

ANDRÉ ÉMOND

**LE RAPPORT HISTORIQUE FONDATEUR
DES OBLIGATIONS DE LA COURONNE
ENVERS LES SOCIÉTÉS AUTOCHTONES DU CANADA**

Thèse
présentée
à la Faculté des études supérieures
de l'Université Laval
pour l'obtention
du grade de Docteur en Droit (LL.D.)

FACULTÉ DE DROIT
UNIVERSITÉ LAVAL
QUÉBEC

JUIN 1997

© André Émond, 1997



National Library
of Canada

Acquisitions and
Bibliographic Services

395 Wellington Street
Ottawa ON K1A 0N4
Canada

Bibliothèque nationale
du Canada

Acquisitions et
services bibliographiques

395, rue Wellington
Ottawa ON K1A 0N4
Canada

Your file Votre référence

Our file Notre référence

The author has granted a non-exclusive licence allowing the National Library of Canada to reproduce, loan, distribute or sell copies of this thesis in microform, paper or electronic formats.

The author retains ownership of the copyright in this thesis. Neither the thesis nor substantial extracts from it may be printed or otherwise reproduced without the author's permission.

L'auteur a accordé une licence non exclusive permettant à la Bibliothèque nationale du Canada de reproduire, prêter, distribuer ou vendre des copies de cette thèse sous la forme de microfiche/film, de reproduction sur papier ou sur format électronique.

L'auteur conserve la propriété du droit d'auteur qui protège cette thèse. Ni la thèse ni des extraits substantiels de celle-ci ne doivent être imprimés ou autrement reproduits sans son autorisation.

0-612-26061-5

Canada

PREMIER RÉSUMÉ

La présente thèse décrit le rapport historique fondateur des obligations de la Couronne envers les sociétés autochtones du Canada et les obligations qui lui sont associées. Ce rapport a été forgé principalement pendant la guerre de Sept Ans (1756-1763), lorsque la Couronne de Grande Bretagne a promis aux sociétés autochtones du Canada la protection de leurs droits privés contre les fraudes et les empiétements commis par des étrangers. Pour décrire un tel rapport *sui generis*, l'auteur propose un certain nombre d'institutions juridiques : avant une cession des droits autochtones, la relation entre la Couronne et ses protégés serait alors assimilable à celle entre un seigneur féodal et son tenancier ; après une cession, elle se comparerait à un contrat ou à une fiducie de droit privé, un *trust*, selon que la cession s'est faite par traité ou unilatéralement. L'auteur termine en précisant l'identité des partenaires gouvernemental et autochtone, débiteur et créancier des obligations régaliennes.

SECOND RÉSUMÉ

La présente thèse décrit le rapport historique fondateur des obligations de la Couronne envers les sociétés autochtones du Canada et les obligations qui lui sont associées, et tient compte des changements opérés par la réforme constitutionnelle de 1982. Ce rapport a été forgé principalement pendant la guerre de Sept Ans (1756-1763), lorsque la Couronne de Grande-Bretagne a promis aux sociétés autochtones du Canada la protection de leurs droits contre les fraudes et les empiétements commis par des étrangers. Pour décrire un tel rapport *sui generis*, l'auteur propose un certain nombre d'institutions juridiques : avant une cession des droits autochtones, la relation entre la Couronne et ses protégés serait alors assimilable à celle entre un seigneur féodal et son tenancier ; après une cession, elle se comparerait à un contrat ou à une fiducie de droit privé, un *trust*, selon que la cession s'est réalisée par traité ou unilatéralement. L'auteur démontre, par une étude des principes fondamentaux du droit constitutionnel anglais applicables aux colonies, que les droits faisant l'objet du rapport sont des droits de nature privée. Ces droits sont, d'une part, les droits ancestraux et, d'autre part, les droits reconnus sous le régime français. L'auteur termine en précisant l'identité des partenaires gouvernemental et autochtone, débiteur et créancier des obligations régaliennes.

La thèse repose sur le postulat que des pratiques coloniales observées par la Couronne ont été incorporées à la *common law* comme autant de règles de droit. Mais le postulat connaît plusieurs exceptions, conséquence des limites que s'impose le système judiciaire lorsqu'il fait progresser la *common law*. Ces limites, l'auteur les intègre à son étude car elles constituent des règles d'interprétation et de construction du droit anglais.

AVANT-PROPOS

Nous tenons à remercier pour son aide inestimable notre directeur de thèse, le professeur Ghislain Otis de l'Université Laval. Celui-ci n'a pas ménagé ses efforts : il a multiplié les échanges sur tous les sujets abordés dans notre étude, et s'est montré à l'occasion provoquant dans le meilleur sens du terme. Il nous a ainsi permis de tester nos hypothèses et d'être plus rigoureux dans nos démonstrations.

Nous en profitons pour souligner la contribution des sociétés informatiques QUICKLAW et WESTLAW. Phénomène récent mais combien apprécié, la consultation de leurs banques de données juridiques permet en effet de réaliser des recherches rapides dans tous les domaines du droit. Elle laissent au chercheur l'exercice de synthèse, tout en le soulageant très souvent d'un travail fastidieux de repérage jurisprudentiel et doctrinal.

Notre thèse est à jour le 1 juin 1997.

TABLE DES MATIÈRES

PREMIER RÉSUMÉ.....		i
SECOND RÉSUMÉ.....		ii
AVANT-PROPOS.....		iii
TABLES DES MATIÈRES.....		iv
INTRODUCTION.....		I
CHAP. I :	GENÈSE ET QUALIFICATION JURIDIQUE DU RAPPORT ENTRE LA COURONNE ET LES AUTOCHTONES	17
A.	La formulation de l'engagement historique de la Couronne envers les autochtones ...	17
1.	1753-1760 : élaboration d'une politique impériale garantissant la protection des droits des alliés autochtones de la Grande-Bretagne	17
2.	1760-1764 : prolongement et consolidation de la politique impériale concernant les droits des anciens alliés autochtones de la France	21
B.	Les moyens mis en oeuvre par la Couronne pour assurer le respect de son engage- ment à l'égard des droits des autochtones	26
C.	Le rapport <i>sui generis</i> entre la Couronne et les autochtones : juxtaposition d'un lien féodal et d'un lien fiduciaire ou contractuel	33
CHAP. II :	LA PORTÉE TERRITORIALE DE L'ENGAGEMENT DE LA COURONNE : SON APPLICATION AU TERRITOIRE DE LA COLONIE DE QUÉBEC	43
A.	La reconnaissance des droits des autochtones sous le régime militaire	46
B.	La confirmation des droits des autochtones sous le régime civil	53
1.	La <i>Proclamation royale de 1763</i>	54
2.	La commission de Murray et les instructions l'accompagnant	59
3.	Une première interprétation des droits des autochtones après l'adoption de la Constitution de 1763	63
i)	La distinction entre l'autochtone immigrant et celui vivant toujours sur la terre ancestrale	63
ii)	Des exemples d'application de la politique britannique envers les autochtones	65
CHAP. III :	LES DROITS FAISANT L'OBJET DU RAPPORT ENTRE LA COURONNE ET LES AUTOCHTONES	73

A.	La nature privée des droits protégés par l'engagement de la Couronne	74
1.	Le monopole gouvernemental du roi anglais sur les territoires assujettis à sa souveraineté	77
i)	Le royaume d'Angleterre : une Couronne, un souverain, et un gouvernement	77
ii)	Le prolongement colonial des prérogatives de la Couronne	82
iii)	L'adéquation entre les droits des autochtones et ceux des habitants d'une colonie conquise ou cédée	86
2.	La conformité des pratiques coloniales avec le droit constitutionnel anglais	91
i)	Une relation anglo-indienne à géométrie variable	91
ii)	Le caractère déclaratoire de la <i>Proclamation royale de 1763</i>	97
B.	Les droits protégés dérivant du régime colonial français	108
1.	La négation des droits ancestraux par le droit colonial français	110
i)	L'absence d'une coutume particulière garantissant l'occupation autochtone	111
ii)	Le non-usage du droit des gens comme une source autonome en droit français	118
2.	L'acquisition de certains droits d'occupation par l'application des coutumes notoires de droit privé	122
i)	L'acquisition de droits de propriété complets	124
ii)	L'acquisition de droits d'usage	126
CHAP. IV :	LES OBLIGATIONS DÉCOULANT DU RAPPORT ENTRE LA COURONNE ET LES AUTOCHTONES	131
A.	L'obligation de ne pas déroger aux droits des autochtones sans justification constitutionnelle	131
1.	La norme constitutionnelle avant 1982	133
2.	La norme constitutionnelle depuis 1982	141
B.	L'obligation de protéger les droits des autochtones contre les empiétements des tiers	155
1.	Les paramètres d'application du devoir de protection contre les empiétements	156
2.	Un devoir de protection exécutoire contre la Couronne	165
C.	L'obligation de protéger les autochtones contre les fraudes visant leurs droits	175

1.	Les paramètres d'application du devoir de protection contre les fraudes	..176
2.	Un devoir de protection exécutoire contre la Couronne182
CHAP. V :	L'IDENTITÉ DES CRÉANCIERS AUTOCHTONES194
A.	La problématique découlant du caractère inter-sociétal des droits autochtones protégés195
B.	L'identité de la collectivité autochtone détentrice des droits inter-sociétaux203
1.	La réorganisation des collectivités autochtones203
2.	Des collectivités autochtones jouissant d'une personnalité juridique en <i>common law</i>210
3.	Le pouvoir des chefs d'engager leur collectivité214
C.	L'identité des membres des collectivités autochtones218
1.	La bande détentrice des droits concédés par le souverain219
2.	La bande détentrice des droits issus de traité219
3.	La bande détentrice des droits ancestraux223
CHAP. VI :	L'IDENTITÉ DES DÉBITEURS GOUVERNEMENTAUX230
A.	L'expérience coloniale : lorsque la responsabilité suit le pouvoir231
B.	La responsabilité fédérale exclusive en matières autochtone sous la <i>Loi constitutionnelle de 1867</i>240
1.	La description des deux sujets de compétence fédérale : les «Indiens» et les «terres réservées pour les Indiens»241
2.	Les limites de l'implication des provinces dans les affaires indiennes247
i)	L'article 109 de la <i>Loi constitutionnelle de 1867</i>248
ii)	L'article 88 de la <i>Loi sur les Indiens</i>254
CONCLUSION259
ABRÉVIATIONS265
BIBLIOGRAPHIE266

INTRODUCTION

Certains rapports légaux, qu'ils tirent leur origine d'une loi, d'un contrat ou même d'un engagement unilatéral, confèrent à une partie un pouvoir discrétionnaire lui permettant de porter atteinte aux intérêts juridiques ou pratiques d'une autre partie. En *Equity*, on appelle fiduciaire le détenteur du pouvoir lorsqu'il découle de la nature de son rapport que sa discrétion doit être exercée, non pour son profit, mais pour celui de cette autre partie, le bénéficiaire. Et pour voir à ce que le fiduciaire oeuvre dans l'intérêt du bénéficiaire, les tribunaux lui imposent des normes strictes de conduite, principalement le devoir d'être loyal, qui se traduisent dans les faits par autant d'obligations de fiduciaire¹. Les obligations de fiduciaire ne sont par conséquent qu'un moyen, une technique juridique, pour mettre en oeuvre des obligations principales, s'agissant des obligations contenues dans la loi, le contrat ou l'engagement unilatéral du fiduciaire².

On utilise pourtant à tout propos la terminologie fiduciaire comme si elle suffisait à décrire les droits et obligations de la Couronne envers les autochtones du Canada, oubliant ainsi que l'institution fiduciaire, pour être importante, ne joue qu'un rôle accessoire. Il arrive par exemple que

¹ Comme l'obligation d'éviter les conflits de devoir ou d'intérêts, de ne pas faire de profit aux dépens du bénéficiaire ou encore, dans le cas d'un parent, l'interdiction de l'inceste. Voir, entre autres arrêts, *M.(K.) c. M.(H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6, 59, 61 et 62 (j. La Forest) et *Lac Minerals c. International Corona Resources*, [1989] 2 R.C.S. 574, 646 et 647 (j. La Forest).

² *Guerin c. R.*, [1984] 2 R.C.S. 335, 384 (j. Dickson), cet extrait ayant été par la suite cité par M. le juge La Forest dans *M.(K.) c. M.(H.)*, *id.*, 62 et 63, *Lac Minerals c. International Corona Resources*, *id.*, 644 et 645, *McInerney c. McDonald*, [1992] 2 R.C.S. 138, 154 et 155 et *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377, 408. Voir aussi *Blueberry River Indian Band c. Canada*, [1995] 4 R.C.S. 344, 371 et 372 (j. McLachlin) et l'article synthèse écrit par Leonard I. ROTMAN, «The Vulnerable Position of Fiduciary Doctrine in the Supreme Court of Canada», (1996) 24 *Man. L.J.* 60.

les actes du gouvernement mettent en cause sa compétence et non sa loyauté envers les autochtones ; auquel cas il peut être poursuivi pour négligence dans l'accomplissement de ses obligations principales bien qu'aucune obligation de fiduciaire n'ait été violée³. En outre, certains aspects de leur rapport ne sont même pas couverts par une obligation de fiduciaire, telle l'opération par le gouvernement d'un tribunal administratif auquel on aurait confié la tâche d'interpréter, en toute impartialité, un traité signé avec des autochtones⁴. Voilà pourquoi nous croyons plus juste de parler d'un rapport *sui generis* ayant une composante de nature fiduciaire plutôt que d'un rapport fiduciaire⁵.

Difficile d'en dire beaucoup plus sur l'étendue des obligations gouvernementales car les progrès de la jurisprudence se font à tâtons, sans avoir défini au préalable le rapport que la Couronne a forgé avec les autochtones, alors que ses obligations, fiduciaires ou autres, dépendent justement de la nature de ce rapport⁶. La démarche des tribunaux souffre en somme d'une interversion logique⁷. Il faudrait étudier la cause avant les effets, s'arrêter à la genèse du rapport entre la Couronne et les

³ *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 224, 312 (j. Sopinka) ; *Lac Minerals c. International Corona Resources, id.*, 597 et 598 (j. Sopinka), 647 (j. La Forest) ; *Hodgkinson c. Simms, id.*, 464 (jj. Sopinka et McLachlin, dissidents pour d'autres considérations) ; et pour une application en droit autochtone, *Wewayakum Indian Band c. Canada*, C.F., n° T2652-85, 19 septembre 1995, par. 499 (j. Teitelbaum).

⁴ *Québec (Procureur général) c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1994] 1 R.C.S. 159.

⁵ À l'instar du juge Wilson dans *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99, 135, quoique le magistrat s'était intéressé à un autre rapport que celui entre la Couronne et les autochtones.

⁶ *Québec (Procureur général) c. Canada (Office national de l'énergie)*, précité, note 4, 183 (j. Iacobucci) ; *M.(K.) c. M.(H)*, précité, note 1, 66 (j. La Forest).

⁷ Une observation que Michael J. BRYANT a déjà faite dans son article «Crown-Aboriginal Relationships in Canada : The Phantom of Fiduciary Law», (1993) 27 *U.B.C.L. Rev.* 19, 33.

autochtones, et des obligations principales lui étant directement associées, au lieu d'aborder les seules questions relatives aux abus et détournements de pouvoir discrétionnaire que sont les manquements aux obligations de fiduciaire. Ce sera notre tâche, la charpente de notre thèse sur le rapport fondateur des obligations régaliennes.

Nous ne sommes pas entièrement dépendant de notre investigation pour risquer une hypothèse sur le type de rapport qu'entretient la Couronne avec les premiers habitants ; la Cour suprême du Canada a suggéré une piste de recherche : d'après elle, les obligations de fiduciaire de la Couronne prennent source dans le titre des autochtones⁸, quoiqu'elles aient été par ailleurs codifiées dans différentes lois, à commencer par la *Proclamation royale de 1763*⁹. Cela signifie en clair qu'il existe un engagement de la Couronne si intimement lié à la reconnaissance du titre autochtone qu'ils forment ensemble un couple indissociable, l'engagement participant en quelque sorte à la définition des droits ancestraux des autochtones en *common law*¹⁰.

⁸ *Guerin c. R.*, précité, note 2, 376 et 382 (j. Dickson) ; *Canadien Pacifique c. Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654, 677 et 678 (la Cour) ; *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322, 337 (j. Wilson) ; et *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, 1108 (j. Dickson).

⁹ *Guerin c. R.*, *id.*, 348 et 349 (j. Wilson, dissidente pour d'autres considérations), 376 (j. Dickson) ; *Roberts c. Canada*, *id.*, 335 et 337 (j. Wilson) ; et *Mitchel c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85, 108 (j. Dickson, dissident pour d'autres considérations), 130 et 131 (j. La Forest). Le texte de la *Proclamation royale de 1763* est reproduit dans les L.R.C. 1985, App. II, n° 1 (ci-après cité : «*Proclamation de 1763*»).

¹⁰ Comme le suggère le juge Dickson dans l'affaire *Guerin*, *id.*, 382. Voir également les motifs du juge en chef Isaac dans *Apsassin c. Canada*, (1993) 100 D.L.R. (4th) 504, 518-521 (C.A.F.), la Cour suprême du Canada n'ayant exprimé aucune opinion à ce sujet lorsqu'elle a rendu sa décision en appel dans *Blueberry River Indian Band c. Canada*, précité, note 2.

Cet engagement, nous le verrons, c'est l'assurance donnée aux autochtones que leurs droits ancestraux et autres droits collectifs seraient protégés contre les empiétements et les fraudes commis par des étrangers. Nous proposerons des institutions juridiques comme modèles pour circonscrire les obligations principales qu'il sous-tend¹¹. Mais avant de décrire les obligations de la Couronne, des démarches préalables s'imposeront : il faudra commencer par prouver que les Britanniques ont appliqué leur politique uniformément, y compris dans les territoires cédés par la France¹² ; il faudra également déterminer quels sont les droits protégés¹³. C'est alors que nous aborderons la question de leur nature publique ou privée. De fait, l'engagement de la Couronne aurait pris une toute autre dimension si son objectif avait été de favoriser l'autonomie gouvernementale des autochtones. Nous concluons cependant qu'il n'en est rien, que les droits protégés sont uniquement de nature privée, la raison tenant au régime monarchique dont le Canada a hérité en 1763 et qui fait toujours partie de sa Constitution. Après avoir rappelé les plus récents prononcés de la Cour suprême du Canada sur la définition d'un droit ancestral, nous continuerons en étudiant les droits acquis par les autochtones sous le régime français. Car s'il est notoire que les autorités françaises ont mis de côté des réserves pour l'usage des autochtones convertis à la religion catholique, nous apprendrons qu'il a pu s'y ajouter d'autres droits découlant de la Coutume de Paris. Et ces droits, à leur tour, se sont ajoutés aux droits ancestraux des autochtones que la Couronne anglaise a par ailleurs reconnus et promis de protéger. Le rapport entre la Couronne et les autochtones ayant été qualifié juridiquement,

¹¹ Chap. I.

¹² Chap. II.

¹³ Chap. III.

son application uniforme confirmée, les droits qu'il vise définis, nous serons alors à même de formuler les diverses obligations de la Couronne au regard des droits historiques des autochtones. Elles seront divisées en trois parties, chaque partie correspondant à un volet de l'engagement originel : l'obligation de ne pas déroger aux droits des autochtones sans justification constitutionnelle ; l'obligation de protéger ces droits contre les empiétements des tiers ; et l'obligation d'empêcher les transactions frauduleuses concernant les mêmes droits¹⁴. Une description du rapport unissant la Couronne aux autochtones exige aussi d'identifier les partenaires de part et d'autre, à savoir quel gouvernement recouvre l'appellation de Couronne et quel est son partenaire autochtone. On connaîtra ainsi l'identité des créanciers autochtones, ceux ayant l'autorité pour céder les droits protégés ou poursuivre en justice afin de les faire respecter, et celle de leur débiteur gouvernemental, ayant cause de l'engagement historique de la Couronne¹⁵.

Notre thèse repose sur le postulat que des pratiques coloniales observées par la Couronne ont été incorporées à la *common law* comme autant de règles de droit¹⁶. Le postulat connaît toutefois des exceptions, conséquence des limites que s'impose le système judiciaire lorsqu'il fait progresser la *common law*.

¹⁴ Chap. IV.

¹⁵ Chaps. V et VI.

¹⁶ En droit canadien, ce postulat a été énoncé une première fois par le juge Strong dans *St. Catherine's Milling and Lumber Co. c. The Queen*, (1887) 13 Can. S.C.R. 577, à la p. 613, puis par le juge Isaac dans *Apsassin c. Canada*, précité, note 10, à la p. 518, et il vient d'être réitéré par le juge en chef Lamer dans *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, à la p. 541. Il a aussi été reconnu implicitement par le juge Wilson dans *Roberts c. Canada*, précité, note 8, 335 et 337, lorsqu'elle a évoqué le caractère déclaratoire de la *Loi sur les Indiens* en faisant référence aux obligations de la Couronne envers les autochtones.

En effet, contrairement à la conception classique élaborée au dix-septième siècle par les Edward Coke et Francis Bacon¹⁷, on admet ouvertement, aujourd'hui, que la *common law* n'est pas et n'a jamais été un droit naturel fixe et immuable¹⁸. Elle est au contraire une oeuvre humaine qui évolue au rythme des décisions judiciaires. Des règles apparaissent, d'autres sont modifiées ou même supprimées. Les tribunaux qui produisent ainsi du droit affirment se guider sur l'évolution des besoins et des valeurs de leur société¹⁹, une admission que la *common law* peut évoluer différemment selon le génie propre de chaque pays²⁰. Cela ne signifie pas qu'on a complètement abandonné l'ancienne conception du droit au profit d'une thèse exclusivement positiviste. Les décisions des juridictions de *common law* ont encore un effet déclaratoire ; les juges déclarent le droit au meilleur de leur compréhension et l'appliquent aux faits présents ou passés comme s'il avait toujours existé

¹⁷ Keechang KIM, «*Calvin's Case* (1608) and the Law of Alien Status», (1996) 17 *Legal History* 155, 160-162. Voir au même effet l'opinion exprimée par William BLACKSTONE dans *Commentaries on the Laws of England*, vol. 1, Oxford, Clarendon Press, 1765, réimpression par Dawsons of Pall Mall, London, 1966, pp. 69 et 70.

¹⁸ *Practice Statement (Judicial Precedent)*, [1966] 1 W.L.R. 1234, à la p. 1234 (H.L.) (la Cour). Plus récemment, voir *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, 665 et 666 (j. Iacobucci) et *Wik Peoples c. Queensland*, [1996] 71 A.L.J.R. 173, 242 et 243 (H.C. Aust.) (j. Gummow). Donc les tribunaux ont finalement donné raison au chancelier de l'échiquier lord Ellesmere qui s'était opposé à l'opinion des Bacon et Coke lors de l'affaire *Calvin* en 1608 (K. KIM, *id.*, 161 et 162).

¹⁹ *R. c. Salituro, id.*, 666 (j. Iacobucci) ; *Cassel and Co. Ltd. c. Broome*, [1972] A.C. 1027, 1127 (C.P.) (J. Diplock) ; *O'Toole c. Charles David Pty. Ltd.*, [1991] 171 C.L.R. 232 (H.C. Aust.) (j. Brennan) ; *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 R.C.S. 299, 438 (j. Iacobucci) ; *R. c. B.(K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740, 776 (j. Lamer) ; *Burnie Port Authority c. General Jones Pty. Ltd.*, [1994] 179 C.L.R. 520, 592 et 593 (H.C. Aust.) (j. McHugh).

²⁰ *Cassel and Co. Ltd. c. Broome, id.*, 1127 (j. Diplock). Ce serait une force et non une faiblesse, a ajouté le Comité judiciaire du Conseil privé dans *Invercargill City Council c. Hamlin*, [1996] A.C. 624 (j. Lloyd of Berwick).

tel quel²¹. C'est en partie ce qui distingue les fonctions judiciaire et législative. C'est aussi ce qui restreint l'autonomie «législative» du juge.

