

Études

Les traités conclus avec les Autochtones en droit interne canadien et la Convention de Vienne sur le droit des traités

RENÉ MORIN*

- I.- Les sens et la portée des traités conclus avec les Autochtones en droit interne canadien
- II.- Les règles régissant les traités avec les Autochtones en droit interne canadien et la Convention de Vienne sur le droit des traités

- A- La formation d'un traité
- B- L'interprétation d'un traité
- C- L'extinction d'un traité

L'affirmation des peuples autochtones du Canada s'exprime depuis une vingtaine d'années de deux manières : d'une part, par la voie judiciaire afin de faire valoir leurs droits ancestraux ou issus de traités, et, d'autre part, par la voie politique afin de se faire reconnaître et négocier un droit à l'autonomie gouvernementale.

Pour les Autochtones, le concept d'autonomie gouvernementale découle naturellement de leurs droits ancestraux à titre de premiers occupants du pays en tant que sociétés organisées. Cette réalité s'est traduite, entre autres, par leur capacité à conclure des traités avec certains États européens entrés en contact avec eux au tournant du XVIIe siècle.

Aujourd'hui, les Autochtones considèrent qu'ils forment toujours des peuples ou nations, que leurs droits ancestraux sur leurs terres traditionnelles n'ont pas été éteints et que cela les habilite encore à conclure des traités avec les «occupants» canadiens que représentent les gouvernements fédéral et provinciaux.

Dans le cadre du présent article, nous allons d'abord examiner quelle est la nature et la portée des traités conclus avec les Autochtones en droit canadien. Nous comparerons ensuite les règles régissant ces traités avec celles contenues dans la *Convention de Vienne sur le droit des traités*¹. Pour les fins de cet exposé, nous n'étudierons pas si d'autres normes de droit international, indépendamment de la Convention de Vienne, pourraient régir ces traités.

* Avocat, ministère de la Justice du Québec.

1 (1980) 1155 R.T.N.U. 354; (1981) R.T. Can. no 37 [ci-après dénommée *Convention de Vienne* ou *Convention*].

2 Voir G. BROWN et R. MAGUIRE - CANADA, «Histoire des traités avec les Indiens, Ministère des affaires indiennes et du Nord, Ottawa, (1979); J.D. HURLEY, *Children or Brethren: Aboriginal Rights in Colonial Iroquoia*, Saskatoon, University of Saskatchewan's Native Law Center, 1985.

3 Voir CANADA, Ministère des Affaires indiennes et du Nord, *Entente de principe sur la revendication territoriale globale des Dénés et des Métis*, Ottawa, 1988; CANADA, Ministère des Affaires indiennes et du Nord, *Entente de principe sur la revendication territoriale globale des Indiens du Yukon*, Ottawa, 1989. Ces deux dernières ententes doivent donner lieu à des ententes finales.

I.- Le sens et la portée des traités conclus avec les autochtones en droit interne canadien

Lorsque les Français et les Britanniques sont arrivés en Amérique du Nord au tournant du XVIIe siècle, ils ont conclu avec les Autochtones des ententes qui étaient souvent intitulées «traités». Ces traités ne portaient pas sur la reddition de l'Amérique autochtone aux mains des Européens, mais portaient plutôt sur des rapports de paix ou sur des cessions de territoires occupés par ces autochtones pour permettre la colonisation européenne. La conclusion de ces traités s'est poursuivie jusqu'au XXe siècle et on peut dire qu'elle se poursuit encore sous le couvert des accords de revendications territoriales des peuples autochtones du Canada. On ne peut donc pas considérer ces traités dans le cadre d'une relation vainqueur-vaincu ou de conquérant-conquis².

Au début du XVIIe siècle, alors que les premiers contacts entre les Français (ou les Britanniques) et les Autochtones se produisaient, la notion de «traité» était déjà consacrée dans le droit conventionnel international et impliquait la conclusion d'accords entre États souverains. En toute logique, il faudrait donc en déduire que non seulement les puissances européennes reconnaissaient une souveraineté autochtone en Amérique du Nord, mais aussi que cette souveraineté se continue puisque le gouvernement fédéral négocie encore des traités avec les Autochtones³. Malgré cette conclusion obligée, comment expliquer que les peuples ou nations autochtones du Canada ne soient pas reconnus en tant qu'entités souveraines et indépendantes sur la scène internationale?

