴⁷, la Cour donne des motifs oraux très courts totalisant un paragraphe seulement, faisant seulement référence à deux arrêts. Se disant d'accord avec *l'obiter* du juge Dickson dans *Myran et Meeches*, l'appel de McKinney est rejeté. Il n'y a aucune discussion de l'infraction, ni des motifs d'appel.

La prochaine décision de la Cour est également très courte. Dans *R c. Elk*⁴⁸, on réaffirme tout simplement le bien fondé du jugement de la Cour d'appel du Manitoba et de l'interprétation de la portée de l'article 13 de la *Convention fédérale/provinciale (Manitoba)* tel qu'élaboré dans *Daniels c. White et R*⁴⁹ (ci-après « *Daniels* »). La Cour décide que l'article 13 n'exempte pas l'appelant de l'application de la *Loi sur les pêcheries* (fédérale)⁵⁰. Il n'y a donc pas eu de discussion de preuve dans ces deux jugements, et notre hypothèse est non-confirmée.

Nous allons maintenant porter notre attention sur quatre cas d'exceptions confirmant notre hypothèse pendant cette période.

Section 2 : Cas d'exceptions confirmant notre hypothèse

Dans cette section nous abordons l'analyse de quatre cas d'exceptions de cette période qui confirment notre hypothèse. Notamment, un arrêt dans laquelle la Cour fonde sa décision sur la base de la preuve de faits géographiques, une cause dans laquelle la Cour invoque l'absence de preuve comme rhétorique principale, ainsi que deux jugements dans lesquels les motifs des juges dissidents sont fondés sur le domaine de la preuve.

⁴⁷ *R c. McKinney*, [1980] 1 R.C.S., 401

⁴⁸ *R c. Elk*, [1980] 2 R.C.S., 156

⁴⁹ *Daniels. c. White et R.*, [1968] R.C.S., 517, cette décision sera analysée dans la section 2 b) de ce mémoire.

⁵⁰ *Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, chap. F-14

a) L'élément géographique

Deux ans après avoir rédigé la décision *Sikyea*, le juge Hall statue encore une fois sur la revendication d'un droit économique d'une partie Autochtone dans *Sigearak E1-53 c. R.*⁵¹(ci-après « *Sigearak* »). L'appelant, un « Esquimau » soutenait que la *Proclamation Royale* de 1763⁵² lui conférait un droit de chasse sur le territoire où l'infraction à la loi provinciale a eu lieu. Deux points ont été soulevés dans cette décision : tout d'abord le juge estime que l'appelant ne pouvait bénéficier de la protection de la *Proclamation Royale* sur le territoire en question parce que le territoire avait fait l'objet d'une concession à la Compagnie de la Baie d'Hudson. Sur ce point, le juge Hall conclut que :

[...]there can be no question that the region in question was within the area granted to Hudson's Bay co. Accordingly the proclamation does not and never did apply in the region in question and the judgments to the contrary are not good law⁵³.

Aucune preuve n'est discutée par la Cour démontrant que la région en question avait effectivement été concédée à la Compagnie de la Baie d'Hudson. On peut donc présumer que la Cour prend connaissance d'office de ce fait, ou du moins se fie sur la preuve retenue par les instances inférieures. La deuxième question était reliée aux faits à la base de l'infraction, à savoir si le type de caribou tué correspondait au type de caribou dont la chasse était prohibée par l'infraction. La Cour prend encore une fois connaissance d'office des faits, et conclut que c'était bel et bien le type de caribou qu'on retrouve dans cette région et que, par conséquent, l'appelant était coupable de l'infraction⁵⁴.

Sigearak est donc le premier jugement qui confirme clairement notre hypothèse puisque la Cour ne statue pas que le droit économique de l'appelant n'existe pas en vertu de la suprématie du législateur ou en vertu d'un autre argument juridique, mais plutôt, que les faits démontrent que le droit invoqué n'existe pas sur le territoire en question. Malgré le fait que la Cour ne discute pas d'éléments de preuve en soi, elle prend néanmoins connaissance d'office de faits qui font en sorte que l'appel doit être rejeté. Le juge Hall n'a pas émis

⁵¹ *Sigearak E1-53 c. R.*, [1966] D.L.R. (2d) 536

⁵² *Proclamation Royale No. 1* (1763)

⁵³ *Sigearak E1-53 c. R.*, précité, note 51, p. 540.

⁵⁴ *Id.*, p. 541. C'est également un rare exemple d'une décision dans laquelle les faits à la base de l'infraction sont en litige au niveau de la Cour.

d'opinion sur la question en litige, à savoir si la *Proclamation Royale* de 1763 aurait pu servir de défense à l'infraction. Il n'a pas non plus confirmé l'existence d'un droit économique. Le constat qu'un droit économique n'existe pas sur la base de faits « géographiques » sera étudié de façon plus approfondie en 2001 dans *Mitchell c. M.R.N.*⁵⁵ (ci-après *Mitchell c. MRN*).

Contrairement aux jugements de *Prince* et de *Sikyey*, la Cour n'a pas besoin de confirmer de façon explicite la suprématie de la souveraineté canadienne et la primauté du droit canadien sur le droit économique invoqué par la partie Autochtone. La valeur principale de la Cour est maintenue parce que les « faits » sont favorables au rejet de la revendication de l'appelant.

b) Des dissidences invoquant la preuve extrinsèque

Nous avons choisi de mettre deux décisions de la Cour parmi les « exceptions » même si la majorité de la Cour dans ces deux décisions n'a pas utilisé le domaine de la preuve comme rhétorique principale au soutien de leurs jugements, car néanmoins, dans ces deux cas, les juges dissidents se sont fondés sur le domaine de la preuve pour justifier leurs conclusions. Ces dissidences, ainsi que certains développements au début des années 1970 marquent un point tournant important et seront analysés dans cette section.

En 1968, la Cour livre une décision très intéressante dans *Daniels*. Il s'agit d'un jugement volumineux, décidé en faveur de la Couronne par cinq juges contre quatre. De plus, cinq des neuf juges ont livrés des motifs au soutien de leur jugement. Cette cause marque également la première utilisation directe de la preuve extrinsèque pour justifier une interprétation de l'intention des parties à l'origine d'un document historique, en conformité avec les valeurs prônées par la Cour dans la détermination des droits économiques des Autochtones.

⁵⁵ *Mitchell c. M.R.N.*, précité, note 14.

Il faut d'abord noter que le cadre juridique considéré par les juges dans l'affaire *Daniels* est beaucoup plus complexe que celui abordé par la Cour dans le cadre de son étude des droits économiques des Autochtones dans ses jugements antérieurs. Bien qu'il soit toujours question d'une inculpation en vertu de la *Loi sur la Convention concernant les oiseaux migrateurs*⁵⁶, tel que c'était le cas dans *Sikyea et George*, la Cour examina également les dispositions de la *Loi sur les Indiens*, la *Loi des Ressources Naturelles du Manitoba*⁵⁷ (ainsi que son annexe, la *Convention fédérale/provinciale (Manitoba)*), de l'*Acte de l'Amérique du Nord Britannique* de 1930, de la *Convention internationale entre les États-Unis et le Canada*⁵⁸, ainsi que des traités numérotés 5, 6, 7 et 8⁵⁹ couvrant des parties du territoire du Manitoba, de l'Alberta et de la Saskatchewan.

En considérant que le dialogue entre les valeurs de la Cour et le cadre juridique retenu est relativement complexe et que cinq juges ont chacun livré des motifs afin d'appuyer leurs points de vue, il n'est guère surprenant de noter que le jugement *Daniels* manque de cohérence. Les juges ne traitent pas toujours des mêmes questions en litige, et n'accordent pas la même importance à certains arguments qui sont approfondis par d'autres. Parmi les points soulevés dans le jugement, il est difficile de cerner lesquels ont été soulevés par les parties et lesquels ont été soulevés d'office par les juges.

Cela étant dit, la question principale de cette affaire portait sur l'effet de l'article 13 de la *Convention fédérale/provinciale (Manitoba)*⁶⁰. Deux juges ont écrit les motifs de la majorité rejetant l'appel de *Daniels*. Le Juge Judson a conclu que la *Convention fédérale/provinciale (Manitoba)* n'avait pas pour effet d'exempter les Indiens de la *Loi fédérale sur la Convention concernant les oiseaux migrateurs*. Il est d'avis que l'intention de la *Convention fédérale/provinciale (Manitoba)* avec le Manitoba avait pour objectif le transfert des terres non cédées au Manitoba afin que la province puisse être dans la même position que les autres provinces canadiennes. Le juge poursuit que l'article 13 ne devait pas être interprété comme imposant des obligations à la Couronne : « [T]he whole tenor of

⁵⁶ Loi fédérale sur la Convention concernant les oiseaux migrateurs, R.S.C. 1952, c. 179

⁵⁷ Loi des Ressources Naturelles du Manitoba, précité, note 26.

⁵⁸ Convention non-cité dans le jugement.

⁵⁹ Traités No. 5, 1876; Traité No. 6, (1877); Traités No. 7 et son supplément, (22 septembre et 4 décembre, 1877); Traité No. 8 (21 juin, 1899).

⁶⁰ Voir le texte de l'article 13 à la note 40.

the agreement is that of a conveyance of land imposing specified obligations and restrictions on the transferee (le Manitoba), not on the transferor »⁶¹.

Le juge Judson a par la suite précisé que l'objectif de l'article 13 était de s'assurer que les provinces n'enfreignaient pas les droits des Autochtones issus des traités numérotés. Pour illustrer l'importance des traités numérotés, le juge a cité quelques dispositions des Traités 5, 6, 7 et 8. Le jugement rendu dans l'affaire *Daniels* en 1968 est donc le premier jugement de la Cour à mentionner spécifiquement certaines dispositions des traités historiques dans le cadre de son analyse de revendications fondés sur des droits économiques des Autochtones.

Le juge Judson exprime également l'opinion que la protection accordé par l'article 13 ne s'applique pas à la législation fédérale en question parce que la législation fédérale a été adoptée par le Parlement afin de donner suite à une convention internationale entre le Canada et les États-unis, la valeur sous-entendue étant la primauté du respect des obligations internationales du Canada sur une revendication autochtone en vertu du droit interne canadien. Mise à part cette valeur sous-entendue, le choix de mots dans les motifs du juge Judson n'exprime pas de « valeurs » claires; c'est un jugement qui se fonde sur le « sens logique » que le juge a attribué aux textes analysés.

Le juge Pigeon s'est aussi exprimé pour la majorité dans des motifs plus courts que ceux du juge Judson. Ses motifs s'appuient davantage sur les règles d'interprétation des lois. Il conclut que le langage de l'article 13 de la *Convention fédérale/provinciale (Manitoba)* doit s'interpréter comme visant seulement les lois provinciales. Le juge cita Maxwell sur l'interprétation des lois: « [G]eneral words and phrases, therefore, however wide and comprehensive they may be in their literal sense, must, usually, be construed as being limited to the actual objects of the Act »⁶².

Bien que le juge Judson ait cité les dispositions des traités numérotés, ces dispositions n'étaient pas directement reliées à la *ratio* du jugement, soit l'interprétation de la portée de l'article 13 de la *Convention fédérale/provinciale (Manitoba)* sur l'applicabilité de la loi fédérale à l'appelant. Encore une fois, pour ce qui est des motifs de la majorité de la Cour,

⁶¹ *Daniels c. White et R.*, précité, note 49, p. 524.

⁶² *Id.*, p. 543.

nous observons que la preuve historique et le domaine de la preuve ne jouent pas un grand rôle dans la justification des conclusions portant sur les droits économiques des Autochtones à cette époque. La justification pour cette interprétation se fonde plutôt sur l'interprétation « logique » du sens des textes invoqués par le juge Judson ainsi que les règles d'interprétation des lois invoquées par le juge Pigeon.

Toutefois, le jugement *Daniels* est également intéressant parce que c'est le premier jugement dans lequel la preuve extrinsèque est directement utilisée pour justifier une interprétation de l'intention des parties à l'origine d'un document historique qui est en conformité avec des valeurs prônées par la Cour dans la détermination des droits économiques des Autochtones. En effet, dans ses motifs dissidents, le juge Hall utilise la preuve extrinsèque afin de justifier des valeurs favorables à la reconnaissance des droits économiques des Autochtones.

La dissidence du juge Hall dans *Daniels* marque un point tournant dans ses jugements dans le domaine du droit autochtone parce qu'il exprime des valeurs qui n'apparaissent pas dans ses jugements antérieurs sur les droits économiques des Autochtones :

The lamentable history or Canada's dealings with Indians in disregard of treaties made with them [...] ought in justice to allow the Indians to get the benefit of an unambiguous law which for once appears to give them what treaties and the Commissioners who were sent to negotiate those treaties promised⁶³.

Suite à cet énoncé de valeurs, faisant appel à la notion de « justice » pour les Autochtones, le juge Hall analyse son propre jugement dans *Sikyea*, ainsi que les motifs du juge Johnson du jugement de la Cour d'appel des Territoires du Nord-Ouest rendu dans l'affaire *Sikyea*. En fait, il est étrange de constater que dans l'affaire *Daniels*, le juge Hall discute de la preuve historique entourant la conclusion du Traité No. 11 d'une manière beaucoup plus approfondie qu'il ne l'a fait dans l'affaire *Sikyea*.

⁶³Id., p. 531-532. Sur la question du lien entre les expériences de vie et des valeurs du Juge Hall, voir aussi Vaughan: « The fair treatment of Canadian native peoples was a cause Hall brooded over. His knowledge of Saskatchewan history and the plight of its native population made him especially sensitive to the rights and privileges of Canadian native people ». Dans Frederick VAUGHAN, *Aggressive in Pursuit: The life of Justice Emmett Hall*, Toronto, The Osgoode Society Press, 2004, p.216.

L'importance accordée à cette preuve est autant plus remarquable parce que le droit économique invoqué dans *Daniels* est fondé directement sur l'article 13 de la *Convention fédérale/provinciale (Manitoba)* et non pas sur un droit issu de traité, encore moins un droit issu du Traité No. 11. En procédant ainsi, nous remarquons pour la première fois la pratique de la Cour d'utiliser l'interprétation de la preuve dans sa jurisprudence antérieure en tant que « précédent de preuve ». En effet, les énoncés de faits fondés sur la preuve historique traitée par la Cour d'appel des Territoires du Nord-Ouest sur le Traité no. 11 crée un précédent de preuve pour les fins de l'interprétation des Traités 5 et 6.

Après avoir procédé avec cette analyse de preuve historique le Juge Hall conclut que :

I do not think that any of the makers of it (le Traité) could by any stretch of the imagination be deemed to have contemplated a day when the Indians would be deprived of an unfettered right to hunt game of all kinds for food on unoccupied Crown land⁶⁴.

Le juge Hall dispose également des arguments avancés par la majorité sur la primauté du droit international en répondant :

But I would answer that neither comity nor rule of international law can be invoked to prevent a sovereign state (Canada) from taking what steps it thinks fit to protect its own aboriginal population (Indians) from being deprived of their ancient rights to hunt and to fish for food assured to them in Treaties 5 and 6 made with them⁶⁵.

Le Juge Hall qualifie même le droit comme étant un droit constitutionnel, protégé en vertu de la ratification de la *Convention fédérale/provinciale (Manitoba)* par l'*Acte de l'Amérique du nord Britannique* de 1930, un point de vue qui est confirmé par la jurisprudence subséquente portant sur les droits des Autochtones issus des conventions de cette nature au début des années 1980. Ainsi, pour le juge Hall, c'est principalement le contexte historique⁶⁶ particulier des traités numérotés qui justifie son interprétation de la portée de l'article 13 de la *Convention fédérale/provinciale (Manitoba)*.

⁶⁴ *Daniels*, c. *White* et *R.*, précité, note 49, p. 534.

⁶⁵ *Id.*, p. 541.

⁶⁶ Dans un des livres écrit sur le Juge Hall on a noté son utilisation de preuve historique dans ses décisions: « Hall wrote for the Court frequently on Aboriginal rights cases, proving to be a judge who carefully weighed and sifted facts but who also researched widely in history and other disciplines » Voir : Dennis GRUENDLING, *Emmett Hall: Establishment Radical*, Markham, Ont., Fitzhenry and Whiteside, 2005, p. 210.

Dans ce jugement, le juge en chef Cartwright et le juge Ritchie ont également rédigé de brefs motifs de dissidence. Contrairement au juge Hall, ceux-ci n'examinent pas le contexte historique des traités numérotés. Ils affirment plutôt que leur interprétation de l'article 13 de la *Convention fédérale/provinciale (Manitoba)* confirme la protection des droits économiques des Autochtones face à la législation fédérale et provinciale. Donc, en ce qui concerne la justification de leurs motifs, c'est une approche qui est similaire à celle qui a été adoptée par la majorité, soit l'interprétation « logique » du sens des textes ainsi que les règles d'interprétation des lois.

En invoquant la preuve historique citée dans des jugements antérieurs et des causes différentes, le juge Hall fait la promotion de ses valeurs en conformité avec l'opinion personnelle qu'il exprime dans son jugement, selon laquelle les Autochtones devraient « pour une fois » avoir le droit de voir la solennité des traités respectés. Dans les motifs dissidents du juge Hall, notre hypothèse de départ est donc confirmée. Par contre, il y a un certain manque de rigueur dans la façon dont la preuve historique est appliquée et transférée d'un jugement à un autre. Le contexte historique du Traité no. 6 dont il est question dans cette affaire n'est pas étudié; on se fie plutôt à la preuve historique ayant trait au Traité no. 11 présenté au niveau de la Cour d'appel des Territoires du Nord-Ouest dans *Sikyea*. De plus, le lien entre la pertinence de cette preuve avec la question en litige (soit l'interprétation de l'intention du législateur) n'est pas clairement démontré.

Dans ce cas-ci, le juge Hall utilise le domaine de la preuve en se fiant sur le « contexte historique » comme véhicule pour faire apparaître ses propres valeurs dans la détermination des droits économiques des Autochtones. Tandis que pour la majorité, l'interprétation se fonde plutôt sur la rhétorique du « sens logique » des textes invoqués par le juge Judson ainsi que les règles d'interprétation des lois invoquées par le juge Pigeon.

Avant d'aborder l'analyse de la prochaine décision de cette période il est important de noter quelques développements politiques et historiques. En 1969, le Ministre des affaires indiennes de l'époque, Jean Chrétien, présenta le plan du gouvernement Trudeau pour résoudre la « problématique » de la présence autochtone au Canada. Le gouvernement présenta alors le « *Livre Blanc* » qui proposa entre autres, l'élimination des réserves, du

statut « d'Indien » ainsi que la minimisation (voir même l'élimination) de l'importance juridique accordé aux traités historiques entre la Couronne et les Autochtones⁶⁷. La réaction à la proposition fut vive et les Autochtones rejetèrent l'élimination de la reconnaissance de leur spécificité, tout en réclamant des réformes et la réaffirmation des droits issus de traités⁶⁸.

En 1973, le jugement *Calder c. Procureur Général de la C.B.*⁶⁹ (ci-après « *Calder* ») a été rendu par la Cour reconnaissant le titre aborigène. Bien que cette décision ne porte pas sur les droits économiques des Autochtones, il est important de la noter en tant que point tournant dans le droit canadien des Autochtones. Il est reconnu que les motifs minoritaires du juge Hall dans cette affaire représentent une nouvelle approche dans le traitement des causes de droit autochtone :

Hall practiced in the Nisga'a judgment his own common call for a judicial approach that did not retreat from current problems through the stale and unimaginative use of precedent, while ignoring other available fields of knowledge like history and anthropology⁷⁰.

Comme nous le verrons, la nature des revendications des droits économiques des Autochtones commence à changer graduellement dans les décisions suivant *Calder*. Bien qu'il soit toujours difficile, en lisant les jugements de cette époque, de déceler les motifs à la base des appels des parties autochtones, on note que dans les jugements des années 1970, les revendications des Autochtones sont fondées sur des arguments de droit variés.

En effet, dans les années 1970, les revendications des droits économiques des Autochtones sont non seulement fondées sur les arguments avancés dans les années 1960 (les traités, le partage des compétences ainsi que l'interprétation des lois et des conventions), elles sont également fondées sur l'existence de titres aborigènes et de droits ancestraux économiques.

⁶⁷ Voir description de Gruending : « In August 1969 he said in Vancouver that he would not recognize Aboriginal rights because society cannot be built on "historical might have beens". Trudeau did not believe that "collective rights", including Aboriginal treaty rights, should take precedence over individual rights » dans D. GRUENDLING, *Id.*, p. 207.

⁶⁸ Voir : Olive Patricia DICKASON, *Canada's First Nations*, Toronto, McClelland & Stewart, 1993, p.385-389.

⁶⁹ *Calder c. Procureur Général de la C.B.*, [1973] R.C.S. 313

⁷⁰ D. GRUENDLING, *op. cit.*, note 66, p. 206. Un lien peut être fait entre l'approche de Hall dans *Calder* et les valeurs qu'il prônait à cette époque. Lors d'une conférence de 1969 sur la justice sociale, le juge Hall avança que « Is the Indian on or off the reserve free? Free in the social and economic sense that he may talk and work in dignity? We all know the answer ». Propos rapporté dans F. VAUGHAN, *op. cit.*, note 63, p. 228.

C'est un développement non négligeable dans la façon dont les droits des Autochtones sont conçus. Par exemple, dans un livre sur le droit des Autochtones paru en 1971, et avant que la décision de la Cour ne soit rendue dans *Calder*, le chapitre sur les sources des droits des Autochtones se limite à la *Proclamation Royale* de 1763 et à la jurisprudence canadienne⁷¹. Donc, la reconnaissance et l'invocation d'un titre aborigène et de droits ancestraux existant indépendamment de la *Proclamation Royale* de 1763 marquent un changement important dans la conception de la source des droits des Autochtones dans le discours du droit canadien des Autochtones.

Cette avancée juridique transforma également le discours politique. Grueding raconte que le jugement du juge Hall dans *Calder* « was so persuasively written that Trudeau and Jean Chrétien, his Indian Affairs Minister, made settlements with non-treatied Aboriginal people a priority. This was a departure from previous government policy [...]»⁷² Cette transformation aboutit, avec le rapatriement de la Constitution en 1982, à la reconnaissance constitutionnelle des droits ancestraux et issus de traités existants.

Le premier jugement des années 1970 portant sur les droits économiques des Autochtones fut livré en 1974, dans l'affaire *Cardinal c. P.G. Alberta*⁷³ (ci-après « *Cardinal* »). Dans cette affaire, l'appelant invoque un droit de chasse commercial (et non pas pour subsistance personnelle) l'exemptant de l'application du *Wildlife Act*⁷⁴ de l'Alberta (ci-après « *Wildlife Act (Alberta)* »). Il est donc important de noter que pour la première fois le droit revendiqué est clairement de nature commerciale, contrairement aux autres jugements où la Cour a statué sur des droits économiques à des fins de subsistance personnelle seulement. Encore une fois, la Cour est divisée, l'appel est rejeté par une majorité de six juges contre trois en dissidence.

Pour la majorité, la question en litige consiste à déterminer si la loi provinciale s'applique à un Indien visé par un « traité » qui habite et chasse sur une réserve et qui bénéficie de

⁷¹ Voir le chapitre intitulé "The origins and recognition of aboriginal rights in Canada" dans le livre de Peter A. CUMMING et Neil H. MICKENBERG (eds.), *Native Rights in Canada*, 2^e ed., Toronto, The Indian-Eskimo Association of Canada, 1971, p.23-38.

⁷² Dennis GRUENDLING, *op.cit.*, note 66, p. 208-209.

⁷³ *Cardinal c. Alberta (P.G.)*, [1974] 3 R.C.S., 695

⁷⁴ *Wildlife Act*, R.S.A. 1970, c. 391.

l'article 12 de la *Convention sur les ressources naturelles*⁷⁵ (ci-après « *Convention fédérale/provinciale (Alberta)* »). La Cour conclut que, en ce qui concerne les dispositions liées à la chasse à des fins autres que personnelles, la loi provinciale est d'application générale. Par conséquent, il n'y avait aucun droit issu de traité, ni de protection liée au territoire de la réserve découlant de la Convention exemptant l'appelant de la loi.

Dans un premier temps, la Cour examine le problème dans l'optique d'une question de droit constitutionnel portant sur le partage des compétences et la validité de lois provinciales et territoriales eu égard aux « Indiens ». En faisant une analogie avec les chemins de fer, la majorité juge que les réserves ne sont pas des enclaves exemptes de toute législation provinciale. On juge que les dispositions de la loi en question sont valides et ne visent pas « les Indiens en tant qu'Indiens »⁷⁶.

Sur la question de l'effet de l'article 12 de la *Convention fédérale/provinciale (Alberta)*, la Cour conclut que le texte spécifie que le droit de chasse autochtone se limite à un droit pour leur soutien et subsistance. La Cour adopte une interprétation restrictive du concept de chasse pour le soutien et la subsistance, et juge que cet article ne vise que la chasse à des fins de nourriture personnelle, excluant tout droit de chasse à des fins commerciales. Au soutien de cette interprétation, la Cour discute de l'application de la cause *Wesley* en l'espèce, et fait référence à l'*obiter* retenu dans l'affaire *Prince*, selon lequel en pratiquant la chasse à des fins de sport ou de commerce les « Indiens » devraient être sujet aux lois relatives à la préservation de la faune au même titre que les « blancs »⁷⁷.

La majorité estime qu'il n'est pas nécessaire d'aborder la question à savoir s'il existait un droit ancestral ou issu de traité. Ce qui est important de retenir est que la Cour établit clairement sa vision sur le fait qu'un droit de vendre les produits d'une pratique ancestrale, telle la chasse, doit s'exercer selon les normes du droit canadien, incluant les normes de droit provincial. Alors, tout comme dans *Sikyea, George et Daniels*, la majorité n'examine

⁷⁵ L'article 12 de la *Convention sur les Ressources Naturelles* (1929) : Texte identique à l'article 13 de la *Convention fédérale/provinciale (Manitoba)*, voir note 40.

⁷⁶ *Cardinal c. Alberta (P.G.)*, précité, note 73, par. 26.

⁷⁷ *Id.*, p. 700

pas le contenu du Traité⁷⁸, ni le contexte dans lequel le Traité a été conclu, avant d'établir l'intention du législateur et de conclure à la primauté de la législation.

Par contre, tout comme la dissidence dans *Daniels*, la dissidence dans *Cardinal* examine encore la preuve historique comme facteur pour interpréter l'intention et la portée de l'article 12 de la *Convention fédérale/provinciale (Alberta)*. Cela étant dit, la dissidence n'utilise pas seulement la preuve historique pour justifier son interprétation. De façon plus générale, le juge Laskin examine la *Loi sur les Indiens*, ainsi que la délégation des pouvoirs et le cadre juridique du système des réserves en général. Sur ce point, le juge conclut qu'une réserve indienne « constitue une collectivité sociale et économique qui possède également sa propre structure politique suivant les dispositions de la *Loi sur les Indiens* »⁷⁹. Cet énoncé explique de façon très générale le cadre juridique applicable aux réserves en vertu de la *Loi sur les Indiens*, mais c'est également un énoncé de valeurs. C'est une reconnaissance que les Autochtones forment des collectivités économique et sociale avec des droits particuliers qui se distingue de la majorité de la société canadienne. C'est peut-être cette reconnaissance de la collectivité autochtone en tant que collectivité économique qui explique pourquoi la dissidence n'accorde pas la même importance au fait que le produit de la chasse a été vendu à des fins commerciales plutôt qu'à des fins de subsistance personnelle.

En ce qui concerne la preuve historique, le Juge Laskin cite un autre jugement de la Cour d'Appel de l'Alberta qui avait examiné le contexte historique des réserves établies en vertu de traités⁸⁰. Le Juge Laskin cite également avec approbation le point de vue exprimé par les juges minoritaires dans *Daniels*. Cette analyse lui servira de justification pour déterminer l'étendue de l'application de l'article 12 de la *Convention fédérale/provinciale (Alberta)*, et par conséquent, l'étendue de l'application des lois provinciales sur les réserves.

La rhétorique invoquée pour justifier les motifs minoritaires dans *Cardinal* est de nature mixte. D'une part, le juge Laskin adopte une interprétation plus large des textes de lois,

⁷⁸ Par exemple, dans le premier paragraphe du jugement, le Juge Martland décrit l'appelant comme « un indien visé par les traités » sans même spécifier de quel trait il s'agit *Id.*, par. 1.

⁷⁹ *Id.*, par. 52.

⁸⁰ *Id.*, par. 65, 66.

sans nécessairement avoir recours à des éléments de preuve extrinsèque. D'autre part, il se réfère à des éléments de preuve découlant d'un cadre historique et d'un cadre juridique plus large qui milite en faveur de la reconnaissance de droits particuliers aux Autochtones et d'une exemption aux dispositions de la loi provinciale en cause. Nous sommes donc confrontés à un exemple où notre hypothèse de départ est partiellement confirmée; le domaine de la preuve est un moyen parmi d'autres que la Cour utilise pour faire apparaître ses propres valeurs dans la détermination des droits économiques des Autochtones.

c) L'invocation de l'absence de preuve

Nous analyserons maintenant une décision dans laquelle notre hypothèse fut confirmée, non pas dans l'invocation d'éléments de preuve, mais plutôt dans l'invocation de l'absence de preuve. En invoquant l'absence de preuve dans sa rhétorique, la Cour utilise néanmoins le domaine de la preuve en tant que justification principale dans cette décision.

Dans *R. c. Mousseau*⁸¹ (ci-après « *Mousseau* »), la question principale en litige est de savoir si l'article 13 de la *Convention fédérale/provinciale (Manitoba)*, qui reconnaît un droit de chasse pour se nourrir sur les terres « non occupées », inclut un droit de chasse sur les chemins publics. Le tribunal décide que :

La chasse n'est pas une des fins pour lesquelles des chemins sont ouverts au public et comme un chemin public est une terre occupée de la Couronne, l'intimé ne relève pas de la clause 13 et a, à bon droit, été déclaré coupable en première instance⁸².

Tout comme dans *McKinney* et *Elk*, cette décision porte sur l'interprétation des clauses des conventions sur le transfert des ressources naturelles conclues entre le gouvernement fédéral et les provinces. La tendance qu'on remarque dans ces jugements est que la source ou l'origine du droit économique autochtone, tel qu'identifié par la Cour, se résume aux dispositions des conventions sur le transfert des ressources naturelles entre le gouvernement fédéral et les provinces. La Cour ne situe donc pas la source des droits économiques des Autochtones dans les traités (ou encore moins dans les droits ancestraux). La Cour considère plutôt que ces droits sont accordés par le gouvernement fédéral pour donner suite

⁸¹ *R. c. Mousseau*, [1980] 2 R.C.S., 89

⁸² *Id.*, p. 90.

à un traité historique. La Cour réaffirme dans ces jugements que les droits issus des conventions fédérales/provinciales sont protégés par la Constitution en vertu de la ratification de ces conventions par l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* de 1930. Il sera donc moins important pour la Cour d'analyser le contexte historique entourant les traités historiques, et il suffira par conséquent d'analyser l'intention et la portée de la législation.

Dans cette décision, on discute plus amplement des motifs d'appel et des arguments avancés par l'avocat de Mousseau, plus particulièrement de la pertinence de la jurisprudence invoquée au soutien de son appel. La Cour étudie également la conclusion du juge O'Sullivan de la Cour d'appel du Manitoba qui avait pris connaissance d'office du fait qu'il est de « notoriété publique » qu'un chemin public constitue un lieu de chasse public. La Cour émet l'avis qu'il s'agit d'une erreur et qu'il n'y avait aucune preuve appuyant cette prétention. Donc, le domaine de la preuve, plus précisément l'allégation d'absence de preuve, est utilisé par la Cour pour infirmer le jugement de la Cour d'Appel du Manitoba.

Vers la fin de ce jugement, la Cour fait un énoncé qui se veut un résumé des décisions antérieures de la Cour qui ont reconnu les droits économiques des Autochtones:

Lorsqu'il existe un droit d'accès pour chasser sur une terre, les Indiens profitent de ce droit général qui ne peut être restreint par des lois provinciales qui imposent des restrictions saisonnières, des limites de prise, des exigences de permis ou pareilles conditions: le critère important est que la chasse soit pour se nourrir.⁸³

Cet énoncé est intéressant car on remarque que la Cour semble élaborer une règle générale sur l'étendue des droits économiques des Autochtones sans faire de nuance sur la ou les sources potentielles d'un tel droit. En élaborant une telle règle, on présume qu'un droit de chasse autochtone existe seulement pour des fins de subsistance personnelle, lorsqu'un droit d'accès est accordé par le gouvernement fédéral et qu'un tel droit est protégé seulement contre des incursions par un gouvernement provincial.

Donc dans *Mousseau*, notre hypothèse est confirmée. Bien que le domaine de la preuve ne soit toujours pas important dans l'analyse du traité, il ne demeure pas moins invoqué en tant que rhétorique principale au soutien du jugement de la Cour.

⁸³Id., p. 97.

Section 3 : L'utilisation de la preuve dans l'établissement de principes d'interprétation

Bien que les deux prochaines décisions ne confirment pas notre hypothèse, nous avons décidé des les analyser séparément. Dans ces cas, même si le domaine de la preuve n'est pas utilisé au soutien des jugements en tant que tel, la preuve est quand même invoquée au soutien de l'adoption de principes d'interprétation. Ces principes d'interprétation ont ensuite servi de base dans l'interprétation des conventions par la Cour.

En 1980, dans *R c. Sutherland*⁸⁴ (ci-après « *Sutherland* ») la Cour rejette l'appel de la Couronne et confirme l'existence d'un droit économique autochtone. Ce jugement conclut deux choses: 1) que l'article 49 du *Manitoba Natural Resources Act* portant sur les droits des Autochtones en vertu de la *Convention fédérale/provinciale (Manitoba)* est *ultra vires* car on juge « qu'elle vise à modifier le statut des Indiens relativement à leur droit constitutionnel intangible de chasser pour se nourrir. »; 2) qu'il faut donner une interprétation large et libérale à la portée du « droit d'accès » de l'article 13 de la *Convention fédérale/provinciale (Manitoba)*, et que les Autochtones ont un droit économique de chasse pour se nourrir dans l'aire où la chasse a eu lieu.

La première détermination de la Cour était fondée sur une analyse du partage des compétences. Elle a jugé que l'objet de l'article 49 était de légiférer sur les Indiens, une compétence exclusive du gouvernement fédéral en vertu du par. 91(24) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* de 1867⁸⁵. La deuxième question fut décidée en fonction de l'intention du Parlement et sur un examen de la jurisprudence sur la portée de l'article 13 *Convention fédérale/provinciale (Manitoba)*. Encore une fois, la cause *Wesley* a été citée avec approbation par la Cour. Elle invoque également le jugement *Cardinal* et confirme le droit économique de chasse pour subsistance personnelle. Contrairement à certaines décisions antérieures où l'intention du législateur découle tout simplement de l'interprétation du juge en question, on reconnaît dans l'affaire *Sutherland* que la

⁸⁴ *R c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S., 451

⁸⁵ *Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867*, 30 & 31 Victoria, ch. 3 (R.-U.)

disposition législative est ambiguë. Face à cette ambiguïté, la Cour élabore la règle qu'il faut donner une interprétation large et libérale de la portée du texte législatif en faveur des Autochtones. Selon la Cour, l'interprétation large et libérale se justifie en considérant les traités historiques entre la Couronne et les Autochtones. Ce qui est intéressant dans cette démarche est que les traités historiques ne sont pas considérés comme des sources de droits pour les Autochtones, mais plutôt en tant qu'élément au soutien de l'élaboration, par la Cour, d'une règle d'interprétation d'une disposition ambiguë d'une Convention entre le gouvernement fédéral et provincial.

En 1981, dans la cause *Moosehunter c. R.*⁸⁶ (ci-après « *Moosehunter* »), la Cour reconnaît l'existence d'un autre droit économique en accueillant l'appel de Moosehunter. Dans cette affaire, la Cour estime que l'article 12 de la *Convention sur les ressources naturelles entre le Canada et la province de la Saskatchewan*⁸⁷ (ci-après « *Convention fédérale/provinciale (Saskatchewan)* ») a pour but d'assurer aux Indiens un approvisionnement de poisson et de gibier destinés à des fins de subsistance et leur permet de chasser, de pêcher et de piéger pour se nourrir en toute saison sur les terres inoccupées de la Couronne. Encore une fois, la Cour décide cette affaire en fonction de son interprétation de l'intention de la portée de la Convention et pour ce faire, elle reprend la règle d'interprétation large et libérale élaborée dans *Sutherland*. Il n'est donc toujours pas question d'un droit issu de traité mais plutôt d'un droit issu de la Convention.

Dans *Moosehunter*, la Cour affirme que la *Convention fédérale/provinciale (Saskatchewan)* consolide les droits accordés par le Traité no. 6 et limite le pouvoir de la province de réglementer le droit des Autochtones de chasser pour se nourrir. Donc, si dans *Sutherland*, les dispositions de traités historiques sont utilisées comme éléments de preuve au soutien de l'élaboration d'une règle d'interprétation, dans *Moosehunter*, on juge que les traités historiques « renforcent » les droits garantis par la Convention. Dans ces dernières décisions, le domaine de la preuve est utilisé au soutien de la rhétorique invoquée pour justifier l'élaboration ainsi que l'application d'une règle d'interprétation.

⁸⁶ *Moosehunter c. R.*, [1981] 1 R.C.S., 282

⁸⁷ *Convention sur les ressources naturelles entre le Canada et la province de la Saskatchewan*, 1930 (Sask.), chap. 87. Voir texte de l'article 12 à la note 40.

Les valeurs de la Cour sont donc indirectement justifiées à l'aide de l'invocation du domaine de la preuve. L'importance du développement de ces règles d'interprétation sera analysée dans le cadre des décisions subséquentes de la Cour dans la prochaine partie de ce mémoire.

Synthèse et conclusions de la première partie

Entre 1964 et 1982 on compte seulement quatre « victoires » reconnaissant les revendications des droits économiques des Autochtones dont la portée est limitée au droit de subsistance personnelle; durant cette époque les droits économiques des Autochtones doivent céder face à la suprématie du législateur⁸⁸. Même si l'on peut d'admettre que les juges de la Cour de l'époque ne faisaient que se conformer au cadre juridique dans lequel ils devaient opérer, et qu'il était donc tout à fait naturel que la majorité des décisions se décident en fonction de la suprématie du législateur, il ne demeure pas moins qu'il y avait un manque de rigueur méthodologique dans l'interprétation des lois et des conventions. Plus particulièrement dans l'absence d'éléments de preuve au soutien de la détermination de l'intention du législateur sur la question de la portée et de l'application des textes législatifs.

La détermination de l'intention du législateur n'est pas censée être un exercice flou; il s'agit plutôt d'un « fait dont l'existence est affirmée par la pratique juridique afin de répondre à des impératifs méthodologiques »⁸⁹. Par contre, à cette époque, l'interprétation des lois par la détermination de l'intention du législateur n'est pas soumise à une méthodologie rigoureuse : les interprétations des textes législatifs se justifiaient parfois à l'aide d'une définition tirée d'un dictionnaire, parfois en vertu d'une règle de grammaire, mais plus souvent qu'autrement, c'était l'interprétation du juge tout court sans justification explicite. Sauf pour quelques cas spécifiques, il n'y a pas eu de présentation cohérente par les juges des règles d'interprétation des lois. Les juges ont donc profité des lacunes dans le processus d'interprétation des lois pour faire avancer leurs valeurs; valeurs qui, admet Côté, influence

⁸⁸ Sur ce point, McNeil explique qu'avant le rapatriement de la Constitution qu'il est reconnu que le gouvernement fédéral avait le droit, en droit canadien, d'éteindre unilatéralement les droits ancestraux et issus de traités. Voir : Kent McNEIL, « Extinguishment of Aboriginal Title in Canada : Treaties, Legislation, and Judicial Discretion » (2001-2002), 33, *R.D. Ottawa*, 301-346.

