Document generated on 07/12/2025 5:15 a.m.

Revue québécoise de droit international
Quebec Journal of International Law
Revista quebequense de derecho internacional

Les traités et conventions des nations autochtones du Québec en droit international et constitutionnel

Stéphane N. Jobin

Volume 6, Number 1, 1989

URI: https://id.erudit.org/iderudit/1101266ar
DOI: https://doi.org/10.7202/1101266ar

See table of contents

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)
2561-6994 (digital)

Explore this journal

Cite this article

Jobin, S. N. (1989). Les traités et conventions des nations autochtones du Québec en droit international et constitutionnel. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, *6*(1), 59–70. https://doi.org/10.7202/1101266ar

Tous droits réservés © Société québécoise de droit international, 1989

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

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

This article is disseminated and preserved by Érudit.

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

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

Les traités et conventions des nations autochtones du Québec en droit international et constitutionnel

Stéphane N. JOBIN *

I.- Le droit international
A.- Des États souverains?
II.- Le droit constitutionnel
A.- Les traités des nations autochtones du Québec et le gouvernement fédéral
B.- Les traités des nations autochtones du Québec et la juridiction provinciale québécoise
III.- Les revendications des nations autochtones et le droit des traités

Le premier paragraphe de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* stipule que «les droits existants - ancestraux ou issus de traités - des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés». La Constitution reconnaît ainsi deux sources de droits autochtones : les droits «ancestraux» et ceux «issus de traités». Il est d'une importance fondamentale pour toutes les parties de s'entendre sur une signification juridique précise à donner à ces termes.

Même si l'existence juridique des droits ancestraux ne fait plus de doute depuis le 17 avril 1982, le débat quant au niveau de subsistance de ces droits ne cessera pas de sitôt de faire couler de l'encre. La portée des droits ancestraux semble plus vaste que celle du «titre indien» de common Law[1], mais est-il possible de prétendre comme le fait un auteur que «[...] ceux-ci peuvent facilement comprendre les droits tels que les droits à l'autodétermination, à leur langue et à leur culture»[2]?

L'étude des droits ancestraux des nations autochtones du Québec dépasse la portée de cette dissertation et ne nous retiendra pas. De toute façon, les traités conclus au Québec entre les Autochtones et les Européens, avant 1867, ne comportaient pas une cession du titre ancestral.

Les traités conclus avec les Autochtones sont la deuxième source de droits particuliers que peuvent réclamer les nations autochtones selon la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Lorsque les Européens débarquent définitivement en Amérique du Nord, ils doivent compter avec la présence de ceux qu'ils nomment les «Indiens». Chacune pour des raisons qui lui sont propres, les autorités européennes concluent avec les Indiens des engagements auxquels le nom de «traités» est donné. Par leur petit nombre, par la qualité des parties qu'ils mettent en présence et par le type d'obligations qu'ils créent, les traités qui ont été signés au Québec sont très particuliers.

Quels sont les droits découlant de traités dont les nations autochtones jouissent présentement et quels sont ceux qu'elles peuvent encore exiger?

En droit international, les traités sont très utilisés et la notion de traité fut analysée de façon complète. Il semble naturel d'aller d'abord chercher nos éléments de réponse dans le droit international. Comme les traités auxquels les nations autochtones sont parties ne sont pas utilisés dans les relations internationales actuelles, ils ne sont pas perçus comme faisant partie du domaine international. Nous tenterons d'abord de déterminer, dans cette dissertation, en quoi les traités des nations autochtones du Québec peuvent avoir une valeur juridique sur la scène internationale.

Au plan interne, les nations autochtones ne sont pas absentes de la Constitution canadienne : en plus de la *Loi constitutionnelle de 1982* aux articles 25, 35 et 37, la *Loi constitutionnelle de 1867* les mentionne à son article 91(24) pour donner la compétence sur les «Indiens et les terres réservées aux Indiens» au Parlement du Canada. Les nations autochtones font ainsi l'objet de plusieurs dispositions d'ordre constitutionnel[3]. Après avoir discuté de l'aspect international des traités des Autochtones du Québec, nous tenterons de cerner le rôle qui est joué par ces traités en droit constitutionnel canadien et la place de la juridiction québécoise dans la négociation et l'administration de ces traités.

Les conférences constitutionnelles sur les droits des nations autochtones qui ont suivi le rapatriement de la Constitution ont pris fin en 1987. Il n'y a pas eu depuis de changements significatifs dans la situation des Autochtones; nous verrons dans la dernière partie de cette dissertation dans quelle mesure les traités autochtones seront utiles dans l'avenir.

Il serait utile, avant d'aborder directement le sujet des traités, de préciser certains points : quelles sont les nations autochtones du Québec? Quel rôle ont-elles joué dans l'histoire du Canada? Quels sont les traités autochtones qui sont encore en vigueur au Québec?

* Étudiant à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa. Ce texte a remporté le Concours de dissertation en droit international Mathieu-Bernard en 1989.

1 Tel que défini dans l'arrêt *Calder* c. *P.G. Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313, 322 et 376.

2 J. O'REILLY, «La Loi constitutionnelle de 1982 - droit des autochtones», (1984) 25 *C. de D.* 140.

3 *Loi de 1870 sur le Manitoba*, L.R.C. (1985), App. II, n° 8, art. 31.; *Loi constitutionnelle de 1930*, L.R.C. (1985), App. II, n° 26, art. 11.

Revue québécoise de droit international, vol 6 nº 1, pp. 59-70.
(1989-90) 6 *R.Q.D.I.* 59-70.

Selon un historique foncier fait par le gouvernement du Québec en 1986[4], onze groupes autochtones vivant actuellement sur le territoire québécois possèdent un titre sur leurs terres. Il s'agit des Abénaquis à Trois-Rivières et à Sorel, des Algonquins dans le sud-ouest de la province, des Attikameks sur la rivière St-Maurice, des Cris de la Baie-James, des Hurons près de Québec, des Malécites à Rivière-du-Loup, des Micmacs en Gaspésie, des Mohawks près de Montréal, des Montagnais sur la Côte Nord et enfin des Naskapis du Nouveau-Québec.

Mentionnons que la Cour suprême du Canada a, en 1939, établi que le terme «Indiens» utilisé à l'article 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* comprenait les Inuit et les Métis[5]. Il s'agissait dans cette affaire d'Inuit du Québec.

Lorsque les Français fondent la Nouvelle-France au début du 17e siècle, l'objectif est clair : réaliser des gains financiers grâce à la traite des fourrures[6]. De simples voisins, les Indiens deviendront des guides, des fournisseurs, puis des alliés militaires[7] essentiels à la traite des fourrures[8]. A cette époque, les Indiens tireront un certain profit de la situation[9].

Au début de la colonisation, les Autochtones du Québec n'auront à signer aucun traité opérant cession de leur territoire. Ni l'Angleterre, qui octroie purement et simplement en 1670 la partie septentrionale du Québec à la Compagnie de la Baie d'Hudson, ni la France, qui crée en 1627 la Compagnie des Cent-Associés, ne reconnaissent une souveraineté complète des Autochtones sur leurs terres : la propriété et l'usage des lieux sont remis aux compagnies[10].

D'autres traités seront toutefois conclus en Nouvelle-France :

> Il est juste de dire qu'il n'y a eu aucune négociation concernant les droits de propriété aborigène, mais on ne peut nier que des ententes ont été conclues ultérieurement comme des «traités». Il n'y a en effet guère de différence entre les ententes que Champlain conclut avec les Hurons et les Algonkiens et les ententes passées dans les Maritimes appelées ici «traités de paix et d'amitié». Nous pouvons même avancer que les ententes conclues par Champlain étaient peut-être même plus obligatoires, car il s'engageait à aider ses nouveaux alliés à régler d'anciennes querelles.[11]

Ces traités ne sont pas désuets. «A prime abord, les «treaties of peace and friendship» dans les provinces maritimes, même s'ils n'ont pas impliqué de cessions de terres, peuvent être considérés comme des traités au sens de l'article 35» dira un auteur[12]. Ces traités sont de la même nature que ceux signés par les Français au Québec.

Avant Champlain, Pierre du Gua, Sieur de Monts, avait reçu du roi de France le mandat de conclure des traités de paix avec les Indiens. Après Champlain, les traités seront encore utilisés au Québec[13]. Au 17e siècle, la Couronne britannique aura aussi recours aux traités pour établir les relations avec les nations autochtones. La Cour d'appel du Québec a récemment décidé qu'un document datant de 1760, conclu entre le gouverneur Murray et les Hurons, constituait un traité accordant à ces derniers, en 1987, des droits de chasse particuliers[14].

Il apparaît qu'avant 1763, plusieurs traités ont été conclus au Québec. Les choses changent après la chute de Montréal en 1760 :

> Jusque-là, l'Indien avait de la valeur pour l'occupant en tant que fournisseur de fourrures et guerrier mercenaire. La consolidation de l'Amérique du Nord britannique supprime ce dernier rôle, quelque soit l'allié choisi. Les gens savent que le colon américain a toujours été sans pitié pour les Indiens, les repoussant dès qu'ils ne sont plus utiles.[15]

Le *Traité de Paris* de 1763 stipule que «les Indiens sont maintenus dans leurs terres» et la Proclamation royale britannique, faite la même année, interdit aux gouverneurs des colonies de perturber les tribus indiennes et d'acquérir leurs terres. La Couronne conserve le droit exclusif de négocier (par traité) avec les tribus indiennes pour s'octroyer leurs droits de propriété. Ce sera fait dans plusieurs parties du Canada, mais pas au Québec où il n'existe aucune entente entre la Couronne britannique et les 17 nations autochtones concernant la cession de terres avant 1867[16].