Nous allons tenter de répondre à cette question en examinant les solutions qu'ont apportées les tribunaux. Avant d'étudier la situation canadienne, il convient d'analyser la position américaine exprimée par le juge Marshall, juge en chef de la Cour suprême des États-Unis, dans le premier quart du XIXe siècle, soit plus de soixante-dix ans avant que notre Cour suprême ne se penche véritablement sur la question des

traités. L'examen de la position de la Cour américaine est d'autant plus pertinent que l'interprétation qu'elle donne de la nature des traités conclus entre Autochtones et Britanniques s'applique tant au territoire des treize colonies américaines avant leur accession à l'indépendance en 1776 qu'à celui de la Nouvelle-France à la suite du *Traité de Paris* du 10 février 1763.

En 1823, dans *Johnson and Graham's Lessee v. McIntosh*⁴, le juge Marshall a établi que la souveraineté indienne sur le territoire n'avait pas été atteinte en Amérique au moment de l'arrivée des Européens, mais qu'elle s'était seulement vue limitée :

Ils [les Indiens] furent comme les occupants de plein droit du territoire, faisant valoir un titre à la fois légitime et légal pour en conserver la possession et l'exploiter suivant leur propre discrétion, *mais leurs droits à une souveraineté complète, en tant que nations indépendantes, furent nécessairement restreints* [...].⁵

Cette prémisse allait permettre d'énoncer quelques années plus tard dans *Worcester v. The State of Georgia*⁶ que les nations indiennes avaient la capacité de conclure des traités ayant la même valeur que les traités internationaux :

Le terme «nation», qu'on leur applique de façon générale, signifie «un peuple distinct des autres». La Constitution, en déclarant les traités déjà signés, ainsi que ceux en voie d'élaboration, comme étant la loi suprême du pays, a reconnu et ratifié les traités antérieurs avec les Nations indiennes, *et conséquemment, a reconnu leur qualité de puissance ayant la capacité de conclure des traités*. Les mots «traités» et «nation» font partie de notre langue, sont utilisés dans nos procédures diplomatiques et législatives et ont chacun un sens reconnu et bien défini. *Nous les avons appliqués aux Indiens comme aux autres nations de la terre. Ils sont appliqués à tous dans le même sens.*⁷

Sur cette base, les Autochtones pourraient avoir conservé aux États-Unis une souveraineté domestique ou résiduaire sur leurs terres qui les habiliterait à conclure des traités au même titre que les États souverains.

Toutefois, une loi votée par le Congrès américain le 4 mars 1871 venait limiter pour l'avenir (à moins qu'elle ait eu seulement pour objet de dissiper toute ambiguïté) le sens et la portée des traités autochtones conclus aux États-Unis en énonçant qu'aucune nation ou tribu indienne sur le territoire des États-Unis ne sera reconnue comme un pouvoir indépendant avec lequel on puisse contracter des engagements par le biais de traités⁸.

Le Congrès aurait donc intégré dans le droit interne américain la question du sens et de la portée des traités autochtones la position que le juge Marshall avait commencé à esquisser dans un cadre international.

Même si la jurisprudence canadienne s'est grandement appuyée sur les énoncés du juge Marshall, nous doutons qu'elle ait accepté la notion de souveraineté résiduaire ou domestique⁹. Au Canada, les tribunaux ont soutenu que les Autochtones ont le droit en *common law* de posséder des terres, mais ils ne sont jamais allés jusqu'à énoncer que ce

droit provient d'une souveraineté préexistante. Le droit découlerait du fait que l'arrivée des Britanniques ne pouvait avoir pour effet d'éteindre les droits des occupants sur leurs terres¹⁰.

Toutefois, lorsque les tribunaux canadiens ont commencé à étudier le sens et la portée des traités conclus avec les Autochtones, ils n'y ont d'abord vu que de simples promesses qui pouvaient facilement être rompues par le fédéral. Nous verrons cependant que cette position a radicalement changé depuis quelques années.

