

---

## Les effets juridiques de la *Convention de la Baie James* au regard du droit interne canadien et québécois

Sébastien Grammond\*

On a souvent qualifié la *Convention de la Baie James et du Nord québécois* et l'ensemble des traités avec les autochtones d'« accords *sui generis* », sans les rattacher aux catégories générales de notre système juridique. Cet article cherche à déterminer quels sont les règles du droit interne qui gouvernent la *Convention* et analyse l'interaction entre les diverses sources du droit interne — privé, public, législatif, constitutionnel — dans leur application à la *Convention*. L'auteur y démontre que de façon générale, le droit public s'appliquant à la *Convention* et aux autres traités avec les autochtones renvoie aux règles du droit privé sur les contrats, qui en gouvernent la formation et l'exécution. La *Convention* fait également l'objet d'une mise en oeuvre législative, en vertu des lois fédérale et provinciale qui l'ont validée. Ces lois transforment les droits contractuels accordés aux autochtones par la *Convention* en droits statutaires et rendent celle-ci obligatoire face aux tiers. Qui plus est, l'objet particulier de cette *Convention*, qui est d'accorder des droits collectifs aux autochtones, et le caractère solennel de sa signature permettent de classer ce type de contrat parmi les traités avec les autochtones; la *Convention* bénéficie donc de la protection des articles 25 et 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

The *James Bay and Northern Québec Agreement*, and aboriginal treaties more generally, have often been described as “*sui generis*,” without any further reference to the general concepts of our legal system. This article attempts to determine the domestic legal rules applicable to the *Agreement* and to analyze the interconnection between the sources of Canadian law — public, private, statutory, constitutional — which govern it. The author submits that the *Agreement* is governed by public law, which for the most part refers to the private law of contract to set the rules for the *Agreement's* formation and execution. Furthermore, the *Agreement* was validated and given effect to by federal and provincial legislation which therefore created a series of statutory rights and made the *Agreement* binding on third parties. Finally, since the *Agreement's* object is to confer collective rights on aboriginal peoples and given the solemn circumstances surrounding its conclusion, it must also be qualified as an aboriginal treaty. Accordingly, the *Agreement* benefits from the protection afforded by sections 25 and 35 of the *Constitution Act, 1982*.

---

\* LL.B., Université de Montréal ; assistant de recherche au Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal. L'auteur désire remercier les professeurs Andrée Lajoie, François Chevrete et Jeremy Webber, qui ont bien voulu commenter le manuscrit de ce texte.

*Sommaire***Introduction****I. Qualification de la *Convention*****A. *Droit applicable*****B. *Qualification contractuelle***

1. Capacité des parties
2. Consentement
3. Objet licite
4. Cause

**C. *Qualification comme traité***

1. La notion de « traité » en droit canadien
2. Définition jurisprudentielle
3. Tentative de systématisation
4. Application à la *Convention*

**II. Mise en oeuvre de la *Convention*****A. *Par le droit commun des contrats*****B. *Par la loi***

1. Clauses de mise en oeuvre
2. Clauses de priorité en cas de conflit
3. La *Loi sur les Cris et les Naskapis du Québec* et les lois québécoises particulières

**C. *Par la Constitution***

1. Article 25 de la *Charte canadienne des droits et libertés*
2. Article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*
  - a. *Objet de la protection*
  - b. *Mécanisme de protection*

**Conclusion**

\* \* \*

## Introduction

Que la *Convention de la Baie James et du Nord québécois*<sup>1</sup> soit l'expression d'un compromis politique avant d'être un instrument juridique ne fait aucun doute. Cette *Convention*, on s'en souvient, a été négociée pour permettre au gouvernement du Québec de continuer la construction du complexe hydro-électrique La Grande. Le gouvernement de l'époque avait entrepris la réalisation de ce projet sans se préoccuper des droits des autochtones cris ou inuit qui vivaient dans le territoire affecté. Confronté à une éventuelle reconnaissance judiciaire de droits ancestraux dont on ignorait l'étendue, il préféra négocier une entente lui permettant, moyennant un certain nombre d'avantages conférés aux autochtones, de poursuivre la construction des barrages et de s'assurer du contrôle des ressources naturelles du Nouveau-Québec.

La *Convention*, en considération de l'abandon par les Cris et les Inuit de leurs droits ancestraux, leur accorde une gamme d'avantages destinés à favoriser leur développement économique et culturel. Ces avantages comprennent le versement de compensations monétaires s'élevant à 150 millions de dollars, l'octroi de certains droits territoriaux de chasse et de pêche et la création d'un programme de soutien aux chasseurs, ainsi que la création d'administrations régionales et locales ayant certaines compétences en matière d'éducation, de santé et de services sociaux, de police, de transport et de développement économique. De plus, la *Convention* divise le territoire du Nouveau-Québec en trois catégories. Les autochtones détiennent un droit d'occupation exclusif sur les terres de catégorie I. Ils détiennent un droit de chasse, de pêche et de piégeage exclusif sur les terres de catégorie II, alors que les tiers peuvent y exercer toute activité compatible avec ce droit. Les terres de la catégorie III sont soumises au régime général des terres de la Couronne.

Où placer la *Convention* et les autres traités conclus avec les autochtones dans les catégories de notre système juridique ? Rarement s'est-on attaqué de front à une telle question. On préfère, en effet, ne pas y donner de réponse définitive de peur d'en découvrir plus tard les lacunes. Tout comme le juge en chef Dickson, on qualifie les traités d'« accords *sui generis* »<sup>2</sup>, avouant implicitement qu'on ne sait pas trop comment les classer.

Cette attitude de retenue extrême s'explique sans doute lorsqu'on s'aperçoit qu'il est impossible d'identifier parfaitement la *Convention* ou les autres traités avec les autochtones, comme par exemple la *Convention définitive avec*

---

<sup>1</sup>*Convention de la Baie James et du Nord québécois*, 11 novembre 1975, reproduite dans *Convention de la Baie James et du Nord québécois et conventions complémentaires*, Québec, Éditeur officiel, 1991 [ci-après *Convention de la Baie James* ou *Convention*]. Les parties à cette *Convention* sont le gouvernement du Québec, la Société d'énergie de la Baie James, la Société de développement de la Baie James, la Commission hydroélectrique de Québec et le *Grand Council of the Crees (of Québec)*, les Cris de la Baie James ainsi que les bandes dont ils sont membres, la *Northern Québec Inuit Association*, les Inuit du Québec, les Inuit de Port Burwell et le gouvernement du Canada.

<sup>2</sup>*Simon c. R.*, [1985] 2 R.C.S. 387 à la p. 404, 24 D.L.R. (4th) 390 [ci-après *Simon* cité aux R.C.S.]; cette décision concernait un traité de paix conclu en 1752 entre la province de Nouvelle-Écosse et la Tribu des Micmacs.

les *Inuvialuit*<sup>3</sup>, avec une seule institution juridique du système canadien. À juste titre, on fait remarquer que ces traités participent à la fois du contrat, de la législation et du traité international<sup>4</sup>. En effet, on peut analyser le droit relatif aux traités sous trois angles différents. En plus de créer des obligations dans le système interne canadien, la *Convention*, selon la conception des autochtones, représente une entente fondamentale devant régir les relations entre nations. Et, puisqu'il s'agit de nations, on doit également envisager la possibilité que la *Convention* puisse revêtir certaines caractéristiques d'un traité international. Les traités impliquent donc une interaction entre trois ordres juridiques différents : l'ordre autochtone, l'ordre canadien et l'ordre international. L'étude de ces trois ordres et de leur interaction constitue un programme de recherche ambitieux, que je n'ai pas encore mené à terme. Le présent article ne rendra compte que de la vision du droit interne canadien.

On s'entend généralement pour qualifier la *Convention* de traité avec les autochtones. Toutefois, le contenu de cette notion de traité reste assez flou. Selon moi, une telle qualification n'exclut pas que la *Convention* soit également qualifiée de contrat. En effet, l'activité de nature contractuelle de l'État est soumise, en l'absence de règles exceptionnelles de droit public, aux dispositions générales du droit privé. C'est donc du droit civil que la *Convention* tire sa force obligatoire dans la mesure où elle respecte les règles de formation des contrats. Le droit civil donnera également ouverture aux recours contractuels à l'encontre d'une partie qui n'aurait pas respecté ses obligations selon la *Convention*. Au terme de cette analyse contractuelle, il sera possible de dégager les éléments qui particularisent les traités par rapport aux contrats ordinaires.

J'étudierai ensuite la mise en oeuvre de la *Convention* au moyen du droit privé des contrats, puis en vertu des dispositions législatives et constitutionnelles applicables. Loin de soumettre les traités à un ensemble de règles rigides et impropres, leur qualification contractuelle ouvre donc la porte à une structure juridique tout à fait originale.

## I. Qualification de la *Convention*

Qu'est-ce que la qualification juridique, sinon la catégorisation d'un objet dans le but de déterminer les règles qui lui sont applicables ? Qualifier un fait, une situation, c'est en isoler les caractéristiques significatives qui déclencheront l'application d'une règle de droit. L'opération est nécessairement réductrice, mais elle permet de délimiter, dans l'ensemble infini des situations factuelles, un nombre fini de regroupements auxquels on pourra faire correspondre un nombre nécessairement fini et réduit de règles juridiques différentes. La qualification est donc une opération préalable à toute décision judiciaire.

En principe, puisque la *Convention de la Baie James* est une entente conclue par l'État, sa qualification doit s'opérer à partir du droit public. Cependant,

---

<sup>3</sup>La revendication de l'Arctique de l'Ouest : entente finale des *Inuvialuit*, 5 juin 1984, Ottawa, Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, 1984 [ci-après *Convention définitive avec les Inuvialuit*].

<sup>4</sup>Voir, par exemple, J.M. Keeping, *The Inuvialuit Final Agreement*, Calgary, Canadian Institute of Resources Law, 1989 aux pp. 77-78 au sujet de la *Convention définitive avec les Inuvialuit*.

le droit public, en matière de contrats, renvoie au droit privé, sous réserve d'exceptions prévues par des règles spéciales du droit public. Il faudra donc examiner si la *Convention* satisfait aux conditions de formation des contrats en droit privé, tout en tenant compte des règles de droit public applicables. Ensuite, nous verrons si elle entre dans la catégorie des « traités avec les autochtones ».

### A. *Droit applicable*

La question du droit applicable aux ententes de l'État a déjà été étudiée. On analyse ces ententes comme faisant partie du droit relatif à la Couronne et à la constitution du gouvernement, et non pas comme relevant de la « propriété et des droits civils », au sens de l'article 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*<sup>5</sup>. Ainsi, les règles de droit relatives aux contrats du gouvernement provincial relèvent de la compétence législative provinciale, et celles portant sur les contrats fédéraux, de la compétence fédérale<sup>6</sup>. Mais, en l'absence d'intervention législative, d'où viennent ces règles ?

L'un des effets juridiques immédiats de la conquête de la Nouvelle-France par l'Angleterre a été d'y implanter le droit du conquérant relatif à la souveraineté et au gouvernement, qu'on appelle maintenant « droit public »<sup>7</sup>. Or, un principe fondamental du droit anglais est la soumission du gouvernement et de la Couronne, notamment en matière de contrats, au droit commun<sup>8</sup> ; et par droit commun, on entend le droit commun du lieu, en l'espèce, le droit commun du Québec, c'est-à-dire, en matière de contrats et de délits, le *Code civil*<sup>9</sup>. Cependant, ces règles de droit privé ne s'appliquent pas d'*elles-mêmes* aux contrats de l'État, comme c'est le cas lors d'un litige entre particuliers. C'est plutôt le droit public, régissant la Couronne, qui renvoie au droit privé.

Lorsqu'on tente de transposer ce raisonnement à l'entente quelque peu particulière qu'est la *Convention de la Baie James*, on rencontre encore cette double possibilité de qualification : cette *Convention* est-elle régie par le droit de la Couronne (ce qui permettrait de l'assimiler aux contrats administratifs ordinaires), ou plutôt par le droit privé relatif aux contrats<sup>10</sup> ? Autrement dit, la

<sup>5</sup>(R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3. C'est en effet ce qui ressort de l'opinion majoritaire du juge Beetz dans l'arrêt *Laurentide Motels Ltd c. Beauport (Ville de)*, [1989] 1 R.C.S. 705 aux pp. 714-27, 94 N.R. 1 [ci-après *Laurentide Motels* cité aux R.C.S.]. Voir également A. Lajoie, *Contrats administratifs : jalons pour une théorie*, Montréal, Thémis, 1984 aux pp. 46-60.

<sup>6</sup>*Quebec North Shore Paper Company c. Canadien Pacifique Ltée*, [1977] 2 R.C.S. 1054 à la p. 1063, 9 N.R. 471.

<sup>7</sup>*Ruding c. Smith* (1821), 2 Hag. Con. 371, 161 E.R. 774 à la p. 777 (Consistory Court de Londres). Dans les colonies de peuplement (le reste du Canada), l'ensemble du droit anglais était reçu dès l'arrivée des premiers colons.

<sup>8</sup>*P.G. Québec c. Labrecque*, [1980] 2 R.C.S. 1057 aux pp. 1082-83, 38 N.R. 1 [ci-après *Labrecque* cité aux R.C.S.] ; *Windsor & Annapolis Railway c. R.* (1886), 11 App. Cas. 607 à la p. 613 (P.C.) : « Their Lordships are of opinion that it must be regarded as settled law that, whenever a valid contract has been made between the Crown and a subject, a petition of rights will lie for damages resulting from a breach of that contract by the Crown. » Voir aussi *Thomas c. R.* (1874), 10 Q.B.D. 31.

<sup>9</sup>*Laurentide Motels*, *supra*, note 5 aux pp. 720, 724. C'est le cas également pour les contrats du gouvernement fédéral : *Arthur Kofman et Associés c. R.*, [1975] C.F. 557 (1re inst.).

<sup>10</sup>On pourrait proposer une troisième qualification possible : celle de matière liée aux autochtones. Cependant, on ne qualifie pas ici les traités dans le cadre du partage des compétences dans

*Convention* relève-t-elle du droit public ou bien du droit privé ? À mon avis, les raisons qui militent pour la qualification des contrats administratifs comme relevant du droit public valent tout autant pour la *Convention* et tous les traités avec les autochtones. Les pouvoirs de l'État sont définis par le droit public — constitutionnel, législatif ou jurisprudentiel. Son pouvoir de contracter, et aussi de conclure des traités, ne découle pas du droit commun privé, mais bien du droit public.

Le mécanisme de renvoi au droit privé ne couvre pas nécessairement toutes les règles du droit privé concerné. En effet, comme le juge Beetz le mentionne dans l'arrêt *Laurentide Motels*, au sujet du droit applicable aux municipalités, c'est le droit public qui détermine l'étendue de l'application du droit privé :

Cependant, la question de savoir quand le droit civil peut s'appliquer aux corporations municipales est une question de droit public, et non pas de droit privé. [...] Il serait étonnant que le droit d'exception, qui est ici le droit civil, détermine sa propre application<sup>11</sup>.

Cette dernière phrase contient la clé de la solution : en matière de droit public, le droit commun est le droit d'exception. Il est donc possible que le droit public apporte des modifications — législatives ou jurisprudentielles — au droit commun auquel il renvoie. C'est ce qui explique que les tribunaux appliquent souvent aux traités des règles différentes de celles du droit commun, notamment en matière d'interprétation. Ces dérogations constituent des règles de droit public, qui supplantent les règles de droit privé qui autrement s'appliqueraient à la situation. À supposer que le droit privé s'applique *ex proprio vigore*, et non pas par un mécanisme de renvoi sélectif, de telles modifications jurisprudentielles seraient impossibles, car elles iraient à l'encontre du principe de la suprématie du Parlement sur les décisions judiciaires<sup>12</sup>.

À titre d'exemple de telles modifications issues du droit public, on peut mentionner la règle, élaborée par la Cour fédérale dans l'affaire *Wewayakum*, selon laquelle les bandes indiennes ont la capacité voulue pour conclure des traités et seules leurs règles internes déterminent qui peut être mandaté à cette fin<sup>13</sup>. Ce principe a pour effet d'écarter les règles du droit civil qui concernent le mandat et l'absence de capacité des groupes non incorporés.

La prescription pourrait également faire l'objet d'une telle règle jurisprudentielle. En effet, l'idée qu'une partie puisse perdre ses droits par simple écoulement du temps est fort peu appropriée dans le cas d'ententes qui portent sur les relations entre deux peuples. De plus, dans bien des cas, les autochtones

---

le but de déterminer quel ordre de gouvernement détient cette compétence. La question est plutôt de savoir si les traités font partie du droit public ou du droit privé, ce qui est tout à fait étranger aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. D'ailleurs, cette question de qualification existait avant 1867, alors que la colonie formait un État unitaire.

<sup>11</sup>*Supra*, note 5 à la p. 720. Voir aussi *Labrecque*, *supra*, note 8 à la p. 1083.

<sup>12</sup>Du moins au Québec, où le droit privé est de source législative. La situation est différente dans les autres provinces, quant aux règles qui n'ont pas encore fait l'objet d'une intervention législative.