Après la Confédération de 1867, la Couronne signe des ententes en 1868 avec les Abénakis et en 1877 avec les Iroquois. Ces ententes confirment les droits des Autochtones, mais n'affectent pas le droit de propriété sur le territoire. Jamais par la suite le gouvernement du Canada ne négociera de traités avec les Autochtones du Québec[17]. Il faudra attendre la *Convention de la Baie James et du Nord québécois* et la *Convention du Nord-Est québécois* en 1975 et en 1978[18].

---

4 J. BEAULIEU, *Localisation des nations autochtones : historique foncier*, Québec, Les Publications du Québec, 1986.

5 *Renvoi : Re as to whether the terms «Indians» in head 24 of section 91 of the B.N.A.A. includes Eskimo inhabitants of the province of Quebec*, [1939] R.C.S. 104.

6 B. SLATTERY, *The Land Rights of Indigenous Canadian Peoples, as affected by the Crown's Acquisition of their Territories*, thèse de doctorat, Oxford, Wadham College, 1979, p. 84. Voir aussi: L. WEINRIB, *Indian Treaties : An Historical Study*, Indian Claims Commission, 1971, p. 3.

7 G. BROWN et R. MAGUIRE, *Historique des traités avec les Indiens*, Ottawa, Ministère des affaires indiennes et du Nord canadien, 1979.

8 SLATTERY, *op. cit. supra*, note 6, p. 85.

9 BROWN et MAGUIRE, *op. cit. supra*, note 7, pp. 10 et 16.

10 J.-C. BONENFANT, H. BRUN et al., *Histoire du droit public canadien*, Québec, Université Laval, Faculté de droit, 1969, p. 6.

11 BROWN et MAGUIRE, *op. cit. supra*, note 7, p. 17.

12 O'REILLY, *loc. cit. supra*, note 2, p. 138. Pour un historique : R.A. GOLDSTEIN, *French-Iroquois Diplomatic and Military Relations 1609-1701*, La Haye, Ed. Mouton, 1969.

13 Exemple : Le traité signé à Québec par de Tracy et quatre nations iroquoises en décembre 1665.

14 *Sioui* c. *P.G. Québec*, [1987] R.J.Q. 1722 (C.A.) (en appel à la Cour suprême). Depuis la décision de la Cour suprême dans *Regina* v. *White and Bob*, (1966) 52 D.L.R. (2d) 481, les tribunaux ne sont pas exigeants pour ce qui est de la forme des traités.

15 BROWN et MAGUIRE, *op. cit. supra*, note 7, p. 15.

16 *Société de développement de la Baie James* c. *Chef Robert Kanatewat*, [1975] C.A. 166, 173. Voir aussi l'historique des traités de cette période présenté par B. H. WILDSMITH, «Pre-Confederation Treaties», dans B. W. MORSE (dir.), *Aboriginal Peoples and the Law : Indian, Metis and Inuit Rights in Canada*, Ottawa, Carleton University Press, 1985, pp. 122-271.

17 *Chef Max «One-Onti» Gros-Louis* c. *Société de développement de la Baie James*, [1974] R.P. 38, 77 (C.S.) [ci-après dénommé Affaire de la Baie James].

18 *La Convention de la Baie James et du Nord québécois et les conventions complémentaires 1,2,3,4,5 et 6*, 2e éd., Québec, éditeur Officiel, 1980 [ci-après dénommée Convention de la Baie James]; *La Convention du Nord-Est québécois*, Québec, éditeur Officiel, 1980 [ci-après dénommée avec la Convention de la Baie James, Conventions du Nord québécois].

On se demande aujourd'hui si les traités auxquels les nations autochtones sont parties pourraient servir la cause autochtone au plan international. Quelle est la valeur juridique des traités autochtones en droit international?

I.- Le droit international

Dans un rapport présenté à l'Association du Barreau canadien, le Comité sur les droits des autochtones écrivait en 1988 que:

> En droit international, les traités sont considérés comme des actes administratifs, établissant des relations entre deux ou plusieurs États indépendants, chacun agissant à titre souverain. Dans l'ensemble de l'Amérique du Nord, les tribus et nations indiennes considèrent leurs traités comme se situant dans ce contexte[19].

Pour étayer une pareille affirmation de la part des Autochtones, toutes sortes d'arguments furent utilisés. Il est facile de prétendre que les accords intervenus entre les Autochtones et les Européens ayant reçu l'appellation «traités», ils doivent être considérés comme des traités dans le sens usuel que donne le droit international à ce mot[20]. Toutefois, la *Convention de Vienne sur le droit des traités* à son article 2 mentionne qu'un accord peut être un traité «quelle que soit sa dénomination particulière»[21]. Le critère ne pouvait pas plus il a deux siècles qu'aujourd'hui être le nom donné à l'accord. Pourtant au début du siècle dernier, on affirma ainsi la survie d'une souveraineté indienne :

> Les mots «traités» et «nation» sont des mots de notre propre langage, choisis dans nos mécanismes législatifs et diplomatiques par nous-mêmes, qui ont chacun un sens défini et bien compris. Nous les avons appliqués aux Indiens, comme nous les avons appliqués aux autres nations de la terre. Ils s'appliquent à tous de la même façon.[22]

Comme le constatait en 1969 le professeur Henri Brun, ce principe ne fut pas retenu par la jurisprudence postérieure[23]. On invoqua plutôt un titre absolu de la Couronne[24], sujet seulement à une sorte de droit d'occupation. Selon la position «européenne», ce droit fut clairement éteint suite aux traités passés avec les Indiens. Il faudra, pour connaître la signification des traités des Autochtones du Québec en droit international, d'abord savoir ce qu'est un véritable traité de droit international. Nous définirons ensuite les traités des Autochtones du Québec, puis nous verrons dans quelle mesure et de quelle manière il est possible de les rapprocher.

Le droit international moderne, à travers la Convention de Vienne, à laquelle le Canada a adhéré en 1970, nous offre une définition reconnue de façon pratiquement universelle de ce qu'est un traité : «L'expression «traité» s'entend d'un accord international conclu par écrit entre États et régi par le droit international»[25]. Même si cette définition est très prudente en ce qu'elle n'authentifie aucune appellation particulière, elle a des exigences précises : un traité doit avoir été conclu par deux États et être régi par le droit international pour être «international».

La Convention de Vienne n'est d'aucune aide pour définir le type particulier de traités auxquels sont parties les nations autochtones en droit international. Elle nous donne quand même les deux grands principes à la base de l'existence d'un traité : souveraineté et droit international.

En droit canadien, on retrouve le mot «traité» employé dans le sens d'accord à caractère international à l'article 132 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il semble que le mot n'ait pas toujours eu la même signification : à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, on précise qu'il s'agit des droits issus de traités des peuples autochtones.

Aux États-Unis, après l'acte du Congrès de 1871 qui interdisait pour l'avenir la conclusion de traités «internationaux» avec les Autochtones, c'est le mot «agreement» qu'on utilisa pour désigner les engagements pris avec ces derniers[26]. Jamais au Canada une pareille distinction ne fut-elle faite. Au contraire, en 1983, le gouvernement du Québec accédait à la demande des Autochtones de la province de considérer la *Convention de la Baie James et du Nord québécois* et la *Convention du Nord-Est québécois* comme des traités ayant plein effet.

En fait, la Cour suprême a confirmé en 1966 un jugement qui affirmait que le mot «traité» au Canada comprend tout engagement des autorités envers les Indiens qui peut être considéré comme la «parole de l'homme blanc»[27].

A.- Des États souverains?

L'«homme blanc» à l'époque des traités de «paix et d'amitié», c'était la France, qui possédait sans nul doute en droit international de l'époque le statut d'État souverain et qui conclut plusieurs traités avec les Autochtones. Dans les années qui ont suivi la Confédération, la Couronne d'Angleterre conclut deux traités au Québec. En 1975 et en 1978, le gouvernement du Québec et le gouvernement fédéral ont ensemble signé les Conventions du Nord québécois et comme il est bien connu, les deux entités juridictionnelles canadiennes «[...] sont souverain(e)s dans leur sphère et coordonné(e)s»[28].

C'est donc du côté des Autochtones que se pose la question de l'existence de la souveraineté. Les nations autochtones vivant en Amérique lors de l'arrivée des Européens répondaient aux conditions actuelles d'existence d'un État. On retrouve ces conditions à l'article 1 de la *Convention panaméricaine de Montevideo sur les droits et les devoirs des États* :

19 Association du Barreau canadien, Rapport du comité sur les droits des autochtones, *Le droit des autochtones au Canada : du défi à l'action*, Ottawa, 1988, p. 57.

20 L. C. GREEN, «Legal significance of Treaties affecting Canada's Indians», (1972) 1 *Anglo-American Law Review* 122.

21 [1980] R.T. Can. n° 37, art. 2 [ci-après dénommée Convention de Vienne].

22 *Worcester* v. *State of Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832) (La traduction est de l'auteur).

23 H. BRUN, «Les droits des Indiens sur le territoire du Québec», (1969) 10 *C. de D.* 436.

24 *Johnson* v. *McIntosh*, (1823) 8 Wheaton 543.

25 Convention de Vienne, par. 2(1).

26 G. LANGROD, «Aperçu sur la situation légale des Indiens aux États-Unis d'Amérique», (1951) 55 *R.G.D.I.P.* 378.

27 *Regina* v. *White and Bob*, (1965) 50 D.L.R. (2d) 649, confirmé par la Cour suprême du Canada, *supra*, note 14.

28 G. A. BEAUDOIN, *Le partage des pouvoirs*, 3e éd., Ottawa, Éd. de l'Université d'Ottawa, 1983, p.12.

> L'État, comme personne internationale, doit réunir les conditions suivantes : a) Une population permanente, b) Un territoire défini, c) Un gouvernement et d) La capacité d'entrer en relations avec les autres États.[29]

Les populations autochtones occupaient à peu près tout le continent lors de l'arrivée des Européens. Elles se divisaient en nations distinctes occupant chacune un territoire bien défini et entretenant entre elles des relations juridiques parfois complexes[30].