Ainsi, en 1895, Lord Watson du Conseil privé dans *Attorney General for the Dominion of Canada and Attorney General for Ontario et Attorney General for Québec and Attorney General for Ontario*¹¹ a énoncé que les indemnités financières prenant la forme de «rentes» ne constituaient que des promesses pour le bénéfice des Indiens mentionnés dans les deux grands traités conclus en Ontario, soit les traités *Robinson-Huron* et *Robinson-Supérieur* de 1850 (du nom du gouverneur de la Province du Canada, l'Honorable William B. Robinson) signés avec les Indiens Ojibways occupant la rive nord des lacs Huron et Supérieur :

Leurs Seigneuries n'ont eu aucune difficulté à venir à la conclusion que, par les traités, les Indiens n'ont obtenu aucun droit concernant les annuités - de base ou révisées - mais tout au plus une promesse, une entente, *celle-ci ne créant qu'une obligation personnelle à la charge du Gouverneur* représentant l'ancienne province.¹²

Cet énoncé de Lord Watson applicable à des obligations financières a été étendu à toutes les autres dispositions de ces deux traités par le juge Johnson de la Cour d'appel des Territoires du Nord-Ouest en 1964 dans *R. v. Sikyee*¹³ :

Tandis que ceci réfère seulement aux annuités payables en fonction des traités, *il est difficile de penser que les autres dispositions des traités, incluant celle qui nous préoccupe, peuvent avoir une importance prépondérante*. Il faut toujours garder à

8 Voir F.S. COHEN, H.L. ICKES *et al.*, *Handbook of Federal Indian Law*, U.S. Government printing office, 1942; voir aussi M.D. MASON, «Canadian and United States Approaches to Indian Sovereignty», (1983) 21 *Osgood Hall L.J.* 3, 422, qui conclut à la page 474 :

«So to the question, what sovereignty remains in Indians of Canada and the United States? Unless covert Indian governments exist, Canadian Indians retain little sovereignty. A minority of bands retain traditional government methods; this power to determine the form of self-government is an attribute of sovereignty. However, the Minister's control over actual decisions makes this but a ghost of past power.

On paper, Indians in the United States who retain reservations have inherent retain sovereignty. The tribes determine membership and regulate domestic relations; tribal courts have civil jurisdiction and intra-Indian misdemeanor jurisdiction on the reservation. In large measure, they can govern themselves. But unless the BIA ceases to review tribal ordinances and Congress increases tribal jurisdiction these exercises of sovereignty will only constitute practice in preparation for eventual absorption of Indians into United States society » (les italiques sont de l'auteur).

9 Voir la position de Me John Hurley sur l'application de la position du juge Marshall au Canada dans J.D. HURLEY, «Aboriginal Rights, The Constitution and the Marshall Court», (1982-1983) 17 *R.J.T.* 403.

10 Voir *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *Baker Lake c. Le Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien*, (1970) 1 C.F. 518 (d.p.i.) et *Guérin c. La Reine*, (1984) 2 R.C.S. 335.

11 [1897] A.C. 199.

12 *Id.*, p. 213 (Les italiques sont de de l'auteur).

13 (1964) 43 D.L.R. (2d) 150 (N.W.T.C.A.).

4 21 U.S. (8 Wheaton) 543 (1823).

5 *Id.*, p. 574 (Les italiques sont de de l'auteur).

6 31 U.S. (6 Peters) 515 (1832).

7 *Id.*, pp. 559-560 (Les italiques sont de de l'auteur).

l'esprit que les Indiens ont échangé leur droit sur le territoire contre ces promesses. Ces «promesses et ententes», comme n'importe qu'elles autres, peuvent à coup sûr être brisées et aucune loi à ma connaissance ne peut empêcher le Parlement, agissant dans les limites proposées par l'article 91 de A.A.N.B. de ce faire.¹⁴

Une illustration de cette approche se retrouve dans le propos du juge Patterson de la Cour supérieure de la Nouvelle-Écosse en 1929 dans *R. v. Syliboy*¹⁵. Selon ce dernier, le document de 1752 intitulé «Traité ou Articles de la Paix et de l'Amitié Renouvelée» conclu entre le gouverneur de la Nouvelle-Écosse et le chef de la tribu des Micmacs habitant les côtes de l'est de la Nouvelle-Écosse ne constituait aucunement un traité :

[...] à mon avis, le Traité de 1752 n'est absolument pas un traité et il ne doit pas être considéré comme tel; il s'agit tout au plus d'un simple accord conclu entre le Gouverneur et le Conseil et une poignée d'Indiens leur donnant, en échange de leur bonne conduite, de la nourriture, des présents et le droit de chasser et de pêcher comme de coutume [...].¹⁶

La position des tribunaux à l'égard des traités conclus avec les Autochtones a radicalement changé avec la décision de la Cour suprême du Canada dans *Simon c. La Reine*¹⁷ en 1985.