<sup>13</sup>*Bande indienne Wewayakum c. Bande indienne Wewayakai*, [1991] 3 C.F. 420, [1992] 2 C.N.L.R. 177 (1re inst.) [ci-après *Wewayakum* cité aux C.F.].

n'ont pas reçu toute l'information nécessaire à la constatation d'une violation de leurs droits, et ils étaient délibérément maintenus dans l'ignorance de documents importants<sup>14</sup>. Enfin, la revendication judiciaire par les autochtones a longtemps été restreinte par des règles qui soumettaient les poursuites à l'autorisation du surintendant général des affaires indiennes<sup>15</sup>. L'application aveugle de la prescription à une partie qui n'a pas eu une occasion réelle de revendiquer ses droits devant les tribunaux entraînerait un résultat tout à fait inéquitable. Il serait donc souhaitable que les tribunaux dérogent au droit civil pour reconnaître que les droits issus de traités sont imprescriptibles.

Une dernière difficulté : la *Convention* vise des territoires qui n'ont été annexés au Québec qu'en 1898 et en 1912<sup>16</sup>. Le *Code civil* ayant été adopté en 1866, il faut donc éclaircir le mécanisme par lequel il s'applique à ces nouveaux territoires. Les lois (provinciales et fédérales) de modification des frontières ne contenaient aucune disposition transitoire sur le droit applicable à l'Ungava. Seul le Québec, dans des lois subséquentes, y a étendu l'application de l'ensemble de ses lois<sup>17</sup>. Le législateur fédéral n'a rien fait de tel, et il est donc possible que des lois fédérales visant uniquement le Québec et adoptées avant 1912 ne s'appliquent pas dans le Nouveau-Québec<sup>18</sup>. Cependant, cette irrégularité n'affecte pas la *Convention* : en effet, le droit des obligations et des contrats, contenu dans le *Code civil du Bas-Canada*, est entièrement de compétence provinciale et est donc applicable à tout le territoire du Québec.

On objectera sans doute que rien ne permet, *a priori*, de classer les traités parmi les contrats et qu'ils devraient plutôt être régis par un corpus de droit autonome. C'est pourquoi on décrit souvent les traités comme des ententes *sui generis*.

Mais qu'est-ce que cela veut dire, une entente *sui generis* ? La première interprétation est que contrairement à ce que j'ai avancé jusqu'ici, il existe bel et bien une règle non écrite de droit public qui exclut l'application du droit privé aux traités. En plus d'être contraire à un bon nombre d'*obiter dicta* des tribunaux, cette position n'est pas exempte de difficultés d'application. En effet, elle implique que l'ensemble des règles relatives à la formation, à l'interprétation et à l'exécution des traités constitue un corpus parallèle et distinct de celui du droit privé. Une grande incertitude découlera sûrement de l'élaboration graduelle de

---

<sup>14</sup>Par exemple *Guerin c. R.*, [1984] 2 R.C.S. 335 à la p. 347, 13 D.L.R. (4th) 321.

<sup>15</sup>L'art. 141 de la *Loi des Indiens*, S.R.C. 1927, c. 98, interdisait à quiconque de recevoir sans autorisation des fonds pour une réclamation collective d'une bande d'Indiens.

<sup>16</sup>*Acte concernant la délimitation des frontières nord-ouest, nord et nord-est de la province de Québec*, S.C. 1898, c. 3 ; *Loi concernant la délimitation des frontières nord-ouest, nord et nord-est de la province de Québec*, S.Q. 1898, c. 6 ; *Loi de l'extension des frontières de Québec*, S.C. 1912, c. 45 ; *Loi concernant l'agrandissement du territoire de la province de Québec par l'annexion de l'Ungava*, S.Q. 1912, 2 Geo. V, c. 7.

<sup>17</sup>*Loi concernant les territoires d'Abitibi, de Mistassini et d'Ashuanipi*, S.Q. 1899, c. 5, art. 3 ; *Loi concernant l'Ungava et érigeant ce territoire sous le nom de Nouveau-Québec*, S.Q. 1912, c. 13, art. 2. Ces dispositions font maintenant partie de la *Loi sur la division territoriale*, L.R.Q. c. D-11, art. 17.

<sup>18</sup>Pour une discussion en profondeur de ce sujet, voir L. Patenaude, « L'extension territoriale du Code civil actuel » dans J. Brossard, éd., *Le territoire québécois*, Montréal, P.U.M., 1970, 49 aux pp. 84-85.

ces règles, d'autant plus que le résultat final risque de présenter de fortes ressemblances avec le droit privé déjà existant. Il me semble plus prudent de prendre comme base les règles du droit privé, en leur apportant des exceptions lorsqu'on le juge souhaitable, à l'aide du mécanisme que je viens de décrire.

Une autre interprétation voudrait que le droit régissant les traités soit le produit d'une relation historique entre les peuples autochtones et les colonisateurs européens, se situant ainsi ni dans l'ordre juridique canadien, ni dans l'ordre juridique autochtone, mais plutôt entre les deux. Évidemment, une telle position soulève des questions complexes de théorie du droit que je n'ai pas l'ambition de résoudre dans le cadre de cet article. Elle m'apparaît cependant suspecte, car elle semble fusionner les sources formelles de la règle de droit (la loi ou la jurisprudence) avec les conditions matérielles de son émergence (la relation historique). En effet, il me semble impossible qu'une règle de droit puisse ne pas faire partie d'un ordre juridique déterminé. Il est vrai que les arguments politiques qu'on apporte pour la soutenir sont indépendants du système juridique concerné, mais une fois qu'elle est reconnue, elle appartient à ce système juridique, en l'occurrence le droit interne canadien. Je rejeterai donc cette interprétation pour les fins du présent article.

C'est donc le droit privé du Québec qui régira la *Convention de la Baie James*, sous réserve cependant de modifications apportées à ce corpus de droit par la loi ou la jurisprudence.

## B. Qualification contractuelle

En droit québécois, une entente est un contrat si elle satisfait aux quatre conditions énoncées à l'article 984 du *Code civil du Bas-Canada* :

984. Quatre choses sont nécessaires pour la validité d'un contrat :
- Des parties ayant la capacité légale de contracter ;
  - Leur consentement donné légalement ;
  - Quelque chose qui soit l'objet du contrat ;
  - Une cause ou considération licite.

### 1. Capacité des parties

Quelles sont les parties qui ont conclu la *Convention* ? Du côté gouvernemental, on retrouve le gouvernement du Québec, le gouvernement du Canada, ainsi que trois sociétés d'État québécoises : Hydro-Québec, la Société d'énergie de la Baie James (SEBJ) et la Société de développement de la Baie James (SDBJ). Il ne fait pas de doute que toutes ces parties ont la capacité légale de contracter. Celle des corporations découle de l'article 358 du *Code civil*. Celle de l'État, tant canadien que québécois, découle du pouvoir général de contracter dont dispose la Couronne en tant que corporation<sup>19</sup>.

La partie autochtone est multiforme. On retrouve d'abord deux corporations sans but lucratif, le Grand Conseil des Cris et la *Northern Québec Inuit Association* (NQIA). Cependant, ces corporations n'agissent pas uniquement en

<sup>19</sup>Labrecque, *supra*, note 8 à la p. 1082 : « La Couronne [...], en plus de la prérogative, jouit d'une capacité générale de contracter selon les règles du droit commun. »



leur nom propre. L'intitulé de la *Convention* précise qu'elles ont été mandatées pour agir, la NQIA, par les individus inuit, et le Grand Conseil à la fois par les individus cris et les huit bandes indiennes cries du territoire affecté par la *Convention*. Ces individus autochtones ainsi que les bandes (dans le cas des Cris) sont également parties à la *Convention*. On en arrive donc à une structure pyramidale, comprenant à la fois les individus bénéficiaires et un ou deux niveaux de représentants politiques.

Qu'en est-il de la capacité de ces parties ? Celle des corporations, tout comme celle des individus autochtones, ne fait aucun doute. Le cas des bandes indiennes est quelque peu obscur, puisque la *Loi sur les Indiens*<sup>20</sup> ne leur accorde pas expressément la personnalité juridique. Cependant, la jurisprudence tend de plus en plus à leur reconnaître non seulement la capacité d'ester en justice et de représenter leurs membres, mais aussi une capacité générale de contracter<sup>21</sup>.

On peut se demander pourquoi on a inclus à la fois les autochtones et leurs représentants comme signataires de la *Convention*. En effet, il aurait suffi que les deux associations stipulent pour autrui, et les obligations du gouvernement envers les individus autochtones n'en auraient pas été moins fortes. C'est qu'en fait, la *Convention* impose également des obligations aux autochtones, dont une est de taille : la cession du titre ancestral sur le territoire. Un tel titre étant souvent qualifié de droit collectif<sup>22</sup>, il a donc fallu inclure comme parties tous les titulaires possibles de ce droit, afin d'assurer l'efficacité juridique de cette cession.

## 2. Consentement

Une fois les parties identifiées, on doit examiner la légalité de leur consentement. Celui du Grand Conseil et de la NQIA, ainsi que des bandes indiennes cries, ne devrait pas poser de problème. Les dirigeants de ces organismes ont pris part aux négociations et il est bien peu probable qu'ils puissent invoquer une quelconque forme d'erreur ou de dol. Il en va autrement des individus cris et inuit qui n'ont pas, bien évidemment, signé la *Convention* eux-mêmes, mais qui se sont plutôt fait représenter par leur association ou par leurs chefs au moyen de procurations ; ils ont également été consultés par voie référendaire. Ont-ils donné directement leur consentement à la *Convention*, ou bien ont-ils mandaté leurs représentants pour la conclure à leur place ?

Il serait problématique de prétendre que le référendum puisse constituer un consentement direct des individus autochtones à l'offre de contracter faite par

---

<sup>20</sup>S.R.C. 1985, c. I-5.

<sup>21</sup>*Wewayakum*, *supra*, note 13 à la p. 430.

<sup>22</sup>*Joe c. Findlay* (1981), 122 D.L.R. (3d) 377 à la p. 379, 26 B.C.L.R. 376 (C.A.) ; *Twinn c. Canada* (1986), [1987] 2 C.F. 450 à la p. 462, 6 F.T.R. 138 (1re inst.) ; *Pasco c. Canadian National Railway* (1989), 56 D.L.R. (4th) 404 à la p. 408, 34 B.C.L.R. (2d) 344 (C.A.), conf. par [1989] 2 R.C.S. 1069, 68 D.L.R. (4th) 478 ; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075 à la p. 1112, 70 D.L.R. (4th) 385 [ci-après *Sparrow* cité aux R.C.S.] au sujet d'un droit de pêche. Voir aussi le préambule de la *Loi sur les Cris et les Naskapis du Québec*, S.C. 1984, c. 18 [ci-après *Loi sur les Cris et les Naskapis*].

le gouvernement, surtout étant donné la confidentialité du vote et l'abstention d'un grand nombre de personnes des trois villages maintenant connus sous le nom de « dissidents » qui rendait le résultat officiel du scrutin peu conforme à la réalité politique de ces trois communautés. La deuxième éventualité, qui fait appel aux règles du mandat, semble également problématique puisqu'un grand nombre de procurations accordées à la NQIA, autorisant la cession du droit ancestral, ont été retirées lorsque les mandants ont appris la portée réelle des documents qu'ils avaient signés<sup>23</sup>. Il faut donc envisager la possibilité que les soi-disant représentants n'aient pas eu le pouvoir de lier certains autochtones que le texte de la *Convention* désigne pourtant comme parties et bénéficiaires.

L'absence de consentement de certains individus autochtones pourrait-elle entraîner la nullité de la *Convention* ? Il semble que non, puisqu'elle porte principalement sur des droits collectifs. Ceux-ci sont accordés aux membres d'un groupe à cause de leur appartenance à ce groupe. Bien plus, le titre ancestral sur le territoire est un droit indivisible par nature, bénéficiant indifféremment à l'ensemble des membres d'un groupe. La question fondamentale n'est donc pas de savoir si tel ou tel individu a consenti à la *Convention* et est conséquemment lié par elle, mais plutôt de déterminer la taille du groupe titulaire d'un droit collectif et de savoir qui, au nom du groupe, peut prendre les décisions relatives à ces droits, et donc donner un consentement légal à la *Convention*.

Comme l'indique l'intitulé de la *Convention*, les autochtones possèdent plusieurs niveaux de représentation politique. L'entité la plus connue est sans doute la bande, définie à l'article 2 de la *Loi sur les Indiens*. Bien souvent, la population d'une bande est concentrée sur une réserve ou dans un village. Il s'agit donc de gens habitant un territoire donné. La bande possède certains pouvoirs de nature locale, comme ceux d'accorder à ses membres la possession des terres (article 20 de la *Loi sur les Indiens*), d'entretenir les routes (article 34) et de réglementer certains sujets (articles 81, 83). Au-delà de la bande, on retrouve la nation. Celle-ci se définit par une langue commune, par une proximité géographique et, le plus souvent, par une association visant à représenter ses membres au plan politique. La nation crie est également dotée d'un organe exerçant certains pouvoirs gouvernementaux limités : l'Administration régionale crie. Enfin, des associations de plus grande envergure, comme l'Assemblée des premières nations, assurent la défense des intérêts des autochtones dans l'ensemble du Canada (ou dans une seule province) sans toutefois posséder quelque pouvoir que ce soit. C'est cependant aux bandes que la *Loi sur les Indiens* accorde l'usage de certaines terres appelées réserves. Cela explique sans doute que ce soit généralement la bande qu'on considère comme titulaire du droit collectif des autochtones sur le territoire, même si, dans la tradition autochtone, c'est la nation qui assume ce rôle. Ainsi, ce sont des bandes (souvent représentées par leurs chefs) qui poursuivent en justice pour une violation

---

<sup>23</sup>Toute la question de la légitimité du processus de négociation et de ratification de la *Convention* est étudiée par N. Rouland, *Les Inuit du Nouveau-Québec et la Convention de la Baie James*, Québec, Association Inuksiutiit Katiwajit et Centre d'études nordiques de l'Université Laval, 1978 aux pp. 128-43. L'auteur y souligne, entre autres, le manque d'information des Inuit au moment de la signature des procurations et au moment du référendum de 1976.

de l'obligation de fiduciaire découlant de la cession de terres<sup>24</sup> ou pour la reconnaissance d'un droit ancestral<sup>25</sup>.

Le problème est plus complexe chez les Inuit, qui n'ont jamais vécu sous le régime de la *Loi sur les Indiens* et qui ne sont donc pas dotés d'une structure politique formelle et imposée similaire au système des bandes. Cependant, les Inuit sont, tout comme les Cris, regroupés dans des villages assez éloignés les uns des autres et prennent des décisions politiques à l'échelle de ces communautés. Il ne serait donc que normal de considérer ces communautés sur un pied d'égalité avec les bandes indiennes, pour ce qui est de leurs droits sur le territoire.

Le droit canadien considère donc que ce sont les bandes indiennes et les villages inuit qui détiennent les droits collectifs sur le territoire. Cependant, il ne faut pas écarter l'hypothèse que les nations soient également titulaires de certains droits. Il faut maintenant déterminer le ou les organes politiques qui peuvent, au nom de ces titulaires abstraits, disposer de ces droits et, donc, donner un consentement légal à la *Convention*.

Le droit interne est bien mal pourvu pour faire face à des situations impliquant des droits collectifs. En ce qui concerne les bandes indiennes, l'article 2(3)(a) de la *Loi sur les Indiens* précise que les pouvoirs qui leur sont accordés peuvent être exercés par une majorité d'électeurs. Il impose donc aux autochtones une valeur typiquement occidentale : la soumission de la minorité aux vœux de la majorité. De plus, il n'est pas évident que cet article soit applicable aux pouvoirs d'une bande qui ne lui sont pas accordés par la *Loi sur les Indiens*, mais qui découlent plutôt de l'existence antérieure de la communauté autochtone<sup>26</sup>. Aussi, à supposer que certains droits profitent à une nation composée de plusieurs bandes, et non aux bandes elles-mêmes, cet article n'est d'aucun secours. Enfin, la *Loi sur les Indiens* ne s'applique pas aux Inuit. En ce qui a trait à ceux-ci, on doit donc chercher ailleurs.

Une récente décision de la Cour fédérale vient jeter un nouvel éclairage sur cette question. En effet, dans l'affaire *Wewayakum*, plutôt que d'appliquer les règles du droit canadien concernant le mandat en général ou les dispositions de la *Loi sur les Indiens* régissant l'exercice des pouvoirs des bandes, le juge Addy a conclu que les collectivités autochtones — qu'il s'agisse de bandes ou de nations — possèdent la capacité de contracter, de conclure des traités, d'être titulaires de certains droits et d'ester en justice. L'exercice de ces pouvoirs n'est limité que par les règles et coutumes de la bande en question. C'est donc dire qu'ici, l'ordre juridique canadien renvoie à l'ordre juridique autochtone pour régler une question qui, avouons-le, relève exclusivement de l'organisation politique des autochtones.

Il est donc possible que le consentement donné par certains groupes autochtones à la *Convention* ait été vicié, lorsque les règles coutumières du groupe

---

<sup>24</sup>Par exemple *Guerin c. R.*, *supra*, note 14 ; *Wewayakum*, *supra*, note 13.