Pour répondre aux conditions de la Convention de Montevideo, disons d'abord que contrairement aux faits de l'affaire du *Sahara Occidental*[31] où l'on retrouvait une population nomade, les Autochtones d'Amérique ne se déplaçaient que dans des régions définies (critère «b» d'un État) et relativement peu étendues. D'après Hudson[32], les populations étaient permanentes (critère «a»). Quant au territoire, il faut souligner les liens spirituels uniques qui unissent les Autochtones à la nature : «[...] on ne répétera jamais assez l'importance que constitue la jouissance du territoire pour les autochtones»[33]. Ceci est à la base des revendications actuelles des Autochtones dans plusieurs pays du monde. L'histoire nous apprend qu'une forme de gouvernements existait en Amérique du Nord, les gouvernements étant régis par des constitutions (critère «c»)[34]. Enfin, la capacité d'entrer en contact avec les autres États ne peut être mise en doute, l'objet de notre étude étant justement le fruit des contacts qu'eurent les nations autochtones avec les Européens, les traités (critère «d»).

Du statut d'État à la souveraineté étatique, il n'y a qu'un pas. «Dans sa définition classique, la souveraineté est le pouvoir suprême d'un État sur son territoire et ses habitants à l'intérieur, et l'indépendance de toute autorité étrangère à l'extérieur [...]»[35]. Rien ne permet de dire que chacune des nations autochtones ne possédait pas, avant l'arrivée des Européens, cette souveraineté. La Cour suprême des États-Unis a reconnu en 1831 les Cherokees comme formant un État, parce qu'ils avaient toujours été traités comme s'ils en formaient un. Ce ne fut pas le cas en Nouvelle-France[36]. Plusieurs auteurs sont d'accord à ce sujet. Une Autochtone écrit :

> Avant l'arrivée de l'homme blanc en Amérique, les nations indiennes reconnaissaient leur souveraineté entre elles en concluant des pactes, des traités, des accords de commerce et des alliances militaires.[37]

Dans une sentence arbitrale célèbre, l'arbitre Max Hubert dégage la théorie du droit intemporel[38]. Cette théorie indique que le droit de l'époque et celui des époques subséquentes doivent être considérés pour déterminer la valeur actuelle d'un droit quelconque. Nous considérerons donc le droit de l'époque coloniale pour savoir si la souveraineté initiale des nations autochtones du Québec a survécu d'abord aux Français, puis aux Britanniques.

Sans nous attarder sur la doctrine de l'époque, qui selon les auteurs ne correspond pas exactement avec le droit positif d'alors[39], passons à l'examen de la pratique des États.

La France fut le premier État souverain à avoir des contacts officiels avec les Autochtones du sud du Québec actuel. Nous avons vu que sa politique coloniale ne prêtait pas à penser qu'elle reconnaissait aux Autochtones leur souveraineté sur le territoire ou l'intégrité de leur nation en tant qu'État. C'est l'opinion de la Cour suprême dans le célèbre arrêt *St-Catherine's Milling and Lumber Co.* v. *The Queen*[40]. Puisque le roi concédait ou reprenait le territoire américain «en toute propriété»[41], il ne reconnaissait aucun autre droit de propriété que le sien ou celui que lui-même avait concédé.

Même si la France reconnaissait une certaine indépendance aux nations autochtones, indépendance suffisante pour conclure avec elles des alliances[42], elle n'a jamais voulu, au contraire, leur reconnaître la souveraineté étatique : les Autochtones doivent coopérer et on entend les assimiler. En 1665, le gouverneur des possessions françaises d'Amérique, De Courcelles, reçoit des instructions comprenant deux objectifs :

> Le premier est de procurer leur conversion à la foy chrestienne et catholique le plus tost qu'il sera possible. [...] Le second objet de sa Majesté est de rendre dans les suites ces Indiens ses sujets travaillant utilement à l'accroissement du commerce [...].[43]

La volonté du roi de France était de soumettre les Indiens au droit interne français, et il a pu le faire grâce à l'omnipotent droit de souveraineté que le droit international de l'époque lui reconnaissait sur ces territoires qu'il avait «découvert». Il reste peu d'espace pour une souveraineté autochtone et les traités qui ont été conclus dans ce contexte ne peuvent tenir du droit international de l'époque.

Dans toute l'étendue de la partie nord du Québec actuel, la souveraineté autochtone fut niée par la Couronne britannique par le même moyen : c'est la Compagnie de la Baie d'Hudson qui dès 1670 sera l'unique propriétaire du territoire.

En 1763, la France cède la Nouvelle-France à l'Angleterre par le *Traité de Paris*. Quelle sera l'attitude des nouveaux maîtres?

Quelques temps après le *Traité de Paris* est émise la *Proclamation royale* qui maintient les droits des Indiens et

29 Reproduite dans C. I. BEVANS, *Treaties and Other International Agreements of the U.S.A., 1776-1949*, Washington, Dept. of State, Vol. 3, p. 147 [ci-après dénommée Convention de Montevideo] (La traduction est de l'auteur).

30 GOLDSTEIN, *op. cit. supra*, note 12.

31 Avis consultatif, C.I.J. Recueil 1975, p. 12.

32 M. R. HUDSON, *The Rights of Indigenous Populations in National and International Law : a Canadian Perspective*, Thèse de maîtrise, Montréal, Université McGill, Institut de droit comparé, 1985, p. 73.

33 A.-M. WILSON, «L'utilisation traditionnelle du territoire par les Autochtones et les instruments de droit international», (1986) 3 *R.Q.D.I.* 239.

34 D. OPEKOKEW, *The First Nations : Indian Government and the Canadian Confederation*, Saskatoon, Federation of Saskatchewan Indians, 1980, p. 14.

35 J.-M. ARBOUR, *Droit international public*, Québec, éd. Yvon Blais Inc., 1985, p. 217.

36 Voir HUDSON, *op. cit. supra*, note 32, pp. 74-75.

37 OPEKOKEW, *op. cit. supra*, note 34, p. 9 (La traduction est de l'auteur).

38 *Sentence arbitrale rendue le 4 avril 1928, par M. Max Huber, entre les États-Unis et les Pays-Bas, dans le litige relatif à la souveraineté sur l'Ile de Palmas (ou Miangas)*, 2 R.S.A. 829 [ci-après dénommée Affaire de l'Ile de Palmas].

39 BRUN, *loc. cit. supra*, note 23, p. 427.

40 (1887) 13 R.C.S. 577 [ci-après dénommé Affaire St-Catherine's Milling].

41 SLATTERY, *op. cit. supra*, note 6, p. 89.

42 *Ibid.*

43 *Id.*, pp. 89-90.

oblige les autorités à négocier par traité toute cession de territoire. Mises à part les ententes de 1868 et 1877[44], il n'y aura plus de traités au Québec.

Certains auteurs ont prétendu qu'en vertu du droit de l'époque, les Autochtones ayant combattu contre l'Angleterre auprès des Français, lors de la conquête de 1760, ont perdu la souveraineté à laquelle ils auraient pu prétendre[45]. Pourtant, ce sont des Autochtones qui ont guidé les Britanniques vers Montréal, et les Autochtones qui combattaient pour la France combattaient moins pour la «patrie» que pour les avantages de leur statut de mercenaires[46].

En vertu du droit britannique du 18e siècle, les droits privés survivaient à une conquête territoriale[47]. La *Proclamation royale* reconnaissait aussi ces droits et elle précisait qu'ils ne devaient être acquis que par la Couronne; ce qui a permis à un auteur d'affirmer que :

> Il peut être soutenu qu'à l'instar de la coexistence du titre de la Couronne et de la possession autochtone du territoire, la souveraineté «interne» des Autochtones a survécu à l'avènement de la souveraineté «externe» de la Couronne[48].

Le type de souveraineté que les nations autochtones ont pu préserver jusqu'à aujourd'hui n'est pas international, et les traités autochtones ne peuvent juridiquement pas être des traités internationaux dans ces conditions. Que s'est-il passé au 20e siècle?

Après la conquête britannique de 1760, l'autorité de la Couronne sur les Autochtones devient réalité, et les revendications britanniques sur l'actuel territoire du Québec acquièrent l'assentiment général dans la communauté internationale.

Lors de la Confédération, l'article 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* attribue au pouvoir fédéral la compétence sur les Indiens, et crée ainsi une distinction juridique majeure entre ceux-ci et le reste de la population. Cette «distinction» ne relève toutefois que d'une loi britannique et non du droit international : elle n'a pas d'effet en droit international.

En 1928, il fut décidé dans l'*Affaire de l'Ile de Palmas* que les nations autochtones n'étant pas reconnues comme membres de la communauté internationale, elles ne peuvent pas jouir des privilèges qu'accorde le droit international[49]. Cette position fut aussi adoptée par la Cour internationale de justice dans l'affaire du *Statut juridique du Groënland Oriental*[50]. De plus, la Cour internationale a décidé en 1966 qu'un dommage doit pouvoir faire l'objet d'une évaluation certaine avant d'être étudié par elle[51], ce qui n'est pas du tout le cas pour ceux résultant des traités des nations autochtones.

Au Québec, la Cour d'appel a déclaré en 1982 que le fait pour les nations autochtones d'avoir signé des traités n'en fait pas des nations souveraines au sens du droit international[52].

Le gouvernement fédéral a rejeté catégoriquement, en 1969, la possibilité que les Autochtones jouissent un jour d'une souveraineté absolue; on voulait à ce moment abolir toute législation leur donnant un statut particulier et ainsi poursuivre l'oeuvre d'assimilation commencée par les colons français[53].