Pour marquer la rupture avec le passé, le juge Dickson de la Cour suprême du Canada commence par réfuter la position du juge Patterson en ces termes :

Le langage utilisé par le juge Patterson [...], 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 Canada.¹⁸

Pour le juge Dickson, les traités ne comportent pas seulement des promesses mais des obligations mutuellement exécutoires :

Le traité conclu dans l'intérêt de la Couronne britannique et du peuple Micmac, pour maintenir la paix et l'ordre ainsi que pour reconnaître et confirmer les droits de chasse et de pêche existants des Micmacs. À mon avis, le Gouverneur et les Micmacs ont conclu des traités avec l'intention de créer des obligations mutuellement exécutoires qui seraient solennellement respectées.¹⁹

Cependant, en établissant le sens et la portée des traités conclus avec les Autochtones, le juge Dickson ne va pas jusqu'à prêter au terme «traité» le sens que le droit international lui reconnaît :

Dans l'étude de l'effet des hostilités subséquentes sur le Traité de paix de 1752, les parties ont examiné le droit international applicable à l'extinction des traités. Bien qu'il puisse être utile dans certains cas de faire une analogie entre les principes du droit international des traités et les traités avec les Indiens, ces principes ne sont pas déterminants. 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.²⁰

Ainsi, le droit des traités autochtones au Canada a-t-il connu un cheminement passablement différent de celui de ce droit aux États-Unis. Aux États-Unis, le droit des traités autochtones semble avoir tiré son origine du droit international, ce qui a amené le Congrès à le restituer en 1871 dans le droit interne américain, alors qu'au Canada, le droit des traités autochtones semble n'être jamais sorti du droit interne.

Toutefois, le sens et la portée de ces traités autochtones ont connu au Canada une évolution certaine avec la position exprimée par la Cour suprême dans *Simon c. La Reine*. C'est pourquoi, dans une deuxième partie, nous examinerons les règles régissant les traités conclus avec les Autochtones au Canada en les comparant aux normes énoncées dans la *Convention de Vienne sur le droit des traités*.

II.- Les règles régissant les traités avec les autochtones en droit interne canadien et la Convention de Vienne sur le droit des traités

Nous allons étudier trois aspects reliés à la notion de traités conclus avec les Autochtones au Canada, soit les éléments requis pour leur formation, leur interprétation et les conditions appropriées pour leur extinction en les comparant aux normes internationales codifiées dans la *Convention de Vienne sur le droit des traités*.

A- La formation d'un traité

Les tribunaux ont étudié les éléments requis dans la formation d'un traité dans le contexte de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*²¹. Cet article énonce que les lois provinciales ne peuvent aller à l'encontre d'un traité.

Les tribunaux ont indiqué qu'un traité conclu avec les Autochtones n'impliquait pas l'application de règles rigides, mais qu'il fallait rechercher l'intention de ses auteurs à partir des circonstances entourant la conclusion de l'entente pour déterminer si elle a valeur de traité. À ce sujet, le juge Dickson dans *Simon c. La Reine*²² faisait sien ce commentaire du juge Norris dans *R. v. White and Bob*²³ :

La question ne doit pas, à mon humble avis, être tranchée par l'application de règles d'interprétation rigides, sans tenir compte des circonstances qui existaient lorsque le document a été rédigé, ni selon les critères des rédacteurs modernes. Afin de déterminer quelle était l'intention du législateur au moment de l'adoption de l'article 87 [maintenant l'article 88] de la *Loi sur les Indiens*, il faut présumer que le législateur tenait compte de la façon dont toutes les parties comprenaient le document au moment où il a été signé. Dans l'article, le mot «traité» n'est pas un mot technique et, à mon humble avis, il comprend tous les accords conclus par les personnes ayant autorité que peut englober

14 *Id.*, p. 154 (Les italiques sont de de l'auteur).

15 (1929) 1 D.L.R. 307 (N.S. Sup. Ct).

16 *Id.* (traduction française dans *Simon c. La Reine*, (1985) 2 R.C.S. 387, 398-399).

17 (1985) 2 R.C.S. 387.

18 *Id.*, p. 399.

19 *Id.*, p. 401 (Les italiques sont de de l'auteur).

20 *Id.*, p. 404 (Les italiques sont de de l'auteur).

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

22 *Supra*, note 17.

23 (1965) 50 D.L.R. (2d) 613, confirmé par [1965] R.C.S. vi.

l'expression «la parole de l'homme blanc» dont le caractère sacré était, à l'époque de l'exploration et de la colonisation britanniques, le moyen le plus important pour se concilier et obtenir la bienveillance et la collaboration des tribus autochtones et pour protéger la vie et la propriété des colons. Les Indiens se fondaient sur cette assurance.²⁴

Ainsi, à l'origine, les traités conclus avec les Autochtones se situaient-ils dans un contexte d'exploration et de colonisation. Aussi l'occupation graduelle du territoire par les Britanniques devait-elle assurer la coexistence de ceux-ci avec les Autochtones. La pierre angulaire de cette coexistence est devenue le «traité».