<sup>25</sup>Par exemple *P.G. Ontario c. Bear Island Foundation*, [1991] 2 R.C.S. 570, 83 D.L.R. (4th) 381 [ci-après *Bear Island* cité aux R.C.S.].

<sup>26</sup>Par exemple les pouvoirs reconnus dans l'affaire *Wewayakum*, *supra*, note 13.

en question n'ont pas été observées. Dans le cas où un tel groupe possédait un titre ancestral, l'effet contractuel de la *Convention* n'aurait pas suffi à l'éteindre. Cependant, nous verrons que l'extinction du titre a fait l'objet d'une disposition spécifique de la loi de mise en oeuvre, mettant ainsi l'opération à l'abri de toute contestation aux yeux du droit canadien<sup>27</sup>. Mais la question du consentement revêt encore une importance politique, en ce que les gouvernements s'appuient sur le consentement des parties autochtones à la *Convention* pour légitimer leurs actions ultérieures.

### 3. Objet licite

L'existence d'un objet licite est la troisième condition de formation des contrats. En général, il n'y a rien à redire sur les obligations créées par la *Convention* : la cession du titre ancestral en faveur de la Couronne a toujours été considérée licite en *common law*<sup>28</sup>, et les obligations assumées par le gouvernement, comme le paiement de sommes d'argent ou l'établissement d'un programme de sécurité du revenu pour les chasseurs, ne sont pas contraires à la loi.

Il n'en va pas de même des promesses de légiférer, ou encore des promesses de présenter une loi devant le Parlement, ce qui, dans les faits, équivaut à une promesse de légiférer<sup>29</sup>. Le principe de la suprématie du Parlement rend évidemment nulles de telles promesses<sup>30</sup>. Or l'adoption de la loi de mise en oeuvre est aussi une condition de la prise d'effet de la *Convention*. L'article 2.7 de cette dernière précise bien qu'elle ne prend effet qu'une fois les lois fédérale et provinciale entrées en vigueur. Ces lois confirment, comme je le démontrerai plus loin, la validité de la *Convention* qui les promettait illégalement... C'est donc dire qu'avant l'entrée en vigueur de ces lois, la promesse de les adopter n'avait pas encore d'effet, et qu'après, elle était illicite mais néanmoins respectée.

Quoi qu'il en soit, il ne faut pas considérer que la nullité d'une promesse de légiférer entraîne la nullité de la totalité de la *Convention*. En effet, le droit civil admet de plus en plus la modification du contrat par le juge, afin d'en éli-

<sup>27</sup>Voir ci-dessous, partie II.B.1.

<sup>28</sup>*St. Catherine's Milling and Lumber Co. c. R.* (1888), 14 App. Cas. 46 (P.C.).

<sup>29</sup>La principale promesse de légiférer est celle d'adopter les lois fédérale et provinciale de mise en oeuvre (art. 2.5). L'art. 2.17, quant à lui, oblige le Québec et le Canada à adopter des lois pour donner effet aux divers chapitres de la *Convention*. Il semble que cet article renvoie aux nombreuses lois québécoises adoptées en 1978 (citées *infra*, note 111). D'autres mesures spécifiques sont également prévues, notamment l'adoption de la *Loi sur les Cris et les Naskapis* (art. 9.0.1), l'adoption de lois concernant l'administration régionale chez les Inuit (art. 12.0.1 et 13.0.1), la modification des lois relatives à la chasse et à la pêche (art. 24.3.29) et la modification des lois concernant les services de santé (art. 14.0.28). Dans ce dernier cas, l'État s'est de plus interdit d'apporter certaines modifications ultérieures à ces dispositions sans qu'il y ait de « motif valable ». Enfin, un bon nombre de dispositions (par exemple la création d'un district judiciaire, art. 18.0.2 ; l'exemption de l'application d'une loi, art. 17.0.82) nécessitent l'adoption d'une loi pour leur mise en oeuvre. Il s'agit donc de promesses implicites de légiférer.

<sup>30</sup>Voir *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525 à la p. 548, 83 D.L.R. (4th) 297. Le juge Sopinka écrit que le fait que le gouvernement ne peut pas limiter l'exercice des pouvoirs du Parlement est « un aspect fondamental de notre vie constitutionnelle ».

miner les dispositions dont l'objet serait illicite et de laisser subsister les obligations qui n'y sont pas liées<sup>31</sup>. Il faut donc, à mon avis, voir les promesses de légiférer contenues dans la *Convention* comme simplement inexécutables judiciairement.

#### 4. Cause

La *Convention de la Baie James* est un contrat synallagmatique qui fait naître des obligations à la charge des deux parties. Les obligations des autochtones forment la cause de celles de l'État, et vice-versa. D'ailleurs, le libellé des articles 2.1 et 2.2 reconnaît expressément l'interdépendance des obligations des deux parties.

Nous en arrivons donc à la conclusion que les règles du droit civil donnent ouverture à une analyse contractuelle de la *Convention*, qu'il reconnaît comme étant un contrat valide si elle satisfait aux conditions de l'article 984 *C.c.B.-C.*

### C. *Qualification comme traité*

Il faut maintenant examiner si, en plus d'être un contrat, la *Convention* entre également dans la catégorie plus restreinte des « traités avec les autochtones ».

#### 1. La notion de « traité » en droit canadien

Dans le vocabulaire juridique courant, le mot « traité » désigne une entente entre deux États souverains. Or le droit canadien utilise ce terme pour qualifier des ententes entre l'État et des groupes d'autochtones dont il refuse d'autre part de reconnaître la souveraineté<sup>32</sup>. Cette catégorie originale des « traités avec les autochtones » procède donc d'un glissement de sens, puisqu'une des parties en cause n'a pas — du moins, dans l'opinion de l'autre partie — la capacité de conclure un traité au sens habituel, international, du terme.

Pourquoi donc le droit canadien persiste-t-il à utiliser le mot « traité » pour désigner ces ententes ?

La première raison est historique : on n'a pas toujours nié, comme c'est le cas aujourd'hui, la souveraineté des peuples autochtones. Aux débuts de la colonisation de l'Amérique du Nord par les Français, les Anglais et les Hollandais, les nations autochtones étaient considérées comme de précieux alliés qu'il fallait courtiser et traiter d'égal à égal. Il était donc normal que les puissances coloniales qualifient de traités les ententes qu'elles concluaient avec les autochtones. Dans l'arrêt *Sioui*, la Cour suprême reconnaît largement cette situation historique : le juge Lamer rappelle à plusieurs reprises l'importance du contexte politique de l'époque dans l'évaluation des rapports entre autochtones et colonisateurs, et plus particulièrement en ce qui a trait aux questions de la compétence

<sup>31</sup>J.-L. Baudouin, *Les obligations*, 3e éd., Cowansville, Qué., Yvon Blais, 1989 à la p. 230.

<sup>32</sup>*Sparrow*, *supra*, note 22 à la p. 1103 ; *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85 à la p. 130, 71 D.L.R. (4th) 193, M. le juge La Forest [ci-après *Peguis* cité aux R.C.S.].

des parties et de l'application stricte du droit international<sup>33</sup>. Le vocabulaire de la *Proclamation royale de 1763* est également révélateur : on y parle de « nations ou tribus sauvages » que les gouvernements locaux ne doivent pas déranger, ce qui connote une certaine indépendance des peuples autochtones<sup>34</sup>. En fait, une décision ancienne du Conseil privé avait déjà reconnu qu'ils conservaient une certaine autonomie et n'étaient pas soumis à la juridiction des colonies américaines<sup>35</sup>. Cependant, et comme par hasard, cette décision est par la suite tombée dans l'oubli.

On doit aussi admettre que les dispositions de ces traités sont généralement de nature politique et qu'on retrouve rarement des stipulations semblables dans des contrats entre deux parties privées. Il suffit de penser à la conclusion d'un traité de paix<sup>36</sup>, à une garantie de la liberté de religion<sup>37</sup> ou encore à l'engagement de se comporter en bons sujets de Sa Majesté et de collaborer à l'administration de la justice<sup>38</sup>. En effet, ce sont des droits de nature collective et publique, qui profitent à l'ensemble d'un peuple. Le droit canadien a donc qualifié ces ententes de traités à la fois selon leur contenu et selon le statut des parties.

Mais l'utilisation du vocable de traité a aussi une fonction idéologique : satisfaire la fierté des signataires autochtones en utilisant un terme normalement réservé aux relations internationales, connotant ainsi un statut égal. Pourtant, parmi les obligations qu'acceptent les autochtones, se trouve celle de se comporter en bons *sujets* de Sa Majesté... Voilà un décalage majeur entre le titre et le dispositif. Qualifier une telle entente de traité ne peut donc viser qu'à maintenir une ambiguïté malsaine sur les intentions réelles de l'État. D'ailleurs, les ententes récentes entre l'État et des peuples autochtones, comme la *Convention de la Baie James* ou la *Convention définitive avec les Inuvialuit*, ne portent pas le nom de traité. On les appelle plutôt « conventions » ou « accords sur des revendications territoriales », ce qui est plus conforme à la vision qu'a le gou-

---

<sup>33</sup>R. c. *Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025 aux pp. 1038, 1056, 70 D.L.R. (4th) 427 [ci-après *Sioui* cité aux R.C.S.]. L'arrêt *Sioui* concernait un document de 1760 signé par le général Murray qui assurait aux Hurons, en échange de leur reddition, la protection britannique et le libre exercice de leur religion, de leurs coutumes et du commerce avec les Anglais. La Cour suprême a qualifié ce document de traité.

<sup>34</sup>Reproduite dans S.R.C. 1985, app. II, n° 1 à la p. 5.

<sup>35</sup>*Mohegan Indiens c. Connecticut* (19 décembre 1772) [non publiée] ; pour une bonne description de cette affaire, voir J.H. Smith, *Appeals to the Privy Council from the American Plantations*, New York, Octagon Books, 1965 aux pp. 422-42.

<sup>36</sup>*Traité ou Articles de la Paix et de l'Amitié Renouvelée entre la Province de Nouvelle-Écosse et la Tribu des Micmacs*, 22 novembre 1752, reproduit dans *Simon, supra*, note 2 aux pp. 392-95.

<sup>37</sup>*Traité entre la Couronne britannique et la nation huronne*, 5 septembre 1760, reproduit dans *Sioui, supra*, note 33 à la p. 1034.

<sup>38</sup>*Traité N° 3 entre Sa Majesté la Reine et la Tribu des Saulteux*, 3 octobre 1873, Canada, *Extrait des Documents de la Session de 1875 et documents connexes*, Ottawa, Approvisionnement et services Canada, 1981 [traduction française], Canada, *Indian Treaties and Surrenders*, vol. I, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1891, n° 131-32 [version originale] [ci-après *Traité N° 3*] ; *Traité N° 6 entre Sa Majesté la Reine et des Indiens Cris*, 23, 28 août et 9 septembre 1876, Canada, *Extrait des Documents de la Session de 1877 et documents connexes*, Ottawa, Approvisionnement et services Canada, 1981 [traduction française], Canada, *Indian Treaties and Surrenders*, vol. II, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1891, n° 157A [version originale] [ci-après *Traité N° 6*].

vernement du statut des parties autochtones. Le rapport de forces étant ce qu'il est, l'État ne se sent plus obligé de faire des concessions symboliques.

## 2. Définition jurisprudentielle

Il n'est pas étonnant qu'une notion aussi floue que le concept de traité<sup>39</sup> ne soit définie ni dans la *Loi sur les Indiens*, ni dans la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>40</sup>. C'est donc à la jurisprudence qu'il faut s'en remettre pour en discerner les caractéristiques essentielles. Jusqu'à tout récemment, les tribunaux canadiens n'avaient pas donné de définition très précise du mot « traité ». Par exemple, dans l'affaire *White and Bob*<sup>41</sup>, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique s'est contentée de dire que les traités se situaient quelque part entre les traités internationaux et les contrats purement privés. Deux arrêts récents de la Cour suprême (*Simon et Sioui*) permettent maintenant de délimiter assez précisément l'étendue du concept de traité à l'aide de trois critères. Il s'agit d'un accord de volontés, qui crée des obligations exécutoires et qui est accompagné d'une certaine solennité. Le juge en chef Dickson l'énonce ainsi dans *Simon* :

Le traité était un échange de promesses solennelles entre les Micmacs et le représentant du Roi conclu pour faire la paix et la garantir. Il s'agit d'une obligation exécutoire entre les Indiens et l'homme blanc [...]<sup>42</sup>.

Cette définition apporte plusieurs éléments. Tout d'abord, les obligations créées sont exécutoires. Il ne s'agit pas d'obligations morales ou de nature politique. « Exécutoire » signifie exécutoire en droit interne canadien. Ensuite, ce ne sont pas tous les accords entre Sa Majesté et une bande qui seront qualifiés de traités : ils doivent être solennels. Enfin, le terme « mutuellement »<sup>43</sup> indique que le traité peut créer des obligations incombant à chaque partie ; mais il ne signifie pas, à mon avis, que tout traité doive nécessairement comporter des obligations à la charge des deux parties.

Il est évident que cette définition est très large. Le juge en chef Dickson avoue d'ailleurs que le principe de l'interprétation favorable aux autochtones milite en faveur de l'extension de la définition du traité bien au-delà des onze traités numérotés et des autres traités qui comportent une cession de territoire<sup>44</sup>. Cela explique que dans l'affaire *Sioui*, un document qui, à première vue, n'a aucunement l'apparence d'un traité ait été ainsi qualifié. Cette souplesse con-

<sup>39</sup>À partir de maintenant, je n'utiliserai le mot « traité » que dans le sens singulier de « traité avec les autochtones » que lui accorde le droit interne canadien.

<sup>40</sup>Constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11 [ci-après *Loi constitutionnelle de 1982*].

<sup>41</sup>R. c. *White and Bob* (1965), 50 D.L.R. (2d) 613 à la p. 617, 52 W.W.R. 193 (B.C.C.A.), conf. par [1965] R.C.S. vi [ci-après *White and Bob* cité aux D.L.R.].

<sup>42</sup>*Supra*, note 2 à la p. 410.

<sup>43</sup>Terme que le juge Lamer ajoute à la définition du traité dans l'arrêt *Sioui*, *supra*, note 33 à la p. 1044.

<sup>44</sup>*Ibid.* aux pp. 1042-43. On appelle « traités numérotés » une série de onze traités conclus entre 1871 et 1923, par lesquels les autochtones ont cédé leur titre ancestral sur la totalité des provinces des prairies, ainsi que sur des parties de l'Ontario, de la Colombie-Britannique et des Territoires du Nord-Ouest.

corde avec l'attitude favorable aux autochtones que la Cour suprême a manifestée depuis quelques années.

Les arrêts *Simon* et *Sioui* rejettent définitivement l'argument qu'un traité doit nécessairement contenir des clauses par lesquelles les autochtones cèdent leur titre ancestral sur un certain territoire. La Cour suprême a maintenant clairement inclus dans la catégorie des traités les accords qui ne comportent pas de cession de territoire ou création de réserves et aussi ceux qui ne créent pas de droits nouveaux mais ne font que reconnaître des droits déjà existants<sup>45</sup>. Il est également évident qu'un document ne doit pas forcément s'intituler « traité » pour mériter cette qualification.

### 3. Tentative de systématisation

Où est donc la spécificité du traité par rapport au simple contrat, ou même par rapport au contrat administratif, qui lie l'État à un particulier ?

Bien entendu, la présence d'une partie étatique et d'une partie autochtone est un élément distinctif d'un traité. Cependant, ce n'est pas en raison de la race du cocontractant qu'on accorde un statut spécial à ces contrats. L'octroi de droits en fonction de la race est une notion aujourd'hui discréditée. C'est plutôt l'appartenance à un groupe culturel distinct et la volonté de préserver ce groupe qui justifient la protection supplémentaire accordée aux droits qui découlent des traités. En effet, la préservation de la différence culturelle est la principale raison d'être des règles de droit relatives aux peuples autochtones et aux minorités en général. Par exemple, l'article 27 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*<sup>46</sup> prévoit le droit des minorités ethniques à leur propre vie culturelle. Aussi, les articles 4 et 6 du projet de *Déclaration des droits des peuples autochtones*<sup>47</sup> assurent à ceux-ci le droit à la différence culturelle.

Puisque ces groupes culturels ne disposent généralement pas d'une structure formelle de gouvernement, d'un État qui leur soit propre, les modes de représentation utilisés pour les lier peuvent varier. Le plus souvent, on cherchera à rendre tous les individus membres du groupe parties au traité, au moyen de mandats donnés soit à leur chef<sup>48</sup>, soit à une association sans but lucratif<sup>49</sup>. Dans d'autres cas, ce sont les tribus elles-mêmes qui traitent et qui abandonnent leurs

<sup>45</sup>*Simon*, *supra*, note 2 aux pp. 408-10.

<sup>46</sup>19 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 187.

<sup>47</sup>*Universal Declaration on Indigenous Rights: A Set of Draft Preambular Paragraphs and Principles*, Doc. off. CES NU, 40e sess., item 12 à la p. 2, Doc. NU E/CN.4/Sub.2/25 (1988).