Les nations autochtones du Québec moderne ne contestent pas, en général[54], l'autorité souveraine du gouvernement fédéral, pas plus que celle du gouvernement provincial. Lorsque les Autochtones font appel à la communauté internationale pour que leurs droits soient respectés, ce n'est pas en tant que membre à part entière de la communauté des États, mais en tant que nation visant à faire respecter ses droits à l'aide du levier de la politique internationale. Dans l'Affaire de la Baie James, le juge Malouf décrit ainsi la position des Autochtones requérants:

> Les requérants allèguent qu'ils ont un droit réel sur la terre, un intérêt qui inclut les droits d'usufruit et de possession. Ils ne discutent pas la souveraineté du parlement fédéral et admettent que leurs droits ne peuvent être aliénés sauf à la Couronne. Toutefois, ils prétendent que la province de Québec ne peut développer ces terres avant d'avoir obtenu la cession des droits indiens.[55]

Plus tard, dans leur prise de position suite au rapatriement de la Constitution, les Autochtones du Québec déclaraient «que les peuples aborigènes du Québec sont des nations ayant droit à l'autodétermination au sein de la fédération canadienne»[56]. C'est aussi l'opinion du gouvernement du Québec. Dans son exposé présenté devant l'Assemblée nationale sur la philosophie de la *Convention de la Baie James et du Nord québécois*, le ministre Ciaccia a affirmé qu'en signant la Convention, «le gouvernement du Québec ne fait que saisir l'occasion qui s'offre à lui d'étendre son administration, sa législation, ses institutions publiques et ses services à la totalité du Québec, en un mot affirmer l'intégrité de notre territoire»[57].

La souveraineté à laquelle pouvaient prétendre les nations autochtones lors de l'arrivée des Européens en Amérique s'est éteinte de façon inéluctable avec l'action du droit international européen. Ne possédant pas la personnalité internationale, les Autochtones n'ont pu conclure de traités d'ordre international.

Cette conclusion fut adoptée par la jurisprudence internationale dans une affaire célèbre. Le tribunal d'arbitrage avait conclu sa décision dans l'affaire *Indiens Cayuga (Grande-Bretagne)* c. *États-Unis* en affirmant que les Indiens Cayuga ayant toujours été traités comme étant sous la

44 Il s'agit des ententes de la Couronne de 1868 avec les Abénakis et de 1877 avec les Iroquois.

45 M. TORELLI, «Les Indiens du Canada et le droit des traités dans la jurisprudence canadienne», (1974) 20 *A.F.D.I.* 234. Voir aussi BRUN, *loc. cit. supra*, note 23, p. 433.

46 BROWN et MAGUIRE, *op. cit. supra*, note 7, p. 16.

47 *Campbell* v. *Hall*, (1774) 1 Cowp 204; [1558-1774] All E.R. Rep. 252.

48 HUDSON, *op. cit. supra*, note 32, p. 75 (La traduction est de la rédaction).

49 *Supra*, note 38.

50 C.P.J.I. Recueil, 1933, Série A/B, n° 53, p. 22.

51 *Sud-Ouest africain*, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1966, p. 6.

52 *Re Stacey and Montour and The Queen*, reproduit dans [1982] 3 *C.N.L.R.* 158.

53 *La politique indienne du gouvernement du Canada* (Le livre blanc sur la politique indienne), Ottawa, Ministère des affaires indiennes et du Nord canadien, 1969.

54 Les Attikameks et les Montagnais réclament l'«indépendance».

55 Affaire de la Baie James, p. 56.

56 C. BERNIER, «La négociation de l'autonomie politique des Autochtones du Québec et le droit international», (1984) 1 *R.Q.D.I.* 369.

57 Convention de la Baie James, p. xiv.

protection de l'État de New York, ils ne pouvaient lier le gouvernement des états-Unis par leurs traités[58].

La jurisprudence canadienne a adopté le même point de vue. En 1966, la Cour suprême a confirmé un jugement de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique qui disait qu'un traité autochtone n'est pas un accord entre États souverains[59]. Dans une décision plus récente, la Cour suprême a précisé qu'«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»[60].

Le traité autochtone n'est fondamentalement pas perçu comme faisant partie du domaine international[61]. Si d'une façon quelconque le gouvernement canadien s'était jamais senti lié au plan international par ces traités, il les aurait mis en oeuvre en droit positif canadien par une législation à cet effet, comme l'exige le droit constitutionnel du pays. Malgré que ceci n'ait jamais été fait, les tribunaux canadiens n'ont pas hésité à donner aux traités autochtones des effets de droit.

La jurisprudence canadienne n'a encore jamais eu à décider si d'autres règles de droit international s'appliquent aux traités des Autochtones. Plus précisément, est-il possible de contester les termes d'un traité parce que certaines conditions de fond exigées par le droit international n'ont pas été respectées? Ces conditions de fond sont aujourd'hui répertoriées aux articles 46 à 53 de la Convention de Vienne.

En regard de la qualité des parties, par exemple, une recherche historique permettrait de vérifier si les signataires autochtones étaient habilités à ce faire pour tous les territoires visés. Toutefois, la principale insatisfaction des nations autochtones concerne l'erreur. Comme l'exprime une Autochtone de la Saskatchewan :

> Les traités écrits ne correspondent pas avec l'esprit et le but des traités tels que les comprennent les Indiens. Il y a une disparité, une différence significative entre le sens d'un traité à la suite de la simple lecture du texte de n'importe lequel d'entre eux et le sens que lui donnent les Indiens.[62]

Le fossé entre les cultures était grand, et les cosignataires percevaient la notion de droit de propriété de façons très différentes. Considérant les termes de certains traités, il est difficile de croire que dans ces cas les Autochtones comprenaient vraiment la nature de la transaction[63]. La faiblesse technique et économique des Autochtones a pu pousser l'homme blanc à sous-estimer volontairement la valeur du territoire et, considérant la disproportion des prestations dans certains traités, on peut parler de dol[64].

Une autre atteinte à la liberté du consentement se trouve dans la contrainte : devant la force technologique et militaire des Européens, les Autochtones ont pu être forcés d'accepter des traités dont les conditions les désavantageaient.

Il appartiendra aux tribunaux de déterminer, dans l'avenir, si ces arguments tiendront soit en droit international, ce qui est peu probable vu la perception que les tribunaux ont des traités autochtones, soit en droit interne où ils sont tout aussi valables. En droit international, le fait que les traités autochtones aient été conclus entre deux sociétés ayant des cultures et des aspirations différentes ne peut être ignoré. Sans faire appel à un «droit international régional»[65] nord-américain, le rapprochement entre la notion de «tutelle» bien connue en droit international et la protection des nations autochtones évoque un possible contrôle international.

Même si les traités des Autochtones du Québec ne pouvaient donner ouverture à un contrôle international, il reste qu'en adhérant à ces traités, les deux parties avaient l'intention de créer des obligations mutuelles, et que ces accords soient des traités de droit international ou non, ils sont aujourd'hui des engagements auxquels ni l'une ni l'autre des parties ne peut renoncer de façon unilatérale. Pour cette raison, les traités des nations autochtones furent souvent considérés comme de simples contrats de droit interne. Le tribunal d'arbitrage en avait décidé ainsi dans *Indiens Cayuga (Grande-Bretagne)* c. *États-Unis*[66] et le gouvernement fédéral partageait cet avis en 1969 : «Nous allons reconnaître certaines formes de contrats qui ont été conclus avec les Indiens par la Couronne»[67].

Est-ce l'opinion des Autochtones? Les Autochtones considèrent les traités comme une confirmation de leur souveraineté et de leurs droits, et une entente leur permettant de s'établir dans certains territoires. Les non-Autochtones les considèrent comme une renonciation à ces droits, une acceptation de la suprématie de la Couronne et un cadeau généreux envers les Indiens afin qu'ils puissent avoir un territoire bien à eux.

Les Autochtones perçoivent le droit international comme étant une fiction juridique d'origine européenne qui a servi à justifier la prise de leurs terres par les colons[68]. Il serait intéressant de voir dans quelle mesure les Autochtones de l'Ile de Palmas ou ceux du Groënland ont eu l'occasion d'influencer les instances internationales qui se sont penchées sur leur cas.

Au Québec, l'appel des nations autochtones à une participation plus active dans leur administration propre a reçu une réponse dans la *Convention de la Baie James*[69] et dans la *Convention du Nord-Est québécois*[70], ainsi que dans les nombreuses lois destinées à les mettre en vigueur, dont la *Loi sur les Cris et les Naskapis du Québec*[71].

Cette loi fait suite à l'engagement pris par les deux paliers de gouvernement dans la *Convention de la Baie James* (article 9) et dans la *Convention du Nord-Est québécois* (article 7) de légiférer dans leurs champs de compétence, sur des questions comme l'autonomie gouvernementale.

58 6 R.S.A.176.

59 *Regina* v. *White and Bob*, *supra*, note 27.

60 *Simon* c. *La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387, 404.

61 WILDSMTH, *loc. cit. supra*, note 16, p. 123.

62 OPEKOKEW, *op. cit. supra*, note 34, p. 11 (La traduction est de la rédaction).

63 H. CARDINAL, *The Unjust Society : the Tragedy of Canada's Indians*, Edmonton, M.G. Hurtig, 1969 .

64 Par exemple, les représentants du gouvernement ont distribué des petites sommes d'argent aux Autochtones qu'ils rencontraient dans le nord de l'Ontario, ceci en échange de leur titre indien.

65 TORELLI, *loc. cit. supra*, note 45, p. 244.

66 *Supra*, note 58.