⁸⁹ Pierre-André CÔTÉ, *op. cit.*, note 24, p.8.

parfois ce processus d'interprétation : « on ne peut pas expliquer l'interprétation des lois sans admettre que cette activité puisse exiger de l'interprète qu'il procède à des choix qui engageront sa personnalité, ses croyances, ses valeurs »⁹⁰.

Donc, si, à l'exception de deux jugements (*Sigearak, McKinney*) et des motifs de juges dissidents (*Daniels, Cardinal*), notre hypothèse n'est pas confirmée par les jugements rendus par la Cour avant le rapatriement de la Constitution en 1982, c'est parce que le cadre juridique canadien, la « culture juridique » des juges de la Cour, ainsi que les valeurs de l'époque faisaient en sorte qu'il n'y avait pas (ou très peu) de preuve à considérer dans les causes portant sur les droits économiques des Autochtones. Dans la grande majorité des cas, il suffisait d'invoquer la suprématie du législateur pour qu'on mette un terme à l'analyse d'une revendication portant sur un tel droit. En particulier, et malgré des jugements protégeant les droits économiques des Autochtones face aux incursions de certaines dispositions législatives provinciales, la majorité de la Cour a toujours promu la primauté de la législation fédérale et du pouvoir du gouvernement fédéral de légiférer en dépit des droits économiques des Autochtones, et même issus de traités⁹¹.

La Cour profita alors des ambiguïtés dans le domaine des règles d'interprétation des lois (et des conventions et traités) afin de justifier la promotion des valeurs de la Cour dans la détermination des droits économiques des Autochtones. Comme nous le verrons, avec les changements importants apportés au droit canadien des Autochtones suite au rapatriement de la Constitution en 1982, ainsi que dans l'évolution des règles d'interprétation, les discours entretenus par les juges de la Cour changeront aussi radicalement.

⁹⁰Id., p.19.

⁹¹La suprématie incontestée du gouvernement fédéral face aux revendications des droits issus de traités est décrite par Schulte-Tenckhoff comme étant un exemple du « paradigm of domestication » par lequel « state action, such as the unilateral abrogation of treaties or the extension of legislative authority over formerly recognized spheres of indigenous jurisdiction, is shielded from legal and political scrutiny ». Voir Isabelle SCHULTE-TENCKHOFF, « Reassessing the paradigm of domestication » dans Revue d'études constitutionnelles, Vol. 4, No. 2, 1998, p. 243.

PARTIE II : Les décisions de la Cour suite à la réforme constitutionnelle (1982-1996)

Introduction

Pendant la deuxième période de 1982-1996, nous notons plusieurs développements en droit canadien des Autochtones, notamment lorsque l'adoption de la *Loi Constitutionnelle de 1982*, qui contient la *Charte canadienne des droits et libertés*, enchâsse certains droits des Autochtones. L'article 35 est la disposition concernant les droits des Autochtones, y compris les droits économiques :

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

(2) Dans la présente loi, « peuples autochtones du Canada » s'entend notamment des Indiens, des Inuit et des Métis du Canada⁹².

Dickason explique que l'inclusion des droits des Autochtones lors du projet de rapatriement de la Constitution de 1982 s'est faite à la dernière minute suite aux pressions exercées par les Premières Nations. Par conséquent, les dispositions qui ont finalement été adoptées sont vagues et imprécises,⁹³ et rien dans le libellé de l'article 35 ne nous permet de définir le contenu des droits reconnus et confirmés. Il n'y a pas d'énumération des traités qui sont reconnus, ni de définition ou de critères pour déterminer ce qui peut constituer un droit ancestral. Malgré la convocation de trois conférences constitutionnelles qui avaient pour objectif la précision du contenu de l'article 35, il n'y a jamais eu d'amendement à l'article 35 en ce sens⁹⁴.

L'incertitude sur la mise en œuvre de l'article 35 a immédiatement fait l'objet de discussions dans la communauté juridique. Par exemple, avant qu'il ne soit nommé à la Cour, le Juge Binnie a émis l'opinion que « having erected something of a legal fortress around s. 35 rights [a Court will be] cautious and somewhat circumspect in determining what specific activities that belong within the fortress »⁹⁵. C'est donc principalement la

⁹² Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11), art. 35.

⁹³ Voir : Olive Patricia DICKASON, *op.cit.*, note 68, p.407, 409.

⁹⁴ Jacques-Yvan MORIN et José WOEHLING, *Les constitutions du Canada et du Québec: du régime français à nos jours*, Tome Premier- Études, 2^e ed., Montréal, Les Éditions Thémis, (1994), p. 474.

⁹⁵ Cette citation démontre une certaine prédisposition en faveur de limiter et minimiser l'étendue des droits issus de traités, justement parce qu'ils sont maintenant protégés par la Constitution. Citation reprise par

jurisprudence développée par la Cour qui a précisé le contenu, et comme le laissa entendre le juge Binnie, les limites aux droits existants, ancestraux et issus de traités, qui sont désormais reconnus et confirmés par l'article 35.

Le cadre juridique applicable aux Autochtones évolue également dans d'autres domaines pendant cette période. Par exemple, la Cour reconnaît l'existence d'obligations fiduciaires de la Couronne envers les Premières Nations. De plus, la Cour continue à définir le contenu des droits économiques des Autochtones en vertu de la *Loi sur les Indiens*.

Le cadre juridique applicable aux Autochtones en droit canadien n'est pas le seul changement du contexte dans lequel s'exercent leurs droits à cette époque. Il faut aussi souligner des changements en ce qui concerne la composition de la Cour. Au cours des années 1970 et le début des années 1980, Trudeau nomma des juges des milieux universitaires (individus qui avaient complété des études supérieures en droit et/ou qui avaient enseigné au niveau universitaire) et qui avaient également d'avantage d'expérience dans la pratique du droit que les juges antérieurs⁹⁶. Snell et Vaughan expliquent que la Cour avait une plus grande confiance intellectuelle et était donc plus apte à être « créative » et que « the other new justices also have impressive academic backgrounds and are sensitive to search for principles rather than the mechanical application of rules »⁹⁷.

Comme nous le verrons, avec ces développements du cadre juridique, les juges de la Cour ont répondu à cet appel en adoptant des nouvelles pratiques en droit canadien des Autochtones. On remarquera la tendance de la Cour à s'éloigner des limitations inhérentes d'une interprétation stricte de la législation canadienne et à considérer le cadre historique plus large des relations entre les Premières Nations et la Couronne.

La Cour adopte plusieurs « principes », « critères » et « tests » pendant cette période. Ce faisant, elle crée des cadres analytiques privilégiant le domaine de la preuve comme outil de rhétorique dans la détermination des droits économiques des Autochtones. Pendant cette période, notre hypothèse est confirmée par l'invocation du domaine de la preuve en tant

Sheffer dans: Warren J. SHEFFER, « R. v. Marshall: Aboriginal treaty rights and wrongs », (Mar. 2000), 10, *Windsor Rev. Leg. & Soc. Issues*, 97.

⁹⁶ J. SNELL et F. VAUGHAN, *op. cit.*, note 7, p. 236-237.

⁹⁷*Id.*, p. 240-241.

que rhétorique principale dans la justification de la réduction constante des droits économiques des Autochtones.

Nous avons divisé cette partie du travail en deux sections principales. Nous consacrons la première section de cette partie à la seule décision qui infirme notre hypothèse pendant cette période, *Nowegijick*. La deuxième section est sous-divisée en quatre sous-sections selon les domaines d'application du droit de la preuve dans lesquels notre hypothèse fut confirmée. Chaque sous-section démontre la confirmation de notre hypothèse à partir de déterminations faites en fonction du domaine de la preuve. En premier lieu, nous traitons de la détermination de l'existence d'obligations fiduciaires de la Couronne. Les deuxième et troisième sections portent sur l'interprétation de la législation et des traités respectivement. La quatrième sous-section souligne la confirmation de notre hypothèse par l'établissement des tests axés sur le domaine de la preuve dans la mise en œuvre de l'article 35 de la *Loi Constitutionnelle de 1982*.

Pendant cette période, la Cour utilise le domaine de la preuve comme rhétorique principale, par conséquent, l'aspect méthodologique relatif aux preuves exigées devient important. Nous observons un manque de rigueur dans l'application du droit de la preuve : les questions liées à l'admissibilité de la preuve, à la force probante, et le fardeau sont abordées de manière imprévisible. La Cour continue à utiliser les « précédents de preuve », mais nous notons également l'invocation de la preuve à d'autres fins. Par exemple, en invoquant un cadre historique large et imprécis pour établir l'intention des parties et du législateur, pratique non-répondue pendant la période précédente.

Avec ce nouveau cadre juridique et cette nouvelle approche, ce ne sont ni les valeurs, ni les résultats des jugements qui vont changer le plus. C'est plutôt la rhétorique adoptée pour justifier les jugements qui va évoluer; et le domaine de la preuve sera le principal outil pour ce faire.

Section 1 : Hypothèse non-confirmée : un cas d'exception

Dans cette section, nous allons analyser la seule décision de cette période qui ne confirme pas notre hypothèse. Cette décision est principalement fondée sur l'interprétation d'une

disposition législative sans que la Cour ait eu recours au domaine de la preuve. En ce faisant, la Cour établit une règle d'interprétation fondée sur les valeurs qu'elle prône, plutôt que sur des éléments de preuve.

En 1983, dans la décision *Nowegijick c. R.*⁹⁸ (ci-après « *Nowegijick* »), la Cour statue sur une question d'exemption fiscale en vertu de la *Loi sur les Indiens* et *La Loi de l'impôt sur le revenu*⁹⁹. Il s'agit donc du premier jugement de la Cour portant sur un droit économique d'une partie autochtone qui n'implique pas un droit économique découlant de l'exploitation d'une ressource naturelle (telle la chasse et la pêche).

La question principale en litige était de déterminer si le revenu d'emploi d'un Autochtone provenant d'un employeur situé sur une réserve est un « bien personnel » au sens de l'article 87 de la *Loi sur les Indiens* et donc bénéficiant d'une exemption fiscale. Tout comme certaines décisions antérieures, ce sont les règles d'interprétation des lois qui sont utilisées pour justifier l'interprétation de la Cour selon laquelle le revenu d'emploi est un bien personnel.

En effet, la Cour se fonde principalement sur le principe qu'elle a établi à l'effet que les lois et traités visant les Indiens doivent recevoir une interprétation « libérale » et que « toute ambiguïté doit profiter aux Indiens »¹⁰⁰. La Cour ne présente aucun élément de preuve au soutien de l'élaboration de cette règle d'interprétation. Elle explique tout simplement que c'est un principe « bien établi » et cite un arrêt des États-Unis datant de 1899 au soutien de l'adoption de ce principe. Considérant l'absence d'éléments de preuve, de jurisprudence contemporaine canadienne ou de référence à un texte législatif, nous croyons que l'établissement de ce principe se fonde sur les valeurs de la Cour. Il sera important de tenir compte de l'absence de preuve au soutien de cette règle d'interprétation qui sera reprise maintes fois par la Cour comme élément de rhétorique dans la jurisprudence subséquente portant sur les droits économiques des Autochtones.

⁹⁸ *Nowegijick c. R.*, [1983] 1 R.C.S., 29

⁹⁹ *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, chap. I-6; *Loi de l'impôt sur le revenu*, 1970-71-72 (Can.), chap. 63

¹⁰⁰ *Nowegijick c. R.*, précité, note 98, p. 36

Donc, suite à cet énoncé de principe et à une analyse de la jurisprudence en droit fiscal, le Juge Dickson conclut qu'il faut : « tenir compte du fond et du sens manifeste et ordinaire des termes employés, plutôt que de recourir à la dialectique judiciaire. À mon avis, on doit éviter de donner à l'article une interprétation trop subtile »¹⁰¹.

Après avoir jugé en faveur de *Nowegijick*, le Juge Dickson explique toutefois qu'il s'agit d'un droit reconnu en l'espèce dans le contexte particulier de cette cause, dont la portée ne doit pas être trop généralisée : « je tiens à préciser qu'il faut se garder de déduire des présents motifs qu'un Indien ne paiera jamais d'impôt de quelque nature que ce soit »¹⁰². Donc même quand la Cour confirme un droit économique autochtone, elle précise en *obiter* que le droit est de nature limitée. Est-ce un énoncé fait pour rassurer la majorité non autochtone en signalant que les valeurs de la Cour seront maintenues malgré l'énoncé d'une règle d'interprétation à première vue favorable aux Autochtones ?¹⁰³

Bien que cette décision ne confirme pas notre hypothèse et ressemble davantage aux jugements de la période précédente, il est important de souligner une certaine évolution dans les valeurs avancées par la Cour. En effet, la suprématie de l'intention du législateur est compromise par les règles d'interprétation élaborées dans *Nowegijick* et *Sutherland* et nous soumettons que cette évolution favorise la confirmation subséquente de notre hypothèse dans la mesure où il devient loisible pour la Cour d'avoir recours au domaine de la preuve dans son interprétation des lois et traités. *Nowegijick* demeure donc un jugement important parce que la Cour adopte une règle d'interprétation qui sera reprise de manière « cliché » par la Cour, et servira comme élément de rhétorique importante.

Section 2 : Confirmation de l'hypothèse

Dans cette section nous traitons de la majorité des décisions livrées par la Cour dans lesquelles notre hypothèse fut confirmée. Le domaine de la preuve est régulièrement invoqué par la Cour en tant qu'élément de rhétorique principal dans la justification de ces

¹⁰¹ *Id.*, p. 41.

¹⁰² *Id.*, p. 41.

¹⁰³ Le cas le plus flagrant où la Cour a senti la nécessité de « préciser » la portée limitée d'un droit économique autochtone fut dans le jugement « *Marshall 2* » qui sera analysé plus loin.

décisions. Ainsi, nous avons divisé cette section en quatre sous sections portant respectivement sur : a) la détermination de l'existence d'obligations fiduciaires de la Couronne; b) l'interprétation de la législation; c) l'interprétation des traités, et; d) la mise en œuvre de l'article 35 de la *Loi Constitutionnelle de 1982*.

a) La détermination de l'existence d'obligations fiduciaires de la Couronne en fonction de la preuve

Cette section ne porte pas sur la revendication d'un « droit économique » en tant que tel, mais plutôt sur l'allégation de manquements à des obligations fiduciaires donnant lieu à des dommages pécuniaires. Nous incluons ces décisions dans notre analyse de jugements portant sur les droits économiques des Autochtones puisqu'il s'agit d'une revendication contre l'État et que l'objet du litige est de nature purement économique.

Dans la première décision de cette nature, *Guerin c. Canada*¹⁰⁴ (ci-après « *Guerin* »), la Cour doit déterminer si une « bande » peut obtenir du Canada des dommages- intérêts concernant la location, à un club de golf, de terres situées dans la réserve que la Couronne a consentie en vertu de la *Loi sur les Indiens* à des conditions beaucoup moins favorables que celles acceptées par la « bande ».

La décision porte essentiellement sur la question de savoir si la Couronne a une obligation fiduciaire à l'égard des « bandes » en vertu de l'application de l'article 18 de la *Loi sur les Indiens*, et si le juge de première instance a fait une erreur dans le calcul des dommages. Pour les fins de ce mémoire, nous nous intéressons particulièrement à deux aspects de cette décision. Premièrement, au lien entre l'appréciation de la preuve et la détermination de l'existence d'une obligation fiduciaire; deuxièmement, nous nous intéressons à l'aspect économique du litige, plus spécifiquement comment la Cour a procédé au calcul des dommages.

¹⁰⁴*Guerin c. Canada*, [1984] 2 R.C.S., 335

Sur la question de l'existence de l'obligation de fiduciaire, la Cour se fonde directement sur les « faits » entourant les agissements de la Couronne et le domaine de la preuve pour établir qu'il existe une obligation fiduciaire de la Couronne dans l'exécution de son devoir en vertu de l'article 18 de la *Loi sur les Indiens*. La juge Wilson explique au départ dans ses motifs que : « Dans toutes les affaires fondées sur le manquement aux obligations de fiduciaire, les faits sont extrêmement importants et ils ne le sont pas moins en l'espèce ». Plus loin dans le même paragraphe elle précise que :

Nous avons cependant l'avantage de disposer des conclusions très détaillées et très complètes du savant juge de première instance [...] j'ai jugé préférable de me limiter strictement aux conclusions du juge de première instance¹⁰⁵. [Nous soulignons]

Ces citations sont intéressantes parce qu'elles représentent un rare exemple dans la jurisprudence analysée jusqu'à présent où un juge discute de façon explicite de la méthodologie suivie dans la détermination des faits à la base du raisonnement juridique qui s'ensuit. De plus, en constatant la divergence entre l'approche de la juge Wilson (qui préfère se limiter aux conclusions du juge de première instance) de celle du juge Dickson (qui invoque un cadre historique plus large), nous notons à quel point les juges de la Cour bénéficient d'un pouvoir discrétionnaire dans la détermination de la méthodologie qu'ils vont suivre dans chaque cas devant eux.

Le fait que la « méthodologie » utilisée relative aux preuves exigées et considérées en droit canadien des Autochtones n'est pas prédéterminée par la loi, mais le sera par la Cour au cas par cas est un thème qui reviendra tout au long de ce mémoire. Tel que nous le verrons, cette pratique est confirmée par la Cour quelques années plus tard par l'admission de la juge McLachlin dans *Mitchell c. MRN* en 2001. Cette pratique nous rappelle une analogie décrite par Twiling, telle que rapportée dans l'article de Stein :

In one of the classics of literature, *Alice in Wonderland*, one of the characters is the Cheshire Cat who keeps appearing and disappearing and fading away, so that sometimes one could see the whole body, sometimes only the head, sometimes only a vague outline and sometimes nothing at all, so that Alice was never sure whether or not he was there, or, indeed, whether he existed at all. In practice, our rules of evidence appear to be rather like that¹⁰⁶.

¹⁰⁵ *Id.*, par. 4.

¹⁰⁶ Citation de William L. TWILING, tel que rapporté dans Alex STEIN, "The Refoundation of Evidence Law", (1996), 9 *Can. J.L. & Juris.*, 279-342, par. 12.

Donc dans *Guerin*, dans les motifs de la juge Wilson, on se fie aux conclusions de fait du juge de première instance. Nous présumons que la juge Wilson n'a pas jugé nécessaire de faire sa propre étude des faits du litige parce que la détermination des faits par le juge de première instance était favorable au résultat souhaité par la Cour suprême. Cette approche est en contraste avec la méthodologie suivie par le juge Dickson dans l'élaboration de son raisonnement.

Pour le juge Dickson, ce n'est pas seulement l'appréciation des faits relatifs aux agissements de la Couronne qui sera utilisée pour justifier la détermination qu'une obligation fiduciaire existe en l'espèce. Des faits historiques, portant sur le titre ancestral des Autochtones, ainsi que l'invocation de la *Proclamation Royale de 1763* sont également invoqués dans ses motifs. Le juge Dickson fait une analyse plus approfondie des obligations de la Couronne envers les terres concernées par le titre Aborigène. Les arguments avancés par le juge Hall dans *Calder* ainsi que la jurisprudence américaine sont cités et une discussion est menée sur la nature du titre ancestral, malgré le fait que *Guerin* porte principalement sur une violation de la *Loi sur les Indiens*, et que la question du titre ancestral n'est pas considérée en litige.

Cette discussion relative au titre ancestral constitue un long *obiter* destiné à clarifier le concept juridique de ce droit de propriété. En effet, la Cour conclut, sur la question de l'existence de l'obligation fiduciaire de la Couronne envers les territoires des Autochtones, qu'il est peu important que les droits de propriété des Autochtones soient considérés dans l'optique d'une réserve créée en vertu de la *Loi sur les Indiens* ou en vertu d'un titre ancestral. Dans les deux cas, les Autochtones ont un droit d'occupation et de possession *sui generis*¹⁰⁷. Toutefois, la discussion menée par la Cour sur l'existence et la nature du titre ancestral est importante parce qu'on discute des droits des Autochtones comme une question mixte de fait et de droit, et on ne dissocie pas clairement les faits historiques de l'étendue des droits qu'on accorde.

Les motifs du juge Dickson portant sur l'existence de l'obligation fiduciaire continuent avec la discussion de la *Proclamation Royale de 1763*. Ce document historique n'est pas

¹⁰⁷ *Guerin c. Canada*, précité, note 104, par. 91 et 98.

invoqué pour déterminer l'existence de l'obligation fiduciaire en l'espèce; il est plutôt utilisé comme fait historique démontrant l'existence d'une telle obligation par le passé. Donc, l'explication du juge Dickson sur la nature du titre ancestral et de la *Proclamation Royale de 1763* ne sert pas directement à établir l'obligation fiduciaire dans *Guerin*. Cette discussion sert plutôt de toile de fond historique pour justifier la reconnaissance d'une telle obligation. Suite à cette étude, le juge Dickson conclut également que le régime et le processus prescrits par la *Loi sur les Indiens* militent en faveur de la reconnaissance d'une obligation fiduciaire.

Nous soumettons que, en considérant un cadre historique si large, et en accordant une signification particulière à des documents historiques et des lois ne s'appliquant pas aux faits en litige, le juge Dickson fait preuve de souplesse dans sa méthodologie. Une souplesse qui permet une interprétation fondée sur des sources très vastes et variées pour déterminer l'existence d'une obligation fiduciaire en conformité avec les valeurs que la Cour veut avancer en l'espèce. Cette méthodologie diffère de l'approche de la juge Wilson qui se limitait plutôt aux conclusions de fait du juge de première instance.

Sur la question de la détermination du *quantum* des dommages qui avaient été accordés à la « bande », les juges se fondent également sur l'appréciation de la preuve en première instance, jugeant qu'il n'avait pas lieu de modifier le montant déterminé en première instance car il « s'agissait manifestement d'une somme « globale » : une appréciation réfléchie fondée sur la preuve administrée, les opinions fournies, les moyens soulevés et, finalement, ses propres conclusions de fait »¹⁰⁸.

Si, dans *Guerin*, les juges n'abordent pas la question de l'existence de l'obligation fiduciaire de la même perspective, nous remarquons toutefois que la preuve, tant historique que contemporaine, est utilisée pour justifier la conclusion de la Cour selon laquelle une obligation fiduciaire existait en l'espèce, ainsi que dans la justification du maintien du *quantum* des dommages accordés en première instance. Notre hypothèse est donc confirmée dans ce jugement, tout comme elle le sera dans les jugements subséquents concernant les obligations fiduciaires de la Couronne.

¹⁰⁸Id., par. 76.

En 1995, la Cour livra une autre décision portant sur les obligations fiduciaires dans *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du nord canadien)*¹⁰⁹(ci-après « *Blueberry* »). Dans cette affaire les parties autochtones invoquent un manquement à l'obligation fiduciaire du Ministère des Affaires indiennes concernant la cession d'une réserve. Bien que les faits de cette affaire soient relativement complexes, pour les fins de ce mémoire, il suffit de résumer qu'il s'agit d'une terre qui a fait l'objet de trois transactions principales. Une cession, en fiducie à la Couronne, uniquement de droits miniers en 1940, suivie d'une cession de la terre de la réserve à la Couronne en 1945, qui a été suivie d'un transfert de cette terre par la Couronne en faveur « des anciens combattants » en 1948. La question principale était à savoir s'il y a eu un ou des manquements d'obligations fiduciaires de la part de la Couronne dans le cadre de ces transactions. La Cour a conclu qu'il n'y a pas eu manquement à une obligation fiduciaire avant la cession de 1945 en tant que telle, mais qu'il y a eu manquement en incluant la cession des droits miniers lors de cette transaction ainsi que dans le transfert subséquent de 1948.

Sur la première question, la Cour décide qu'il n'y a pas eu preuve de l'existence d'une obligation fiduciaire, ni manquement d'une telle obligation, de la part de la Couronne avant d'avoir complété la cession de 1945. Les deux juges qui ont livré des motifs au nom de la Cour ont invoqué le respect de la volonté et de la capacité des Autochtones de prendre des décisions quant à la cession de leurs terres comme une valeur importante. Au soutien du respect de cette valeur, les juges ont mentionné à plusieurs reprises que la preuve soumise au dossier soutient la conclusion que la cession initiale a été faite en respectant et suivant la volonté des parties autochtones, ce qui est conforme à la remarque de la juge Wilson dans *Guerin* à propos de l'importance des faits dans le domaine des obligations fiduciaires¹¹⁰.

En reproduisant certains extraits des conclusions de fait du juge de première instance, la juge McLachlin affirme: « Je conclus que la preuve n'appuie pas l'existence d'une

¹⁰⁹*Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du nord canadien)*, [1995] 4 R.C.S. 344.

¹¹⁰ Voir citation de la juge Wilson, citée à la note 105.

obligation de fiduciaire qui aurait incombé à la Couronne avant la cession de la réserve par la bande »¹¹¹.

La Cour examina ensuite la question à savoir s'il y a eu manquement en incluant la cession des droits miniers lors de cette transaction, ainsi que dans le transfert subséquent de 1948. Bien que la Cour soit unanime dans sa conclusion qu'il y a eu un manquement à l'obligation fiduciaire, il y a eu un désaccord entre le juge McLachlin et le juge Gonthier sur une question de fait et de droit, à savoir si, lors du transfert de 1948, la bande détenait toujours les droits miniers ou si ces droits avaient déjà fait l'objet d'une cession lors de la cession de 1945. En effet, la plupart des motifs des deux juges portaient sur cette question.

Pour sa part, le juge Gonthier exprima l'opinion que les droits miniers avaient déjà été cédés par la Couronne avec la cession de la réserve de 1945. Pour appuyer cette conclusion le juge Gonthier explique qu'il se fonde sur les conclusions de fait du juge de première instance sur l'intention des parties en 1945: « je préfère m'appuyer sur les conclusions de fait du juge de première instance, j'estime qu'en principe une approche fondée sur l'intention est préférable au raisonnement plus formaliste de ma collègue »¹¹².

Le juge Gonthier conclut toutefois que la bande n'avait pas l'intention explicite de vendre les droits miniers lors de cette cession et que la Couronne avait donc une obligation fiduciaire de les louer plutôt que de les vendre puisque ce serait dans le meilleur intérêt de la bande.

Cette situation fait bien ressortir l'importance de la distinction entre l'intention de la bande d'inclure les droits miniers dans la cession de 1945 et une quelconque intention de la bande de demander à la Couronne de vendre ces droits plutôt que de les louer.[...] La vente des droits miniers au DTAC en 1948 a constitué une violation de cette obligation de fiduciaire¹¹³.

La juge McLachlin ne démontre pas du tout la même déférence envers les conclusions de faits du juge de première instance sur la question de l'inclusion des droits miniers lors de la

¹¹¹Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du nord canadien), [1995] 4 R.C.S. 344, par. 40.

¹¹²Id., par. 8.

¹¹³Id., par. 19.

cession de 1945. La juge McLachlin argumente que, puisque les droits miniers avaient déjà fait l'objet d'une location en 1940, « l'économie » de la *Loi sur les Indiens* ainsi que son règlement d'application, n'aurait pas permis la vente de ces droits en 1945, à moins qu'il y ait eu une annulation préalable de la transaction de 1940¹¹⁴.

La juge McLachlin a donc conclu que la vente de 1945 n'incluait pas les droits miniers puisque ces derniers avaient déjà fait l'objet d'une location en 1940. En ce qui a trait à la constatation du juge de première instance à propos de la transaction de 1948, la juge McLachlin argumente:

La constatation du juge de première instance que la Couronne ne pouvait pas savoir, en 1948, que les droits miniers pourraient avoir de la valeur est incompatible avec la preuve figurant au dossier. Par conséquent, nous sommes en présence d'un des rares cas où il est justifié d'écarter une constatation du juge de première instance¹¹⁵.

Considérant que les causes impliquant les obligations fiduciaires sont largement fondées sur l'interprétation de la preuve des agissements des parties en litige, il n'est pas surprenant que le domaine de la preuve ait été invoqué par les juges au soutien de leurs conclusions. Nous notons que la preuve historique est aussi invoquée par la Cour au soutien de la détermination de l'existence des obligations fiduciaires en général. Notre hypothèse est donc confirmée dans *Blueberry* et *Guerin*, et nous nous attendons à ce qu'elle soit confirmée dans tous les dossiers portant sur un manquement à une obligation fiduciaire.

b) L'interprétation de la législation en fonction de la preuve

Dans cette section nous abordons les décisions de la Cour portant principalement sur un droit économique invoqué en vertu de la législation. Contrairement aux jugements de la période antérieure à 1982, les juges ont recours au domaine de la preuve dans la justification de leur interprétation des lois, incluant l'intention du législateur.

Dans la décision *Dick c. Reine*¹¹⁶ de 1985 (ci-après « *Dick* »), il est question d'un appelant

¹¹⁴Id., par. 76-78, 92.

¹¹⁵Id., par. 98.

¹¹⁶*Dick c. R.*, [1985] 2 R.C.S. 309.

invoquant un droit de chasse pour se nourrir sur un territoire de chasse « traditionnel » l'exemptant de l'obligation de détenir un permis en vertu du par. 3(1) du *Wildlife Act*¹¹⁷ de la Colombie-Britannique (ci-après *Wildlife Act (C.B.)*). Malgré le fait que l'appelant invoque un droit de chasse sur un territoire de chasse « traditionnel » et n'invoque pas un droit issu de traité ou un droit découlant d'une loi ou d'une convention, la Cour n'examine toujours pas la problématique dans l'optique d'un droit ancestral. En l'espèce, la Cour précise que c'est l'appelant qui a explicitement choisi d'exclure les arguments fondés sur un droit ou un titre ancestral¹¹⁸.

La Cour formule ainsi la première question en litige : la pratique de se livrer toute l'année à la chasse et à la pêche pour se nourrir est-elle un élément à ce point fondamental de la vie des Shuswap d'Alkali Lake qu'on ne saurait y apporter de restrictions en vertu du *Wildlife Act (C.B.)*, sans porter atteinte à leur statut et à leurs droits en tant qu'Indiens; et donc sans empiéter sur les termes du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, relevant de la compétence exclusive fédérale? Il s'agit donc d'une décision portant sur l'interprétation des lois et du partage des compétences.

Dans le jugement *Dick*, la Cour retient une citation du juge Andrews dans le jugement de la Cour de comté, expliquant que cette affaire est principalement fondée sur l'appréciation de la preuve, en considérant la quantité considérable d'éléments de preuve portant sur la culture, les coutumes et l'histoire des Indiens, sur l'importance de la chasse et de la pêche dans cette culture et, plus précisément, sur les objets visés par la province en matière de conservation et sur les méthodes adoptées pour les atteindre. Nous notons que ce jugement est le premier jugement discutant de l'appréciation de la preuve des témoins experts. Ces témoignages ont été appuyés par divers éléments de preuve, incluant des cartes géographiques indiquant les terrains de chasse traditionnels, des énoncés de politique, ainsi que le long témoignage du professeur Michael Asch, anthropologue, auteur de nombreux articles traitant notamment des droits des Autochtones.

¹¹⁷ *Wildlife Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 433

¹¹⁸ *Dick c. R.*, précité. Note 115, par. 11

Le juge Beetz poursuit son analyse en citant plusieurs extraits des motifs des juges dans les instances inférieures, incluant les motifs du juge Lambert en Cour d'Appel de la Colombie-Britannique, comparant l'affaire *Dick* et l'arrêt *Kruger*, sur la question de savoir si la loi provinciale est d'application générale. Les motifs du juge Lambert se fondent sur le domaine de la preuve et il conclut que les éléments de preuve dans *Dick* sont beaucoup plus « vastes » que dans *Kruger* et qu'il faut inévitablement conclure que « le *Wildlife Act* » doit recevoir une interprétation atténuée » parce que « la preuve établit » que la frontière entre une loi d'application générale et d'autres lois a été franchie¹¹⁹.

Le juge Lambert laisse même sous-entendre que si la conclusion dans *Kruger* est différente ce n'est pas parce que la loi provinciale en question a une moindre incidence sur les droits des Autochtones en tant qu'Indiens, mais plutôt parce qu'on n'a pas présenté assez d'éléments de preuve pertinents dans cette affaire. Donc, dans les motifs du juge Lambert cité par le juge Beetz¹²⁰, nous remarquons un cas où notre hypothèse est validée: le domaine de la preuve sert de rhétorique pour faire valoir l'interprétation du juge, et sert même pour distinguer d'un jugement antérieur de la Cour.

Le juge Beetz adopte la position du juge Lambert sur la première question en litige et décide de «tenir pour acquis sans toutefois me prononcer sur la question que le juge Lambert a eu raison sur ce point et que l'argument de l'appelant portant sur la première question est bien fondé » et que par conséquent la *Wildlife Act (C.B.)* porte atteinte à la quiddité indienne¹²¹. La réticence du juge Beetz est intéressante: pourquoi ne pas se prononcer de façon explicite dans le même sens que le juge Lambert sur cet aspect du litige?

Le juge Beetz a peut être senti qu'il n'était pas nécessaire de trancher de façon claire la première question car il va toutefois rejeter l'appel sur la deuxième question en litige. En effet, le juge conclut que même si la loi provinciale touche l'appelant en tant qu'Indien, la

¹¹⁹Id., par. 18.

¹²⁰Id., par. 18-23.

¹²¹Id., par. 22.

loi demeure une loi d'application générale au sens de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*¹²². Pour justifier cette conclusion, le juge Beetz fait une distinction entre la portée et l'effet de la loi sur l'appelant et l'objet de la législation. En faisant des analogies avec la jurisprudence en droit constitutionnel sur le partage des compétences dans le domaine du droit des sociétés, le juge conclut que l'on n'a pas démontré que le *Wildlife Act (C.B.)* avait pour objet un traitement spécial pour les Indiens.

Donc, malgré le fait que le juge Beetz utilise l'appréciation de la preuve du juge Lambert au niveau de la Cour d'Appel de la Colombie-Britannique comme rhétorique principale pour justifier la conclusion que la loi provinciale touche l'appelant en tant qu'Indien, le pourvoi est finalement rejeté sur la base de la jurisprudence de la Cour dans le domaine du droit constitutionnel sur le partage des compétences et sur la portée de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*. Alors, dans cette décision notre hypothèse est confirmée en partie, parce que le domaine de la preuve est utilisé pour justifier les conclusions de la Cour sur une des questions en litige, malgré le fait que le juge Beetz parvient finalement à rejeter par d'autres moyens le droit économique invoqué.

Le fait que le juge Beetz ait ultimement rejeté le pourvoi sur la base d'une interprétation statutaire explique aussi peut être la déférence (voire même une certaine indifférence) que le juge Beetz porte à l'appréciation de la preuve du juge Lambert. Mais surtout, cela confirme l'observation de Lajoie et al., que la Cour favorise toujours le couple souveraineté canadienne/primauté du droit.

Les deux prochains jugements de la Cour portent sur des droits économiques de nature fiscale. Dans le premier jugement, *Mitchell c. Bande indienne Peguis*¹²³ (ci-après « *Mitchell* »), la « bande » Peguis tente de faire annuler une ordonnance de saisie-arrêt avant jugement sur des sommes versées par le gouvernement du Manitoba au gouvernement Peguis pour donner suite au règlement d'un litige impliquant des taxes perçues illégalement par le Manitoba. L'ordonnance de saisie-arrêt avant jugement a été rendue en faveur de

¹²² *Id.*, par. 36 et 45.

¹²³ *Mitchell c. Bande indienne Peguis* [1990] 2 R.C.S. 85

Mitchell et sa société pour les services rendus dans le cadre du règlement d'un litige entre les Peguis et le Manitoba. La question principale en litige porte sur la qualification des sommes issues du règlement qui avait fait l'objet de l'ordonnance de saisie-arrêt avant jugement, et plus particulièrement la question de savoir si ces sommes bénéficient d'une exemption contre saisie-arrêt en vertu du paragraphe 90 (1) b) de la *Loi sur les Indiens*.

Trois juges ont formulé des motifs séparés pour une Cour unanime en faveur du gouvernement Peguis. La Cour a donc maintenu l'annulation de la saisie-arrêt avant jugement qui avait été consentie en faveur de Mitchell. Bien que tous les juges soient d'avis de rejeter l'appel de Mitchell, les motifs des trois juges sont très différents. Pour les fins de ce mémoire, nous mettrons uniquement l'accent sur la question de la portée du droit d'exemption de saisie en vertu de l'application conjointe de l'article 89 et le paragraphe 90 (1) b) de la *Loi sur les Indiens*. C'est cet aspect du litige qui a le plus d'impact sur les droits économiques des Autochtones, puisque l'autre question principale porte sur l'application de la *Loi sur la saisie arrêt* du Manitoba¹²⁴.

Seul le juge en Chef Dickson a jugé que les sommes saisies devraient être réputées des sommes étant situées sur réserve au sens du paragraphe 90 (1) b) de la *Loi sur les Indiens*. Il fonde sa conclusion sur la règle d'interprétation de *Nowegijick* et adopta donc une interprétation large de la portée du paragraphe 90 (1) b) de la *Loi sur les Indiens*, et soutient par conséquent que les sommes versées par le Manitoba doivent être considérées comme étant des sommes versées suite à un accord avec « Sa Majesté ».

Au soutien de son interprétation, le juge Dickson invoqua un mélange de valeurs prônant une interprétation large en faveur du gouvernement Peguis avec une référence très vague et générale à la preuve historique qui milite également en faveur de son interprétation:

Les règles formulées dans cet arrêt doivent être saisies dans le contexte du fait que notre Cour est consciente du statut historique et permanent des peuples autochtones dans la société canadienne [...] C'est la société canadienne dans son ensemble qui porte le fardeau historique de la situation actuelle des peuples

¹²⁴ Loi sur la saisie-arrêt, L.R.M. 1970, ch. G20, C.P.L.M., ch. G20

autochtones et, par conséquent, l'interprétation libérale s'applique à toute loi visant les Indiens, même si les rapports touchés par ce moyen sont de nature privée¹²⁵.

Le juge Dickson poursuit son analyse en invoquant des exemples de jurisprudence dans lequel l'expression « Sa Majesté » a été tenue pour inclure tant un gouvernement provincial que fédéral. Il mentionna également que la perspective autochtone du mot « couronne » et « Sa Majesté » comprend nécessairement les deux ordres de gouvernement en vertu de « sa source dans les réalités antérieures à la Confédération¹²⁶ ». Donc les conclusions du juge Dickson se fondent sur une interprétation large de la loi, soutenue par une interprétation large de la jurisprudence de la Cour, ainsi qu'en faisant référence à un cadre historique très large et vague. Nous présumons que le juge Dickson a pris connaissance d'office de certains faits historiques, et il réussit par la suite à invoquer ces faits historiques pour soutenir son interprétation large de la loi.

Selon les motifs rédigés par le juge La Forest, au nom de trois juges, l'interprétation large et libérale du paragraphe 90 (1) b) de la *Loi sur les Indiens* du juge Dickson ne peut être soutenue. Le juge La Forest argumente que l'interprétation du juge Dickson va à l'encontre de l'objet de l'ensemble de la *Loi sur les Indiens*. Au soutien, il invoque un ouvrage de doctrine du professeur Bartlett intitulé « Indians and Taxation in Canada », analysant l'origine des exemptions inclus dans la *Loi sur les Indiens*, qui selon Bartlett, se limite plutôt à protéger l'inaliénabilité des terres de réserves.

Le juge La Forest fait également référence à la preuve historique au soutien de son interprétation. En se référant à l'article du Professeur Slattery intitulé « Understanding Aboriginal Rights », il conclut: « D'après le dossier historique, il n'y a aucun doute que les peuples autochtones ont reconnu la souveraineté ultime de la Couronne britannique et ont accepté de céder leurs terres traditionnelles pourvu que la Couronne les protège par la suite dans leur possession et usage des terres qui leur étaient réservées »¹²⁷. Le « dossier historique » est également invoqué par le juge plus loin dans ses motifs:

¹²⁵Mitchell c. Bande indienne Peguis, précité, note 123, p. 99.

¹²⁶Id., p. 108.

¹²⁷Id., p. 130.

J'ai déjà affirmé que je ne trouve aucune preuve dans le dossier historique que la Couronne se soit déjà engagée à protéger les biens des autochtones sans égard à la question de savoir si on peut dire que l'emplacement prépondérant de ces biens est situé sur une réserve ou si les biens en question échoient aux Indiens en raison de leur statut¹²⁸.