<sup>48</sup>Voir *Traité N° 8 entre Sa Majesté la Reine et des Indiens Cris, Castors, Chipewyans et autres*, 21 juin 1899, Canada, *Extraits des Documents de la Session de 1900 et de 1901 et documents connexes*, Ottawa, Approvisionnement et services Canada, 1981 [traduction française], Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1966 [version originale]; *Traité N° 11 entre Sa Majesté le Roi et des Indiens Esclaves, Côtes-de-Chien, Loucheux, Lièvres et autres*, 27 juin 1921, Ottawa, Approvisionnement et services Canada, 1981 [traduction française], Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1967 [version originale]; *Traité conclu à Manitoulin Island entre le gouvernement de la province du Canada et des Indiens Outaouais, Ojibways et autres*, 6 octobre 1862, Canada, *Indian Treaties and Surrenders*, vol. I, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1891, n° 94 [version originale].

<sup>49</sup>Par exemple *Convention de la Baie James*, *supra*, note 1; *Convention définitive avec les Inuvialuit*, *supra*, note 3.



droits territoriaux<sup>50</sup>. On constate donc que le droit canadien n'impose pas une structure juridique fixe à l'organisation autochtone ayant la capacité d'engager un groupe. Cela est dû à l'attitude ambiguë du droit face aux collectivités autochtones : on n'a jamais voulu reconnaître leur nature politique, sauf peut-être pour les assimiler à des municipalités. Cette attitude est aujourd'hui en évolution, mais dans deux directions différentes. Selon une première tendance, le droit interne canadien cherche à définir lui-même la structure politique autochtone. La *Convention de la Baie James* en est probablement le meilleur exemple. Elle définit aux chapitres 9 et suivants, de manière très détaillée, les pouvoirs à être accordés aux nouvelles bandes indiennes crie, aux corporations de villages inuit, ainsi qu'aux administrations régionales crie et inuit. De plus, elle définit même qui peut, à l'avenir, donner un consentement au nom de l'ensemble des Crie : c'est l'Administration régionale<sup>51</sup>. Une telle réglementation poussée du fonctionnement interne des collectivités autochtones entraîne des risques d'acculturation aux traditions occidentales de décision à la majorité et de hiérarchisation des détenteurs du pouvoir politique. La deuxième tendance, au contraire, cherche non pas à imposer une structure politique mais à reconnaître les coutumes autochtones en la matière<sup>52</sup>. Si elle pose sans doute le problème de la preuve de telles coutumes dans un contexte litigieux, elle permet aussi de produire des résultats plus satisfaisants pour les autochtones.

Mais la présence d'une partie autochtone ne constitue pas le seul élément caractéristique des traités. En effet, la solennité, une des trois conditions de formation des traités énoncées dans les arrêts *Simon* et *Sioui*, reste étrangère aux quatre conditions classiques posées par le droit civil.

Mais qu'entend-on au juste par « solennité » ? En droit civil, ce mot désigne l'accomplissement de formalités nécessaires à la validité d'un acte, comme l'enregistrement d'un contrat ou la signature d'un écrit. Cependant, dans l'affaire *Sioui*, la Cour, devant un manque évident de telles formalités, met plutôt l'accent sur une solennité que j'appellerais « substantive », car elle qualifie bien plus le contenu du traité que ses formalités de création. Dans cette affaire, le traité entre le général Murray et les Hurons était un traité de paix. Il visait à définir la nature des relations entre deux peuples ; d'où son caractère « substantivement » solennel. De plus, c'est la référence, dans le document, à la liberté de religion, des coutumes et du commerce avec les Anglais qui rend vraisemblable l'hypothèse que ce document, en apparence informel, constitue un trai-

<sup>50</sup>Voir par exemple *Traité N° 3* et *Traité N° 6*, *supra*, note 38. Dans le cas de la *Convention de la Baie James*, les bandes étaient signataires du traité *en plus* de leur membres.

<sup>51</sup>*Convention de la Baie James*, *supra*, note 1, art. 11A.0.5(c) ; cet article est reproduit dans la *Loi sur l'Administration régionale crie*, L.R.Q. c. A-6.1, art. 6(c).

<sup>52</sup>*Wewayakum*, *supra*, note 13 à la p. 430 :

Il n'est évidemment pas nécessaire qu'une telle autorisation fasse l'objet de règles, de lois ou de procédures spéciales autres que celles que prescrivent les traditions, les coutumes et le gouvernement de la bande concernée.

De la même façon, dans l'affaire *Chefs héréditaires traditionnels des six nations c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 43 F.T.R. 132 aux pp. 144-45, [1991] 2 C.F. 40, le juge Rouleau a laissé entendre que les coutumes autochtones en matière de désignation des chefs pourraient être constitutionnellement protégées.

té<sup>53</sup>. Cet élément avait d'ailleurs été décisif en Cour d'appel<sup>54</sup>. Il est donc possible d'intégrer cette exigence de solennité nécessaire à l'existence d'un traité à l'une des quatre conditions classiques de formation des contrats : l'objet.

Cette tendance des tribunaux à considérer que les traités doivent comporter un objet spécial n'est pas limitée à l'arrêt *Sioui* où, en plus du passage déjà cité sur l'importance de la liberté de religion, des coutumes et du commerce, le juge Lamer indique que des « droits politiques ou sociaux » sont un bon exemple de droits pouvant faire l'objet d'un traité<sup>55</sup>. À l'inverse, dans un arrêt rendu peu après *Sioui*, le juge La Forest refuse d'accorder une protection (ici, une immunité de taxation) à des opérations commerciales d'une bande indienne<sup>56</sup>. Selon lui, de tels avantages juridiques ne sont accordés aux autochtones que dans la mesure où ils sont justifiés par la spécificité autochtone. De même, dans l'arrêt *White and Bob*, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique avait affirmé que des accords portant sur des objets individuels et privés ne pouvaient pas être qualifiés de traités<sup>57</sup>.

Mais comment qualifier précisément la spécificité de cet objet ? Puisque la raison d'être de la notion de traité est la préservation d'un groupe culturel, il en découle que l'*attribution ou la reconnaissance de droits collectifs à ce groupe culturel* est une caractéristique essentielle du traité. Rien ne justifie de qualifier de traités des contrats purement commerciaux auxquels un autochtone, ou même une bande indienne, est partie. La notion de droits collectifs d'un groupe autochtone s'accorde d'ailleurs avec le caractère politique des traités que j'ai mentionné plus haut.

Ces droits collectifs peuvent être de deux types<sup>58</sup>. Premièrement, ils peuvent être attribués aux individus autochtones, en raison de leur appartenance à une collectivité. De tels droits ont bien sûr un élément individuel : ils mettent en relation chaque individu et l'État, et on peut concevoir que l'État viole le droit de l'un sans violer le droit de l'autre. Il y a alors multiplicité des rapports juridiques. Cependant, même si chaque individu est séparément en rapport avec l'État-débiteur, il ne s'agit pas d'un droit individuel, puisque le critère d'attribution de ce droit est l'appartenance à un groupe<sup>59</sup>. Une deuxième possibilité est l'attribution de droits au groupe lui-même, par l'intermédiaire de ses associations représentatives (bande, autorité régionale, commission scolaire, etc.).

<sup>53</sup>*Supra*, note 33 à la p. 1048.

<sup>54</sup>*Sioui c. P.G. Québec*, [1987] R.J.Q. 1722 à la p. 1727.

<sup>55</sup>*Supra*, note 33 à la p. 1043.

<sup>56</sup>*Peguis, supra*, note 32 à la p. 138.

<sup>57</sup>*Supra*, note 41 à la p. 617, M. le juge Davey : « It is also clear in my opinion that the word is not used in its widest sense as including agreements between individuals dealing with their private and personal affairs. »

<sup>58</sup>Voir, sur les droits collectifs en général, P. Carignan, « De la notion de droit collectif et de son application en matière scolaire au Québec » (1984) 18 R.J.T. 1.

<sup>59</sup>*Reference Re An Act to Amend the Education Act* (1986), 53 O.R. (2d) 513, 25 D.L.R. (4th) 1 aux pp. 54-55 (C.A.), MM. les juges Zuber, Cory et Tarnopolsky, conf. par la C.S.C., *infra*, note 115 : « Collective or group rights, such as those concerning language and those concerning certain denominations to separate schools, are asserted by individuals or groups of individuals because of their membership in the protected group. »

Dans ce cas, il n'y a qu'un seul rapport de droit, qui ne peut être violé ou rempli qu'à l'égard de tous les membres du groupe à la fois. En effet, il serait pour le moins incongru qu'une corporation soit créée ou qu'une évaluation environnementale soit réalisée à l'égard de certains individus seulement. Une revendication collective est alors la seule voie efficace.

À partir de ces deux particularités du traité par rapport au contrat, je suis maintenant en mesure de proposer une définition du traité avec les autochtones : un traité est un contrat par lequel un groupe autochtone détermine ses droits collectifs avec l'État. Ces droits collectifs sont généralement liés à la préservation et au développement de l'identité culturelle des autochtones.

#### 4. Application à la *Convention*

À la lumière de cette définition, que peut-on dire de la *Convention de la Baie James* ? L'ayant déjà qualifiée de contrat, et ayant établi qu'une des parties est une collectivité autochtone et que l'autre est l'État, il reste à déterminer la nature des droits qui en découlent. Un bon nombre de ceux-ci sont collectifs « par nature », en ce sens que leur mise en oeuvre s'effectue simultanément à l'égard de tous les membres de la collectivité autochtone bénéficiaire. Ainsi en est-il du droit de voir l'État constituer les structures politiques, comme les nouvelles bandes et les administrations régionales et locales, du droit de le voir procéder à l'évaluation environnementale des nouveaux développements, du droit au versement d'une indemnité pour l'extinction du titre ancestral et du « droit » à l'adoption par l'État des mesures législatives promises. D'autres droits peuvent être exercés par des individus, comme celui de chasser sur les terres de la catégorie II, mais ne sont accordés à ces individus qu'en raison de leur appartenance au groupe culturel cri ou inuit. D'ailleurs, la *Convention* prévoit, au chapitre 3, un mécanisme de définition du statut de membre des collectivités auxquelles sont attribués ces droits collectifs.

La *Convention* satisfait aussi aux trois critères de l'arrêt *Sioui*. Premièrement, elle constitue un accord de volontés. Suite à des négociations, les gouvernements et les représentants des autochtones se sont entendus sur le texte de la *Convention*. Celle-ci fut ensuite approuvée, lors d'un référendum, par les autochtones habitant le territoire concerné<sup>60</sup>. Finalement, elle a été déclarée valide par des lois du Parlement fédéral et de l'Assemblée nationale du Québec<sup>61</sup>. Deuxièmement, la *Convention* crée des obligations exécutoires, puisqu'elle est rédigée dans un style impératif qui exclut tout caractère facultatif. Troisièmement, la *Convention* a été conclue dans des conditions solennelles, comme l'indique la tenue d'un référendum pour l'approuver. De plus, les dispositions fondamentales qui déterminent le statut des Cris et des Inuit du Québec ainsi que leurs relations avec l'appareil gouvernemental remplissent l'exigence de solennité substantive. On peut donc, au regard de ces trois critères, affirmer que la *Convention* est un traité.

---

<sup>60</sup>Sur la possibilité que ce consentement ait pu être vicié, voir ci-dessus, partie I.B.2.

<sup>61</sup>Voir ci-dessous, partie II.B.1.

Un argument supplémentaire découle du paragraphe (3) de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui fait entrer dans la catégorie des traités les accords sur des revendications territoriales :

35. [...]

(3) Il est entendu que sont compris parmi les droits issus de traités, dont il est fait mention au paragraphe (1), les droits existants issus d'accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis.

Or il ne fait pas de doute que la *Convention de la Baie James* réglait des revendications territoriales : au moment de sa signature, des litiges relatifs au titre ancestral des autochtones étaient pendants devant les tribunaux. La *Convention* transigeait ces litiges et transférait à l'État tout droit ancestral, quelle que soit sa nature. En ce sens, elle se conformait à la politique fédérale de règlement des revendications territoriales, qui exigeait l'abandon des droits ancestraux en échange de droits précisément définis et de compensations monétaires<sup>62</sup>.

On pourra soulever l'objection que l'article 35(3) élargit la signification du mot « traité » au-delà de son extension normale. Cependant, le but de cet article semble tout autre : il s'agissait plutôt de s'assurer que les accords conclus après l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982* recevraient la même protection que ceux conclus avant. On peut aussi ajouter qu'avant les modifications de 1984 à la *Constitution*, l'article 25 de la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>63</sup> soustrayait de l'application de la *Charte* les « droits ou libertés — ancestraux, issus de traités ou autres — des peuples autochtones du Canada, notamment [...] [les] droits ou libertés acquis par règlement de revendications territoriales ». Les accords sur des revendications territoriales ne produisent certainement pas des droits ancestraux : il s'agit donc de droits issus de traités ou de droits « autres ». Cette catégorie des « autres » droits semble faire référence à des droits de source législative, comme ceux qui découlent de la *Loi sur les Indiens*. Il est donc raisonnable de conclure qu'aux yeux de la *Constitution*, les accords sur des revendications territoriales constituent un type particulier de traités.

Plusieurs interprétations faisant autorité s'accordent également à dire que la *Convention* est un traité. D'abord celle des tribunaux : dans une récente décision de la Cour fédérale, le juge Rouleau affirmait que la *Convention* était protégée par l'article 35, ce qui implique qu'elle constitue un traité : « However, for any sceptics, I would add that the rights enjoyed by the Crees under the JBNQ Agreement are further protected by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. »<sup>64</sup> Aussi, dans l'affaire *Bande d'Eastmain c. Gilpin*, le juge Lavergne de la Cour des Sessions de la Paix a affirmé que « [l]es droits reconnus et conférés aux Cris par la convention de la Baie James, en regard des terres de la catégorie 1A, ont donc été constitutionnalisés »<sup>65</sup>.

<sup>62</sup>Voir l'énoncé de politique fédérale en date du 8 août 1973 [non-publié], reproduit dans B.W. Morse, *Aboriginal Peoples and the Law*, Ottawa, Carleton U. Press, 1991 à la p. 630.

<sup>63</sup>Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [ci-après la *Charte*].

<sup>64</sup>*Administration régionale crie c. Robinson*, 84 D.L.R. (4th) 51 à la p. 70, [1991] 4 C.N.L.R. 84 (1re inst.).

<sup>65</sup>[1987] R.J.Q. 1637 à la p. 1643, 3 C.N.L.R. 54.

L'Assemblée nationale du Québec a adopté, le 20 mars 1985, une résolution se lisant comme suit :

Que cette Assemblée [...] Reconnaisse leurs droits ancestraux existants et les droits inscrits dans les conventions de la Baie James et du Nord québécois et du Nord-Est québécois ; Considère que ces conventions, de même que toute autre convention ou entente future de même nature, ont valeur de traités ;<sup>66</sup>

Même si elle n'exprime pas formellement l'intention du législateur québécois — et certainement pas celle du législateur fédéral — cette résolution possède une forte valeur persuasive. Elle révèle la vision de l'une des parties à la *Convention*.

Certains estiment cependant que la *Convention* n'est pas un traité. Essentiellement, la présence de parties privées empêcherait une telle qualification. Or, les prétendues « parties privées », ce sont Hydro-Québec, la SEBJ et la SDBJ, trois corporations appartenant entièrement à l'État québécois, et de surcroît mandataires de la Couronne<sup>67</sup>. Force est donc de reconnaître qu'il s'agit de parties publiques comme l'État québécois dont elles sont les mandataires. Quoi qu'il en soit, la jurisprudence a déjà reconnu à la Compagnie de la Baie d'Hudson, qui jadis exerçait des pouvoirs de nature quasi gouvernementale en Colombie-Britannique, le pouvoir de conclure des traités de la même manière que la Couronne<sup>68</sup>. Puisque les trois sociétés ayant signé la *Convention* exerçaient des fonctions quasi étatiques, il semble donc qu'elles étaient autorisées à conclure un traité.

Face à tous ces arguments convergents, on peut donc être confiant que jamais les tribunaux n'oseront nier que la *Convention de la Baie James* est un traité. S'ils en décidaient autrement, ils décevraient de très fortes attentes chez les autochtones et iraient à l'encontre de la tendance jurisprudentielle actuelle favorable à ces derniers.

## II. Mise en oeuvre de la *Convention*

### A. Par le droit commun des contrats

Étant à la base un contrat, la *Convention de la Baie James* pourra d'abord être mise en oeuvre à l'aide des règles habituelles d'exécution des contrats. L'effet principal d'un contrat est de produire des obligations<sup>69</sup>. C'est donc dire que l'État et les autochtones sont légalement tenus de respecter les termes de la *Convention*.

La première conséquence de cette règle est l'impossibilité pour une partie de modifier ou d'éteindre unilatéralement ses obligations. Le gouvernement est

<sup>66</sup>Québec, Assemblée nationale, *Journal des Débats* à la p. 2570 (20 mars 1985).

<sup>67</sup>Quant à Hydro-Québec : *Loi sur Hydro-Québec*, L.R.Q. c. H-5, art. 13. Quant à la SDBJ : *Loi sur le développement de la région de la Baie James*, L.R.Q. c. D-8, art. 3. La SEBJ est une filiale d'Hydro-Québec.