Le pouvoir judiciaire laisse au législateur toute modification qui risquerait d'entraîner des changements complexes aux conséquences incertaines²². Il n'a pas les ressources ni l'expertise pour entreprendre de vastes réformes. Il s'en tient par conséquent aux changements de portée limitée, y allant lentement et progressivement de manière à ce que les modifications s'intègrent efficacement dans le corps des autres principes, règles et normes qui constituent la *common law* et l'*equity*²³. Sur les questions constitutionnelles touchant les pouvoirs d'une législature, les tribunaux sont encore plus prudents ; ils vont s'écarter rarement d'une décision précédente, «dont il est permis de supposer qu'elle a servi de fondement aux actes du gouvernement aussi bien qu'à ceux de ses sujets»²⁴. Le caractère déclaratoire des jugements aurait alors effectivement des effets dévastateurs au plan du droit. Pour des raisons similaires, on ne reviendra pas sur des principes fondamentaux ou fondateurs de la *common law*²⁵. Ces principes structurent le droit, lui donnent forme, cohérence, et leur abandon

²¹ *Re Edward and Edward*, (1987) 39 D.L.R. (4th) 654, 664 (C.A. Sask.) (j. Bayda) ; *Giannarelli c. Wraith*, [1988] 165 C.L.R. 543, 584 et 585 (H.C. Aust.) (j. Brennan) ; *Stewart c. Stewart*, C.A. de C.-B., n° CA021881, 17 mars 1997, pars. 20-23 (j. Esson).

²² *R. c. Salituro*, précité, note 18, 666 et 670 (j. Iacobucci) ; *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*, précité, note 19, 438 (j. Iacobucci) ; *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750, 760 et 761 (j. McLachlin).

²³ *Burnie Port Authority c. General Jones Pty. Ltd.*, *id.*, 592 et 593 (j. McHugh) ; *R. c. B.(K.G.)*, précité, note 19, 776 (j. Lamer) ; *Watkins c. Olafson*, précité, note 22, 760 (j. McLachlin).

²⁴ *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, 335 (j. Dickson, alors que celui-ci se réfère à l'arrêt *Attorney General for Ontario c. Canada Temperance Foundation*, [1946] A.C. 193 (C.P.)).

²⁵ *Mabo c. Queensland*, [1992] 66 A.L.J.R. 408, 416 et 417 (H.C. Aust.) (j. Brennan).

provoquerait par définition une série de conséquences complexes et difficilement prévisibles.

Les limites que s'imposent les juges en produisant du droit reflètent leur prudence et la perception qu'ils entretiennent de leur rôle social. Nous avons accepté et intégré ces limites à notre analyse sans discuter de leur valeur intrinsèque étant donné qu'elles constituent des règles de construction du droit public. Certes, de telles règles peuvent évoluer, peut-être à l'occasion d'une grave crise sociale qui forcerait la main du système judiciaire. Cela rendrait plus plausible la réalisation d'un véritable pluralisme juridique à la manière dont l'ont compris plusieurs auteurs, en ce sens que les tribunaux pourraient reconstruire le droit sans aucune attache, sans que la *common law* n'impose ses principes fondamentaux, comme si les deux systèmes juridiques en présence, autochtone et non autochtone, jouissaient d'un poids égal en cas de conflit²⁶. La valeur de notre thèse en serait alors affectée car elle dépend pour une large part de la pérennité des règles de construction existantes. Notre hypothèse qu'elles resteront inchangées marque donc la limite de nos ambitions comme de nos prétentions.

De manière explicite ou en sous-entendu, notre thèse pose constamment la question du rapport du droit avec l'histoire. En affirmant l'intangibilité de principes fondamentaux du droit, nous

²⁶ Voir notamment : Andrée LAJOIE, Jean-Maurice BRISSON, Sylvio NORMAND et Alain BISSONNETTE, *Le statut juridique des peuples autochtones au Québec et le pluralisme*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996 ; Jeremy WEBBER, «Rapport de force, rapports de justice : la genèse d'une communauté normative entre colonisateurs et colonisés», Jean-Guy BELLEY (dir.), *Le droit soluble : Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, L.G.D.J., 1996, 113, aussi publié en langue anglaise sous le titre «Relations of force and Relations of Justice : The Emergence of Normative Community Between Colonists and Aboriginal Peoples», (1995) 33 *Osgoode Hall L.J.* 623 ; ou encore John BORROWS, «With or Without You: First Nations Law (in Canada)», (1996) 41 *R.D. McGill* 629.

sommes obligé de procéder à un découplage entre les deux.

Raymond Aron rappelait que l'histoire, parce qu'elle est oeuvre humaine, est équivoque et inépuisable²⁷. En outre la reconstitution du passé n'est pas une fin en elle-même, a poursuivi le philosophe et essayiste. Inspirée par un intérêt actuel, elle tend à une fin actuelle²⁸. Il en est de même de la *common law* : une règle peut être appliquée différemment en rectifiant une interprétation fautive ou sans nuance de faits passés ; une règle peut aussi être créée, modifiée ou abandonnée pour répondre à la lecture que fait le juge de l'évolution des besoins sociaux en se guidant sur l'état général des connaissances.

Malgré les ressemblances entre l'oeuvre de l'historien et celle du magistrat, on doit éviter de pousser plus loin le parallèle. Le droit n'est pas toujours un fidèle reflet de l'histoire. Il est parfois en avance, parfois en retard, et parfois l'un et l'autre ne coïncident jamais. Cela tient au fait que le droit sert d'assise à toute une société. Or, celle-ci peut avoir été construite, comme son droit, sur un ensemble de fictions, des fictions devenues entre-temps principes fondateurs. Qu'on découvre leur véritable caractère ne changera pas le passé, ni ne permettra de modifier le présent ; de fait, on n'abandonne pas si aisément les principes fondateurs d'une société sans provoquer des désordres

²⁷ Raymond ARON, *Introduction à la philosophie de l'histoire : essai sur les limites de l'objectivité historique*, Paris, Gallimard, 1948, réimpression par le même éditeur, 1967, p. 147.

²⁸ Raymond ARON, *Dimensions de la conscience historique*, 2^e éd. révisée, Paris, Plon, 1964, pp. 13 et 14.

importants²⁹. Le droit devient prisonnier de son histoire. Ses juges peuvent certes suivre l'évolution de leur société, voire l'accélérer, mais ils ne peuvent la bouleverser. Non sans sagesse, ils laissent cela aux acteurs politiques dont c'est le rôle et la responsabilité.

Les plus anciennes fictions du droit public anglais sont que tous les pouvoirs de gouvernement appartiennent à la Couronne, aujourd'hui la Couronne en son conseil ou en son parlement, et qu'ils sont inaliénables, sous réserve d'éventuelles lois du parlement³⁰. La raison d'être de ces règles a été d'assurer l'unité politique du royaume³¹, comme celle de l'empire³². Elles font aujourd'hui partie de la Constitution du Canada et constituent des principes fondamentaux de la *common law*³³. Aussi bien les peuples autochtones que les colons français ont dû subir leur rigueur lors de la conquête de la Nouvelle-France. Peu importe que la Couronne ait de tout temps délégué ses pouvoirs, ils ont continué de lui appartenir en totalité. Voilà un cas où le droit n'a jamais totalement coïncidé avec la réalité historique.

Un autre principe fondamental est celui de l'acte d'État de la Couronne déclarant sa souveraineté sur un territoire. L'acte ne peut être contesté devant un tribunal de *common law*,

²⁹ Un principe fondateur ou fondamental s'évalue par ses effets structurant sur l'ensemble de la société. Si l'abandon d'une règle de *common law* n'entraîne pas de conséquences complexes et imprévisibles, c'est qu'il ne s'agit pas d'un principe fondateur ou fondamental.

³⁰ Chap. III, section 1.

³¹ Chap. III, section 1, sous-section i).

³² Chap. III, section 1, sous-section ii).

³³ Voir *infra*, notes 396-399 et le texte correspondant.

indépendamment du pouvoir effectif de la Couronne sur le territoire visé. Au Canada, la *Proclamation de 1763*³⁴ a constitué un acte d'État par lequel la Couronne a affirmé sa souveraineté. Il a été confirmé ensuite par de nombreuses lois du parlement de Westminster³⁵. À l'évidence, tout au moins à l'égard de plusieurs peuples autochtones, cette souveraineté n'était au début qu'une fiction. La réalité devait tôt ou tard s'accorder avec la règle de droit, sinon la Couronne aurait renoncé à sa futile prétention. On peut dire ici que l'histoire a été en retard sur le droit. Il n'empêche que du point de vue de la *common law*, un système juridique autogène, la déclaration de souveraineté du roi a eu l'effet immédiat d'étendre ses pouvoirs de gouvernement à son nouveau domaine³⁶.

Toutefois, le plus souvent, la *common law* a suivi l'avancement des mœurs, notamment en intégrant à son corpus des pratiques gouvernementales éprouvées de longue date, parce que ces pratiques constituent l'indice le plus sûr de l'évolution d'une société. Ce fut certainement le cas durant l'expansion coloniale. On a alors respecté les droits et les lois des habitants nouvellement assujettis à la Couronne, pratique qui s'est cristallisée en une présomption légale quant au respect des droits acquis³⁷. C'était par nécessité plutôt que par esprit de justice ; l'aventure coloniale étant d'abord une entreprise mercantile, confirmer leurs droits aux habitants permettait à la Couronne de maintenir

³⁴ Précitée, note 9.

³⁵ Voir *infra*, note 353.

³⁶ *Id.*

³⁷ Voir *infra*, notes 315-322 et le texte correspondant.

son contrôle du pays au moindre coût possible, sans avoir à craindre une révolte permanente³⁸. La Couronne aurait dû agir de même avec les autochtones dès le début de l'implantation anglaise en Amérique. Elle y est finalement arrivée mais avec quelque retard, et par un chemin détourné.

Les sociétés autochtones étaient tellement différentes de celles qu'ils connaissaient que les Anglais, imbus de leur soi-disant supériorité, ont d'abord nié leurs droits. L'Amérique constituait donc pour eux une terre inhabitée, susceptible d'être acquise par le premier découvreur³⁹. Sur cette base la Couronne anglaise a concédé des colonies en propriété sans égard aux droits des premiers occupants⁴⁰. Cependant, le principe de la découverte s'est montré très vite inadéquat pour régler les différents territoriaux entre puissances européennes. L'Espagne, pour sa part, a revendiqué tout le continent américain en s'appuyant sur la découverte de Christophe Colomb, mais fut rapidement contredite par la reine Elizabeth I d'Angleterre qui a affirmé que la découverte ne conférait aucun

³⁸ Comme l'a écrit George Cornwall LEWIS, *An Essay on the Government of Dependencies*, 1841, réédition par Clarendon Press, Oxford, 1891, aux p. 202 et suiv., cité par le juge en chef Lafontaine dans *Wilcox c. Wilcox*, (1857) 2 *L.C.J.* 1, 5 (C.A.) : «In general, a country thus acquiring a dependency, is satisfied with re-organizing its local government, and modifying its public law, and is contended to leave its civil law (or *jus privatum*) unchanged. By this mode of proceeding, the dominant country secures its own dominion, and avoids the production of confusion which must inevitably ensue in any community upon a sudden change of its law of property and contracts».

³⁹ «(I)t is denied that the Indians were *possessores bona fidei* of those countries, so as to be able to dispose of them either by sale or donation, their residence being unsettled and uncertain, and only being in common.» «Answer to the Remonstrance of the Dutch Ambassadors», 23 mai 1632, N.Y.C.D., vol. 1, p. 58.

⁴⁰ «(T)he right his Majesty's subjects have in the country, is justified by first discovery, occupation and the possession which they have taken thereof, and by the concessions and letters patents they have from our Sovereigns.» *Id.*

titre sans la présence d'établissement⁴¹. Dès lors, chaque pays d'Europe a cherché à prouver son occupation effective du territoire par autochtones interposés. Le *Traité d'Utrecht* de 1713 entre la France et la Grande-Bretagne a consacré ce procédé en interdisant aux signataires de molester les nations autochtones amies de l'autre partie⁴².

Indépendamment de l'enjeu diplomatique, les colons avaient commencé à négocier avec les autochtones des cessions de terres pour éviter de susciter leur courroux, pour les apaiser, sans aller jusqu'à reconnaître *de jure* leurs droits fonciers⁴³. Le véritable titre demeurait celui concédé par le souverain anglais⁴⁴. C'eci explique pourquoi on a interdit aux colons de négocier directement la cession d'une terre indienne sans la permission du roi ou de son concessionnaire, eux seuls ayant l'autorité pour délivrer un titre valable en droit ; tous les titres fonciers devaient donc émaner ultimement de la Couronne⁴⁵. Plus tard, certainement dans les années précédant la conquête de la

⁴¹ E.P. CHEYNEY, «International Law Under Queen Elizabeth», (1905) 20 *English Historical Review* 659, 660.

⁴² Article 15 du *Traité d'Utrecht*, dans M. De CLERCQ (comp.), *Recueil des traités de la France*, vol. 1 (1713-1802), Paris, A. Durant-Pedone-Lauriel, 1880, pp. 7 et 8.

⁴³ «(T)ho it has been & Still is y^e Usuall Practice of all Propriet^{rs} to give their Indians Some Recompense for their Land & So Seems to Purchase it from them yet y^e is not done for want of Sufficent title from y^e King or Prince who hath y^e Right of Discovery but out of Prudence & Christian Charity Least otherwise the Indians might have destroyed y^e first planters (who are usually to few to Defend themselves).» «Councells Opinions concerning Coll. Nicholls patent and Indian purchases», N.Y.C.D., vol. 13, p. 487. Parmi les conseillers auteurs de cette opinion juridique, rédigée vers 1664, on trouve Messieurs Wallop, Pollexfen et Holt qui furent nommé dans l'ordre juge à la Cour de l'échiquier, juge en chef de la Cour des plaids commun et juge en chef d'Angleterre (voir *St. Catherinc's Milling and Lumber Co. c. The Queen*, (1885) 10 O.R. 196, 206 et 207 (j. Boyd)).

⁴⁴ «Councells Opinions concerning Coll. Nicholls patent and Indian purchases», id., p. 487.

⁴⁵ Transgresser cette règle en achetant directement leurs terres aux Indiens était alors considéré «to the manifest prejudice of his majesty's just right *and title to the soil.*» «South Carolina, 1739-1812»,

Nouvelle-France, personne ne contestait plus la valeur juridique des coutumes et titres autochtones⁴⁶. Mais parce qu'à l'origine on a commis l'erreur de croire que les Indiens n'avaient aucun droit foncier ni loi, il fallait désormais vivre avec la réalité pratique d'un titre indien *inaliénable* sans la permission du roi ou de ses premiers concessionnaires. Toute la structure du régime foncier des colonies en dépendait. C'est ce qu'a voulu dire le juge Marshall de la Cour suprême des États-Unis quand il a jugé que la doctrine de la découverte, fiction ou non, était devenue incontournable et faisait partie du droit continental⁴⁷.

En Amérique, la pratique coloniale aurait pu justifier la reconnaissance légale des droits des autochtones⁴⁸. Par contre, en Australie, aucune pratique du genre n'avait été observée à l'égard des aborigènes locaux. La Haute cour du pays, nullement prise au dépourvu, a invoqué la présomption de *common law* sur le respect des droits privés des habitants en rectifiant l'ancienne croyance eurocentrique selon laquelle les aborigènes n'étaient gouvernés par aucun système juridique digne d'intérêt, capable de fonder leurs droits⁴⁹. La *common law* demeurait la même ; son application a toutefois été changée afin de prendre en compte une nouvelle interprétation des faits. Éventuellement la Cour suprême du Canada pourrait calquer ce raisonnement, par exemple si on lui demande

L.C.S.G., p. 178.

⁴⁶ Voir *infra*, chap. I.

⁴⁷ Voir *infra*, note 819 et le texte correspondant.

⁴⁸ *St. Catherine's Milling and Lumber Co. c. The Queen*, précité, note 16, 613 (j. Strong).

⁴⁹ *Mabo c. Queensland*, précité, note 25, 421 et 422 (j. Brennan), 451 (jj. Deane et Gaudron) ; *Western Australia c. The Commonwealth (Native Title Act Case)*, (1995) 183 C.L.R. 373, 422, 427 et 431-433 (H.C. Aust.) (jj. Mason, Brennan, Deane, Toohey, Gaudron et McHugh).

pourquoi elle a dissocié les droits ancestraux liés à l'exploitation des ressources de l'existence d'un titre indien. Il faudrait alors invoquer l'état actuel des connaissances sur leurs types d'occupation foncière avant l'arrivée des Européens⁵⁰.

Après la guerre de Sept Ans, non seulement les droits fonciers autochtones ont-ils été considérés comme inaliénables sans la permission des autorités, mais en plus la Couronne s'était réservée à l'avenir le droit exclusif d'en négocier la cession⁵¹.

S'octroyer un monopole de négociation était une condition pour remplir sa promesse de protéger les possessions et usages des sociétés autochtones contre les fraudes et les empiétements commis par des étrangers, allochtones ou autochtones confondus⁵². Sans cela, autrement dit si on avait permis aux autochtones de céder leurs droits à qui bon leur semblait, l'engagement de la Couronne aurait été impossible à remplir, et serait devenue caduque⁵³. La Couronne est restée fidèle par la suite à cet engagement originel visant la protection des droits privés des autochtones. Notre prétention est qu'il s'est fusionné aux droits collectifs des autochtones, à l'instar de la pratique coloniale concernant l'inaliénabilité. Le droit s'harmoniserait ainsi avec la réalité historique.

⁵⁰ Voir *infra*, notes 805-809 et le texte correspondant.

⁵¹ La *Proclamation de 1763*, précitée, note 9, p. 6, a consacré cette pratique au terme de la guerre.

⁵² Voir *infra*, chap. I.

⁵³ Ce qui signifie que la Couronne ne devait plus rien aux autochtones émancipés dont les droits fonciers ont été incorporés dans le marché commercial.

Nous poursuivrons en établissant le bien-fondé de notre hypothèse.

CHAPITRE I

GENÈSE ET QUALIFICATION JURIDIQUE DU RAPPORT ENTRE LA COURONNE ET LES AUTOCHTONES

S'il fallait marquer d'une date l'engagement de la Couronne britannique envers les peuples autochtones, ce pourrait être l'année 1753, trois ans avant le début de la guerre de Sept Ans. La métropole s'était montrée jusque là peu intéressée à la gestion des affaires indiennes, laissant cette charge, pour l'essentiel, aux gouvernements de ses colonies⁵⁴. Mais la situation évolua rapidement en raison de l'imminence d'un conflit avec la France, parce qu'on avait enfin réalisé que l'aide des guerriers autochtones pouvait déterminer le sort des armes ; la survie des colonies était en jeu, croyait-on au siège du gouvernement impérial à Whitehall⁵⁵. Tout ce qui pouvait raisonnablement être fait pour améliorer les relations avec les peuples autochtones devait en conséquence être fait.

A. La formulation de l'engagement historique de la Couronne envers les autochtones

1. 1753-1760 : élaboration d'une politique impériale garantissant la protection des droits des alliés autochtones de la Grande-Bretagne

L'un des principaux sujets de mécontentement des autochtones était alors les fraudes concernant la vente de leurs terres tribales. Ces fraudes étaient principalement l'oeuvre de

⁵⁴ Oliver M. DICKERSON, *American Colonial Government (1696-1765) : A Study of the British Board of Trade in its Relation to the American Colonies, Political, Industrial, Administrative*, Arthur H. Clark, Cleveland, 1912, pp. 338 et 339.

⁵⁵ «Representation to the King on the Proceedings of the Congress at Albany», 29 octobre 1754, N.Y.C.D., vol. 6, p. 917.

spéculateurs fonciers avides qui ne ménageaient pas les ruses et les artifices, allant du mensonge à l'utilisation d'alcool, pour soutirer le consentement de leurs interlocuteurs et obtenir leur bien à vil prix. Il fallait se rendre à l'évidence : de l'aveu des autochtones, même lorsqu'ils ne souffraient d'aucun dommage, «they appear(ed) not fit to be intrusted at large with the sale of their own lands»⁵⁶. Ce sont ces raisons qui ont poussé le gouvernement britannique à agir⁵⁷, le principe directeur de ses interventions étant d'établir, au terme de l'exercice, une administration centralisée des affaires indiennes⁵⁸.

Lord Halifax, depuis peu à la direction du *Board of Trade*, a d'abord fait parvenir des directives enjoignant les gouverneurs de ne plus concéder de terres à des particuliers qui auraient négocié eux-mêmes l'achat d'une terre indienne ; tout achat devrait dorénavant se faire au nom de la Couronne, à même les fonds publics⁵⁹. La politique arrêtée par Halifax au mois de septembre 1753

⁵⁶ «Minutes de la conférence anglo-indienne d'Albany», 9 juillet 1754, N.Y.C.D., vol. 6, p. 888.

⁵⁷ Les lords du commerce ont écrit à ce propos: «We find frequent complaints of the Indians that they have been dispossessed of their lands by fraudulent conveyances, and without a valuable consideration; that they have been cheated of their presents by the knavery of the traders (...); that their people have been debauched and destroyed by the infamous practice of supplying them with rum, of their foundness for which the traders do usually avail themselves to carry their fraudulent views into execution.» «Representation to the King on the Proceedings of the Congress at Albany», *op.cit.*, note 55, p. 918.

⁵⁸ *Id.*, p. 917. Bien que l'intention du gouvernement était de centraliser les affaires indiennes le plus tôt possible, son action a été entravée par un manque de fonds. Il a alors eu recours à des mesures temporaires en guise d'expédients («Secretary Pownall to Major-General Johnson», 9 octobre 1755, N.Y.C.D., vol. 6, pp. 1017 et 1018). Ceci explique en partie ses hésitations sur le choix des mesures en question.

⁵⁹ «Lords of Trade to Sir Danvers Osborne», 18 septembre 1753, N.Y.C.D., vol. 6, p. 801.

a été réitérée l'été suivant par les participants à la conférence anglo-indienne d'Albany⁶⁰. Et puis, en 1755, sans trop qu'on sache pourquoi, le gouvernement de George II est revenu à l'ancienne pratique qui consistait à laisser les particuliers, munis d'un permis des autorités, négocier eux-mêmes l'achat de leurs terres aux autochtones⁶¹. Il a pris soin toutefois de réglementer les conditions de la transaction. Un arpenteur devait préalablement établir un relevé topographique du fonds de terre cédé en présence des autochtones concernés à qui on demandait d'authentifier le document. Afin d'éviter les abus, aucun individu ne pouvait acquérir plus de mille acres de terres⁶². Le secrétaire aux affaires indiennes Peter Wraxall a même suggéré que le représentant de Sa Majesté auprès des autochtones, le surintendant William Johnson, assiste lui-aussi à ces rencontres pour vérifier le respect des prescriptions royales⁶³.

L'administration impériale n'a pas vraiment eu le temps d'éprouver l'efficacité de ses dernières directives car la peur des attaques des soldats français et de leurs partisans autochtones a repoussé les habitants loin des frontières, là où il y avait peu ou pas de domaines vierges à acquérir. La guerre a en quelque sorte contribué à apaiser le contentieux foncier avec les autochtones. Inversement, la défaite des armées françaises en 1760 a suscité un regain d'intérêt pour la colonisation des régions

⁶⁰ «Minutes de la conférence anglo-indienne d'Albany», *op.cit.*, note 56, p. 888.

⁶¹ «Purchase of Lands from Indians (1755-1756)», R.I.B.C.G., vol. 2, pp. 467 et 468.

⁶² *Id.*

⁶³ «Some Thoughts Upon the British Indian Interest in North America», 9 janvier 1755/6, N.Y.C.D., vol. 7, pp. 26-29.

intérieures, et les demandes de permis visant l'achat de terres indiennes se sont multipliées⁶⁴. Plusieurs, dont certains de connivence avec les gouverneurs, en ont profité pour contourner sinon passer outre aux directives royales, provoquant ainsi une nouvelle flambée d'accusations d'abus et de fraude de la part des autochtones. La réaction du gouvernement impérial ne s'est pas fait attendre : il a interdit à ses gouverneurs d'accorder à l'avenir quelque permis sans lui avoir auparavant soumis la demande et appris sa réponse⁶⁵. Whitehall a également exigé d'eux qu'ils publient une proclamation ordonnant à tous ceux qui empiétaient sans droit sur les terres indiennes de les quitter⁶⁶. Sage précaution, en effet, car les habitants, devant tant de complications, auraient pu être tentés de passer outre aux formalités pour squatter les domaines qu'ils convoitaient. C'est d'ailleurs ce qui est arrivé⁶⁷.

Durant toutes ces années, c'est-à-dire de 1753 à 1760, la Couronne a donc pris sur elle de protéger les droits de ses alliés des Premières Nations. Elle voulait alors empêcher les colons britanniques d'empiéter sur leurs terres, et si d'aventure les autochtones étaient disposés à les céder, la Couronne tenait au moins à s'assurer de leur consentement et de la raisonabilité du prix

⁶⁴ «Lieutenant-Governor Colden to the Lords of Trade», 1 mars 1762, N.Y.C.D., vol. 7, pp. 490-492.