Toutefois, l'histoire des relations entre les Britanniques et les Autochtones aux XVIIe et XVIIIe siècles n'est pas toujours facile à établir puisque les ententes conclues n'étaient pas nécessairement identifiées par le terme «traité». De plus, certaines obligations pouvaient avoir été contractées sans qu'elles aient été mentionnées comme telles dans le document²⁵.

Pour déterminer l'intention des parties au moment de la conclusion de ces traités anciens, il faut souvent faire une preuve de faits à l'aide d'historiens, d'anthropologues, d'ethno-historiens et par le témoignage que les aînés d'une communauté autochtone se sont transmis par tradition orale de génération en génération. Par contre, les traités conclus aujourd'hui ne reposent plus sur les prémisses d'une exploration ou d'une colonisation. Ils ont pour objet l'extinction des droits ancestraux ou titres indiens dans les territoires traditionnellement occupés par les peuples autochtones et leur remplacement par les droits issus de traités que l'on appelle, à juste titre, accords de revendications territoriales.

La *Convention de Vienne sur le droit des traités* implique plus de formalisme. Un traité, pour être soumis à la Convention, doit être en forme écrite, quoique l'article 3 de ladite Convention stipule clairement, aux alinéas a) et b), que le fait que des traités soient conclus sous une forme autre n'enlève rien à leur validité et que cela ne porte pas atteinte «à l'application à ces accords de toutes règles énoncées dans la présente Convention auxquelles ils [les sujets de droit international] seraient alors soumis en vertu du droit international indépendamment de ladite Convention». Seules les personnes mentionnées à l'article peuvent adopter ou authentifier le texte d'un traité, ou exprimer le consentement de l'État à être lié par ce traité. En droit autochtone, la jurisprudence réfère, en ce qui concerne les anciens traités, aux personnes en autorité mais sans élaborer sur ces catégories de personnes. Il s'agit d'une question de faits.

Par ailleurs, l'article 11 de la Convention de Vienne énumère les modes d'expression du consentement d'un État à être lié par un traité (ratification, signature, etc.) alors qu'en droit autochtone, un consentement peut être verbal ou écrit.

Ainsi, en droit autochtone, la «parole de l'homme blanc», du moins à l'égard des traités conclus dans le passé, est

une question de circonstances où l'intention des parties en présence s'avère déterminante.

Aujourd'hui, les accords de revendications territoriales conclus avec les Autochtones sont empreints de plus de formalisme. Par exemple, la *Convention de la Baie James et du Nord québécois*²⁶ conclue le 11 novembre 1975 prévoyait à l'article 2.5, alinéa 1, l'adoption de lois d'approbation fédérale et québécoise :

Dès la signature de la Convention, le Canada et le Québec doivent recommander au Parlement du Canada et à l'Assemblée nationale du Québec une législation appropriée pour approuver la Convention, la mettre en vigueur et la déclarer valide [...].²⁷

Par ailleurs, l'article 2.16 de la Convention de la Baie James prévoyait un processus de consultation et de confirmation auprès des Autochtones concernés :

Dans les quatre (4) mois suivant la signature de la Convention, celle-ci devra être soumise aux Cris et aux Inuits à des fins de consultation et de confirmation et ce, d'une façon acceptable au Canada.²⁸

Les autres accords de revendications territoriales conclus depuis cette date comportent des dispositions analogues.

Ainsi, le formalisme qui se développe au niveau de la formation des traités modernes que sont les accords de revendications territoriales se rapproche-t-il de la pratique de conclusion et de mise en oeuvre des traités internationaux au Canada.

B- L'interprétation d'un traité

Quelle interprétation convient-il de donner aux traités conclus avec les Autochtones?