67 Cité par WILDSMITH, *loc. cit. supra*, note 16, p. 126 (La traduction est de la rédaction).

68 OPEKOKEW, *op. cit. supra*, note 34.

69 *Supra*, note 18.

70 *Ibid.*

71 S.C. 1984, c. 18.

La *Loi sur les Cris et les Naskapis du Québec* octroie des pouvoirs au Conseil de bande qui fut décrit ainsi par la Cour provinciale :

> [L]e Conseil de bande constitue un niveau autonome de gouvernement lorsqu'il exerce les pouvoirs qui lui sont conférés par la *Loi sur les Cris et les Naskapis du Québec*. [...] C'est aux membres de la bande qu'il est redevable de son administration et de l'exercice de ses pouvoirs, et non au Parlement, dont il n'est pas un mandataire.[72]

Il ne s'agit pas, loin de là, d'un gouvernement indépendant et souverain, mais c'est la première fois que des nations autochtones jouissent d'une telle autonomie. La Commission Crie-Naskapie va même jusqu'à dire «qu'il s'agit du premier gouvernement autochtone autonome au Canada [...]»[73].

Quelles ouvertures le droit international donne-t-il aux nations autochtones dans ce contexte?

En tant qu'État souverain, le Canada est nécessairement soumis aux règles du droit international : il doit respecter les règles de la coutume internationale qui le concernent et les conventions auxquelles il a adhéré. Il est peu probable qu'un membre de la communauté internationale condamne le Canada pour non-respect des traités autochtones sur la base d'une coutume ou d'une convention internationale. Aucune de celles-ci, en effet, ne concerne directement le sujet[74].

Il n'est pas dans l'intérêt du Canada de se lier au plan international; sa qualité d'État souverain lui permet d'échapper aux dispositions des conventions auxquelles il a adhéré lorsque ces dispositions pourraient le désavantager dans ses négociations avec les Autochtones. Le Canada avait par exemple apporté une réserve à la *Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et peuples coloniaux*[75], disant que celle-ci ne devait en rien servir à menacer l'unité politique ou l'intégrité territoriale des États souverains.

Les nations autochtones du Québec ne possédant pas la personnalité internationale, elles ne peuvent pas citer le Canada devant la Cour internationale de Justice. Même s'il est peu probable qu'un autre État se porte demandeur dans une telle affaire, un autre État partie à la Déclaration en question pourrait prendre le parti des Autochtones du Canada.

Quant aux réprimandes qui pourraient venir de l'Assemblée générale des Nations Unies, le Canada peut les repousser en invoquant le paragraphe 2(7) de la *Charte des Nations Unies* qui interdit à l'Assemblée elle-même de s'ingérer dans les «affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale d'un état»[76].

La seconde source d'obligations internationales pour le Canada se trouve dans les lois canadiennes de mise en oeuvre des traités internationaux que le Canada a ratifiés.

Depuis 1936, on sait que si la formation des traités relève du gouvernement fédéral, leur mise en oeuvre tient, pour chaque domaine de compétence, de l'autorité concernée[77]. Il n'y a eu aucune mise en oeuvre des traités autochtones[78]. Les nombreuses lois qui ont suivi les Conventions du Nord québécois sont des lois de mise en vigueur[79].

Sur la scène internationale, le Canada pourrait se voir soumis à certaines règles de conduite internationales dont l'autorité morale serait grande. Par exemple, une tendance pourrait se dessiner dans la communauté internationale visant à appliquer certaines règles de droit international des traités aux traités autochtones, comme actuellement une tendance commence à percevoir les minorités autochtones comme des nations auxquelles s'applique le droit international[80]. Considérant que depuis l'insertion dans la Constitution de la *Charte canadienne des droits et libertés*, l'opinion publique est plus sensible à ces questions, le Canada et le Québec devront protéger leur crédibilité tant à l'intérieur qu'à l'extérieur. «Aussi, le respect du droit international s'impose-t-il de plus en plus à l'endroit des autochtones»[81].

II.- Le droit constitutionnel

En droit canadien, les nations autochtones sont régies par une législation fort complexe. Suite au paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et aux Conventions du Nord du québécois, les deux paliers de gouvernement ont beaucoup légiféré à leur sujet. Il suffit de mentionner les nombreuses versions de la *Loi sur les Indiens*[82] qui furent en vigueur depuis 1868.

Même si ni la loi ni la jurisprudence ne considèrent les traités des nations autochtones comme des équivalents de traités internationaux conlus entre États souverains, pour plusieurs raisons ces traités ne sont pas non plus considérés comme étant de simples contrats administratifs. Quelle est la place qu'occupent les traités des nations autochtones dans le droit interne canadien?

Avant 1867, les Autochtones pouvaient se considérer comme des citoyens ordinaires, soumis au même droit que tous les habitants du Canada. Seuls les traités autochtones et la *Proclamation royale* de 1763 les «favorisaient» spécialement. Dans le nord du Québec actuel, on considérait encore, à cette époque, que la Proclamation royale n'était pas en vigueur et aucun traité autre que les ententes de coopération de la Compagnie de la Baie d'Hudson n'y était en vigueur. Dans le sud de la province, la plupart des nations autochtones jouissaient d'ententes déjà conclues avec les Français.

72 *Waskaganish Band* v. *Blackned*, reproduit dans [1986] 3 C.N.L.R. 187 (La traduction est de la rédaction). Un avis contraire, sur la portée de cette loi, est exprimé par le professeur Bradford Morse dans *A Discussion Paper on Aboriginal Self-government: Comparison of the Canadian and International Experience and Metis Perspectives*, Ottawa, Document de travail, 1986, p. 8.

73 *Rapport 1986 de la Commission Crie-Naskapie*, p. 119.

74 P. CUMMINGS, *Native Rights Casebook*, Ottawa, Centre de recherches sur les droits de la personne de l'Université d'Ottawa, 1975, p. 183.

75 Doc. Off. A.G., 15e session, supp. n° 16, p. 70, Doc. N.U. A/4684 (1960).

76 [1945] R.T. Can. n° 7, par. 2(7).

77 *Re: The Weekly Rest in Industrial Undertakings Act, the Minimum Wages Act and the Limitation of Hours of Work Act*, [1936] R.C.S. 461.

78 Voir *Francis* c. *La Reine*, [1956] R.C.S. 618, 625.

79 Voir, par exemple, Convention de la Baie James, art. 5.6.

80 D'après BERNIER, *loc. cit. supra*, note 56, p. 367. Voir aussi *Lovelace* v. *Canada*, reproduit dans (1983) 1 *A.C.D.P.* 305.

81 BERNIER, *loc. cit. supra*, note 56, p. 368.

82 L.R.C. (1985), c. I-5.

Il n'est pas important de déterminer exactement où s'appliquait au Québec la *Proclamation royale* en 1867 puisque l'on a établi qu'elle s'applique aujourd'hui partout au Québec, sauf dans la partie qui était habitée par les colons en 1763.

La loi qui en 1867 unira les provinces en «Canada» et qui partagera les pouvoirs attribuera au pouvoir central la compétence sur les Indiens et les terres qui leurs sont réservées, mais ne fera pas plus pour déterminer les droits de ceux-ci. Quel est le statut de la *Proclamation royale* de 1763 après 1867? Lord Denning affirme qu'il n'a :

> [...] pas de doute que toutes les personnes concernées (les pères de la Confédération) considéraient la *Proclamation royale* de 1763 comme étant encore en vigueur. C'était une disposition non-écrite qui allait sans dire. Elle s'imposait aux parlements du Dominion exactement comme s'il avait été inclus dans la Loi constitutionnelle de 1867 une phrase disant «Les peuples autochtones conserveront leurs droits et libertés comme les reconnaît la *Proclamation royale* de 1763».[83]

Aujourd'hui, la *Proclamation royale* est incluse dans la *Charte canadienne des droits et libertés*[84], et il n'est plus possible de prétendre qu'elle crée une injustice dont les Autochtones sont les bénéficiaires.

Alors qu'est dissoute la Compagnie de la Baie d'Hudson en 1870 et que, en 1898 et en 1912, les frontières du nord du Québec sont agrandies, la Couronne ne s'engage que dans deux traités garantissant aux Abénakis et aux Iroquois leurs droits de chasse et de pêche en 1868 et en 1877. Ensuite, il faudra attendre la *Convention de la Baie James et du Nord québécois* en 1975 et la *Convention du Nord-Est québécois* en 1978, avec les nombreuses conventions complémentaires qui s'y rattachent.

Autant le gouvernement du Québec que celui du Canada ont adopté des lois de mise en vigueur de ces conventions[85]. Nous tenterons de préciser l'étendue de la compétence de chaque palier de gouvernement en ce qui concerne les traités des nations autochtones. Mais d'abord, de quel droit les nations autochtones sont-elles compétentes pour signer des traités?

Aux yeux du gouvernement fédéral et des gouvernements provinciaux, la compétence des nations autochtones d'être parties contractantes à des traités n'a jamais posé de problème. Plusieurs organisations autochtones, comme le «Native Council of Canada», le «Grand Council of the Cris (of Québec)» et la «Northern Québec Inuit Association» sont reconnues au Canada comme ayant la représentativité nécessaire à la compétence de conclure des traités. Ce sont des organisations possédant la personnalité juridique et leur participation à un «contrat» est légitime.

Il n'en est pas de même des nations autochtones avec qui furent signés des traités il y a deux siècles. La partie contractante autochtone était constituée d'individus qui se succédaient avec le temps. Il semble que le gouvernement considérait la collectivité comme une entité juridique distincte de chacun de ses membres, même si aucune loi ne conférait un tel statut aux nations autochtones. Malgré le fait que jusqu'à l'arrêt *Calder* c. *P.G. Colombie-Britannique*[86] les nations autochtones ont rarement été représentées lors des décisions judiciaires qui les concernaient[87], leur capacité de conclure des traités ne fut jamais contestée au Canada comme elle le fut par exemple aux États-Unis par une loi, en 1871.