⁶⁵ «Draft of an Instruction for the Governors», 2 décembre 1761, N.Y.C.D., vol. 7, p. 479.

⁶⁶ *Id.*, p. 478.

⁶⁷ D'après les lords du commerce dans «Lords of Trade to the Earl of Shelburne», 23 décembre 1767, N.Y.C.D., vol. 7, p. 1004 et «Representation of Lords of Trade on the State of Indian Affairs», 7 mars 1768, N.Y.C.D., vol. 8, p. 21, ce sont les empiétations des colons sur les terres indiennes qui ont forcé le roi à adopter la *Proclamation royale de 1763*.

convenu⁶⁸. Nous constaterons qu'en seigneur raisonnable et surtout économe le roi ne pouvait qu'étendre l'application de sa politique aux anciens alliés autochtones de la France.

2. 1760-1764 : prolongement et consolidation de la politique impériale à l'égard des droits des anciens alliés autochtones de la France

Au printemps de 1760, le commandant en chef des forces armées britanniques, le général Jeffery Amherst, a fait un choix stratégique pour inciter ses ennemis autochtones à abandonner la coalition française : c'était de leur offrir de protéger leurs biens et leurs coutumes, à la condition qu'ils s'engagent en retour à demeurer fidèles au roi anglais et à sa cause⁶⁹. Le surintendant des affaires indiennes William Johnson devait relayer le message d'Amherst aux différentes communautés autochtones⁷⁰. Après la capitulation des armées françaises, en 1760, l'état major britannique a cru avisé de poursuivre ses démarches auprès des autochtones⁷¹, mais cette fois avec

⁶⁸ John L. TOBIAS, «Protection, Civilization, Assimilation: An Outline History of Canada's Indian Policy», (1976) 6(2) *Western Canadian Journal of Anthropology* 13, 13 et 14.

⁶⁹ Son message du 27 avril à l'intention des autochtones se lisait ainsi : «I do assure all the Indian Nations, That his Majesty has not sent me to deprive any of you of your Lands and Property; on the contrary, so long as you adhere to his Interest, and by your behaviour give proofs of the Sincerity of your attachment to his Royal Person and cause, I will defend and maintain you in your just rights.» Pennsylvania Archives, Série 1, 4: 48-49, également compilé dans D.H.S.N., à l'année 1761. Il y avait aussi les articles de capitulation de Montréal par lesquels le général Amherst avait garanti aux autochtones du Canada «the enjoyment of all their civil & religious rights and usages». Voir la «lettre de Guy Johnson à Thomas Gage», 26 août 1774 et la «réponse de Thomas Gage à Guy Johnson», 18 septembre 1774, reproduites dans les P.S.W.J., vol. 13, p. 177.

⁷⁰ «Lettre de William Johnson à William Pitt», 24 octobre 1760, P.S.W.J., vol. 3, p. 272 ; «lettre de Jeffery Amherst à William Johnson», P.S.W.J., 30 août 1760, vol. 10, p. 177.

⁷¹ «Lettre de William Johnson à Daniel Claus», 20 mai 1761, P.S.W.J., vol. 10, p. 269 ; «Compte-rendu d'une rencontre avec les autochtones de la région de Detroit», 3 septembre 1761, P.S.W.J., vol. 3, p. 478.

l'intention d'affermir son contrôle du territoire au moindre coût possible.

La ligne de conduite adoptée par les militaires a eu l'heur de plaire aux autorités impériales qui se l'ont appropriée pour en faire la politique officielle du gouvernement⁷². Elles ont cependant réalisé trop tard le danger qui menaçait et l'urgence d'y remédier. En effet, au printemps de 1763, au moment où le secrétaire du roi, lord Egremont, a ordonné aux gouverneurs des établissements du sud (Carolines, Virginie et Georgie) de reconnaître et de protéger les droits des nouveaux sujets autochtones de Sa Majesté⁷³, le chef algonquin Pontiac avait entrepris son combat contre la Grande-Bretagne dans le département du Nord, autour des Grands Lacs⁷⁴. D'autres directives n'auraient pas suffi à calmer l'inquiétude de ces autochtones concernant la sauvegarde de leurs terres et le respect de leurs coutumes. Il fallait frapper les imaginations par un acte d'importance ; Whitehall a donc précipité l'adoption d'une proclamation royale dont la rédaction était déjà en chantier⁷⁵ : la *Proclamation du 7 octobre 1763*⁷⁶. Outre la protection contre les fraudes, le libellé de la

⁷² Le 5 mai 1763, le secrétaire du roi lord Egremont a écrit aux lords du commerce, D.R.H.C.C. (1759-1791), pp. 100 et 101 : «(L)'esprit de justice et de modération de Sa Majesté l'engage à essayer de préférence de se concilier les coeurs des sauvages par la douceur de son gouvernement, en protégeant leur personne et leurs propriétés, en leur garantissant la possession de leurs biens, en respectant les droits et les privilèges dont ils ont joui jusqu'aujourd'hui et auxquels ils ont droit, et en défendant leurs terrains de chasse contre toute invasion ou occupation; lesquels terrains ne pourront être acquis que par un achat équitable.»

⁷³ *Id.*, p. 101.

⁷⁴ «Lettres du général Amherst à lord Egremont», 11 et 27 juin 1763, N.Y.C.D., vol. 7, p. 540.

⁷⁵ Dans un rapport rédigé en 1768 («Representation of Lords of Trade on the State of Indian Affairs», *op.cit.*, note 67, p. 20), les ministres du roi ont rappelé que la *Proclamation de 1763* était un arrangement temporaire adopté «on account of the Indian War».

⁷⁶ *Proclamation de 1763*, précitée, note 9.

Proclamation de 1763 exprimait la résolution royale de garantir à tous les peuples autochtones, alliés traditionnels et nouveaux sujets, la possession entière et paisible des terres qui leur avaient été réservées⁷⁷. Quelles étaient ces terres ? Une lettre du gouverneur Haldimand au surintendant Johnson nous donne l'interprétation communiquée aux Indiens :

I beg you will cooperate with me, in acquainting all the Nations of Indians within the meaning of the Royal Proclamation of 7th October 1763 with His Majesty's gracious intention to prevent any fraudulent purchases from them and not to permit any of His subjects to go to settle amongst them and to encroach on their hunting grounds which are intended to be reserved to their sole use and benefit⁷⁸.

L'expression «terres réservées», ainsi utilisée, devait donc être comprise comme incluant tant les anciens terrains de chasse ou terres tribales traditionnelles⁷⁹, que les autres droits fonciers réservés par traité, dans un acte de concession, ou autrement⁸⁰. George III avait prévu dans son décret trois mesures pour que sa garantie contre les fraudes et les empiétements s'avère efficace : ordonner aux colons d'évacuer les terres indiennes ; conférer à des agents du gouvernement et à eux seuls le

⁷⁷ «Attendu qu'il est juste, raisonnable et essentiel pour Notre intérêt et la sécurité de Nos colonies de prendre des mesures pour assurer aux nations ou tribus sauvages qui sont en relations avec Nous et qui vivent sous Notre protection, la possession entière et paisible des parties de Nos possessions et territoires qui ont été ni concédés ni achetés et ont été réservées pour ces tribus ou quelques-une d'entre elles comme territoires de chasse (...)». *Id.*, pp. 4 et 5.

⁷⁸ 29 avril 1774, P.S.W.J., vol. 8, pp. 1136 et 1137.

⁷⁹ Voir aussi les décisions *St. Catherine's Milling and Lumber Company c. The Queen*, précité, note 16, 615 (j. Strong) et, en appel, à (1888) 14 App. Cas. 46, 59 (C.P.) (j. Watson), où l'on a conclu que l'expression «terres réservées» ne se limitaient pas aux traditionnelles enclaves appelées réserves.

⁸⁰ *Adams c. R.*, [1993] R.J.Q. 1011, 1022 (C.A.) (J. Beauguard), inf. pour d'autres considérations sous la dénomination *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101.

pouvoir et la responsabilité de négocier l'achat de ces terres ; et exiger que toute transaction ait lieu à l'occasion d'une assemblée publique⁸¹. De cette façon, la *Proclamation de 1763* remettait à l'ordre du jour les directives émises dix ans plus tôt par lord Halifax pour régir les cessions de terres indiennes⁸².

La jurisprudence a affirmé plusieurs fois le caractère déclaratoire de la *Proclamation de 1763*⁸³, la qualifiant même de charte des droits des Indiens⁸⁴. Et pourtant, les ministres de sa Majesté l'ont toujours considérée comme un travail inachevé ; *provisional*, disaient-ils⁸⁵. Dès 1764, en effet, les lords du commerce ont élaboré un autre plan de gestion des affaires indiennes⁸⁶. Ce plan reprenait

⁸¹ *Proclamation de 1763*, précitée, note 9, p. 6. La *Proclamation*, ont résumé les lords du commerce («Representation of Lords of Trade on the State of Indian Affairs», *op.cit.*, note 71, p. 21), a placé les terres indiennes «under the protection of Officers acting under your Majesty's immediate Authority and making their intervention necessary in every transaction with those Indians.»

⁸² Lire *supra*, note 59 et le texte correspondant.

⁸³ *R. c. Wesley*, (1932) 2 W.W.R. 337, 350 (C.A. Alb.) (j. McGillivray) ; *R. c. White and Bob*, (1965) 50 D.L.R. (2d) 613, 647 (C.A. de C.-B.) (J. Norris), conf., 52 D.L.R. (2d) 481 (C.S. du C.) ; *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313, 328 (j. Judson) ; *Guerin c. R.*, précité, note 2, 377 (j. Dickson) ; *Delgamuukw c. British Columbia*, (1993) 5 W.W.R. 97, 367 (j. Wallace), 386 (j. Hutcheon) (C.A. de C.-B.), en appel, C.S.C., n° 23799 ; *R. c. Issac*, (1975) 13 N.S.R. (2d) 460 (C.A.), 469 et 478 (j. MacKeighan), 496-497 (j. Cooper) ; *Adams c. R.* (C.A.), précité, note 80, 1020 et 1021 (j. Beauregard), 1035 (j. Rothman).

⁸⁴ *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, *id.*, 395 (j. Hall, dissident pour d'autres considérations) ; *Regina c. Foreign Secretary, Ex parte Indian Association of Alberta and Others*, [1982] 1 Q.B. 892, 912 et 913 (C.A. du R.-U.) (j. Denning), conf., [1982] 1 Q.B. 937 et 938 (H.L.) (j. Diplock).

⁸⁵ «Lords of Trade to the Earl of Shelburne», *op.cit.*, note 67, p. 1004.

⁸⁶ «Plan for the future Management of Indian Affairs», 10 juillet 1764, N.Y.C.D., vol. 7, pp. 637-641. Sans avoir été formellement approuvé, le plan a servi de guide aux agents des affaires indiennes.

les prescriptions de la *Proclamation* concernant les cessions de terres indiennes⁸⁷, auxquelles les lords du commerce ont ajouté une exigence de leur cru : la confection d'un relevé topographique du fonds de terre cédé, conformément à la procédure mise au point dans les directives de 1755⁸⁸. La politique impériale était venue à maturité ; entre 1764 et 1774, la métropole n'a plus remis en cause les grands principes de sa réglementation applicable aux terres indiennes⁸⁹. On ne doit pas pour autant accorder à ces règles plus d'importance qu'elles n'en avaient. Que ce soit l'ordre intimé aux non-autochtones d'évacuer les terres indiennes, l'interdiction qui leur était faite de négocier eux-mêmes l'achat de ces terres, la tenue d'une assemblée publique pour entériner une cession ou encore la confection d'un relevé topographique du fonds de terre cédé, il ne s'agissait que de modalités de l'engagement de la Couronne de protéger les droits des autochtones contre les fraudes et les empiètements. Ce n'est que par la suite, avec le passage du temps, qu'on en est venu à considérer que certaines de ces pratiques faisaient désormais partie de la *common law*⁹⁰.

Et maintenant, pour mieux connaître la portée de l'engagement de la Couronne, soit les

⁸⁷ Articles 10, 11, 41 et 43 du plan de 1764, *id.*, pp. 637, 638, 640 et 641.

⁸⁸ *Supra*, note 61.

⁸⁹ Voir «Earl of Hillsborough to the Governors in America», 15 avril 1768, N.Y.C.D., vol. 8, pp. 55 et 56, où le gouvernement a reconduit la réglementation de 1764 sur les cessions de terre.

⁹⁰ Comme l'interdiction faite aux particuliers de négocier eux-mêmes l'achat d'une terre indienne (lire *infra*, notes 103 et 104 et le texte correspondant). On a par contre jugé que l'obligation gouvernementale de tenir une assemblée publique des autochtones pour approuver une cession, une exigence de la *Proclamation de 1763*, avait été abolie par l'adoption de l'*Acte de Québec de 1774*, L.R.C. 1985, App. II, n° 3. Cette procédure ne faisait donc plus partie du droit applicable (voir *Ontario (Attorney General) c. Bear Island Foundation*, (1989) 68 O.R. (2d) 394, 410 (C.A.) (la Cour), conf., *Ontario (procureur général) c. Bear Island Foundation*, [1991] 2 R.C.S. 570, 575 (la Cour)).

obligations qu'elle a assumées, nous devons dresser un portrait de ses interventions lorsqu'elle a constaté que les colons enfreignaient ses directives.

B. Les moyens mis en oeuvre par la Couronne pour assurer le respect de son engagement à l'égard des droits des autochtones

Colons et spéculateurs européens s'y sont pris de plusieurs façons pour acquérir illégalement les propriétés des autochtones. Les plus pauvres se contentèrent d'empiéter sur leurs terres. D'autres, pour sauver les apparences, ont donné quelque chose en échange à un ou plusieurs autochtones, souvent sans égard à leur capacité de vendre le fonds de terre cédé. Les plus influents parmi eux ont pu faire jouer leurs relations pour obtenir du gouvernement de la colonie un acte de concession confirmant leur titre. Avant 1763, certains particuliers, peut-être même la plupart, ont pris la peine d'obtenir le permis exigé avant de négocier avec les propriétaires autochtones. Toutefois, ce permis n'était pas à lui seul un gage de validité de la transaction ; l'acquéreur pouvait toujours essayer de tricher sur l'un ou l'autre élément du contrat : le consentement, l'étendue des terres cédées ou la valeur du paiement promis.

Les autochtones se ressentaient amèrement de chaque injustice, ou de ce qu'ils percevaient comme telle, et ne manquaient pas de s'en plaindre. On a alors prêté l'oreille et évalué le bien-fondé de leurs récriminations, au besoin avec l'aide d'un représentant de la Couronne qui était chargé d'enquêter⁹¹. Lorsque les autochtones étaient dans leur droit, le gouverneur, sur instruction de la

⁹¹ «Lords of Trade to Sir Danvers Osborne», *op.cit.*, note 59, p. 801 ; «Draft of an Instruction for the Governors», *op.cit.*, note 65, pp. 478-479 ; «Plan for the future Management of Indian Affairs», *op.cit.*,

métropole, devait utiliser tous les moyens légaux pour réparer le tort qui leur avait été causé⁹². La réparation pouvait être le déboursé d'un prix raisonnable⁹³, ou un ordre d'évacuer les terres indiennes⁹⁴. Quand la persuasion ne suffisait pas, le gouverneur avait toujours le pouvoir d'instituer une action en justice⁹⁵. On trouve également des exemples où Whitehall a exigé de l'assemblée législative d'une colonie qu'elle adopte une loi pour annuler un acte de concession⁹⁶, injonction qui s'accompagnait d'une menace : celle que le roi en appellerait à son Parlement si l'assemblée ne s'exécutait pas⁹⁷. L'adoption d'une loi semblait en effet l'unique moyen pour révoquer un titre de propriété concédé par un gouverneur⁹⁸, même, croyaient certains, lorsque celui-ci avait agi en

note 86, p. 638, par. 14 ; «Lords of Trade to the Lords Justices», 22 avril 1755, N.Y.C.D., vol. 6, p. 949 ; *Dictionnaire Biographique du Canada*, vol. 4 (1771-1800), Québec, Presses de l'Université Laval, 1980, pp. 165 et 194, sous les noms de «Joseph Claude» et de «Nicholas Cox» ; Collin G. CALLOWAY, *The Western Abenakis of Vermont, 1600-1800*, University of Oklahoma Press, Norman-London, 1990, pp. 193 et 194.

⁹² «Lords of Trade to Sir Danvers Osborne», *id.* ; «Secretary Pownall to Major-General Johnson», 5 mars 1756, N.Y.C.D., vol. 7, p. 41 ; «Earl of Egremont to Jeffery Amherst» et «Earl of Egremont to Thomas Fitch», 27 janvier 1763, F.P., vol. 2, pp. 223-225.

⁹³ «Lords of Trade to Sir Danvers Osborne», *id.*

⁹⁴ «Report of the Lords of Trade on the Memorial of the Albany Merchants», 3 juin 1762, N.Y.C.D., vol. 7, p. 503 ; «Royal Instructions to Colony of Connecticut», 15 juin 1763, F.P., vol. 2, pp. 240 et 241.

⁹⁵ Le roi avait ordonné aux gouverneurs : «(You) are forthwith to cause a prosecution to be carried on against such person or persons who shall have made such fraudulent purchases to the end that the land may be recovered by due Course of Law.» «Draft of an Instruction for the Governors», *op.cit.*, note 65, p. 479.

⁹⁶ «Lords of Trade to Governor Hardy», 19 mars 1756, N.Y.C.D., vol. 7, pp. 77 et 78 ; «Lords of Trade to Lieutenant-Governor Colden», 10 juillet 1764, N.Y.C.D., vol. 7, p.633.

⁹⁷ «Lords of Trade to Lieutenant-Governor Colden», *id.*

⁹⁸ «The difficulties, which would attend the doing this (l'annulation d'une concession) by Legal process in the courts, are so many, as leave us little room to hope for success from such a measure; and we see no effectual Remedy to this great evil, but from the interposition of the Legislature of New York, in passing a Law for vacating and annulling these exorbitant and fraudulent Patents.» «Lords of Trade

désobéissant aux directives royales⁹⁹.

En résumé, la Couronne ne s'est pas contentée de reconnaître des droits aux autochtones pour les laisser se défendre eux-mêmes devant les tribunaux. Beaucoup sinon la plupart d'entre eux en auraient été d'ailleurs incapables¹⁰⁰. La Couronne a plutôt considéré qu'il était de son devoir de poser tous les gestes nécessaires à la sauvegarde de ces droits. Et c'est ce qu'elle a fait, une première fois en 1753 et puis à nouveau en 1763 et 1764¹⁰¹, en s'interposant comme un intermédiaire obligé dès que les autochtones voulaient céder leurs terres. Elle pouvait ainsi prévenir les fraudes en vérifiant leur consentement et en leur garantissant un prix raisonnable. En 1760, 1761, 1763 et 1764 la Couronne a également assumé le fardeau de protéger les terres et les coutumes indiennes contre les empiètements par des non-autochtones¹⁰².

La jurisprudence a reconnu le pouvoir exclusif de la Couronne de négocier l'extinction du

to Governor Hardy», *op.cit.*, note 96, pp. 77 et 78.

⁹⁹ L'*attorney general* John Tabor Kempe a fait part de ses doutes à ce sujet dans une lettre à William Johnson, 12 août 1765, P.S.W.J., vol. 11, p. 886-889.

¹⁰⁰ Ainsi que l'a observé en 1762 la législature de la Nouvelle-Écosse : «(The) Indians are unacquainted with the laws of this province, and in what manner to proceed in order to do themselves right.» *An Act for preventing fraudulent Dealings in the Trade with the Indians*, S.N.S. 1762, c. 3, préambule. Ce texte a été reproduit dans l'ouvrage de Thomas ISAAC, *Pre-1868 Legislation Concerning Indians; A Selected & Indexed Collection*, Saskatoon, Native Law Center, University of Saskatchewan, 1993, à la p. 26. Les employés du département des affaires indiennes du Canada croyaient tous aussi que les autochtones ne possédaient ni les connaissances ni l'habileté pour exercer leurs droits civils. Leurs témoignages sont reproduits dans les J.A.L.C., 11 Vict., 1847, App. T., app. n° 3, par. 43, app. n° 5, par. 50, app. n° 7, par. 53, app. n° 15, par. 51, et app. n° 17, par. 51.

¹⁰¹ Lire *supra*, notes 59, 81, 87 et le texte correspondant.

¹⁰² Lire *supra*, notes 66, 69, 81, 87 et le texte correspondant.

titre indien et la responsabilité légale qui est rattachée à ce pouvoir¹⁰³. Si l'incessibilité du titre indien sauf à la Couronne est une règle qui a été incorporée à la *common law* en raison d'une pratique coloniale constante et uniforme, alors on peut en dire autant de son engagement de protéger les droits ancestraux des autochtones contre les empiétements¹⁰⁴. Au cours des dix-huitième et dix-neuvième siècles, en effet, la Couronne a confirmé cet engagement en adoptant d'autres mesures de portée législative.

La *Proclamation de 1763* avait été abrogée en 1774 par l'*Acte de Québec*¹⁰⁵. Une clause de la nouvelle Constitution préservait les droits acquis des Indiens¹⁰⁶, mais sans la réglementation qui les accompagnait¹⁰⁷. Pour combler ce vide, le gouverneur Carleton a émis un décret en 1777 interdisant aux non-autochtones de s'établir dans aucun pays ou village *sauvage* sous peine d'encourir une amende¹⁰⁸. D'autres mesures encore plus détaillées et rigoureuses devaient suivre.

¹⁰³ Ne mentionnons que les décisions de la Cour suprême du Canada dans *Guerin c. R.*, précitée, note 2 et *Blueberry River Indian Band c. Canada*, précitée, note 2.

¹⁰⁴ La jurisprudence canadienne a reconnu le principe voulant que des pratiques coloniales officielles ont donné naissance à un ensemble de règles de droit, dont certaines ont été greffées au titre indien de *common law* (voir supra, note 16 et le texte correspondant).

¹⁰⁵ Précité, note 15, art. IV, où l'on peut lire : «Il est à ces causes, aussi Etabli par la susdite autorité, que la dite Proclamation (de 1763), quant à ce qui concerne la dite province de Québec, que les commissions en vertu desquelles la dite province est à présent gouvernée (...) sont par ces présentes infirmées, révoquées et annulées, à compter depuis et après le premier jour de Mai, mil sept cens soixante-quinze (nos parenthèses).»

¹⁰⁶ *Id.*, art. III.

¹⁰⁷ *Ontario (Attorney-General) c. Bear Island Foundation*, précité, note 90, 410 (C.A.) (la Cour).

¹⁰⁸ *Ordonnance qui défend de vendre des Liqueurs fortes aux Sauvages dans la Province de Québec, qui empêche aussi d'acheter leurs Armes et Habillemens, et pour autres objets concernant la Traite et le Commerce avec les dits Sauvages*, 17 Geo. III (Qué. 1777), c. 7, art. III (ci-après cité : «*Ordonnance*

C'est d'abord la législature du Haut-Canada qui a voté une loi en 1839 pour protéger les terres de la Couronne¹⁰⁹. La Loi prévoyait la nomination d'au moins deux commissaires chargés d'enquêter sur toute plainte concernant les occupations du domaine public¹¹⁰. Parmi les terres visées, on comptait celles qui avaient été mises de côté pour l'habitation des Indiens, ainsi que les autres terres occupées par eux pour lesquelles les autochtones pouvaient prétendre détenir un titre et qui n'avaient pas encore été cédées au gouvernement¹¹¹. Il revenait aux commissaires d'expulser les colons qui s'y établissaient sans droit¹¹². Pendant ce temps, au Bas-Canada, la Province vivait encore sous l'empire de l'*Ordonnance de 1777*¹¹³, tel qu'amendée en 1840¹¹⁴. Ce n'est qu'en 1850 que le Parlement de l'Union a voté une loi pour moderniser la réglementation applicable au Bas-Canada¹¹⁵. La Loi créait

de 1777»).

¹⁰⁹ *An Act for the Protection of the Lands of the Crown in this Province from Trespass and Injury*, R.S.U.C. 1792-1840 (1839), c. 15. La législature du Canada-Uni adopta deux autres lois en 1849 et 1850 pour modifier sa loi de 1839 : *An Act to explain and amend an Act of the Parliament of the late Province of Upper Canada, passed in the second year of Her Majesty's Reign intituled 'An Act for the protection of the lands of the Crown in this Province from trespass and injury, and to make further provision for that purpose'*, S. Prov. C. 1849, c. 9 ; *An Act for the protection of the Indians in Upper Canada from imposition, and the property occupied or enjoyed by them from trespass and injury*, S. Prov. C. 1850, c. 74 (ci-après citée: «*An Act for the protection of the Indians in Upper Canada*»).