La Cour suprême du Canada a indiqué dans *Simon c. La Reine* qu'il fallait leur donner une interprétation juste, large et libérale :

[...] les traités avec les Indiens doivent être interprétés en faveur de ceux-ci de façon *juste, large et libérale*. Ce principe d'interprétation a été très récemment confirmé par cette Cour dans l'arrêt *Nowegijick c. La Reine*, (1983) 1 R.C.S. 29. Voici ce que j'ai eu l'occasion de dire à la p. 36 :

«Selon un principe bien établi, pour être valide, toute exemption d'impôts doit être clairement exprimée. Il me semble toutefois que les traités et les lois visant les Indiens doivent recevoir une interprétation libérale et que toute ambiguïté doit profiter aux Indiens».²⁹

Dans le même esprit, le juge McKinnon de la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. c. Taylor and William* avait fait, quelques années plus tôt, la remarque suivante à propos de l'interprétation des traités :

Les principes d'interprétation à appliquer aux traités autochtones ont été amplement analysés au fil des ans. En étudiant les termes d'un traité, mis à part

²⁴ *Supra*, note 17, pp. 409-410 (Les italiques sont de de l'auteur).

²⁵ Voir *R. v. Taylor and William*, (1982) 34 O.R. (2d) 360 (Ont. C.C.) qui a décidé qu'un traité confirmait les droits traditionnels de chasse et de pêche pour des fins de subsistance même si le document ne comportait aucune disposition sur la chasse. Voir aussi les propos tenus par le juge Lambert de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *R. v. Bartleman*, (1984) 13 C.C.C. (3d) 488 (B.C.C.A.).

²⁶ GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *La Convention de la Baie James et du Nord québécois et les conventions complémentaires* 1, 2, 3, 4, 5, et 6, Québec, Éditeur Officiel, 1980 [ci-après dénommée *Convention de la Baie James*].

²⁷ *Id.*, article 2.5.

²⁸ *Id.*, article 2.16.

²⁹ *Supra*, note 17, p. 402 (Les italiques sont de de l'auteur).

toutes les autres considérations déjà mentionnées, *l'Honneur de la Couronne est toujours en jeu et celle-ci ne doit en aucun cas pouvoir être accusée d'avoir négocié de mauvaise foi*.³⁰

C'est sans doute pour se prémunir de l'application de cette règle que l'on retrouve dans l'entente intervenue entre le Conseil des Indiens du Yukon, le gouvernement du Canada et le gouvernement du Yukon concernant une revendication territoriale globale³¹ conclue en mai 1989, l'article 3.11 se lisant comme suit :

Il n'est pas présumé que les expressions douteuses que pourraient contenir l'entente de principe ou les ententes de règlement seront interprétées en faveur du gouvernement, du Conseil des Indiens du Yukon, des premières nations du Yukon ou des Indiens du Yukon.³²

La *Convention de Vienne sur le droit des traités* a codifié les règles d'interprétation des traités³³. Parmi celles-ci, aucune ne prévoit que l'on doive interpréter, en cas d'ambiguïté, un traité en faveur d'un État partie à ce traité. Ainsi, en droit international, on applique dans l'interprétation des traités, le principe d'égalité et d'indépendance de tous les États signataires de la *Charte des Nations Unies*. Par contre, en droit autochtone, un traité doit, à moins d'indication contraire, s'interpréter en faveur des Autochtones.

C- L'extinction d'un traité

La Cour suprême du Canada dans *Simon c. La Reine* n'a pas décidé si un traité conclu avec les Autochtones pouvait, dans certaines circonstances, être éteint par la violation de l'une de ses clauses fondamentales³⁴. Mais le juge Dickson ajouta :

Vu la portée et la gravité des conséquences d'une conclusion selon laquelle le droit issu du traité a été éteint, il semble approprié d'exiger une preuve absolue du fait qu'il y a eu extinction dans chaque cas où la question se pose. Comme le juge Douglas l'a dit dans l'arrêt *United States v. Santa Fe Pacific R. Co.*, précité à la p. 354 [TRADUCTION] «une extinction ne s'infère pas à la légère». ³⁵

La *Convention de Vienne sur le droit des traités* est beaucoup plus explicite et détaillée sur l'extinction des traités. Elle prévoit des dispositions permettant la dénonciation d'un traité ou le retrait de celui-ci. Elle prévoit également les cas où il peut être mis fin au traité : sa violation substantielle (article 60), la survenance d'une situation rendant l'exécution impossible (article 61), un changement fondamental de circonstances (article 62), la rupture de relations diplomatiques ou consulaires lorsqu'elles sont indispensables à l'application du traité (article 63), la survenance d'une nouvelle norme impérative au droit international général (article 64). De plus, la Convention prévoit une procédure à suivre dans les cas de la nullité du traité, de son extinction, du

retrait d'une partie ou de la suspension de l'application du traité (articles 65 et suivants).