La Cour suprême du Canada a même souligné que l'article 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* créant une «catégorie raciale» distincte, un traitement particulier des Autochtones était possible sans entrer en conflit avec la *Déclaration canadienne des droits*[88].

La compétence du gouvernement fédéral (plus précisément celle du Gouverneur général en conseil) de conclure des traités internationaux ne fait plus aucun doute depuis le *Statut de Westminster* de 1931. Comme l'indique le professeur Beaudoin, «la souveraineté avait été acquise entre 1919 et 1931»[89] et c'est la souveraineté qui est la condition primordiale à la capacité de conclure des traités[90].

Avant la Confédération, le pouvoir de la France et de l'Angleterre de conclure des traités avec les autres nations venait aussi du pouvoir souverain du monarque.

Après la Confédération, l'article 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* octroie au Parlement la compétence pour traiter avec les Autochtones. La prérogative royale de conclure des traités et la compétence sur les Indiens donnent au fédéral un vaste champ d'action.

Le pouvoir fédéral vise tout ce qui concerne les Autochtones. On avancera que la province de Québec a pleinement participé à la formation et à la conclusion de la Convention de la Baie James, par exemple. De quel droit?

D'abord, ce n'est pas parce que le Parlement canadien ne légifère pas dans tous les domaines de sa compétence que les provinces ont automatiquement le droit de le faire[91]. Nous verrons plus loin que les lois provinciales dans le cas qui nous intéresse n'empiètent pas sur le champ de compétence fédéral.

D'après la Cour suprême[92], l'article 91(24) a dévolu à la Couronne du chef du Canada une série d'obligations fiduciaires à l'égard des nations autochtones, obligations qui ont entre autres leur origine dans les traités. La Cour suprême et le Conseil privé, dans une jurisprudence constante depuis l'Affaire St-Catherine's Milling[93], ont affirmé que l'autorité législative sur les terres réservées aux Autochtones ne voulait pas dire le droit de propriété sur ces terres. En fait, le droit de propriété de toutes les terres leur appartenant en 1867 fut confirmé aux provinces par l'article 109 de la *Loi*

83 *The Queen* v. *Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [1982] 2 All E.R. 125 (La traduction est de l'auteur).

84 (1982) Gaz. Can. III 5 (numéro spécial, 21 septembre 1982) (Loi de 1982), art. 25.

85 *Loi approuvant la Convention de la Baie James et du Nord québécois*, L.Q. 1976, c. 46; *Loi approuvant la Convention du Nord-Est québécois*, L.Q. 1978, c. 98.

86 *Supra*, note 1.

87 Même dans la très importante Affaire St-Catherine's Milling, *supra*, note 40, elles n'étaient pas représentées.

88 *P.G. Canada* c. *Canard*, [1976] 1 R.C.S. 170, 209; *La Reine* c. *Drybones*, [1970] R.C.S. 282.

89 G. A. BEAUDOIN, *op. cit. supra*, note 28, p. 397.

90 J.-M. ARBOUR, *op. cit. supra*, note 35, p. 251.

91 Voir *Canadian Pioneer Management Ltd* c. *Conseil des relations du travail de la Saskatchewan*, [1980] 1 R.C.S. 433 (Cf. Motifs du Juge Laskin, p. 440).

92 *Guérin* c. *La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, 382.

93 *Supra*, note 40.

constitutionnelle de 1867, et le titre autochtone sur celles-ci fut décrit comme étant un droit «usufructuaire et personnel»[94].

La *Proclamation royale* demeure toutefois en vigueur. Elle avait valeur légale pour la colonie[95] et, depuis 1763, aucune intervention législative n'a eu pour effet de perdre cette autorité selon le professeur Brun[96]. En vertu de la *Proclamation royale*, c'est uniquement par traité que les nations autochtones pourront se départir de leurs droits sur les terres et seul le Parlement du Canada peut négocier une telle aliénation. Seule la province peut profiter de cette aliénation. Il s'ensuit que les termes d'un traité par lequel les Indiens abandonnent leurs droits seront approuvés par les deux paliers de gouvernement comme ce fut le cas pour le paragraphe 2(1) des Conventions du Nord québécois qui opérait la remise des droits des Autochtones.

Ces deux Conventions concernent toutefois un territoire où l'application de la *Proclamation royale* peut sembler ambiguë : cette dernière exclut en effet d'elle-même la «Terre de Rupert», alors réservée à la Compagnie de la Baie d'Hudson, et qui comprend toutes les terres situées au nord du Québec de l'époque. Dans l'Affaire de la Baie James[97], le juge Malouf en arrive à la conclusion que la *Proclamation royale* s'applique à des territoires qui ne sont pas expressément visés par elle, et même à des territoires qui en sont exclus, comme la Terre de Rupert, et ceci pour deux raisons. Il se fie d'abord à l'opinion du juge Johnson dans l'arrêt *Regina* v. *Sikyea* :

> Ce fait n'est pas important car le gouvernement du Canada a traité tous les Indiens à travers le Canada, incluant ceux qui vivent sur des terres revendiquées par la Compagnie de la Baie d'Hudson, comme ayant un droit sur les terres dont l'aliénation ne pouvait se réaliser sans la conclusion d'un traité.[98]

Le second motif du juge Malouf qui lui permet d'affirmer que la *Proclamation royale* trouve son application dans le nord du Québec est qu'en 1912, lorsque la propriété de tout ce territoire fut transférée à la province de Québec, l'article 2 de la loi d'extension des frontières obligeait le Québec à :

> [...] reconnaîtr(e) les droits des habitants sauvages sur le territoire ci-dessus décrit dans la même mesure, et (obtenir) la remise de ces droits de la même manière, que le Gouvernement du Canada. [...] nulle pareille remise ne sera faite ou obtenue, qu'avec l'approbation du Gouverneur en conseil.[99]

Le Québec a toujours en vertu de cette loi l'obligation de passer des traités avec les nations autochtones s'il désire éteindre le titre indien. Il s'agit sauf exception[100] de la situation opposée à celle qui prévaut dans les autres provinces qui ne peuvent d'elles-mêmes passer des traités avec les Autochtones[101].

C'est en vertu de la compétence du Québec de conclure des traités avec les Autochtones du nord québécois et en vertu des termes des deux Conventions qui ont été signées à ce jour que le gouvernement a pu adopter des lois concernant les Autochtones.

Selon le ministre qui a expliqué à l'Assemblée nationale la philosophie de la Convention de la Baie James :

> La façon traditionnelle d'aborder les questions indiennes dans ce pays n'est plus réellement valable ni acceptable. [...] Le gouvernement du Québec dans ses négociations est parti du principe qu'il fallait prendre toutes les mesures nécessaires pour protéger la culture traditionnelle et l'économie des peuplades autochtones [...].[102]

Le Native Council of Canada est plutôt d'avis que la Convention de la Baie James n'a pour effet que de transférer la compétence législative du gouvernement fédéral au gouvernement du Québec, sans aucune amélioration des avantages concédés jadis par la *Loi sur les Indiens*[103].

Il reste que ce transfert a eu lieu et qu'aujourd'hui au Québec, une pleine intervention des deux gouvernements est nécessaire à la conclusion d'un traité.

A.- Les traités des nations autochtones du Québec et le gouvernement fédéral

Avant le 17 avril 1982, seule la *Proclamation royale* de 1763 accordait aux traités des nations autochtones une quelconque valeur supérieure à celle des contrats civils. Même si le juge Gwynne, dans l'Affaire St-Catherine's Milling[104] la considère comme la «déclaration des droits indiens», son véritable statut constitutionnel n'a jamais été clair avant 1982[105], pas plus que celui des droits issus de traités.

La *Loi constitutionnelle de 1867* ne modifie pas beaucoup cette situation. L'interprétation qui fut faite de l'article 91(24) permit au gouvernement fédéral de s'octroyer tous les pouvoirs sur les Indiens : comme le fait remarquer un auteur, «depuis 1867, le gouvernement fédéral a opportunément mal interprété son rôle en vertu du paragraphe 91(24) et s'est attribué les pleins pouvoirs pour gouverner les Indiens et les terres qui leur sont réservées»[106]. La Cour suprême confirma à plusieurs reprises qu'une loi fédérale valide pouvait modifier les termes d'un traité ou même l'éteindre complètement[107].

A première vue, le fait que la *Loi constitutionnelle de 1982* mentionne les traités des Autochtones à ses articles 25 et 35(1) paraît avoir changé cette situation : les droits issus de traités sont «reconnus et confirmés». La reconnaissance

94 *Attorney-general for the Province of Quebec* v. *Attorney-general for the Dominion of Canada*, [1921] 1 A.C. 401.

95 *Campbell* v. *Hall*, supra, note 47.

96 BRUN, *loc. cit. supra*, note 23, pp. 456-457; Voir aussi *R.* v. *White and Bob*, *supra*, note 14, p. 636.

97 *Supra*, note 17.

98 (1964) 43 D.L.R. (2d) 152, confirmé à [1964] R.C.S. 642 (La traduction est de la rédaction).

99 *Loi à l'effet d'étendre les frontières de la province de Québec*, S.C. 1912, c. 45, art. 2.

100 Par exemple, voir *Loi sur le Manitoba*, L.M. 1870, c. 3.

101 Voir à cet effet : *R.* v. *Batisse*, reproduit dans [1977-78] 2 C.N.L.B. 15 (Ont. dis. Ct).

102 Allocution de M. John Ciaccia sur le texte de la Convention, *op. cit. supra*, note 18, pp. xviii-xix).

103 *Supra*, note 82.

104 *Supra*, note 40.