¹¹⁰ *An Act for the Protection of the Lands of the Crown in this Province from Trespass and Injury*, *id.*, préambule.

¹¹¹ *Id.*, préambule.

¹¹² La Loi prescrivait, *id.*, art. 2 : «(It) shall be lawful for the said Commissioners, or any one of them, to give notice to and require such person to remove from the occupation of such lands.»

¹¹³ Précitée, note 108.

¹¹⁴ *Ordonnance pour rappeler certaines parties d'une Ordonnance y mentionnée, et pour amender certaines autres parties de la dite Ordonnance et pour pourvoir à la protection ultérieure des Indiens ou Sauvages dans cette Province*, 3 & 4 Vict. (Prov. C. 1840), c. 44.

¹¹⁵ *Acte pour mieux protéger les terres et les propriétés des Sauvages dans le Bas-Canada*, S. Prov. C. 1850, c. 42. Les dispositions de cette loi et de l'*Ordonnance de 1777* ont été incorporées dans l'*Acte*

un poste de commissaire aux terres des Sauvages. Ce commissaire devait être mis en possession, pour et au nom des autochtones concernés, de toutes les terres affectées à leur usage et autres terres qu'ils occupaient ou possédaient¹¹⁶. Comme ses homologues du Haut-Canada, le commissaire était responsable d'expulser tout intrus sur les terres indiennes¹¹⁷.

Dans les deux Canadas, les tribunaux ont jugé que les nouvelles lois protégeaient autant les anciens territoires de chasse non encore cédés, ceux dont parlent la *Proclamation de 1763*, que les réserves créées pour le bénéfice des autochtones¹¹⁸. La responsabilité de la Couronne ressortait du libellé de ces lois. Au Bas-Canada, on a rejeté l'action d'un Huron contre un non-autochtone parce que la législation de 1850 conférait au commissaire, et à nul autre, tous les droits d'action des propriétaires, possesseurs ou occupants autochtones¹¹⁹. Une autre loi adoptée la même année pour le Haut-Canada était à cet égard encore plus explicite ; elle reconnaissait le «devoir» des

concernant les Sauvages et les terres des Sauvages, S.R.B.C. 1861, c. 14.

¹¹⁶ *Acte pour mieux protéger les terres et les propriétés des Sauvages dans le Bas-Canada*, *id.*, préambule.

¹¹⁷ «(Le commissaire) exercera et maintiendra tous et chacun des droits qui appartiennent légitimement aux propriétaires, possesseurs ou occupants de telles terres ou propriétés (...).» *Id.*, préambule.

¹¹⁸ Dans *The Queen c. Strong*, (1850) 1 Gr 392, 407, le chancelier Blake a décidé que la loi de 1839 du Haut-Canada protégeait, outre les réserves, les terres non encore cédées par les autochtones. Quant à la loi de 1850 applicable au Bas-Canada, le juge Duff, dans *Attorney-General for Quebec c. Attorney-General for Canada (Star Chrome)*, [1921] 1 A.C. 401, 410-411 (C.P.), a jugé qu'elle conférait une protection additionnelle aux terres indiennes visées par la *Proclamation de 1763*.

¹¹⁹ *Bastien c. Hoffman*, (1867) L.C.R. 238, 244 (J. Drummond). Pour le Haut-Canada, voir *Regina c. McCormick*, (1859) 18 U.C.Q.B. 131, 136 (J. Robinson).

commissaires d'empêcher tout empiètement¹²⁰. Certes, cette nouvelle loi ne s'appliquait que sur les terres désignées par le gouverneur¹²¹, mais c'était parce que les autorités de la Province, de leur propre aveu, n'avaient pas les ressources nécessaires pour protéger adéquatement toutes les terres indiennes contre le flot de l'immigration¹²². Comme solution à ce problème, on n'a rien trouvé de mieux que de réduire la superficie du domaine indien par des cessions volontaires. Le gouvernement s'est donc mis à la tâche. Il a cherché à convaincre les autochtones qu'en prenant leurs terres, il n'avait «d'autres intentions que celle de leur *mieux* garantir la jouissance du reste»¹²³. Le gouvernement ne reniait pas ainsi l'ancienne promesse de la Couronne de protéger toutes les terres indiennes, sans exception ; tout au plus faisait-il valoir que son obligation en était une de moyen plutôt que de résultat.

Avec ces informations, les tribunaux ont cherché à définir les droits respectifs de la Couronne

¹²⁰ «(To) enable them more efficiently to protect the said lands from trespass and injury (...) it shall be the duty of the Commissioners (...) on due proof of the fact of such settlement, residence or occupation, to issue their (...) warrant (...) to remove such person or persons.» *An Act for the protection of the Indians in Upper Canada*, précité, note 109, art. 10.

¹²¹ *Id.*

¹²² Un comité constitué par le gouvernement de la Province du Canada a fait cette observation : «Il faut aussi avouer que le système (de tutelle) n'a jamais été mis en pleine opération. La protection dont le Gouvernement voulait entourer les Sauvages, n'a pas été, et ne pouvait pas être suffisamment maintenue. Il n'y avait aucun moyen de surveiller un aussi grand nombre de bourgades isolées et éloignées les unes des autres.» «Rapport sur les affaires des Sauvages en Canada», section 1, J.A.L.C., 8 Vic. 1844-5, App. EEE (non paginé). Et ce comité continua plus loin : «(L)'étendue et l'isolement des terres des Sauvages dans le Haut-Canada, l'impossibilité d'exercer une surveillance sur des contrées si vastes, et ce qui plus est, l'inflexibilité des lois naturelles de la société auxquelles le Gouvernement même doit se plier, n'ont pas permis que l'on protégéat d'une manière efficace les réserves des Sauvages.» «Rapport sur les affaires des Sauvages en Canada», section 3, J.A.L.C., 11 Vic., 1847, App. T (non paginé).

¹²³ «Rapport sur les affaires des Sauvages en Canada», section 3, *id.* (nos italiques).

et des autochtones en regard des terres. Ils se sont alors engagés dans une valse hésitation. Alternativement, ils ont présenté l'intérêt des autochtones comme un usufruit, une charge sur le droit de propriété de la Couronne, et puis comme un véritable droit de propriété, sur lequel la Couronne n'aurait qu'un intérêt virtuel prenant forme lors de l'extinction du titre indien¹²⁴. Ce n'est ni l'un ni l'autre, a tranché le juge Dickson dans *Guerin c. La Reine*¹²⁵ ; les Indiens ont le droit *sui generis* d'occuper des terres dont le titre revient à la Couronne et, lorsque ceux-ci abandonnent leur droit, la cession impose à la Couronne l'obligation de fiduciaire d'utiliser ces terres pour le bénéfice des Indiens¹²⁶. La définition proposée par le juge Dickson brisait une barrière conceptuelle : la propriété n'était plus uniquement le droit d'une personne dans une chose mais un lien de dépendance entre deux personnes relativement à cette chose. La définition était toutefois incomplète car le juge Dickson ne s'est intéressé qu'au cas d'espèce où il y a cession par acte unilatéral des autochtones.

C. Le rapport *sui generis* entre la Couronne et les autochtones : juxtaposition d'un lien féodal et d'un lien fiduciaire ou contractuel

En 1845, la commission d'enquête Bagot sur les «affaires des Sauvages» a estimé, à l'instar du juge Dickson, que la Couronne détenait le titre sur les terres de chasse des autochtones. Toutefois, la raison qu'elle a donnée pour justifier son existence était que la Couronne devait exercer son rôle

¹²⁴ Le juge Dickson trace un portrait de la jurisprudence pertinente dans *Guerin c. R.*, précité, note 2, aux pp. 379-382.

¹²⁵ *Id.*

¹²⁶ *Id.*, 382 (j. Dickson).

de gardienne¹²⁷. Cette idée d'une responsabilité globale de la Couronne a trouvé un écho chez la Cour suprême du Canada dans *Mitchell c. Bande indienne Peguis*¹²⁸. Interprétant, dans cet arrêt, la portée des exemptions fiscales dont bénéficient les autochtones en vertu de la *Loi sur les Indiens*¹²⁹, le juge La Forest y a vu les éléments d'un ensemble législatif faisant état d'une obligation gouvernementale envers les premières nations. L'obligation remonterait au moins à la signature de la *Proclamation de 1763*. Depuis ce temps, a conclu le magistrat, la Couronne a toujours reconnu qu'elle devait «protéger les Indiens de tous les efforts entrepris par des non-Indiens pour les déposséder des biens qu'ils possèdent en tant qu'Indiens»¹³⁰. Il va s'en dire que nos observations faites au chapitre précédent corroborent l'intuition du juge La Forest¹³¹.

Nous devons alors trouver un moyen, idéalement une ou plusieurs institutions juridiques, pour définir les droits des autochtones à la manière du juge Dickson, tout en lui greffant l'obligation de la Couronne décrite par le juge La Forest. La Cour suprême du Canada a déjà utilisé par analogie la notion de fiducie de droit privé, le *trust*, mais seulement en cas de cession des droits des

¹²⁷ «Comme les terres des Sauvages étaient possédées en commun, et que la Couronne, comme gardienne, était investie des titres.» «Rapport sur les affaires des Sauvages en Canada», section 1, *op.cit.*, note 122.

¹²⁸ Précité, note 9.

¹²⁹ L.R.C. 1985, c. I-5, arts. 88 et 90.

¹³⁰ *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, précité, note 9, 131.

¹³¹ Quoique le magistrat, pour étayer sa conclusion, nous ait référé à l'article du professeur Brian SLATTERY, «Understanding Aboriginal Rights», (1987) 66 *R. du B. Can.* 727, 753, le professeur lui-même s'était montré économe de ses efforts et a affirmé plus qu'il n'a démontré.

autochtones¹³². La Cour d'appel de Nouvelle-Zélande, qui a affirmé suivre une démarche parallèle aux tribunaux canadiens, a pour sa part élaboré un concept de partenariat entre la Couronne et les aborigènes Maoris¹³³. L'indétermination du concept ne permet malheureusement aucune prévisibilité, ce qui laisse les partenaires gouvernemental et aborigène ignorants de leurs droits et obligations. Il reste encore une autre institution juridique, celle que le juge Strong nous a présentée lors de l'affaire *St. Catherines Milling*¹³⁴ comme une solution de rechange au *trust* de droit privé :

The word "trusts" would not be an appropriate expression to apply to the relation between the crown and the Indians respecting the unceded lands of the latter. As will appear hereafter very clearly, such relationship is not in any sense that of a trustee and *cestui que trust*, but rather one analogous to the feudal relationship of lord and tenant (...) ¹³⁵.

Aux dires du juge Strong, le rapport unissant la Couronne aux autochtones serait, *en l'absence d'une cession*, semblable à celui entre un seigneur féodal et son tenancier¹³⁶. Pour comprendre l'analogie, il faut rappeler ce qu'était le droit foncier au moyen-âge.

¹³² *Guerin c. R.*, précité, note 2, 386 et 387 (j. Dickson) ; *Blueberry River Indian Band c. Canada*, précité, note 2, 362 (j. Gonthier).

¹³³ «It was said that the approach of this Court in the lands case to the principles of the Treaty of Waitangi and the partnership and fiduciary analogies there drawn were consistent with the Canadian approach.» *Te Runanga o Wharekauri Rekohu Inc. c. Attorney-General*, [1993] 2 N.Z.L.R. 301, 305, où le juge en chef Cooke renvoie au précédent *Te Runanga o Muriwhenua Inc. c. Attorney-General*, [1990] 2 N.Z.L.R. 641 (C.A.).

¹³⁴ Il s'agit de la décision de la Cour suprême du Canada, précitée, note 16.

¹³⁵ *Id.*, 604.

¹³⁶ Le juge Isaac de la Cour d'appel fédérale a lui-aussi fait le rapprochement entre l'intérêt des Indiens et le droit personnel d'un tenancier du moyen-âge. Il n'a pas été influencé par l'opinion du juge Strong, que d'ailleurs il n'a pas citée, mais plutôt par celle du juge Dickson dans *Guerin* concernant la nature du titre indien, dans *Apsassin c. Canada*, précité, note 10, 518-521.

La société féodale ignorait la propriété au sens où nous comprenons aujourd'hui ce mot. L'exploitant d'un bien-fonds, appelé tenancier, en obtenait l'usage d'un seigneur en échange de services qu'il s'était engagé à lui rendre. Ce seigneur l'avait acquis de même façon d'un autre seigneur dont il était le vassal, et ainsi de suite, jusqu'au roi, seigneur ultime, qui seul pouvait prétendre détenir un titre de propriété. Les autres ne jouissaient que de droits personnels. Leur «titre», leur droit à la terre, se résumait à un recours potentiel contre leur seigneur¹³⁷. L'obligation du seigneur était donc de garantir par tous les moyens à sa disposition la possession de la terre qu'il avait donnée¹³⁸. Son devoir le conduisait, ici sur un champ de bataille, là devant un tribunal¹³⁹. L'appel aux armes n'a pas besoin d'être expliqué. Celui à la justice civile, par contre, comportait certains aspects techniques sur lesquels il convient de s'attarder.

Lorsqu'un tiers contestait le droit d'un tenancier sur une terre au moyen d'une action judiciaire, le tenancier pouvait appeler en garantie (vouch to warranty) son seigneur¹⁴⁰. Ou le

¹³⁷ Strout Francis Charles MILSOM, *The Legal Framework of English Feudalism*, Cambridge-London-New York-Melbourne, Cambridge University Press, 1976, p. 39 ; Robert C. PALMER, «The Feudal Framework of English Law», (1981) 79 *Mich. L. Rev.* 1130, 1134 et 1135 ; Samuel E. THORNE, *Essays in English Legal History*, London-Ronceverte, The Hambledon Press, 1985, p. 17.

¹³⁸ François OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français*, Paris, Éditions Domat-Montchrestien, 1951, p. 261 ; Paul R. HYAMS, «Warranty and Good Lordship in Twelfth Century England», (1987) 5 *Law and Hist. Rev.* 437, 453 ; John HUDSON, *Land, Law, and Lordship in Anglo-Norman England*, Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 51-58.

¹³⁹ P.R. HYAMS, *id.*, 448, 449 et 457 ; J. HUDSON, *id.*, p. 58 ; William HOLDSWORTH, *A History of English Law*, vol. 3, 5^e éd., London, Methuen & Co.-Sweet and Maxwell, 1942, p. 55.

¹⁴⁰ Il est arrivé aussi que le tenancier intente une action préventive contre son seigneur pour vérifier s'il était prêt à honorer son obligation de garantie. Le tenancier obtenait alors un bref de «Warrantia Cartae» : Stanly John BAILEY, «Warranties of Land in the Reign of Richard I», (1945-1947) 9 *Cambridge L.J.* 192, 206 ; Stanly John BAILEY, «Warranties of Land in the Thirteenth Century», (1942-1944) 8 *Cambridge L.J.* 274, 286 ; et P.R. HYAMS, *loc.cit.*, note 138, 485.

seigneur refusait de se commettre ou encore il acquiesçait à la demande. S'il refusait, pour la raison qu'il niait avoir cédé le bien fonds contesté à l'appelant en garantie, le tribunal suspendait alors l'action principale, le temps d'entendre et de juger la valeur des arguments des parties sur cette question accessoire. Que l'appelant échoue et il perdait du coup l'action principale contre le tiers¹⁴¹ ! L'appelant pouvait aussi gagner. Il était également possible que le seigneur ne conteste pas l'existence de son lien avec le tenancier. Dans ces deux cas, le seigneur prenait sa place comme unique défendeur à l'action principale¹⁴². Le tenancier devait cependant rendre les services promis pour bénéficier de la protection du seigneur. Un manquement grave de sa part et on pouvait lui enlever la saisine de sa terre¹⁴³. Quoique la nature et la quantité des services aient pu varier, ils comportaient inmanquablement l'obligation de demeurer fidèle et de respecter l'autorité et la justice du seigneur¹⁴⁴.

Le lien féodal ne pouvait être dissout unilatéralement, que ce soit par le seigneur ou par le tenancier ; il fallait le concours des deux volontés¹⁴⁵. Ceci explique pourquoi le tenancier était

¹⁴¹ P.R. HYAMS, *id.*, 484 ; S.J. BAILEY, «Warranties of Land in the Thirteenth Century», *id.*, 290 ; S.F.C. MILSOM, *op.cit.*, note 137, pp. 108 et 109.

¹⁴² S.F.C. MILSOM, *id.*, pp. 108, 109, 147 et 148 ; P.R. HYAMS, *id.*, 484 ; S.J. BAILY, *id.*, 274 et 290 ; et Frederick POLLOCK et Frederic William MAITLAND, *The History of English Law*, 2^e éd., vol. 1, 1898, réimpression par Cambridge University Press, Cambridge, 1952, p. 306.

¹⁴³ Henrici De BRACTON a mentionné les cas où un tenancier «(has) done to his lord severe injury or given counsel or aid to his lord's enemy (...)». *Bracton on the Laws and Customs of England*, 1300, vol. 2, réédition par Harvard University Press, Cambridge, 1968, p. 236. Voir aussi : S.F.C. MILSOM, *id.*, p. 39 ; R.C. PALMER, *loc.cit.*, note 137, 1134 et 1135 ; A. ESMEIN, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, 11^e éd., Paris, Sirey, 1912, p. 221 ; et W. BLACKSTONE, *op.cit.*, note 17, vol. 2, p. 45.

¹⁴⁴ S.F.C. MILSOM, *id.*, p. 39 ; H. De BRACTON, *id.*, pp. 228 et 236.

¹⁴⁵ W. BLACKSTONE, *op.cit.*, note 17, p. 57 ; H. De BRACTON, *id.*, p. 57.

incapable de vendre, hypothéquer ou autrement disposer de son bien¹⁴⁶. Son droit ne pouvait que s'éteindre avec la dissolution du lien féodal. La possession de la terre revenait alors au seigneur en vertu d'un droit de retrait du nom d'*escheat*¹⁴⁷. Pour sa part, le seigneur s'interdisait de revenir sur sa promesse en tentant d'annuler la cession¹⁴⁸. Chacun devait accomplir loyalement ses devoirs envers l'autre. Le jurisconsulte Ranulf de Glanvill qualifia leur relation de *mutual bound of trust*¹⁴⁹.

À l'exemple des seigneurs du moyen-âge, le roi de Grande-Bretagne a promis de protéger activement, par le droit et par les armes, les possessions et usages des terres réservées aux peuples autochtones du Canada. Ces derniers se sont engagés en retour à reconnaître la souveraineté de la Couronne, à accepter son autorité et sa justice¹⁵⁰. Précisons tout de suite que la reconnaissance dont

¹⁴⁶ Le tenancier contournait parfois la difficulté en cédant des parties de son domaine en tenure féodale à d'autres tenanciers de rang inférieur. Mais cela n'interférait pas avec ses propres devoirs envers son seigneur. Voir W. BLACKSTONE, *id.*, ainsi que l'article écrit par John HUDSON, «Anglo-Norman Land Law and the Origins of Property», où l'auteur présente une version plus nuancée tenant compte de l'évolution de la *common law*, dans James HOLT et John HUDSON (éds.), *Law and Government in Medieval England and Normandy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994, pp. 198-222.

¹⁴⁷ R.C. PALMER, *loc.cit.*, note 137, 1134 ; S.F.C. MILSOM, *op.cit.*, note 137, p. 93.

¹⁴⁸ P.R. HYAMS, *loc.cit.*, note 138, 440.

¹⁴⁹ G.D.G. HALL (éd.), *The Treatise on the Laws and Customs of the Realm of England Commonly Called Glanvill*, Oxford, Clarendon Press, 1993, p. 107 ; F. OLIVIER-MARTIN, *op.cit.*, note 115, p. 261.

¹⁵⁰ Le juge La Forest a posé ainsi les termes de cet échange dans *Mitchel c. Bande indienne Peguis*, précité, note 9, 130 : «D'après le dossier historique, il n'y a aucun doute que les peuples autochtones ont reconnu la souveraineté ultime de la Couronne britannique et ont accepté de céder leurs terres traditionnelles pourvu que la Couronne les protège par la suite dans leur possession et usage des terres qui leurs étaient réservées (...)» Il est intéressant de comparer avec l'engagement de la Couronne envers les aborigènes de Nouvelle-Zélande : «In brief the basic terms of the bargain were that the Queen was to govern and the Maoris were to be her subjects ; in return their chieftainships and possessions were to be protected, but sales of land to the Crown could be negotiated.» *New Zealand Maori Council c. Attorney-General*, [1987] 1 N.Z.L.R. 641, 663 (C.A.) (J. Cooke).

il est question est une reconnaissance de fait pour faciliter la colonisation du territoire par les Britanniques et non une reconnaissance en droit, car l'acte d'État suffit à la Couronne pour acquérir la souveraineté sur un domaine. Le dossier historique démontre également que les terres réservées comprenaient, outre les réserves, les terres ancestrales des autochtones¹⁵¹. D'ailleurs, quand il a décrit dans *Guerin*¹⁵² les obligations de la Couronne greffées au titre indien, le juge Dickson n'a fait aucune distinction selon qu'une terre était ou non constituée en réserve au sens de la *Loi sur les Indiens*¹⁵³. Il a alors fondé son opinion sur le précédent *Star Chrome*¹⁵⁴ où il est dit que la constitution d'une réserve à partir d'un titre ancestral ne change pas la nature de l'intérêt des Indiens¹⁵⁵. L'adoption du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹⁵⁶ venait simplement reconnaître cette responsabilité historique de la Couronne¹⁵⁷.

Les autochtones, pas plus que les anciens tenanciers, ne pouvaient vendre leurs terres. La cession d'un titre indien équivalait en réalité à un abandon ; le titre s'éteignait et la terre revenait au

¹⁵¹ Voir *supra*, notes 77-80 et le texte correspondant et *Apsassin c. Canada*, précité, note 10, 522 (j. Isaac).

¹⁵² *Guerin c. R.*, précité, note 2.

¹⁵³ *Id.*, 375-389.

¹⁵⁴ *Attorney-General for Quebec c. Attorney-General for Canada (Star Chrome)*, précité, note 118.

¹⁵⁵ *Id.*, 410 et 411 (j. Duff).

¹⁵⁶ L.R.C. 1985, App. II, n° 5.

¹⁵⁷ *Province of Ontario c. Dominion of Canada*, (1909) 42 Can. S.C.R. 1, 117 et 118 (j. Idington), conf. à [1910] A.C. 637 (C.P.).

gouvernement, détenteur du titre radical, par simple droit d'*escheat*¹⁵⁸. Le parallèle avec le droit féodal est encore plus évident à travers les motifs du juge McLachlin dans *Blueberry River Indian Band*¹⁵⁹ : parlant du droit des Indiens, elle a écrit qu'il n'est «pas un droit de propriété de nature corporelle mais plutôt un droit personnel garanti à perpétuité»¹⁶⁰. Et c'est la Couronne qui s'était portée garante du droit des Indiens. Elle devait accomplir son devoir raisonnablement et de bonne foi. Cette exigence s'appliquait aussi aux autochtones, à en croire l'arrêt de la Cour d'appel fédérale *Bande Eastmain c. Canada*¹⁶¹. La relation entre la Couronne et ses sujets autochtones était donc empreinte de loyauté comme s'ils étaient unis par un lien féodal.

Sous condition des arbitrages que doit faire un souverain entre les droits des particuliers et les intérêts du pays, nous disposons maintenant d'un canevas pour détailler les obligations de la Couronne envers les autochtones du Canada. Avant ou en l'absence d'une cession, la Couronne et les autochtones sont unis par un lien de caractère féodal fondé sur le droit à la terre. Après une cession unilatérale des autochtones, qui peut être définitive ou provisoire, le droit des autochtones

¹⁵⁸ *Smith c. R.*, [1983] 1 R.C.S. 554, 569 (j. Estey) ; *Guerin c. R.*, précité, note 2, 386 (j. Dickson), 392 (j. Estey).

¹⁵⁹ *Blueberry River Indian Band c. Canada*, précité, note 2.

¹⁶⁰ *Id.*, 386 et 387.