<sup>68</sup>*Saanichton Marina Ltd c. Claxton* (1989), 57 D.L.R. (4th) 161, 36 B.C.L.R. (2d) 79 (C.A.). Voir aussi *R. c. Bartleman* (1984), 12 D.L.R. (4th) 73, 55 B.C.L.R. 78 (C.A.) ; *White and Bob*, *supra*, note 41.

<sup>69</sup>Art. 1022 C.c.B.-C.

soumis à cette règle, tout comme le citoyen ordinaire. Certains auteurs prétendent toutefois que le gouvernement peut résoudre un contrat administratif si cela est dans l'« intérêt public »<sup>70</sup>. Cependant, cette théorie, dérivée du droit administratif français, n'a pas été adoptée par la jurisprudence canadienne. Il serait donc bien étonnant qu'elle s'applique à la *Convention de la Baie James*. Le caractère obligatoire des traités a d'ailleurs été reconnu par le juge Lamer, au nom d'une cour unanime de neuf juges, dans l'arrêt *Sioui* : « La définition même d'un traité rend donc inéluctable la conclusion que l'extinction d'un traité ne peut survenir sans le consentement des Indiens impliqués. »<sup>71</sup>

Mais il n'est question ici que de la branche exécutive de l'État ; le *Code civil* ne soustrait pas les contrats à la règle de la suprématie du Parlement et il est toujours loisible à ce dernier de modifier les engagements du gouvernement par voie législative, dans la mesure de sa compétence constitutionnelle. Toutefois, en cas d'ambiguïté, une telle loi devra être interprétée de façon restrictive, car elle porte atteinte à des droits de propriété ou, plus généralement, à des droits fondamentaux des autochtones<sup>72</sup>. À cela s'ajoute maintenant l'assujettissement à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il faudra donc se demander si la *Constitution* autoriserait une modification législative unilatérale des droits conférés par la *Convention*<sup>73</sup>.

L'effet relatif des contrats est une autre règle fondamentale du droit privé<sup>74</sup>. La *Convention* ne créera donc de droits et d'obligations qu'à l'égard des parties qui y ont souscrit. Étant donné le caractère collectif de la partie autochtone, il faudra donc déterminer quelle était la taille de l'unité politique représentée par les mandataires qui ont négocié et conclu le traité. Seul ce groupe pourra se trouver lié. Par exemple, si par un traité la nation « x » cède à la Couronne son titre ancestral sur un territoire « y », cela n'éteindra pas le titre ancestral de la nation « z » sur le même territoire<sup>75</sup>. Une telle situation peut se produire lorsque les titres ancestraux de deux groupes sont superposés, ou encore lorsqu'un groupe prétend céder plus de territoire qu'il n'en possède réellement. Ce pourrait être le cas des Montagnais, dont le territoire traditionnel de chasse est en partie visé par la *Convention*. Puisqu'ils ne l'ont jamais signée, ils ne pourraient normalement pas être liés par la cession qu'elle contient<sup>76</sup>.

Ceci illustre bien un point fondamental : ce ne sont pas tous les droits découlant de la *Convention* qui peuvent être mis en oeuvre à l'aide du droit

<sup>70</sup>Pour une discussion de la doctrine et de la jurisprudence à ce sujet, voir Lajoie, *supra*, note 5 aux pp. 112-18, 132-36.

<sup>71</sup>*Supra*, note 33 à la p. 1063.

<sup>72</sup>P.-A. Côté, *Interprétation des lois*, 2e éd., Cowansville, Qué., Yvon Blais, 1990 aux pp. 443-50.

<sup>73</sup>Voir ci-dessous, partie II.C.

<sup>74</sup>Art. 1023 *C.c.B.-C.*

<sup>75</sup>C'est pour cette raison que le gouvernement fédéral, après avoir conclu les traités numérotés, a cherché à obtenir le plus grand nombre possible d'« adhésions » de bandes qui avaient été omises dans le processus de négociation original. De telles adhésions ont été signées jusqu'en 1956 : voir *Traité N° 6*, *supra*, note 38.

<sup>76</sup>Mais voir ci-dessous, partie II.B ; la disposition de la *Convention* éteignant les droits ancestraux a été confirmée par la loi, dans une formulation qui vise incontestablement les tiers.

commun. Contrairement au législateur, les cocontractants ne peuvent porter atteinte aux droits des tiers. L'exécution forcée par les tribunaux ne pourra donc viser que les obligations qui peuvent normalement être créées par un contrat.

Logiquement, l'application des règles du droit civil devrait aussi s'étendre aux cas d'inexécution de la *Convention*. Il y a généralement trois sanctions possibles à une telle inexécution : le versement de dommages-intérêts et, lorsque c'est possible, l'exécution en nature de l'obligation ou la résolution du contrat avec remise des parties dans l'état où elles se trouvaient avant la conclusion du contrat<sup>77</sup>. Dans les deux arrêts connus où on a réclamé l'exécution d'un traité en vertu de son seul effet contractuel, la sanction demandée était l'exécution en nature, en l'occurrence le paiement d'une somme d'argent<sup>78</sup>. En principe, rien ne semble exclure les deux autres types de sanctions, à moins que certaines circonstances rendent une remise en état impossible. Cependant, dans l'arrêt *Bear Island*, la Cour suprême a déclaré que l'inexécution par l'État de ses obligations découlant du traité (inexécution admise par les parties) ne mettait pas en doute la validité de l'extinction du titre ancestral opérée par le même traité<sup>79</sup>. C'est donc dire qu'elle a carrément exclu la résolution d'un traité comme sanction de son inexécution par l'État<sup>80</sup>, même si elle avait reconnu une quinzaine d'années auparavant que les cessions de terres étaient des « contrats synallagmatiques »<sup>81</sup>. Voilà encore une manifestation du désir des tribunaux de ne pas remettre en question la validité des traités ; et aussi du désir de la Cour suprême de voir les autochtones et le gouvernement régler leurs différends par la négociation et non par la contestation judiciaire. Mais à quoi peut mener une négociation, si on retire à une partie sa position de force ? Quel intérêt le gouvernement a-t-il à négocier s'il sait d'avance que la plénitude de la propriété des terres publiques ne sera pas remise en question ? On peut espérer que ce passage de l'arrêt *Bear Island* sera considéré comme un *obiter dictum* involontaire ne remettant pas en cause la possibilité d'exiger la résolution comme sanction de l'inexécution d'une obligation découlant d'un traité.

## B. Par la loi

La *Convention de la Baie James* a été ratifiée par une loi du Parlement et une loi de l'Assemblée nationale. De plus, un certain nombre d'autres lois visent à mettre en application les obligations contractées par l'État lors de la signature de la *Convention*.

<sup>77</sup>Art. 1065 C.c.B.-C. ; mais voir l'art. 1536 C.c.B.-C. qui interdit la résolution d'une vente d'immeuble à moins de stipulation expresse dans le contrat. Un droit ancestral est-il un immeuble ?

<sup>78</sup>*Henry c. R.* (1905), 9 R.C. de l'É. 417, 3 C.N.L.C. 89 ; *Dreaver c. R.* (1935), 5 C.N.L.C. 92 (C. de l'É.).

<sup>79</sup>*Supra*, note 25 à la p. 575 :

Il est admis que la Couronne n'a pas satisfait à certaines de ses obligations en vertu de l'accord et a ainsi enfreint ses obligations fiduciaires envers les Indiens. Ces questions sont actuellement le sujet de négociations entre les parties. *Cela ne change toutefois rien au fait que le droit ancestral a été éteint* [nos italiques].

<sup>80</sup>Il s'agit peut-être là d'une de ces règles de droit public dérogeant au droit civil dont j'ai parlé dans la partie I.A. Mais qu'aurait décidé la Cour si l'inexécution avait été le fait des autochtones et si c'était le gouvernement qui demandait la résolution ?

<sup>81</sup>*Davey c. Isaac*, [1977] 2 R.C.S. 897 à la p. 903, 77 D.L.R. (3d) 481.

## 1. Clauses de mise en oeuvre

La détermination de l'effet des clauses de mise en oeuvre n'est rien d'autre qu'un problème d'interprétation des lois. Il faudra donc non seulement tenir compte du texte même des articles pertinents, mais aussi du but de ces lois, qui est d'accorder une protection législative aux droits accordés par la *Convention*. Il est donc tout à fait légitime et même nécessaire de se référer au texte même de la *Convention* pour mieux apprécier le contexte de leur adoption et le but poursuivi par le législateur. Il sera également utile d'étudier les décisions judiciaires qui ont examiné des lois ratifiant des contrats. De plus, en cas d'ambiguïté réelle dans l'interprétation d'une telle loi, il est généralement admis qu'on doit lui donner un sens favorable aux autochtones<sup>82</sup>. Cette présomption pourra être utile dans le cas qui nous occupe, puisque les lois de mise en oeuvre de la *Convention* utilisent des techniques peu courantes en droit canadien.

L'examen de la jurisprudence permet de distinguer les effets possibles de la ratification législative d'un contrat. Une première catégorie de lois a simplement pour effet de valider le contrat, ce qui interdit de soulever les motifs d'invalidité habituellement applicables aux contrats<sup>83</sup>. Une telle validation permet également aux cocontractants de créer des types d'obligations que le droit commun des contrats n'autorise pas (par exemple, des obligations à la charge des tiers). Une deuxième catégorie de lois incorpore le contrat et ainsi transforme les obligations contractuelles en obligations légales<sup>84</sup>. Il a été jugé que pour entrer dans cette catégorie, une loi n'a qu'à exiger l'exécution du contrat par les parties<sup>85</sup>. Cette incorporation peut être partielle si la loi de mise en oeuvre

<sup>82</sup>*Nowegijick c. R.*, [1983] 1 R.C.S. 29 à la p. 36, 144 D.L.R. (3d) 193; *Peguis, supra*, note 32 aux pp. 98-99, M. le juge en chef Dickson; *Peguis, ibid.* aux pp. 143-44, M. le juge La Forest.

<sup>83</sup>Sous réserve, bien entendu, du partage des compétences législatives entre le fédéral et les provinces.

<sup>84</sup>Plusieurs arrêts anglais, australiens et canadiens appuient la proposition qu'un contrat n'acquiesce pas une force statutaire du simple fait qu'il est « validé » par une loi. Il faut plutôt que cette loi le rende obligatoire ou exige qu'il soit exécuté. *Manchester Ship Canal Co. c. Manchester Racehouse Co.*, [1900] 2 Ch. 352 aux pp. 361-62, conf. par [1901] 2 Ch. 37 à la p. 50 (C.A.); *Re Wilton's Settled Estates*, [1907] 1 Ch. 50 (H.C.); *Pyx Granite Co. c. Ministry of Housing and Local Government*, [1960] A.C. 260 (H.L.); *Ottawa Electric Railway Co. c. Ottawa (City of)* (1944), [1945] R.C.S. 105, 57 C.R.T.C. 273; *Houde c. Commission des écoles catholiques de Québec* (1977), [1978] 1 R.C.S. 937 à la p. 947, 80 D.L.R. (3d) 542, M. le juge Pigeon, dissident :

La seule question à se poser c'est de savoir quelle est l'intention. Quand l'annexe est une convention cela fournit une raison de croire qu'on a pu vouloir simplement la valider sans en changer la nature. Pour conclure qu'on en a fait un texte législatif il faut qu'on l'ait dit.

La différence entre les lois de validation et les lois opérant incorporation semble bien établie en droit australien : *Sankey c. Whitlam* (1978), 142 Commonwealth L.R. 1 aux pp. 77, 106 (H.C.); *P.J. Magennis Proprietary Ltd c. Commonwealth* (1949), 80 Commonwealth L.R. 382 à la p. 410 (H.C.), M. le juge Dixon, au sujet d'une loi de la première catégorie : « It does not otherwise change the legal character of the instrument or of the transaction it embodies. It certainly does not convert the terms of the agreement into the provisions of a law. » Voir aussi L. Warnick, « State Agreements — The Legal Effect of Statutory Endorsement » (1982) 4 Australian Mining and Petroleum L.J. 1.

<sup>85</sup>*Caledonian Railway Co. c. Greenock and Wemyss Bay Railway Co.* (1874), L.R. 2 Sc. & Div. 347 à la p. 349 (H.L.) [ci-après *Caledonian Railway*]; *Sankey c. Whitlam, ibid.* aux pp. 77, 106.



n'exige l'exécution que de certaines obligations<sup>86</sup>. En résumé, la première possibilité affecte les conditions de formation du contrat (en déclarant de façon concluante qu'elles ont été respectées), alors que la deuxième et sa variante « partielle » s'intéressent à la fois à sa validité et à son exécution.

Les lois de mise en oeuvre de la *Convention* contiennent ces deux types d'effets législatifs. La disposition cruciale de la loi fédérale se lit ainsi :

- 3.(1) La Convention est approuvée, mise en vigueur et déclarée valide par la présente loi.
- (2) Les bénéficiaires aux termes de la Convention ont, à compter de l'extinction des revendications, droits, titres et intérêts autochtones visés au paragraphe (3), les droits, privilèges et avantages qu'elle prévoit.
- (3) La présente loi éteint tous les revendications, droits, titres et intérêts autochtones, quels qu'ils soient, aux terres et dans les terres du Territoire, de tous les Indiens et de tous les Inuit, où qu'ils soient, mais rien dans la présente loi ne porte atteinte aux droits de telles personnes en tant que citoyens canadiens et celles-ci continuent de bénéficier des mêmes droits et avantages que tous les autres citoyens, et de ceux prévus dans la *Loi sur les Indiens*, telle qu'applicable, et dans toute autre loi qui les vise en tout temps.
- (4) L'indemnité globale ainsi que toutes les sommes visées au paragraphe 25.3 de la Convention sont exemptes d'impôt suivant les modalités prévues audit paragraphe.  
[...]<sup>87</sup>.

Le premier alinéa, par l'emploi des termes « approuvée » et « déclarée valide », vise à dissiper tout doute quant à la conformité de la *Convention* aux conditions de formation des traités. Il s'agit donc du premier type de loi de mise en oeuvre : une simple validation.

On peut cependant se demander si les mots « mise en vigueur » (en anglais, « given effect ») n'ont pas pour effet d'exiger légalement l'exécution de la *Con-*

<sup>86</sup>Warnick, *supra*, note 84 à la p. 19. Voir aussi, quant à la *Convention définitive avec les Inuvialuit*, A.R. Thompson, « Land Claim Settlements in Northern Canada : Third Party Rights and Obligations » (1991) 55 Sask. L. Rev. 127 à la p. 136 ; Keeping, *supra*, note 4 aux pp. 87-88.

<sup>87</sup>*Loi sur le règlement des revendications des autochtones de la Baie James et du Nord québécois*, S.C. 1976-77, c. 32 [ci-après loi fédérale] ; *Loi approuvant la Convention de la Baie James et du Nord québécois*, L.R.Q. c. C-67 [ci-après loi provinciale]. L'art. 2 de la loi provinciale se lit comme suit :

2. 1. La Convention est approuvée, mise en vigueur et déclarée valide par la présente loi.
2. Les droits, privilèges et avantages accordés par la Convention à ses bénéficiaires leur sont reconnus ; les mesures législatives et administratives prévues à la Convention seront adoptées conformément à ses termes.
3. Pour donner suite à la Convention, les terres de catégorie I prévues à ladite Convention sont mises de côté et seront octroyées conformément à la législation qui sera adoptée à cet effet.
4. Le capital et les intérêts des obligations que le Québec doit émettre en vertu de la Convention, y compris les intérêts sur les intérêts courus, sont payés à même le fonds consolidé du revenu.
5. L'indemnité globale ainsi que toutes les sommes visées à l'article 25.3 de la Convention sont exemptes d'impôt suivant les modalités prévues audit article.  
[...].

vention, allant ainsi au-delà d'une simple confirmation de validité. Cependant, il faut se rappeler que cette disposition reprend les termes de l'article 2.7 de la *Convention*, qui différerait le moment de son entrée en vigueur jusqu'à l'entrée en vigueur des deux lois de ratification. Les mots « mise en vigueur » dans ces lois ne feraient donc que constater le résultat prévu par l'article 2.7 de la *Convention*.

Le deuxième alinéa, en revanche, transforme les droits contractuels créés par la *Convention* en droits statutaires. Ainsi, même si la *Convention* n'est pas globalement incorporée dans les lois de mise en vigueur, ces lois accordent aux bénéficiaires des droits statutaires identiques à ceux que prévoit la *Convention*. Cela a pour effet d'incorporer en partie la *Convention* dans la loi. En effet, dire que quelqu'un a un droit, c'est aussi dire que son débiteur a une obligation et est tenu de l'exécuter. Or l'affaire *Caledonian Railway* de la Chambre des Lords a établi qu'exiger l'exécution d'une obligation était suffisant pour donner force législative à cette obligation<sup>88</sup>.

Le texte de l'article 3(2) pose trois conditions à la protection qu'il accorde : (1) il protège des « droits, privilèges et avantages » ; (2) il protège les droits des autochtones bénéficiaires ; et (3) ces droits sont ceux prévus par la *Convention*. Il ne vise donc pas la *Convention* entière.