105 Motifs du juge Hall dans *Calder* c. *P.G. Colombie-Britannique*, *supra*, note 1; Voir aussi motifs de Lord Denning dans *The Queen* v. *Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, *supra*, note 83.

106 L. MANDELL, «Indian Nations : Not Minorities», (1986) 27 *C. de D.* 109 (La traduction est de la rédaction).

107 *Sikyea* c. *La Reine*, *supra*, note 98 (C.S.C.); *La Reine* c. *George*, [1966] R.C.S. 267; *Kruger* c. *La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104.

constitutionnelle des droits issus de traités protégerait ceux-ci contre toute loi du Parlement ou d'une législature provinciale qui pourrait aller à l'encontre de leurs termes.

L'article 35 ne concerne toutefois que les droits «existants» qui sont issus de traités, et l'interprétation judiciaire qui a été faite du mot «existant» n'est pas favorable aux Autochtones.

On aurait pu comprendre l'expression «droits existants issus de traités» comme désignant les droits découlant de tous les traités qui entrent en vigueur de temps à autre. Que le traité ait été conclu avant ou après le 17 avril 1982 n'aurait, en fonction de cette interprétation, pas eu d'importance. L'article 10 de la *Loi d'interprétation*[108] qui dit que la loi «parle toujours» appuie cette thèse. Les tribunaux qui ont eu à interpréter l'article 35 n'ont pas adopté ce point de vue : on a considéré qu'un droit «existant» est un droit non éteint à la date du 17 avril 1982. Si un droit issu de traité a été abrogé avant cette date (par une loi sur la protection de la faune par exemple), il n'est pas protégé par la *Loi constitutionnelle de 1982*[109].

Un moyen de contourner cette difficulté est de faire appel aux droits ancestraux, qui sont aussi visés par l'article 35. Cette question, qui dépasse le cadre de notre recherche, a été soulevée devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et est en appel devant la Cour suprême[110].

Concrètement, l'entrée en vigueur de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* signifie que les traités existant à cette date seront protégés. La Cour suprême avait déjà mentionné en 1964 que la réduction par le gouvernement fédéral des droits issus de traités conclus avec les Autochtones équivalait à un abus de confiance de la part du Canada[111]. L'article 35 confirme cette opinion. Si la jurisprudence adopte cette position, le caractère *sui generis* qu'ont les traités des Autochtones sera lui aussi confirmé : sans constituer des textes constitutionnels, ils auront préséance sur les lois fédérales et provinciales.

Actuellement, la Constitution réfère aux traités des Autochtones en termes généraux et laisse ainsi beaucoup à décider aux tribunaux. Le statut juridique que la Cour suprême accordera aux droits issus de traités pourrait prendre la forme d'un enchâssement dans la Constitution des droits mentionnés à l'article 35(1) : aucune loi incompatible ne pourrait plus leur être opposée. Cela est peu probable si on tient compte de la législation existante et du statut juridique qu'avaient les nations autochtones avant le 17 avril 1982. Ce serait trop. Il serait surprenant que l'article 35 soit perçu par la Cour suprême comme étant une simple proclamation du *statu quo*. Cette possibilité ne correspond pas avec la volonté des parties qui ont contribué à l'élaboration, puis à l'adoption de cet article.

Sans enchâsser les droits issus de traités dans la Constitution, il serait possible de leur accorder un statut supérieur : ils seraient alors clairement exécutoires contre les gouvernements, mais n'empêcheraient pas ces derniers de légiférer lorsque des impératifs d'intérêt général le commandent ou avec l'assentiment des nations autochtones concernées. Ajoutons que si les droits issus de traités sont selon cette dernière position à l'abri de l'extinction ou d'un contrôle législatif qui affecterait leur substance, les modalités de l'exercice de ces droits pourraient toujours être réglementées.

Les lois fédérales ne sont actuellement d'aucune aide pour définir les traités des nations autochtones. Même la *Loi sur les Indiens*[112] n'en parle qu'à deux de ses articles. L'article 72 de cette loi stipule que les «sommes payables à des Indiens ou à des bandes d'Indiens en vertu d'un traité [...] peuvent être prélevées sur le Trésor»[113]. L'article 88 concerne les lois provinciales d'application générale qui s'appliquent aux Indiens sous réserve de l'existence des traités[114]. L'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* semble être actuellement aux lois fédérales ce que l'article 88 fut longtemps aux lois provinciales[115].

La question de savoir si les lois fédérales en vigueur dans la province s'appliquent aussi sous réserve des traités fut réglée en 1966 par la Cour suprême :

> [L'] expression réfère seulement aux règles de droit dans une provine qui sont d'une portée provinciale, et inclurait la législation provinciale et toutes les lois qui sont devenues partie intégrante de la législation d'une province , comme par exemple, dans les provinces de l'Alberta et de la Saskatchewan, les lois anglaises telles qu'elles existaient au 15 juillet 1870.[116]

Ce passage suggère que les lois antérieures à la Confédération sont soumises à la réserve concernant les traités. Seules les lois du Parlement avaient donc avant 1982 la possibilité de réduire les droits issus de traités. Quelle est l'incidence des lois provinciales sur les traités et quelle est la situation des nations autochtones du Québec dans ce contexte?

B.- Les traités des nations autochtones du Québec et la juridiction provinciale québécoise

Les nations autochtones du Québec se distinguent des autres nations autochtones du Canada par le petit nombre de traités qu'elles ont signés avec le gouvernement fédéral avant 1975 et aussi par le fait qu'elles sont parties à deux conventions majeures impliquant le gouvernement provincial[117].

Le partage des compétences est aussi particulier au Québec en ce que la province exerce une entière juridiction sur les Inuit qui y résident. Les Inuit sont pour tout ce qui

108 S.R.C. 1970, c. I-23.

109 *R.* v. *Hare and Debassige*, reproduit dans [1985] 3 C.N.L.R. 139 (C.A. Ont.).

110 *Sparrow* v. *The Queen*, (1987) 9 B.C.L.R. (2d) 300 (C.A. C.-B.).

111 *Sikyea* c. *La Reine*, *supra*, note 98 (C.S.C.).

112 *Supra*, note 82.

113 D'après le juge Kellock dans *R.* c. *Francis*, *supra*, note 78, le mot «traité» dans la *Loi sur les Indiens* désigne les traités des Autochtones et exclut les traités internationaux.

114 *Loi sur les Indiens*, *supra*, note 82, art. 88 : «Sous réserve des dispositions de quelque traité et de quelque autre loi fédérale, toutes les lois d'application générale et en vigueur dans une province sont applicables aux Indiens qui s'y trouvent et à leur égard [...]».

115 B. SLATTERY, «The Constitutional Guarantee of Aboriginal and Treaty Rights», (1982-1983) 8 *Queen's L.J.* 264.

116 *R.* c. *George*, *supra*, note 107, p. 281.

117 Ajoutons que suite à l'opposition du Québec au rapatriement de la Constitution canadienne, les nations autochtones du Québec ont réclamé à la province des droits particuliers.

concerne les matières provinciales des citoyens comme les autres grâce à une entente survenue entre le Québec et le gouvernement fédéral. Ce dernier avait en effet exclu les Inuit de l'application de la *Loi sur les Indiens* en dépit du fait que la Cour suprême ait déclaré que le terme «Indien», employé dans la *Loi constitutionnelle de 1867*, comprenait les Inuit[118].

Les Indiens Cris vivant au sud du 55e parallèle, au Québec, sont par contre soumis à la dualité de compétence. La *Loi sur les Indiens* reste en vigueur (telle qu'applicable) même sur le territoire couvert par les Conventions du Nord québécois[119]. Une loi provinciale ne pourrait viser directement et uniquement les Autochtones sans être invalide[120], mais la compétence législative provinciale sur ce sujet n'est pas inexistante du fait que le paragraphe 91(24) l'attribue au fédéral. Le Parlement a certainement le pouvoir de définir le terme «Indien», mais sa compétence n'exclut pas les lois provinciales qui ont l'effet de donner des conséquences à cette définition. La Cour suprême affirme que les droits et obligations des Autochtones ne tombent pas tous sous la compétence fédérale à l'exclusion de toute loi provinciale d'application générale[121].

Cette règle vaut pour tous les Indiens de la province, qu'ils vivent sur le territoire d'une réserve indienne ou qu'ils soient visés par un traité[122]. Il y a toutefois une restriction quant aux traités : en plus de ne pouvoir viser uniquement les Indiens, la loi provinciale ne l'emporte pas sur les garanties contenues dans les traités[123]. Comme le Québec a un champ de manoeuvre assez large au plan constitutionnel sur les Autochtones, cette règle a pour ces derniers peu de conséquences.

La situation du gouvernement du Québec face aux traités des nations autochtones est en définitive fort complexe. Cela se reflète dans les structures légales et administratives de la région de la Baie James, par exemple, qui sont très élaborées. Que doit-on attendre du droit constitutionnel?

Les conférences constitutionnelles sur les droits des Autochtones, tenues conformément à l'article 37 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, se sont terminées en 1987 sans autre résultat que celui de permettre de constater l'écart entre les parties, mais les grandes réalisations des années 1975 à 1982 sont la preuve de leur bonne foi et permettent d'entrevoir l'apparition de compromis satisfaisants dans l'avenir.

III.- Les revendications des nations autochtones et le droit des traités

La principale préoccupation des nations autochtones découle de leur extrême dépendance envers la nature. Les Autochtones cherchent à éviter l'exploitation du territoire et de ses ressources par qui que ce soit d'autre qu'eux-mêmes. Selon eux, la meilleure façon d'atteindre cet objectif serait d'obtenir l'engagement de l'État, sur le plan international, de protéger le territoire et les ressources naturelles dont profitent les Autochtones.