Le juge La Forest poursuit son analyse avec une étude de la jurisprudence sur la portée des exemptions contenue dans la *Loi sur les Indiens*. Le juge La Forest réfute également l'application large de l'arrêt *Nowegijick*, expliquant qu'une interprétation large et libérale ne devrait pas contrer l'objet de la loi et la volonté du Parlement. Donc, pour le juge La Forest, il y a lieu de réaffirmer la valeur de la suprématie du législateur.

Le juge La Forest maintient toutefois la conclusion du juge Dickson, que les sommes ne devraient pas faire l'objet de saisie, en vertu de son interprétation que la *Loi sur la saisie-arrêt* ne s'applique pas en raison de la nature des sommes qui ont été versées par le Manitoba au gouvernement Peguis. En fait, le juge La Forest argumente que, étant donné que les sommes étaient versées en remboursement de taxes illégalement perçues par la province aux Autochtones, l'application de la *Loi sur la saisie-arrêt* en l'espèce irait à l'encontre de l'objet de l'exemption fiscale de l'alinéa 87 b) de la *Loi sur les Indiens* et de « l'objectif social » qui sous-tend cette exemption. Le juge La Forest n'invoque pas de preuve au soutien de son affirmation de l'objectif social de cette disposition.

Les motifs de la juge Wilson, livrés au nom de trois juges, rejettent également l'appel de Mitchell uniquement sur la base de l'application de la *Loi sur la saisie arrêt* et la question de l'immunité de l'État. Elle conclut essentiellement que la loi ne pouvait pas s'appliquer aux sommes versées en l'espèce, car les sommes en question sont des sommes de l'État.

Donc pour les fins de ce travail, ce qui retient notre attention est que le domaine de la preuve a été utilisé tant par le juge Dickson que par le juge La Forest au soutien de deux interprétations très différentes de la portée du paragraphe 90 (1) b) de la *Loi sur les Indiens*. Les deux juges ont fait référence de façon très vague et générale à un « contexte ou dossier

¹²⁸Id., p. 144.

historique » pour étayer leur interprétations. Contexte ou dossier que les juges sont en mesure de bâtir pour étayer leurs points de vue respectifs; nous notons donc encore une fois que la « preuve » en soi n'est pas interprétée objectivement pour résoudre le litige, mais constitue plutôt un mécanisme par lequel la Cour justifie l'émission de valeurs.

Le prochain jugement, *Williams c. Canada*¹²⁹, porte sur les exemptions fiscales, soulevant la question à savoir si le *situs* des prestations d'assurance-chômage reçues par un Autochtone permet de conclure que les prestations constituent un « bien personnel » aux fins de l'exemption fiscale prévue à l'article 87 de la *Loi sur les Indiens*. Dans son analyse, la Cour fait référence à la jurisprudence et la doctrine en droit international privé, ainsi que l'arrêt *Nowegijick* pour élaborer une méthode et pour donner effet à l'article 87. La Cour élabore un test pour la détermination du *situs* d'un bien personnel selon divers facteurs de rattachement, tel l'objet de l'exemption prévue par la *Loi sur les Indiens*, le genre de bien en cause et la nature de l'imposition de ce bien.

La Cour procède ensuite à une analyse du cas en l'espèce selon les facteurs de rattachement énumérés pour conclure que les prestations d'assurance-chômage sont des biens personnels situés sur réserve au sens de l'article 87 de la *Loi sur les Indiens*. En discutant de l'objet de l'exemption, la Cour invoque encore une fois le « dossier historique », citant les motifs du juge La Forest dans la décision *Mitchell*.

En élaborant les autres facteurs de rattachement, relatifs à la nature du bien et de l'imposition, la Cour retient l'analyse des faits relatifs au bien en question comme la considération principale. En appliquant cette méthode au cas de *Williams*, la Cour conclut que les faits du dossier militent en faveur de la reconnaissance des prestations d'assurance-chômage comme étant des biens situés sur la réserve.

¹²⁹*Williams c. Canada* [1992] 1 R.C.S. 877

Dans *Williams* notre hypothèse est confirmée. La Cour élabore une méthode d'analyse pour l'article 87 de la *Loi sur les Indiens* qui nécessite une analyse de la preuve pour établir le *situs* d'un bien en vue de déterminer l'étendue du droit économique d'exemption fiscale au cas par cas. Dans l'analyse du premier facteur de rattachement, l'objet de l'exemption, la Cour va bénéficier d'une marge de manœuvre si l'on considère la façon vague dont elle invoque le « dossier historique », tandis que les autres facteurs de rattachement feront l'objet d'une analyse de faits plutôt contemporains relatifs au bien en question. Il y a donc un mélange de faits de nature historique et contemporaine qui seront pertinents dans cette analyse. La Cour établit donc un autre « test » dont l'application implique l'appréciation des faits, et donc forcément, le domaine de la preuve.

Les deux prochaines décisions de la Cour portent sur des cas similaires et les motifs des deux causes ont été livrés simultanément par la Cour. Dans *R. c. Nikal*¹³⁰ (ci-après « *Nikal* »), l'appelant conteste la nécessité d'obtenir un permis pour la pêche invoquant 1) que cette exigence va à l'encontre d'un règlement administratif de la bande; et 2) que cette exigence va à l'encontre d'un droit ancestral de pêche existant au sens du paragraphe 35 de la *Loi Constitutionnelle de 1982*. Les faits sont quasiment identiques dans *R. c. Lewis*¹³¹ (ci-après « *Lewis* »), où trois appelants contestent la nécessité d'obtenir un permis au motif que cette exigence va à l'encontre d'un règlement administratif de la bande, et que ce règlement est valide, car le lit de la rivière se retrouve dans la réserve; ou, dans l'alternative, que le règlement administratif a une portée à l'extérieur de la réserve. Pour les fins de cette section nous allons aborder les motifs d'appel portant sur les règlements de la « bande », l'argument dans *Nikal* fondé sur l'article 35 de la *Loi Constitutionnelle de 1982* sera analysé dans la section portant sur l'application de cet article.

L'analyse de la Cour portant sur les règlements administratifs de la bande est quasiment identique. Dans les deux cas, la Cour détermine que les règlements administratifs des bandes ne s'appliquent pas aux lieux où la pêche a eu lieu. Dans les deux jugements, la Cour retient la preuve que la Couronne (pré et post confédération) n'a jamais eu l'intention d'inclure des droits de pêche exclusifs dans la création des réserves, et qu'un règlement

¹³⁰R. c. *Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013

¹³¹R. c. *Lewis*, [1996] 1 R.C.S. 921

administratif en ce sens était donc invalide. En fait, le raisonnement adopté par la Cour est non seulement similaire dans les deux jugements, mais les motifs du juge Iacobucci dans *Lewis* font référence à l'analyse de la preuve effectuée par le juge Cory dans *Nikal* sur ce point:

La Couronne entendait-elle que la pêche fasse partie de la réserve Squamish? Il ressort d'une abondante preuve de nature historique que la Couronne n'a jamais eu l'intention, à quelque moment que ce soit, d'inclure une pêche dans la réserve.[...] Pour un examen détaillé de la politique de la Couronne, tant durant la période préconfédérative que durant la période post confédérative, voir les motifs de mon collègue le juge Cory dans l'arrêt *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 000 (aux par. 28 à 37)¹³².

En effet, puisque les appelants ont argumenté que la Couronne avait l'intention d'inclure des droits de pêche lors de la création des réserves, le juge Cory a longuement examiné la preuve historique portant sur l'intention de la Couronne à cet effet. En reproduisant plusieurs extraits de correspondance et de déclarations faites par divers politiciens et administrateurs entourant la création des réserves en général, et la réserve de l'appelant en particulier, la Cour a jugé que l'intention de la Couronne était tout à fait contraire aux prétentions des appelants, et que les droits de pêche des Autochtones devraient être les mêmes que ceux des « blancs »¹³³. Le juge Cory a conclu cette analyse de la preuve en déclarant: « La seule conclusion qu'il est possible de tirer de cette preuve est que la Couronne n'a jamais eu l'intention d'accorder de pêche exclusive à la bande de Moricetown. »

Dans les deux jugements, la Cour a aussi rejeté les arguments subsidiaires des appelants sur la portée des règlements administratifs de la bande. L'argument voulant que la présomption *ad medium filum aquae* s'applique, ainsi que l'argument voulant que le titre relatif au lit de la rivière fasse partie de la réserve, fut rejeté pour les motifs qu'un examen de la jurisprudence canadienne renversait ce *dictum* de la *common law* dans les cas des eaux navigables. Dans les deux cas, la Cour a jugé que les eaux en question étaient navigables et que la présomption ne s'appliquait pas pour inclure ces eaux dans la juridiction des « conseils de bande ». La Cour a aussi rejeté un argument voulant que la *Loi sur les Indiens* permette au gouvernement autochtone de faire de règlements sur ces eaux. La Cour a

¹³²*Id.*, par. 33.

¹³³Voir les motifs du juge Cory, par. 29-62 dans *R. c. Nikal*, précité, note 130.

procédé à une analyse du sens commun des termes employés par la *Loi sur les Indiens* pour conclure que la loi n'inclut pas cette juridiction extra territoriale.

Donc, dans ces deux jugements, notre hypothèse est confirmée. Le domaine de la preuve a été utilisé de façon importante (mais non-exclusive) pour soutenir les valeurs de la Cour. La preuve historique sur la création des réserves ainsi que sur l'emplacement géographique de la pêche sont invoqués en tant que considérations déterminantes. Les appels dans Lewis, ainsi que le premier motif avancé par Nikal fondés sur l'application des règlements administratifs des « bandes » sont rejetés, car on estime que la preuve ne démontre pas l'existence de droits économiques particuliers aux Autochtones. Les droits de la majorité de la « société canadienne » sont donc largement protégés.

c) L'interprétation des traités en fonction de la preuve

Cette section porte sur l'interprétation des droits économiques issus de traités pendant 1982-1996 dans lequel il n'est pas question d'application de l'article 35 de la *Loi Constitutionnelle de 1982*. Bien que l'article 35 de la *Loi Constitutionnelle de 1982* ne fait pas l'objet de considération dans ces décisions, la Cour évolue toutefois considérablement par rapport aux jugements antérieurs ayant régulièrement recours au domaine de la preuve dans sa rhétorique dans la détermination des droits économiques des Autochtones issus de traités.

Le première de ces décisions fut livrée en 1985 avec l'arrêt *Simon*¹³⁴, où l'appelant invoque un droit issu de traité en combinaison avec l'article 88 de la *Loi sur les Indiens* pour soutenir l'existence d'un droit de chasse comme moyen de défense à une accusation en vertu de l'article 150 (1) du *Lands and Forests Act*¹³⁵ de la Nouvelle Écosse (ci-après « *Lands and Forests Act* »). Il s'agit d'une autre décision où les droits ancestraux et le titre aborigène ne sont pas en jeu. La Cour dispose de ce jugement en analysant plusieurs aspects relatifs au Traité de la Paix de 1752¹³⁶, notamment à savoir: 1) s'il s'agit d'un traité

¹³⁴ *Simon c. R.*, précité, note 5.

¹³⁵ *Lands and Forests Act*, R.S.N.S. 1967, chap. 163

¹³⁶ *Traité ou Articles de la Paix et de L'Amitié Renouvelée*, (1752)

valide; 2) quelles sont la nature et l'étendue des droits issus de ce traité; 3) si le traité a été limité ou a pris fin; 4) si l'appelant bénéficie des droits issus du traité; 5) si le traité est un traité au sens de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*; 6) si les droits issus du traité exemptent l'appelant de l'accusation de droit pénal provincial en question.

Un élément à souligner est que la Cour reproduit l'intégralité du texte du Traité de 1752 dans son jugement, par conséquent le droit revendiqué est analysé en fonction de l'ensemble du Traité. Cette manière de procéder constitue un grand changement comparé aux jugements antérieurs de la Cour des années 1960, à l'époque où on ne précisait souvent même pas quel traité était en litige.

Sur la première question, à savoir si le Traité de 1752 est un traité valide, le juge en Chef Dickson se fonde sur les précédents établis par la jurisprudence antérieure qui avait « implicitement présumé » que le Traité était validement conclu. Le juge cite ensuite l'ouvrage de doctrine de MacKenzie de « *Indians and Treaties in Law* » (1929) au soutien de l'affirmation que les parties avaient la capacité de créer un traité valide, pour finalement conclure qu'il :

est juste de présumer que les Micmacs ont cru que le gouverneur Hopson, agissant pour le compte de Sa Majesté Le Roi, avait le pouvoir nécessaire pour conclure un traité valide avec eux. Je suis d'avis de conclure que le Traité de 1752 a été validement créé par des parties compétentes¹³⁷.

Quant à la deuxième question, la Cour juge que le traité contient un droit positif de chasse. Au soutien de cette interprétation, la Cour cite le jugement *Nowegijick* pour avancer la proposition que les traités doivent recevoir une interprétation large en faveur des Indiens. Sur ce point, la Cour discute d'une intervention intéressante de la Couronne qui a soutenu que l'expression « comme de coutume » du traité devait être interprétée de manière à limiter la protection du traité à la chasse pour des fins non commerciales. La Cour ne statue pas de façon définitive mais indique toutefois qu'en raison du fait que le traité fait référence à une « maison de troc », qu'il « est difficile de voir le fondement de cet argument en l'absence de preuve quant à la fin pour laquelle l'appelant chassait¹³⁸ ». Nous observons donc une certaine nervosité de la part de la Couronne, qui veut éviter la reconnaissance par le tribunal d'un droit

¹³⁷ *Simon c. R.*, précité, note 5., par. 24.

¹³⁸ *Id.*, par. 30.

économique commercial, même lorsque le droit invoqué en l'espèce n'a pas d'ampleur « commerciale ».

Ayant à savoir si le traité est limité ou a pris fin, la Cour se fonde directement sur le domaine de la preuve pour conclure que le traité et les droits issus du traité n'ont pas été limités et n'ont pas pris fin. Sur le premier volet de cette question, la Cour détermine qu'on n'a pas fait la preuve que le traité de paix a pris fin avec la reprise des hostilités entre les Parties :

Il n'est pas nécessaire de trancher cette question en l'espèce puisque les exigences en matière de preuve pour établir une telle extinction n'ont pas été remplies. Lorsqu'il a été établi qu'un traité valide a été conclu, la partie qui soutient qu'il a pris fin a le fardeau de démontrer les circonstances et les événements qui justifient son extinction. Les éléments de preuve contradictoires et non concluants présentés par les parties ne permettent pas à cette Cour de dire avec certitude ce qui s'est produit sur la côte est de la Nouvelle-Écosse il y a 233 ans. Par conséquent, la Cour n'est pas en mesure de trancher cette question historique. Le ministère public n'a pas réussi à démontrer que, à cause des hostilités subséquentes au Traité de 1752, celui-ci avait pris fin¹³⁹.

Cette citation est intéressante parce qu'elle invoque le concept de fardeau de preuve et de degré de preuve requis pour démontrer l'extinction d'un droit issu de traité, sans qu'il n'y ait eu un exposé sur le fardeau ou le degré de preuve requis pour démontrer l'existence du droit en premier lieu. De plus, il demeure certaines ambiguïtés sur les règles de droit de la preuve qui ne sont pas abordées par la Cour: par exemple, est-ce que l'extinction d'un droit issu de traité se fait selon la prépondérance de probabilités ou selon un fardeau de preuve plus lourd? Quels éléments de preuve est-ce que la Cour considère comme ayant le plus de crédibilité? Les questions non abordées par la Cour sont un autre exemple de flou et du manque de constance dans la méthodologie utilisée par la Cour dans le domaine de la preuve.

La Cour invoque également des exigences du domaine de la preuve dans sa rhétorique pour ne pas se prononcer sur le deuxième volet de cette question, portant sur la prétention de la Couronne selon laquelle le traité a pris fin. La Cour explique qu'elle doit « exiger une preuve absolue » de l'extinction d'un traité et « que l'intimée fasse la preuve de l'endroit où l'appelant chassait ou voulait chasser et de l'utilisation passée et actuelle de ces terres. Cette

¹³⁹ Id., par. 34.

Cour ne peut pas examiner la doctrine d'extinction "en l'air"; l'intimée doit ancrer cet argument dans des terres déterminées¹⁴⁰ ». Dans ce cas, le fardeau de démontrer le lieu où la chasse a eu lieu (faits contemporains à la base de l'infraction) en relation avec le traité qu'on prétend éteint (faits historiques) incombe à la Couronne, et l'absence de ces faits de nature géographique est utilisée pour justifier la position selon laquelle la question de l'extinction ne peut pas être examinée. En fait, dans ce jugement, l'invocation de l'insuffisance de la preuve et des faits géographiques fait en sorte que la Cour n'a pas à statuer sur des questions de droit.

La quatrième question porte sur la qualification de Simon en tant qu'Indien visé par le Traité de 1752; la Couronne a avancé l'argument que Simon n'a pas démontré qu'il est un descendant direct d'un membre de la bande d'Indiens Micmacs originale visée par le traité. La Cour juge que l'appelant a démontré un lien suffisant avec les signataires du Traité de 1752 étant donné que Simon est un micmac vivant dans la même « région » que la « tribu micmac » qui était partie au traité. On juge que cette preuve, malgré qu'elle ne soit pas concluante est suffisante étant donné que :

Les Micmacs ne tenaient aucun registre. Les traditions micmaques sont en grande partie de nature orale. L'imposition d'un fardeau de preuve impossible enlèverait effectivement toute valeur au droit de chasse qu'un Indien micmac Shubenacadie d'aujourd'hui aurait par ailleurs le droit d'invoquer en se fondant sur ce traité¹⁴¹.

Les cinquième et sixième questions, à savoir si le Traité de 1752 est un traité au sens de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens* et si les droits issus du traité exemptent l'appelant de l'accusation de droit pénal provincial en question, ont été traitées principalement comme des questions de droit. La Couronne prétend qu'en considérant les termes du traité et la jurisprudence établissant la définition d'un traité, que le Traité de 1752 n'est pas un traité au sens de la *Loi sur les Indiens*. La Cour se fonde sur une interprétation de la jurisprudence, ainsi que l'intention du législateur pour réfuter ces arguments. Sur la dernière question, la Cour analyse la jurisprudence en fonction de la portée de la loi provinciale et conclut qu'en « vertu de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*, les termes clairs de l'article 4 du traité doivent prévaloir sur le par. 150(1) de la *Lands and Forests Act* provinciale¹⁴². »

¹⁴⁰ *Id.*, par. 39, 41.

¹⁴¹ *Id.*, par. 44.

¹⁴² *Id.*, par. 60.

Dans *Simon*, les quatre premières questions ont été déterminées en faveur de la reconnaissance des droits économiques des Autochtones suivant une rhétorique se fondant directement sur le domaine de la preuve. La Cour fonde ses conclusions directement sur son appréciation de certains éléments de preuve, mais également en invoquant certains concepts de droit de la preuve, tel le fardeau de la preuve. Toutefois, les deux dernières questions ont été décidées principalement par des arguments de « droit », se fondant sur une interprétation de la jurisprudence et de l'intention du législateur. Donc, dans ce jugement la détermination de l'existence et du contenu des droits se fait principalement en fonction du droit de la preuve, tandis que la portée ou les conséquences de l'existence de ce droit par rapport au droit pénal provincial se fait principalement par des arguments de droit.

Notons, en guise de conclusion sur cet arrêt, que le juge Dickson fait référence à l'article 35 de la *Loi Constitutionnelle de 1982*, en expliquant que le juge Laskin avait demandé à la Cour de statuer sur son application dans ce cas. La Cour maintient le flou sur « l'effet potentiel » de l'article 35 en décidant que « l'article 88 de la *Loi sur les Indiens* régit la présente situation et accorde la protection nécessaire à l'appelant, Simon. Il n'est donc pas nécessaire pour trancher le présent pourvoi d'examiner le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*¹⁴³. »

Le prochain jugement de la Cour portant sur les droits économiques des Autochtones issus de traités fut livré en 1988 dans l'arrêt *R c. Horse*¹⁴⁴ (ci-après « *Horse* »). La question en litige dans cette affaire était de déterminer si un droit d'accès pour chasser existait, découlant du *Wildlife Act*¹⁴⁵ (ci-après *Wildlife Act* « (*Saskatchewan*) »), du Traité no. 6 ou de la coutume et de l'usage, de manière à ce que les appelants puissent bénéficier d'une immunité en vertu de la *Convention fédérale/provinciale (Saskatchewan)*. Nous allons brièvement discuter des arguments fondés sur la *Convention fédérale/provinciale (Saskatchewan)*, le *Wildlife Act* « (*Saskatchewan*) » et sur la coutume et de l'usage, mais pour les fins de cette section nous nous intéresserons plus particulièrement à l'invocation du droit issue du Traité no. 6.

¹⁴³ *Id.*, par. 54, 66.

¹⁴⁴ *R c. Horse*. [1988], 1 R.C.S. 187.

¹⁴⁵ *The Wildlife Act*, S.S. 1979, chap. W-13.1

La pratique d'utiliser la jurisprudence de la Cour comme « précédent de preuve » est encore une fois utilisée par la Cour dans *Horse*, quand le juge Estey explique que « le contexte historique de la protection des droits de chasse reconnus aux Indiens dans ces conventions a déjà été examiné » et que par conséquent, « Il n'est donc pas nécessaire de reprendre cet examen ici¹⁴⁶. » Bien qu'il cite les jugements auxquels il fait référence, le juge Estey ne précise pas sur quelles parties de ces jugements, ni sur quels aspects du contexte historique discuté antérieurement il se fonde. Il s'agit donc d'un « précédent de preuve » extrêmement vague.

Après cette introduction, le juge Estey discute du premier moyen de défense invoqué par les appelants se fondant sur le *Wildlife Act (Saskatchewan)* qui, selon eux, leur conférait un droit d'accès sur le terrain sur lequel la chasse a eu lieu. Suite à une analyse de la jurisprudence pertinente, la Cour conclut à l'absence d'une autorisation quelconque permettant de démontrer qu'une disposition du *Wildlife Act (Saskatchewan)* pourrait être interprétée comme conférant un droit de chasse sur le terrain privé en question.

Les motifs de la Cour portant sur le deuxième moyen de défense découlant de la « coutume ou l'usage » furent très brefs. La Cour invoque le fait qu'aucune « pièce présentée en l'espèce n'établit que la coutume ou l'usage confèrent un tel droit aux appelants » et que « Étant donné l'absence totale des éléments de preuve nécessaires, il est impossible de déterminer si les appelants ont un droit d'accès fondé sur la coutume ou l'usage »¹⁴⁷. Donc, la Cour ne dit pas qu'un droit de chasse découlant d'une coutume ne peut pas exister, elle prétend tout simplement que cela n'a pas été démontré par la preuve en l'espèce.

C'est le troisième motif au soutien de l'appel qui suscitera le plus de discussion par la Cour. Les appelants ont invoqué un droit issu du Traité no. 6, en conjonction avec l'article 35 de la *Loi Constitutionnelle de 1982* et l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*. L'arrêt *Horse* est donc le premier jugement dans lequel une partie autochtone invoque explicitement la protection du par. 35 (1) au soutien de la revendication d'un droit économique.

¹⁴⁶ *R. c. Horse*, précité, note 144, par 11.

¹⁴⁷ *Id.*, par. 22, 23.

La Cour écarte toutefois toute discussion sur l'article 35 de la *Loi Constitutionnelle de 1982* en jugeant que le Traité no. 6 n'accorde aucun droit d'accès pour chasser sur les terres en question, et que par conséquent, qu'il n'est pas nécessaire de statuer eu égard à l'article 35 et l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*. L'analyse de la Cour du traité débute par une analyse du texte du traité lui-même, ainsi que la jurisprudence portant sur les clauses de traités numérotés similaires.

La Cour considère la preuve extrinsèque quand les appelants ont invoqué l'argument que les transcriptions des négociations avec les représentants de la Couronne démontrent que l'intention du Traité no. 6 était de permettre l'utilisation conjointe, avec les colons, des terres cédées par les Autochtones. La Cour est toutefois très réticente à admettre la preuve extrinsèque, ayant recours aux règles du droit des contrats voulant que la preuve extrinsèque ne soit pas admissible pour contredire les termes d'un contrat à moins qu'il y ait une ambiguïté dans le texte du contrat. Le juge Estey cite des extraits des jugements *Simon* et *Nowegijick* pour étayer l'énoncé que « La règle d'exclusion de la preuve extrinsèque se rapproche des méthodes adoptées pour interpréter les traités conclus avec les Indiens », malgré le fait que, selon nous, aucune des citations retenues par le juge Estey ne puisse raisonnablement être interprétée au soutien de cette proposition¹⁴⁸.

Après avoir cité l'ouvrage de doctrine britannique « *Halsbury's Laws of England* » (1977) portant sur le droit des contrats, le juge Estey affirme : « À mon avis, il n'existe en l'espèce aucune ambiguïté pouvant justifier le recours à des documents extrinsèques pour des fins d'interprétation¹⁴⁹. » Par contre, aussitôt que cette affirmation est faite, le juge Estey examine toutefois la preuve extrinsèque, expliquant qu'elle ne fait que confirmer son interprétation de la portée restrictive du traité.

¹⁴⁸ Dans ce paragraphe, le Juge Estey poursuit : « Dans l'affaire *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387, cette Cour a eu à se prononcer sur la façon dont les tribunaux devaient interpréter un traité avec les Indiens. Le juge en chef Dickson affirme, à la p. 404: "Un traité avec les Indiens est unique; c'est un accord *sui generis* qui n'est ni créé ni éteint selon les règles du droit international." L'arrêt antérieur *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, parle en des termes plus généraux des règles d'interprétation qu'une cour de justice doit appliquer à un traité avec les Indiens. Le juge Dickson (alors juge puîné) affirme, à la p. 36: ". . . les traités et les lois visant les Indiens doivent recevoir une interprétation libérale et [. . .] toute ambiguïté doit profiter aux Indiens" ». *Id.*, par. 38. Nous ne voyons pas en quoi ces citations appuient les conclusions de juge Estey.

¹⁴⁹ *Id.*, par. 40.

Pour démontrer que la preuve extrinsèque « confirme » son interprétation, la Cour cite deux lieutenants gouverneurs qui ont participé à la négociation des trois premiers traités numérotés (et non pas du Traité no. 6 dont il est question dans le jugement). Le juge Estey explique que la citation du premier lieutenant gouverneur démontre « clairement qu'on n'accordait pas aux Indiens un droit de chasser sur les terres privées occupées¹⁵⁰ ». La deuxième citation porte sur ce que le lieutenant gouverneur va « donner » aux Indiens. La position adoptée par le juge Estey est extrêmement problématique car elle est fondée sur la présomption que tous les traités numérotés ont été conclus de façon identique, de plus, que les droits contenus dans ces traités ne résultent pas d'un processus bilatéral, mais qu'ils ont plutôt été donnés par la Couronne. Il n'est donc pas surprenant, considérant les valeurs qui sous entendent cette analyse, que la Cour n'accorde pas une force probante, voir même une importance quelconque à la preuve extrinsèque relative à la perspective des Autochtones.

Le juge Estey analyse ensuite la preuve portant plus spécifiquement sur le Traité no. 6, faisant référence exclusivement au compte rendu exhaustif du lieutenant gouverneur Morris. Le juge Estey met tout l'accent sur la perspective et les objectifs de la Couronne en concluant son jugement :

En résumé donc, les termes du traité sont clairs et nets: le droit de chasser maintenu par le traité n° 6 ne s'appliquait pas aux terres privées occupées par leur propriétaire. Lorsqu'on examine, en fonction des divers traités visés par le texte de Morris, les passages relatifs aux négociations, que les appelants ont essayé de produire en preuve, il devient évident que, si les Indiens avaient le droit de conserver leur mode de vie en se livrant à la chasse, le maintien de ce droit n'emportait pas l'autorisation de pénétrer sur des terres privées appartenant à des colons et occupées par ceux-ci. L'objectif du gouvernement était de coloniser ces terres, mais il souhaitait en même temps que, dans la mesure du possible, la population indienne nomade y prenne part, du moins en ce sens que certains Indiens, avec l'aide gouvernementale, se tourneraient vers l'agriculture comme moyen principal d'assurer leur subsistance et leur survie. En tout état de cause, les documents extrinsèques qui doivent normalement être examinés en cas d'ambiguïté, loin de les contredire, confirment les termes non équivoques du traité¹⁵¹.

Bien que l'interprétation du traité lui-même soit invoquée par le juge Estey au départ pour justifier le rejet du pourvoi, les preuves retenues par la Couronne deviennent un outil important dans la rhétorique avancée par la Cour. En premier lieu, le juge Estey invoque des règles sur la recevabilité de la preuve du domaine du droit des contrats, pour conclure

¹⁵⁰ Id., par. 42.

¹⁵¹ Id., par. 52.

que la preuve extrinsèque n'est pas recevable pour interpréter le traité. Paradoxalement, le juge Estey fait ensuite une analyse de la preuve extrinsèque, uniquement sous l'angle des intentions de la Couronne, pour conclure que son interprétation initiale du traité était tout à fait justifiée. Nous soumettons qu'en l'absence de règles claires de la Cour, la question de la recevabilité de la preuve extrinsèque pour interpréter un traité historique sera établie, en grande partie, en fonction des valeurs du juge en question. Dans cette affaire, le juge Estey avance des valeurs qui ne sont pas favorables à la recevabilité de la preuve extrinsèque portant sur la perspective des Autochtones dans l'interprétation des traités historiques.

La façon de procéder du juge Estey nous pousse à nous questionner sur la nature de l'interprétation des traités — est-ce une question de droit ou de fait? La difficulté de cerner la réponse peut s'expliquer en partie par la proposition de Boyle et MacCrimmon :

Is the interpretation of a contract a matter of law or fact? [...] the dominant view seems to be that interpretation of written contracts is a matter of law, while interpretation of oral contracts is a matter of fact.¹⁵²

Dans le domaine de l'interprétation des traités historiques (des contrats entre Nations) nous sommes confrontés à des clauses écrites et orales, avec preuve extrinsèque à la fois écrite et orale. Les motifs du juge Estey dans *Horse* démontrent que les juges se contentent peut-être du statut quo et le fait qu'ils peuvent fonder leurs jugements sur l'interprétation des faits, « du droit », ou les deux dans la mesure où ils ont besoin d'une rhétorique leur permettant de justifier une certaine interprétation.

Deux ans plus tard, la Cour se prononce dans *R c. Horseman*¹⁵³ (ci-après « *Horseman* »), un jugement livré par une Cour divisée quatre juges contre trois. Dans cette affaire, le juge Cory, au nom de la majorité, rejeta la revendication d'un droit économique de faire le commerce, sans permis, de la peau d'un ours grizzli tué par Horseman en auto-défense. Au soutien de son appel, Horseman invoqua un droit de chasse issu du Traité no. 8.

Les deux juges ont considéré la preuve extrinsèque pour fonder leur analyse de l'intention de la portée du Traité no. 8. Ils ont même retenu des extraits identiques d'un ouvrage de doctrine du Professeur Ray intitulé « *Commentary on Economic History of Treaty 8 Area* »

¹⁵²C. BOYLE et M. MacCRIMMON, *loc. cit.*, note 16, 63.

¹⁵³*R c. Horseman* [1990] 1 R.C.S. 901

portant sur l'historique de l'économie de la région du Traité no. 8. De plus, dans son jugement dissident, la juge Wilson, retient également la preuve orale, ainsi qu'une recherche relatant la perspective des « anciens » du territoire pour établir l'intention de la portée du traité. La juge Wilson discute même de certains aspects du droit de la preuve, tel la force probante du témoignage des anciens de la communauté :

Bien qu'il faille évidemment être conscient du fait que la preuve testimoniale contemporaine relative au sens des dispositions du Traité n° 8 ne permettra pas nécessairement de saisir la compréhension du traité que les Indiens avaient en 1899, j'estime que cette preuve est pertinente lorsqu'elle confirme la preuve documentaire relative à la signification du traité¹⁵⁴.

Encore une fois, nous remarquons que, d'un point de vue méthodologique, certains aspects du droit de la preuve, tel la force probante, sont invoqués avec ambiguïté par les juges, sans nécessairement se fonder sur une règle bien établie ou un cadre juridique très précis.

La juge Wilson conclut qu'il « devient clair lorsqu'on situe le traité dans son contexte historique que le gouvernement canadien s'est engagé à réglementer la chasse d'une manière qui respecterait le mode de vie des Indiens et la façon dont ils avaient traditionnellement gagné leur vie¹⁵⁵. » C'est donc en se fondant sur ces éléments de preuve que les deux juges ont conclu que le Traité no. 8 conférait, *a priori*, un droit de chasse commerciale.

La Cour est toutefois divisée sur la question subséquente, portant sur l'effet juridique de l'article 12 *La Convention fédérale/provinciale (Alberta)* est de limiter le droit de chasse issu du traité à un droit « pour se nourrir ». La juge Wilson explique que la Couronne n'a pas mentionné de preuve historique à l'appui de la prétention que le but de l'article 12 de la *Convention* était de restreindre le droit reconnu par le traité. Donc, pour la juge Wilson, c'est le but que la Couronne avait en concluant la *Convention fédérale/provinciale (Alberta)* de 1930 qui importe et qui doit être démontré.

La juge Wilson adopte également une interprétation large du terme « pour se nourrir » contenue dans l'article 12 de la *Convention fédérale/provinciale (Alberta)*. Faisant référence au commentaire du juge Dickson dans *Moosehunter*, la juge Wilson rappelle qu'il ne faut pas présumer que l'effet de l'article 12 de la *Convention fédérale/provinciale*

¹⁵⁴Id., p. 911.

¹⁵⁵Id., p. 913.

(*Alberta*) est de limiter l'expression « pour se nourrir » à la consommation directe. Elle affirme que son interprétation est conforme au contexte historique, au bon sens, ainsi qu'aux principes d'interprétation formulés par la Cour dans *Simon* et *Nowegijick*. En invoquant le « bon sens » et les principes formulés dans *Nowegijick* nous estimons que l'interprétation de la juge Wilson de l'effet de l'article 12 est fondée sur des valeurs, valeurs qu'elle justifie en conclusion par : « [Q]uoi qu'il en soit, je ne vois aucune preuve que le gouvernement fédéral a voulu renier de quelque façon que ce soit l'engagement solennel consacré dans le Traité n° 8¹⁵⁶. »

Donc, les motifs de la juge Wilson confirment notre hypothèse voulant que le domaine de la preuve soit invoqué au soutien de la détermination de la portée d'un droit économique issu de traité en conformité avec les valeurs de la Cour. Toutefois, la majorité dans *Horseman* en vient à une conclusion différente sur l'effet juridique de l'article 12 de la *Convention fédérale/provinciale (Alberta)* sur le droit de chasse du Traité no. 8. Le juge Cory s'en remet aux jugements de la Cour dans *Frank*, *Sutherland*, et *Moosehunter*, jugeant que la question de l'effet de l'article 12 de la *Convention fédérale/provinciale (Alberta)* a déjà été déterminée dans ces causes, expliquant que rien dans cette affaire lui ferait changer quoi que ce soit aux motifs « si bien et si clairement exprimés dans ces arrêts¹⁵⁷ ». Sur cette base, le juge Cory conclut tout simplement que :

Quoique la Convention ait bel et bien supprimé le droit de faire de la chasse commerciale, le droit de chasser pour se nourrir a été sensiblement élargi. Les territoires sur lesquels pouvaient chasser les Indiens ont été considérablement agrandis¹⁵⁸.

Alors, dans les motifs du juge Cory, le domaine de la preuve est utilisé pour établir l'existence du droit de chasse commercial contenu dans le Traité no. 8, mais c'est la jurisprudence de la Cour qui est ultimement utilisée en rhétorique pour soutenir une vision réductrice des droits économiques des Autochtones en l'espèce.

En 1994, dans *R. c. Howard*¹⁵⁹, la Cour rejeta l'appel de Howard, qui invoqua un droit ancestral de pêche en défense à sa condamnation pour avoir pêché pendant une période

¹⁵⁶Id., p. 922.

¹⁵⁷Id., p. 930-931.

¹⁵⁸Id., p. 933.

¹⁵⁹R. c. Howard, [1994] 2 R.C.S. 299

interdite. Malgré le fait qu'il s'agit d'un cas où un droit ancestral est invoqué, nous avons décidé d'inclure ce jugement dans la section portant sur les droits issus de traités car la Cour n'examine pas le contenu du droit ancestral, mais plutôt l'existence et les termes d'un traité historique. En effet, c'est l'existence d'un traité historique abrogeant le droit ancestral invoqué qui fait l'objet de l'analyse de la Cour.

Le juge Gonthier livra des motifs très brefs, mais intéressants au niveau de l'appréciation de la preuve. Il rappela le principe que la Cour ne devrait pas réviser les conclusions de fait des instances inférieures à moins d'erreur manifeste, et conclut qu'il est d'accord avec les conclusions à l'effet que le droit de pêche fut cédé par le traité signé par la « bande » Hiawatha.

Dans ses motifs, le juge Gonthier fait un petit résumé des éléments de preuve présentés aux instances inférieures, et reproduit également la clause d'extinction des droits contenue dans le traité en question. La Cour conclut que la validité du traité est clairement démontrée et que les termes du traité sont clairs en vertu de l'interprétation de la preuve documentaire par les témoins. La Cour conclut par conséquent que tout droit de pêche a été cédé et qu'il n'y a pas lieu d'analyser si un droit ancestral de cette nature existerait en l'espèce. Donc, dans cette affaire notre hypothèse est confirmée par la Cour qui invoque le principe de déférence d'appréciation de la preuve aux instances inférieures, afin d'adopter les conclusions de fait des premières instances, et ainsi le rejet du droit économique invoqué.

d) L'établissement de « tests » axés sur l'appréciation de la preuve dans la mise en œuvre de l'article 35 de la Loi Constitutionnelle de 1982

Cette section porte sur l'appréciation de la preuve dans la mise en œuvre de l'article 35 de la *Loi Constitutionnelle de 1982*. Dans cette section, nous discutons de l'application de cet article et nous notons l'importance accordée au domaine de la preuve comme outil de rhétorique principal dans la justification de la détermination des droits économiques des Autochtones protégés par la Constitution du Canada.

C'est finalement en 1990 dans *R. c. Sparrow* (ci-après « *Sparrow* »)¹⁶⁰ que la Cour va statuer directement sur la portée de l'article 35 de la *Loi Constitutionnelle de 1982*. Avant d'aborder l'analyse de cette décision, nous allons faire un survol du contexte dans lequel cet article fut adopté.

Avec l'article 35, les droits ancestraux ou issus de traités existants des peuples autochtones sont « reconnus et confirmés » et peuvent servir de fondement pour revendiquer un droit économique. Lors de son adoption, il existait un débat dans la doctrine sur l'effet juridique de l'article 35. Par exemple, en ce qui concerne les droits issus traités, certains auteurs prétendent que l'article 35 signifie que les traités sont des documents faisant partie de la Constitution, tandis que d'autres prétendent que les traités ne font pas partie de la Constitution; en affirmant plutôt que les droits issus de ceux-ci sont protégés *par* la Constitution¹⁶¹.

La Cour a adopté la deuxième vision dans l'interprétation des droits garantis par l'article 35, à savoir que les droits ancestraux et issus de traités sont protégés par la Constitution face aux actions gouvernementales¹⁶² et, en ce sens, ce sont des droits protégés de façon similaire aux droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁶³ (ci après « *Charte* »). Avec l'adoption de cette approche par la Cour, la majorité des revendications des Autochtones de leurs droits économiques continuent à émaner du contexte d'une défense contre une accusation de droit pénal provincial; contexte donc similaire aux décisions de la Cour avant 1982.

En effet, l'argument avancé le plus fréquemment par une partie autochtone, tel que dans *Sparrow*, est qu'une infraction reprochée en vertu d'une loi ne s'applique pas, invoquant que la ou les dispositions à la base de l'infraction vont à l'encontre d'un droit ancestral ou

¹⁶⁰ *R. c. Sparrow* [1990] 1 R.C.S. 1075

¹⁶¹ Voir discussion de ces points dans Gordon CHRISTIE, « Justifying Principles of Treaty Interpretation », (Fall 2000), *Queens L. J.*, 200-205.