¹⁶¹ [1993] 1 C.F. 501, 517 et 518 (C.A.), permission d'en appeler refusée, C.S.C., n° 23382, 14 octobre 1993, où le juge Decary a cité avec approbation ce passage de l'arrêt néo-zélandais *New Zealand Maori Council c. Attorney-General*, précité, note 123 : «(L')obligation d'agir raisonnablement et en toute bonne foi n'est pas exclusive à la Couronne. Pour sa part, le peuple Maori a assumé, envers la Reine, l'obligation d'être loyal, d'accepter pleinement son Gouvernement représenté par ses ministres responsables, et de coopérer raisonnablement.»

est soit éteint, soit suspendu ; et leur lien avec la Couronne connaît le même sort¹⁶². Les autochtones ne sont pas pour cela laissés sans recours car un nouveau lien est créé, cette fois de nature fiduciaire¹⁶³. Il faudra compléter plus tard cette ébauche pour les cas où des autochtones signent un traité de cession avec la Couronne, le traité étant alors assimilable à un contrat¹⁶⁴.

Nous devons cependant ajouter deux réserves. La jurisprudence s'est servie du concept fiduciaire pour décrire le rapport *sui generis* entre la Couronne et les autochtones après une cession unilatérale. Nous avons proposé de faire un rapprochement avec le lien féodal unissant un seigneur à son tenancier afin de décrire ce rapport avant la cession. Toutefois, peu importe le modèle retenu, le piège est que ces représentations, qui servent uniquement d'aides pour conceptualiser un rapport *sui generis*, finissent par occulter la réalité du rapport. Pour parer au danger, on devrait éviter une application mécanique des modèles fiduciaire et féodal qui contredirait l'engagement historique de la Couronne, à savoir la protection des droits autochtones contre les fraudes et les empiétements¹⁶⁵.

¹⁶² Une cession temporaire (ou conditionnelle), par opposition à une cession définitive (ou absolue), implique un droit des autochtones à reprendre possession de la terre cédée, soit lors de la réalisation d'une condition ou encore à l'arrivée d'un terme fixe. La terre cédée temporairement demeure donc une terre réservée aux Indiens soumise à la juridiction fédérale. Voir : *Corporation of Surrey c. Peace Arch Enterprises Ltd.*, (1970) 74 W.W.R. 380 (C.A. de C.-B.) ; *Western Industrial Contractors Ltd. c. Sarcee Developments*, (1979) 98 D.L.R. (3d) 424 (C.A. Alb.) ; *Smith c. R.*, précité, note 158 (j. Estey, en obiter) ; *Re Leonard and The Queen*, (1984) 11 D.L.R. (4th) 236 (C.A. de C.-B.), permission d'en appeler refusée, 11 D.L.R. (4th) 226n (C.S.C.).

¹⁶³ *Guerin c. R.*, précité, note 2 et *Blueberry River Indian Band c. Canada*, précité, note 2.

¹⁶⁴ Voir *infra*, note 714 et le texte correspondant.

¹⁶⁵ Nous avons par exemple écarté l'analogie avec le lien féodal là où la situation d'incapacité des autochtones, parce qu'elle les empêchait de prouver l'existence de leurs droits, rendait impraticable la mise en oeuvre subséquente de l'engagement de protection de la Couronne (voir *infra*, notes 589-626 et le texte correspondant).

L'autre danger est de confondre deux rôles de la Couronne. En tant que gardienne du bien commun, elle peut réaliser des arbitrages entre les droits et intérêts conflictuels des différents groupes d'intérêt ou communautés. Que ce soit la Reine en son gouvernement ou en son Parlement, sa seule obligation, l'unique frein à son pouvoir, demeure le respect des normes constitutionnelles qui lui sont applicables. La situation diffère totalement lorsque la Couronne ne remplit pas sa fonction d'arbitre car ses manquements ne peuvent plus être excusés pour la raison que l'intérêt supérieur de l'État l'exige. C'est alors qu'elle doit être jugée en fonction de ses seuls engagements envers les autochtones.

CHAPITRE II

LA PORTÉE TERRITORIALE DE L'ENGAGEMENT DE LA COURONNE : SON APPLICATION AU TERRITOIRE DE LA COLONIE DE QUÉBEC

Il est vrai que les militaires ont multiplié les promesses aux alliés autochtones de la France qu'ils protégeraient leurs droits. Cependant, jusqu'à l'adoption de la *Proclamation de 1763*¹⁶⁶, le roi de Grande-Bretagne avait les mains libres dans les territoires cédés par son ancien ennemi. Il pouvait, selon son désir, reconnaître ou abroger les droits de ses nouveaux sujets, dont les autochtones, indépendamment des articles de capitulation et traités de paix, car les accords internationaux ne s'appliquent jamais *ex proprio vigore* en droit interne anglais¹⁶⁷. Pour savoir quels étaient les droits des autochtones au lendemain de la conquête, et s'ils détenaient ou non un titre indien originaire ou même d'autres droits fonciers, il faut par conséquent s'en remettre au comportement de la Couronne et de ses représentants.

Ailleurs, dans ses autres colonies américaines, la Couronne avait l'habitude de reconnaître un titre indien originaire sur les terres libres des autochtones, autrement dit sur ces terres où aucune autre puissance européenne n'avait encore d'emprise et que la Grande-Bretagne a été la première à coloniser¹⁶⁸. La *common law* de droit public a incorporé cette politique de la Couronne¹⁶⁹. Il n'était

¹⁶⁶ Précitée, note 9.

¹⁶⁷ *Oyekan c. Adele*, [1957] All E.R. 785, 788 (C.P.) (j. Denning) ; *Vajesingji Joravarsingji c. Secretary of State for India*, (1924) L.R. 51, 60 (C.P.) (j. Dunedin) ; *Hoani c. Aotea Land Board*, [1941] 2 All E.R. 93, 98 (j. Simon) ; Kenneth Owen ROBERTS-WRAY, *Commonwealth and Colonial Law*, New-York-Washington, Frederick A. Praeger, 1966, pp. 214-216. *Contra* : *Campbell c. Hall* (1774), 1 Cowp. 204, 98 E.R. 1045, 1047 (j. Mansfield).

¹⁶⁸ *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, précité, note 83, 328 (j. Judson), 375 (j. Hall) ; *Guerin c. R.*, précité, note 2, 376 (j. Dickson) ; *R. c. Van der Peet*, précité, note 16, 538-540

pas dit toutefois que le droit public anglais s'appliquerait de la même manière sur les terres acquises d'une autre puissance européenne, en l'occurrence celles cédées par la France¹⁷⁰.

Dans l'affaire *R. c. Côté*¹⁷¹, la Cour suprême du Canada a émis l'hypothèse que la *common law* des droits ancestraux, ces droits originaires des premiers occupants, aurait été introduite partout où la Couronne a étendu sa souveraineté, mais n'a pas poussé plus loin son enquête¹⁷². Elle n'aurait pas pu conclure sans procéder auparavant à un examen de la conduite de Sa Majesté britannique et de ses représentants. Elle a préféré escamoté la difficulté en s'autorisant d'une nouvelle lecture du paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*¹⁷³, qui, rappelons-le, reconnaît des *droits existants*¹⁷⁴. Ce paragraphe, a écrit la Cour dans *Côté*¹⁷⁵, a modifié la situation des droits ancestraux au Canada ; il suffit qu'on les ait respectés en pratique pour qu'ils reçoivent aujourd'hui la protection

(j. Lamer). L'exception notable est peut-être l'île de Terre-Neuve où l'on a exterminé les Beotuks jusqu'au dernier (voir «Report From the Select Committee, 1836-1837», B.P.P., *Anthropology-Aborigines*, vol. 2 (Report from the Select Committee on Aborigines (British Settlements) With Minutes of Evidence Appendix and Index), p. 6).

¹⁶⁹ *Id.* Voir au même effet: *St. Catherines Milling and Lumber Co. c. The Queen*, précité, note 16, 615 et 616 (j. Strong, *em obiter*) ; *R. c. White and Bob*, précité, note 83, 647 (j. Norris, *em obiter*).

¹⁷⁰ Ce que certains auteurs semblent supposer *a priori* tels : B. SLATTERY, *loc.cit.*, note 131, 737 et 738 ; P.A. CUMMING et N.H. MICKENBERG, *Native Rights in Canada*, 2^e éd., Toronto, General Publishing, 1972, p. 88 ; et Paul DIONNE, «Les postulats de la Commission Dorion et le titre aborigène au Québec: vingt ans après», (1991) 51 *R. du B.* 127, 166.

¹⁷¹ [1996] 3 R.C.S. 139.

¹⁷² *Id.*, 172-174 (j. Lamer).

¹⁷³ L.R.C. 1985, App. II, n° 44.

¹⁷⁴ Voir *infra*, note 526 et le texte correspondant pour lire l'extrait pertinent du paragraphe 35(1).

¹⁷⁵ *R. c. Côté*, précité, note 171.

de la Constitution¹⁷⁶. La portée réelle de ses motifs, même si la Cour ne l'a pas dit pas expressément, est que le paragraphe 35(1) a créé des droits là où il aurait pu n'y avoir que tolérance. Ce faisant la Cour suprême du Canada a semblé s'éloigner de ses précédents ; la protection constitutionnelle devait être réservée aux seuls *droits existants* en 1982, c'est-à-dire aux droits déjà reconnus par la *common law*, indépendamment du paragraphe 35(1)¹⁷⁷. Ses raisons avaient probablement à voir avec le risque d'être contredite si elle s'était engagée dans un débat d'historien.

Pourtant, les indices démontrant la volonté britannique d'étendre leur politique autochtone à l'ancien territoire français existent, nombreux et convaincants. Il n'était donc pas besoin de faire outrage au texte de la Constitution ou de bousculer les précédents pour reconnaître les droits ancestraux des nouveaux sujets de Sa Majesté britannique. Nous entendons en faire la preuve. Nous verrons que les conquérants britanniques, malgré une lecture du droit français défavorable aux autochtones, ont néanmoins reconnu et promis de protéger des titres indiens originaires sur les anciennes terres de la Couronne de France, y compris dans la vallée du Saint-Laurent, à condition qu'elles n'aient pas été concédées en fiefs ou en seigneuries. Ils fondèrent alors leur action sur la politique traditionnelle de leur pays à l'égard des premières nations, sans accorder au droit antérieur une importance déterminante, vu que seul le caractère effectif de l'occupation autochtone leur importait. Nous verrons également que la protection promise s'étendait à tous les droits collectifs des autochtones sans distinguer entre leurs sources ; il pouvait s'agir des droits originaires

¹⁷⁶ *Id.*, 174 (j. Lamer).

¹⁷⁷ *R. c. Sparrow*, précité, note 8, 1091 (j. Lamer) ; *R. c. Van der Peet*, précité, note 16, 538 (j. Lamer).

normalement reconnus par la *common law*, comme des droits reconnus par l'ancien régime colonial français. Notre attention portera principalement sur les droits originaires, parce que leur existence dans l'ancienne colonie de Québec a été plus souvent contestée, et accessoirement sur les droits créés pendant le régime français.

A. La reconnaissance des droits des autochtones sous le régime militaire

De ce qu'en savaient les autorités britanniques, un point de vue du reste confirmé par des autochtones, jamais les Français n'auraient acheté un acre de terre indienne¹⁷⁸. À ce propos le général Gage, gouverneur militaire de Montréal puis commandant en chef des forces armées en Amérique, a écrit au surintendant des affaires indiennes William Johnson :

(T)he difference between the French conduct and ours in respect of lands is worthy observation ; in these provinces (les anciennes colonies britanniques) the people hold from indian grants. In Canada the only titles the Indian pretend to have to their lands are by holdings from the French Kings¹⁷⁹.

Malgré leur interprétation du droit français, selon laquelle les autochtones ne détenaient aucun titre originaire sur leurs terres de chasse et de pêche, les Britanniques ont choisi d'agir selon

¹⁷⁸ Paroles des Indiens de la région de l'Ohio rapportées dans le «journal de Croghan», adjoint du surintendant des affaires indiennes, 30 août 1765, dans Clarence W. ALVORD et C.E. CARTER (éds.), *The New Regime, 1765-1767*, Springfield, Illinois State Historical Library, 1916, p. 43.

¹⁷⁹ «Lettre de Thomas Gage à William Johnson», 12 janvier 1763, P.S.W.J., vol. 4, pp. 290 et 291.

une autre politique, «a different plan» pour reprendre l'expression du général Gage¹⁸⁰. Cette autre politique, William Johnson l'énonça dans une correspondance avec William Grant¹⁸¹ : nos rois, inspirés par la justice et la sagesse, n'ont jamais permis que les droits fonciers des autochtones soient ignorés, a-t-il écrit. Et il a ajouté en évoquant la situation au Canada : «and indeed good Policy requires us to be cautious hereof»¹⁸². Nous avons vu que cette décision de respecter les droits d'occupation des anciens alliés autochtones de la France ne s'imposait pas de prime abord. Motivée par des considérations de nature économique et militaire, elle a été l'aboutissement d'une stratégie adoptée par les militaires anglais lors de la guerre de Sept Ans¹⁸³.

Dans les pages qui suivent, nous tenterons de démontrer l'existence d'une politique sous-jacente à l'ensemble des actions de la Couronne et de ses mandataires des armées, une politique visant à reconnaître l'occupation effective des autochtones qui aurait été incorporée à la *common law*. À cette fin, nous évoquerons tout au long de notre démonstration plusieurs documents historiques, certains pouvant être considérés comme des traités, d'autres comme des actes de portée législative. Traités et lois, tout en étant des sources autonomes de droits pour les autochtones, sont aussi la manifestation la plus visible et la plus certaine de la volonté de leur auteur : le gouvernement britannique. C'est à ce titre que nous nous y intéressons.

¹⁸⁰ «Lettre de Thomas Gage à William Johnson», 7 avril 1766, dans C.W. ALVORD et C.E. CARTER, *op.cit.*, note 178, p. 212.

¹⁸¹ «Lettre de William Johnson à William Grant», 28 juin 1766, P.S.W.J., vol. ?, pp. 118 et 119.

¹⁸² *Id.*

¹⁸³ Voir *supra*, notes 69-71 et le texte correspondant.

Les militaires ont effectivement commencé à esquisser une politique autochtone pour le Canada dans les derniers mois du conflit avec la France. Le plan, très simple, était de gagner les autochtones à leur cause en offrant la protection de la Couronne, pour eux et pour leurs terres¹⁸⁴. On n'exigeait pas des autochtones qu'ils se battent aux côtés des soldats anglais, seulement qu'ils n'aident pas l'ennemi français¹⁸⁵. Plus grand sera le nombre de conversions et meilleure sera notre situation militaire, projeta le commandant en chef des forces armées britanniques durant la guerre, le général Jeffery Amherst¹⁸⁶. Jamais le général n'aurait envisagé une protection moindre ou différente selon que les autochtones habitaient la vallée du Saint-Laurent plutôt que la région des Grands Lacs, car cela n'aurait pas été cohérent avec sa stratégie d'affaiblir autant que possible la coalition française.

C'est ainsi qu'il faut comprendre l'ordre d'Amherst à William Johnson, en 1760, lui demandant de s'allier le plus grand nombre d'Indiens possible¹⁸⁷. Le surintendant Johnson s'est conformé aux ordres reçus. Aucune communauté autochtone n'a été exclue. Johnson entama des négociations avec la Confédération des Sept-Nations du Canada¹⁸⁸, près de Swegatchy, et déclara

¹⁸⁴ Voir *supra*, note 69.

¹⁸⁵ *Id.* Lire aussi la «Lettre du général Amherst au colonel Haldimand», 28 mai 1760, A.N.C., Haldimand Papers, B-1, p. 64.

¹⁸⁶ «Lettre d'Amherst à Haldimand», 31 mai 1760, A.N.C., Haldimand Papers, B-1, p. 77 ; R. c. *Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, p. 1054 et 1055 (J. Lamer).

¹⁸⁷ «Lettre de Johnson à William Pitt», *op.cit.*, note 70, p. 272. Amherst précisa le 30 août suivant dans une lettre à William Johnson, *op.cit.*, note 70, p. 177 : «You will be best able to judge what will be the most likely means to hinder the Indians from joining the enemy, in which case, they may be assured of being permitted to live in peace and quiet, and of receiving all the protection, they can desire.»

¹⁸⁸ La Confédération regroupait les communautés villageoises d'Oka/Kanesatake (Mohawks, Algonkins et Nipissings), du Sault-St-Louis/Kahnawake (Mohawks), d'Oswegatchie (Onondagas et Cayugas), de Saint-Francis (Abénakis), et de Lorette (Hurons) (voir D.H.S.N., Guide to the microfilm collection,

aux autochtones que la Couronne entendait leur garantir la possession paisible des terres sur lesquelles ils vivaient, ainsi que le libre exercice de leur religion¹⁸⁹. Plus à l'Est, le général Murray a promis aux Hurons de Lorette la liberté de poursuivre leurs coutumes contre leur engagement de rester neutre lors du conflit¹⁹⁰. Le général ordonna aussi à Thomas Ainslie de se rendre du côté nord du fleuve Saint-Laurent, dans le domaine que s'était réservé le Roi de France, et «de prendre tous les Indiens de ce domaine sous la protection du Roi»¹⁹¹. Les militaires continueront d'appliquer la même politique au lendemain de la guerre pour consolider leur emprise. William Johnson s'occupa personnellement des autochtones des Grand Lacs¹⁹², et il délégua son adjoint de Montréal, Daniel Claus, pour répéter les mêmes assurances aux autres communautés autochtones du Canada qu'il

p. 651).

¹⁸⁹ Procès verbal d'une rencontre, tenue le 21 août 1769 à Sault-St-Louis, au cours de laquelle on fit référence à la rencontre d'août 1760, P.S.W.J., volume 7, pp. 109 et 110. Daniel Claus, réagissant à une plainte des Abénakis, a évoqué cette rencontre lorsqu'il a écrit au lieutenant gouverneur Cramahé, P.S.W.J., vol. 12, p. 1027 : «M^r Matcafes taking Possession of their lands at Missisqui [and] w^{ch}. was contrary to our promise in 1760 of letting them keep their Lands unmolested.»

¹⁹⁰ Denis VAUGEOIS, *La fin des alliances franco-indiennes: enquête sur un sauf-conduit de 1760 devenu traité en 1990*, Montréal, Boréal, 1995, pp. 209 et 210.

¹⁹¹ «Lettre de Thomas Ainslie à l'inspecteur général Jenkin William», traduction, 7 août 1786, reproduite dans V. TREMBLAY, *Histoire du Saguenay depuis les origines jusqu'à 1870*, Chicoutimi (Québec), Société historique du Saguenay, n° 21, 1968, pp. 204 et 205. Murray a fait allusion à cette mission dans sa lettre à Lord Colvill, du 26 juin 1760, A.N.C., MG 23, General Murray's Letters, G II, 1, vol. 1, p. 41.

¹⁹² Le 3 septembre 1761, Johnson arriva à Détroit pour y rencontrer son adjoint et les représentants de douze nations autochtones des environs. La journée du 9 septembre, dont le compte-rendu se trouve aux P.S.W.J., vol. 3, pp. 475-478, il a ouvert les pourparlers en promettant aux autochtones : «(I)t is not at present, neither hath it been his Majesty's intentions to deprive any Nations of Indians of their just property by taking possession of any lands to which they have a lawful claim.»

visiterait¹⁹³. La politique du général Amherst a été menée à bonne fin si l'on en croit l'agent des affaires indiennes, le colonel Guy Johnson, qui affirma que les Indiens du Canada, essentiellement le sud du Québec et de l'Ontario d'aujourd'hui, «were (...) all promis'd (...) a security against encroachments on their lands»¹⁹⁴.

Ces promesses du temps de guerre n'étaient pas vides de sens. La Couronne, victorieuse, s'est toujours cru obligée par la suite de les respecter intégralement. La Cour suprême du Canada a d'ailleurs récemment consacré le caractère obligatoire de l'accord signé par le général Murray avec les Hurons de Lorette (traité Sioui)¹⁹⁵, et la Cour d'appel du Québec en a fait autant pour l'accord entre Sir William Johnson et la Confédération des Sept-Nations (traité de Swegatchy)¹⁹⁶.

D'aucuns ont cherché à minimiser l'importance de l'offre des militaires en prétendant que la protection envisagée ne visait que les villages indiens, sans affecter les terres de chasse et de pêche. La Cour d'appel du Québec, dans *Côté c. La Reine*, a jugé cette interprétation «irréaliste et difficilement acceptable dans le contexte de l'époque»¹⁹⁷. Elle suppose effectivement que les

¹⁹³ «(A)ssure them (les Indiens du Canada) His Majesty intends them nor no nations of Indians any harm, as long as they behave properly, on the contrary, gives the greatest assurances of his protecting all such nations, as have any right to expect it, which they of Canada, as well as others have.» «Lettre de William Johnson à Daniel Claus», *op.cit.*, note 71, p. 269.

¹⁹⁴ «Guy Johnson à lord George Germain», 26 janvier 1776, N.Y.C.D., vol. 8, pp. 654 et 655.

¹⁹⁵ *R. c. Sioui*, précité, note 186.

¹⁹⁶ *Côté c. R.*, [1993] R.J.Q. 1350. La Cour suprême du Canada n'a pas voulu se prononcer sur l'existence d'un traité lorsqu'elle a entendu l'appel, dans *R. c. Côté*, précité, note 171, 192 (j. Lamer).

¹⁹⁷ *Côté c. R.*, *id.*, 1368-1370 (j. Baudouin).

autochtones se seraient contentés de négocier une protection restreinte qui ne tiendrait pas compte d'un attribut essentiel de leur mode de vie traditionnel : la pratique de la chasse et de la pêche. Or la Cour, dans l'affaire *Côté*, a interprété un traité signé avec la Confédération des Sept-Nations, des autochtones partiellement sédentarisés vivant sur les terres de mission¹⁹⁸. Son argument est alors d'autant plus probant lorsqu'on s'interroge sur la protection offerte aux communautés nomades, par définition sans établissement permanent, dont la survie dépendait uniquement de la continuation de leurs activités de chasse et de pêche sur les terres tribales. Une interprétation large et libérale, comme il est de règle pour tous les anciens documents concernant les autochtones¹⁹⁹, ne permet pas à notre avis d'autre conclusion : les militaires britanniques ont voulu reconnaître l'existence d'un titre indien sur les terres ancestrales des autochtones.

Une fois la guerre finie, on retrouve le général Amherst signant les articles de Capitulation de Montréal. Conséquent avec la politique qu'il avait lui-même initiée, il a stipulé à l'article 40 que les Indiens alliés du Roi Louis XV seraient «maintenus dans les terres qu'ils habitent, s'ils veulent

¹⁹⁸ L'interprétation de la Cour paraît contredire celle du général Gage, du lieutenant-gouverneur Colden et de l'agent des affaires indiennes Daniel Claus, lorsqu'ils évoquent la question des droits des Indiens des missions (les Indiens qui ont quitté leurs terres ancestrales pour venir s'établir auprès des Français). Il est vrai que ces personnes ne mentionnent pas le traité de Swegatchy, sauf peut-être Claus, mais ils ne pouvaient tous ignorer son existence (voir *infra*, notes 947-951 et le texte correspondant). La contradiction pourrait cependant n'être qu'apparente si l'on interprète le traité de Swegatchy comme la Cour suprême a interprété le traité Sioui dans *R. c. Sioui*, précité, note 186, 1071 (j. Lamer), c'est-à-dire comme une garantie permettant aux autochtones la continuation de leurs activités sur les terres de la Couronne tant que cette dernière ne les occupe pas de manière incompatible:

¹⁹⁹ *R. c. Sioui*, *id.*, 1035 et 1036 (j. Lamer) ; *Nowegijick c. R.*, [1983] 1 R.C.S. 29, 36 (j. Dickson) ; *Simon c. R.*, [1985] 2 R.C.S. 387, 402 (j. Dickson) ; *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, précité, note 9, 142 (j. La Forest) ; *R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901, 906 (j. Wilson).

y rester». Détail important, l'article 40 ne distinguait pas entre les autochtones domiciliés, habitant les terres des missions religieuses, et les autres autochtones occupant toujours leurs terres ancestrales²⁰⁰. Il est vrai qu'une capitulation, un traité de paix, ou tout autre acte en vertu duquel la Couronne acquiert la souveraineté sur un territoire, ne peut limiter son pouvoir absolu de légiférer, et partant d'abroger des droits ou d'en reconnaître d'autres²⁰¹. On peut toutefois penser que ces documents, sans lier formellement la Couronne, faisaient présumer de son intention.