Les « bénéficiaires » sont définis dans la *Convention* au chapitre 3 comme étant les individus cris ou inuit remplissant certaines conditions. Cependant, j'ai exposé plus haut le caractère collectif de la partie autochtone à la *Convention*. Malgré la définition individuelle des bénéficiaires, ce caractère collectif devrait donc se répercuter sur les droits, privilèges et avantages qui leur sont garantis. Ainsi, ces droits pourront soit appartenir à un individu autochtone, en raison de son appartenance au groupe des bénéficiaires, soit être de véritables droits collectifs, en ce sens que leur mise en oeuvre s'effectue simultanément à l'égard de tous les bénéficiaires (ou d'un sous-ensemble de ceux-ci). On peut donner comme exemple de droits véritablement collectifs la mise en place d'un régime d'examen des impacts environnementaux<sup>89</sup> ou la création de l'Administration régionale criée<sup>90</sup>. Seront donc exclus de la protection de l'article 3(2) uniquement les droits qui profitent à l'État, c'est-à-dire les obligations des autochtones, qui, à l'exception de la cession du titre ancestral, sont de faible importance<sup>91</sup>.

La seule limite posée à l'incorporation législative des droits conférés aux autochtones par la *Convention* est celle de l'interdiction des promesses de légiférer. En effet, si le Parlement ne peut pas s'interdire de légiférer sur un sujet

---

<sup>88</sup>*Supra*, note 85.

<sup>89</sup>*Convention*, c. 22 et 23.

<sup>90</sup>*Convention*, c. 11A.

<sup>91</sup>Mentionnons, à titre d'exemples, l'art. 2.4 (engagement des signataires Cris et Inuit à ne pas intenter d'autres poursuites judiciaires relatives au projet de la Baie James) ; l'art. 2.9.5 (interdiction d'engager de nouvelles poursuites au sujet du complexe La Grande pendant la période de transition) ; l'art. 5.1.6(b) (consultation du Québec ou du Canada en cas d'occupation de terres de catégorie 1 ou 1A par des tiers) ; l'art. 7.1.12 (obligation de céder au Québec des terres nécessaires pour les services publics) ; l'art. 8.1.2 (obligation de ne pas empêcher la réalisation du projet La Grande conformément aux conditions établies dans la *Convention*).

donné, il ne peut pas non plus s'obliger à le faire. Il sera donc toujours loisible au Parlement d'adopter une loi contraire, sous réserve, bien entendu, de la constitutionnalisation ultérieure de ces promesses.

À cette seule exception près, rien ne permet de douter que toutes les dispositions de la *Convention* qui profitent aux autochtones constituent des « droits, privilèges et avantages » au sens de l'article 3(2). Le mot « avantage » a en effet un sens plus large que le mot « droit », et l'utilisation de ces trois termes vise à généraliser la protection accordée par l'article 3(2). La portée de cet article ne devrait donc pas être limitée aux seuls droits (au sens strict du terme) qui auraient pu faire l'objet d'un recours fondé sur la nature contractuelle de la *Convention*. En effet, la mise en oeuvre législative semble avoir précisément eu pour but de remédier aux contraintes que l'emploi de l'instrument contractuel imposait aux parties.

Deux dispositions de la *Convention* font de plus l'objet d'une mise en oeuvre spécifique en vertu des alinéas 3 et 4 de l'article 3 de la loi fédérale : il s'agit de l'extinction du titre ancestral et de l'immunité fiscale.

Le fait que l'extinction du titre ancestral fasse l'objet d'un paragraphe séparé dans la loi démontre bien l'importance cruciale de cette question aux yeux des gouvernements. On ne se surprendra alors pas de la portée très large de ces clauses. Dans le cas de la *Convention de la Baie James*, la loi a éteint le titre de tous les autochtones, même non-signataires, sur le territoire visé par la *Convention*, alors que la *Convention définitive avec les Inuvialuit*, conclue en 1984 avec des autochtones des Territoires du Nord-Ouest, n'a éteint que le titre des Inuvialuit, laissant subsister un éventuel titre des nations autochtones voisines. Cela reflète peut-être l'adoption de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui rend sans doute impossible l'extinction unilatérale d'un droit ancestral. Le législateur fédéral de 1984 a donc pris soin de n'éteindre que les droits des signataires de la *Convention définitive avec les Inuvialuit*, allant ainsi moins loin qu'en 1977, alors qu'il avait aussi éteint le titre des tiers<sup>92</sup>.

De l'examen du texte de la loi à la lumière de la jurisprudence sur la ratification législative, on arrive donc à la conclusion suivante : le premier paragraphe de l'article 3 de la loi fédérale (ou de l'article 2 de la loi provinciale) rend la *Convention* valide ; le deuxième paragraphe en exige la mise en oeuvre par l'État, sans rien dire des obligations des autochtones. Enfin, les alinéas 3 et 4 opèrent la mise en oeuvre de l'extinction du titre ancestral et de l'immunité fiscale. L'effet global des lois de ratification se rangerait donc dans la catégorie d'« incorporation partielle » évoquée au début de cette section.

Doit-on aller plus loin, et admettre que les lois de ratification incorporent la *Convention* dans sa totalité, en raison de l'effet cumulatif des diverses dispo-

---

<sup>92</sup>Cependant, l'art. 2.14 de la *Convention* contenait un engagement du Québec à négocier avec ces tiers touchés par la *Convention*. C'est ce qui a mené à la signature de la *Convention du Nord-Est québécois*, 12 janvier 1978 [publication restreinte, disponible auprès du Ministère délégué aux affaires autochtones, Québec] ; les parties à cette *Convention* sont les membres de la bande des Naskapis de Schefferville de même que ladite bande, le gouvernement du Québec, la SEBJ, la SDBJ, Hydro-Québec, le *Grand Council of the Crees (of Québec)*, la NQIA et le gouvernement du Canada.

sitions de mise en oeuvre spécifique et en vertu d'une analyse finaliste de ces lois ? La question a été soumise à la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *P.G. Québec c. Administration régionale crie*, où on se demandait si l'administrateur environnemental fédéral nommé en vertu de la *Convention* exerçait des pouvoirs conférés par une loi fédérale<sup>93</sup>, ce qui déterminait la juridiction de la Cour fédérale pour émettre un *mandamus*<sup>94</sup>. Plutôt que d'examiner le texte de la loi afin d'y déceler l'intention d'y incorporer le contrat auquel elle fait référence, le juge MacGuigan a adopté l'approche inverse et étudie d'abord la *Convention* aux fins de déceler l'intention du législateur.

Étrangement, le juge MacGuigan en arrive à la conclusion que la *Convention* était destinée à n'avoir qu'une force législative, et non contractuelle. Selon lui, tout effet proprement contractuel se limitait à la période de transition d'une durée maximale de deux ans<sup>95</sup>. Mais on s'explique mal que son raisonnement se soit fondé sur l'article 2.9.8, qui prévoyait la cessation d'effet des dispositions transitoires au cas où la *Convention* ne recevrait pas confirmation législative dans les deux ans suivant sa signature<sup>96</sup>. Un tel événement ne s'étant pas produit, il n'y a donc aucun fondement pour exclure complètement l'effet contractuel. Il se peut, bien entendu, que cette catégorie d'effets soit marginalisée par l'importance de la mise en oeuvre législative et constitutionnelle. Elle ne cesse pas d'exister pour autant.

Quoi qu'il en soit, le juge MacGuigan déduit de cette force uniquement législative que les parties entendaient donner à la *Convention* l'intention du législateur d'incorporer la totalité de la *Convention* dans la loi ou, plus précisément, « non pas d'englober la *Convention* comme partie de la loi au sens étroit, mais de façon plus étendue de lui donner son caractère, son effet et sa validité en tant que loi »<sup>97</sup>. Mais les indices sur lesquels il se fonde pour déceler cette intention de voir la *Convention* totalement incorporée dans la loi sont relativement peu convaincants : les dispositions générales<sup>98</sup> du chapitre 2 utilisent les mêmes termes que la loi (« approuver, mettre en vigueur et déclarer valide »). Il est donc difficile d'y trouver un surplus d'information<sup>99</sup>. Les seules mentions d'une éventuelle incorporation se trouvent à l'article 2.14, qui précise que « le présent article ne sera pas intégré dans la loi », donnant ainsi prise à un raisonnement *a contrario* voulant que le reste de la *Convention* (ou seulement une par-

<sup>93</sup>[1991] 3 C.F. 533, 81 D.L.R. (4th) 659 (C.A.) [ci-après *Administration régionale crie* cité aux C.F.], autorisation d'en appeler à la C.S.C. refusée, [1991] 3 R.C.S. x.

<sup>94</sup>Voir la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1985, c. F-7, art. 2, 18.

<sup>95</sup>*Supra*, note 93 à la p. 551.

<sup>96</sup>*Ibid.* aux pp. 550-51.

<sup>97</sup>*Ibid.*

<sup>98</sup>Art. 2.5, 2.6, 2.7.

<sup>99</sup>D'ailleurs, dans l'affaire *Sankey c. Whitlam*, *supra*, note 84, la Haute cour d'Australie devait déterminer la nature juridique d'un contrat comprenant la clause suivante : « This agreement shall have no force or effect and shall not be binding on any party unless and until it is approved by the Parliaments of the Commonwealth and of the States. » Le fait que cette entente prévoyait que la ratification législative était une condition de sa prise d'effet n'a pas empêché la Cour de conclure qu'elle n'avait qu'une force contractuelle, et n'était pas incorporée dans la loi. Voir aussi *Placer Development Ltd c. Commonwealth* (1969), 121 Commonwealth L.R. 353 à la p. 357 (H.C.), pour un cas où l'approbation législative était une condition suspensive de l'effet du contrat.

tie, indéterminée, de la *Convention*) soit intégrée dans la loi ; et à l'article 25.3.1, où l'on parle de la loi qui « englobera et confirmera les dispositions de la *Convention* ».

Cette décision de la Cour d'appel fédérale prête donc à critique à deux niveaux. D'abord, le vocabulaire de la loi de ratification n'opère pas, à première vue, une incorporation législative totale de la *Convention*, et les indices permettant de découvrir l'objet de la loi sont peu concluants. Ensuite, même si la quasi-totalité des obligations contractuelles font l'objet d'une incorporation législative, il demeure inexact, à mon avis, de prétendre que la *Convention* n'a plus aucune force contractuelle.

En garantissant législativement les droits des bénéficiaires autochtones, la loi se trouve à affecter les droits des tiers, dans la mesure où leur action est nécessaire au respect des droits des autochtones. Par exemple, les chapitres 22 et 23 de la *Convention* soumettent certains projets à un processus d'évaluation environnementale, y compris les projets entrepris par des personnes qui ne sont pas parties à la *Convention*. Normalement, un contrat n'impose pas d'obligations à ceux qui n'y ont pas donné leur consentement. Ceux-ci devront néanmoins s'y soumettre, si l'on veut donner un sens utile aux termes de la loi de mise en oeuvre. D'ailleurs, la jurisprudence anglaise a reconnu qu'une loi qui exige l'exécution d'un contrat rend celui-ci obligatoire pour les tiers<sup>100</sup>. Il serait même logique qu'une loi qui ne fait que valider un contrat ait le même effet. Puisque le Parlement connaissait le texte de la *Convention* au moment où il l'a approuvée, il devait bien savoir que déclarer valide un contrat qui vise des tiers suffisait à lui donner cet effet exorbitant du droit commun.

Une autre question qui pourrait surgir quant à l'effet des articles 3(1) et 3(2) de la loi fédérale est la possibilité de demander la résolution de la *Convention* pour cause d'inexécution. Comme je l'ai mentionné plus haut, l'article 3(1) ne vise que la validité de la *Convention*, et non pas son exécution. Il n'empêche donc pas d'en demander la résolution en tant que sanction de l'inexécution par un cocontractant (par opposition à la sanction d'un non-respect des conditions de formation). Cependant, l'article 3(2) vient compliquer les choses. Il exige que les obligations de l'État envers les autochtones soient exécutées. Il ajoute donc aux sanctions classiques du droit civil (exécution en nature et dommages-intérêts) les sanctions du droit public à l'inexécution d'une prescription législative (par exemple, le *mandamus*). Écarte-t-il pour autant la troisième sanction du droit civil, la résolution ? En effet, si l'on résout la *Convention*, il n'est apparemment plus possible de se conformer à l'article 3(2). Mais, selon moi, la difficulté n'est qu'apparente : cet article présuppose que la *Convention* existe. Or si elle cesse d'exister, à la suite d'une décision judiciaire fondée sur son inexécution, l'article 3(2) devient simplement sans objet.

En terminant, il faut signaler que les gouvernements ont le pouvoir de mettre en vigueur des modifications à la convention originale<sup>101</sup>. Ces modifications sont alors soumises au même régime législatif que la *Convention*. Une pro-

---

<sup>100</sup>Re *Wilton's Settled Estates*, *supra*, note 84 à la p. 56.

<sup>101</sup>Loi fédérale, *supra*, note 87, art. 4-6 ; loi provinciale, *supra*, note 87, art. 3-4.

cédure d'examen parlementaire est prévue, ce qui démontre l'importance accordée à ces modifications. Cette procédure s'accorde aussi avec la conclusion que la *Convention* est incorporée dans la loi de mise en oeuvre : il n'est que normal que le Parlement soit informé des modifications apportées à cette « loi ». Cependant, cette procédure de modification ne cherche pas à limiter le principe de la suprématie du Parlement : elle n'interdit pas une modification de la *Convention* par une loi subséquente. D'ailleurs, si le législateur avait tenté de s'interdire de modifier la *Convention* sans le consentement des autochtones bénéficiaires, ce procédé aurait été d'une validité fort douteuse<sup>102</sup>. Il est probable que seule la *Constitution* puisse valablement imposer de telles restrictions aux pouvoirs du Parlement.

## 2. Clauses de priorité en cas de conflit

Les lois mettant en oeuvre la *Convention* comprennent également des clauses qui prévoient l'issue de tout conflit entre ces lois et d'autres lois. Par exemple, l'article 8 de la loi fédérale se lit ainsi :

8. En cas de conflit ou d'incompatibilité, la présente loi l'emporte sur toute autre loi qui s'applique au Territoire dans la mesure nécessaire pour résoudre le conflit ou l'incompatibilité<sup>103</sup>.

Par ailleurs, l'article 4 de la *Loi sur le règlement des revendications des Inuvialuit de la région ouest de l'Arctique*<sup>104</sup> énonce :

4. Les dispositions de la présente loi ou de la Convention l'emportent sur les dispositions incompatibles de toute autre loi qui s'applique au Territoire.

Cette deuxième disposition est claire : elle accorde à la *Convention définitive avec les Inuvialuit* une priorité sur toute loi incompatible. Cette protection est donc semblable à celle accordée par l'article 88 de la *Loi sur les Indiens* à l'égard de la législation provinciale.

Peut-on en dire autant de la première, qui, en apparence, n'accorde priorité qu'à la loi de mise en oeuvre et non pas à la *Convention de la Baie James* elle-même ? À prime abord, la réponse semble dépendre de l'inclusion de la *Convention* dans la loi. Puisque la Cour d'appel fédérale a répondu par l'affirmative à cette question<sup>105</sup>, on doit conclure que le mot « loi » comprend aussi la *Con-*

<sup>102</sup>Il n'est pas certain que le législateur puisse s'imposer une condition de forme à l'adoption de lois ou à la modification de lois existantes selon laquelle le consentement d'un organe extérieur à la législature serait nécessaire : voir *Commonwealth Aluminium Corporation c. A.G. Queensland*, [1976] Queensland R. 231 (S.C. Queensland), ainsi que l'article de Warnick, *supra*, note 84. Cependant, dans *A.G. New South Wales c. Trethowan*, [1932] A.C. 526 à la p. 540, le Conseil privé a conclu à la validité d'une limite de forme consistant en un référendum. Dans ce cas, l'ensemble de la population que la Législature représentait était impliquée ; au contraire, dans *Commonwealth Aluminium Corporation c. A.G. Queensland*, *ibid.*, c'était le consentement d'une compagnie privée qui était requis pour apporter des modifications à la loi. On peut croire qu'exiger le consentement des autochtones visés par un traité se rapproche plus d'un référendum que du consentement d'une compagnie privée.

<sup>103</sup>La loi provinciale, *supra*, note 87, comporte une disposition identique à l'art. 6.

<sup>104</sup>S.C. 1984, c. 24.

<sup>105</sup>*Administration régionale crie*, *supra*, note 93.

vention. Mais, même à supposer que la conclusion de la Cour d'appel soit finalement infirmée, le résultat serait substantiellement le même puisque l'article 3 des lois de mise en oeuvre incorpore la quasi-totalité des droits découlant de la *Convention* pour en faire des droits statutaires. Un texte législatif qui limiterait les droits protégés par l'article 3 serait manifestement incompatible avec cet article, ce qui fait que ces droits issus de la *Convention* doivent avoir préséance. On peut d'ailleurs se demander à quoi servirait cette clause de priorité si elle ne visait pas l'ensemble des clauses prévues dans la *Convention*, alors que la loi de mise en oeuvre elle-même ne contient que peu de dispositions susceptibles d'entrer en conflit avec une autre loi.