¹⁶² *Id.*, 202.

¹⁶³ Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11). Voir sur ce point : James [Sákéj] Youngblood HENDERSON, « Constitutional Powers and Treaty Rights », (2000), 63(2), *Sask. L. Rev.*, 729. Cette vision ne fait certainement pas l'unanimité parmi les auteurs et surtout en ce qui concerne les conceptions des droits ancestraux ou issus de traités des intervenants Autochtones eux-mêmes. Par exemple, Henderson explique: « Aboriginal law is distinct from the collective or personal rights context of the constitutional interpretation of Canadian thought », Voir James [Sákéj] Youngblood HENDERSON, « Interpreting sui generis treaty rights », (Dec. 1997), 36, *Alta. L. Rev.*, 95.

d'un droit issu de traité au sens de l'article 35 de la *Loi Constitutionnelle de 1982*. Les faits à la base de l'infraction sont rarement contestés; il arrive même parfois que la partie autochtone viole sciemment la loi afin de se servir de l'infraction comme tremplin pour revendiquer un droit économique.

Il est pertinent de souligner ce contexte, car nous remarquons plusieurs similitudes entre les approches de la Cour dans l'application du domaine de la preuve dans son analyse des droits confirmés par l'article 35 et des droits garantis par la *Charte*, notamment quant aux questions reliées à l'importance que le tribunal accorde aux « faits » dans la détermination du contenu des droits ainsi qu'aux « atteintes » ou limites aux droits que les gouvernements sont en mesure de justifier. Par exemple, la similarité entre les critères établis pour démontrer une atteinte raisonnable à un droit garanti par la *Charte* en vertu de l'article premier de la *Charte* et les critères établis par la *common law* dans *Sparrow* pour démontrer une atteinte raisonnable à un droit garanti par l'article 35 de la *Loi Constitutionnelle de 1982*.

Nous remarquons également une similarité entre, d'une part, l'importance et les conséquences de la détermination des « faits législatifs¹⁶⁴ » dans le contexte de violations de droits et libertés, tel que décrit par Pinard, avec, d'autre part, l'importance et les conséquences des déterminations des faits historiques sur la portée de l'article 35 de la *Loi Constitutionnelle de 1982* en droit autochtone.¹⁶⁵ C'est-à-dire que la Cour tente d'établir l'intention du législateur avec des faits « législatifs » eu égard aux cas de violations de droits et libertés de la même manière que la Cour va tenter d'établir l'intention des parties et de préciser les pratiques ancestrales autochtones avec l'aide des faits historiques.

Donc, contrairement aux litiges impliquant les droits découlant de la *Charte*, où les faits législatifs sont normalement contemporains, la preuve pertinente pour établir l'existence d'un droit ancestral ou issu de traité en droit autochtone est principalement de nature

¹⁶⁴ Le terme « faits législatifs » désigne ce que Davis décrit comme suit : « When an agency wrestles with a question of law or policy, it is acting legislatively, just as judges have created the common law through judicial legislation, and the facts which inform its legislative judgment may be conveniently denominated 'legislative facts' ». Dans K.C. DAVIS, « An approach to problems of evidence in the administrative process », (1942), 55 *Harvard L. Rev.*, 364, 402-403.

¹⁶⁵ Danielle PINARD, « La connaissance judiciaire prend-elle fin là où l'expertise débute ? – Le domaine de la connaissance d'office des faits », dans Actes de la XVI^e Conférence des juristes de l'État, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 2004.

historique. Comme nous le verrons l'importance de la « preuve historique » soulève plusieurs difficultés tant en ce qui concerne les règles d'admissibilité que les règles d'interprétation de la preuve.

Dans cette affaire, l'appelant Sparrow a été accusé d'avoir pêché avec l'aide d'un filet non-conforme à la loi. En défense il a invoqué qu'il exerçait un droit ancestral existant de pêcher et que la restriction dans le permis portant sur la longueur du filet était incompatible avec l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et donc invalide. En livrant le jugement *Sparrow*, la Cour met l'accent sur l'élaboration d'un cadre juridique et de lignes directrices pour l'application de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, fondé sur l'objet et l'effet de l'article 35 en général et non sur la détermination du droit économique de Sparrow en l'espèce.

En fait, en livrant le jugement *Sparrow*, la Cour établit les lignes directrices du « test Sparrow » : non pas comment prouver l'existence d'un droit ancestral selon l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, mais plutôt, comment la Couronne peut justifier une atteinte à un droit ancestral. Nous notons qu'il est quelque peu étrange que la Cour élabore un test pour justifier une atteinte à un droit ancestral avant même d'avoir développé un test adéquat pour établir l'existence d'un tel droit¹⁶⁶. Dans le cas de Sparrow, la Cour conclut qu'il y a lieu de confirmer l'existence et l'atteinte à un droit ancestral de pêche en l'espèce et donc l'annulation de la déclaration de culpabilité, prononcée par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Toutefois, la Cour ordonne la tenue d'un nouveau procès pour déterminer la question de la justification de l'atteinte au paragraphe 35(1), conformément aux lignes directrices établies par la Cour.

Les deux plus importantes valeurs véhiculées par la Cour dans *Sparrow* (ainsi que la jurisprudence subséquente de la Cour) sont la confirmation de l'existence et de l'importance des droits ancestraux d'une part, et la réaffirmation de la suprématie ultime du législateur d'autre part. En ce qui a trait à la confirmation de l'existence et l'importance des droits ancestraux, il est donc important de souligner que la Cour établit que ces droits doivent s'inscrire dans le cadre juridique canadien existant et qu'il n'y a pas lieu de

¹⁶⁶ Le test pour établir l'existence d'un droit ancestral sera élaboré par la Cour six ans plus tard dans le jugement *Van der Peet*.

reconnaître un pluralisme juridique plus large. Sur ce point, nous notons les commentaires de Morin qui énonce que l'article 35 de la *Loi Constitutionnelle de 1982* n'a pas eu pour effet de reconnaître les systèmes et règles juridiques autochtones, mais plutôt :

Au terme de cette analyse, il apparaît que la jurisprudence concernant les droits ancestraux a fait, jusqu'à maintenant, peu de cas des règles traditionnelles antérieures à la colonisation. Au mieux, elle les intègre dans sa définition d'un droit ancestral; au pire elle les écarte purement simplement. [...] Il n'est pas encore question d'intégrer ces règles au système juridique canadien. Il en va toutefois différemment des paroles autochtones qui sont destinées à servir d'éléments de preuve¹⁶⁷.

Dans *Sparrow*, la Cour pose le principe que les droits ancestraux doivent se traduire en droits compatibles avec la Constitution canadienne et la *common law*, tout en confirmant la juridiction ultime du gouvernement de régler ces droits sous certaines conditions.

Pour ce qui est de la réaffirmation de la valeur de la suprématie du législateur, la Cour évoque la réconciliation des intérêts autochtones et de la société canadienne en général comme l'objet principal de l'article 35 de la *Loi Constitutionnelle de 1982*¹⁶⁸. Pour donner suite à cet objet, la Cour établit que l'effet de la mise en œuvre d'un droit reconnu par l'article 35 ne rendra pas nécessairement inopérant toute disposition législative incompatible avec un droit ancestral existant. En effet, la Cour développe des critères similaires à ceux développés pour que le gouvernement démontre si une atteinte à un droit garanti par la *Charte* peut être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Michel MORIN, « Quelques réflexions sur le rôle de l'histoire dans la détermination des droits ancestraux et issus de traités », (2000), 34, *R.J.T.*, 17.

¹⁶⁸ Comme nous le verrons, suite à *Sparrow*, la Cour fera de plus en plus appel dans ses motifs à la notion de réconciliation des intérêts, mais tous ne sont pas d'accords qu'il s'agit d'un développement positif; nous notons les commentaires de Dufraimont : Seen in its historical context, this redefinition of reconciliation has been both regressive and catastrophic. Consider the fact that, in the nineteenth and early twentieth centuries, subordinating Aboriginal rights to larger social demands was the very idea underlying a historical government strategy of "development relocation" [...] that the Crown act in accordance with its fiduciary obligations has moved from a strict priority requirement to an anemic set of guidelines relating to reasonableness of government decision making, consultation, compensation, and the involvement of Aboriginal peoples in the government development of their land. Dans Lisa DUFRAIMONT, « From regulation to recolonization : Justifiable infringement of aboriginal rights at the Supreme Court of Canada », (2000), 58, *U.T. Fac. L. rev.*, p. 23, 56

¹⁶⁹ La Cour dit même qu'elle fait une « analogie » avec l'article premier de la Charte. Sur le « test Oakes » de l'article premier, voir *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Des articles en doctrine ont aussi été écrits sur la similarité entre le « test de Oakes » et le « test Sparrow », voir par exemple : Dwight NEWMAN, « The limitation of Rights : A comparative evolution and ideology of the Oakes and Sparrow tests », (1999), 62, *Sask. L. Rev.*, 543-566.

Le « test Sparrow » est donc développé par la Cour, selon lequel après qu'une partie autochtone démontre l'existence d'un droit ancestral, et que la mesure législative contestée est une violation à première vue de ce droit, le tribunal se demandera si : 1) la restriction est déraisonnable? 2) le règlement est indûment rigoureux?; 3) le règlement refuse aux titulaires du droit le recours à leur moyen préféré de l'exercer? La Cour explique qu'il faut tenir compte de l'obligation fiduciaire de la Couronne envers les Autochtones pour déterminer si le règlement est indûment rigoureux.

Pour justifier l'adoption de ce test, le tribunal débute son analyse par un examen du cadre historique menant à la rédaction de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Celui-ci fait appel à un examen très sommaire de divers documents: la jurisprudence américaine du XIX^e siècle, la jurisprudence canadienne plus récente, des ouvrages de doctrine, ainsi que des déclarations et discours politiques. Il n'y a aucune explication de la méthodologie suivie par la Cour pour expliquer le choix des documents qui ont été retenus; ni si ces documents ont été avancés par les parties au litige, ni s'ils sont le fruit de recherches entreprises indépendamment par la Cour.

La Cour poursuit son analyse de la jurisprudence canadienne contemporaine, en s'arrêtant particulièrement sur l'arrêt *Nowegijick*, comme énonçant des principes qui doivent guider l'interprétation de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. C'est donc en faisant référence d'une façon très sommaire, à un cadre historique aussi large, ainsi qu'à des principes généraux découlant de la jurisprudence, que la Cour justifie l'adoption de son point de vue idéologique et philosophique sur l'application de l'article 35 en tant que disposition garantissant la protection des droits autochtones ancestraux existants, tout en réaffirmant la suprématie ultime du législateur suivant un exercice de justification similaire à l'article premier de la *Charte*.

Notre hypothèse est donc partiellement confirmée. Nous remarquons la tendance de la Cour à présenter le contexte historique en l'absence de preuve et de débat contradictoire pour justifier en partie son interprétation de la portée de l'application de l'article 35. Tout comme dans *Nowegijick*, où la Cour élabore un principe d'interprétation, la Cour établit des lignes

directrices avec le « test Sparrow » en se fondant principalement sur sa vision et ses valeurs¹⁷⁰. Nous remarquons également une similarité avec le jugement *Guerin*, dans lequel la Cour invoque également des éléments de preuve d'un cadre historique très large au soutien de sa vision.

Malgré le fait que l'élaboration du « test Sparrow » soit le principal aspect de ce litige, il existe une partie de la discussion porte sur le domaine de la preuve lors de l'établissement d'un droit ancestral. Sur la question de prouver le droit ancestral de pêche en question, la Cour accepte les conclusions sur la preuve du juge du procès de première instance :

Bien que le procès concernant la violation d'une interdiction pénale ne constitue pas le cadre idéal pour déterminer l'existence d'un droit ancestral et bien que la preuve ne soit pas considérable, l'exactitude de la conclusion de fait du juge de première instance portant [TRADUCTION] "que M. Sparrow pêchait dans un territoire ancien de la tribu où ses ancêtres avaient pêché depuis des temps immémoriaux dans cette partie de l'embouchure du fleuve Fraser" est confirmée par la preuve et n'est pas contestée. Selon la Cour d'appel, l'existence de ce droit [TRADUCTION] "n'a pas vraiment été contestée"¹⁷¹.

La Cour ajoute que même si la preuve du droit ancestral demeure « sommaire », le fardeau de la preuve est satisfait en l'espèce et l'existence d'un droit ancestral a été démontrée. Plus loin dans les motifs de la Cour, le tribunal fait référence au fait que la Couronne ne s'est pas acquittée de son fardeau de prouver l'extinction de ce droit. Nous notons que dans les deux cas, la Cour n'explicite pas un standard ou niveau de fardeau de la preuve applicable¹⁷². Nous remarquons donc encore un flou associé à l'énoncé d'une règle de droit de la preuve qui soutient la conclusion voulue par la Cour dans la détermination des droits.

Un autre élément important de la décision *Sparrow* est que la Cour établit que le domaine de la preuve sera déterminant dans les causes subséquentes où les droits ancestraux seront en jeu. En effet, la Cour explique que l'adaptation des faits historiques à la réalité contemporaine devra être entreprise pour établir l'existence d'un droit ancestral, et explique également que les faits contemporains devront être considérés pour expliciter les limites aux droits que la Couronne sera en mesure de justifier :

¹⁷⁰ Pour l'opinion que le « test Sparrow » est fondé sur une structure « idéologique » et « philosophique » voir : D. NEWMAN, *Id.*, par. 3.

¹⁷¹ *R. c. Sparrow*, précité, note 160, p. 1095.

¹⁷² *Id.*, p. 1094.

Étant donné la généralité du texte de la disposition constitutionnelle en cause et compte tenu surtout des complexités que présentent l'histoire, la société et les droits des autochtones, les limites d'une norme justificative doivent être fixées dans le contexte factuel particulier de chaque cas¹⁷³.

Newman explique que cette vision de l'application de l'article 35 de la *Loi Constitutionnelle de 1982*, qui met l'accent sur les faits contemporains dans l'optique de la réconciliation des intérêts des Autochtones et non-Autochtones, fait en sorte que le « test Sparrow » implique nécessairement un jeu entre les intérêts économiques et sociaux des Autochtones et les non-Autochtones. Au sujet de *Sparrow*, il explique en outre que :

[...] the realization that the case is really treating Aboriginal and treaty rights in economic terms makes clear that we can also analyze the test in terms of social welfare functions. [...] the fundamental orientation of the formal Sparrow test and its description of how the government can meet its duty to live up to the honour of the Crown is in consequentialist, rather than deontological, terms¹⁷⁴.

La Cour continue ensuite l'analyse du cas en l'espèce, soient les limites que le gouvernement pourrait justifier en matière de réglementation de l'industrie de la pêche. Dans son analyse de ce volet, la Cour met l'accent sur la priorité qui doit être accordée au droit ancestral de pêcher « pour se nourrir ». Nous trouvons la caractérisation du droit ancestral de pêche « pour se nourrir » fort intéressante car la Cour a refusé de décider si le droit ancestral de pêche de Sparrow était limité à ce qui était nécessaire pour se nourrir ou s'il avait un caractère commercial. En fait, cette détermination est une illustration de la problématique telle qu'explicitée par Newman, et est plutôt fondée sur l'appréciation de la question de la répartition des ressources naturelles maritimes entre les Autochtones et les non-Autochtones¹⁷⁵. Nous observons également que cette limite est très similaire à celle imposée constamment par la Cour dans la jurisprudence antérieure, plus spécifiquement dans l'interprétation de la portée des droits issus de traités, datant du jugement *Wesley* de 1932¹⁷⁶.

¹⁷³ *Id.*, p. 1111.

¹⁷⁴ D. NEWMAN, *loc. cit.*, note 169, par. 17, 20.

¹⁷⁵ *R. c. Sparrow*, précité, note 160, par. 45.

¹⁷⁶ La limitation des droits économiques des Autochtones à des droits de subsistance seulement est une tendance qu'on observe de façon répétée par la Cour Suprême, dès 1964 dans l'utilisation de la citation du jugement *R. c. Wesley* invoqué dans *R. c. Prince*, précité, note 25.

Le prochain jugement, *R. c. Badger*¹⁷⁷ (ci-après « *Badger* »), est le premier jugement portant sur l'application du paragraphe 35 (1) de la *Loi Constitutionnelle de 1982* à un droit issu de traité. Dans cette affaire, trois Autochtones ont été accusés de diverses infractions en vertu du paragraphe 26 (1) de la *Wildlife Act*¹⁷⁸ de l'Alberta pour chasse en dehors de la saison de chasse et chasse sans permis. En défense, les appelants ont invoqué un droit de chasse pour se nourrir issu du Traité no. 8. La Cour a également dû examiner l'effet de l'article 12 de la *Convention fédérale/provinciale (Alberta)* qui limite le droit de chasse à un droit de subsistance, sur les terres non-occupées.

Dans *Badger*, nous notons un changement important dans la perspective adoptée par la Cour par rapport au lien entre le Traité no. 8 d'une part, et les droits tels qu'explicités par la *Convention fédérale/provinciale (Alberta)*, d'autre part. En premier lieu, la majorité de la Cour affirme clairement que le Traité no. 8 n'a pas été remplacé ou codifié, ni les droits contenus dans le traité éteints, par l'adoption de la *Convention fédérale/provinciale (Alberta)*. Cette opinion est contraire à ce qu'avait laissé sous-entendre la jurisprudence antérieure de la Cour dans *Frank*, et contraire à l'opinion exprimée dans les motifs minoritaires du juge Sopinka. La survie des droits issus de traité est donc confirmée par la Cour: « le droit de chasser prévu au Traité n° 8 a été modifié par la *Convention*, mais uniquement dans la mesure où l'intention d'apporter cette modification ressort clairement de ce texte »¹⁷⁹. La Cour reconnaît en outre que la *Convention* limite le droit de chasse à un droit de subsistance seulement, en conformité avec ses jugements antérieurs sur ce point.

Cependant, la Cour laisse également entendre que la limitation des droits issus de traités par le biais d'une *Convention* ne saurait être envisagée dans un contexte moderne:

Conformément au pouvoir qu'il avait de le faire, le gouvernement fédéral a adopté unilatéralement la *Convention*. Il n'agirait vraisemblablement pas de la sorte aujourd'hui. L'adoption unilatérale de la *Convention* renforce la conclusion que le droit de chasse prévu par celle-ci doit être interprété à la lumière des dispositions du Traité n° 8.¹⁸⁰

¹⁷⁷*R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771

¹⁷⁸*Wildlife Act*, S.A. 1984, ch. W-9.1

¹⁷⁹*R. c. Badger*, précité, note 177, par. 47.

¹⁸⁰*Id.*, par. 84.

La Cour estime donc que le droit de chasse en question a été modifié par la *Convention fédérale/provinciale (Alberta)*, mais demeure un droit de chasse issu de traité et bénéficiant d'une protection constitutionnelle.

La Cour procède donc à une analyse des faits tenant compte de ce cadre juridique. Elle analyse la preuve historique sur le droit de chasse en question et tient compte de la doctrine, des témoins experts et de la preuve orale apportée par les anciens de la communauté. Tout en réaffirmant l'importance des droits de chasse, la Cour conclut que, sur la base de la preuve présentée, les parties avaient l'intention de limiter le droit de chasse aux terres inoccupées de la Couronne. La Cour note également que cette limite se retrouve à la fois dans le libellé du Traité no. 8 et dans l'article 12 de la *Convention fédérale/provinciale (Alberta)*.

C'est sur cette base que la Cour va rejeter deux des trois appels. Utilisant l'analyse développée par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, la Cour examine si les appelants ont chassé à un endroit où il y avait une « utilisation visible et incompatible »; selon la Cour, cette analyse:

met l'accent sur l'utilisation qui est faite des terres concernées, est appropriée et correcte. Même si elle requiert, dans chaque cas, l'examen de l'utilisation particulière qui est faite des terres visées, cette norme n'est ni excessivement vague, ni inapplicable¹⁸¹.

En utilisant cette méthode, la Cour détermine que deux des trois appelants ont chassé sur des terres qui étaient clairement occupées, et donc, ne pourraient invoquer un droit de chasse issu du Traité no. 8. La Cour déterminait également que les faits démontrent que le troisième appelant faisait la chasse sur une terre non occupée, et pouvait donc invoquer un droit de chasse pour subsistance personnelle.

La Cour appliqua ensuite le test développé dans *Sparrow*, jugeant que la Couronne ne s'est pas acquitté du fardeau de preuve pour démontrer que la nécessité d'obtenir un permis est une atteinte justifiable au droit issu de traité. En fait, la Cour argumente que le système

¹⁸¹Id., par. 65.

actuel ne fait pas de distinction pour accommoder les droits des Autochtones à des fins de subsistance, et n'a pas démontré que toutes les restrictions étaient nécessaires à des fins de conservation. Par conséquent, la Cour a ordonné la tenue d'un nouveau procès pour permettre la présentation de preuve afin de déterminer cette question.

Les preuves exigées sont donc pertinentes pour justifier les conclusions de la Cour à toutes les étapes de l'analyse: pour déterminer l'étendue du droit issu de traité, pour déterminer si l'acte de chasse se conforme au droit tel que déterminé, et pour démontrer si une atteinte à un tel droit peut être justifiée. Nous observons donc que la rhétorique de la Cour évolue par rapport aux décisions antérieures à 1982, n'ayant plus de doute sur la survie et la pertinence des droits issus de traités, limitant ainsi le droit du législateur de modifier unilatéralement le contenu de tels droits. Nous remarquons également qu'il y a une multiplication des opportunités où le domaine de la preuve peut être utilisé pour soutenir les valeurs de la Cour.

Nous avons déjà analysé la décision *Nikal* de 1996 dans la section de cette partie portant sur l'interprétation de la législation. Nous allons maintenant aborder l'aspect de la décision *Nikal* concernant l'invocation d'un droit ancestral de pêche, et la prétention que la nécessité d'obtention de permis va à l'encontre de ce droit et était donc inconstitutionnelle en vertu du paragraphe 35 (1) de la *Loi Constitutionnelle de 1982*. Sur le premier point de cette analyse, soit l'établissement *prima facie* du droit ancestral, le juge Cory démontre énormément de déférence au juge de première instance, en concluant que:

La première étape de cette analyse consiste à établir l'existence et la portée du droit ancestral. Je suis convaincu que l'appelant a réussi à démontrer l'existence d'un droit ancestral de pêcher à des fins alimentaires et rituelles. Le juge d'appel Millward des poursuites sommaires a explicitement conclu ainsi, dans un jugement oral rendu le 12 juillet 1990: [...]

À la lumière de la preuve, il s'agit là d'une conclusion appropriée pour ce qui est de la portée des droits ancestraux du peuple Wet'suwet'en sur la pêche, à une réserve près toutefois. En effet, le droit de décider quelles sont les personnes qui recevront le poisson en fin de compte n'est pas un droit absolu. Au contraire, la preuve présentée a simplement permis d'établir que l'appelant, en tant que Wet'suwet'en, a le droit de fournir à d'autres membres de la bande le poisson nécessaire pour satisfaire leurs

besoins alimentaires et rituels. Je n'exprime aucune opinion quant à la question de savoir si ce droit a une portée plus large.¹⁸²

Après avoir accepté les conclusions des instances inférieures sur l'existence du droit en question, le juge Cory procède avec l'application du « test Sparrow » pour la justification d'une atteinte à un droit ancestral. Avant de compléter cette analyse, le juge Cory exprime des valeurs sur la façon dont le test devrait être appliqué. Il exprime l'opinion que malgré la reconnaissance des droits ancestraux, le pouvoir de réglementation du gouvernement doit être maintenu et qu'il faut plutôt chercher à trouver un équilibre entre les droits des Autochtones et de la société en général¹⁸³.

En considérant cela, le juge Cory prétend que le simple fait de rendre obligatoire l'obtention d'un permis ne porte pas en soi atteinte au droit ancestral de pêche de l'appelant. Il explique que ce sont plutôt les conditions prévues par le permis qui doivent être justifiées et qui portent atteinte aux droits de Nikal. Sur ce point, le juge Cory conclut que la Couronne n'a pas réussi à démontrer que les conditions prévues au permis étaient nécessaires et raisonnables en tenant compte de l'existence du droit ancestral de pêche à des fins spirituelles et de nourriture:

En l'espèce, comme le gouvernement n'a présenté aucune preuve susceptible de justifier les conditions fixées par le permis, il ne s'est pas acquitté du fardeau qui lui incombe. Il n'a donc pas justifié les conditions que j'ai mentionnées et qui portent atteinte aux droits ancestraux de l'appelant¹⁸⁴.

Donc, sur la question du droit ancestral dans *Nikal*, notre hypothèse est également confirmée. Dans cette affaire, le domaine de la preuve a été invoqué en rhétorique pour soutenir les valeurs de la Cour. La Cour confirme, encore une fois, un droit à portée plus réduite, un droit économique pour se nourrir, tout en réaffirmant un certain pouvoir au

¹⁸²R. c. *Nikal*, précité, note 130, par. 88, 89.

¹⁸³Le juge Cory dans R. c. *Nikal*, *Id.*, par. 92:

Il a fréquemment été déclaré que les droits n'existent pas dans l'abstrait et que les droits d'un individu ou d'un groupe sont nécessairement limités par les droits d'autrui. La capacité d'exercer des droits individuels ou collectifs est nécessairement restreinte par les droits d'autrui. Le gouvernement doit, en dernier ressort, être capable d'établir ou de régir la façon dont ces droits devraient interagir. La liberté absolue d'exercer un droit, même un droit ancestral protégé par la *Charte* ou garanti par la Constitution, n'a jamais été reconnue ni voulue. L'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* est peut-être la meilleure illustration de ce principe. La liberté absolue, sans restriction aucune, implique nécessairement la liberté de vivre en marge des lois. Un tel concept est inacceptable dans notre société.

¹⁸⁴*Id.*, par. 111.

gouvernement de régler l'exercice de tel droit. La Cour fait aussi appel à la notion de trouver un équilibre entre les droits des Autochtones et de la majorité canadienne. Comme nous le verrons, cette notion sera invoquée de plus en plus dans les jugements subséquents de la Cour.

La prochaine décision livrée par la Cour est d'une grande importance dans le droit canadien des Autochtones. Il s'agit du jugement *R. c. Van der Peet*¹⁸⁵ (ci-après « *Van der Peet* »), qui établit le « Test Van der Peet » pour la détermination de l'existence d'un droit ancestral au sens du paragraphe 35 (1) de la *Loi Constitutionnelle de 1982*. Dans cette affaire, Van der Peet invoque un droit ancestral en défense à une accusation d'avoir vendu du poisson pris en vertu d'un permis de pêche de subsistance des Indiens.

Le juge en chef Lamer, qui a écrit ses motifs au nom de sept juges, explique premièrement que la première étape qu'il faut franchir pour donner un sens au concept des droits ancestraux prévus par l'article 35 de la *Loi Constitutionnelle de 1982* est d'identifier les objets qui sous-tendent cette disposition. La Cour conclut, suite à un examen de principes tirés de la jurisprudence américaine, australienne, et canadienne (notamment, les motifs du Juge Hall, dans *Calder*), que l'objet principal de « la reconnaissance et la confirmation des droits ancestraux au par. 35(1) visent à concilier les droits préexistants des Autochtones sur le territoire formant aujourd'hui le Canada avec l'affirmation de la souveraineté britannique sur ce territoire¹⁸⁶.

Avec cela en tête, la Cour cite un passage du jugement *Sparrow*, affirmant que l'existence d'un droit ancestral avait été reconnue, car l'activité en question faisait partie intégrante de la culture distinctive des Musqueams¹⁸⁷.

La Cour utilise cette citation, ainsi que le raisonnement des juges de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique au soutien du développement du « Test Van der Peet ». Ce test édicte que pour établir un droit ancestral, on doit démontrer qu'une activité est un élément

¹⁸⁵*R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507

¹⁸⁶*Id.*, par. 36.

¹⁸⁷*Id.*, par. 45.

d'une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone revendiquant le droit en question¹⁸⁸.

Après avoir édicté le « Test Van der Peet », la Cour précise plusieurs facteurs à considérer dans l'application du test. Notamment, 1) que la perspective autochtone doit être considérée, mais que cette perspective doit être compatible avec l'organisation juridique et constitutionnelle du Canada; 2) que la Cour doit déterminer avec précision la nature de la revendication autochtone, incluant une analyse du droit revendiqué dans le contexte de la loi ou mesure gouvernementale contestée; 3) pour que le droit fasse partie intégrante de la culture distinctive, la preuve doit démontrer que la coutume, pratique ou tradition a une importance fondamentale et distinctive pour la société invoquant le droit ancestral; 4) qu'il doit y avoir une preuve qui tend à démontrer une continuité entre l'activité invoquée et la coutume, pratique ou tradition qui doivent exister avant le contact avec les Européens; 5) que les règles de preuve doivent être appliquées en tenant compte des difficultés inhérentes à l'examen des affaires concernant les revendications autochtones.

La première étape entreprise par le tribunal dans l'application du « Test Van der Peet » était l'identification de la nature précise du droit ancestral revendiqué. Sur ce point, il y a eu un débat parmi les juges de la Cour, ainsi qu'au niveau de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Pour le juge Lamer et la majorité de la Cour, on qualifie le droit revendiqué comme étant simplement l'échange de poisson contre de l'argent ou d'autres biens.

Suite à cette qualification de la nature du droit ancestral en question, la Cour détermine qu'il n'y a pas lieu de substituer son appréciation de la preuve à celle du tribunal de première instance, qui a conclu que:

Même si la preuve a clairement démontré que la pêche à des fins alimentaires et rituelles était une caractéristique importante et déterminante de la culture sto:lo, ce fait n'est pas suffisant, en l'absence de preuve que l'échange de saumon était en soi une caractéristique importante et déterminante de la société sto:lo, pour établir que l'échange de saumon fait partie intégrante de la culture sto:lo¹⁸⁹.

¹⁸⁸Id, par. 46.

¹⁸⁹Id, par. 46.

Donc, pour la majorité, l'interprétation de la preuve du juge de première instance ne démontre pas que le droit ancestral, tel qu'identifié par la Cour, existe. Cette conclusion n'a pas fait l'unanimité dans la Cour; il y a eu deux dissidences sur plusieurs aspects du jugement majoritaire écrites par les juges McLachlin et L'Heureux-Dubé.

Invoquant un contexte historique plus large la juge L'Heureux-Dubé prétend que le paragraphe 35 (1) ne devrait pas protéger une coutume, pratique ou tradition spécifique. D'après la juge, c'est plutôt la culture distinctive des Autochtones qui doit être protégée, dont les activités autochtones sont des manifestations. Ce sont donc les fins de l'activité en question pour la culture distinctive des Autochtones qui leur importent, plutôt que la qualification de l'activité elle-même¹⁹⁰. Elle qualifie donc le droit en question comme étant le droit de vendre ou échanger du poisson à des fins de subsistance.

Avec cette analyse plus large, la juge L'Heureux-Dubé conclut que l'appréciation de la preuve du juge de première instance est erronée, et que la Cour est tout à fait justifiée de substituer son appréciation de la preuve à celle du juge de première instance¹⁹¹. En citant les motifs d'un des juges de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, elle signale « que le premier juge d'appel, qui lui s'est posé les bonnes questions, a tiré des conclusions de fait diamétralement opposées à partir de la preuve présentée au procès.¹⁹²» Bref, la juge L'Heureux-Dubé conclut sur la base de ses critères que la preuve démontre l'existence d'un droit ancestral et que l'appel devrait être accueilli.

Pour sa part, la juge McLachlin offre des motifs différents de ceux de la juge L'Heureux-Dubé, jugeant que son interprétation manque de précision. Elle propose l'adoption d'une méthode se fondant sur la tradition de la *common law*, où les droits ancestraux devraient se déterminer en fonction des types de droits ancestraux reconnus par la jurisprudence antérieure de la Cour (tel un droit de subsistance).

¹⁹⁰Id, par. 157, 160, 192.

¹⁹¹Les motifs de la juge L'Heureux-Dubé dans *Van der Peet* sont un rare exemple de véritable dialogue sur la question d'appréciation ou de substitution d'appréciation de la preuve au niveau de la Cour suprême dans une décision de droit autochtone, ce qui confirme notre observation que les règles du droit de la preuve ne sont pas appliquées de façon claire ou prévisible dans ce domaine.

¹⁹²R. c. *Van der Peet*, précité, note 185, par. 207.

Aux fins de ce travail, ce qui nous intéresse dans les motifs de la juge McLachlin, ce sont les critiques qu'elle livre à propos du « Test Van der Peet », adopté par la majorité. Elle critique le critère, établi par la Cour, selon lequel une activité doit faire « partie intégrante » de la culture d'une Première Nation pour les motifs que ce critère est trop large et ne permet pas de faire une analyse en droit des droits ancestraux :

Le problème de la portée excessive m'amène à faire état de ma deuxième préoccupation, savoir le problème de l'indétermination. Chercher à restreindre le critère proposé par le Juge en chef en y intégrant les notions de caractère distinctif, de spécificité et de caractère fondamental, c'est se buter au problème des conceptions individuelles de ce qui est distinctif, spécifique ou fondamental. Recourir à de telles notions comme balises des droits, c'est permettre que la détermination de ces droits soit teintée par les vues subjectives du décideur plutôt que fondée sur des normes objectives, c'est aussi susciter l'incertitude et la contestation dans l'examen visant à déterminer si une pratique donnée constitue un droit¹⁹³.

Les critiques des juges dissidentes dans *Van der Peet* ont été suivies par plusieurs critiques en doctrine. Une critique s'apparente à celle de la juge McLachlin, et porte sur le critère selon lequel l'activité doit être une partie intégrante de la culture d'une Première Nation :

The extent to which an idea, symbol or practice is central to the cultural identity of a particular society is inescapably subjective to that society – or, in the jargon of anthropologists emic (a matter of subjective meaning) rather than etic (a phenomenon which can reliably and consistently be measured by outsiders) [...] Centrality is a judicial fiction, an especially slippery slope, and undermines Aboriginal societies by exposing their purportedly “incidental” elements to judicial excision [...] ¹⁹⁴.

Plusieurs autres critiques ont été livrées qui sont similaires à celles énoncées par la juge L'Heureux-Dubé, telles celles avancées par Borrows et Rotman, critiquant l'accent mis sur les « activités autochtones traditionnelles » au moment du contact avec les Européens :

Draws on inappropriate racialized stereotypes of Aboriginal peoples by attempting to distill the essence of Aboriginality by reference to their pre-contact activities. This caricature pre-supposes that Aboriginal peoples and their legal system did not

¹⁹³ *Id.*, par. 257.

¹⁹⁴ Russel Lawrence BARSH and James Youngblood HENDERSON, « The supreme court's Van der Peet trilogy: naive imperialism and ropes of sand », (1997) 42 *R.D. McGill*, p. 1000.

develop in response to European influences, and freezes them at the point of contact¹⁹⁵.

Nous soumettons que l'élaboration d'un critère subjectif fondé sur l'appréciation de la preuve historique confirme les tendances de la Cour dans l'application de l'article 35 de la *Loi Constitutionnelle de 1982* en ce qui concerne l'importance accordée au domaine de la preuve, et rend probable la confirmation de notre hypothèse dans les jugements subséquents de la Cour dans lesquels ce critère sera appliqué.

Donc, notre hypothèse se retrouve confirmée par le jugement *Van der Peet*, dans la mesure où le domaine de la preuve est utilisé dans la rhétorique développée par la Cour dans le rejet du droit économique. Nous alléguons que les balises établies par la Cour avec le « Test Van der Peet » rendent le rôle joué par la preuve encore plus crucial dans la rhétorique de la Cour dans le domaine des droits économiques des Autochtones. Désormais, l'existence juridique des droits est reconnue en principe par le tribunal, il n'y a plus de débat sur cette question. Il sera maintenant question pour les parties autochtones de prouver leur existence concrète.

Cela étant dit, il y a eu un débat important dans ce jugement sur la vision de la Cour des droits ancestraux des Autochtones. Mises ensemble, les critiques du « Test Van der Peet » des juges L'Heureux-Dubé et McLachlin sont fort intéressantes. D'une part, la juge L'Heureux-Dubé craint que le test soit trop rigide et que son application ne tienne pas compte des réalités contemporaines autochtones. Pour elle, il aurait fallu considérer l'importance des fins du droit revendiqué. La coutume, pratique ou la tradition autochtone doit avoir été suffisamment importante pour l'organisation sociale et de la culture du groupe particulier autochtone, et ce, pendant une période considérable et ininterrompue. Pour la juge McLachlin, le test de la majorité n'établit pas de standard en droit, elle craint que cette indétermination juridique mène à la détermination de droits fondés sur une appréciation subjective de la preuve. Donc, pour la juge McLachlin, le « Test Van der Peet » est tout à fait propice à la confirmation subséquente de notre hypothèse voulant que le domaine de la preuve sera dorénavant déterminant comme justification du contenu des

¹⁹⁵John BORROWS et Leonard I. ROTMAN, « The Sui Generis Nature of Aboriginal Rights: Does it Make a Difference? », (1997), 36, *Alta. L. Rev.*, 9, p. 36.

droits reconnus par l'article 35 de la *Loi Constitutionnelle de 1982*. Sur ce point, Barsh et Henderson concluent :

Van der Peet jettisons principles in favour of an evidence-driven approach to resolving Crown-Aboriginal disputes. We think the abandonment of principles, together with the complexity and incomprehensibility of the criteria for aboriginality in Van der Peet, guarantee the proliferation of disputes¹⁹⁶.

Finalement, bien que le « Test Van der Peet » ait été élaboré pour déterminer le contenu des droits ancestraux protégé par l'article 35 de la *Loi Constitutionnelle de 1982*, nous verrons que son application en pratique a également eu un impact sur la façon dont les droits économiques des autochtones issus de traités sont déterminés.

La Cour n'a pas tardé à appliquer le « Test Van der Peet », rendant deux autres décisions la même journée, formant la « trilogie Van der Peet ». Dans *R. c. Gladstone*¹⁹⁷ (ci-après « *Gladstone* »), la Cour a appliqué le « Test Van der Peet » pour reconnaître l'existence d'un droit de pêche commercial. Dans *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*¹⁹⁸ (ci-après « *Smokehouse* »), la Cour a rejeté la revendication d'un droit ancestral de pêche destinée à la vente par des membres des bandes Sheshaht et Opetschesaht.

Dans *Gladstone*, il s'agit de deux particuliers autochtones qui ont sollicité une entreprise pour vendre le produit de leurs pêches. Ils ont été accusés de tentative de vente sans permis en vertu du *Règlement de pêche du hareng du pacifique*¹⁹⁹. Au lieu de déterminer avec certitude l'ampleur de la nature de l'activité à la base du droit ancestral en l'espèce, la Cour a choisi de faire cette analyse en deux étapes: dans un premier temps, on se demande si les appelants sont en mesure de démontrer que la « bande » des Heltsuik possède un droit ancestral d'échanger de la roque de hareng sur varech contre l'argent ou d'autres biens (comme dans *Van der Peet*), et dans un deuxième temps, si les appelants peuvent également démontrer que la bande a un droit ancestral de vendre le produit sur le marché commercial.

¹⁹⁶ R.L. BARSH and J.Y. HENDERSON, *loc.cit.*, note 194, p. 1006.

¹⁹⁷ *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723

¹⁹⁸ *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672.

¹⁹⁹ *Règlement de pêche du hareng du Pacifique*, C.R.C., ch. 825

Après avoir reproduit certains extraits de preuve, la Cour conclut que la preuve abondante établit que:

De plus, bien qu'il ne serait pas exact de qualifier cette activité de «commerciale», étant donné le lien entre la notion de commerce et l'introduction de la culture européenne, l'ampleur et la portée des activités d'échange des Heiltsuk étayent la prétention que, aux fins de l'analyse fondée sur le par. 35(1), les Heiltsuk ont démontré l'existence d'un droit ancestral de vendre de la rogue de hareng sur varech sur une échelle qu'il convient de qualifier de commerciale²⁰⁰.