Nous ne nous intéressons pas ici à une promesse plus qu'à une autre. Leur intérêt vient de leur effet cumulé. Elles constituaient ensemble une politique visant à reconnaître systématiquement le droit d'occupation des autochtones anciennement sous juridiction française. Et plutôt que de la dénoncer, Whitehall a implicitement approuvé la politique de ses militaires. Le 5 août 1763, deux mois avant l'adoption de la Proclamation royale du 7 octobre, les lords du commerce ont exigé du surintendant William Johnson et de ses adjoints des informations sur ces nations autochtones, encore inconnues, qui étaient déjà «under His Majesty's immediate protection»²⁰². On semblait donc considérer que la *common law* du titre indien avait été introduite dans l'ancien territoire français, avec pour conséquence que toutes les communautés autochtones du Québec pouvaient invoquer la *common law*, quoiqu'elles n'aient pu faire la preuve d'une entente particulière signée par leurs

²⁰⁰ Voir l'article 40 de la «Capitulation de Montréal», D.R.H.C.C. (1759-1791), p. 18. Le professeur H. BRUN a proposé une autre interprétation mais en se fondant principalement sur l'intention des Français, dans «Les droits des Indiens sur le territoire du Québec», dans Henri BRUN (éd.), *Le territoire du Québec : six études juridiques*, Québec, P.U.L., 1974, 35, 62 et 63.

²⁰¹ Voir *supra*, note 167.

²⁰² «Lettre des lords du commerce à Sir William Johnson», *op.cit.*, note 191, p. 535.

ancêtres. La Proclamation de 1763 devait simplement confirmer législativement leurs droits.

B. La confirmation des droits des autochtones sous le régime civil

Quelques années après la fin des hostilités, le temps était venu d'organiser politiquement les nouvelles possessions pour mettre fin au régime militaire. Dans ce but, le gouvernement britannique usa de trois instruments : la Proclamation royale de 1763 ; les commissions des différents gouverneurs ; et les instructions accompagnant ces commissions. Leur lecture est difficile et pose de nombreux problèmes d'interprétation. Nous proposons donc de les aborder comme un tout indissociable.

Les règles habituelles d'interprétation permettent le recours au contexte historique afin de déterminer l'intention des auteurs d'un document constitutionnel²⁰³. Le poids de l'histoire devient même prépondérant quand il s'agit de textes aussi anciens que la Proclamation royale de 1763 ou la commission du gouverneur Murray. Parce que le sens des mots ou les techniques de rédaction ont pu évoluer, le juriste doit, s'il veut éviter les anachronismes, aller au-delà d'une interprétation littérale et exégétique²⁰⁴. Nous ferons donc l'historique de ces documents.

²⁰³ Voir par exemple la décision portant sur le *Renvoi sur les droits linguistiques du Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721.

²⁰⁴ *Côté c. R.*, précité, note 196, 1361 (j. Baudouin) ; P. DIONNE, *loc.cit.*, note 170, 131.

1. La Proclamation royale de 1763

L'idée d'adopter une proclamation royale, en vue de faire connaître la politique de Sa Majesté à l'égard de ses nouvelles possessions, date du 5 août 1763, jour où les lords du commerce en firent la proposition au Roi *via* son secrétaire, lord Egremont. De l'avis de ces conseillers, inquiets des désordres menaçant la frontière ouest des colonies, une proclamation royale sous le grand sceau de la Grande-Bretagne semblait le moyen approprié pour délimiter les bornes d'un domaine réservé aux Indiens, où aucun établissement européen ne serait permis²⁰⁵.

On ressassait depuis quelque temps déjà le projet d'un immense territoire autochtone situé le long de la frontière²⁰⁶. Le Roi George a d'abord pensé qu'il était préférable de soumettre cette contrée à la juridiction du gouvernement d'une colonie. Les lords du commerce, dans leur rapport du 5 août, cherchèrent à l'en dissuader et proposèrent à la place l'installation d'un commandement militaire. À partir du moment où leur opinion a prévalu dans les cercles ministériels, l'adoption d'une proclamation est devenue incontournable. En effet, la commission nommant le gouverneur d'une colonie royale était à cette époque considérée comme la constitution de cette colonie²⁰⁷. Elle décrivait comment, sur un territoire donné, une assemblée représentative pouvait être convoquée, la manière

²⁰⁵ La lettre est reproduite dans D.R.H.C.C. (1759-1791), pp. 123-126. Les lords du commerce firent référence à cette proposition dans leur lettre, elle-aussi du 5 août (*op.cit.*, note 202), à William Johnson.

²⁰⁶ Clarence W. ALVORD, *Genesis of the Proclamation of 1763*, Lansing, Michigan Pioneer and Historical Society Collections, 1908, pp. 13-19.

²⁰⁷ Leonard W. LABAREE, *A Study of the British Colonial System Before 1783*, New Haven, Yale University Press, 1930, pp. 1-10.

d'y établir des tribunaux, ou les droits devant être reconnus aux citoyens. Si le pays indien avait été placé sous la juridiction d'une colonie, l'instrument qu'est la commission de son gouverneur aurait suffi aux desseins du Roi. C'était d'ailleurs ce qui avait été prévu²⁰⁸. En proposant de n'en rien faire, les lords du commerce devaient par la même occasion suggérer un autre instrument juridique pour organiser politiquement le territoire indien de la frontière. Ce fut la Proclamation royale de 1763.

Dans sa réponse du 19 septembre aux lords du commerce, le Roi, sous la plume de lord Halifax, approuva non seulement la suggestion d'une proclamation, il affirma vouloir en étendre l'ampleur pour couvrir d'autres objets : faire connaître la création et les limites des quatre nouvelles colonies ; déclarer la constitution des nouveaux gouvernements et les pouvoirs généraux de leur gouverneur d'octroyer des terres dans leur juridiction ; interdire les achats privés de terres indiennes ; déclarer la liberté de commerce avec les Indiens, sujette à une réglementation à venir ; et conférer aux militaires et agents des affaires indiennes le pouvoir d'appréhender les criminels qui se sont réfugiés dans la grande réserve indienne de la frontière²⁰⁹.

Dans le passage de la Proclamation traitant de ce pays indien, George III déclara son plaisir et sa volonté...

de réserver pour le présent (...) pour l'usage desdits sauvages, toutes les terres et tous les territoires non compris dans les limites de nos trois gouvernements ni dans les limites du

²⁰⁸ «Lettre des lords du commerce à lord Egremont», 5 août 1763, D.R.H.C.C. (1759-1791), p. 124.

²⁰⁹ Voir D.R.H.C.C. (1759-1791), pp. 127 et 128.

territoire concédé à la Compagnie de la baie d'Hudson, ainsi que toutes les terres et tous les territoires situés à l'ouest des sources des rivières qui de l'ouest et du nord-ouest vont se jeter dans la mer²¹⁰.

En s'appuyant sur ce passage de la Proclamation, le Comité judiciaire du Conseil privé a reconnu la présence d'un titre indien sur la bande de terre encerclant, au nord et à l'ouest, l'ancienne colonie de Québec²¹¹. Il est vrai que la terre en litige était située près du lac Supérieur. Toutefois, d'après le rapport de John Pownall, secrétaire permanent du Board of Trade, rien ne devait distinguer la réserve indienne au nord de la colonie de Québec de 1763 de celle située autour des Grands Lacs²¹².

L'impact de la Proclamation sur les droits aborigènes à l'intérieur de la colonie de Québec est moins sûr. On a certes interdit les achats privés de terres indiennes. Pour le reste, dans la mesure où l'on peut se fier aux documents préparatoires cités plus haut, il n'était pas dans les objectifs de ses rédacteurs de définir la portée territoriale des droits aborigènes dans le gouvernement de Québec, quoiqu'ils aient pu y voir l'occasion d'ajouter une mesure de protection. L'urgence, le danger immédiat, ne venait pas de là²¹³. On trouve une référence, peut-être deux, se rapportant au titre indien dans la colonie de Québec. Il a d'abord le paragraphe introductif de cette partie de la Proclamation

²¹⁰ *Proclamation de 1763*, précitée, note 9, p. 5.

²¹¹ *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen*, précité, note 79.

²¹² «Mr. Pownal's Sketch of a Report concerning the Cessions in Africa and America at the Peace of 1763», reproduit dans Robert A. HUMPHREYS, «Lord Shelburne and the Proclamation of 1763», (1934) 69 *English Historical Review* 241, 258.

²¹³ La révolte de 1763 a surtout impliqué les autochtones de la région des Grands Lacs d'après Bernard ASSINIWI, *L'Odawa Pontiac*, Montréal, XYZ, 1994, pp. 79 et 80.

traitant des autochtones :

Attendu qu'il est juste, raisonnable et essentiel pour notre intérêt et la sécurité de nos colonies de prendre des mesures pour assurer aux nations ou tribus sauvages qui sont en relation avec nous et qui vivent sous notre protection, la possession entière et paisible des parties de nos possessions et territoires qui ont été ni concédées ni achetées et ont été réservées pour ces tribus ou quelque-unes d'entre elles comme territoires de chasse (...)²¹⁴.

Suit, dans le même paragraphe, une interdiction aux gouverneurs des nouvelles colonies de concéder quelque terre au-delà de leur gouvernement respectif, soit dans la grande réserve indienne. La même exigence a été formulée à l'intention des gouverneurs des anciennes colonies, à la différence près qu'on leur a interdit, en plus, de faire des concessions *sur toute terre qui, n'ayant pas été cédée ni achetée par la Couronne, a été réservée aux autochtones*. Cet ajout a pu faire croire *a contrario* que les rédacteurs n'avaient pas en vue les terres des nouvelles colonies²¹⁵. On oublierait alors qu'après avoir délimité les frontières du pays indien et défendu aux Européens de s'y établir, les rédacteurs de la Proclamation ont ajouté le paragraphe suivant :

Et nous enjoignons et ordonnons strictement à tous ceux qui en connaissance de cause ou par inadvertance, se sont établis sur des terres situées dans les limites des contrées décrites ci-dessus *ou sur toute autre terre qui n'ayant pas été cédée ou achetée par nous se trouve également réservée (are still reserved, selon la version originale)* pour lesdits sauvages, de quitter immédiatement leurs établissements²¹⁶.

²¹⁴ Proclamation de 1763, précitée, note 9, pp. 4 et 5.

²¹⁵ Jacqueline BEAULIEU, Christiane CANTIN et Maurice RATELLE, «La Proclamation royale de 1763: le droit refait l'histoire», (1989) 49 *R. du B.* 317, 330.

²¹⁶ Proclamation de 1763, précitée, note 9, pp. 5 et 6 (nos italiques).

Les contrées «décrites ci-dessus» étant le pays indien situé au-delà de la frontière et les réserves des anciennes colonies, les autres terres, dont parle la Proclamation, englobaient nécessairement l'ancien territoire du Québec²¹⁷. Mais alors, quelles étaient ces autres terres qui, avant une cession des autochtones ou leur achat par la Couronne, étaient des terres réservées? Deux interprétations ont eu cours : 1. uniquement les terres de missions et les villages indiens créés ou autorisés par les autorités françaises²¹⁸ ; 2. à ces terres ajouter celles que les Indiens détenaient en vertu d'une occupation effective, et qui n'ont pas été concédées par les Français à leurs ressortissants²¹⁹. Une interprétation textuelle de la Proclamation ne permet pas de choisir. Étant

²¹⁷ Les auteurs J. BEAULIEU, C. CANTIN et M. RATELLE, *loc.cit.*, note 215, 330, croient plutôt que l'expression «contrées décrites ci-dessus» réfère au seul pays indien, ce qui leur permet d'affirmer que les rédacteurs, en utilisant les mots «autres terres», visaient seulement les réserves des anciennes colonies. La Cour d'appel du Québec a préféré croire que la proclamation protégeait, au minimum, les territoires indiens spécifiquement autorisés par les autorités françaises, dans *Côté c. La Reine*, précité, note 196, 1362 et 1363 (j. Baudouin) et *Adams c. La Reine*, précité, note 80, 1022 (j. Beauregard, dont l'interprétation est plus généreuse que celle de son collègue Baudouin). En outre, les instructions adressées au gouverneur Murray, *op.cit.*, note 220, pp. 174 et 175, lui ordonnaient de se conformer aux directives contenues dans la Proclamation à l'égard des Indiens «qui sont sous la dépendance de votre gouvernement », ce qui démontre l'applicabilité du décret royal au territoire du Québec. Dans sa thèse de doctorat, *The Land Rights of Indigenous peoples*, Oxford University, 1979, p. 266, Brian SLATTERY cite une traduction française de la Proclamation, faite par le gouvernement de Trois-Rivières le 28 janvier 1764, qui tend aussi à démontrer son application au territoire du Québec.

²¹⁸ *Côté c. R.*, *id.* ; H. BRUN, *loc.cit.*, note 200, 35-95 ; René DUSSAULT et Louis BORGEAT, *Traité de droit administratif*, 2^e éd., vol. 2, Québec, P.U.L., 1986, pp. 97 et 98 ; Robert J. SURTEES, *Indian Land Cessions in Ontario, 1763-1862 : The Evolution of a System*, thèse de doctorat, Université Carleton, Faculté des Études supérieures, 1982, pp. 8 et 9 ; Maurice RATELLE, *Étude sur la présence des Mohawks au Québec méridional de 1534 à nos jours*, Québec, Ministère de l'Énergie et des ressources, 1991, pp. 18-24.

²¹⁹ *Adams c. R.*, précité, note 80, 1022 (j. Beauregard) ; Jack STAGG, *Anglo-Indian Relations in North America to 1763 and an Analysis of the Royal Proclamation of 7 October 1763*, Ottawa, Ministère des affaires indiennes et du Nord canadien, 1981, pp. 358 et 359 ; P. DIONNE, *loc.cit.*, note 170, 138 ; P.A. CUMMING et N.H. MICKENBERG, *op.cit.*, note 170, p. 88 ; B. SLATTERY, *op.cit.*, note 217, p. 219 ; Richard BOIVIN, «Pour en finir avec la Proclamation royale : la décision *Côté*», (1994) 25 *R.G.D.* 131, 136-142.

donné que la Proclamation n'a pas été rédigée dans le but de définir l'étendue des droits des autochtones dans les colonies, il peut être utile d'aller chercher ailleurs, soit dans la commission du gouverneur Murray et les instructions l'accompagnant²²⁰, l'interprétation qui convient.

2. La commission de Murray et les instructions l'accompagnant

La commission du gouverneur, rédigée en même temps que la Proclamation²²¹, a été comme elle adoptée sous le grand sceau de la Grande-Bretagne²²², ce qui en faisait un document juridique d'égale importance²²³. Commission et Proclamation ont formé ensemble les matériaux de la première constitution québécoise. Au delà d'une certaine redondance, les deux documents se complétaient l'un l'autre et doivent donc être interprétés de pair.

La rédaction de la commission de Murray a été faite en des termes généraux. Restreignant ce qui autrement auraient été de très vastes pouvoirs discrétionnaires, le quatrième paragraphe lui a ordonné d'exécuter tout ce qui se rattachait à son commandement conformément aux instructions, sous le sceau royal ou par décret du Conseil privé, qui lui seraient en même temps transmises. La

²²⁰ Le texte de la commission et des instructions est reproduit dans D.R.H.C.C. (1759-1791), pp. 146-180.

²²¹ Le compte-rendu des délibérés du Conseil privé du 5 octobre 1763, D.R.H.C.C. (1759-1791), p. 130, fait état de projets de commissions pour les gouverneurs Murray (Québec), Grant (Floride est), Johnstone (Floride ouest), et Melvill (Grenade, Dominique, St-Vincent et Tobago).

²²² *Id.*, pp. 136 et 143.

²²³ L.W. LABAREE, *op.cit.*, note 207, p. 6.

commission a aussi prévu la possibilité d'instructions ultérieures²²⁴. Pour ce qui est des terres, elle lui accorda le pouvoir, conjointement avec le Conseil de la Province, de les distribuer, à condition que cela se fasse dans le respect des instructions royales²²⁵. La commission contenait aussi plusieurs autres renvois aux instructions. Whitehall pouvait de la sorte infléchir la politique future de la colonie sans pour autant avoir à changer son gouverneur. On parlerait aujourd'hui de l'adoption de ces instructions comme étant l'exercice d'un pouvoir délégué, car la commission, ayant valeur de loi, est la norme habilitante. Elles contenaient des règles aussi importantes que la composition du Conseil et les modalités de convocation de l'Assemblée générale des francs tenanciers, les organes qui, de concert avec le gouverneur, exerçaient les pouvoirs législatif et réglementaire dans la colonie²²⁶. Ne pas reconnaître aux instructions royales valeur de droit serait dans les circonstances du plus grand paradoxe²²⁷.

Les instructions de Murray requerraient d'assurer la sauvegarde des droits acquis des Français et des Canadiens. Ces derniers pouvaient inscrire dans un registre tous les octrois ou concessions faites par l'ancien régime avant le 3 novembre 1762²²⁸. On a aussi consacré trois articles²²⁹ aux

²²⁴ «Commission du gouverneur Murray», *op.cit.*, note 220, p. 147.

²²⁵ *Id.*, p. 173. Si l'on veut connaître l'interprétation donnée aux directives de Sa Majesté, l'étude des décisions du Conseil paraît donc indiquée (voir *infra*, notes 242-248).

²²⁶ *Id.*, pp. 156-160.

²²⁷ K.O. ROBERTS-WRAY, *op.cit.*, note 167, pp. 146 et 147 ; Ian R. CHRISTIE, *Crisis of Empire : Great Britain and the American Colonies, 1754-1783*, London, Edward Arnold, 1966, pp. 16 et 17.

²²⁸ Article 42 des «Instructions au gouverneur Murray», *op.cit.*, note 220, p. 168.

²²⁹ Articles 60, 61 et 62, *id.*, pp. 174 et 175.

autochtones où sont décrits les droits leur étant reconnus et le comportement à adopter à leur égard. Le premier, l'article 60, suggérait au gouverneur de nommer aussitôt que possible une personne chargée de transiger avec les Indiens. Ce mandataire devait leur promettre la protection et l'amitié de la Couronne. Le second article était une demande d'information sur les Indiens et un ordre de ne pas les molester ou les déranger dans les terres qu'ils occupaient ou possédaient. Enfin, le dernier article, le numéro 62, exigeait du gouverneur le respect des dispositions de la Proclamation du 7 octobre. Il interdisait donc aux sujets du Roi d'acheter ou de prendre possession des terres réservées aux tribus d'indiens vivant sous la protection royale. Rien n'était prévu pour l'enregistrement du titre indien. Contrairement aux droits de propriété des colons français, ce titre était inaliénable et se confondait avec l'intérêt de la Couronne, d'où l'inutilité apparente de l'enregistrement, a probablement pensé Whitehall.

On pourrait dissocier l'article 61 de l'article 62 et prétendre que les terres réservées aux Indiens ne correspondaient pas à celles qu'ils occupaient ou possédaient, le corollaire étant que l'interdiction de les molester sur ces terres ne constituait pas la reconnaissance d'un droit quelconque. Mais il ne faut pas oublier l'article 60 : «rassembler lesdits sauvages (...) traiter avec eux (...) leur promettre protection et amitié de Notre part»²³⁰. Le Roi a voulu offrir sa protection à tous les autochtones, sédentaires ou nomades, un geste qui aurait été vide de sens s'il n'avait visé la sauvegarde de leur unique bien d'importance : la terre. Or, eu égard à la situation des peuples nomades, on ne doit pas présumer que les instructions de la Couronne n'avaient aucun effet utile ou,

²³⁰ Article 60, *id.*, pp. 174 et 175.

pis encore, que leur but étaient de tromper les autochtones. L'honneur et la dignité de la Couronne en effet l'interdisaient²³¹.

Le Roi, par ses instructions au gouverneur Murray, entendait simplement poursuivre la politique entreprise par ses généraux, soit d'offrir aux autochtones qui restaient à convaincre la protection de leur droit d'occupation contre l'acceptation de sa souveraineté : «(V)ous devrez plutôt employer les meilleurs moyens possibles pour gagner leur affection et les attacher à Notre gouvernement», demandait le roi. D'application prospective, les instructions visaient les autochtones qui restaient à convaincre. Les autres, ceux auxquels on avait déjà fait cette promesse sous le régime des militaires, bénéficiaient déjà du manteau protecteur de la *Proclamation de 1763*. Ces documents reflétaient l'unité de pensée et d'action des autorités au lendemain de l'épuisant conflit avec la France.

L'objectif de la Proclamation, en somme, était de confirmer les droits ancestraux des autochtones ainsi que les titres qui leurs avaient été concédés par les Français. Elle n'a pas eu pour effet de les abroger en se substituant à eux. La Cour suprême du Canada a été claire sur ce point : La Proclamation, a-t-elle écrit, reconnaît des droits aux autochtones «sans que cela n'entraîne nécessairement l'extinction de tout autre droit leur étant reconnu par la Couronne britannique (...)»²³². Le juge Brennan, de la Haute cour d'Australie, a de son côté ajouté : «(A) law which reserves (...) land (...) for the purpose of permitting indigenous inhabitants and their descendants to enjoy their

²³¹ *R. c. Sparrow*, précité, note 8, 1107 (j. Dickson).

²³² *R. c. Sioui*, précité, note 186, 1064 et 1065 (j. Lamer). La Cour suprême du Canada, dans *Sioui*, a nié que la Proclamation ait eu quelquel'effet sur les droits issus de traités.

native title works no extinguishment»²³³.

3. Une première interprétation des droits des autochtones après l'adoption de la constitution de 1763

Notre interprétation du droit s'accorde avec celle des officiers militaires et civils les plus hauts gradés d'Amérique dans la période qui a suivi l'adoption de la Proclamation de 1763. Paradoxalement, c'est lorsqu'ils ont refusé de reconnaître l'occupation de certains groupes d'autochtones que les autorités, amenées à se justifier, ont le mieux conceptualisé la politique de leur gouvernement.

i) La distinction entre l'autochtone immigrant et celui vivant toujours sur la terre ancestrale

Alors qu'il s'interrogeait sur l'avalanche de réclamations territoriales faites par les autochtones, un problème que les Français ne connaissaient pas, le général Gage suggéra lui-même la réponse : «I believe they (les autochtones) make difficulties with us because we have gone a different plan»²³⁴. Le général s'était déjà expliqué plus longuement sur ce qu'il entendait par ses remarques. Il ressort de sa correspondance avec le surintendant William Johnson que les autochtones des territoires cédés par la France devaient être traités sur le même pied que ceux des anciennes

²³³ *Mabo c. District of Queensland*, précité, note 25, 432. On pourrait aussi citer l'arrêt du Comité judiciaire du Conseil privé dans l'affaire *Star Chrome*, précité, note 118, 410 et 411 (j. Duff), où l'on a jugé que la création d'une réserve ne changeait pas la nature des droits des autochtones.

²³⁴ «Lettre de Thomas Gage à William Johnson», *op.cit.*, note 180, p. 212. Voir aussi les remarques de William Johnson, *supra*, notes 181 et 182 et le texte correspondant.

colonies britanniques. On reconnaîtrait un titre originaire si les occupants vivaient toujours sur leurs terres tribales traditionnelles. Les autres, qui ont quitté leur établissement d'origine pour venir s'établir dans la colonie à l'invitation des Français, n'auraient de titres que ceux reconnus par leur société d'accueil. Les droits fonciers de communautés telles Kanawhake et Lorette dépendaient donc uniquement du droit de la Nouvelle-France²³⁵. C'est pour cette raison que Daniel Claus, l'agent des affaires indiennes pour le Canada, a refusé d'accepter la demande des Hurons de Lorette qui exigeaient un plus grand domaine :

All I have to observe upon the subject is that whenever a nation or people quit their native country in order to settle & abide in any other nation or government (...) it is reasonably supposed & expected that they are to submit & conform themselves to the laws forms & customs of that nation or government, which I dare say you have experienced while this country was governed by the French²³⁶.

Le général Gage n'aurait pas dit autrement. Il s'est effectivement montré exaspéré des

²³⁵ Le général Gage voulait démontrer à son interlocuteur l'utilité de la Proclamation de 1763 pour protéger les terres des anciens alliés autochtones de la France. Johnson répliqua que l'on devait distinguer les Indiens du sud, qui sont des propriétaires originaux pour lesquelles une politique de cession des terres avaient été établie par la Couronne, et les Indiens Caghnawagas (Kanawhake), Abénaquis et autres, qui vinrent s'établir au Canada à l'invitation des Français pour servir de barrière entre eux et les Anglais. Une observation juste, répondit Gage (voir leur lettres des 27 janvier et 6 février 1764, P.S.W.J., vol. 4, pp. 307, 308 et 318). Cette interprétation concorde avec la promesse faites aux Indiens des missions de Kanawhake et de Kanesatake voulant qu'ils jouissent des mêmes droits que sous le régime français : «(Ces Indiens) were promised by Sr. Wm. Johnson in behalf of His Majesty to enjoy the same privileges they did under the french government and perhaps greater.» (Voir «Journal de Daniel Claus», 15 juillet 1773, P.S.W.J., vol. 13, p. 622. D'ailleurs, en 1784, le gouverneur Haldimand refusa de reconnaître les droits des Mohawks sur la rive sud du Saint-Laurent parce qu'ils ne pouvaient présenter aucun titre (voir la «Lettre de John Johnson au général Haldimand», 11 mars 1784, dans E.A. CRUIKSHANK, *The Settlement of the United Empire Loyalists on the Upper St. Lawrence and Bay of Quinte in 1784 : A Documentary Record*, pp. 58 et 59).