Il est toutefois permis de douter de l'efficacité des clauses de priorité face aux lois postérieures. En effet, le principe de la suprématie du Parlement fait généralement présumer que les lois postérieures l'emportent sur les lois antérieures. Pierre-André Côté enseigne qu'« il n'est pas douteux que les dispositions qui ont en vue la hiérarchisation des lois entre elles réfèrent aux lois antérieures »<sup>106</sup>. Une telle proposition pourrait se justifier dans le cas où la loi postérieure serait totalement privée d'effet si l'on devait appliquer une clause de priorité dans la loi antérieure<sup>107</sup>. Mais l'argument tombe dans le cas où la loi postérieure serait rendue inapplicable uniquement dans certaines circonstances bien délimitées, c'est-à-dire, dans notre cas, sur un territoire précis. Or une loi qui, comme les lois de mise en oeuvre de la *Convention*, ne s'applique qu'à un territoire précis devient, au fond, une loi spéciale. Et en tant que loi spéciale, elle bénéficie de la présomption voulant que les lois générales ne dérogent pas aux lois spéciales. La préséance de la *Convention* serait donc assurée, tout au moins à l'égard des lois générales.

Mais l'argument le plus convaincant est celui de la nature et de l'objet des lois de mise en oeuvre. Ces lois, et la *Convention* qu'elles incorporent, visent à définir le cadre général des relations entre deux peuples. Elles représentent une entente au terme de laquelle les parties consentaient à mettre fin à un important contentieux. De plus, la cession des droits territoriaux a donné lieu à une obligation de fiduciaire, par laquelle l'État doit veiller à respecter l'« honneur de la Couronne ». Il ne faut donc pas conclure trop rapidement que le Parlement ou une législature a voulu déroger à ses obligations<sup>108</sup>. On devrait donc reconnaître que les lois de mise en oeuvre de la *Convention* ont un statut quasi constitutionnel et qu'à l'instar des chartes des droits provinciales, on devrait leur accorder la priorité en cas de conflit avec toute autre loi qui ne manifeste pas une intention très claire d'y déroger<sup>109</sup>.

---

<sup>106</sup>*Supra*, note 72 à la p. 337.

<sup>107</sup>C'est précisément cet argument qui a amené le juge Wilson à conclure à l'applicabilité de la loi postérieure malgré une clause de priorité dans la loi antérieure dans l'arrêt *Mitchell c. Manitoba (Department of Labour, Employment Standards Division)*, 78 D.L.R. (3d) 631 à la p. 637, [1977] 6 W.W.R. 84 (Man. Q.B.), conf. par 82 D.L.R. (3d) 339 (C.A.) pour d'autres motifs.

<sup>108</sup>D'ailleurs, lorsque le Parlement a adopté la *Loi sur les Cris et les Naskapis*, il a prévu, à l'article 3(2), que la loi de mise en oeuvre de la *Convention* aurait priorité sur cette loi. Ainsi, la loi de 1984 devenait subordonnée à la loi de 1977.

<sup>109</sup>*Winnipeg School Division No. 1 c. Craton*, [1985] 2 R.C.S. 150 à la p. 156, 21 D.L.R. (4th) 1; voir aussi *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145 à la p. 158, 137 D.L.R. (3d) 219, M. le juge Lamer.

### 3. La *Loi sur les Cris et les Naskapis du Québec* et les lois québécoises particulières

Un nombre important de dispositions de la *Convention* a fait l'objet d'une mise en oeuvre par des lois distinctes des lois de ratification. Du côté fédéral, la seule loi qui entre dans cette catégorie est la *Loi sur les Cris et les Naskapis*. Elle est néanmoins très importante, puisqu'elle accorde aux bénéficiaires de la *Convention* un système de gouvernement autonome sur les terres de la catégorie IA. L'application de la *Loi sur les Indiens* à ce territoire est donc exclue<sup>110</sup>. Le législateur québécois a été plus actif : il a adopté, en 1978, plusieurs lois qui reproduisent et détaillent certains chapitres de la *Convention*<sup>111</sup>.

S'il survient une incompatibilité entre ces lois particulières et le texte même de la *Convention*, il faudra généralement accorder priorité à cette dernière<sup>112</sup>. Si l'on suit l'opinion de la Cour d'appel fédérale voulant que la *Convention* soit incorporée dans les lois de ratification, on donne simplement effet aux clauses de priorité que contiennent ces lois. Dans l'hypothèse contraire, seuls les droits incorporés par l'article 3 obtiendront cette priorité. Comme nous le verrons maintenant, une telle priorité découle également de la protection constitutionnelle de ces droits.

### C. Par la Constitution

#### 1. Article 25 de la *Charte canadienne des droits et libertés*

L'article 25 de la *Charte* se lit ainsi :

25. Le fait que la présente charte garantit certains droits et libertés ne porte pas atteinte aux droits ou libertés — ancestraux, issus de traités ou autres — des peuples autochtones du Canada, notamment :
- a) aux droits ou libertés reconnus par la Proclamation royale du 7 octobre 1763 ;
  - b) aux droits ou libertés existants issus d'accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis<sup>113</sup>.

Comme nous l'avons vu plus haut, la *Convention de la Baie James* doit être qualifiée d'accord sur des revendications territoriales. L'article 25 pourra donc s'appliquer aux droits accordés par la *Convention* aux autochtones.

<sup>110</sup>*Loi sur les Cris et les Naskapis*, supra, note 22, art. 5.

<sup>111</sup>*Loi sur les villages nordiques et l'Administration régionale Kativik*, L.R.Q. c. V-6.1 ; *Loi sur les villages cris et le village naskapi*, L.R.Q. c. V-5.1 ; *Loi sur l'Administration régionale crie*, L.R.Q. c. A-6.1 ; *Loi sur le Conseil régional de zone de la Baie James*, L.R.Q. c. C-59.1 ; *Loi sur la Société Makivik*, L.R.Q. c. S-18.1 ; *Loi sur les droits de chasse et de pêche dans les territoires de la Baie James et du Nouveau-Québec*, L.R.Q. c. D-13.1 ; *Loi sur le régime des terres dans les territoires de la Baie James et du Nouveau-Québec*, L.R.Q. c. R-13.1 ; *Loi sur la Société des travaux de correction du Complexe La Grande*, L.R.Q. c. S-13.2 ; *Loi sur la Société de développement autochtone de la Baie James*, L.R.Q. c. S-9.1 ; *Loi sur les autochtones cris, inuit et naskapis*, L.R.Q. c. A-33.1 ; *Loi sur la sécurité du revenu des chasseurs et piégeurs cris bénéficiaires de la Convention de la Baie James et du Nord québécois*, L.R.Q. c. S-3.2.

<sup>112</sup>C'est la position de principe qui ressort de la décision *R. c. Otter*, [1992] R.J.Q. 802 à la p. 813 (C.Q.).

<sup>113</sup>L'alinéa (b) a été modifié en 1984 par la *Proclamation de 1983 modifiant la Constitution*, S.R.C. 1985, app. II, n° 46.



Cet article se retrouve dans une section de la *Charte* qui contient des dispositions généralement décrites comme interprétatives. Un tel qualificatif peut toutefois entraîner une certaine confusion. Par exemple, une véritable disposition interprétative serait l'article 27, qui prévoit que « [t]oute interprétation de la présente charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens ». Elle fournit au juge un critère pour préférer une interprétation à une autre. L'article 25, quant à lui, doit être rapproché de l'article 29<sup>114</sup> : il s'agit de deux dispositions destinées à empêcher l'application de la *Charte* à certains objets clairement définis, soit les droits des peuples autochtones ou les droits relatifs aux écoles confessionnelles. En énonçant que la *Charte* « ne porte pas atteinte » à ces droits, ces articles prévoient une règle de priorité en cas de conflit qui est différente de la règle générale de primauté de la Constitution. C'est d'ailleurs ce que la juge Wilson a affirmé, au nom de quatre juges de la Cour suprême, au sujet de l'article 29 :

En d'autres termes, l'art. 29 est là pour protéger contre tout examen en vertu de la *Charte* les droits ou privilèges qui autrement, n'était-ce de cet article, pourraient faire l'objet d'un tel examen<sup>115</sup>.

Le même raisonnement s'applique, selon moi, à l'article 25.

Après avoir ainsi analysé l'effet de l'article 25, on est à même de faire deux constatations. Premièrement, cet article ne garantit pas les droits ancestraux, issus de traités ou autres. Il ne fait que les immuniser de l'effet de la *Charte*. Il ne trouvera donc application que dans un litige fondé sur celle-ci. L'exemple qui vient le plus facilement à l'esprit est celui d'un non-autochtone qui contesterait des privilèges accordés aux autochtones par la *Convention* comme étant contraires au droit à l'égalité garanti à l'article 15 de la *Charte*. Une telle contestation échouerait dès le départ.

Deuxièmement, cet article ne peut pas servir à élargir la portée de certains droits garantis par la *Charte*, comme le propose William Pentney<sup>116</sup>. L'article 25 accorde une immunité ; le texte de l'article ne permet pas de conclure qu'il impose un choix favorable aux autochtones lorsqu'un autre article de la *Charte* est susceptible d'être interprété de deux façons différentes<sup>117</sup>. Cette méprise découle, selon moi, de la croyance erronée au caractère interprétatif de l'article 25.

De là, aussi, l'inutilité de se demander si l'on doit tenir compte de l'article 25 lors de la première étape d'un examen en vertu de la *Charte* (la définition de l'étendue du droit) ou lors de la deuxième étape (le test de l'article 1) pour

---

<sup>114</sup>L'art. 29 de la *Charte* se lit ainsi :

29. Les dispositions de la présente charte ne portent pas atteinte aux droits ou privilèges garantis en vertu de la Constitution du Canada concernant les écoles séparées et autres écoles confessionnelles.

<sup>115</sup>Renvoi relatif au projet de loi 30, *An Act to Amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148 à la p. 1198, 40 D.L.R. (4th) 18.

<sup>116</sup>« The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada and the Constitution Act, 1982 — Part 1 — The Interpretive Prism of Section 25 » (1988) 22 U.B.C. L. Rev. 21 à la p. 29.

<sup>117</sup>Voir aussi P. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 2e éd., Toronto, Carswell, 1985 aux pp. 566-67.

savoir si des limites à ce droit sont justifiées. L'article 25 entre en jeu avant même ces deux étapes : on pourrait presque le comparer à un motif d'irrecevabilité de la demande.

Notons enfin que, comme le souligne Brian Slattery<sup>118</sup>, l'article 28 de la *Charte* a préséance sur l'article 25. Il devient donc impossible d'opposer celui-ci à une contestation fondée sur la garantie d'égalité des sexes prévue à l'article 15.

## 2. Article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*

Voici le texte de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* :

- 35.(1) Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.
- (2) Dans la présente loi, peuples autochtones du Canada s'entend notamment des Indiens, des Inuit et des Métis du Canada.
- (3) Il est entendu que sont compris parmi les droits issus de traités, dont il est fait mention au paragraphe (1), les droits existants issus d'accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis.
- (4) Indépendamment de toute autre disposition de la présente loi, les droits — ancestraux ou issus de traités — visés au paragraphe (1) sont garantis également aux personnes des deux sexes.

L'article 35 reconnaît et confirme deux types de droits : les droits ancestraux et les droits issus de traités. La première catégorie de droits a été examinée par la Cour suprême dans l'arrêt *Sparrow*. Essentiellement, elle y a décidé que l'article 35 accordait aux droits ancestraux une protection équivalente à celle accordée aux droits garantis par la *Charte* : toute loi qui y porte atteinte doit être soumise à un test de justification ; si elle échoue à ce test, elle est déclarée inopérante en vertu de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>119</sup>.

Rien ne nous permet de croire que les droits issus de traités ne seront pas soumis à un mécanisme identique. En effet, le libellé de l'article 35 accorde la même protection aux deux catégories de droits : ils sont « reconnus et confirmés ». Seule la source des droits protégés diffère.

Mon analyse de l'effet de l'article 35 sur la *Convention de la Baie James* se déroulera donc en deux temps. Je déterminerai d'abord l'étendue des droits protégés, pour ensuite étudier le mécanisme et la force de cette protection.

### a. *Objet de la protection*

Une remarque préliminaire : l'article 35 protège des « droits existants issus de traités ». Il s'intéresse au droit et non au texte qui le crée ; autrement dit, il

<sup>118</sup>« The Constitutional Guarantee of Aboriginal and Treaty Rights » (1982-83) 8 Queen's L.J. 232 aux pp. 240-42. Cependant, D. Sanders soutient le contraire, en argumentant que l'art. 25 est une disposition spéciale qui doit l'emporter sur l'art. 28, disposition générale (« The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada » (1983) 61 R. du B. can. 314 à la p. 327). Mais c'est là oublier que la règle *generalibus specialia derogant* ne s'applique qu'en l'absence de règle de hiérarchisation expresse dans le texte examiné. Ici, une telle règle existe et accorde indéniablement la priorité à l'art. 28.

<sup>119</sup>*Sparrow*, *supra*, note 22 aux pp. 1091-93.

protège la substance du droit et non pas sa source formelle. Il n'incorpore donc pas le texte des traités dans la *Constitution* et il est inexact d'affirmer que les traités ont été « constitutionnalisés ». Ce n'est pas, comme certains l'ont prétendu, une formule d'amendement constitutionnel déguisée, qui permettrait au gouvernement de modifier la *Constitution* par la conclusion d'un traité<sup>120</sup>.

La première condition que pose l'article 35(1) à la reconnaissance et à la confirmation des droits ancestraux est leur « existence ». En excluant ainsi les droits qui n'existaient plus lors de l'entrée en vigueur de l'article 35, le constituant s'est assuré de ne pas faire revivre des droits qui avaient été légalement éteints avant 1982<sup>121</sup>. De plus, l'article 35(3) fait entrer dans la catégorie des droits protégés ceux qui ont commencé à exister après 1982<sup>122</sup>. Ainsi, le seul critère est l'existence du droit au moment des faits qui donnent lieu au litige, pour autant que ces faits soient postérieurs au 17 avril 1982<sup>123</sup>.

Deuxièmement, l'article 35 ne protège pas toutes les dispositions d'un traité. Il ne vise que les droits (les créances) des peuples autochtones. Ainsi, les obligations (les dettes) des peuples autochtones envers l'État ne sont pas protégées. L'État ne peut donc pas invoquer l'article 35 à son avantage pour exiger l'exécution d'une prestation due par les autochtones en vertu d'un traité. Aussi, puisque l'article 35 reconnaît et confirme les droits des *peuples* autochtones, il est bien possible que soient protégés à la fois des droits individuels et des droits collectifs, ceux-ci étant caractéristiques des traités.

De plus, la Cour suprême, dans *Sparrow*, a précisé que la protection des droits ancestraux n'était pas limitée par l'étendue de la réglementation de leur exercice en 1982<sup>124</sup>, car une telle interprétation aurait empêché la contestation de toute disposition en vigueur à cette date. Il devrait en être de même pour les droits issus de traités. Il ressort de l'arrêt *Sparrow* une distinction entre le droit protégé, qui serait de la nature d'un droit subjectif, et la réglementation de l'exercice de ce droit, qui n'entre pas dans la définition du droit. Cette distinction est appuyée par le fait que la Cour cite un peu plus loin<sup>125</sup> un passage de l'arrêt *A.G. Canada c. A.G. Ontario*<sup>126</sup>, où le Conseil privé a établi la différence entre la propriété des ressources marines et la réglementation des pêcheries. L'explication est quelque peu confuse, mais si on la replace dans le contexte de

<sup>120</sup>On peut faire une analogie avec une éventuelle protection constitutionnelle du droit de propriété : cela ne ferait évidemment pas entrer dans le texte de la *Constitution* chaque contrat qui crée ou transfère un droit de propriété.

<sup>121</sup>*Sparrow*, *supra*, note 22 à la p. 1091.

<sup>122</sup>Ou après 1984 ? En effet, la *Proclamation de 1983 modifiant la Constitution*, *supra*, note 113, qui ajoutait l'art. 35(3), est entrée en vigueur le 21 juin 1984. Cependant, interpréter la référence au futur dans l'art. 35(3) comme débutant en 1984 laisse un « vide » de plus de deux ans. La question n'est d'ailleurs pas théorique : la *Convention définitive avec les Inuvialuit* a été signée le 5 juin 1984, soit quelques jours avant l'entrée en vigueur de l'art. 35(3).

<sup>123</sup>En effet, on considère généralement que la *Charte* n'a pas d'effet rétroactif : *R. c. James* (1986), 55 O.R. (2d) 609 à la p. 623, 27 C.C.C. (3d) 1 (C.A.), conf. par [1988] 1 R.C.S. 669 ; *R. c. Stevens*, [1988] 1 R.C.S. 1153, 51 D.L.R. (4th) 394. Il n'y a pas de raisons pour ne pas étendre ce raisonnement aux autres parties de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

<sup>124</sup>*Supra*, note 22 aux pp. 1091-1101.

<sup>125</sup>*Ibid.* à la p. 1098.