Cette détermination est significative, car elle représente la première reconnaissance d'un droit commercial au-delà d'un droit de subsistance par la Cour. Suite à cette conclusion, la Cour se demande si le droit en question a été éteint. Sur le volet de l'extinction, la Cour conclut, sur la base d'une analyse de divers règlements du gouvernement, qu'on ne peut démontrer l'intention claire et expresse d'éteindre les droits ancestraux de pêche visés.

La Cour a ensuite procédé à l'étape de l'analyse établie dans *Sparrow*, pour déterminer s'il y a une violation du droit, et dans l'affirmative, si cette violation peut être justifiée. Sur ce prochain volet, la Cour précise que le critère pour déterminer s'il y a une atteinte à un droit ancestral sera fonction du contexte factuel de chaque cas, en prenant en considération l'ensemble réglementaire dans lequel le droit s'inscrit²⁰¹. En considérant l'effet cumulatif du régime gouvernemental de réglementation de la récolte de hareng en l'espèce, la Cour conclut qu'il y a une atteinte à première vue des droits ancestraux des appelants.

En ce qui concerne la justification d'une telle atteinte, la Cour a jugé nécessaire de distinguer cette affaire du cas de *Sparrow*. Dans *Sparrow*, la Cour a laissé entendre que le droit ancestral doit recevoir un rang de priorité sur les droits des non-autochtones, ce qui ne posait pas vraiment de problème puisqu'il s'agissait seulement d'un droit de subsistance.

Dans *Gladstone*, la Cour indique que le fait d'accorder priorité à un droit autochtone commercial équivaldrait à octroyer une exclusivité au droit de pêche commercial en faveur des Autochtones. La Cour s'est sans doute souciée de l'impact qu'aurait cette

²⁰⁰ *R. c. Gladstone*, précité, note 197, par. 28.

²⁰¹ *Id.*, par. 39, 41.

reconnaissance sur la société canadienne, et a donc précisé que ce n'était pas du tout l'intention du jugement *Sparrow* de conférer une exclusivité de cette magnitude.

En faisant des parallèles avec l'article premier de la *Charte*, et en discutant l'objet de conciliation des droits des Autochtones avec ceux de l'ensemble la société canadienne, la Cour souligne, que les intérêts des non-Autochtones pourraient être des facteurs pertinents dans l'analyse de justification:

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 réalisation²⁰².

Newman critique cette application du test de *Sparrow*, expliquant que :

The Sparrow test, like the Oakes test, has evolved away from a formal test and toward a more general balancing exercise through the weakening of the individual parts of the test. [...] The move away from the Sparrow test begins with a distinguishing of Sparrow from the factual contexts of subsequent cases. In *R. v. Gladstone*, Lamer, C.J.C., isolates the Sparrow test for justification, writing that it 'depends to a considerable extent on the legal and factual context of that appeal.' This justifies the Court in henceforth scrutinizing matters differently than in Sparrow. [...] In considering the justification in the context of a particular appeal, the Court finds a new principle justifying a degree of deference to government. [...] We move away from a simple consequentialist test to a less precise general reasonableness weighing²⁰³.

Dufraimont critique également ce jugement en rapportant les critiques encore plus sévères de Kent McNeil portant sur les implications du jugement *Gladstone*, en expliquant que la Cour :

allowed infringements of Aboriginal rights under s. 35 on the basis of public interest objectives, it has lost sight of the constitutional status of these rights. "Since when" asks Professor McNeil, "can constitutional rights be overridden for the economic benefit of private persons who do not have equivalent rights? [...] On this view, a test for justification based on economic and social demands of non-Aboriginal Canadians not only departs radically from the Sparrow standard; it also redefines and diminishes the constitutional Aboriginal Right itself²⁰⁴.

²⁰²Id, par. 75.

²⁰³D. NEWMAN, *loc. cit.*, note 169, par. 40-42.

²⁰⁴L. DUFRAIMONT, *loc. cit.*, note 168, par. 15.

Bien que nous soyons d'accord avec les observations de Newman et Dufraimont, selon quoi *Gladstone* représente un assouplissement du « test Sparrow », dans la mesure où la Cour met l'accent davantage sur le contexte et les faits de chaque cas, au détriment d'une application plus déontologique du test, nous ne croyons toutefois pas que cette façon de procéder soit « nouvelle » et soit utilisée par la Cour pour justifier l'affirmation de la suprématie de la Couronne dans le domaine des droits économiques des Autochtones. Nous soumettons que cette recherche démontre que la Cour a invoqué le « contexte particulier », ainsi que les « faits particuliers » à maintes reprises au soutien de ses jugements dans le passé, surtout depuis les années 1980. La modification du « test Sparrow » dans *Gladstone* en est un autre bon exemple plutôt qu'une innovation de la Cour.

Toutefois, en l'espèce, la Cour n'estime pas qu'elle puisse trancher de façon définitive sur la question de justification puisque le gouvernement n'a pas présenté de preuve suffisante pour en venir à une conclusion sur cette question. Par conséquent, le juge en chef Lamer décide d'ordonner un nouveau procès en ce qui concerne la question du caractère justifiable de la violation *prima facie* du droit commercial de pêche.

Dans *Smokehouse*, le deuxième jugement livré en même temps que *Van der Peet*, quatre-vingts membres des bandes Sheshaht et Opetschesaht ont vendu le produit de leur pêche en vertu d'un permis de pêche de subsistance, à la compagnie Smokehouse en contravention de la loi.

Dans ce jugement, la première détermination selon le « Test Van der Peet » fut la plus importante. La Cour a qualifié la nature de l'activité comme se « rapprochant » davantage d'un droit de pêche commercial. Après avoir prévenu que le fardeau de la preuve est plus lourd pour démontrer l'existence d'un droit commercial, la Cour analyse néanmoins la preuve pour savoir, si, en premier lieu, il y a preuve de l'existence d'un droit d'échanger du poisson contre l'argent ou d'autres biens.

Selon la Cour, les appelants n'ont pas réussi à franchir cette étape et n'ont pas prouvé l'existence d'un droit d'échanger du poisson contre de l'argent ou d'autres biens. La Cour a retenu les conclusions de fait du juge de première instance, et estime qu'il n'y a pas lieu de modifier ses conclusions selon laquelle:

La preuve ne montre pas, à mon sens, que, durant la période où ils y habitaient, les Sheshaht ont pratiqué la vente ou le troc du poisson, mais au contraire, il semble que, dans le cas des Sheshaht au cours des 200 dernières années, les ventes ont été plutôt rares. Il ne fait aucun doute qu'il y avait des potlachs, mais ces occasions et autres réunions du genre où on s'échangeait du saumon en cadeau ne constituent pas un droit ancestral de vendre, en violation du Règlement, le poisson attribué aux intéressés²⁰⁵.

La Cour a donc rejeté le pourvoi. Par la suite, la Cour fut l'objet de critiques dans son traitement de la preuve dans *Smokehouse*; Barsh et Henderson soumettent que les faits ne soutiennent pas la différence de traitement que la Cour réserve de la revendication des Heltsuk dans *Gladstone* de la revendication des Sheshaht dans *Smokehouse* :

What is most disturbing about this is the fact that the Sheshaht and the Heiltsuk were neighbours, traditionally living and fishing on the Queen Charlotte Strait within roughly 250 kilometres of one another, and were members of the same traditional trading network. To put this inconsistency into a more familiar context, it is as if the Justices had declared that baseball was a central element of American culture, but not Canadian culture, when both countries participate in the same leagues and World Series. It should be noted that the testimony at both trials was given by academic experts, rather than Aboriginal people, and it appeared that European observers recorded more about Heiltsuk trade than Sheshaht trade during the critical period of the early nineteenth century²⁰⁶.

Dans *Gladstone* et *Smokehouse* il y avait des motifs concordants et dissidents. Dans *Gladstone*, le juge Laforest offre une dissidence en arguant que la preuve ne démontre pas l'existence d'un droit ancestral, et que si un tel droit existait, un décret pris par le gouvernement aurait eu l'effet de l'éteindre. Le juge Laforest conclut que la preuve n'établit pas que l'activité faisait partie intégrante de la culture distinctive des Heiltsuk.

Dans *Gladstone*, les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin, même si elles souscrivent aux mêmes conclusions quant à l'existence d'un droit ancestral, offrent des motifs séparés et procèdent à des analyses semblables à celles qu'elles avaient chacune préconisées dans *Van*

²⁰⁵ R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd., précité, note 198, par. 26.

²⁰⁶ R.L.BARSH and J.Y. HENDERSON, loc. cit., note 194, p. 1003.

der Peet. La seule différence significative en termes de résultat est que la juge McLachlin détermine que l'appelant a démontré et exercé un droit économique de subsistance plutôt qu'un droit économique commercial.

Dans *Smokehouse*, les juges l'Heureux-Dubé et McLachlin ont encore livré des motifs séparés, cette fois en dissidence. En procédant encore avec une analyse selon la méthode qu'elles avaient développée dans *Van der Peet*, elles ont toutes les deux conclu à l'existence d'un droit ancestral de pêche à des fins de subsistance.

Dans la dissidence de la juge L'Heureux-Dubé, nous avons remarqué que son analyse portait plus spécifiquement sur les faits à la base de l'infraction et les fins qui avaient été poursuivies par les appelants en faisant la vente de saumon. Elle a conclu que la vente en l'espèce représentait seulement 40 pour cent du contingent autorisé pour la pêche de subsistance des Indiens calculé annuellement, et que chaque personne a fait un profit d'environ \$1720.00. Sur cette base elle a conclu qu'il s'agissait seulement d'une pêche à des fins de subsistance et non une activité commerciale tel que l'a insinué le juge Lamer pour la majorité²⁰⁷. Tout comme dans *Van der Peet*, la juge L'Heureux-Dubé a substitué son appréciation de la preuve à celle du juge de première instance et a conclu à l'existence d'un droit ancestral de pêche à des fins de subsistance.

Les jugements *Gladstone* et *Smokehouse* confirment nos observations initiales à propos du jugement *Van der Peet*. Le « Test Van der Peet » et le test d'atteinte et de justification de *Sparrow* rendent essentiel le domaine de la preuve dans la détermination des revendications des droits économiques des Autochtones, et ce à tous les stades de l'analyse, de l'établissement de l'existence du droit jusqu'à la démonstration de la justification d'une atteinte. Ce sont plutôt les faits historiques qui seront en cause quand il est question d'établir l'existence du droit ancestral, mais il sera plutôt question de faits contemporains quand il s'agit que la première étape du « Test Van der Peet », l'établissement de la nature du droit revendiqué en l'espèce, ainsi que dans les étapes du test d'atteinte et de justification de *Sparrow*.

²⁰⁷R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd., précité, note 198, par. 49-52.

Nous soumettons qu'il y a également un nombre important de valeurs qui sont présentes dans toutes ces étapes. Par exemple, la qualification initiale du droit (droit de subsistance versus un droit commercial), ainsi que l'appréciation du règlement ou de la mesure gouvernementale en jeu, tel qu'interprétés par la Cour, seront les facteurs qui vont déterminer sous quel angle la preuve sera analysée. Tout comme la critique de la juge McLachlin en dissidence dans *Van der Peet*, nous croyons que les jugements *Gladstone* et *Smokehouse* ne font que confirmer l'importance du domaine de la preuve dans la détermination des droits, et que ce domaine constitue un mécanisme propice pour l'élaboration de droits selon les valeurs de la Cour.

Synthèse et conclusions de la deuxième partie

La période de 1982 à 1996 fut marquée par des développements juridiques importants concernant le droit canadien des Autochtones, notamment avec l'adoption de l'article 35 de la *Loi Constitutionnelle de 1982*, ainsi que la reconnaissance d'obligation fiduciaire de la Couronne envers les Premières Nations. Ces développements juridiques furent complétés par l'établissement de nombreux « principes », « critères » et « tests », tel les principes d'interprétation édictés dans *Nowegijick*, les critères pour établir l'existence d'une obligation fiduciaire, ou le situs d'un bien dans le contexte fiscal. N'oublions pas également le « test Van der Peet » pour établir l'existence d'un droit ancestral, ainsi que le « test Sparrow », désormais utilisé pour que la Couronne puisse démontrer que l'atteinte à un droit ancestral ou issu de traités est justifiée.

Bien que ces principes d'interprétation, critères et « tests » aient été développés séparément, nous devons les considérer ensemble. Par exemple, Dufraimont souligne l'importance du lien entre le « test Van der Peet » et le « test Sparrow » :

Although the test for justification is conceptually independent from the definition of Aboriginal rights, the Court's definition of these rights must be understood in light of the level of infringement it is willing to consider legally justified. Trying to understand the scope and content of an Aboriginal right without examining the justification test would be like trying to estimate the size of a room without looking at the walls²⁰⁸.

²⁰⁸ L. DUFRAIMONT, *loc. cit.*, note 168, par. 55.

Les « tests » développés contiennent plusieurs étapes dont la détermination dépend de l'appréciation de la preuve du juge. Barsh et Henderson prétendent que tout cela « translates into a heavier evidentiary burden at trial, more expense, and greater risk of an adverse ruling, amounting to present day extinguishment or the rights assessed.²⁰⁹ » Bien que nous soyons d'accord avec cette affirmation, on doit aussi reconnaître que ces « tests » servent également dans les cas où la Cour reconnaît l'existence des droits économiques des Autochtones. Par conséquent, nous avons remarqué que le domaine de la preuve peut servir autant pour justifier des « victoires » que des « défaites » selon le cas.

Avec l'adoption de l'article 35 de la *Loi Constitutionnelle de 1982*, la reconnaissance d'obligation fiduciaire de la Couronne envers les Premières Nations, ainsi que les principes d'interprétation de *Nowegigick*, la Cour affirme régulièrement l'existence des droits économiques des Autochtones au détriment de l'invocation pure et simple de la suprématie de la Couronne dans le domaine des droits économiques Autochtones qui avaient marqué la période de 1964-1982.

Cela étant dit, les résultats concrets pour les Premières Nations ne changent pas radicalement. Bien que les revendications des Autochtones aient été reçues plus favorablement pendant la période de 1982-1996 (dix « victoires », contre sept « défaites ») par rapport à la période de 1964-1982 (quatre « victoires », contre douze « défaites »), il est toutefois important de relativiser les statistiques. Pendant cette période, la Cour innove en faveur des Autochtones à trois égards : 1) en reconnaissant une application plus large à certaines exemptions fiscales et de saisies en vertu de la *Loi sur les Indiens*; 2) en reconnaissant que la Couronne sera tenue à une obligation fiduciaire en certaines circonstances; 3) en reconnaissant pour la première fois un droit économique dans le partage des ressources naturelles de nature commerciale (versus à des fins de subsistance personnelle seulement).

Malgré ces innovations, il y a toutefois lieu de souligner que la majorité des « victoires » reconnaissent des droits à portée limitée. La plupart des droits reconnus demeurent des droits à une échelle « personnelle », tel un droit de chasse ou de pêche à des fins de

²⁰⁹ R. L. BARSH and J.Y. HENDERSON, *loc. cit.*, note 194, p. 1004.

subsistance personnelle ou un droit d'exemption fiscale sur un revenu personnel. Même quand il s'agit de « victoire », la Cour précise que le droit confirmé sera sujet à des limites de la Couronne. Les observations de Lajoie et al. sur les valeurs principales de la Cour sont confirmées : on reconnaît ainsi certains droits à portée limitée tout en confirmant le couple souveraineté canadienne et primauté du droit canadien.

Nous concluons que la plus grande innovation pendant cette période concerne, non pas le résultat, mais la justification. Avec le développement des « principes », « critères » et « tests », la Cour crée un cadre d'analyse privilégiant le domaine de la preuve comme outil de rhétorique dans la détermination des droits économiques des Autochtones, selon les valeurs qui leur sont propres. Nous allons maintenant porter notre analyse sur la manière dont ces « principes » « critères » et « tests » furent mis en œuvre par la Cour.

PARTIE III : Les Décisions de la Cour suite à l'établissement des « tests » (1996-2007)

Introduction

Suite à la trilogie *Van der Peet*, la Cour complète l'établissement et l'application initiale des « tests de base » dans le domaine du droit canadien des Autochtones. Cette troisième partie du mémoire porte sur la mise en œuvre de l'ensemble de ces « principes », « critères » et « tests ». Comme nous le verrons, la Cour ne procède pas simplement par l'application du cadre d'analyse qu'elle a établi suite à la constitutionnalisation des droits économiques des Autochtones. Les innovations et mutations qui s'ensuivent ont eu pour effet de confirmer notre hypothèse, puisque l'invocation du domaine de la preuve constitue une partie inhérente de toute analyse que la Cour devra compléter dans l'application de tout ces « tests », « critères » et « principes ».

En fait, nous avons noté dans les décisions de la Cour une mutation dans l'application de certains des tests que la Cour établit dans sa jurisprudence antérieure. De plus, la Cour innove en appliquant ses tests dans des nouveaux contextes, par exemple, l'application du « Test Van der Peet » aux droits issus de traités et aux droits des Métis. La Cour aborde également de plus en plus directement les questions liées au domaine de la preuve, non pas pour éliminer le flou relatif à ce domaine, mais plutôt pour le reconnaître explicitement, et ensuite, le justifier.

Dans la première section de cette partie, nous abordons quatre cas d'exception, il s'agit de cas d'interprétation des lois dans lesquels le domaine de la preuve n'est pas le principal outil de rhétorique invoqué dans la détermination des droits économiques des Autochtones. Si notre hypothèse n'est pas confirmée dans ces quatre décisions, il ne demeure pas moins que la grande majorité des décisions de cette époque confirme notre hypothèse avec encore plus d'autorité.

Dans la deuxième section de cette partie, nous notons la confirmation de notre hypothèse dans trois contextes spécifiques. Les trois sous-sections de cette section portent sur la mutation et l'évolution des « tests » de la Cour dans certains cas, dont : l'application des

tests « Van der Peet » et « Sparrow » aux droits ancestraux; l'application des tests « Van der Peet » et « Sparrow » aux droits issus de traités et l'application du test « Van der Peet » aux Métis.

Dans l'application de ces « principes », « critères » et « tests » la Cour procède avec une analyse axée principalement sur le domaine de la preuve. De plus, pendant cette période, la Cour reconnaît et défend le flou méthodologique de l'application du droit de la preuve dans les dossiers portant sur les droits économiques des Autochtones. L'énoncé sporadique de règles ou de principes de droit de la preuve n'a donc pas abouti à une consolidation ou clarification de la méthodologie dans l'application du droit de la preuve.

Section 1 : Hypothèse non-confirmée: quatre cas d'exceptions

Cette section porte sur les quatre décisions de la Cour qui ne confirment pas notre hypothèse pendant cette période. Dans ces quatre décisions, la justification avancée par la Cour se fonde principalement sur l'interprétation des lois sans avoir recours au domaine de la preuve. Dans trois de ces quatre décisions, notre hypothèse fut partiellement confirmée, mais nous avons choisi de classer ces quatre décisions comme étant des exceptions puisque, dans les quatre cas, le domaine de la preuve n'est pas invoqué en tant que rhétorique principale.

La première de ces décisions, *Bande indienne de St. Mary's c. Cranbrook (Ville)*²¹⁰, implique une Première Nation qui avait tenté de profiter d'une modification à la *Loi sur les Indiens* pour réclamer un droit de taxation à la Ville de Cranbrook. En effet, la « bande » a cédé une partie de sa réserve à la Couronne pour que celle-ci la vende à la ville de Cranbrook pour construire un aéroport. Dans l'acte de cession, la « bande » et la Couronne ont convenu que les terres en question retourneraient à la bande si elles cessaient d'être utilisées à des fins d'utilité publique.

En 1988, la *Loi sur les Indiens* fut amendée et la définition du mot « réserve » a été modifiée afin d'inclure les « terres désignées », expression que la Loi définit ainsi:

²¹⁰Bande indienne de St. Mary's c. Cranbrook (Ville), [1997] 2 R.C.S.

. . . Parcelle de terrain, ou tout droit sur celle-ci, propriété de Sa Majesté et relativement à laquelle la bande à l'usage et au profit de laquelle elle a été mise de côté à titre de réserve a cédé, avant ou après l'entrée en vigueur de la présente définition, ses droits autrement qu'à titre absolu.²¹¹

La Première Nation prétend essentiellement que la clause de réversion fait en sorte que la cession a eu lieu autrement qu'à titre absolu et donc, que cette terre fait désormais partie de la réserve au sens de la *Loi sur les Indiens*, et qu'elle a donc un pouvoir de taxation sur ces terres.

Le juge de première instance a procédé à une analyse formelle des dispositions de la loi, et a interprété les termes avec l'aide d'un dictionnaire. La Cour a rejeté cette interprétation qu'elle juge trop formaliste, expliquant que la Cour devrait plutôt examiner l'intention réelle des parties. La Cour considère que l'intention des parties lors de la transaction initiale visait clairement une vente assortie d'une simple condition. Elle explique que la clause de réversion ne change pas le fait que l'intention des parties était de vendre les terres en question.

Malgré le fait que la Cour invoque l'intention des parties comme rhétorique principale au soutien de son interprétation, elle examine également l'intention du législateur lors des amendements de la *Loi sur les Indiens* en 1988. Elle conclut que les amendements ont eu lieu pour répondre à un cas spécifique et, en se référant à des transcriptions de Débats de la Chambre des communes, conclut que le législateur n'avait pas pour but d'inclure toutes les terres cédées par une bande indienne dans la définition légale de réserve. Le Juge en chef défend également le choix spécifique des mots choisis par le législateur:

Pourquoi le législateur a-t-il employé l'expression générale «autrement qu'à titre absolu»? Si son intention expresse était d'exclure des terres faisant partie de la réserve les terres cédées à des fins de vente, pourquoi n'a-t-il pas défini l'expression «terres désignées» d'une manière plus explicite? J'ai une réponse convaincante à offrir: le législateur doit avoir choisi l'expression générale «autrement qu'à titre absolu» afin de parer à d'autres éventualités [...].²¹²

²¹¹Id., par. 27.

²¹²Id., par. 27.

Il n'y a aucun élément de preuve invoqué au soutien de cette interprétation²¹³. La Cour conclut tout simplement que le législateur n'avait certainement pas l'intention d'inclure les terres cédées par l'appelant et que, par conséquent, le droit de taxation n'existe pas.

Ce jugement nous rappelle certains anciens jugements qui sont davantage fondés sur l'interprétation de l'intention des parties et du législateur. Malgré l'invocation de certains éléments de preuve, le domaine de la preuve n'est donc pas utilisé au soutien de la rhétorique justifiant l'interprétation de la Cour. Cela étant dit, nous remarquons quand même une certaine indisciplinisme au niveau du droit de la preuve alors que la Cour élabore ses propres théories sur les choix de mots du législateur, sans établir aucun véritable fondement en preuve.

Plus tard dans la même année, la Cour se prononce sur une autre question de droit fiscal, dans *Première nation de Westbank c. British Columbia Hydro and Power Authority*²¹⁴ (ci-après « *Westbank* »). Dans cette affaire, la Nation Westbank a imposé B.C. Hydro pour la somme de 124 527,25 \$ à titre de taxes, de pénalités et d'intérêts, en vertu de leurs règlements, le *Westbank Indian Band Assessment By-Law*²¹⁵ et le *Westbank Indian Band Taxation By-Law*²¹⁶, adoptés en vertu de la *Loi sur les Indiens*. Le gouvernement fédéral a également fait l'objet d'une taxation similaire de la bande et est donc intervenu dans le dossier.

La question en litige est à savoir si l'article 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui édicte qu'aucune terre ou propriété appartenant au Canada ou à une province ne sera sujette à taxation, empêche l'appelante d'appliquer ses règlements d'imposition et de taxation à B.C. Hydro. La Cour considère qu'il n'y a aucun doute que B.C. Hydro est un mandataire de la Couronne et que les règlements de la Nation Westbank constituent l'exercice d'un pouvoir législatif de nature fédérale en vertu de la *Loi sur les Indiens*. Donc, la cour

²¹³ Il faut tenir compte du fait qu'avant 1998 avec l'arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd.*, [1998] 1 R.C.S. 27, les travaux préparatoires (y inclus les débats parlementaires) n'étaient pas admissibles en tant qu'élément de preuve, ce qui aide à expliquer pourquoi la Cour n'invoque pas ce genre de preuve dans sa détermination de l'intention du législateur.

²¹⁴ *Première nation de Westbank c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1999] 3 R.C.S. 134.

²¹⁵ *Westbank Indian Band Assessment By-Law*, 1990

²¹⁶ *Westbank Indian Band Taxation By-Law*, 1990

considère que la seule chose qu'il faut déterminer est de savoir si la facturation est une taxe; dans l'affirmative, elle sera jugée inconstitutionnelle par l'opération de l'article 125.

Pour répondre à cette question, la Cour procède à une étude historique de l'objet de l'article 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La Cour estime que l'objet de cette disposition est de promouvoir la stabilité du système fédéral, ainsi que de promouvoir la démocratie en s'assurant qu'il n'y a pas de taxation entre les élus de différents paliers de gouvernement.

La Cour analyse ensuite la nature de l'imposition de la Nation Westbank eu égard aux critères établis par la jurisprudence pour déterminer si une imposition est une taxe plutôt qu'une redevance imposée à des fins de réglementation. En appliquant ces critères aux règlements Westbank, la Cour conclut que l'imposition en question est clairement une taxe imposée aux fins du financement général de la Nation Westbank, et non une redevance s'inscrivant dans un cadre réglementaire avec des objectifs de réglementation précis. En réaffirmant les valeurs du fédéralisme et de la démocratie, le juge Gonthier juge que l'imposition de la Première Nation en vertu de leur règlement est inconstitutionnelle en vertu de l'article 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Cette décision ne confirme pas notre hypothèse puisque c'est l'application des critères développés par la jurisprudence aux règlements de la Nation Westbank, plutôt que le domaine de la preuve, qui est utilisée au soutien de l'affirmation que l'objet de l'imposition est une taxe. Nous notons également l'adoption et l'approbation des valeurs du fédéralisme et de la démocratie au soutien de leur raisonnement.

La prochaine décision, *R. c. Blais*²¹⁷, implique un individu qui a pratiqué la chasse pendant une période interdite par la *Loi sur la conservation de la faune du Manitoba*²¹⁸. En défense, Blais invoque un droit issu de l'article 13 de la *Convention sur le transfert des ressources naturelles du Manitoba*²¹⁹, plaidant que le terme « indien » contenu dans cette disposition inclut les Métis.

²¹⁷ *R. c. Blais*, [2003] 2 R.C.S. 236

²¹⁸ *Loi sur la conservation de la faune*, L.R.M. 1987, ch. W130

²¹⁹ *Convention sur le transfert des ressources naturelles* (Manitoba)

La Cour rejette cet argument, en se fondant sur trois arguments principaux: 1) la preuve analysée entourant le contexte historique de l'élaboration de cette disposition démontre que seuls les Indiens étaient considérés dans la rédaction de la Convention; 2) qu'une analyse des mots employés par la Convention, ainsi que les règles d'interprétation des lois, milite en faveur de l'interprétation voulant que la disposition s'applique seulement aux Indiens; et 3) un précédent de preuve dans laquelle la Convention fut considérée. Sur cette base, la Cour conclut que les objectifs visés par la Convention ne concernaient que les Indiens à l'exclusion des Métis.

Dans cette décision, notre hypothèse est partiellement confirmée. La Cour justifie ses conclusions en vertu de certains éléments de preuve reliés à la rédaction de la Convention, mais principalement en vertu de l'intention du législateur et des règles d'interprétation des lois. En effet, les deuxième et troisième motifs invoqués par la Cour s'apparentent davantage aux motifs invoqués par la Cour pendant la première période d'analyse de ce mémoire.

La dernière exception, également de 2006 porte principalement sur l'application de l'article 90 de la *Loi sur les Indiens* à des sommes transférés à la Première Nation de God's Lake en vertu d'une entente globale de financement (« EGF ») dont les sommes étaient déposées dans un compte bancaire hors réserve. Dans *McDiarmid Lumber Ltd. c. Première Nation de God's Lake*²²⁰ (ci-après « *McDiarmid* »), la Cour décida à l'unanimité que puisque les sommes étaient détenues hors réserve, qu'elles n'étaient pas exemptées de saisie-arrêt en vertu de l'article 89 de la *Loi sur les Indiens*. La Cour cita la jurisprudence ainsi que l'intention du législateur pour écarter cet argument. La question principale en litige était donc de savoir si la compagnie *McDiarmid* pouvait saisir les montants versés à la Première Nation en vertu d'une EGF ou si ces montants étaient protégés en tant que montants versés suite à un « accord » avec le gouvernement fédéral au sens de l'article 90 de la *Loi sur les Indiens*.

La Cour fut divisée sur cette question, avec une majorité de six juges contre trois qui ont souscrit à la position de la Juge en chef McLachlin, selon laquelle les sommes versées en

²²⁰ *McDiarmid Lumber Ltd. c. Première Nation de God's Lake*, [2006] 2 R.C.S. 846

vertu d'une EGF ne sont pas versées suite à un « accord » au sens de l'article 90 de la *Loi sur les Indiens*, et peuvent donc faire l'objet d'une saisie. La juge McLachlin invoqua « la jurisprudence, des principes, et de la politique générale » au soutien de son interprétation restrictive du mot « accord »²²¹. Pour ce qui est de la jurisprudence, la majorité se référa au propos du juge Laforest dans le jugement *Mitchell* en 1990. Du côté des « principes », la juge McLachlin invoqua un mélange de règles d'interprétation des lois (« la règle des mots associés », « la présomption d'absence de tautologie »), ainsi que des « principes » découlant de « l'interprétation stricte des exceptions et la protection des droits »²²². En ce qui a trait à ce dernier principe, la juge McLachlin précise que c'est dans le contexte de la « foule des règles » établies par le *common law* qu'il faut comprendre que les exceptions prévues par la *Loi sur les Indiens* doivent recevoir une interprétation restrictive, et que toute exception doit être clairement établie par le législateur²²³.

Les autres arguments avancés par la juge McLachlin, un mélange de « principes et de politique générale », ont été soutenus par l'énoncé de valeurs, des références à une toile de fond historique, ainsi que plusieurs considérations découlant de l'application en pratique d'une telle exemption de saisie dans un contexte contemporain. Par exemple, la juge McLachlin prétend, tout en admettant que l'intention du législateur quant à l'interprétation du mot « accord » n'est pas claire, que les amendements à la *Loi sur les Indiens* en 1951 militent en faveur d'une interprétation restrictive. Elle prétend que ces amendements avaient pour objectif de réaliser un compromis entre deux objectifs différents, soit l'éloignement de la relation paternaliste entre le gouvernement et les Autochtones, ainsi que d'assurer une « protection minimale » pour les Autochtones contre l'exploitation de la majorité²²⁴. Mise à part des extraits de certains débats de la Chambre des Communes, la juge McLachlin fait appel à une toile de fond historique sans aucune référence à des éléments de preuve historique. Par exemple, la juge McLachlin énonce que :

Pendant une bonne partie du XX^e siècle, le paternalisme du siècle précédent a continué d'imprégner bon nombre de politiques et de comportements socio-politiques à l'égard des Autochtones. Toutefois, les années trente et quarante ont vu émerger d'autres valeurs importantes. Peu à peu, on s'est rendu compte que le modèle paternaliste ne convenait plus tout à fait. Le droit à

²²¹*Id.*, par. 25.

²²²*Id.*, par. 30-37.

²²³*Id.*, par. 40,41.

²²⁴*Id.*, par. 55.

l'autodétermination et à l'autonomie gouvernementale était devenu une aspiration, voire une réalité, et les bandes s'étaient lancées dans des entreprises en vue d'améliorer leur situation financière²²⁵.

La juge McLachlin prétend également qu'une interprétation large de l'exemption de saisie ne permettrait pas aux Premières Nations de participer à l'économie canadienne. Puisque cet énoncé n'est pas soutenu par une référence à des éléments de preuve, nous devons présumer que: 1) la juge McLachlin prend connaissance d'office de l'effet qu'aurait la reconnaissance du caractère insaisissable des fonds sur la capacité de la Première Nation de participer à l'économie canadienne; ou 2) la juge McLachlin fait un résumé implicite des éléments de preuve produit dans ce dossier qui démontrent également cet effet. Bien qu'on puisse argumenter que la reconnaissance du caractère insaisissable des fonds entraîne objectivement une capacité réduite de participer à l'économie canadienne, nous croyons que l'absence de référence aux éléments de preuve pour soutenir cette détermination constitue un manque de rigueur d'un point de vue méthodologique.

Nous croyons que la capacité réduite de participer à l'économie canadienne dans ce cas spécifique est un fait qui doit être démontré, et nous critiquons donc le fondement factuel sur lequel reposent les conclusions des juges sur les effets potentiels de leurs jugements; dans ce cas-ci, sur quoi la détermination de la juge McLachlin à l'effet que son interprétation favorisera la participation des Autochtones à l'économie canadienne est-elle fondée? Par exemple, une fois le caractère insaisissable des fonds reconnus, rien n'empêche la Première Nation de prendre la décision de transférer les fonds (par le biais d'investissements) et de les « rendre saisissable » pour participer à l'économie canadienne. Nous soumettons également qu'en valorisant la participation des Autochtones à l'économie canadienne, la Juge en chef fait la promotion d'un objectif et d'une valeur, plutôt que d'analyser des éléments de preuve qui ont été présentés à la Cour.

Donc, dans ce cas-ci, c'est un manque de rigueur au niveau de la preuve qui permet à la Cour d'établir des considérations de « politique générale » qui sont utilisées au soutien de la détermination de l'intention probable du législateur dans l'établissement d'un sens précis et restrictif du terme « accord ». Pour contrer l'interprétation de la dissidence, la juge

²²⁵Id., par. 51.

McLachlin accuse le juge Binnie « d'activisme judiciaire » en déclarant que son interprétation « oblige les tribunaux à s'immiscer dans le domaine politique »²²⁶, et ce, malgré l'admission de la Juge en chef que la raison précise pour laquelle le législateur a inclut le mot « accord » dans l'article 90 de la *Loi sur les Indiens* ne ressort pas du dossier.

Nous trouvons que cette accusation de la Juge en chef est un exemple où une interprétation « restrictive » est automatiquement considérée par certains comme étant moins « activiste » qu'une interprétation large, malgré le fait que les deux interprétations, larges et restrictives, se fondent largement sur des principes (et valeurs) de la Cour et non sur des éléments de preuve précis. Pourquoi ne pas aussi considérer les motifs de la Juge en chef comme étant un exemple d'une Cour qui s'acquitte d'un rôle politique, en précisant les intentions du législateur qui a choisi de rédiger une disposition législative imprécise? Mentionnons également que la juge McLachlin invoque, en guise de conclusion, qu'il incombe à la partie qui invoque l'exemption de saisie d'un bien de le prouver, et que cela n'a pas été prouvé en l'espèce.

Ce commentaire nous porte à considérer les motifs du juge Binnie au nom des trois juges minoritaires. Le juge Binnie fonde son interprétation de la portée du mot « accord » de l'article 90 de la *Loi sur les Indiens* davantage sur les faits se rapportant spécifiquement à la situation de la Première Nation de God's Lake. Le juge Binnie soutient que bien que les objectifs visés par la juge McLachlin pour la participation des Autochtones dans l'économie canadienne sont désirables, que l'atteinte de cet objectif pour les Premières Nations financées par les EGF n'est pas réaliste. Dans le cas de la Première Nation de God's Lake, le juge Binnie se réfère à l'isolement et la pauvreté de la communauté pour expliquer que la vision de la juge McLachlin d'Autochtones en tant que participants dans le secteur moderne économique est tout simplement irréaliste dans plusieurs situations : « les bandes comme celle de God's Lake n'ont pas accès au marché commercial et n'ont aucune possibilité réelle d'y accéder »²²⁷.

Le juge Binnie poursuit que les EGF contiennent souvent le financement par la Couronne d'obligations découlant de traités, ou, dans le cas des Nations qui n'ont pas conclu de

²²⁶Id., par. 64.

²²⁷Id., par. 107.

traités, pour financer des programmes similaires à ceux qui s'appliquent aux Premières Nations qui sont visées par traités. Le juge Binnie prétend qu'il serait inéquitable de priver les Premières Nations non visées par traité de la protection d'un financement qui sert à financer des programmes de base essentiels. Il explique qu'il ne croit pas que « législateur a voulu créer de telles disparités en matière de taxation et de saisie en édictant l'al. 90 (1) b).²²⁸ »

Donc, les motifs du juge Binnie sont davantage fondés sur le contexte spécifique de la Première Nation God's Lake (contexte de leur traité historique, le contenu spécifique de l'EGF, la réalité socio-économique de la communauté). Le juge Binnie utilise ce cas spécifique pour faire valoir que son interprétation large du terme « accord » est plus équitable et donc conforme avec l'intention présumée du législateur. Le juge Binnie écarte également l'application de l'arrêt *Mitchell* de 1990 en expliquant que les faits n'étaient pas les mêmes et qu'il n'était pas nécessaire de déterminer la portée de l'al. 90 (1) b) de la *Loi sur les Indiens* pour trancher ce litige²²⁹.

Le juge Binnie préconise une approche pour l'analyse du terme « accord » de l'article 90 de la *Loi sur les Indiens* qui est fondée sur le financement des services publics à partir du libellé, du contexte et de l'objet de cette disposition. Pour le juge Binnie, ce qui importe est que l'EGF concerne le financement de services publics essentiels, qu'il croit en conformité avec le libellé et contexte de la *Loi sur les Indiens*, ainsi que les objectifs qui sous-tendent l'exemption de saisie. En dernier lieu, le juge Binnie invoque la règle d'interprétation libérale en faveur des Autochtones de *Nowegijick* au soutien de ses motifs.

Face à l'ambiguïté apparente du terme « accord » de l'article 90 de la *Loi sur les Indiens*, les juges McLachlin et Binnie ont tous les deux extrapolé chacun un sens de la portée de cette disposition fondée sur l'intention présumée du législateur. Les deux juges ont soutenu leurs interprétations avec des considérations de politiques générales. La juge McLachlin a mis l'accent sur les objectifs de la modernisation des communautés autochtones et la participation dans le marché commercial canadien général, tandis que le juge Binnie a mis l'accent sur l'égalité de la protection des services publics essentiels dans les communautés

²²⁸Id., par 93.

²²⁹Id., par. 120

autochtones, qu'ils soient visés par traité ou non. Dans les deux cas, il s'agit de déterminations fondées davantage sur des valeurs, plutôt que sur la preuve soumise au dossier sur l'intention du législateur.

Cela étant dit, le domaine de la preuve joue un rôle important, mais secondaire dans ces déterminations. Le flou méthodologique relatif au traitement de la preuve permet à la Cour d'établir et d'invoquer des « toiles de fond » historiques sans aucune référence à des éléments de preuve spécifiques. Également, la Cour invoque certains aspects de droit de la preuve au soutien de ses décisions, tel, l'acquittement du fardeau de preuve, ou la mise à l'écart d'un arrêt aux motifs que les faits sont différents. Notre hypothèse est donc partiellement confirmée en l'espèce, bien que l'intention du législateur soit tout de même la rhétorique principale invoquée au soutien des motifs des juges.

Section 2 : Confirmation de l'hypothèse : invocation du domaine de la preuve avec la mutation et l'évolution des tests « Van der Peet » et « Sparrow »

Cette section porte sur la majorité des décisions livrées par la Cour pendant cette période. Ces décisions confirment notre hypothèse puisque le domaine de la preuve est invoqué en tant que rhétorique principale dans la détermination des droits économiques des Autochtones. Au courant de cette période, nous avons également observé certaines mutations et évolutions dans l'application des tests « Van der Peet » et « Sparrow ». Par conséquent nous avons divisé cette section en trois sous-sections selon le type de droit traité par la Cour dans l'application des tests « Van der Peet » et « Sparrow » : traitant en premier lieu des droits ancestraux; deuxièmement des droits issus de traités et finalement des droits des Métis.