²³⁶ «Réponse de Daniel Claus aux Hurons de Lorette», 28 juillet 1773, A.N.C., MG 19, Claus papers, F1, vol. 1, p. 105.

demandes des Indiens de Kanawhake qui voulaient se faire reconnaître un titre sur les terres adjacentes à leur réserve. «I believe they have no more right than I have», a-t-il écrit à William Johnson²³⁷. Dix jours après, il communiquait avec l'adjoint de Johnson dans la vallée de l'Ohio, Daniel Croghan, le prévenant de se méfier des réclamations non fondées que pourraient faire les autochtones de Fort Chartres ou des rivières Kaskaskias et Ohio. Ces terres, croyait-il, ne leur ont jamais appartenu. Ils y sont venus après avoir fui leurs ennemis en espérant que les Français les protégeraient, et les Français ne leur ont concédé aucun titre, a conclu Gage²³⁸.

Il est fort possible que les Gage, Claus ou Johnson aient commis des erreurs de fait en concluant que telle communauté ou telle autre ne jouissait pas de droits ancestraux. Mais l'erreur de fait n'invalide pas leur interprétation du droit selon laquelle il fallait distinguer entre l'autochtone immigrant et celui qui occupait encore sa terre ancestrale.

ii) Des exemples d'application de la politique britannique envers les autochtones

La méfiance des Britanniques ne les empêchait pas de rendre justice lorsque les requêtes des autochtones leur paraissaient fondées. À l'ouest de la colonie, par exemple, dans la région de l'Outaouais, le gouverneur Carleton a dédommagé les Algonquins et les Nipissings pour des terres

²³⁷ «Lettre du général Gage à William Johnson», *op.cit.*, note 180, p 212.

²³⁸ «Lettre de Gage à Croghan», 16 avril 1766, dans C.W. ALVORD et C.E. CARTER, *op.cit.*, note 178, p. 216.

dont ils ont été dépossédés²³⁹. Ceux-ci avaient exhibé à l'appui de leur prétention une copie authentique de la Proclamation de 1763, contresignée par l'agent des affaires indiennes John Johnson à la demande des Algonquins²⁴⁰. En allant vers le sud on arrive en pays iroquois, et plus précisément à la réserve de Saint-Régis, un domaine qui chevauche les frontières du Québec, de New-York et du territoire indien. On y aurait confirmé le titre des Iroquois parce que, selon le surintendant Johnson, «The Indians of St. Regis are descended from the original proprietors, of course (they) have a right there (...)»²⁴¹.

La protection de la Couronne se manifestait aussi à travers les actes du Conseil de la Province. L'organisme, chargé de la gestion du patrimoine de la Couronne, devait examiner les requêtes des colons désirant obtenir des concessions de terres. Il était donc investi du pouvoir d'interpréter les instructions royales relatives aux terres occupées par les autochtones²⁴². Une copie

²³⁹ «Report of a Committee of the Executive Council, present the Honorable Mr. Smith, Mr. De Lacy, Mr. Stewart, and Mr. Cochran, on your Excellency's Reference of the 7th October 1836, respecting the Indian Department», dans CANADA, INDIAN DEPARTMENT, *Copies or Extracts of Correspondence Since 1st April 1835, Between the Secretary of State for the Colonies and the Governors of the British North American Provinces, Respecting the Indians in Those Provinces*, London, impression ordonnée par la House of Commons, 1839, pp. 27 et 32 (ci-après cité : «*Copies or Extracts of Correspondence (1839)*»).

²⁴⁰ *Id.* Voir aussi P.S.W.J., vol. 10, p. 985.

²⁴¹ «Compte-rendu de la rencontre entre Sir William Johnson et les Indiens du Canada», 6 août 1770, P.S.W.J., vol. 12, p. 843. Il semble que Johnson se soit trompé sur le fondement du droit des Iroquois car la réserve de Saint-Régis leur a été concédée par le Roi de France au début de la guerre de Sept Ans (voir George F.G. STANLEY, «The First Indian "Reserves" in Canada», (1950-51) 4 *Rev. D'Hist. De l'Amér. Fran.* 178, 204 et 205). Johnson donne néanmoins une indication du droit applicable.

²⁴² Voir *supra*, note 225.

de tous les journaux du Conseil était adressée à Whitehall qui en étudiait le contenu²⁴³. Le fait que la métropole ne soit pas intervenue dans ses affaires ne fait que donner plus de poids aux décisions du Conseil.

Le Conseil de la Province de Québec s'occupa plus particulièrement de la péninsule de Gaspé, une région facile d'accès, encore peu habitée malgré la présence des autochtones micmacs, et qui suscitait la convoitise des Européens. Joseph Philibot a été l'un d'eux. Avec en poche un arrêté en Conseil du Roi lui allouant 20 000 acres de terre, le lieu précis restant à déterminer²⁴⁴, Philibot se rendit en 1766 auprès du Conseil de la Province pour demander son dû. Il désigna des terres baignées par la rivière Restigouche, dans la Baie des Chaleurs. Le Conseil refusa parce que ces terres étaient la propriété des Micmacs, ou revendiquées par eux comme telles, et que, «by His Majesty's express command as set forth in his Proclamation of 1763, not within their power to grant»²⁴⁵. L'infortuné Philibot reçut la même réponse à deux autres reprises, en 1767 et 1768²⁴⁶, avant qu'on accède enfin à sa demande, mais cette fois pour une terre à Petit-Pasbebiac qui ne souleva pas

²⁴³ Le secrétaire du Roi, lord Hillsborough, en faisait lui-même la lecture d'après sa lettre au lieutenant gouverneur Cramahé, 18 avril 1772, R.-U., Public Record Office, C.O. 42/31, p. 101.

²⁴⁴ L'arrêté en Conseil porte la date du 18 juin 1766, A.N.C., RG 1, Lower Canada Land Papers, L 3 L, vol. 157, p. 76977 et suiv.

²⁴⁵ «Journal du Conseil de Sa Majesté pour la Province de Québec», 23 décembre 1766, R.-U., Public Record Office, C.O. 42/27, p. 48.

²⁴⁶ «Journal du Conseil de Sa Majesté pour la Province de Québec», 22 avril 1767 et 18 août 1768, Public Record Office, C.O. 42/27, p. 157 et C.O. 42/28, p. 554.

d'objection des autochtones²⁴⁷. Le 16 mai 1767, le Conseil refusa une requête semblable présentée par Hugh Finley, au nom de quelques Acadiens, pour une autre terre située dans le bassin de la Restigouche²⁴⁸.

Infatigables, les Micmacs poursuivirent entre-temps leurs représentations auprès de Québec pour qu'on reconnaisse enfin leurs droits, ce qui amena le gouverneur Haldimand à transmettre au lieutenant-gouverneur Cox cette instruction les concernant : «They must be supported in whatever rights or privileges respecting their hunting etc... they are entitled to at Restigouche (...)»²⁴⁹. Acadiens et Micmacs se querellaient continuellement autour de la rivière Restigouche. On essaya, en 1785, de tracer une frontière départageant les deux camps, mais sans succès²⁵⁰. Le gouvernement créa une commission chargée d'enquêter sur les griefs des autochtones. Cox, qui faisait partie de la commission, a estimé que les Micmacs n'étaient pas propriétaires des terres qu'ils occupaient, car celles-ci avaient été concédées en seigneurie sous le régime français. Elles devaient donc revenir à la Couronne après le départ des propriétaires légaux en vertu du droit de retrait. Il a par contre jugé

²⁴⁷ «Journal du Conseil de Sa Majesté pour la Province de Québec», 3 novembre 1768, Public Record Office, C.O. 42/29, p. 20

²⁴⁸ «Journal du Conseil de Sa Majesté pour la Province de Québec», Public Record Office, C.O. 42/27, p. 188.

²⁴⁹ L'instruction porte la date du 16 août 1780, et est reproduite dans les A.N.C., Haldimand Papers, B-202, p. 106. Un peu plus loin, à la rivière Nouvelle, Cox avait aussi promis aux Indiens par écrit qu'aucune activité ni établissement ne serait permis sur cette terre sans un écrit venant de lui. Il s'est engagé à protéger leurs droits et privilèges en attendant la décision du gouverneur concernant leur réclamation (voir «Lettre de Cox au gouverneur Haldimand», 16 août 1784, A.N.C., Haldimand Papers, B-202, p. 186).

²⁵⁰ «Lettre de Felix O'Hara au gouverneur Haldimand», 12 septembre 1785, A.N.C., Haldimand Papers, B-202, p. 222.

que le droit de pêche des Micmacs dans la Restigouche n'avait pas été éteint et ferait donc «l'objet d'un rapport favorable au gouverneur lord Dorchester (Carleton)»²⁵¹.

De l'autre côté du fleuve Saint-Laurent habitaient les Montagnais. Le régime économique particulier régissant leur terres les a mis à l'abri de la colonisation pendant plus d'un demi siècle, autrement dit suffisamment longtemps pour oublier les promesses passées. Quand le général Murray demanda à Thomas Ainslie de se rendre auprès des Montagnais des postes de traite de Tadoussac et Chicoutimi, l'un de ses buts était de faire obstacle aux Français afin qu'ils n'utilisent pas la voie maritime du Saguenay pour y faire transiter des vivres et des munitions en direction du Haut-Canada²⁵². Les considérations de nature commerciale n'étaient pas absentes non plus. Ces postes, les seuls établissements européens du Saguenay, desservaient le Domaine du Roi, une région où le Roi de France retirait tous les bénéfices provenant de la traite des fourrures. Le général Amherst étant d'avis que ce monopole commercial pouvait tout autant profiter à la Couronne anglaise, il a ordonné à Murray de le continuer²⁵³. Le mandat de l'émissaire de Murray était donc d'obtenir la coopération des Indiens en les assurant de la protection de la Couronne²⁵⁴.

²⁵¹ D.B.C., vol. 4 (1771-1800), sous les noms de Joseph Claude et de Nicholas Cox, pp. 166 et 195. Les remarques de Cox ainsi que d'autres documents relatifs à cette affaire font partie d'un dossier soumis par William Spragg au commissaire des terres de la Couronne, le 12 avril 1865, compilé par les Archives publiques du Nouveau-Brunswick, sous la cote RG 2, RS8, Indiens.

²⁵² «Lettre de Murray à lord Colvil», 20 mai 1760, A.N.C., MG 23, General Murray's Letters, G II, 1, vol. 1, p. 32.

²⁵³ «Plaidoyer de Murray à ses supérieurs pour se défendre d'accusations de malversations portées contre lui», non daté, A.N.C., MG 23, General Murray's Letters, G II, 1, vol. 3, p. 222.

²⁵⁴ Voir *supra*, note 191.

Tout alla comme avant jusqu'à ce que des marchands décident de construire d'autres postes de traite. Ils invoquèrent les dispositions de la Proclamation royale de 1763 garantissant la liberté de commerce avec les Indiens. Le Conseil de la Province ordonna leur destruction en se fiant à un avis du procureur général, celui-ci ayant jugé que les marchands avaient construit sur des terres réservées aux Indiens par la Proclamation²⁵⁵. Un comité du Conseil privé entérina sa décision, mais pour l'unique motif que les terres du Domaine du Roi étaient exclues de l'application des dispositions de la Proclamation royale sur la liberté de commerce. Rien n'indique que les droits des Indiens de la région aient été considérés, que ce soit pour les nier ou pour les confirmer²⁵⁶. Il n'empêche, on sait d'autre source que l'opinion des Montagnais comptait énormément aux yeux du gouvernement britannique²⁵⁷. Ce gouvernement ne les aurait sûrement pas contredit lorsque les Montagnais ont interprété la promesse d'Ainslie comme une garantie de la continuation de leurs activités de chasse et de pêche²⁵⁸.

²⁵⁵ B. SLATTERY, *op.cit.*, note 217, pp. 223 et 224.

²⁵⁶ «Report from the Right Honorable the Lords of the Committee of Council for Plantation Affairs», Proclamation, 20 octobre 1768, Gazette de Québec.

²⁵⁷ Dans un échange entre le lord de la trésorerie et le receveur-général, du 10 mars 1766, A.N.C., MG 23, General Murray's Letters, G II, 1, vol. 3, pp. 176 et 177, on retrouve des propos : «We having been informed that the posts and places of resort to which the Indians + Savages Nations used at stated times of the year to come with their furs and peltries were formerly kept as part of the King's domain and estate but that a lease of the said posts and places hath been granted by governor Murray to a company of merchants (...) acquaint us for His Majestys information whether in your opinion by the continuance of the said lease *the confidence of the Savages may be gained and their affection to His Majestys government be conciliated and preserved in the most effectual manner*, or whether the said purposes may not be better answered and obtained by opening a free intercourse of trade between them + the province (nos italiques).»

²⁵⁸ Inquiets des rumeurs courant sur la vente de leurs terres à des particuliers, les Montagnais ont rappelé au gouverneur Murray la promesse donnée par son émissaire et le sens qu'ils lui ont donné. Voici leurs propos, tels que les a rapportés le père Coquart dans une lettre au gouverneur Murray, le 12 mars 1765 : «Sont-ce la les promesses que nous a fait faire notre père le Roi d'Angleterre; toi, mon père (le

Tout en acceptant le principe de l'existence de droits originaires dans les anciennes possessions françaises, les autorités britanniques ont néanmoins modulé l'application de ce principe en fonction du territoire visé. Elles ont, en effet, beaucoup plus facilement reconnu ces droits au nord et à l'ouest de la colonie de Québec, telles que les a définies la proclamation d'octobre 1763²⁵⁹, qu'à l'intérieur de ses frontières. L'attitude différente des autorités, selon que l'on était d'un côté ou de l'autre de la frontière, reflétait l'importance politique de celle-ci. Rappelons les assurances de George III aux autochtones qu'aucun établissement européen ne serait permis dans le territoire indien²⁶⁰. La Couronne ne pouvait alors, unilatéralement, ouvrir de nouvelles terres à la colonisation, et ainsi remettre en cause le tracé des frontières, sans du coup irriter les autochtones et faire courir de graves dangers aux immigrants anglais. Dans les colonies, par contre, où les Indiens et les Européens

père Coquart), tu nous a dit que son intention était de nous faire jouir des avantages de la paix comme ses autres sujets, nous espérons qu'il voudra bien nous tenir la parole qu'il nous a fait donner. (...) Aujourd'hui notre père Le Roi d'Angleterre a fait par les armes la conquête de ce pays. Ce pays lui appartient donc : c'était des terres que le Roi de France s'était réservées, elles appartiennent aujourd'hui à notre père le Roi d'Angleterre. Qu'il les prenne donc, qu'il se les réserve. Nous voulons être ses enfants, et nous lui serons toujours fidèles : nous demandons seulement qu'il nous fasse chasser tranquillement et sans inquiétude, que nous n'ayons à répondre qu'à lui ou au chef qu'il mettra à Québec pour nous gouverner, mais qu'il ne permette pas que l'on donne ou vende nos terres à plusieurs particuliers (voir la référence au Fonds d'archives du Conseil exécutif, 03Q-E5, article 11, aux Archives nationales du Québec).» Malgré cette lettre, le Conseil de la province demanda tout d'abord aux Montagnais de produire un titre de propriété (voir «Extraits des minutes de la réunion du Conseil législatif de Québec», 3 juin 1765, A.N.C., RG 1, E 1, *Conseil législatif*, vol. B, p. 6, aussi reproduit par Nelson-Martin DAWSON, *Lendemain de conquête au Royaume du Saguenay: le Domaine du Roi dans la politique impériale britannique (1760-1767)*, Montréal, Nuit Blanche, 1996, p. 251). Il semble que le Conseil abandonna son exigence et épousa le point de vue des autochtones puisque ce même Conseil a plus tard considéré que leurs terres étaient protégées par la Proclamation de 1763 (voir *supra*, note 255).

²⁵⁹ *Proclamation de 1763*, précité, note 9, pp. 1 et 2.

²⁶⁰ *Id.*, pp. 4 et 6. Aussi, les traités signés pour préciser les limites du pays indien prévoyaient que toute modification aux frontières se ferait de consentement mutuel (voir «Representation of Lords of Trade on the State of Indian Affairs», *op.cit.*, note 67).

cohabitaient depuis plus d'un siècle et demi, le danger ne paraissait pas aussi grand. Prenons l'exemple de la colonie de Québec où le rapport démographique favorisait les Européens dans une proportion de dix contre un²⁶¹. On comprend alors pourquoi Whitehall n'a éprouvé aucun scrupule à favoriser sa colonisation²⁶². Les autochtones devaient protester avec véhémence pour qu'on daigne enfin les écouter, et l'interlocuteur anglais se montrait parfois très exigeant avant de leur reconnaître quelque droit²⁶³.

Nous convenons donc que les droits des autochtones de la colonie sur leurs terres tribales traditionnelles n'ont pas toujours été respectés, contrairement aux droits qui leur avaient été concédés expressément par les Français. Ce qui paraît cependant indiscutable, du moins selon notre opinion, est que les Britanniques aient reconnu le principe de leur existence et promis de les protéger.

²⁶¹ En 1763, la colonie de Québec comptait environ 75 000 habitants alors que le nombre d'autochtones recensés dans ce territoire, encore en 1823, ne dépassait pas 7 000 (voir la carte «Canada, autochtones 1823», Service information de l'Atlas national, Division des services de géographie, Centre canadien de cartographie, Ministère de l'Énergie, mines et ressources Canada, 5^e éd., 1990).

²⁶² «I have only to express the satisfaction it gives me to find, by the variety of applications for land which appear upon the last minutes of Council (le Conseil de la Province de Québec), that so great a spirit for cultivation of the vast lands in the colony has spread itself among His Majesty's natural born subjects (...).» «Lettre de lord Hillsborough au lieutenant-gouverneur Cramahé», *op.cit.*, note 243.

²⁶³ Comme cette fois où le lieutenant-gouverneur Cox de Gaspé a considéré que les autochtones ne devaient bénéficier d'aucun traitement préférentiel : «Four or five Indian families are settled on river Cascapija, one family only claims the sole right of fishing in said river. I think it an unreasonable claim as the said river is situated between Tracadigaich and Bonaventura, in the heart of our settlement, and where the next township in this bay, for the loyalists ought to be laid out, on account of the said river, and the goodness of the land, therefore said river ought to be (...) not monopolisee, by Savage, Accadian, or any other.» «Lettre de Cox au gouverneur Haldimand», *op.cit.*, note 249.

CHAPITRE III

LES DROITS FAISANT L'OBJET DU RAPPORT ENTRE LA COURONNE ET LES AUTOCHTONES

En Amérique, la Couronne s'était donc engagée à protéger les possessions et usages des autochtones contre les fraudes et les empiètements partout où elle a établi sa souveraineté. Les droits visés comprenaient les droits originaires du premier occupant (*i.e.* les droits ancestraux), ainsi que les droits reconnus par le régime colonial français. Il reste à esquisser le contenu de ces droits si l'on veut comprendre la portée substantive de l'engagement de la Couronne.

On a beaucoup appris récemment sur la nature des droits originaires ou ancestraux. Les dernières décisions de la Cour suprême du Canada, notamment *Van der Peet*²⁶⁴, *Smokehouse*²⁶⁵, *Gladstone*²⁶⁶, *Pamajewon*²⁶⁷, *Côté*²⁶⁸ et *Adams*²⁶⁹, ont balisé ses principaux fondements conceptuels ; on sait désormais que les droits ancestraux tirent leur origine et substance des coutumes, pratiques et traditions qui font partie intégrante de la culture distinctive des sociétés autochtones, et dont l'origine remonte à une période antérieure au contact avec les Européens²⁷⁰. En matière foncière, a

²⁶⁴ R. c. *Van der Peet*, précité, note 16.

²⁶⁵ R. c. *N.T.C. Smokehouse*, [1996] 2 R.C.S. 672.

²⁶⁶ R. c. *Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723.

²⁶⁷ R. c. *Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821.

²⁶⁸ R. c. *Côté*, précité, note 171.

²⁶⁹ R. c. *Adams*, précité, note 80.

²⁷⁰ R. c. *Van der Peet*, précité, note 16, 548-564 (j. Lamer) ; R. c. *N.T.C. Smokehouse*, précité, note 265, 685 (j. Lamer) ; R. c. *Gladstone*, précité, note 266, 743-745 (j. Lamer) ; R. c. *Pamajewon*, précité,

précisé la Cour suprême, les droits ancestraux peuvent prendre la forme d'usages tels la chasse, la pêche ou la cueillette, indépendants de l'existence d'un titre indien²⁷¹. La principale inconnue demeure la possibilité que des droits gouvernementaux fassent aussi partie du corpus des droits ancestraux. Ce sujet sera donc le premier volet du présent chapitre. Le second volet sera consacré aux autres droits devant être protégés par la Couronne, les droits dérivant du régime colonial français. Comme on en sait encore très peu à leur sujet, notre travail en sera un de défrichage, que nous espérons suffisant pour pouvoir les comparer aux droits ancestraux.

A. La nature privée des droits protégés par l'engagement de la Couronne

Avant d'aborder la délicate question de la nature publique ou privée des droits protégés des autochtones, il faut rappeler que le juriste qui affirme ou nie l'existence d'un droit le fait toujours en se référant à un système juridique. Notre système de référence pour juger des droits des autochtones est la *common law*. Les postulats sur lesquels reposent ce système, ses principes fondamentaux si l'on préfère, peuvent être ou non légitimes dépendant du point de vue de la personne concernée ; la question relève cependant de la philosophie ou de la science politique plutôt que du droit positif car le tribunal, s'il invoque fréquemment les notions de justice et d'équité, n'ira jamais remettre en cause les postulats du système juridique dont dépendent l'ordre et la stabilité de sa société²⁷². Or un tel

note 267, 823 (j. Lamer) ; *R. c. Côté*, précité, note 171, 166-168 (j. Lamer) ; *R. c. Adams, id.*, 116-118 (j. Lamer).

²⁷¹ *R. c. Côté, id.*, 166 et 167 (j. Lamer) ; *R. c. Adams, id.*, 117 et 118 (j. Lamer).

²⁷² Voir supra, notes 22-25, 29, 400 et 401 et le texte correspondant. On peut également invoquer la doctrine de la primauté du droit qui garantit l'ordre social existant telle qu'appliquée dans le *Renvoi*

postulat est ici en cause : c'est celui du monopole gouvernemental de la Couronne sur tous les territoires assujettis à sa souveraineté, un pouvoir de gouvernement, selon la doctrine positiviste, étant le pouvoir d'un souverain d'imposer le respect de ses lois par un appareil de contrainte²⁷³.

Dans *R. c. Pamajewon*²⁷⁴, la Cour suprême du Canada a décliné l'invitation des autochtones qui voulaient qu'elle se prononce sur l'existence de leur droit inhérent à l'autonomie gouvernementale²⁷⁵. Toutefois, a néanmoins précisé la Cour, à supposer que ce droit existe, le champ de compétence du gouvernement autochtone est limité aux pouvoirs qu'il exerçait au moment du contact avec les Européens²⁷⁶. D'autres instances et juridictions comme les cours d'appel d'Ontario et de Colombie-Britannique et la Haute cour d'Australie ont quant à elles rejeté la prétention des peuples autochtones, sans autre commentaire²⁷⁷. Elles ont passé sous silence l'opinion

sur les droits linguistiques au Manitoba, précité, note 203.

²⁷³ Voir *infra*, note 324.

²⁷⁴ Précité, note 267.