Au Québec, la volonté des Autochtones d'atteindre cet objectif se perçoit dans leurs revendications. Ils réclament l'autodétermination au sein de la fédération canadienne, l'autogouvernement sur les terres qu'ils occupent et leurs propres institutions[124]. Ces revendications correspondent avec celles formulées par le Conseil mondial des peuples indigènes dans son *Projet de convention internationale des droits des peuples indigènes*, adopté en 1981[125].

L'aspect international des questions de droit des Autochtones ne peut être mis en doute, mais c'est d'abord au plan interne que les concessions doivent être faites. Dans quelle mesure les traités des nations autochtones leur permettront-ils d'arriver à leurs fins?

A propos de la *Convention de la Baie James et du Nord québécois*, le président du Native Council of Canada écrivait en 1979 que «[...] la Convention est en fait la suite de la même vieille politique de paternalisme, sans les garanties qu'offrent le système des réserves et la Loi sur les Indiens»[126].

L'opinion des tribunaux sur la valeur juridique des traités autochtones ne peut être déterminée avec exactitude, étant donné le peu de jurisprudence qui les concerne directement. On a jugé que les traités sont subordonnés à la législation fédérale, mais pas à la législation provinciale. La jurisprudence n'est pas encore fixée sur la question de l'application des droits issus de traités, mais on reconnaît que la Couronne et les Autochtones ont conclu des traités avec l'intention de créer des obligations juridiques mutuelles. Les tribunaux n'ont pas hésité à confirmer la force juridique des traités, du moins à leur donner l'effet d'éteindre les droits des Autochtones au profit de la Couronne[127].

Les deux parties ont toujours considéré et appliqué les traités comme des documents juridiques. Il apparaît que malgré la difficulté de qualifier ces accords selon les principes juridiques traditionnels, les Autochtones comme les gouvernements sont liés par les termes des traités. La *Loi sur les Indiens*, par l'entrée en vigueur de la règle de l'article 88 en 1957, a confirmé la valeur juridique des traités et celle-ci a reçu une reconnaissance constitutionnelle avec les articles 25 et 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Les traités des nations autochtones ont d'autant plus d'importance que les décisions judiciaires récentes démontrent une plus grande ouverture à la cause autochtone. Une interprétation «juste, large et libérale» est maintenant la règle selon la Cour suprême : «Il semble [...] que les traités [...] visant les Indiens doivent recevoir une interprétation libérale et que toute ambiguïté doit profiter aux Indiens»[128]. Il fut aussi suggéré que les traités des nations autochtones devaient être interprétés à la lumière de leur signification au temps de leur signature plutôt que selon leur signification actuelle[129].

118 *Renvoi : Re as to whether the terms «Indians» in head 24 of section 91 of the B.N.A.A. includes Eskimo inhabitants of the province of Quebec, supra*, note 5; E. GOURDEAU, «Les cultures esquimaude et indienne : un acquis pour la civilisation», (1977-78) 41-42 *Forces* 55.

119 Convention de la Baie James, art. 2.11 et Convention du Nord-Est québécois, art. 2.9.

120 *R.* c. *Sutherland et autres*, [1980] 2 R.C.S. 451.

121 *Four B. Manufacturing Ltd* v. *U.G.W. of A.*, (1980) 102 D.L.R. (3d) 397; Voir aussi G. A. BEAUDOIN, *op. cit. supra*, note 28, p. 115.

122 *Cardinal* c. *P.G. Alberta*, [1974] R.C.S. 695, 703.

123 En vertu de l'article 88 de la Loi sur les Indiens tel qu'appliqué dans l'arrêt *Regina* v. *White and Bob, supra*, note 14.

124 BERNIER, *loc. cit. supra*, note 56.

125 Centre de documentation sur les peuples indigènes, Genève.

126 H.W. DANIELS, *We are the New Nation : The Metis and National Native Policy*, Ottawa, Native Council of Canada, 1979, p. 22 (La traduction est de l'auteur).

127 Affaire St-Catherine's Milling, p. 600.

128 *Nowegijick* c. *La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, 36.

129 *A.G. Ontario* v. *Bear Island Foundation et al.*, reproduit dans [1985] 1 C.N.L.R. 1 (C.S. Ont.).

C'est l'exemple célèbre de la trousse de soins d'urgence qui aurait aujourd'hui la valeur d'un centre de santé moderne.

La volonté des parties est un moyen d'interpréter les traités. Or, les auteurs s'accordent à dire que l'on a utilisé «une procédure solennelle de type international aboutissant à la conclusion d'un traité au nom de la Reine. Dès lors, ne doit-on pas aller plus loin et chercher le fondement de ces traités dans le droit international?»[130].

Le rapprochement entre les traités des nations autochtones et les véritables traités de droit international moderne, s'il existe un jour, sera selon nous la conséquence d'un changement dans la pratique des États et non celle d'une modification du droit international. Les instruments de droit international moderne qui auraient pu modifier le statut des Autochtones n'ont pas eu cet effet[131], et ceux qui ont directement tenté de le faire ont reçu peu de support des membres de la communauté internationale[132], en particulier du Canada.

Le droit international des traités est toutefois en constante évolution. Il ne régit plus seulement les rapports entre états : peuvent aujourd'hui être parties à un traité d'autres personnes internationales (organisations, individus et, dans une certaine mesure, compagnies). Sans octroyer la personnalité internationale aux Autochtones, cette «libéralisation» poussera peut-être le Canada à appliquer aux traités autochtones certaines règles internationales de preuve et d'interprétation.

Le gouvernement fédéral se montre aujourd'hui plus ouvert aux négociations : après l'arrêt *Calder* c. *P.G. Colombie-Britannique*[133], et suite aux efforts de plusieurs groupes de pression autochtones avant le rapatriement de la Constitution de 1982, de nouvelles politiques ont vu le jour.

Quand le Canada n'est plus disposé à négocier l'application des droits issus de traités, les recours au système des Nations Unies sont considérés par les Autochtones canadiens. Dans la mesure où le traité autochtone se voit reconnaître un certain lien avec le droit international, la responsabilité internationale du Canada risque chaque fois d'être engagée. Entre temps, le groupe de travail sur les populations indigènes de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies tente d'élaborer une déclaration des droits indigènes qui pourrait obtenir un appui substantiel de l'Assemblée générale. Même si le Canada ne signait pas cette déclaration, les pressions des autres membres de la communauté internationale pourraient influencer sa politique interne. Mais à court terme, les Autochtones du Canada et du Québec devront surtout compter sur la bonne volonté des gouvernements de respecter les acquis et de poser des actes unilatéraux qui les favorisent[134].

***

A notre avis, les traités des nations autochtones du Québec ne sont pas, en soi, des traités internationaux au sens du droit international contemporain. Le résultat de la pratique des États aux XVIe et XVIIe siècles (pratique qui en principe correspondait au droit international d'alors) fut la négation de toute souveraineté autochtone. Une telle souveraineté aurait eu de toute façon à survivre jusqu'à nos jours pour que les traités autochtones demeurent «internationaux», mais tel ne fut pas le cas.

Le droit interne canadien lui-même écarte la possibilité que les traités autochtones constituent simplement des contrats administratifs. Depuis 1763, la Couronne a le droit exclusif de négocier, par traité, avec les nations autochtones pour acquérir leurs terres. Depuis 1957, la *Loi sur les Indiens* subordonne les lois provinciales aux traités. Depuis 1982, la Constitution reconnaît et confirme les droits autochtones issus de traités.

Sur la nature juridique des traités des nations autochtones, force nous est de constater, comme la majorité de la jurisprudence et des auteurs l'ont fait, qu'ils sont uniques en leur genre : ils sont *sui generis*.

Pour régler les questions issues des traités et clarifier la signification de ceux-ci, le recours aux tribunaux ne sera pas suffisant. Le contexte judiciaire n'est pas un cadre de négociation très dynamique et ne favorise pas les concessions. De 1983 à 1987, moment où elles se sont terminées, les conférences constitutionnelles sur les droits des Autochtones n'ont pas eu beaucoup de succès. Elles avaient toutefois le mérite de maintenir la communication entre les gouvernements et les nations autochtones, communication qui se fait actuellement dans le cadre des négociations constitutionnelles. Si un cadre de négociation différent et plus efficace n'est pas adopté dans l'avenir, les nations autochtones continueront à recourir aux mécanismes internationaux en vue de faire respecter leurs droits ancestraux et issus de traités. Si elles le font avec trop de succès, le Canada et le Québec pourraient se retrouver dans une situation délicate devant la communauté internationale. Les Autochtones n'ont plus à prouver qu'ils sont en mesure d'influencer l'avenir du droit international, même en matière de traités[135].

130 TORELLI, *loc. cit. supra*, note 45, p. 243.

131 WILSON, *loc. cit. supra*, note 33, p. 242.

132 Par exemple, le processus de révision de la *Convention (n° 107) concernant la protection et l'intégration des populations aborigènes et autres populations tribales et semi-tribales dans les pays indépendants*, (1959) 328 R.T.N.U. 247, avait engendré beaucoup d'espoirs chez les Autochtones, mais l'adoption de la *Convention (n° 169) relative aux peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants*, reproduite en version anglaise dans (1989) 28 I.L.M. 1382, les a anéantis en sombrant dans le paternalisme.

133 *Supra*, note 1.

134 Voir par exemple *Loi sur la prévention de la pollution des eaux arctiques*, S.R.C. 1970, c. 2 (1er supp.).

135 S. O'BRIEN, «Undercurrents in International Law : A Tale of Two Treaties», (1985) *Canada-United States Law Journal* 1. L'auteur décrit l'influence qu'ont eu les groupes de pression autochtones canadiens et américains sur le contenu de deux traités internationaux de pêche signés par le Canada.