Dans l'application de ses « principes », « critères » et « tests » développés antérieurement, la Cour procède avec une analyse et une justification axée principalement sur le domaine de la preuve.

a) L'interprétation axée sur la preuve et le maintien du flou méthodologique dans la détermination des droits ancestraux

Cette section porte sur la détermination des droits ancestraux suite à l'établissement des tests « Van der Peet » et « Sparrow ». Pendant cette période nous notons l'importance du domaine de la preuve en tant qu'outil de rhétorique dans la détermination des droits économiques des Autochtones. Nous avons noté certaines mutations dans l'application de ces tests, ainsi que la reconnaissance et justification par la Cour du flou méthodologique qui règne dans le domaine des droits des Autochtones.

L'année 1996 continua d'être une année importante pour les jugements portant sur les droits ancestraux des Autochtones. Après la trilogie *Van der Peet* la Cour livra deux nouveaux jugements la même journée portant sur la détermination des droits ancestraux, cette fois, dans le contexte québécois. La question en litige principale dans les arrêts *R. c. Adams*²³⁰ (ci-après « *Adams* ») et *R. c. Côté*²³¹ (ci-après « *Côté* ») est de déterminer si les appelants détiennent des droits ancestraux de pêche rendant inopérantes les lois pénales en question.

Dans ces décisions, les instances inférieures ont porté jugement sans le bénéfice des lignes directrices établies par la Cour dans les décisions *Sparrow* et *Van der Peet*. En effet, dans ces deux affaires, les instances inférieures ont considéré la question des droits ancestraux comme étant connexe ou rattachée à un titre ancestral autochtone. Donc la majorité de ces décisions portaient sur la question à savoir si la preuve avait démontré l'existence ou non d'un titre ancestral autochtone, ainsi que sur l'effet juridique du régime colonial français sur l'existence du titre ancestral.

La première chose que la Cour a établi dans ces deux jugements est de confirmer que les droits ancestraux peuvent s'exercer tout à fait indépendamment d'un titre ancestral et qu'il n'était donc pas nécessaire de trancher la question du titre ancestral dans ces arrêts. La Cour se fonde sur une interprétation des critères qu'elle a établis dans *Van der Peet*, ainsi que les fondements « conceptuels » sur lesquels ces critères reposent, pour conclure qu'un droit

²³⁰R. c. *Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101

²³¹R. c. *Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139

ancestral n'existe pas uniquement dans les cas où la revendication d'un titre ancestral est prouvée. La Cour suprême a donc reformulé les questions en litige devant elle en tant que questions portant sur les droits ancestraux contrairement au titre ancestral qui avait été analysé dans les instances inférieures.

Dans *Adams*, la Cour examine la preuve présentée dans les instances inférieures et caractérise le droit qu'Adams exerçait comme étant un droit de pêche à des fins alimentaires. La Cour doit alors déterminer si l'appelant possède un droit ancestral existant de pêche à des fins alimentaires protégé par le paragraphe 35 (1) de la Loi Constitutionnelle de 1982, pouvant renverser une condamnation d'avoir pêché sans permis contrairement au paragraphe 4(1) du *Règlement de pêche du Québec*²³². En appliquant le « Test Van der Peet », la Cour se demande si la pêche dans le lac Saint-François est un élément d'une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la culture distinctive des Mohawks.

Le juge Lamer rappelle la règle selon laquelle la Cour doit s'en remettre aux conclusions de fait du juge du procès, à moins d'une erreur manifeste et dominante, et se demande si ces conclusions de fait démontrent qu'une activité est un aspect d'une coutume, pratique ou tradition qui est une partie intégrante de la culture distinctive du peuple autochtone en question²³³. Cela étant dit, la Cour extrapole non seulement des conclusions de fait du juge de première instance, mais examine et apprécie également certains éléments de preuve pour tirer ses propres conclusions de fait. Donc, nous observons encore une fois que la règle affirmée par le Juge en chef n'est pas toujours appliquée avec rigueur.

La Cour conclut que la preuve des témoins experts démontre que la pêche à des fins alimentaires faisait partie intégrante de la culture de Mohawks et que d'autres témoignages établissent qu'il y a continuité entre cette pratique ancestrale et la pratique de nos jours. En poursuivant l'analyse selon le « Test Van der Peet » la Cour se demande si cette activité avait eu lieu avant le contact avec les Européens. La Cour dit qu'il est impossible de le déterminer avec certitude, mais que la preuve établit que:

²³²*Règlement de pêche du Québec*, C.R.C., ch. 852

²³³*R. c. Adams*, précité, note 230, par. 38.

l'appelant a clairement démontré que, au moment du contact avec les Européens, la pêche pratiquée à des fins alimentaires dans le fleuve Saint-Laurent et le lac Saint-François était un élément important de la vie des Mohawks. Cela suffit pour démontrer que tel était également le cas avant le contact avec les Européens²³⁴.

La Cour poursuit qu'il n'y a aucune preuve d'extinction du droit ancestral en question puisque la preuve invoquée au procès tentait de démontrer l'extinction du titre ancestral et non de l'activité de pêche en soi. La Cour procède alors selon le test d'atteinte et de justification de *Sparrow*. La Cour conclut qu'il y a atteinte à un droit ancestral puisque le pouvoir ministériel concernant la délivrance de permis est un pouvoir discrétionnaire sans aucun critère permettant aux représentants de l'État de s'acquitter de leur obligation fiduciaire selon le critère établi dans *Sparrow*. La Cour conclut que cette atteinte n'est pas justifiée parce que le ministère public n'a pas présenté de preuve pour démontrer qu'il y a justification et que, selon la Cour, le seul objectif qui semble être en jeu est la mise en valeur de la pêche sportive, qui ne constitue pas une justification suffisante pour l'atteinte au droit économique en question.

Le jugement *Côté* est essentiellement identique à *Adams* avec deux dimensions additionnelles. Dans *Côté*, les appelants sont accusés non seulement en vertu du règlement fédéral, le *Règlement de pêche du Québec*, mais également en vertu du règlement provincial, le *Règlement sur les zones d'exploitation contrôlée*²³⁵. De plus, au soutien de leur appel, les appelants invoquent non seulement l'existence d'un droit ancestral comme dans *Adams*, mais également un droit issu de traité, rendant également le règlement provincial inopérant en vertu de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*.

Puisque l'analyse dans *Côté* portant sur le droit ancestral est essentiellement la même que dans *Adams*, il ne convient pas de répéter le résumé de l'analyse. Aux fins de ce travail, il suffit de faire quelques remarques sur les dimensions additionnelles de ce jugement, ainsi que certaines observations sur le domaine de la preuve dans ce jugement.

²³⁴Id, par. 46.

²³⁵ Règlement sur les zones d'exploitation contrôlée, R.R.Q. 1981, 370.

Sur le premier point, la Cour a conclu, tout comme dans *Adams*, que le règlement fédéral portait atteinte de façon injustifiée au droit ancestral de pêche à des fins alimentaires des appelants. Par contre, la Cour a jugé que le règlement provincial, qui ne faisait que demander le paiement d'une somme minimale quand la pêche est entreprise avec un véhicule automobile, pour contribuer à l'entretien des routes, ne portait pas atteinte au droit ancestral en question. De plus, la Cour conclut que, même si la démonstration pouvait être faite que les appelants exerçaient également un droit issu de traité, il n'était pas nécessaire d'examiner ce point parce que le règlement provincial serait considéré comme un règlement d'application générale valide qui ne portait pas atteinte à un droit issu de traité, et donc valide sous l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*.

En ce qui a trait au domaine de la preuve, la Cour dans *Côté* analyse plus profondément l'argument du gouvernement du Québec qui prétend que le régime juridique colonial français, ne reconnaissant pas les droits des Autochtones, avait pour effet d'éteindre les droits ancestraux des autochtones. La Cour ne retient pas cet argument, et note en contrepartie que:

De fait, certains spécialistes de l'histoire du droit ont indiqué que la Couronne française n'avait jamais acquis la propriété pleine et entière des territoires occupés par les peuples autochtones, eu égard à la nature et à la manière dont s'est effectué le peuplement français en Nouvelle-France.²³⁶

La Cour soutient cet énoncé extrêmement vague en citant plusieurs ouvrages de doctrine²³⁷. À la lecture de cette décision nous ne sommes pas en mesure de savoir si ces ouvrages sont des éléments de preuve apportés par les parties au litige ou sont le fruit de recherches indépendantes de la part du juge Lamer. Le juge Lamer poursuit son analyse avec un énoncé des valeurs exprimant une opinion favorable à l'application uniforme des droits garantis par le paragraphe 35 (1) de la *Loi Constitutionnelle de 1982*:

Si elle était retenue, la thèse de l'intimé entraînerait la création, à la grandeur du pays, d'un ensemble de mesures disparates de protection constitutionnelle des droits ancestraux, mesures qui seraient fonction des particularités historiques de la colonisation dans les diverses régions. À mon humble avis, une telle interprétation statique et rétrospective du par. 35(1) ne peut être conciliée avec l'objectif noble et prospectif de l'inscription des droits ancestraux et des droits issus de traités dans la

²³⁶R. c. *Côté*, précité, note 231, par. 46.

²³⁷Les ouvrages de doctrine sont cités dans quatre paragraphes, voir, *Id.*, par. 44-48.

Loi constitutionnelle de 1982. De fait, l'interprétation proposée par l'intimé risque de saper l'objet même du par. 35(1) en perpétuant l'injustice historique dont les peuples autochtones ont été victimes aux mains des colonisateurs [...]²³⁸

Cette citation démontre que la Cour prône certaines valeurs quant à l'application pratique de la loi. Nous soumettons que cela fait en sorte que son interprétation de la preuve sera marquée par ses valeurs dans la détermination des effets juridiques du régime colonial français.

Dans *Côté*, le juge Lamer mentionne tout comme dans *Adams* que la Cour doit faire preuve de retenue et déférence envers les conclusions de fait du juge de première instance. Cela étant dit, il explique qu'en l'espèce, il faut adapter cette appréciation pour tenir compte du fait que le tribunal de première instance a interprété la preuve dans l'optique de la preuve du titre ancestral au lieu du droit ancestral. Ceci démontre, à notre avis, un autre exemple d'une situation où la Cour, en qualifiant le droit en litige d'une manière différente que le tribunal de première instance, va procéder à une analyse très différente de la preuve.

Suite aux jugements *Adams* et *Côté*, nous nous interrogeons donc sur l'application en pratique de ce principe de retenue judiciaire quant aux conclusions de fait du juge de première instance en ce qui a trait aux dossiers impliquant les droits ancestraux des Autochtones. Est-ce qu'il y a vraiment une volonté réelle du tribunal de faire respecter ce principe ou est-ce un autre exemple où l'invocation d'une règle de preuve fait partie de la rhétorique de la Cour dans la détermination des droits économiques des Autochtones?

Dans la prochaine décision portant sur la détermination des droits économiques ancestraux, *Mitchell c. MRN*, le ministre du Revenu national porte en appel un jugement de la Cour d'appel fédérale reconnaissant un droit ancestral d'introduire des marchandises au Canada, sous réserve de quelques restrictions fondées sur la preuve.

Dans cette affaire, le Chef Mitchell des Mohawks d'Akwesasne, traverse la frontière des États-Unis avec plusieurs biens affirmant aux agents de douane qu'il possède des droits ancestraux et issus de traités l'exemptant du paiement des droits de douane. La majorité des biens ont été donnés comme présent à la communauté mohawk de Tyendinaga; un bien,

²³⁸ *Id.*, par. 53.

l'huile à moteur, a été revendu sur le territoire d'Akwesasne. La Cour a accueilli l'appel du M.R.N., la majorité ayant décidé que la preuve de l'existence du droit ancestral n'a pas été prouvée selon le « Test Van der Peet ».

La caractérisation, par la Cour, du droit invoqué selon la première étape du « Test Van der Peet » fut déterminante en l'espèce. Le Chef Mitchell a défini le droit revendiqué comme étant le « droit d'entrer au Canada en provenance des États-Unis avec des marchandises d'usage personnel et communautaire, sans acquitter de droits de douane, et le droit d'en faire le commerce avec d'autres Premières nations²³⁹ ». La Cour n'était pas d'accord avec cette caractérisation du droit, et en invoquant les facteurs à considérer selon *Van der Peet*, établit deux précisions clés: 1) même si seulement un des biens importés par Mitchell était destiné à revente, il faut caractériser le droit revendiqué comme étant à des fins commerciales; 2) considérant l'argument du gouvernement que les pratiques de commerce Mohawks ne s'étendaient pas vers le nord en territoire canadien actuel, que le droit revendiqué doit contenir une précision géographique quant à l'étendu de son exercice.

La Cour reformule donc la caractérisation du droit revendiqué comme étant « caractérisée à juste titre comme étant le droit de transporter des marchandises à travers la frontière entre le Canada et les États-Unis, par le fleuve Saint-Laurent, à des fins commerciales²⁴⁰ ». Cette reformulation de la caractérisation du droit ancestral revendiqué permet à la Cour de faire une nouvelle analyse de la preuve présentée dans les instances inférieures sans nécessairement avoir fourni une opportunité aux parties de modifier leur preuve en conséquence.

Il s'agit effectivement d'un exercice dans lequel la Cour cherche à trouver des éléments de preuve au soutien d'une formulation d'un droit différent de ce qui avait été débattu dans les instances inférieures. Nous nous posons des questions sur l'équité procédurale de procéder ainsi.

²³⁹Mitchell c. M.R.N., précité, note 14, par. 16.

²⁴⁰Id., par. 19.

Cela étant dit, avant de procéder à un examen de la preuve en l'espèce eu égard au droit ancestral en question, tel que redéfini par la Cour, la juge McLachlin présente un exposé de certaines balises concernant le droit de la preuve dans la détermination des droits ancestraux des Autochtones. Sur la question de l'admissibilité de la preuve, elle indique que le tribunal doit faire preuve de souplesse dans la recherche de l'équité et de la vérité. Elle souligne que l'admissibilité doit être décidée au cas par cas, et que les récits oraux peuvent être admissibles pour prouver des faits sujets à interprétation subjective, telle l'identité culturelle. Sur la question de l'interprétation de la preuve, elle souligne que c'est à juste titre que:

Notre Cour n'a pas essayé d'établir des « règles précises » ou des « principes absolus » régissant l'interprétation ou l'appréciation de la preuve dans les revendications autochtones. Cette réticence est appropriée parce que cette tâche relève généralement du juge de première instance, qui est le mieux placé pour apprécier la preuve présentée et qui possède donc une grande latitude à cet égard. En outre, l'appréciation de la preuve est un exercice propre à l'affaire dont le tribunal est saisi²⁴¹.

L'admission de la juge McLachlin selon laquelle les règles de droit de la preuve en droit canadien des Autochtones ne sont pas établies de façon précise confirme nos observations dans les jugements antérieurs de la Cour qui invoque certaines règles ou principes de façon plus ou moins arbitraire, au cas par cas. Non seulement les règles ne sont pas précises, mais la juge McLachlin admet également que l'appréciation de la preuve est également un exercice propre à chaque juge.

Voilà un exemple de ce que Stein décrit dans son article « The Refoundation of Evidence Law ²⁴² » comme le système de « freedom of proof ». Bien que son article critique l'évolution de l'assouplissement des règles de droit de la preuve dans le contexte nord-américain plus large, nous jugeons approprié de souligner deux éléments de son hypothèse qui est pertinent dans le contexte des commentaires de la juge McLachlin. Premièrement, Stein avance que les décisions des tribunaux concernant l'admissibilité, l'examen et l'évaluation de la preuve sont de par leur nature « incertains », et donc, sont des décisions qui ne peuvent pas être prises sans que les parties au litige prennent un risque qu'il y aura

²⁴¹ Id., par. 36.

²⁴² Alex STEIN, "The Refoundation of Evidence Law", (1996), 9, Can. J.L. & Juris., 279-342.

erreur dans ces décisions. Il prétend qu'un système basé sur le « freedom of proof » rend les parties vulnérables aux mains des juges qui peuvent attribuer ce risque selon leurs propres valeurs. Sur cette base, Stein prétend que :

Allocation of the risk of error should be regulated by the law because the law is the only common ground for resolving controversies that relate to enforceable value preferences. Evidence law should thus provide for the allocation of various risks of error by conferring upon litigants appropriate rights, liabilities, and immunities in regard to admission, examination, and evaluation of evidence²⁴³.

Cela étant dit, examinons comment la juge McLachlin procède dans *Mitchell*. Après avoir émis l'opinion qu'il n'y a pas de règles précises en droit de la preuve et que l'appréciation de la preuve varie en fonction de chaque cas en l'espèce, la juge McLachlin souligne qu'il faut toutefois s'assurer du bien-fondé des revendications sur la base d'éléments de preuve convaincants. Elle explique que la preuve doit démontrer la validité des revendications selon la « prépondérance des probabilités ».

En appliquant ce cadre théorique aux faits en l'espèce, la juge McLachlin conclut que la preuve soumise au dossier, bien que démontrant que la pratique du commerce selon une route est-ouest était courante, ne permet pas d'étayer le fait que les Mohawks pratiquaient de façon significative le commerce au nord du fleuve Saint-Laurent avant l'arrivée des Européens:

La preuve pertinente en l'espèce — un seul couteau, des traités qui ne font pas mention d'un commerce antérieur et le simple fait de la participation des Mohawks au commerce de fourrure — ne peut étayer la conclusion du juge de première instance que si on lui donne plus de poids que ce qu'elle peut raisonnablement soutenir. Ni *Van der Peet* ni le par. 35(1) n'envisagent un tel résultat. Si les cours d'appel doivent s'en remettre largement aux conclusions de fait des juges de première instance, je suis convaincue que ces conclusions en l'espèce constituent une « erreur manifeste et dominante » justifiant de leur substituer d'autres conclusions (*Delgamuukw*, précité, par. 78-80). Je conclus que le demandeur n'a pas établi l'existence d'une pratique ancestrale de traverser le Saint-Laurent avec des marchandises à des fins commerciales²⁴⁴.

Après avoir tiré ses conclusions, la juge en chef McLachlin tente de justifier l'accent qu'elle met sur les considérations géographiques pour en arriver à la conclusion que le droit en question n'existe pas. Elle justifie l'addition de ce critère en expliquant que la définition

²⁴³*Id.*, par. 14.

²⁴⁴*Mitchell* c. *M.R.N.*, précité, note 14, par. 51.

d'un territoire géographique précis est intrinsèquement liée à la nature du droit revendiqué. Bien que nous ne disputions pas nécessairement le bien-fondé de cet énoncé, nous croyons toutefois que ce n'est pas suivant l'appréciation de la preuve que la juge en chef devrait justifier l'accent mis sur les considérations géographiques, mais plutôt au stade de la première étape du « Test Van der Peet », la caractérisation du droit en question. De plus, nous croyons que les parties devraient avoir l'opportunité de présenter des éléments de preuve suivant cette étape de caractérisation du droit revendiqué.

Dans ses motifs, la juge en chef McLachlin précise que « le droit revendiqué doit être caractérisé en contexte et ne doit pas être déformé en fonction du résultat désiré.²⁴⁵ » Par contre, dans sa reformulation du droit revendiqué, elle tient manifestement compte de l'argument du gouvernement voulant que la preuve n'a pas été faite que les activités de commerce mohawk avaient lieu au nord du fleuve Saint-Laurent. Elle a donc tenu compte du résultat désiré par le gouvernement dans sa conception du droit revendiqué, avant même d'avoir examinée la preuve! Cela démontre à notre avis que cette étape de caractérisation du droit revendiqué peut mener à une analyse de la preuve tenant en compte, du moins, une conception préétablie de ce que le droit ancestral en question devrait comporter, plutôt de ce que la preuve établit.

Il est intéressant aussi de faire quelques commentaires sur les motifs du juge Binnie dans cette affaire. Ses motifs, écrit au nom de deux juges, mettent l'accent non sur la détermination du droit ancestral selon le « Test Van der Peet », mais plutôt sur l'argument avancé par le gouvernement que la nature du droit invoqué par les Mohawks est incompatible avec la souveraineté canadienne, et donc, ne peut être revendiqué en tant que droit ancestral protégé par l'article 35 de la *Loi Constitutionnelle de 1982*.

Dans ses motifs, le juge Binnie écrit longuement sur le contexte contemporain particulier des Mohawks d'Akwesasne, faisant notamment référence aux réalités reliées à leur emplacement géographique, ainsi que leur point de vue politique. Par exemple, il cite l'invocation par les Mohawks de « l'incarnation moderne du concept du wampum à deux rangs », comme signifiant que les Mohawks prétendent qu'ils ne sont pas assujettis à la

²⁴⁵Id., par. 15.

souveraineté non autochtone. Il interprète ce point de vue comme étant incompatible avec la souveraineté canadienne qui, selon lui, est inclusive des Premières Nations²⁴⁶.

En considérant cela, le juge Binnie qualifie la revendication comme étant un droit de commerce pour circuler à travers des frontières internationales, non en tant que Canadien, mais en tant que « Haudenosaunee », et que l'objectif des Mohawks est de tirer des avantages économiques ainsi que d'élargir au maximum leur autonomie au sein de la Constitution canadienne²⁴⁷. Enfin, le juge Binnie prône une conception des droits ancestraux qui s'exercent en conformité avec une vision de la souveraineté canadienne, qui selon lui, est incompatible avec la nature des droits revendiqués par les Mohawks d'Akwesasne en l'espèce. Par conséquent, le juge Binnie est de l'avis qu'un tel droit ancestral « n'a pas survécu au passage à la souveraineté non mohawk »²⁴⁸.

Imai critique cette position « conceptuelle » du juge Binnie, jugeant qu'une analyse de cette nature ne permet pas la réconciliation des intérêts des parties :

The difficulty with his reasoning is that it turns on what it means to be incompatible with “the historical attributes of Canadian sovereignty,” or “a national interest that we all have in common”. Such concepts, are by their nature, hard to define, and highly depending on context. Binnie J., for example, concludes that “control over the mobility of persons and goods in one country is, and has always been, a fundamental attribute of sovereignty”. However, this abstract statement does not say whether any specific proposal to cross the border without paying duty is incompatible with sovereignty²⁴⁹.

Que ce soit une préoccupation pour la souveraineté canadienne pour le juge Binnie ou une préoccupation pour les effets économiques pour la juge McLachlin, Imai tire des conclusions à l'effet que la véritable raison du résultat dans *Mitchell c. MRN* est que les juges sont surtout préoccupés par les conséquences potentielles d'un jugement en faveur de Mitchell :

Again, concerns with implementation are valid, but they do not relate directly to the legal principle on which a decision is based. [...] In *Mitchell*, the Court appears to have been heavily influenced by the potential consequences without having the

²⁴⁶ *Id.*, par. 129.

²⁴⁷ *Id.*, par. 92, 119, 125

²⁴⁸ *Id.*, par. 172.

²⁴⁹ Shin IMAI, « Aboriginal rights : creating disincentives to negotiate : *Mitchell v. M.N.R.*'s potential effect on dispute resolution », (2003), *Windsor Y.B. Access Just.*, p. 321.

information necessary in order to make an informed judgment on those consequences²⁵⁰.

Les commentaires de Imai sont intéressants. En premier lieu, il confirme le lien que nous avons tissé tout au long de ce travail entre les valeurs de la Cour, reliés aux inquiétudes des conséquences de ses décisions sur la souveraineté canadienne et l'impact économique pour la majorité canadienne non autochtone, avec le domaine de la preuve. Il y ajoute toutefois une dimension additionnelle. En fait, Imai questionne le fondement factuel sur lequel la Cour fonde son appréciation des conséquences que leurs décisions auront sur la société canadienne. Il explique à juste titre, que c'est une détermination qui devrait être fondée sur la preuve, mais qui semble plutôt être établie en fonction des valeurs des juges.

Dans cette optique, nous notons également les commentaires de Pinard au sujet de la connaissance d'office des faits sociaux que la Cour considère en contexte constitutionnel, commentaires qui nous semblent tout à fait applicables à la méthodologie utilisée par la Cour dans son analyse des faits sociaux reliés à la reconnaissance et la mise en œuvre des droits économiques des Autochtones. Selon Pinard, les faits sociaux incluent « ces faits à caractère social, économique, politique ou scientifique, au-delà de l'expérience immédiate des parties au litige et d'une nature infiniment variée²⁵¹. » Pinard explique que de par leur nature même, ces faits se rapportent à des questions qui font l'objet de débats importants, qui n'ont pas de réponse définitive, et qui ne sont donc pas des faits notoires et incontestables pouvant faire l'objet d'une connaissance d'office.

Ces critiques ajoutent une autre dimension à la problématique de l'appréciation de la preuve dans la détermination des droits économiques des Autochtones. L'aspect de la preuve ou de l'absence de la preuve dans l'évaluation des conséquences potentielles (qu'elles soient économiques ou juridictionnelles) des décisions de la Cour n'est pas discuté de façon claire et systématique. Notre hypothèse est donc confirmée dans cette décision avec le rôle déterminant que joue le domaine de la preuve dans le rejet du droit invoqué dans *Mitchell c. MRN*.

²⁵⁰ *Id.*, p. 324.

²⁵¹ Danielle PINARD, « La connaissance d'office des faits sociaux en contexte constitutionnelle », 1997, 31R.J.T., par. 6.

En 2006, la Cour se prononça à trois reprises sur les droits économiques des Autochtones. Dans le premier jugement, *R. c. Sappier; R. c. Gray*²⁵² (ci-après « *Sappier* »), la Cour se prononce sur la revendication d'un droit ancestral de coupe de bois à des fins personnelles invoquées par des appelants de deux Nations autochtones, Malécites et Mi'kmaq.

Dans cette affaire, et contrairement à la majorité des autres décisions analysées jusqu'à présent, les faits à la base de l'infraction sont importants. Plus particulièrement, la Cour tient compte des intentions de Sappier et Gray en ce qui concerne l'utilisation du bois récolté. Dans cette cause, les Malécites avaient l'intention d'utiliser le bois pour construire une maison et comme bois de chauffage, quant à l'appelant Mi'kmaq, il avait l'intention d'utiliser le bois pour construire des meubles et accessoires domestiques.

La Cour procède ensuite avec la première étape du « Test Van der Peet », la caractérisation du droit en question. La Cour explique qu'il n'y a pas eu beaucoup de preuve présentée en l'espèce quant à la pratique servant de fondement au droit revendiqué. Selon la Cour, un droit ancestral de coupe de bois à des fins personnelles serait une caractérisation trop générale. La Cour poursuit que l'usage du bois doit être relié au « mode de vie » des peuples nomades Malécites et Mi'kmaq :

Il ressort du dossier que le bois récolté par les membres de la collectivité était destiné à des usages domestiques, c'est-à-dire pour les abris, le transport, le combustible et les outils. En conséquence, je caractériserais la revendication des intimés comme le droit de récolter du bois à des fins domestiques en tant que membres de la collectivité autochtone²⁵³.

La Cour se réfère uniquement « au dossier » sans expliquer, même de façon vague, quels éléments du dossier soutiennent la caractérisation de l'étendue du droit revendiqué comme étant un droit à des fins domestiques, plutôt que personnelles. Nous soutenons que la Cour profite encore une fois du flou du domaine de la preuve dans les dossiers de droit autochtone pour déterminer les droits économiques autochtones en conformité avec ses propres valeurs. Dans ce cas-ci, nous avons remarqué que les enjeux économiques pour la société canadienne étaient importants, puisqu'il y avait un nombre très élevé de vingt intervenants. Nous croyons que la caractérisation d'un droit restreint à des fins domestiques

²⁵² *R. c. Sappier; R. c. Gray* [2006] 2 R.C.S. 686

²⁵³ *Id.*, par. 24.

(encore plus restreint qu'un droit à des fins personnelles) a permis à la Cour de perpétuer ses valeurs, soit la confirmation de droits économiques des Autochtones en principe, tout en réaffirmant et protégeant les intérêts de la majorité canadienne.

Cette supposition est confirmée dans le prochain paragraphe du jugement quand le Juge Bastarache énonce :

Le droit ainsi caractérisé n'a aucune dimension commerciale. Le bois récolté ne peut être vendu, échangé ou troqué pour obtenir des biens ou recueillir de l'argent. Il en est ainsi même si l'objectif de l'échange ou du troc est de financer la construction d'une habitation. En d'autres termes, le droit permettrait de récolter du bois pour construire une habitation, mais il n'autoriserait cependant pas son titulaire à vendre le bois afin d'obtenir l'argent nécessaire à l'achat ou à la construction de cette habitation ou d'un de ses éléments²⁵⁴.

Nous trouvons que cet énoncé n'est pas nécessaire parce que les parties autochtones n'ont pas tenté de démontrer l'existence d'un droit de coupe de bois commercial en l'espèce et ont invoqué un droit à des fins personnelles. Donc, la Cour clarifie que l'aspect commercial n'est pas en litige et, ce faisant, rassure la majorité, car un droit commercial n'existe pas. Le Juge Binnie étant le seul juge exprimant une certaine dissidence sur ce point.

Suite à cette caractérisation d'un droit restrictif, la Cour poursuit son analyse selon le « Test Van der Peet » et se présente comme étant « généreuse » au niveau de l'appréciation de la preuve présentée en l'espèce. En effet, la Cour explique qu'il y a peu de preuves « directes » qui démontrent que la pratique de la coupe de bois à des fins domestiques constitue une pratique intégrante de la culture distinctive, mais que ce critère du test peut être satisfait en l'adaptant pour tenir compte de l'importance primordiale de cette ressource pour les Nations en question.

La Cour cite sa propre jurisprudence dans *Mitchell c. MRN, Adams et Côté* au soutien de la proposition que :

les *moyens* de subsistance traditionnels, soit les pratiques antérieures au contact sur lesquelles reposait la survie, peuvent dans certains cas être considérés comme une partie intégrante de la culture distinctive du peuple autochtone visé²⁵⁵.

²⁵⁴Id., par. 25.

²⁵⁵Id., par. 37.

La Cour analyse ensuite ce qui constitue la « culture distinctive » des Nations pour déterminer si les pratiques retenues en sont partie intégrante. Sur ce point, la Cour explique qu'il faut tenir compte du mode de vie des Nations avant l'arrivée des Européens, et déterminer s'il y a un lien entre la pratique et le mode de vie tel que décrit. La Cour détermine en l'espèce que le fait que la pratique de la récolte du bois soit nécessaire à la survie est suffisant pour constituer une partie intégrante du mode de vie des Malécites et des Mi'kmaq. En utilisant le critère de ce qui est « nécessaire à la survie », la Cour assouplit le « Test Van der Peet » de la manière suggérée par la juge L'Heureux-Dubé en dissidence dans *Van der Peet*²⁵⁶.

La Cour poursuit que le droit, tel que circonscrit, constitue une pratique qui a une continuité avec les pratiques ancestrales et que la question du *situs* de l'activité ne se pose pas étant donné l'admission de la Couronne sur cet aspect. La Cour explique que la Couronne n'a pas tenté de démontrer que le système de permis constitue une atteinte justifiée et que l'intention claire et expresse d'éteindre le droit avant 1982 n'a pas été démontrée.

Suite à l'application du « Test Van der Peet » et « Test Sparrow », la Cour discute, en *obiter*, d'une question de droit de la preuve découlant du traitement de la preuve de la Cour d'Appel du Nouveau-Brunswick. La Couronne allègue que le juge de la Cour d'Appel a incorporé à tort une preuve extrinsèque en se référant aux événements historiques décrits par la Cour dans *R. c. Marshall*; *R. c. Bernard*²⁵⁷ (ci-après « *Bernard* »), ainsi qu'un ouvrage de doctrine. La Cour défend la pratique du juge Robertson en Cour d'Appel, expliquant que :

la mention de l'arrêt *Bernard* n'est faite qu'à titre informatif, étant donné l'admission du ministère public quant à la validité du Traité de 1725. Elle ne joue aucun rôle dans le raisonnement du juge Robertson, justement parce que les événements historiques ayant mené à la signature du traité n'étaient pas litigieux²⁵⁸.

De plus, la Cour prétend que cet exposé historique ne sert au juge que pour « étayer sa conclusion » et comme « source d'information »²⁵⁹. Il n'est guère surprenant de voir la

²⁵⁶ Voir sur ce point: Dwight G. NEWMAN, « You still know nothin' 'bout me : Toward cross-cultural theorizing on Aboriginal rights », (2007), 52, *R.D. McGill*, par. 10.

²⁵⁷ *R. c. Bernard*, [2005] 2 R.C.S. 220

²⁵⁸ *R. c. Sappier*; *R. c. Gray*, précité, note 252, par. 68.

²⁵⁹ *Id.*, par. 69-70.

Cour défendre ce genre de pratique parce que la Cour elle-même se sert souvent de ces méthodes dans ses jugements. En effet, tout au cours de ce mémoire nous avons noté la pratique de la Cour d'utiliser sa propre jurisprudence pour chercher des « précédents de preuve » et pour créer des toiles de fond historiques qui soutiennent leurs arguments.

La Cour dit même que la Couronne ne peut se plaindre de l'utilisation de la doctrine dont le juge Roberston a pris connaissance d'office parce que cet article était un document « public » et qu'il n'y a eu aucune « divergence ou contestation pertinente résultant de cette soi-disant incorporation » de preuve extrinsèque²⁶⁰. Nous nous demandons si cette citation constitue le début de l'établissement par la Cour de règles concernant la connaissance d'office de faits et documents historiques par les tribunaux, ou plutôt, comme certains auteurs le soulignent, si la Cour préfère ne pas éclaircir ce domaine du droit et continuer à « bénéficier » de ce flou²⁶¹.

La majorité a donc reconnu l'existence d'un droit ancestral de coupe de bois à des fins domestiques. Les motifs minoritaires du juge Binnie constituent seulement un paragraphe, et il exprime l'opinion :

Il me semble qu'un Mi'kmaq ou un Malécite devrait pouvoir vendre du bois de chauffage à son voisin autochtone ou lui troquer ce bois pour, par exemple, un morceau de gibier ou des travaux à la toiture de sa maison. Par contre, je suis moi aussi d'avis que le commerce, le troc ou la vente *à l'extérieur* de la réserve ou autre collectivité autochtone locale constituerait une activité commerciale outrepassant la portée du droit ancestral reconnu dans la présente cause. Pour le reste, je partage l'opinion de mon collègue²⁶².

Donc dans *Sappier*, la Cour confirme notre hypothèse voulant que le domaine de la preuve soit invoqué en rhétorique au soutien de la détermination des droits économiques des Autochtones selon les valeurs de la Cour. Cette décision confirme également le point de vue que nous avons exprimé dans le développement du « Test Van der Peet » : c'est au stade de la caractérisation du droit que la Cour pourra utiliser le domaine de la preuve pour

²⁶⁰ *Id.*, par. 71.

²⁶¹ Voir citation de R.A. Brown: « Indeed we rather suspect that this seemingly rigid dichotomy of law and fact is only a bit of legalistic mummery designed to conceal from the uninitiated the fact that the Courts decide these questions about as they wish », cité dans Danielle PINARD, « Le droit et le fait dans l'application des standards et la clause limitative de la Charte canadienne des droits et libertés », (1989), 30, *Les Cahiers de Droit*, 145.

²⁶² *R. c. Sappier*; *R. c. Gray*, précité, note 252, par. 74.

délimiter le contexte ou l'étendue de son analyse conformément à ses valeurs. Dans *Sappier*, cette caractérisation restrictive fut suivie par une analyse libérale du fardeau de preuve et même un assouplissement des étapes suivantes du « Test Van der Peet », en ce qui concerne les pratiques intégrées aux cultures autochtones.

La Cour défend également ses pratiques d'utilisation de la jurisprudence pour chercher des « précédents de preuve » ainsi que la prise de connaissance d'office de certains ouvrages de doctrine. La Cour défend le maintien d'un certain flou dans la méthodologie du traitement de la preuve dans les dossiers impliquant les droits économiques des Autochtones.

b) L'application des tests « Van der Peet » et « Sparrow » aux droits issus de traités

Cette section porte sur l'application des tests « Van der Peet » et « Sparrow » aux revendications des droits économiques issus de traités. Les tests « Van der Peet » et « Sparrow » ont été développés dans le contexte de revendications de droits ancestraux. Pendant cette période nous notons pour la première fois l'utilisation du test « Van der Peet » et la continuation de l'utilisation du test « Sparrow » (après *Badger*) dans le contexte des droits issus de traités. Comme nous le verrons, l'application de ces tests aux droits issus de traités a pour effet d'accroître l'importance de l'application du domaine de la preuve à la détermination du contenu des droits économiques des Autochtones issus de traités.

La première de ces décisions en 1999, dans *R. c. Sundown*²⁶³ (ci-après « *Sundown* »), porte sur la qualification d'une activité comme étant « raisonnablement accessoire » à un droit issu de traité. Dans cette affaire, la Couronne en appelle d'une décision de la Cour d'appel de la Saskatchewan reconnaissant le droit de Sundown de construire une cabane dans un parc provincial comme étant un acte raisonnablement accessoire à l'exercice d'un droit de chasse et pêche à des fins de subsistance découlant du Traité no. 6.

La Cour commence son analyse par un exposé historique du contexte général entourant la conclusion de Traité no. 6, et reproduit une citation du négociateur pour la Couronne qui a indiqué à l'époque qu'il n'y aurait pas « d'ingérence dans la vie quotidienne des

²⁶³R. c. Sundown, [1999] 1 R.C.S. 393.

Indiens »²⁶⁴. Citant son propre jugement dans *Sutherland*, la Cour tient pour acquis que le droit de chasse issu de traité, à des fins de subsistance, existe et examine donc la preuve afin de déterminer les méthodes de chasse qui sont permises en vertu de ce droit.

La Cour établit un cadre analytique en rappelant les principes d'interprétation « généreuse » des traités en faveur des signataires autochtones énoncés dans *Badger*, ainsi que l'arrêt *Van der Peet*, jugeant que les droits issus de traités doivent également dépendre de la « situation spécifique de chaque collectivité autochtone »²⁶⁵. Cette dernière remarque est intéressante parce qu'elle introduit certaines notions développées dans le contexte de la preuve de l'existence et de l'étendue des droits ancestraux dans le domaine de l'interprétation des traités²⁶⁶. Comme nous le verrons, ce nouveau critère, bien que portant fruit pour la reconnaissance d'un droit économique autochtone dans le cas en l'espèce, sera utilisé à de toutes autres fins dans la jurisprudence subséquente de la Cour, notamment dans les jugements *Marshall 1*, *R. c. Marshall*²⁶⁷ (ci-après « *Marshall 2* »), *Bernard*.

En considérant ce contexte d'analyse, la Cour formule la question principale du litige à savoir si une personne raisonnable, bien informée des méthodes de chasse ou de pêche pertinentes, jugerait la construction de la cabane comme étant raisonnablement liée à l'acte de chasser et de pêcher? La Cour avance que la personne raisonnable doit être au courant des méthodes de chasse de la Première Nation, et qu'en l'espèce, la Nation de Sundown a toujours eu besoin d'un abri d'une forme ou d'une autre dans le cadre de ses expéditions de chasse.

La Cour explique que l'analyse de la « personne raisonnable » est à la fois historique et factuelle et que l'activité du passé doit être considérée comme étant liée de manière appréciable au droit invoqué, et doit l'être encore aujourd'hui. Sur cette base, la Cour

²⁶⁴ *Id.*, par. 6.

²⁶⁵ *Id.*, par. 25.

²⁶⁶ Tous ne sont pas d'accord sur l'application des critères développés dans *Sparrow*, dans le cadre des droits ancestraux, aux droits issus de traités. Par exemple, Pozniak prétend que : « Treaties provide an extra layer of protection over rights that would otherwise be classified as Aboriginal rights. An extra layer of protection implies a stricter fiduciary obligation, and thus a stricter test for justifying infringements », dans Kristy POZNIAK, « Modification, infringement, and the visible incompatible test: The impact of *R. v. Badger* on treaty hunting rights in the prairie provinces », (2005) 68, *Sask. L. Rev.*, par. 20.

²⁶⁷ *R. c. Marshall*, précité, note 15.

détermine que la construction d'une cabane en bois rond était une activité « raisonnablement accessoire » au droit issu de traité de chasse et de pêche à des fins de subsistance.