Par ailleurs, l'article 56 de la Convention de Vienne dispose du retrait ou de la dénonciation dans le cas d'un traité ne contenant pas de dispositions relatives à l'extinction, à la dénonciation ou au retrait. Cet article stipule qu'on ne peut mettre fin au traité à moins :

- a) qu'il ne soit établi qu'il entrerait dans l'intention des parties d'admettre la possibilité d'une dénonciation ou d'un retrait; ou
- b) que le droit de dénonciation ou de retrait ne puisse être déduit de la nature du traité.

Cet article 56 nous semble rejoindre l'énoncé du juge Dickson rapportant les propos du juge Douglas suivant lesquels l'extinction d'un traité ne doit pas être inféré à la légère.

Cependant, la Cour suprême du Canada a reconnu que le gouvernement fédéral pouvait unilatéralement éteindre les traités conclus avec les Autochtones, du moins jusqu'au 17 avril 1982, date où les droits issus de traités conclus avec les peuples autochtones du Canada ont été reconnus et confirmés dans le cadre de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*³⁶.

Le cas s'est notamment posé en regard du droit de chasse issu du traité conclu avec les Autochtones et de la *Convention concernant les oiseaux migrateurs* de 1916 entre le Royaume-Uni pour le Canada et les États-Unis visant à prohiber la chasse aux oiseaux migrateurs. Dans *R. c. Sikyea*³⁷, la Cour d'appel des Territoires du Nord-Ouest a conclu en 1964 que cette convention internationale, introduite au Canada par la *Loi sur la Convention concernant les oiseaux migrateurs*³⁸, avait éteint, modifié ou affecté les droits des Indiens de chasser les oiseaux migrateurs.

En d'autres termes, le gouvernement fédéral peut éteindre un traité conclu avec les Autochtones puisque ceux-ci relèvent de sa compétence exclusive, selon les articles 91, alinéa 24 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Il est possible toutefois que le gouvernement fédéral ait perdu le 17 avril 1982 cette compétence d'éteindre unilatéralement les droits issus des traités, date à laquelle ces droits ont été «reconnus et confirmés» dans le cadre de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

En effet, dans *R. c. Arcand*³⁹, la Cour du banc de la Reine de l'Alberta a décidé le 22 février 1989 que la *Loi sur la Convention concernant les oiseaux migrateurs*⁴⁰ n'avait que suspendu et limité le droit de chasser issu du traité autochtone, mais que cette suspension ou limitation pouvait devenir inopérante à partir du 17 avril 1982. Ainsi, un traité autochtone pourrait-il mettre en échec une loi fédérale ayant donné effet à une convention internationale⁴¹. L'Affaire Arcand a été portée en appel devant la Cour d'appel de

36 *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur la Canada* 1982, R.-U., c. 11, article 35.

37 *Supra*, note 13.

38 *Loi sur la Convention concernant les oiseaux migrateurs*, S.R.C. 1952, c. 179, devenue L.R.C., 1985, c. M-7.

39 (1989) 2 C.N.L.R. 110 (CONRAD J.) [ci-après dénommée l'*Affaire Arcand*].

40 *Supra*, note 38.

41 Voir *R. v. Flett*, (1987) 5 W.W.R. 115 (Man. Prov. Ct) confirmé par la Cour du Banc de la Reine du Manitoba dans *R. v. Flett*, (1990) 60 Man. R. (2d) 294 (Man. Ct Q.B.).

30 *Supra*, note 25, p. 367 (Les italiques sont de de l'auteur).

31 CANADA, Ministère des Affaires indiennes et du Nord, *Entente de principe sur la revendication territoriale globale des Indiens du Yukon*, Ottawa, 1989.

32 *Id.*, article 3.11 de la section portant sur les dispositions générales.

33 *Convention de Vienne*, articles 31 à 33.

34 *Supra*, note 17, p. 404.

35 *Id.*, pp. 405-406 (Les italiques sont de de l'auteur).

l'Alberta et pourrait donner ultérieurement l'occasion à la Cour suprême du Canada de se prononcer sur le sens et la portée de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Jusqu'à maintenant, la tendance jurisprudentielle veut que les droits des peuples autochtones ne sauraient être affectés sans motifs raisonnables et que leur extinction pure et simple ne saurait être possible que dans le cadre de traités ou accords de revendications territoriales⁴².