<sup>126</sup>[1898] A.C. 700 aux pp. 712-13.

la discussion sur l'extinction des droits ancestraux, on comprend que la Cour ait voulu établir que la réglementation de l'exercice d'un droit n'a rien à voir avec l'existence de ce même droit<sup>127</sup>, et qu'en conséquence, un schéma réglementaire contraignant n'a pas pour effet d'éteindre un droit ancestral<sup>128</sup>.

Mais de l'expression « droits *existants* », on peut être tenté de déduire une exigence supplémentaire : il faudrait que le droit visé soit exigible indépendamment de la protection de l'article 35, c'est-à-dire qu'il ait eu une validité juridique antérieure. Autrement dit, l'article 35 ne créerait aucun nouveau droit, mais il ne ferait qu'accorder un supplément de protection à des droits déjà valides ou reconnus. Pour bénéficier de la protection de l'article 35, un droit devrait donc obligatoirement pouvoir être revendiqué en vertu de sa simple force contractuelle ou, peut-être, avoir fait l'objet d'une validation législative. Ce raisonnement aurait pour effet (sinon pour but !) d'exclure des « droits » qui, de par leur nature, ne peuvent pas être créés par un contrat (ou par une loi, le cas échéant). De tels « droits » seraient relégués au statut de simples promesses qui n'ont pu accéder à la juridicité.

Ce point de vue pourrait être soutenu par le fait que l'article 35 n'utilise que le mot « droits », qui doit nécessairement avoir un sens plus restreint que l'expression « droits, privilèges et avantages » qui figure dans les lois de mise en oeuvre. Les termes « privilège » et « avantage » peuvent dénoter des intérêts qui n'ont pas la force juridique des « droits ». Ainsi, un privilège qui ne pourrait pas être qualifié de droit ne serait pas reconnu et confirmé par l'article 35.

C'est cependant un raisonnement qu'on ne saurait accepter. Autrement, la protection de l'article 35 serait bien illusoire, et le Parlement conserverait la discrétion de ne pas respecter les traités. En effet, les traités modernes contiennent énormément de promesses de légiférer et d'autres dispositions qui ne peuvent valablement faire partie d'un contrat. Il faut donc, à mon avis, conclure que ces droits sont existants même s'ils ne peuvent pas produire d'effets en vertu du droit commun. Conclure autrement réduit à bien peu l'effet de l'article 35. Brian Slattery souligne d'ailleurs l'absurdité de cette position :

But if "existing" is taken to denote only rights that are already valid, indefeasible and enforceable at law, the section would be reduced to an affirmation that legally valid rights are hereby acknowledged to be legally valid. It seems evident that the word "existing" must be understood in a less restrictive sense if section 35 is to be read in a meaningful way<sup>129</sup>.

<sup>127</sup>On peut donner un autre exemple : la réglementation en matière d'urbanisme n'a pas pour effet d'éteindre le droit de propriété foncier, même dans l'hypothèse où il y aurait interdiction totale de construire dans un secteur donné. En outre, le droit administratif considère qu'une autorité réglementaire à laquelle est délégué le pouvoir de réglementer une activité ne peut se servir de ce pouvoir pour prohiber cette activité : voir *Toronto (City of) c. Virgo*, [1896] A.C. 88 à la p. 93 (H.L.) ; *Beach c. Gatineau (Municipalité de)*, [1975] C.S. 85. Un règlement très contraignant, qui a pour but camouflé de prohiber une activité, sera également annulé puisqu'on considère, mais à cette fin seulement, qu'une réglementation très sévère équivaut à une prohibition (*Madoc (Township of) c. Quinlan*, [1971] 3 O.R. 540, 21 D.L.R. (3d) 136 (H.C.)). Somme toute, la distinction entre la réglementation et l'extinction d'un droit ancestral (ou issu d'un traité) paraît donc justifiée.

<sup>128</sup>Cette distinction entre l'existence d'un droit et sa réglementation a été reprise dans l'affaire *R. c. Potts*, 84 Alta L.R. (2d) 326, [1992] 1 C.N.L.R. 142 (Prov. Ct) inf. par (30 juin 1992), 9203/023150, 9103/055054, 9103/057652, 9103/057551 (Alta Q.B.).

<sup>129</sup>*Supra*, note 118 aux pp. 252-53.

Slattery mentionne d'ailleurs que le verbe « confirmer » peut signifier la validation d'un instrument auparavant invalide. Selon cette interprétation, il faudrait donc conclure que tous les droits énoncés dans un traité, peu importe s'ils peuvent être mis en oeuvre autrement que par une disposition constitutionnelle, bénéficient de la protection de l'article 35. Ainsi, une promesse de légiférer serait considérée comme valide puisqu'elle tirerait sa force de la *Constitution*. Comme le disait la Cour suprême dans l'arrêt *Sparrow*, le terme « existants », dans l'article 35, ne servirait qu'à exclure les droits légalement éteints avant 1982<sup>130</sup>.

Il est également important de savoir si la protection des droits issus de traités s'étend au schéma législatif détaillé qui est adopté afin de donner suite aux obligations découlant d'un traité. Notamment, la *Loi sur les Cris et les Naskapis* est-elle constitutionnalisée dans ses moindres détails ? Répondre par l'affirmative<sup>131</sup> entraînerait une rigidité importante : la loi est volumineuse et détaillée et il peut parfois être souhaitable de la modifier ou d'y déroger. De plus, à proprement parler, chaque disposition précise de cette loi ne constitue pas un droit issu d'un traité. Le véritable droit des autochtones, c'est de voir le Parlement adopter une loi qui remplisse les exigences du chapitre 9 de la *Convention*, qui sont le plus souvent formulées en termes très généraux. Par exemple, la loi doit contenir « des dispositions se rapportant aux travaux publics de la bande »<sup>132</sup>. Ainsi, le Parlement conserve toujours la possibilité de modifier la loi, pour autant que le résultat soit conforme aux objectifs fixés dans le chapitre 9. C'est seulement dans l'hypothèse contraire qu'on pourra parler de violation d'un droit issu de la *Convention* et, donc, de l'article 35. On peut alors concevoir ces droits imprécis comme des balises constitutionnelles à l'exercice des pouvoirs du Parlement.

Prenons un exemple : en vertu de l'article 9.0.1(h) de la *Convention*, la *Loi sur les Cris et les Naskapis* doit prévoir l'insaisissabilité des biens des Cris. À supposer que le Parlement abolisse purement et simplement la disposition législative pertinente<sup>133</sup>, un droit des autochtones serait clairement violé et un tribunal serait justifié de déclarer toute saisie invalide en vertu de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Mais si le Parlement désire tout simplement réviser à la baisse l'étendue des biens visés par cette insaisissabilité, tout en maintenant la règle générale, il faudra se demander si une telle modification est compatible avec les objectifs énoncés au chapitre 9 de la *Convention* et si elle est en accord avec la philosophie d'autonomie gouvernementale qui sous-tend ce chapitre.

#### b. Mécanisme de protection

Le principal effet de la reconnaissance et de la confirmation des droits issus de traités par l'article 35 est de soumettre toute atteinte à ces droits — législa-

<sup>130</sup>*Supra*, note 22 aux pp. 1091-93.

<sup>131</sup>Voir T. Isaac, « The *Constitution Act, 1982* and the Constitutionalization of Aboriginal Self-Government in Canada : *Cree-Naskapi (of Québec) Act* » [1991] 1 C.N.L.R. 1 à la p. 11 et s.

<sup>132</sup>*Convention de la Baie James, supra*, note 1, art. 9.0.1(f).

<sup>133</sup>*Loi sur les Cris et les Naskapis, supra*, note 22, art. 190.

tive, réglementaire ou autre — à un test de justification, afin de déterminer si on doit déclarer cette atteinte inopérante ou non.

Essentiellement, le test élaboré par la Cour suprême dans l'arrêt *Sparrow*<sup>134</sup> se divise en deux volets. On doit d'abord examiner si l'objectif poursuivi par la loi attaquée est suffisamment important pour justifier une restriction aux droits des autochtones. En général, la conservation des ressources naturelles a été considérée comme un objectif acceptable<sup>135</sup>. Deuxièmement, la loi doit respecter l'« honneur de la Couronne » dans ses rapports avec les autochtones. La Cour a donné peu de précisions sur la portée réelle de ce critère, mais on peut penser que les tribunaux inférieurs y verront une copie du critère de proportionnalité du test de l'arrêt *Oakes*<sup>136</sup>. D'ailleurs, la Cour a suggéré, à titre de question secondaire, de se demander si la loi contestée constitue une atteinte minimale aux droits des autochtones. Elle a aussi mentionné un critère inédit : les autochtones visés ont-ils été consultés ? Ce critère a été repris dans certaines décisions des tribunaux de première instance afin d'invalider des restrictions qui avaient été imposées à des groupes autochtones sans qu'on cherchât à connaître leur avis<sup>137</sup>.

On peut supposer que ce test en deux étapes sera intégralement appliqué aux droits issus de traités. C'est d'ailleurs ce que certains tribunaux de première instance ont fait<sup>138</sup>. Cependant, les modalités d'application pourraient différer. En effet, les traités représentent des ententes entre le gouvernement et un peuple autochtone. Les parties y ont fixé l'équilibre auquel elles désiraient parvenir entre les droits des autochtones et le désir de réglementation de l'État. Ce caractère consensuel milite, selon moi, pour une norme de justification plus exigeante. Pourquoi, peut-on se demander, l'État limiterait-il des droits qu'il s'était auparavant solennellement engagé à respecter ? L'argument n'est que plus fort dans le cas des traités modernes, qui prennent plus l'allure d'un contrat extrêmement détaillé que d'une déclaration générale d'intention.

On peut qualifier la protection constitutionnelle de l'article 35 de « négative » : elle interdit les atteintes injustifiées aux droits issus de traités. Est-ce là

<sup>134</sup>Cet arrêt a donné lieu à de nombreux commentaires doctrinaux : W.I.C. Binnie, « The Sparrow Doctrine : Beginning of the End or End of the Beginning ? » (1990) 15 Queen's L.J. 217 ; M. Asch et P. Macklem, « Aboriginal Rights and Canadian Sovereignty : An Essay on *R. v. Sparrow* » (1991) 29 Alta L. Rev. 498 ; S. Grammond, « La protection constitutionnelle des droits ancestraux des peuples autochtones et l'arrêt *Sparrow* » (1991) 36 R.D. McGill 1382 ; C. Tennant, « Justification and Cultural Authority in s. 35(1) of the Constitution Act, 1982 : *Regina v. Sparrow* » (1991) 14 Dalhousie L.J. 372 ; D.W. Elliott, « In the Wake of *Sparrow* : A New Department of Fisheries ? » (1991) 40 U.N.B.L.J. 23.

<sup>135</sup>*Sparrow*, supra, note 22 à la p. 1113 ; *Canada c. Nikal* (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 247 à la p. 252, [1991] 1 C.N.L.R. 162 (S.C.) [ci-après *Nikal* cité aux B.C.L.R.] ; *R. c. Commanda* (23 août 1990), DCO 787/89, 10 W.C.B. (2d) 554 (Ont. Dist. Ct) [non publiée] ; *R. c. Robinson*, [1991] 4 C.N.L.R. 125 (B.C. Prov. Ct) ; *R. c. Jack*, [1992] 1 C.N.L.R. 122 (B.C.S.C.).

<sup>136</sup>*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, 26 D.L.R. (4th) 200.

<sup>137</sup>*Nikal*, supra, note 135 à la p. 256 ; *R. c. Joseph*, [1991] N.W.T.R. 263, [1992] 2 C.N.L.R. 128 (Y. Terr. Ct).

<sup>138</sup>*R. c. Commanda*, supra, note 135 ; *R. c. Joseph*, [1990] 4 C.N.L.R. 59 (B.C.S.C.) ; *R. c. McIntyre*, [1991] 1 W.W.R. 548, [1991] 2 C.N.L.R. 146 (Sask. Prov. Ct), inf. pour d'autres motifs par [1992] 1 C.N.L.R. 129 (Sask. Q.B.) ; *R. c. Potts*, supra, note 128.

toutefois la seule signification de la reconnaissance et de la confirmation de ces droits ? Répondre par l'affirmative démontre un manque d'imagination.

À mon avis, la reconnaissance, et surtout la confirmation de ces droits peuvent revêtir une autre dimension, plus « positive » celle-là. En effet, qu'est-ce que confirmer des droits, sinon leur conférer la validité à l'intérieur du système juridique ? Ainsi, l'article 35 pourrait avoir pour effet de mettre automatiquement en oeuvre les dispositions des traités, dès que ceux-ci sont conclus. La *Constitution* suppléerait donc aux lacunes des lois de mise en oeuvre ou même à une mise en oeuvre tardive, quant aux droits qui ne peuvent pas être mis en oeuvre à l'aide du droit commun des contrats. Ainsi, dans certains cas, l'article 35 revêtirait un aspect programmatoire. Sa sanction judiciaire « positive » serait d'autant plus facile que les critiques qu'on adresse généralement à de telles actions des tribunaux ne s'appliquent pas dans un tel cas. En effet, les tribunaux n'usurperaient pas le pouvoir politique en déclarant exécutoires des traités que le Parlement tarde à ratifier et à mettre en vigueur. Il ne s'agirait ici que d'un refus du pouvoir politique de remplir les obligations qu'il a déjà contractées. Et puisque ces obligations font déjà l'objet d'un accord détaillé, on ne pourrait pas reprocher aux juges de développer un régime en vase clos, sans tenir compte de nombreuses variables sociales et économiques que l'organisation des tribunaux rend difficiles à jauger. Cet équilibre a déjà été atteint au moyen de négociations entre les parties. Le juge ne l'invente pas, il ne fait que le reconnaître.

L'effet de l'article 35 sur les traités peut donc être décrit comme un rétablissement relatif de l'égalité contractuelle entre les parties. Rétablissement, car avant 1982, l'État fédéral pouvait toujours user de son pouvoir législatif afin de déroger aux termes d'un traité<sup>139</sup>. En théorie, il ne le peut plus, grâce au principe de la primauté de la *Constitution*. La force obligatoire des traités devient donc identique pour les deux parties. Rétablissement relatif cependant, car le Parlement peut toujours légiférer de façon contraire à un traité, s'il démontre la justification de sa conduite selon le test de l'arrêt *Sparrow*. Le principe de la primauté constitutionnelle des traités est donc assorti d'une exception dont on ne connaît pas encore l'étendue réelle<sup>140</sup>.

Ainsi, jusqu'à ce que l'on sache avec plus de précision quelle sera l'attitude des tribunaux face à la justification d'atteintes aux droits issus de traités « modernes », comme la *Convention de la Baie James*, on doit souligner l'utilité des clauses de priorité qui apparaissent dans les lois de mise en oeuvre. En effet, l'effet de ces clauses n'est pas tempéré par un test de justification. Elles pourront donc assurer une plus grande protection aux autochtones dans certains cas.

<sup>139</sup>*Sikyey c. R.*, [1964] R.C.S. 642, 50 D.L.R. (2d) 80 ; *R. c. George*, [1966] R.C.S. 267, 55 D.L.R. (2d) 386.

<sup>140</sup>En effet, en date du 1 août 1992, seules des décisions — contradictoires, est-il nécessaire de le préciser — des tribunaux de première instance ont appliqué le test de justification de l'arrêt *Sparrow*. On attend encore, deux ans après cette décision majeure, que des décisions des cours d'appel précisent ce test.

## Conclusion

Au terme de cette étude, le statut juridique de la *Convention de la Baie James* est plus clair. Elle est qualifiée par le droit interne canadien comme un contrat, régi par les règles du droit civil québécois. Mais la *Convention* se différencie des contrats ordinaires à la fois par ses conditions de formation et par ses règles de mise en oeuvre. En effet, puisqu'elle accorde des droits collectifs à des peuples autochtones, elle peut également être qualifiée de traité. Quant à sa mise en oeuvre, les lois qui l'ont ratifiée ont conféré une force statutaire à un grand nombre — sinon la totalité — de ses dispositions. Et puisque la *Convention* peut être qualifiée de traité, elle bénéficie de la protection accordée par les articles 25 et 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. C'est donc dire que la loi et la *Constitution* fournissent aux autochtones des instruments bien plus puissants que le droit commun des contrats. La *Convention* pourrait donc être comparée à une loi (voire même à une partie de la *Constitution*) dont le contenu aurait été négocié avec les autochtones.

Étant arrivé à cette conclusion, on peut se demander pourquoi l'État n'a pas simplement légiféré au lieu d'utiliser le montage juridique complexe que constitue la *Convention* et ses lois de mise en oeuvre. C'est oublier les avantages énormes que procure à l'État la régulation contractuelle. La principale caractéristique d'un contrat, c'est l'engagement volontaire des parties. Et puisque les autochtones ont consenti à cette *Convention*, l'État, d'une part, peut occulter l'imposition de sa volonté qui découle du rapport de forces en place en 1975 et, d'autre part, invoquer le consentement des autochtones comme argument à l'encontre des nouvelles revendications de ceux-ci. Puisqu'ils ont accepté la *Convention*, dira-t-on, comment peuvent-ils maintenant s'en plaindre ?

---