Puisque le droit en question est protégé par l'article 35 de la *Loi Constitutionnelle de 1982*, la Cour procède ensuite à l'analyse du test d'atteinte et de justification de *Sparrow*. Sur ce volet, la Couronne a également contesté la construction de la cabane pour le motif que c'était une construction permanente. En réplique, la Cour envisage trois situations où la Couronne pourrait justifier une interdiction de constructions permanente: 1) pour poursuivre un objectif de conservation; 2) lorsqu'il y a incompatibilité entre la permanence et l'utilisation que fait Sa Majesté des terres en cause et le droit; 3) lorsque le territoire en question est requis à des fins d'établissement. La Cour conclut que la Couronne n'a pas démontré la poursuite d'un de ces objectifs à travers sa réglementation, et que, par conséquent, l'atteinte aux droits de Sundown est injustifiée.

Cette décision confirme notre hypothèse puisque la conclusion de la Cour selon laquelle la construction d'une cabane est raisonnablement accessoire au droit économique en question est fondée sur l'appréciation de la « personne raisonnable » de la preuve historique soumise au dossier. De plus, en appliquant le test d'atteinte et de justification de *Sparrow*, la Cour invoque l'absence de preuve de la part de la Couronne pour conclure que l'atteinte n'est pas justifiée. En fait, la Cour prend même la peine d'élaborer trois scénarios où la Couronne pourrait justifier l'atteinte au droit de l'appelant de construire une cabane.

Ce qui retient notre attention dans *Sundown* c'est qu'on applique certains critères du « Test Van der Peet » dans le contexte de l'interprétation des droits issus de traités, telle la démonstration que l'activité en question doit se rapporter à une activité pratiquée par la nation spécifique en question, ainsi que la continuité entre cette activité traditionnelle avec l'activité moderne invoquée. Donc, ces critères s'ajoutent aux règles d'interprétation des traités développées antérieurement par la Cour, telle la considération de la preuve historique pour placer les dispositions du traité dans le contexte approprié, en considérant l'intention des parties.

Le domaine de la preuve devient donc encore plus important parce qu'il s'agira non seulement de prouver l'existence du droit issu du traité selon les intentions des parties, mais également qu'il y a une preuve et ensuite une continuité entre la façon dont ce droit a été exercé dans le passé avec la façon dont le droit est revendiqué dans le contexte moderne. Tout cela sans que la Cour ne développe de véritables critères ou standards pour l'application du domaine de la preuve dans les dossiers de droit des Autochtones.

Plus tard en 1999, la Cour procède à une interprétation de la clause « maisons de troc²⁶⁸ » des traités de paix conclus en 1760 et 1761 entre les Britanniques et la Nation Mi'kmaq. Les affaires *Marshall 1* et *Marshall 2* découlent d'un cas où un individu Mi'kmaq contestait des sanctions de nature pénale, en invoquant que la clause « maisons de troc » lui conférait des droits issus de traités, protégés par l'article 35 de la *Loi Constitutionnelle de 1982*, faisant en sorte qu'il ne fut pas tenu de se conformer à la réglementation fédérale sur les pêches. Cette clause sera de nouveau analysée six ans plus tard dans *Bernard*²⁶⁹, où la sanction découlait d'un règlement de la Nouvelle-Écosse sur l'exploitation forestière commerciale.

Dans *Marshall 1*, la majorité de la Cour acquitte Marshall jugeant que la clause « maisons de troc » confère aux Mi'kmaqs un droit de pouvoir se procurer, par « leurs activités de chasse, de pêche et de cueillette » des « biens nécessaires²⁷⁰ » et que le gouvernement n'avait pas démontré l'extinction de ce droit, ni que la réglementation en question était une limite valide selon le test établi par la Cour dans *Badger*.

Il n'est pas évident, en lisant tout simplement les termes précis du texte de la clause « maisons de troc », de conclure à l'existence d'un droit positif de pêche commerciale. Il faut donc examiner le fondement factuel sur lequel la Cour s'est appuyée afin d'en arriver à cette conclusion.

²⁶⁸ Le texte de la clause a été traduit ainsi: « Et je prends en outre l'engagement que nous ne trafiquerons, ne troquerons et n'échangerons aucune marchandise, de quelque manière que ce soit, si ce n'est avec les personnes ou les gérants des maisons de troc qui seront désignés ou établies par le gouverneur de Sa Majesté à Lunenburg ou ailleurs en Nouvelle-Écosse ou Acadie », dans *R. c. Marshall*, précité, note 15, par. 5.

²⁶⁹ Dans *Bernard*, les Mi'kmaqs ont également soulevé la question de droits découlant d'un titre aborigène et de Proclamations, volets qui ne seront pas discutés dans le cadre de ce travail.

²⁷⁰ *R. c. Marshall*, précité, note 15, par. 4.

Avant d'aborder l'interprétation de cette clause, il est important de reconnaître le lien entre les règles de droit développées par la *common law* qui ont guidé la Cour, d'une part, dans l'interprétation du traité, et, d'autre part, dans l'élaboration des règles de preuve correspondantes. Plusieurs des règles de droit découlant de la *common law*, portant sur l'interprétation des traités historiques conclus avec les Autochtones, ont été élaborées sur la base d'un cadre historique. Par exemple, la règle d'interprétation généreuse des traités en faveur des Autochtones dans *Sundown*²⁷¹. Donc, quand le juge Binnie énonce qu'il « est bien établi que le texte d'un traité ne doit pas être interprété suivant son sens strictement formaliste, ni se voir appliquer les règles rigides d'interprétation moderne », il fait indirectement référence non seulement à cette règle de *common law*, mais également au contexte historique à l'origine de cette règle tel que décrit antérieurement par la Cour²⁷².

Considérant le fondement sur laquelle repose la règle de *common law* nécessitant que la Cour considère la preuve « extrinsèque » dans son interprétation d'un traité, nous nous demandons qu'est-ce que les parties tentent de prouver à l'aide de la preuve extrinsèque, quel est l'objet de la preuve? Dans *Marshall 1* on utilise cette preuve pour deux objets principaux : 1) afin d'établir le contexte général historique entourant la signature du traité; 2) pour prouver l'intention commune des parties. La catégorisation des deux types d'objets est la nôtre étant donné que la Cour ne fait pas de distinction entre ces deux fins. Dans le premier cas, on cherche à établir des faits passés à partir de ce qui se faisait, et dans le deuxième cas, on cherche à établir des faits pour démontrer les « intentions » des parties, et donc forcément, sur ce que les parties « pensaient » à l'époque.

En l'absence de distinction quant aux différents objets de la preuve, il n'est pas surprenant que la Cour ne discute pas des autres aspects méthodologiques de la preuve. En fait, à part affirmer que la preuve extrinsèque est admissible pour interpréter le traité, la Cour ne fait ni distinction ni lien entre les différents objets et moyens de preuve, et ne spécifie pas à qui

²⁷¹ Voir *R. c. Sundown*, précité, note, 263, par. 24, 25, l'application de la règle d'interprétation généreuse est soutenue par la description d'un cadre historique.

²⁷² *R. c. Marshall*, précité, note 15, par. 14. La Cour qui se fonde sur un contexte historique, et donc sur les « sciences sociales » pour établir cette règle d'interprétation. Il s'agit d'un exemple d'une règle de droit qui s'apparente au modèle de droit découlant du « social authority » tel qu'élaboré par Monahan et Walker : John MONAHAN et Laurens WALKER « Social Authority: Obtaining, Evaluating, and Establishing Social Science in Law », (1986) 134 *University of Pennsylvania Law Review*, 351 et 352.

appartient le fardeau de prouver un élément particulier, en plus de ne pas mentionner le degré de preuve requis. Du moins, la Cour ne le fait pas explicitement²⁷³.

Désormais, la Cour reprend alors plusieurs éléments de preuves historiques présentées devant les instances inférieures afin de construire une image du contexte historique entourant le traité de 1760. Dans cette affaire, le juge Binnie procède à sa propre appréciation d'une partie de la preuve présentée aux instances inférieures sans expliquer son processus de « triage » de preuve. Cela malgré le principe que la Cour rappelle parfois dans ses jugements, qu'elle ne révisé pas les conclusions sur les faits des juges de première instance, à moins qu'il y ait une « erreur manifeste et dominante²⁷⁴ ».

Un des éléments clefs de la décision dans *Marshall 1*, qui a eu, comme on le verra plus tard, un impact important dans *Marshall 2* et *Bernard*, est la détermination de l'intention commune des parties. La Cour utilise cet extrait de témoignage comme fondement de sa conclusion sur l'intention commune des parties²⁷⁵:

Et si vous parlez de droit de pêche, j'ai tenu pour acquis que, en reconnaissant les Micmacs par traité, les Britanniques les reconnaissaient comme les gens qu'ils étaient. Ils comprenaient comment ils vivaient et le fait que cela voulait dire que ces gens avaient le droit de vivre en Nouvelle-Écosse selon leur mode de vie traditionnel²⁷⁶.

Par contre, il est clair que ce témoignage reflète plutôt l'opinion d'un historien sur la conception britannique des droits que ceux-ci étaient prêts à reconnaître aux Mi'kmaq, ce qui n'est pas du tout indicatif d'une intention commune des parties, et ne tient pas du tout compte de la perspective Mi'kmaq. Il est reconnu que les documents datant de l'époque colonialiste traitant des Autochtones sont souvent biaisés, et doivent faire l'objet d'un regard critique de la part du juge, comme l'explique Rotman : « their understandings and characterizations of Aboriginal societies and cultures were generally permeated with

²⁷³ Dans certains passages du jugement, la Cour aborde nébuleusement quelques-uns de ces concepts, tel le fardeau de preuve, mais elle ne le fait pas de façon explicite, systématique et disciplinée.

²⁷⁴ *R. c. Van der Peet*, précité, note 185, par. 82. Voir aussi les commentaires du juge Lamer dans *R. c. Adams*, cités à la note 230 et du juge Gonthier dans *R. c. Howard*, précité, note 159.

²⁷⁵ *R. c. Marshall*, précité, note 15, par. 38.

²⁷⁶ *Id.*, par. 37

European value-laden biases »²⁷⁷. Cette façon de procéder nous rappelle l'analyse du juge Estey dans *Horse* qui était fondée uniquement sur la perspective historique britannique.

Malgré tout cela, le juge Binnie montre beaucoup de déférence envers le témoin expert et défend les conclusions du témoin « Je pense que la position adoptée par les juridictions inférieures sous-estiment le Dr Patterson »²⁷⁸. Malheureusement pour le juge Binnie, l'estime qu'il démontre envers le Dr. Patterson ne constitue pas un fondement pour son interprétation du traité selon ce même témoin, car peu de temps après le jugement, le Dr Patterson raconte en entrevue que la Cour a mal interprété son témoignage et que les conclusions tirées à partir de celui-ci sont erronées :

Without the rest of the evidence, you don't have the proper context for understanding the meaning in which my remarks were made. I said these treaties made native people subjects of the British Crown, they have rights... but it is the same as anyone else's rights²⁷⁹.

Chose certaine, l'établissement d'un fondement factuel pour déterminer l'intention commune des parties laisse n'est pas facile, et la Cour admet cette difficulté²⁸⁰. De plus, le juge Binnie n'explique pas clairement le fondement sur lequel repose la qualification du droit en tant que droit commercial pour des « biens personnels ».

Ce n'est qu'une cinquantaine de paragraphes plus loin que le juge Binnie explique le fondement de cette détermination. En effet, le juge Binnie tire ses conclusions en se fondant principalement sur la façon dont les droits économiques ont été circonscrits dans *Van der Peet* et *Gladstone*, sans expliquer comment ou pourquoi ces précédents devraient s'appliquer en l'espèce²⁸¹. La portée limitée du droit découlant de la clause « maisons de troc », contrairement à certaines règles de common law sur l'interprétation des traités, ne

²⁷⁷ Leonard Ivan ROTMAN, «Taking Aim at the Canons of Treaty Interpretation in Canadian Aboriginal Rights Jurisprudence », (1997), *U.N.B.L.J.*, Vol. 46, 47.

²⁷⁸ *R. c. Marshall*, précité, note 15, par. 38.

²⁷⁹ Cité dans Thomas ISAAC, « The Courts, Government and Public Policy: The Significance of *R. v. Marshall* », *Sask. L. Rev.*, 63 (2000), 707. Cela étant dit, nous reconnaissons également que le témoin expert n'est pas nécessairement en mesure d'apprécier les conséquences juridiques des faits sur lesquels il témoigne.

²⁸⁰ « Évidemment, la réalité est que les tribunaux sont saisis de litiges dont la résolution requiert qu'ils tirent des conclusions sur certains faits historiques. Les parties à ces litiges ne peuvent pas attendre qu'il se dégage éventuellement un consensus stable parmi les chercheurs. Le processus judiciaire doit faire de son mieux », dans *R. c. Marshall*, précité, note 15, par. 36.

²⁸¹ *Id.*, par. 58 et 59.

peut pas se fonder sur une jurisprudence développée dans un autre contexte n'ayant aucun rapport avec les faits en l'espèce²⁸².

Scheffer critique le fondement factuel (et rationnel) de la conclusion du juge Binnie sur cette détermination en arguant que « to speak of economic gain in the 18th century is to speak in loaded terms... it is not possible to say with certainty that the Mi'kmaq only aspired to a perpetual moderate livelyhood... »²⁸³ Christie démontre également l'absurdité de cette prétention en arguant:

Does this suggest that if a Mi'kmaq family had a good winter of hunting, came to a truckhouse to trade and found that they could obtain more than necessities with their substantial supplies of pelts, the British could find that they had exceeded the terms of the treaty, even when read broadly?²⁸⁴

Sur la question de l'étendue du droit, le juge Binnie impose un fardeau à Marshall, expliquant qu'on n'avait pas « prétendu que le commerce pratiqué par les Mi'kmaqs avait historiquement produit des richesses incompatibles avec une économie de subsistance ». Cette citation démontre soit que 1) la preuve avait *prima facie* établi que l'intention des parties visait une économie de subsistance ou 2) qu'il y a une présomption que l'intention des parties visait une économie de subsistance. Dans les deux cas, Marshall aurait, selon le juge Binnie, le fardeau de « prétendre » que le commerce ainsi pratiqué avait historiquement produit des richesses pour que la Cour examine cette possibilité.

Pour sa part la juge McLachlin a écrit des motifs en dissidence et n'adopte pas le point de vue du juge Binnie sur l'intention des parties. Après avoir reproduit certains éléments de preuve des instances inférieures, la juge McLachlin conclut qu'il :

ressort donc du dossier que, quelques années après la signature du traité, l'obligation des Mi'kmaq de ne commercer qu'avec les Britanniques est tombée en désuétude, tout comme l'obligation corrélative des Britanniques d'établir des postes de traite à l'intention des Mi'kmaq. [...] de plus elle (la clause) ne saurait être considérée comme englobant un droit général de commercer issu de traité qui aurait survécu à la disparition du régime de commerce exclusif et de maisons de

²⁸² Nous soumettons qu'il s'agit d'un autre cas où l'énoncé de Monahan et Walker sur l'utilisation comme précédent de déterminations à base de sciences sociales ne devrait pas s'appliquer : « The principal similarity between social science research and law is that both are general- both produce principles applicable beyond particular instances », Dans John MONAHAN et Laurens WALKER, Social Science in Law, Cases and Materials, Fifth Edition, University Casebook Series, 2002, New York, The Foundation Press, 352.

²⁸³ W. J. SHEFFER, loc. cit., note 95, 95.

²⁸⁴ G. CHRISTIE, loc. cit., note 161, 186.

troc. [...] Je conclus que le juge du procès n'a pas commis d'erreur -- et, de fait, qu'il a manifestement eu raison -- en interprétant le dossier historique comme il l'a fait et en concluant au caractère limité du droit accordé par les traités²⁸⁵.

La juge McLachlin adopte donc plutôt le point de vue du juge de première instance et son appréciation de la portée de la clause « maison de trocs ». En ce faisant, elle démontre plus de déférence envers le juge de première instance et n'accorde pas la même importance à son interprétation du témoignage du Dr. Patterson.

Plusieurs auteurs ont décrit la réaction générale des Canadiens à la décision rendue dans *Marshall 1* comme étant « hystérique »²⁸⁶. Cette réaction fut alimentée par plusieurs critiques en doctrine sur le fondement factuel de la décision de la Cour, qualifiant le jugement d'activisme judiciaire. Par exemple, Flanagan critique la Cour, arguant qu'avec l'application du concept de l'honneur de la Couronne, la Cour fait une interprétation du traité qui va au-delà de la preuve présentée « replacing the treaty text with a vague phrase like the “honour of the Crown” inevitably invites subjective and anachronistic reinterpretation of what was agreed upon at the time »²⁸⁷. Normey critique également l'interprétation de la majorité de la Cour sur la clause « maisons de troc » : « The notion that such a guarantee was implicit is at best speculative. There appears to be no evidence that such a promise was made »²⁸⁸.

D'autres critiques se sont manifestées dans le sens contraire²⁸⁹, plus spécifiquement, sur la façon dont la Cour a circonscrit ou limité le droit de pêche commerciale. Par exemple, dans son jugement le juge Binnie affirme que :

Je dois souligner, au départ, que l'appelant exagère ses droits. J'estime que les droits issus du traité se limitent au fait de pouvoir se procurer les «biens nécessaires»

²⁸⁵ R. c. *Marshall*, précité, note 15, par. 101-104.

²⁸⁶ Voir par exemple, J. Y. HENDERSON, *loc. cit.*, note 164, 720.

²⁸⁷ Tom FLANAGAN, *First Nations? Second Thoughts*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2000, p. 149.

²⁸⁸ Robert NORMEY, « Angling for Common Intention: Treaty Interpretation in R. v. Marshall », (2000), 63(2), *Sask. L. Rev.*, 656.

²⁸⁹ On remarque donc à quel point les allégations d'activisme judiciaire et la qualification de jugements comme étant « libérale » versus « conservateur » peuvent être des concepts flous. De plus, l'utilisation de la preuve extrinsèque n'est pas une indication d'un jugement « libéral » comme le souligne Rotman, le juge McLachlin dans *Marshall 1* utilise également la preuve extrinsèque pour étayer son jugement dissident et restrictif des droits issus du traité. Voir Leonard Ivan ROTMAN, « Marshalling Principles From the Marshall Morass », (2001), v35, *Dalhousie Law Journal*, 33 et 34.

(expression qui, selon moi, s'entend aujourd'hui d'une subsistance convenable), et ne s'étendent pas à l'accumulation de richesses illimitées²⁹⁰.

En réaction à *Marshall 1*, la Cour a rendu la décision *Marshall 2* (1999). Dans cette affaire la requête en nouvelle audition et en sursis d'exécution du jugement *Marshall 1* de la part de la *West Nova Fishermen's Coalition* fut rejetée pour un motif procédural. Néanmoins et exceptionnellement, la Cour, cette fois unanime, a quand même pris la peine d'explicitier *Marshall 1*, essayant de clarifier le fondement et les conséquences de son jugement.

Dans *Marshall 2*, la Cour ressent le besoin de justifier le fondement factuel de son jugement en expliquant que son interprétation se justifie en vertu des « conditions verbales de ce traité qui ressortent de documents préparés par les Britanniques durant les négociations, mais qui ont été consignées de manière incomplète dans la clause relative aux « maisons de troc »²⁹¹. S'il y a un élément certain de ce « résumé » qu'on peut retenir, c'est que malgré l'énoncé des règles de *common law* favorables en ce sens, la perspective autochtone n'a pas été un facteur important dans l'analyse de la Cour. Nous critiquons également encore la Cour pour l'adoption d'un point de vue tenant uniquement compte de la perspective britannique. Selon Henderson, l'interprétation d'un traité qui est uniquement basée sur la documentation britannique s'avère insuffisante: « To assume that an aboriginal context can be adequately explained by a Eurocentric context is the essence of cognitive imperialism and of the academic process that underlies colonization »²⁹².

Marshall 2 ajoute une condition additionnelle à l'exercice du droit issu de traité, exigeant que l'exercice doive se rapporter à une activité commerciale « traditionnelle ». Le fondement factuel de cette détermination est loin d'être clair. Dans *Marshall 1*, la preuve démontre que les Mi'kmaq pratiquaient la pêche commerciale en 1760, mais on ne peut pas faire ressortir de ce fait une preuve que les parties et ou les Mi'kmaq envisageaient seulement des activités « traditionnelles » comme droits issus de traité. De plus, la Cour, saisie d'une requête en nouvelle audition et sursis n'est pas en droit de « préciser » son jugement au point de modifier ses conclusions en ajoutant cette condition additionnelle, et

²⁹⁰R. c. *Marshall*, précité, note 15, par. 7.

²⁹¹R. c. *Marshall*, précité, note 15, par. 4.

²⁹²James [Sákéj] Youngblood HENDERSON, *loc. cit.*, note 163, p.57..

ce, sans que des nouvelles preuves soient soumises. Il s'agit ici d'un autre exemple flagrant où la Cour « précise » la nature d'un droit revendiqué, sans laisser aux parties l'opportunité d'apporter des éléments de preuve sur la question :

The obvious problem, however, is that parties to the litigation can proceed to bring forth evidence to establish a certain aboriginal right defined by the pleadings only to discover, when they get to the Supreme Court (as happened in *Mitchell and Pamajewon*), that the true nature of the right is something different than what the parties lead evidence on²⁹³.

Sheffer croit que le but de la clarification dans *Marshall 2* était de calmer les craintes de la société canadienne et de confirmer la nature limitée des droits issus du traité, ainsi que de réitérer que l'exercice de ces droits peut être assujéti à la réglementation du gouvernement²⁹⁴. Rotman avait prédit que, suite aux deux affaires *Marshall*, la Cour serait appelée à préciser ses intentions, et à réinterpréter le traité, prédiction qui se réalisa six ans plus tard avec *Bernard*²⁹⁵. Notre hypothèse est donc confirmée dans les jugements *Marshall 1* et *2*, le rôle joué par la preuve est déterminant dans la justification invoquée par la Cour dans l'établissement des limites aux droits économiques des Autochtones découlant des traités historiques.

Tout au long de ce mémoire, nous avons remarqué la tendance de la Cour à utiliser ses propres précédents en tant que « précédents de preuve ». Dans cette optique nous notons l'importance de l'exercice de « clarification » de *Marshall 2* sur la démarche ensuite suivie par la juge McLachlin dans le prochain jugement de la Cour dans *Bernard*. Dans cette affaire, les appelants invoquent un droit issu de traité de pratiquer la coupe de bois commerciale à l'encontre de leur condamnation pour coupe de bois illégale en vertu d'une loi du Nouveau-Brunswick.

Les décisions rendues dans *Marshall 1* et *2* sont utilisées comme point de départ du jugement, et la Cour rappela que *Marshall 2* a déjà décidé que :

²⁹³Harley SCHACHTER, « Selected current issues in aboriginal rights cases : evidence, limitations and fiduciary obligations », dans *Practising Law in an Aboriginal Reality*, Winnipeg, Law Society of Manitoba, 2001, p 207.

²⁹⁴Warren J. SHEFFER, *loc. cit.*, note 95, p.100-103.

²⁹⁵Leonard Ivan ROTMAN, « My Hovercraft is Full of Eels: Smoking Out the Message in *R. v. Marshall* », (2000), 63(2), *Sask. L. Rev.*, 644

Les droits issus de traités se rapportant à des activités autres que la pêche, comme l'exploitation forestière, devraient être déterminés en fonction de la preuve soumise dans de futures affaires portant sur ces questions²⁹⁶.

En effet, la seule question en litige²⁹⁷, en ce qui concerne les droits découlant du traité, est de déterminer si, sur la base des faits présentés, l'exploitation forestière commerciale constitue « l'évolution logique d'une pratique traditionnelle »²⁹⁸ commerciale Mi'kmaq de 1760. Avec ce nouveau « test d'interprétation », il n'est pas question de procéder à un nouvel examen du traité et de la clause « maisons de troc », jugeant que les conclusions de la Cour dans *Marshall 1* et *2* suffisent. La Cour maintient donc sa position de *Marshall 2* sur l'intention commune des parties, et se contente de dire que tout cela est prouvé par les « documents historiques » sans qu'elle n'invoque aucun document, fait, ni même un paragraphe spécifique de l'arrêt *Marshall 1* ou *2* au soutien²⁹⁹ de cette détermination.

L'exercice d'interprétation dans *Bernard* devient donc quasi exclusivement une question d'appréciation de preuve, et ce, sur un point seulement. Ainsi, ayant conclu que les juges des instances inférieures ont bien recherché l'intention commune des parties, la juge McLachlin admet qu'il ne reste qu'à déterminer si la « preuve étaye leurs conclusions de fait³⁰⁰ ».

Malgré la preuve d'un certain commerce de produits forestiers (canoës, raquettes, paniers) la Cour retient le témoignage du chef Augustine, qui a:

concéder à contrecœur qu'il est [TRADUCTION] « peu probable [...] que les Mi'kmaq aient envisagé une exploitation forestière commerciale lors de la négociation du traité »³⁰¹

La Cour rejette donc l'idée que l'exploitation forestière est une activité commerciale traditionnelle Mi'kmaq pour deux raisons : 1) on introduit une notion d'échelle, on juge que

²⁹⁶R. c. *Bernard*, précité, note 257, par. 11.

²⁹⁷Dans *Bernard*, les Mi'kmaqs ont également soulevé la question de droits découlant d'un titre aborigène, volet qui ne sera pas discutés dans le cadre de ce travail. De plus, l'opinion minoritaire du juge Lebel ne sera pas discutée puisqu'il souscrit aux motifs de la juge McLachlin sur la question du droit issu de traité.

²⁹⁸R. c. *Bernard*, précité, note 257, par. 13.

²⁹⁹*Id.*, par. 21.

³⁰⁰*Id.*, par. 30. Dans cette démarche, la Cour fait preuve de largesse encore une fois dans son traitement de la preuve- on procède à un examen de la preuve sans se demander si en premier, un tel examen devrait avoir lieu en raison d'une erreur manifeste et dominante.

³⁰¹*Id.*, par. 33.

le commerce de canoës, etc., n'est pas suffisant pour constituer de l'exploitation forestière commerciale; 2) on réintroduit la question de l'intention « historique » des parties, avec la nuance additionnelle d'intention « probable », et on juge que ce n'était pas un élément envisageable par les parties.

La juge McLachlin ne se gêne même pas pour dire que l'exploitation forestière est une « activité européenne »³⁰². Ce sont des énoncés de cette nature qui confirment la critique de Borrows et Rotman, et démontrent que l'application d'une perspective qui perpétue une vision stéréotypée et caricaturée de la culture autochtone découlant du Test « Van der Peet » est également présente dans l'interprétation de la portée des traités historiques³⁰³. Pour justifier le transfert du critère « traditionnel » du Test « Van der Peet » dans la détermination d'un droit issu de traité, la Cour affirme que c'était l'intention du traité de limiter la portée du Traité aux activités traditionnelles. Donc, tout comme dans *Sundown*, la Cour continue à utiliser des aspects du Test « Van der Peet » dans le contexte des droits issus de traités.

Nous soumettons que l'application de la notion d'intention des parties pour déterminer le contenu des droits économiques des Autochtones à partir de ce qui se faisait littéralement en 1760, sans autre analyse contextuelle, a pour effet d'exclure toutes pratiques commerciales modernes qui n'existaient pas à l'époque de la conclusion du traité. Voilà la conséquence prévisible de la démarche de la Cour, qui ne procède plus à une analyse des objets du traité dans son ensemble³⁰⁴, préférant plutôt se rabattre sur son test préétabli de *Marshall 2*. Suivant cette démarche, on ne tient pas compte de concepts plus larges telle la souveraineté³⁰⁵, particulièrement dans le contexte des méthodes d'utilisation, de contrôle et de gestion des ressources forestières à l'époque, et ce, uniquement afin de donner un exemple de faits qui pourraient s'avérer pertinents dans l'analyse des droits issus des traités, mais qui ne sont jamais considérés avec ce « test d'interprétation ». En ce disant, nous n'avancions pas l'argument que la Cour aurait nécessairement trouvé des preuves de

³⁰² *Id.*, par. 34.

³⁰³ Voir : John BORROWS et Leonard I. ROTMAN, *op. cit.*, note 195, par. 147.

³⁰⁴ Notamment, dans *Marshall 1* la Cour fait une analyse beaucoup plus élaborée de l'ensemble des documents historiques de l'époque.

³⁰⁵ Pour une opinion à l'effet que les traités de paix visent à assurer l'autonomie de deux ordres juridiques souverains, voir : J. Y. HENDERSON, *loc. cit.*, note 164, 722.

cette nature; ce qu'il faut retenir c'est que la Cour procède d'une manière qui exclut même la possibilité que d'autres faits puissent exister et être pertinents.

Dans *Bernard*, notre hypothèse est confirmée dans la mesure où les « précédents de preuve » et la preuve historique sur les pratiques spécifiques des Mi'kmaq sont invoqués au soutien de la rhétorique rejetant le droit économique invoqué.

Le dernier jugement portant sur les droits économiques des Autochtones issus de traités fut le jugement *R c. Morris*³⁰⁶ en 2006 (ci-après « *Morris* »). La Cour était encore divisée dans cette affaire (4 juges contre 3), avec la majorité reconnaissant un droit de chasse de nuit issu de traité, en dépit des dispositions d'une loi provinciale interdisant cette pratique en tant que chasse pendant des heures interdites, avec lampe ou autre source lumineuse interdite, ainsi que chasse sans égard raisonnable pour la vie, la sécurité ou les biens d'autrui.

Dans cette affaire, la majorité et la dissidence n'ont pas adopté la même approche dans leurs analyses respectives. La dissidence (les motifs de la Juge en chef McLachlin et le juge Binnie) a critiqué l'approche de la majorité en expliquant qu'il aurait fallu d'abord établir que la mesure législative provinciale porte atteinte à un droit issu de traité invoqué avant de passer à l'étape à savoir dans quelle mesure une violation d'un tel droit peut être justifiée.

Pour la dissidence le droit tel que revendiqué par les appelants est un droit issu de traité de chasser la nuit, ce qui, pour eux, signifie un droit issu de traité de se livrer à une pratique intrinsèquement dangereuse. Pour la dissidence, il ne peut exister un droit issu de traité de se livrer à une pratique dangereuse, et donc, la disposition provinciale d'application générale n'affecte pas un droit issu de traité.

La dissidence invoque principalement trois éléments pour fonder sa conclusion, premièrement, que la jurisprudence de la Cour a établi, à maintes reprises, qu'un droit issu de traité ne comporte jamais le droit de se livrer à une pratique dangereuse, et que les provinces ont le droit d'appliquer des lois « raisonnables » interdisant les pratiques dangereuses aux Autochtones. Pour les juges McLachlin et Bastarache, il s'agit d'une règle

³⁰⁶ *R c. Morris*, [2006] 2 R.C.S. 915

de droit bien établie, notamment dans les arrêts *Sundown*, *Myron* et *Prince*. Deuxièmement, la Cour adopte les conclusions de fait du juge du procès, ainsi que les conclusions de nombreuses décisions d'instances inférieures, pour établir le fait que la chasse de nuit est une pratique intrinsèquement dangereuse, et donc que la réglementation prohibant cette pratique est raisonnable :

La conclusion que l'interdiction de la chasse nocturne est l'exercice raisonnable du pouvoir de réglementation de la province pour définir la limite intrinsèque du droit issu d'un traité découle naturellement et logiquement de la caractéristique déterminante de la nuit : l'obscurité³⁰⁷.

Finalement, la dissidence applique le test établi dans *Marshall 1* pour déterminer l'intention commune des parties. La dissidence détermine qu'au moment de la signature des « Traités de Douglas »³⁰⁸, les parties « ne pouvaient pas croire que le droit de chasser comprenait le droit de chasser dangereusement », et que cette interprétation concilie le mieux les intérêts des parties³⁰⁹. La Cour tire ces conclusions sans référence à aucun élément de preuve.

La majorité ne procède pas de la même manière. La majorité considère premièrement la preuve présentée sur les méthodes de chasse de la Nation Tsarlip. En reproduisant un extrait du témoignage des appelants, la Cour adopte les conclusions de fait du juge du procès, que la chasse nocturne est un type de chasse « pratiquée de façon sécuritaire depuis des générations »³¹⁰.

La majorité analyse ensuite le contexte dans lequel le traité fut conclu pour déceler l'intention commune des parties. La Cour cite certains faits historiques (encore une fois sans références à l'appui), des extraits de documents historiques, ainsi qu'un « précédent de preuve » tiré d'un jugement d'une cause différente dans une instance inférieure. La Cour énonce que, selon l'intention commune des parties, le sens qu'il faut donner à la disposition du traité inclut le droit de chasser selon les « méthodes de chasse employées par les Tsarlip depuis des temps immémoriaux »³¹¹.

³⁰⁷ *Id.*, par. 129.

³⁰⁸ Les « Traités de Douglas » incluent le Traité de Saanich nord de 1852 dont il est question dans ce litige.

³⁰⁹ *R. c. Morris*, précité, note 306, par. 107, 108, 110.

³¹⁰ *Id.*, par. 10.

³¹¹ *Id.*, par. 29.

C'est sur cette base, et en invoquant les jugements *Marshall 1* et 2, que les juges Deschamps et Abella concluent :

Il faut évaluer chaque disposition législative pour déterminer si, compte tenu de la preuve historique, elle est conforme à l'intention commune des parties au traité. [...] L'intention commune des parties ne pouvait être d'interdire complètement la chasse nocturne, méthode de chasse de subsistance reconnue depuis longtemps³¹².

Après avoir établi qu'un droit de chasse nocturne existe en vertu du traité, la Cour procède à l'analyse de l'applicabilité des dispositions de la loi provinciale à ce droit, selon l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*. À ce stade d'analyse, la majorité fait une remarque intéressante, à l'effet que la présente cause se distingue de la cause *Marshall 1*, parce qu'il ne s'agit pas d'un droit commercial qui est invoqué³¹³. La Cour laisse donc sous-entendre que son analyse de l'applicabilité du droit issu de traité en vertu de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens* serait différente si un droit commercial était en jeu. Les juges Deschamps et Abella ne précisent malheureusement pas en quoi leur analyse serait différente ou sur quelle base elle devrait l'être si un droit commercial était en jeu.

La majorité applique ensuite le critère du « Test Sparrow » et analyse s'il y a une atteinte à première vue du droit issu de traité par les dispositions provinciales. Donc, le « Test Sparrow » est encore une fois transféré au domaine des droits issus de traités, et la Cour considère que :

L'interdiction prévue aux al. 27(1)d) et e) de la *Wildlife Act* est absolue et s'applique sans exception à l'ensemble de la province, y compris les régions les plus au nord où les heures de clarté sont limitées en hiver et où les secteurs très peuplés sont rares. Le législateur n'a pas tenté d'interdire uniquement les aspects de la chasse nocturne qui sont dangereux ou d'interdire ce mode de chasse dans les zones où il serait dangereux, par exemple, en interdisant la chasse à une certaine distance des routes ou des habitations. Les dispositions contestées ont une portée trop générale, elles sont incompatibles avec l'intention commune des parties aux traités, et elles écartent complètement le moyen choisi pour exercer le droit issu du Traité³¹⁴.

La Cour rappelle que la preuve n'a pas établi que la pratique de chasse nocturne des Tsarlip ait causé d'accidents, et que les dispositions provinciales portaient donc atteinte à première vue des droits issus de traité des Tsarlip de chasse nocturne à des fins de subsistance.

³¹²Id., par. 37, 38.

³¹³Id., par. 46.

³¹⁴Id., par. 58.

Dans cette affaire, les approches de la majorité et de la dissidence ne sont pas les mêmes. Bien que le domaine de la preuve soit invoqué de façon secondaire par la dissidence (en ce qui concerne l'intention commune des parties, et la conclusion selon laquelle les dispositions en question sont « raisonnables »), la principale rhétorique justifiant le rejet de l'appel est le fait qu'il est établi en droit qu'un droit issu de traité n'inclut jamais un droit de se livrer à une pratique dangereuse, telle la chasse nocturne.

Par contre, le domaine de la preuve joue un rôle déterminant dans les motifs de la majorité, et confirme notre hypothèse. La preuve historique est invoquée au soutien des pratiques historiques Tsarlip, la détermination de l'intention commune des parties et donc de la portée du droit issu de traité, ainsi que la preuve contemporaine au soutien du fait que cette pratique s'exerce de façon sécuritaire aujourd'hui.

c) L'application du test « Van der Peet » aux Métis

Cette section porte sur une décision appliquant une version modifiée du « Test Van der Peet » dans le contexte des droits ancestraux des Métis. L'application de ce test aux Métis signifie que les revendications des Métis devront désormais satisfaire un test de plusieurs étapes axées sur l'appréciation de la preuve.

Dans la décision unanime de *R. c. Powley*³¹⁵ (ci-après « *Powley* »), la Cour reconnaît un droit de chasse pour se nourrir à l'appelant Métis Powley. En ce faisant, la Cour adapte et confirme le « Test Van der Peet » au cas des Métis. Le raisonnement de la Cour dans cette adaptation commence par la description d'une toile de fond historique des Métis. Seule une citation d'extraits d'un rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones complémente plusieurs énoncés généraux de nature historique qui ne sont pas soutenus par des références documentaires ou testimoniales. La Cour se fonde sur cette toile de fond pour procéder avec une interprétation « téléologique » de l'article 35 de la *Loi Constitutionnelle de 1982*. Nous remarquons encore une fois la tendance de la Cour à bâtir des « toiles de fond » historiques au soutien du développement d'interprétations

³¹⁵ *R. c. Powley*, [2003] 2 R.C.S. 207

subséquentes de dispositions constitutionnelles, sans référence à des éléments de preuve précis.

La Cour poursuit en affirmant que l'objet de l'article 35 en ce qui concerne les Métis est de « reconnaître et de valoriser les cultures métisses distinctives³¹⁶ ». La Cour adapte alors le critère du « Test Van der Peet » dans la mesure où l'accent sur les pratiques antérieures au contact avec les Européens sera modifié, et la Cour analysera :

les coutumes, et traditions qui, historiquement, constituaient des caractéristiques importantes des communautés métisses avant le moment de la mainmise effective des Européens sur le territoire, et qui le sont toujours aujourd'hui³¹⁷.

Suite à cette modification de critère, la Cour procède à l'application du « Test Van der Peet » modifié « aux conclusions de fait du juge du procès³¹⁸ ». Cette citation est intéressante parce qu'elle implique que la Cour n'a pas l'intention de substituer son appréciation de la preuve à celle des instances inférieures, ni de recourir à la pratique remarquée dans certains jugements de considérer des nouveaux éléments de preuve.

La Cour caractérise le droit revendiqué, tout comme le juge de première instance, comme étant un droit de chasse pour se nourrir dans les environs de Sault Ste. Marie. La Cour se réfère aux conclusions de fait du juge du procès qui a conclu à l'existence d'une communauté métisse distincte dans cette région. La Cour cite quelques extraits de rapports historiques pour enfin conclure que :

nous ne voyons aucune raison d'infirmer la conclusion du juge du procès selon laquelle il existe une communauté métisse historique à Sault Ste. Marie. Cette conclusion est étayée par le dossier et doit être confirmée³¹⁹.

La Cour analysa ensuite l'appartenance de l'appelant à une communauté contemporaine titulaire des droits revendiqués afin de vérifier que l'appelant avait le droit d'exercer le droit en question. Suite à l'exposé de quelques extraits d'un ouvrage de doctrine, la Cour confirme encore les conclusions du juge du procès en affirmant « nous concluons que la preuve appuie la constatation du juge du procès selon laquelle l'absence de visibilité de la communauté a été expliquée et ne fait pas obstacle à l'existence de la communauté

³¹⁶Id., par. 17.

³¹⁷Id., par. 18.

³¹⁸Id., par. 18.

³¹⁹Id., par. 23.

actuelle³²⁰ ». Après avoir conclu à l'existence de la communauté, la Cour vérifie ensuite l'appartenance de l'appelant à cette communauté en particulier, en examinant des facteurs tels l'auto-identification, les liens ancestraux et l'acceptation par la communauté.

Dans l'élaboration de ces critères, la Cour explique qu'elle recherche la preuve « que les ancêtres du demandeur appartenaient, par naissance, adoption ou autrement, à la communauté métisse historique » et que l'appelant ait participé dans le passé et le présent « à une culture commune, à des coutumes traditions qui constituent l'identité de la communauté métisse et qui la distinguent d'autres groupes³²¹ ». La Cour conclut que « compte tenu des éléments au dossier » qu'il était « loisible » au juge du procès de conclure que Powley faisait partie d'une communauté métisse contemporaine pouvant exercer le droit revendiqué en question³²².