Dans cette perspective, il est donc possible que les droits issus des traités des Autochtones, eu égard à leur extinction, reçoivent dans le cadre du droit canadien une protection équivalente à celle prévue à l'article 56 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* qui, rappelons-le, prévoit que hormis les deux exceptions que nous avons mentionnées ci-haut, un traité qui ne comprend pas de disposition relative à sa dénonciation ne peut faire l'objet de dénonciation.

Lors de la session de la Commission des droits de l'Homme tenue à Genève en mars 1989, une résolution a été adoptée pour la réalisation d'une étude sur l'importance des traités, accords et autres arrangements constructifs pour la promotion et la protection des droits de l'Homme et des libertés fondamentales des populations autochtones.

Déjà en août 1988, le rapporteur spécial avait préparé le plan de ce projet d'étude dont le paragraphe 10 indiquait l'objet fondamental, soit :

[...] apporter des éléments permettant d'atteindre, à un niveau pratique, le maximum de promotion et de protection possible, tant au niveau du droit interne que du droit international, des droits des populations autochtones et particulièrement de leurs droits et libertés fondamentales.⁴³

Le paragraphe 15 était plus explicite sur l'utilisation du droit international :

Au niveau *juridique*, l'étude soit être réalisée d'une façon conciliant les approches relevant du droit international, du droit interne des États et des normes et coutumes régissant la vie des populations autochtones⁴⁴

Le projet d'étude sur les traités tiendra donc compte à la fois du droit interne et du droit international en plus des coutumes des populations autochtones.

En ce qui concerne la situation prévalant au Canada, notre analyse ayant trait à la formation, à l'interprétation et à l'extinction d'un traité conclu avec les Autochtones nous permet de conclure que le droit interne canadien a tendance à rejoindre à sa manière les normes mentionnées dans la *Convention de Vienne sur le droit des traités*.

Cela n'est peut-être pas dû à l'effet du hasard puisque les deux ensembles de normes reposent sur les principes fondamentaux des contrats. En effet, les Autochtones au Canada ne sont pas seulement des sujets de droit privé comme

peut l'être chaque citoyen du Canada. Au moment de l'arrivée des Européens, ils vivaient en sociétés organisées sur des parties du territoire de l'Amérique du Nord. Lorsque les Européens sont venus coloniser l'Amérique, ils ont dû développer des relations avec ces sociétés autochtones. Les termes de ces relations se sont vus consacrés par la conclusion de traités qui sont devenus la pierre angulaire des relations entre les autochtones et les européens. Il était donc inévitable que les tribunaux étudient un jour le sens et la portée de ces traités. Il en est ressorti un ensemble de règles qui, à notre avis, s'apparentent d'une certaine façon à celles qui régissent les relations avec les États.

Aujourd'hui, le droit autochtone au Canada forme un corps juridique spécifique qui ne se rattache plus seulement au droit constitutionnel et qui semble de plus en plus s'inspirer du droit international. Nous sommes confiant que son développement saura apporter des solutions originales aux problèmes auxquels font face les peuples autochtones à l'aube du XXI^e siècle⁴⁵.

42 Voir en particulier l'arrêt *R. v. Sparrow*, (1987) 36 D.L.R. (4d) 246 (B.C.C.A.). Voir aussi *R. v. Agawa*, (1989) 65 O.R. (2d) 505 (Ont. C.A.) et *R. v. Denny et al.*, (1990) 94 N.S.R. (2d) 253 (N.S. Sup. Ct.).

43 *Étude sur l'importance des traités, accords et autres arrangements constructifs pour la promotion et la protection des droits de l'Homme et des libertés fondamentales des populations autochtones*, Doc. off. N.U. E/CN.4/RES/1988/56 (Les italiques sont de de l'auteur).

44 *Ibid.* (Les italiques sont de de l'auteur).

45 Depuis la rédaction du présent texte, certains arrêts cités ont été portés en appel devant des cours de niveau supérieur ou ont donné lieu à des jugements. La Cour d'appel du Manitoba s'est finalement prononcée dans l'affaire *R. v. Flett (R. v. Flett)*, (1990) 60 Man. R. (2d) 294, à la suite du jugement fort attendu rendu par la Cour suprême dans l'affaire *R. v. Sparrow (R. v. Sparrow)*, (1990) 1 R.C.S. 1075. Il est à noter que ce dernier arrêt apporte certaines indications sur la portée de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle* 1982. La Cour suprême s'est également penchée sur une autre affaire concernant la qualification d'une entente intervenue entre Britannique et Autochtones. Il s'agit de l'affaire *R. c. Sioui* (1990) 1 R.C.S. 1025.