La Cour aborde ensuite la question du moment qu'il faut retenir pour évaluer les activités, coutumes, pratiques et traditions métisses. La Cour élabore qu'il s'agit d'un critère :

qui est fondé sur la postériorité au contact et l'antériorité à la mainmise sur le territoire et qui prend en compte le moment où les Européens ont effectivement établi leur domination politique et juridique dans une région donnée. Il faut donc s'attacher à la période qui a suivi la naissance d'une communauté métisse donnée et qui a précédé son assujettissement aux lois et coutumes européennes³²³.

La Cour explique qu'il faut examiner les conclusions du juge du procès pour identifier le moment où les Européens ont pris contrôle du territoire en question. Par contre, même si la Cour montre un haut niveau de déférence aux conclusions de fait du juge du procès, elle choisit de reproduire certains éléments de preuve indépendamment de ce qui a été retenu en première instance. Dans ce cas-ci, la Cour retient un extrait différent de l'ouvrage de doctrine de Peterson, intitulé « Many roads to Red River : Métis genesis in the Great Lakes region, 1680-1815 », de celui qui avait été cité en première instance, et tout cela, en donnant l'impression qu'elle se fie entièrement aux conclusions de fait du juge de première instance³²⁴.

³²⁰ *Id.*, par. 27.

³²¹ *Id.*, par. 32,33.

³²² *Id.*, par. 35.

³²³ *Id.*, par. 37.

³²⁴ Voir extrait dans *R. c. Powley, Id.*, par. 39, comparé à l'extrait différent de cet ouvrage retenu par le juge de première instance dans *R. c. Powley*, [1998] O.J. No. 5310, par. 76.

La Cour conclut sur cette question qu'il ressort de la preuve historique et « du dossier » que la période de 1850 est le moment « tout juste avant la mainmise effective des Européens sur cette région³²⁵ ». La Cour cite ensuite d'autres extraits de l'ouvrage de Peterson qui n'avaient pas été cités en première instance, ainsi que d'autres extraits de preuve pour déterminer que la pratique de la chasse et de la pêche était une « constante » pour cette communauté et que :

Ces éléments de preuve appuient la conclusion du juge du procès selon laquelle la pratique de la chasse pour se nourrir faisait partie intégrante du mode de vie des Métis de Sault Ste. Marie juste avant 1850³²⁶.

Pour ce qui est de ce volet d'analyse, la Cour ne prétend pas qu'elle se fie uniquement aux conclusions de fait du juge du procès, mais admet que les éléments de preuve qu'elle retient « appuient » les conclusions du juge du procès. Nous soumettons que cet admission reflète plus fidèlement le traitement de la preuve dans cette affaire.

La Cour reconnaît donc l'existence du droit ancestral de chasse de Powley. Qui plus est, la Cour conclut qu'il n'y a eu aucune preuve de l'extinction du droit, ni que les mesures prises par le gouvernement étaient justifiées en l'espèce. La Cour explique que compte tenu de « la preuve au dossier », le système actuel de délivrance de permis ne peut être justifié.

Ce jugement confirme notre hypothèse puisque le domaine de la preuve est utilisé en rhétorique pour soutenir les valeurs de la Cour, cette fois, en faveur de la reconnaissance d'un droit de chasse pour se nourrir des Métis. L'adaptation du « Test Van der Peet » nous indique que les Métis verront également la reconnaissance de leurs droits ancestraux être soumise à un exercice fondé principalement sur l'interprétation de la preuve, à la fois historique et contemporaine. Des auteurs ont souligné que les Métis vont bénéficier d'un avantage dans la mesure où la preuve qui sera analysée dans leur cas sera à partir de la « mainmise » européenne plutôt qu'au moment du premier contact pour les « Indiens »³²⁷.

³²⁵ *Id.*, par. 40.

³²⁶ *Id.*, par. 41, 44.

³²⁷ Andrea HORTON et Christine MOHR, « R v. Powley: Dodging Van der Peet to recognize Métis rights », (2005), 30, *Queen's L.J.*, par. 50, 51, 110.

Nous remarquons également que les Métis devront faire la preuve de certains éléments additionnels pour pouvoir bénéficier de droits ancestraux, telle l'existence de leurs communautés historiques, ainsi que leur appartenance à une de ces communautés. La Cour devra donc analyser d'autres volets axés principalement sur l'appréciation de la preuve.

Synthèse et conclusions de la troisième partie

La période marquée par la mise en œuvre des tests développés par la Cour dans *Van der Peet* et *Sparrow* donna des résultats mixtes en ce qui a trait à la reconnaissance des droits économiques des Autochtones. Pendant cette période, nous comptons huit « victoires » contre six « défaites ». Les valeurs de la Cour telles qu'observées par Lajoie et al., sont encore appliquées avec constance par la Cour, la reconnaissance de certains droits en principe, mais uniquement à des fins limitées et non commerciales (voir la reconnaissance d'un droit uniquement à des fins « domestiques » dans *Sappier*), ainsi que la réaffirmation du couple souveraineté canadienne et primauté du droit (notamment les motifs du juge Binnie, dans *Mitchell c. MRN*). En fait, la Cour statue exceptionnellement dans *Marshall 2* pour rassurer la société canadienne que les droits économiques ancestraux des Mi'kmaq sont limités.

Notre hypothèse est confirmée avec encore plus d'autorité pendant cette période. La quasi-totalité des jugements portant sur les droits économiques des Autochtones, qu'ils soient issus de traités ou invoqués en tant que droits ancestraux, sont déterminés en fonction des valeurs de la Cour, avec le domaine de la preuve comme principal élément de rhétorique au soutien. Un des exemples les plus importants de cette pratique est quand la Cour procède avec la première étape du « Test Van der Peet », la caractérisation du droit. À ce moment, la Cour invoque la preuve soit pour circonscrire un droit à portée restreinte (*Sappier*) ou pour ajouter un fardeau additionnel de preuve en ajoutant des caractéristiques au droit invoqué (tel l'élément géographique dans *Mitchell c. MRN*).

La seule exception pour cette période étant des jugements dans lequel la principale source invoquée au soutien du droit économique est de nature législative. Dans ces cas (*Westbank*,

Blais), les pourvois furent rejetés en fonction de l'intention du législateur et par des arguments de droit.

Bien que nous ayons noté des constantes dans les valeurs de la Cour, ainsi que dans la rhétorique principale invoquée au soutien de ses valeurs, nous avons toutefois noté plusieurs innovations et mutations pendant cette période. Parmi les innovations principales de la Cour, nous notons le transfert de plusieurs critères du « Test Van der Peet » en contexte des droits issus de traités ainsi que dans le domaine des droits des Métis. Nous notons également la notion de la recherche de l'intention commune des parties dans l'interprétation des traités historiques (*Marshall 1, Bernard*). Nous avons remarqué un assouplissement du « Test Van der Peet » quant au critère qu'une activité doit faire partie intégrante d'une culture autochtone (*Sappier*). Finalement, la Cour invoque désormais fréquemment le principe de la réconciliation des intérêts.

Ces innovations et mutations ne font que confirmer notre hypothèse puisque l'invocation du domaine de la preuve constitue une partie inhérente de toute analyse que la Cour devra compléter dans l'application de tout ces « tests » et « principes ». De plus, pendant cette période (et malgré l'énoncée sporadique de règles ou de principes) la Cour reconnaît et défend le flou méthodologique de l'application du domaine de la preuve dans les dossiers portant sur les droits économiques des Autochtones. Nous sommes donc d'avis que la Cour préfère opérer à l'intérieur de ce flou méthodologique que d'essayer d'établir des règles plus claires et précises.

CONCLUSIONS

Confirmation de l'hypothèse : le lien entre l'utilisation du domaine de la preuve et les valeurs de la Cour est démontré

L'objet de ce mémoire n'est pas de débattre des valeurs de la Cour dans la détermination des droits économiques des Autochtones. Toutefois, on ne peut passer sous silence l'influence et le rôle des valeurs de la Cour, ainsi que les facteurs extrinsèques provenant de la société canadienne contemporaine dans les décisions qui sont livrées par la Cour sur les droits économiques des Autochtones. Nous soumettons qu'il y a un certain manque de transparence et de certitude quant au rôle de ces considérations sur la façon dont les droits économiques des Autochtones sont circonscrits par les tribunaux. Par exemple, nous pensons à la qualification de la Cour concernant le droit de faire le commerce aux fins de « subsistance convenable » provenant d'une activité commerciale « traditionnelle », ou encore à la distinction d'un droit de coupe de bois à des fins « domestiques » plutôt que « personnelles » ou « commerciales ». Ce sont là des limites qui semblent être établies pour minimiser les conséquences de la constitutionnalisation des droits ancestraux et issus de traités et constitue une tentative de la Cour de trouver un juste milieu entre les intérêts des Autochtones et non-Autochtones, plutôt que de ressortir de la preuve présentée à la Cour³²⁸. Bien que ces limitations ne soient pas fondamentalement fondées sur la preuve, ce mémoire démontre toutefois que depuis les années 1980, la rhétorique avancée par la Cour au soutien de ses valeurs est principalement liée au domaine de la preuve.

Nous avons suivi l'évolution du cadre juridique et politique applicable à la situation des Autochtones au Canada, du déni de l'existence même des droits ancestraux, jusqu'à la reconnaissance constitutionnelle de ces droits. En comparaison avec les jugements des années 1960 et 1970 dans lesquels la souveraineté de l'intention du législateur avait une

³²⁸Par exemple, Price décrit l'interprétation de traités comme étant un processus politique et que l'opinion publique sera toujours un des facteurs déterminants. Voir : Richard T. PRICE, *Indian Treaty Relationships*, Edmonton, Plains Publishing Inc., 1991, p. 125 et 126. Schachter partage cet avis et émet l'opinion que « ancient aboriginal rights are, in effect, being defined by the context of the effect they will have on current Canadian society, rather than on the historical aboriginal perspective », Voir: Harley SCHACHTER, *loc. cit.*, note 293, 209. Voir aussi Boyle et MacCrimmon, qui rappelle que le processus de détermination des faits est biaisé : « our knowledge about truth is conditioned by the culture to which we belong and our historical circumstances », dans C. BOYLE et M. MacCRIMMON, *loc. cit.*, note 16, 62.

préséance quasiment incontestée sur les droits invoqués par les Autochtones, on peut être tenté de voir la jurisprudence depuis les années 1980 comme étant favorable aux revendications des Autochtones. Mais une étude plus approfondie de la question ne dresse pas un bilan aussi positif pour les droits économiques des Autochtones. Tout comme l'a observé Lajoie et al., même les « victoires » récentes peuvent être interprétées comme étant que des « victoires partielles », étant donné la délimitation restrictive des droits qui sont reconnus. Nous notons que sur les quarante-six jugements de la Cour, il y a seulement eu la reconnaissance d'un droit économique d'ampleur commerciale à une occasion (*Gladstone*)³²⁹.

Dès les années 1980, la Cour commence à élaborer des « tests » et « principes » pour tenir compte de la constitutionnalisation des droits économiques des Autochtones. La jurisprudence de la Cour démontre que ces tests ne sont pas toujours établis avec précision, et sont eux même évolutifs. Même si ces « tests » et « principes » évoluent et ne sont pas nécessairement appliqués uniformément, nous avons remarqué une constante : que les critères et étapes élaborés par la Cour pour donner suite à ces « tests » et ces « principes » sont, de par leur nature, ancrés dans l'appréciation de la preuve. En effet, mis à part certains jugements dont la source du droit invoqué est de nature législative, le domaine de la preuve est toujours invoqué d'une manière ou d'une autre au soutien de la *ratio* du tribunal.

Étant donné l'importance primordiale de l'appréciation de la preuve dans la mise en œuvre de ces « tests » et « principes », il est un peu surprenant de constater le flou total qui existe dans la méthodologie de la preuve au niveau de la Cour. Donc, nous soumettons que l'imprécision de ces « tests » et « principes » doit forcément être analysée en fonction de l'imprécision de la Cour eu égard aux règles de droit de la preuve. Parfois la Cour énonce des règles de preuve à caractère obligatoire, parfois ces règles sont abordées de manière aléatoire, et d'autrefois, il n'y a aucune discussion du tout à ce sujet. La nature inconstante de ces démarches est similaire à ce que d'autres auteurs ont remarqué dans d'autres

³²⁹ Sans aborder cette problématique en détail, les causes portant sur les droits économiques des Autochtones seront débattues par les Autochtones plus par principe que pour se voir octroyer des droits économiques pouvant s'exercer dans le contexte de la société canadienne actuelle. Il n'est guère surprenant donc de voir la constatation de Janda que :D'invoquer le dogme de droit public- surtout constitutionnel- ne fournira pas à l'APNQL et à ses membres les outils nécessaires pour confronter le défi de la modernité économique autochtone et faire les choix fondamentaux qui orienteront leur propre gouvernance, Voir Richard JANDA, « Nouvelles Perspectives de Gouvernance Économique : Éléments de Synthèse » dans *Gouvernance autochtone : Aspects juridiques, économiques et sociaux*, Montréal, Éditions Thémis, 2007, p. 101.

domaines d'interprétation constitutionnelle, domaines souffrant parfois de peu d'objectivité quant à la preuve retenue ou considérée, avec une méthodologie nébuleuse sur les règles de preuve « extrinsèque »³³⁰.

Nous avons également noté une diversité par rapport au type de faits sur lesquels la Cour s'appuie pour soutenir son raisonnement. Pour démontrer l'étendue d'une pratique dans le cadre d'une revendication d'un droit ancestral ou issu de traité, la Cour invoque plus souvent des faits historiques spécifiques ou des extraits de témoignages précis de témoins experts. Tandis que dans le cadre d'une analyse de la portée d'une disposition législative ou constitutionnelle, cette même Cour invoquera plus probablement des notions historiques générales dont elle prend connaissance d'office ou des déductions qu'elle fait à partir de sa lecture de textes.

La Cour pourrait limiter les critiques à son égard en étant plus explicite et disciplinée quant à sa méthodologie ayant trait aux distinctions en preuve entre l'objet, le degré, le fardeau et les moyens. Ce manque de discipline a des conséquences qui vont bien au-delà de chaque affaire en particulier, cela a un impact sur la perception de l'objectivité des juges, et donc, sur la crédibilité de la Cour en général. Comme l'expliqua la juge L'Heureux-Dubé dans une autre affaire: « Vagueness in legal methodology has effects that pervade the entire judicial system in its broadest sense and are accordingly felt by society as whole »³³¹. Mais dans ses jugements plus récents, la Cour a choisi de maintenir ce flou, tout en le reconnaissant explicitement.

Critiques des pratiques de la Cour reliées au domaine de la preuve

Dans nos conclusions, nous voulons également commenter quatre pratiques de la Cour en particulier, témoignant de ce flou, qui nous semble particulièrement préjudiciables aux intérêts de parties. Premièrement, nous voulons commenter le rattachement par la Cour de « l'intention commune des parties » à un traité historique. Avec ce principe d'interprétation, la Cour cherche à trouver par le biais de la preuve une « intention

³³⁰ Voir en général sur ces points: Danielle PINARD, « Institutional Boundaries and Judicial Review: Some Thoughts on How the Court is Going About its Business: Desperately Seeking Coherence », 2004, 25, Supreme Court Law Review (Second Series), 215-218.

³³¹ Cité dans Danielle PINARD, loc. cit., note 330, 215.

commune » des parties au moment de la signature du traité, sans se demander si une « intention commune » existe en l'espèce. L'explication de Tremblay sur l'historique des traités conclus en Amérique démontre que les objectifs, attitudes et systèmes juridiques dominants des pouvoirs coloniaux et impérialistes ne peuvent pas facilement être réconciliés avec les attitudes, objectifs et systèmes juridiques des Autochtones (si variés soient-ils)³³².

Dans ces circonstances, nous envisageons difficilement comment la Cour peut sérieusement se prêter à l'exercice permettant de trouver une intention commune des parties, qu'elle présume existante, avant même que l'intention commune soit démontrée par la preuve. Entreprendre une telle démarche peut seulement contribuer à une mutation de l'analyse de la preuve, pour faire « rentrer » la preuve dans un « test d'interprétation » préétabli « d'intention commune ».

En deuxième lieu, la Cour devrait s'abstenir d'utiliser des extraits de jurisprudence comme « précédent de preuve » créant des obstacles à l'analyse de chaque droit économique invoqué dans l'ensemble de son contexte historique. C'est une pratique courante qu'on peut retracer dès les premiers jugements de la Cour portant sur les droits économiques des Autochtones issus de traités, par exemple, dans *Daniels*, quand la Cour utilise des conclusions de faits portant sur le Traité no. 11 pour interpréter les Traités no. 5 et 6. Comme deuxième exemple, citons l'application automatique du test *Marshall 2* dans *Bernard*. Si la Cour n'avait pas procédé à une application automatique du test de *Marshall 2*, elle aurait peut-être conclu que la preuve démontre l'intention des parties sur l'exploitation des ressources forestières était prévue d'une autre manière. Cette façon de procéder a également comme conséquence de figer les droits des Autochtones dans le temps et de rendre les droits issus de traités de plus en plus illusoire dans un contexte moderne³³³.

³³² Benoît TREMBLAY, « L'origine et l'évolution des traités avec les autochtones en Amérique : le développement d'une relation incertaine », Forum Autochtone, Insight Information Co., 22 mars, 2005, [non publié].

³³³ On remarque donc une différence dans le potentiel des droits protégés par la *Loi Constitutionnelle de 1982* : les droits provenant de la *Charte* s'adapteront aux contextes modernes, considérant l'emphase mise sur les faits contemporains dans la détermination de ces droits, tandis que les droits autochtones souffriront toujours de leurs origines historiques.

Troisièmement, nous croyons qu'il est important de souligner que l'application par la Cour de la première étape du « test Van der Peet » est particulièrement problématique. En effet, la Cour utilise cette étape de « caractérisation » du droit pour soit délimiter artificiellement le droit invoqué à un droit à portée réduite (tel le droit à des fins « domestiques » dans *Sappier*), ou pour ajouter des qualificatifs restrictifs aux droits invoqués (par exemple, dans *Mitchell c. MRN*, où on qualifia le commerce comme étant exercé sur un axe nord-sud). Ce qui nous semble particulièrement inéquitable dans ce processus est le fait que les parties ont apporté des éléments de preuve à l'appui d'un certain droit, et que ce n'est qu'au niveau de la Cour Suprême que ce droit est enfin définitivement « caractérisé » sans que les parties (et intervenants) aient nécessairement eu l'opportunité de présenter des nouveaux éléments de preuve pour s'ajuster à cette nouvelle caractérisation.

Finalement, avec sa jurisprudence récente, notamment, avec les applications récentes des « test Sparrow » et « Van der Peet » ainsi que l'émergence du devoir de consulter de *Haïda*, la Cour fait de plus en plus appel à la notion de « réconciliation des intérêts » des parties. Dans cette analyse de « réconciliation des intérêts », la Cour mentionne souvent l'impact que la décision aura sur la société canadienne. Nous voyons ce développement comme étant positif dans la mesure où les intérêts économiques des non-Autochtones (qui ont toujours influencé les décisions de la Cour) font finalement l'objet de discussion dans les jugements. Il y a donc une opportunité pour la Cour de devenir plus transparente quant aux facteurs influençant ses jugements. Toutefois, nous partageons les critiques exprimées par Imai, que la Cour jusqu'à présent n'a pas saisi cette opportunité pour chercher des éléments de preuve au soutien de son analyse au niveau de la réconciliation des intérêts. La Cour se contente plutôt d'affirmer ce qu'elle a toujours maintenu : des droits économiques des Autochtones à portée réduite au nom de la réconciliation des intérêts. Nous soumettons qu'en ne cherchant pas plus loin au niveau de la preuve considérée, la Cour échoue dans sa tentative de trouver une réconciliation véritable des intérêts.

Dans ces exemples, soit la recherche de l'intention commune des parties, l'utilisation des « précédents de preuve », la caractérisation initiale du droit invoqué par les parties, ainsi que l'application de la notion de « réconciliation des intérêts », la Cour parvient à maintenir des valeurs substantiellement conformes à sa jurisprudence ancienne. La constatation de Lajoie et al. selon laquelle il y a lieu de confirmer l'existence des droits économiques des

Autochtones, tout en les limitant en faveur de la majorité non Autochtone et en réaffirmant le couple souveraineté canadienne et primauté du droit sont donc maintenues.

Toutefois, nous trouvons que dans ces quatre exemples, la Cour justifie l'adoption de ses valeurs en appliquant des méthodes qui vont manifestement à l'encontre d'impératifs méthodologiques du domaine de la preuve.

Confirmation de l'hypothèse dans l'avenir? : Le développement du devoir de consulter

Pour conclure nous voulons également soulever un développement important dans le droit canadien des Autochtones qui, selon nous, maintiendra l'importance du domaine de la preuve dans les décisions de la Cour. En effet, tout au long de ce travail, nous avons remarqué que le rôle et surtout la rhétorique de la Cour a changé à travers les décennies dans les jugements portant sur la détermination des droits économiques des Autochtones. Depuis les années 1960, quand la suprématie du législateur était quasiment incontestée, le cadre juridique applicable a évolué et par conséquent, la Cour assume un rôle plus important dans la « gestion » des relations entre la Couronne et les Premières Nations. Tout comme l'avaient prédit Snell et Vaughan à propos du rapatriement de la Constitution, la Cour « is now in a position [...] to make itself a truly significant participant in the Canadian polity »³³⁴.

En 2004, la Cour livre la décision *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*³³⁵ (ci-après « *Haïda* »), marquant un autre point tournant dans le droit canadien des Autochtones. Cette décision établit l'obligation de la Couronne (incluant le gouvernement fédéral et provincial) de consulter les Premières Nations et de trouver des accommodements à leurs intérêts. En ce faisant, la Cour prend un rôle actif en délimitant comment les relations entre les gouvernements et les Premières Nations devraient dorénavant se dérouler.

³³⁴ J. G. SNELL et F. VAUGHAN, *op. cit.*, note 7, p. 258.

³³⁵ *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, précité, note 35.

Selon la Cour, l'obligation de consulter découle du principe de l'honneur de la Couronne qui est inhérent à l'application de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. En édictant que l'objectif principal est la conciliation des intérêts des Autochtones avec ceux de la société canadienne, la Cour précise que l'obligation de consulter prend naissance lorsque la Couronne a connaissance, concrètement ou par imputation, de l'existence potentielle du droit ou titre ancestral et envisage des mesures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur ceux-ci. Selon la Cour, entreprendre des mesures de consultation et, dans certain cas, d'accommodement avant le règlement définitif d'une revendication autochtone permet de protéger les intérêts autochtones et constitue un aspect essentiel du processus de conciliation. Le « degré » de consultation ou d'accommodement variera selon les faits, notamment en fonction du degré de certitude de l'existence du droit touché, la nature du droit touché, et l'étendue de l'atteinte potentielle au droit.

Ce développement est important parce qu'il rajoute une autre dimension aux revendications de droits économiques des Autochtones. Depuis *Haïda*, si une Première Nation juge qu'un droit économique ancestral existe et que le gouvernement envisage prendre une mesure qui pourrait avoir une incidence négative sur ce droit, la Première Nation a le droit de demander d'être préalablement consultée.

Une étude approfondie de cette nouvelle doctrine dépasserait le cadre de cette recherche, puisque cette doctrine est axée sur l'accommodement des intérêts (économiques ou autres) des Autochtones, et non sur la détermination des droits économiques en tant que tels. Nous soumettons toutefois que cette nouvelle doctrine demeure pertinente dans la mesure où le discours judiciaire entourant le domaine des droits économiques des Autochtones n'est plus le même.

Le cadre du discours judiciaire canadien sur les droits économiques des Autochtones porte désormais sur deux axes principaux : 1) la tendance que nous avons remarquée depuis les années 1960, et depuis 1982 avec une protection constitutionnelle, de la reconnaissance et la détermination des droits économiques des Autochtones (qui sont invoqués principalement en défense à des accusations de droit pénal); 2) la nouvelle tendance, l'invocation des intérêts économiques, fondés sur un droit ou titre ancestral, nécessitant la consultation et la participation des Autochtones dans les projets impliquant les

gouvernements et le secteur privé. De plus, nous notons un certain chevauchement dans ces deux axes, dans la mesure où les « intérêts » des parties seront considérés en vue de la « réconciliation », par exemple, dans le cas des droits ancestraux, les intérêts des parties (par rapport aux intérêts de la société) seront considérés à l'étape de l'application du « Test Sparrow ».

Nous avançons que les critères reconnus par la Cour pour établir le « degré » de consultation ou d'accommodement qui varie en fonction du degré de certitude de l'existence du droit touché, la nature du droit touché, et l'étendue de l'atteinte potentielle au droit, permettra à la Cour de continuer à juger les causes impliquant les intérêts économiques des Autochtones selon leurs propres valeurs en se fiant sur le domaine de la preuve au soutien de la rhétorique qu'elle présentera.

La Cour prône ses valeurs et adopte une rhétorique dont résulte soit le rejet des revendications des droits économiques des Autochtones, soit la reconnaissance de certains droits économiques à portée réduite. Pour la période de 1982 à 2007, il y a eu confirmation de notre hypothèse voulant que le domaine de la preuve, tant par l'invocation de règles de preuve que par l'appréciation de la preuve, soit le principal outil rhétorique invoqué par la Cour au soutien de la détermination des droits économiques des Autochtones selon ses propres valeurs. Ce faisant, la Cour s'expose à de nombreuses critiques relatives au raisonnement et à la méthodologie qu'elle adopte pour résoudre ces questions difficiles; questions qui mettent en jeu les intérêts (économiques et non-économiques) de la minorité Autochtone et de la majorité non-Autochtone. Reconnaisant sans aucun doute qu'il serait beaucoup plus approprié de trancher ces questions dans le cadre de négociations plutôt que par la voie judiciaire, la Cour a développé la doctrine de l'obligation de consulter. Toutefois, si les parties ont recours au système judiciaire pour statuer sur la mise en œuvre de cette doctrine, les tribunaux continueront à utiliser le domaine de la preuve pour soutenir la rhétorique qu'ils adopteront pour déterminer l'étendue du devoir de consulter.

TABLE DE LA LÉGISLATION

- Acte Constitutionnel, 1930, 20-21 George V, c. 26 (R.-U.)
- Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867, 30 & 31 Victoria, ch. 3 (R.-U.)
- Convention entre le Canada et l'Alberta sur le transfert des ressources naturelles
- Convention sur le transfert des ressources naturelles, S.S. 1930, chap. 87
- Convention sur le transfert des ressources naturelles (Manitoba)
- Lands and Forests Act, R.S.N.S. 1967, chap. 163
- Loi Constitutionnelle de 1982, Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (1982, R.-U., c. 11).
- Loi de l'impôt sur le revenu, 1970-71-72 (Can.), chap. 63
- Loi des Ressources Naturelles du Manitoba, 1930 (Can.) c. 29; 1930 (Man.); c. 30 – Acte ANB 1930, c. 26.
- Loi fédérale sur la Convention concernant les oiseaux migrateurs, S.R.C. 1952 c. 179
- Loi sur la conservation de la faune, L.R.M. 1987, ch. W130
- Loi sur la saisie-arrêt, L.R.M. 1970, ch. G20, C.P.L.M., ch. G20
- Loi sur les Indiens, R.S.C., 1952, c. 149
- Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, chap. I-6
- Loi sur les Indiens, L.R.C., 1985, c. I-5
- Loi sur les pêcheries, S.R.C. 1970, chap. F-14
- Proclamation Royale No. 1 (1763)
- Règlement de pêche du Québec, C.R.C., ch. 852
- Règlement de pêche du hareng du Pacifique, C.R.C., ch. 825
- Règlement sur les zones d'exploitation contrôlée, R.R.Q. 1981, 370
- The Wildlife Act, S.S. 1979, chap. W-13.1
- Westbank Indian Band Assessment By-Law, 1990

Westbank Indian Band Taxation By-Law, 1990

Wildlife Act, S.A. 1984, ch. W-9.1

Wildlife Act, R.S.A. 1970, c. 391.

Wildlife Act, R.S.B.C. 1979, chap. 433

TABLE DES TRAITÉS

Traité ou Articles de la Paix et de L'Amitié Renouvelée, (1752)

Traité de Saanich nord (1852)

Traités No. 5, (1876)

Traité No. 6, (1877)

Traités No. 7 et son supplément, (22 septembre et 4 décembre, 1877)

Traité No. 8 (21 juin, 1899).

Traité No. 11, (27 juin, 1921)

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du nord canadien), [1995] 4 R.C.S. 344

Bande indienne de St. Mary's c. Cranbrook (Ville), [1997] 2 R.C.S.

Calder c. Procureur Général de la C.B., [1973] R.C.S. 313

Cardinal c. Alberta (P.G.), [1974] 3 R.C.S., 695

Daniels. c. White et R., [1968] R.C.S., 517

Delgamuukw c. Colombie-Britannique, [1997] 3 R.C.S., 1010

Dick c. R., [1985] 2 R.C.S. 309.

Guerin c. Canada, [1984] 2 R.C.S., 335

McDiarmid Lumber Ltd. c. Première Nation de God's Lake, [2006] 2 R.C.S. 846

- Mitchell c. Bande indienne Peguis [1990] 2 R.C.S. 85
- Mitchell c. M.R.N., [2001] 1 R.C.S. 911
- Moosehunter c. R., [1981] 1 R.C.S. 282
- Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts), [2004] 3 R.C.S. 511.
- Nowegijick c. R., [1983] 1 R.C.S., 29
- Première nation de Westbank c. British Columbia Hydro and Power Authority, [1999] 3 R.C.S. 134.
- R. c. Adams, [1996] 3 R.C.S. 101
- R. c. Badger, [1996] 1 R.C.S. 771
- R. c. Bernard, [2005] 2 R.C.S. 220
- R. c. Blais, [2003] 2 R.C.S. 236
- R. c. Côté, [1996] 3 R.C.S. 139
- R c. Derriksan, [1976] A.C.S. no 3
- R c. Elk, [1980] 2 R.C.S., 156
- R. c. Frank, [1978] 1 R.C.S., 95
- R. c. George, [1966] R.C.S. 267
- R. c. Gladstone, [1996] 2 R.C.S. 723
- R c. Horse [1988], 1 R.C.S. 187.
- R c. Horseman [1990] 1 R.C.S. 901
- R. c. Howard, [1994] 2 R.C.S. 299
- R c. Kruger, [1976] 1 R.C.S., 104
- R c. Lewis, [1996] 1 R.C.S. 921
- R. c. Marshall, [1999] 3 R.C.S., 456
- R. c. Marshall, [1999] 3 R.C.S., 533

R. c. McKinney, [1980] 1 R.C.S., 401

R. c. Morris, [2006] 2 R.C.S. 915

R. c. Mousseau, [1980] 2 R.C.S., 89

R. c. Myron, [1976] 2 R.C.S., 137

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

R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd., [1996] 2 R.C.S. 672.

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

R. c. Powley, [2003] 2 R.C.S. 207

R. c. Powley, [1998] O.J. No. 5310

R. c. Prince, [1964] R.C.S. 81.

R. c. Sappier; R. c. Gray [2006] 2 R.C.S. 686

R. c. Sikyea, [1964] R.C.S. 642.

R. c. Sparrow [1990] 1 R.C.S. 1075

R. c. Sundown, [1999] 1 R.C.S. 393.

R. c. Sutherland, [1980] 2 R.C.S., 451

R. c. Van der Peet, [1996] 2 R.C.S. 507

Rex c. Wesley [1932], 2 W.W.R. 337, 26 Alta L.R. 433

R. c. White et Bob, (1965), 52 D.L.R. (2d) 481

Rizzo & Rizzo Shoes Ltd., [1998] 1 R.C.S. 27

RJR-MacDonald c. Canada (P.G.), [1995] 3 R.C.S. 199

Sigereak E1-53 c. R., [1966] D.L.R. (2d) 536

Simon c. R., [1985] 2 R.C.S. 387

Williams c. Canada [1992] 1 R.C.S. 877

BIBLIOGRAPHIE

Monographies et recueils

- CÔTÉ, P.A. Interprétation des Lois, 3e éd., Montréal, Les Éditions Thémis, 1999, 1035p..
- CUMMING P.A. et N. H. MICKENBERG (eds.), Native Rights in Canada, 2^e ed., Toronto, The Indian-Eskimo Association of Canada, 1971, 352p.
- DICKASON, O.P., Canada's First Nations, Toronto, McClelland & Stewart, 1993, 590p.
- FLANAGAN, T., First Nations? Second thoughts, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2000, 245 p.
- GRUENDLING, D. Emmett Hall: Establishment Radical, Markham, Ont., Fitzhenry and Whiteside, 2005, 298 p.
- JANDA, R., « Nouvelles Perspectives de Gouvernance Économique : Éléments de Synthèse » dans Gouvernance Autochtone : Aspects Juridiques, Économiques et Sociaux, Montréal, Éditions Thémis, 2007, 246p.
- LAJOIE, A., « Conceptions Autochtones des Droits Ancestraux » dans Gouvernance Autochtone : Aspects Juridiques, Économiques et Sociaux, Montréal, Éditions Thémis, 2007, 246 p.
- LAJOIE, A., Jugements de Valeurs, Paris, P.U.F., 1997, 217 p.
- LAJOIE, A., Quand les minorités font la loi, Paris, P.U.F., 2002, 217 p.
- LINKLATER, I. « First Nations governments in Manitoba : the changing role of the lawyer » dans Practising Law in an Aboriginal Reality, Winnipeg, Law Society of Manitoba, 2001, 325p.
- MONAHAN, J. et L. WALKER, Social Science in Law, Cases and Materials, University Casebook Series, 2002, New York, The Foundation Press, 5th ed., 621 p.
- MORIN J.Y. et J. WOEHLING, Les constitutions du Canada et du Québec: du régime français à nos jours, Tome Premier- Études, 2^e ed., Montréal, Les Éditions Thémis, (1994), 656p.
- PINARD, D., « La connaissance judiciaire prend-elle fin là où l'expertise débute ? – Le domaine de la connaissance d'office des faits », dans Actes de la XVI^e Conférence des juristes de l'État, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 2004, 441p.

PRICE, R.T., Indian Treaty Relationships, Edmonton, Plains Publishing Inc., 1991, 156 p.

SCHACHTER, H., « Selected current issues in aboriginal rights cases : evidence, limitations and fiduciary obligations », dans Practising Law in an Aboriginal Reality, Winnipeg, Law Society of Manitoba, 2001, 325p.

SNELL, J.G. et F. VAUGHAN, The Supreme Court of Canada : History of the Institution, Toronto, The Osgoode Society, 1985, 319p.

VAUGHAN, F. Aggressive in Pursuit: The life of Justice Emmett Hall, Toronto, The Osgoode Society Press, 2004, 293p.

Articles de revue

BORROWS J. et L. I. ROTMAN, « The Sui Generis Nature of Aboriginal Rights: Does it Make a Difference? », (1997) 36 Alta. L. Rev. 9.

BOYLE, C. et M. MacCRIMMON, « To Serve the Cause of Justice : Disciplining Fact Determination », Windsor Yearbook of Access to Justice, (2001), Vol. 20, 55-85.

BARSH, R.L. and J. Y. HENDERSON, « The supreme court's Van der Peet trilogy : naive imperialism and ropes of sand », (1997) 42 R.D. McGill, 993.

CHRISTIE, G., « Justifying Principles of Treaty Interpretation », Queens L. J., (Fall 2000), 143-224.

DAVIS, K.C. « An approach to problems of evidence in the administrative process », (1942), 55 Harvard L. Rev. 364, 402-403.

DUFRAIMONT, L. « From regulation to recolonization : Justifiable infringement of aboriginal rights at the supreme court of Canada », (2000) 58 U.T. Fac. L. rev. 1-30.

HENDERSON, J., « Constitutional Power and Treaty Rights », Sask. L. Rev., (2000), 63(2), 719-749.

HENDERSON, J., « Interpreting Sui Generis Treaties », Alta. L. Rev., (Dec. 1997), 36, 46-96.

HORTON, A. et C. MOHR, « R v. Powley: Dodging Van der Peet to recognize Métis rights », (2005) 30 Queen's L.J., 772-824.

IMAI, S. « Aboriginal rights : creating disincentives to negotiate : Mitchell v. M.N.R.'s potential effect on dispute resolution », (2003) Windsor Y.B. Access Just., 309.

ISAACS, T., « The Courts, Government and Public Policy : the Significance of R. v. Marshall », Sask. L. Rev., (2000), 63(2), 701-713.

LAJOIE, A., É. GÉLINEAU, I. DUPLESSIS et G. ROCHER « L'intégration des valeurs et des intérêts autochtones dans le discours judiciaire et normatif canadien », *Osgoode Hall L.J.*, vol.38, 2000, 143-188.

McNEIL, K. « Extinguishment of Aboriginal Title in Canada : Treaties, Legislation, and Judicial Discretion », (2001-2002) 33 *R.D. Ottawa*, 301-346.

MONAHAN, J. et L. WALKER, « Social Authority : Obtaining, Evaluating, and Establishing Social Science in Law », (1986) 134 *University of Pennsylvania Law Review*, 477.

MORIN, M. « Quelques réflexions sur le rôle de l'histoire dans la détermination des droits ancestraux et issus de traités », (2000) 34 *R.J.T.* 329-368.

NEWMAN, D. « The limitation of Rights : A comparative evolution and ideology of the Oakes and Sparrow tests », (1999), 62 *Sask. L. Rev.* 543-566.

NEWMAN, D. « You still know nothin' 'bout me: Toward cross-cultural theorizing on Aboriginal rights », (2007) 52 *R.D. McGill* 725-756.

NORMEY, R., « Angling for Common Intention : Treaty Interpretation in *R v. Marshall* », (2000), 63(2), *Sask. L. Rev.*, 645-665.

PINARD, D. « La connaissance d'office des faits sociaux en contexte constitutionnelle », 1997, 31, *R.J.T.* 315-397.

PINARD, D., « Le droit et le fait dans l'application des standards et la clause limitative de la Charte Canadienne des Droits et Libertés », (1989), 30 *Cahiers de Droit*, 137-187.

PINARD, D., « Institutional Boundaries and Judicial Review : Some Thoughts on How the Court is Going About its Business : Desperately Seeking Coherence », 2004, 25 *Supreme Court Law Review (Second Series)*, 213-240.

POZNIAK, K. « Modification, infringement, and the visible incompatible test: The impact of *R. v. Badger* on treaty hunting rights in the prairie provinces », (2005) 68, *Sask. L. Rev.* 403-434.

ROTMAN, L.I., « Taking Aim At the Canons of Treaty Interpretation in Canadian Aboriginal Rights Jurisprudence », *UNBJ*, 46 (1997), 11-50.

ROTMAN, L.I., « Marshalling Principles From the Marshall Morass », *Dalhousie Law Journal*, v35 (2001), 5-47

ROTMAN, L.I., « My Hovercraft is Full of Eels : Smoking Out the Message in *R. v. Marshall* », *Sask. L. Rev.*, (2000), 63(2), 617-644.

SHEFFER, W.J., « *R v. Marshall*, Aboriginal treaty rights and wrongs », (Mar. 2000), 10 *Windsor Rev. Leg. & Soc. Issues*, 77-103.

SCHULTE-TENCKHOFF, I. « Reassessing the paradigm of domestication » *Revue d'études constitutionnelles*, Vol. 4, No. 2, 1998, 239-289.

STEIN, A. « The Refoundation of Evidence Law », (1996) 9 *Can. J.L. & Juris.* 279-342.

THOMAS, I. "The Courts, Government and Public Policy: The Significance of *R. v. Marshall*." *Sask. L. Rev.* 63, (2000), 701-718.

TREMBLAY, B., « L'origine et l'évolution des traités avec les autochtones en Amérique : le développement d'une relation incertaine », *Forum Autochtone*, Insight Information Co., 22 mars, 2005, [non publié].