²⁷⁵ Inhérent, dans ce contexte, signifie que le droit de se gouverner ne résulterait pas d'une délégation de pouvoir de la Couronne de Grande-Bretagne. Il s'agirait plutôt d'un droit qui aurait survécu à l'établissement de la souveraineté britannique. L'autonomie gouvernementale des autochtones existerait donc même sans la preuve «d'aucun traité, ni d'aucune ordonnance du pouvoir exécutif ou disposition législative», pour reprendre la description du titre indien faite dans *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, précité, note 83, 390 (j. Hall) et *Guerin c. R.*, précité, note 2, 377 et 388 (j. Dickson). Lire également le rapport intérimaire publié par la COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *Partenaires au sein de la Confédération : Les peuples autochtones, l'autonomie gouvernementale et la Constitution*, Ottawa, Groupe Communication Canada, 1993, à la p. 36.

²⁷⁶ *R. c. Pamajewon*, précité, note 267, 832 et 833 (j. Lamer).

²⁷⁷ *Delgamuukw c. British Columbia*, précité, note 83, 148-153 (j. MacFarlane), 222-226 (j. Wallace) ; *Wik Peoples c. Queensland*, précité, note 18, 262 et 263 (j. Kirby) ; *R. c. Pamajewon*, (1995) 21 O.R. (3d) 385, 400 et 401 (C.A.) (j. Osborne) ; *Coe c. The Commonwealth [The Wiradjuri Claim]*, [1994]

d'une doctrine majoritaire pour qui le droit inhérent des autochtones à l'autonomie gouvernementale existe toujours²⁷⁸. Pourtant, nous sommes d'avis que les cours canadiennes et australiennes ont eu raison sur le fond. La doctrine, en effet, n'a pas tenu compte de huit siècles de traditions constitutionnelles anglaises, un oubli qui a nécessairement coloré son interprétation des pratiques coloniales comme celle des promesses faites aux autochtones après la chute de la Nouvelle-France. C'est pourquoi nous débutons notre chapitre par un rappel de ces traditions constitutionnelles avant de passer aux relations entre la Couronne et les peuples autochtones.

68 A.L.J.R. 110, 114 et 115 (H.C. Aust.) (j. Mason) ; *Walker c. State of New South Wales*, (1994) 182 C.L.R. 45, 48 et 49 (H.C. Aust.) (j. Mason).

²⁷⁸ Sans prétendre être exhaustif, mentionnons parmi les auteurs canadiens : Alain LAFONTAINE, «La coexistence de l'obligation de fiduciaire de la Couronne et du droit à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones», (1995) 36 *C. de D.* 669 ; COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *op.cit.*, note 275 ; Kent McNEIL, «Envisaging Constitutional Space for Aboriginal Governments», (1993) 19 *Queen's L.J.* 95 ; John BORROWS, «A Geneology of Law : Inherent Sovereignty and First Nations Self-Government», (1992) 30 *Osgoode Hall L.J.* 291 ; Mark WALTERS, «British Imperial Constitutional Law and Aboriginal Rights : A Comment on *Delgamuukw v. British Columbia*», (1992) 17 *Queen's L.J.* 350 ; Bruce RYDER, «The Demise and Rise of the Classical Paradigm in Canadian Federalism : Promoting Autonomy for the Provinces and First Nations», (1991) 36 *R.D. McGill* 308 ; Michael ASCH et Patrick MACKLEM, «Aboriginal Rights and Canadian Sovereignty : An Essay on *R. v. Sparrow*», (1991) 29 *Alta. L. Rev.* 492 ; Bruce CLARK, *Native Liberty, Crown Sovereignty : The Existing Aboriginal Right of Self-Government in Canada*, Montréal-Kingston, McGill-Queen's University Press, 1990 ; Brian SLATTERY, *loc.cit.*, note 131 ; William R. McMURTRY et Alan PRATT, «Indians and the Fiduciary Concept, Self-Government and the Constitution : *Guerin* in Perspective», (1986) 3 *C.N.L.R.* 19. *Contra* : Bob FREEDMAN, «The Space for Aboriginal Self-Government in British Columbia : The Effect of the Decision of the British Columbia Court of Appeal in *Delgamuukw v. British Columbia*», (1994) 28 *U.B.C.L. Rev.* 49 ; W.I.C. BINNIE, «The Sparrow Doctrine: Beginning of the End or End of the Beginning?», (1990) 15 *Queen's L.J.* 217.

1. Le monopole gouvernemental du roi anglais sur les territoires assujettis à sa souveraineté

i) Le royaume d'Angleterre : une couronne, un souverain, et un gouvernement

La bataille de Hastings de 1066 a marqué la conquête de l'Angleterre par Guillaume de Normandie. En cette époque où le droit de gouverner se confondait avec la propriété²⁷⁹, on a considéré que le roi Guillaume avait été, à un moment ou à un autre, le propriétaire de chaque parcelle de terre de son royaume. En principe, le roi a donc assumé avec la propriété le pouvoir absolu, pour ensuite en confier partiellement l'exercice à des seigneurs auxquels il a accordé des domaines sous une tenure féodale. De là vient l'importance juridique de la conquête. Tous les titres fonciers, et les droits de gouvernement s'y rattachant, devaient normalement prendre source dans une concession du roi, «as if the English had in fact, as well as in theory, owed every thing they had to the bounty of their sovereign lord»²⁸⁰. En outre, le roi, avec l'aide de ses cours de justice, a veillé à ce que les droits de ses vassaux restent de portée limitée²⁸¹. La féodalité version anglo-normande a pris par conséquent un visage particulier, différent de celui prévalant sur le continent. Il n'y a pas eu, comme en France, un agrégat de différentes souverainetés, une alliance entre des principautés semi-

²⁷⁹ William HOLDSWORTH, *op.cit.*, note 139, vol. 1, 7^e éd., 1956, pp. 19-28.

²⁸⁰ W. BLACKSTONE, *op.cit.*, note 17, vol. 2, p. 51.

²⁸¹ W. HOLDSWORTH, *op.cit.*, note 279, pp. 25 et 26 ; Frederic W. MAITLAND, *Domesday Book and Beyond*, Cambridge-Boston, Cambridge University Press-Little Brown & Co., 1897, pp. 154-155. Ainsi que l'a remarqué le professeur Plucknett, «It was impossible for English lawyers to say that our kings parted with a fraction of their sovereignty every time they created a fief», dans Theodore F.T. PLUCKNETT, *Legislation of Edward I*, Oxford, Clarendon Press, 1949, p. 6.

indépendantes, mais la formation d'un seul État, sous la gouverne d'un seul maître²⁸².

La suite de l'histoire de l'Angleterre n'a été qu'une longue lutte de la noblesse contre l'omnipotence de son roi. Avec des hauts et des bas, de la *Magna Carta* à la *Glorious Revolution*, les barons anglais réussirent à imposer un nouvel ordre politique et juridique. La Constitution actuelle du Royaume-Uni tient à l'usage qu'ils ont fait de leur puissance acquise aux dépens du roi. Au lieu de créer des enclaves autonomes, les barons préférèrent en effet conduire les affaires du pays en faisant usage des institutions royales existantes, soit le parlement, l'organe politique représentant la noblesse et le peuple en communion avec son souverain, et le Conseil du roi, en l'occurrence ses ministres²⁸³. Le gouvernement de Sa Majesté est ainsi devenu le gouvernement de la nation. Ceci a permis au roi de conserver en droit sa prééminence quoique, en pratique, il n'a plus gouverné que suivant les conseils de ses ministres et dans l'obéissance des lois de son parlement. Le roi, la Couronne²⁸⁴, incarnait donc toujours l'État anglais, et les institutions politiques du royaume demeuraient celles, embryonnaires, établies par les rois normands et angevins ; mais, en vertu des lois et des conventions constitutionnelles, la souveraineté réelle résidait désormais entre les mains du parlement. Les Anglais avaient réussi ce qui apparaissait de prime abord comme un contresens:

²⁸² Jean-Louis De LOLME, *The Constitution of England*, London, J. Cuthel, 1781, réédité par Henry G. Bohn, London, 1853, pp. 18-24 ; Gary B. ADAMS, *The Origins of the English Constitution*, New-Haven, Yale University Press, 1912, réimpression par Oxford University Press, London, 1986, p. 30.

²⁸³ G.B. ADAMS, *id.*, pp. 149-153 ; Marshall M. KNAPPEN, *Constitutional and Legal History of England*, New York, Harcourt, Brace & Co., 1942, pp. 378, 490 et 557 ; Geoffrey R.Y. RADCLIFFE et Geoffrey CROSS, *The English Legal System*, 6^e éd., London, Butterworths, 1977, pp. 31 et 61.

²⁸⁴ L'appellation de Couronne sert à distinguer la personne physique du roi de l'institution politique qu'il représente.

préservé une constitution où le roi détenait tous les pouvoirs pour servir de véhicule à une démocratie libérale.

Le roi a conservé intactes ses prérogatives gouvernementales parce qu'elles étaient inaliénables, sous réserve d'éventuelles lois du parlement. Cette règle de l'inaliénabilité remonte au moyen-âge, à une époque où chaque roi faisait profession dans son serment de ne pas céder ses pouvoirs, et de révoquer toute aliénation faite par ses prédécesseurs²⁸⁵. Henri III (1216-1272) et Edward I (1272-1307) n'ont d'ailleurs eu de cesse de le rappeler à leurs vassaux²⁸⁶. Bracton, un auteur dont les écrits remontent au début du quatorzième siècle, justifia la règle de l'inaliénabilité en s'éloignant de la conception traditionnelle de la royauté sous un régime féodal. Le roi, expliqua l'auteur, est le défenseur du bien public ; or l'aliénation de ses prérogatives gouvernementales le rendrait incapable de s'acquitter de son devoir²⁸⁷. Aussi bien dire que le roi et personne d'autre ne pouvait assurer la pérennité de l'État anglais, d'où le corollaire : «The royal prerogatives must be deemed intact in the king's person and in the king's person alone»²⁸⁸. Il y eut sûrement une part de

²⁸⁵ Peter Norman RIESENBERG, *Inalienability of Sovereignty in Medieval Political Thought*, New York, Columbia University Press, 1956, p. 110 ; Gaines POST, *Studies in Medieval Legal Thought: Public Law and the State, 1100-1322*, Princeton, Princeton University Press, 1964, pp. 400, 431 et 432.

²⁸⁶ P.N. RIESENBERG, *id.*, p. 103.

²⁸⁷ H. De BRACON, *op.cit.*, note 143, vol. 2, pp. 166 et 167 ; P.N. RIESENBERG, *id.*, pp. 36 et 245 ; G. POST, *op.cit.*, note 285, p. 160.

²⁸⁸ Stanley Bertram CHRIMES, *English Constitutional Ideas in the Fifteenth Century*, New York, American Scholar Publications Inc., 1966, p. 58. Lire de même P.N. RIESENBERG, *id.*, p. 15 et G. POST, *id.*, p. 281.

propagande dans le message véhiculé par les rois et leurs partisans²⁸⁹, mais propagande ou non, l'idée d'inaliénabilité devait à terme s'imposer dans la conscience juridique ; au début du dix-septième siècle, en effet, les Bacon et Coke, en émules de Bracton, ont distingué entre les prérogatives de nature privée dont le roi pouvait se séparer et les autres de droit public qu'il devait absolument conserver²⁹⁰. Alors que les siècles avaient réduit comme peau de chagrin le droit de propriété de la Couronne, son titre radical, au point où il n'était plus qu'une utile fiction juridique²⁹¹, son monopole gouvernemental était par contre demeuré bien vivant, fut-il exercé par d'autres au nom du souverain²⁹².

²⁸⁹ On a par exemple admis qu'une personne privée pouvait prescrire des droits régaliens. L'inaction du souverain faisait alors présumer une délégation de sa part (Joseph CHITTY, *A Treatise on the Law of the Prerogatives of the Crown*, London, Butterworth, 1820, p. 119 ; W. BLACKSTONE, *op.cit.*, note 17, vol. 2, p. 37).

²⁹⁰ Francis D. WORMUTH, *The Royal Prerogative, 1603-1649*, London-Port Washington (N.Y.), Kennikat Press, 1972, pp. 54-60.

²⁹¹ Encore aujourd'hui, d'après la décision de la Haute cour d'Australie dans *Mabo c. Queensland*, précité, note 25, 416 et 417 (j. Brennan), 457 (j. Dawson, dissident pour d'autres considérations) et 483 et 484 (j. Toohey), il semble exister en *common law* une présomption irréfragable voulant que la Couronne détienne un titre radical sur toutes les terres où elle exerce sa souveraineté, sauf que ce titre n'a plus rien à voir avec la propriété utile ou réelle. *Contra* : Kent McNEIL, *Common Law Aboriginal Title*, Oxford, Clarendon Press, 1989, pp. 108-110, où l'auteur conteste la nécessité d'une telle présomption.

²⁹² Le solliciteur-général du Royaume-Uni, sir John Milford, a tracé ce portrait de l'architecture constitutionnelle de son pays : «Gentlemen, when it is considered what is the nature of the government of this country, there cannot be a doubt upon the subject. For, in truth, the person of the King, in name, is the state itself. All the powers of the state, legislative and executive, are nominally in him. Not really, because the King can make no law but by the advice and with the assent of the Lords and Commons in Parliament. He can execute no law but by his judges and other ministers of justice, according to a formed and regular establishment. He really does nothing, but he nominally does every thing. The consequence is, that he is, to all intent and purposes, the sole representative of the state; and in his name every act is done.» Procès Hardy pour haute trahison, reproduit dans l'ouvrage de Thomas Bailey HOWELL, *Howell's State Trials*, vol. 24, London, Longman, Hurst, Rees, Orme & Brown, 1812-1826, p. 1183. Le lecteur peut aussi consulter les ouvrages suivant qui traitent du pouvoir nominal du Roi : J. ALLEN, *Inquiry Into the Rise and Growth of the Royal Prerogative in England*, 1830, réédition par Burt Franklin, New York, 1849, p. 25 ; Henry John STEPHEN,

On réalise sans peine qu'une application stricte de la règle de l'inaliénabilité aurait laissé le pays conquis par Guillaume ingouvernable. L'administration du royaume requerrait de fait une certaine décentralisation de l'exercice du pouvoir. Le roi y a pourvu au moyen de la délégation, ce qui a laissé intactes ses prérogatives de souverain²⁹³. Au moyen-âge, les principaux bénéficiaires de cette décentralisation furent les seigneurs anglais dont nous avons déjà parlé, les *lords*, auxquels se sont ajoutées les corporations urbaines, connues sous le nom de *boroughs*. Les premiers jouissaient des prérogatives normalement reconnues par le droit féodal au seigneur alors que les seconds devaient limiter leurs prétentions aux droits énumérés dans leur charte²⁹⁴.

La souveraineté du roi et de ses institutions a donc eu en Angleterre un sens précis. Elle ne représentait pas tant l'affirmation d'un pouvoir politique supérieur aux autres que celle d'un pouvoir politique excluant tous les autres. Bref, le roi était, par la *common law*, l'unique détenteur d'un droit inhérent de gouverner. Ceci dit, faut-il pour autant conclure que la *common law* devait s'appliquer de la même façon dans les colonies²⁹⁵ ? A cette question, Joseph Chitty et Arthur Berriedale Keith

Stephen's Commentaries on the Laws of England, 21^e éd., volume 3, London, Butterworth, 1950, pp. 284-287 ; J. CHITTY, *op.cit.*, note 289, pp. 3 et 4 ; G.B. ADAMS, *op.cit.*, note 282, p. 41 ; W. BLACKSTONE, *op.cit.*, note 17, vol. 1, pp. 230-270.

²⁹³ H. De BRACTON, *op.cit.*, note 143, p. 167 ; G. POST, *op.cit.*, note 285, pp. 281-283 ; P.N. RIESENBERG, *op.cit.*, note 285, pp. 18, 30-31, 35-36 et 172-174.

²⁹⁴ John E JOLIFFE, *The Constitutional History of Medieval England*, 4^e éd., London, Adam & Charles Black, 1961, p. 305 ; W. HOLDSWORTH, *op.cit.*, note 279, vol. 1, 7^e éd., 1956, p. 28 et suiv.

²⁹⁵ Car on ne doit pas se méprendre. La nature de la souveraineté du roi sur une colonie dépendait uniquement du droit de la métropole. Voir : *Sammut c. Strickland*, [1938] A.C. 678, 697 (C.P.) (j. Maugham) ; *Madzimbamuto c. Lardner-Burke*, [1969] 1 A.C. 645, 721 (C.P.) (j. Reid). *Contra* : Brian SLATTERY, «Aboriginal Sovereignty and Imperial Claims», (1991) 29 *Osgoode Hall L.J.* 681, 691 et 692.

ont répondu qu'il n'y a aucun doute que les droits et principes sur lesquels repose l'autorité du roi ont été étendus aux colonies, cela peu importe les lois particulières qui les gouvernent²⁹⁶. Nous sommes obligés de constater que leur opinion s'accorde avec la jurisprudence dont voici les grandes lignes.

ii) Le prolongement colonial des prérogatives de gouvernement de la Couronne

Les règles portant sur la réception du droit anglais dans les colonies ont d'abord été esquissées par les juges en chef Coke et Holt dans leurs arrêts *Calvin*²⁹⁷ et *Blankard c. Galdy*²⁹⁸, puis résumées par Blackstone dans ses *Commentaries on the Laws of England*²⁹⁹, mais il a fallu attendre la décision d'un autre juge en chef, lord Mansfield dans *Campbell c. Hall*³⁰⁰, pour les voir exposées sous une forme plus définitive³⁰¹. Ces Messieurs ont distingué deux types de colonies: la colonie de peuplement et la colonie conquise ou cédée. La colonie de peuplement était un territoire inhabité

²⁹⁶ J. CHITTY, *op.cit.*, note 289, p. 25 ; Arthur Berriedale KEITH, *The Constitutional Law of the British Dominions*, London, MacMillan, 1933, pp. 97 et 98.

²⁹⁷ *Calvin's Case*, (1609) 7 Co.Rep. 1a, 77 E.R. 377.

²⁹⁸ (1694) 2 Salk. 411, 91 E.R. 356.

²⁹⁹ W. BLACKSTONE, *op.cit.*, note 17, vol. 1, pp. 104 et 105.

³⁰⁰ Précité, note 167. L'arrêt *Campbell c. Hall* a par ailleurs été cité avec approbation lors de l'affaire *Calder c. Procureur général du Canada*, précité, note 83, 387-389 (j.Hall, dissident pour d'autres considérations).

³⁰¹ Ces ouvrages traitent de manière exhaustive du droit colonial : W. HOLDSWORTH, *op.cit.*, note 139, vol. 11, 1938, réimpression 1966, pp. 3-274 ; J. CHITTY, *op.cit.*, note 289, pp. 25-39 ; Arthur Berriedale KEITH, *Constitutional History of the First British Empire*, Oxford, Clarendon Press, 1930 ; Anthony STOKES, *A View of the Constitution of the British Colonies in North-America and the West Indies*, London, Dawson of Pall Mall, 1969 ; Henry JENKINS, *British Rule and Jurisdiction beyond the Seas*, Oxford, Clarendon Press, 1902 ; et, plus récemment, dans un contexte de droits autochtones, K. McNEIL, *op.cit.*, note 161.

jusqu'à l'arrivée des Anglais. Les nouveaux venus devaient respecter les lois de la mère patrie en autant qu'elles convenaient à leurs conditions de vie de pionniers³⁰². La colonie conquise ou cédée était quant à elle un territoire déjà peuplé, et politiquement organisé, où le roi anglais a délogé l'ancien souverain. Les lois existantes continuaient en principe de s'y appliquer, à moins que le roi, par un acte exprès, n'ait décidé de les remplacer par d'autres lois. C'est évidemment la dernière hypothèse qui nous intéresse car elle suppose la présence d'un gouvernement avant la venue des Anglais.

La règle de la continuité des lois d'une colonie conquise ou cédée souffrait toutefois d'un tempérament. La Couronne de Grande-Bretagne, en effet, ne venait pas coiffer l'administration qui était en place, mais se substituait à elle, avec pour conséquence que tout le droit public afférent à l'exercice de l'autorité publique devait être remplacé par la *common law*³⁰³. Quoique les lois antérieures aient pu être différentes du droit public anglais, elles ne pouvaient donc modifier

³⁰² Blackstone a mentionné les lois sur le commerce, la police et le maintien des tribunaux ecclésiastiques comme des exemples de lois ne pouvant s'appliquer (W. BLACKSTONE, *op.cit.*, note 17). Pour une application jurisprudentielle de la règle, voir : *R. c. Vaughan*, (1769) 4 Burr. 2494, 98 E.R. 308, 311 (j. Mansfield) ; *The Lauderdale Peerage*, (1885) 10 App. Cas. 692, 745 (C.P.) (j. Blackburn) ; *Cooper c. Stuart*, (1889) 14 App. Cas. 286, 291 et 292 (C.P.) (j. Watson).

³⁰³ «Even with respect to the ancient inhabitants, no small portion of the ancient law is unavoidably superseded by the revolution of government that has taken place. The allegiance of the subjects, and all the law that relates to it - the administration of the law in the sovereign and appellate jurisdiction - and all the laws connected with the exercise of the sovereign authority - must undergo alterations adapted to the change.» *Ruding c. Smith*, (1821) 2 Hagg.Con. 371, 161 E.R. 774, 778-779 (j. Stowell). Pour une application jurisprudentielle de la règle au Canada, voir l'arrêt du Conseil privé *Donegani c. Donegani*, 2 février 1835, dans George Okill STUART, *Reports of Cases*, Québec, Neilson & Cowan, 1834, p. 605 et suiv.

l'étendue des prérogatives de la Couronne³⁰⁴. Or la *common law* reconnaissent au roi la plénitude des pouvoirs dans les colonies conquises ou cédées. Le Comité judiciaire du Conseil privé en a tiré les conséquences pour notre pays dans son arrêt *Attorney-General for Canada c. Cain*³⁰⁵. Il a jugé que, dès après la cession du Canada à la Grande-Bretagne par le traité de Paris de 1763,

the Crown of England became possessed of all legislative and executive powers within the country so ceded to it, and, save so far as it has since parted with these powers by legislation, royal proclamation, or voluntary grant, it is still possessed of them (...). The Imperial Government might delegate those powers to the governor or the Government of one of the colonies (...). If this delegation has taken place, the depositary or depositaries of the executive and legislative powers and authority of the Crown can exercise those powers and that authority to the extent delegated as effectively as the Crown could itself have exercised them³⁰⁶.

Et c'est précisément ce qui est arrivé au Canada. La Couronne, détentrice de tous les pouvoirs, a commencé dès 1763 à les déléguer en accordant un gouvernement civil à sa colonie³⁰⁷. Le parlement de Grande-Bretagne greffa à ce gouvernement une assemblée représentative quelque

³⁰⁴ «Such questions as whether the Crown is amenable to the jurisdiction of the courts, and its constitutional position in regard to matters of government stand on a different footing, and no inference affecting them could properly be drawn from the establishment of a system of law differing from that of England.» Motifs du juge en chef Innes de l'Afrique du Sud dans l'affaire *Union Government (Minister of Lands) c. Estate Whittaker*, [1916] A.D. 194, cités avec approbation par lord Reid dans *Madzimbamuto c. Lardner-Burke*, précité, note 165, à la p. 721. Consulter aussi A.B. KEITH, *op.cit.*, note 296, p. 98.

³⁰⁵ [1906] A.C. 542.

³⁰⁶ *Id.*, 545-546 (J. Atkinson). Il faut cependant prendre garde de ne pas confondre les pouvoirs des législatures coloniales avec ceux des organismes administratifs, même si les deux exercent au sens strict des pouvoirs délégués. Les législatures, par exemple, peuvent à leur tour déléguer des pouvoirs à des entités qu'elles ont créées (*Hodge c. The Queen*, (1883-1884) 9 A.C. 117 (C.P.)).

³⁰⁷ *Proclamation de 1763*, précitée, note 9.

vingt-huit ans plus tard³⁰⁸. Assemblée et gouvernement coloniaux ont exercé ensemble les pouvoirs de la Couronne en son nom, conformément aux principes constitutionnels établis en Angleterre. Il aurait d'ailleurs suffi que ces institutions soient abolies pour que la Couronne, autrement dit l'autorité déléguée, jouisse à nouveau seule de la plénitude de ses pouvoirs³⁰⁹.

L'exemple canadien n'était ni unique, ni même remarquable. Bien au contraire, l'usage voulait que la Couronne confère aux habitants de ses colonies le pouvoir de gérer leurs affaires internes. Les exceptions tenaient à ces quelques établissements faiblement peuplés ou de petite superficie, tels Gibraltar, Minorque ou Sainte-Hélène, où la Couronne a jugé nécessaire de contrôler tous les leviers du gouvernement par le seul exercice de ses prérogatives³¹⁰. L'usage n'a cependant pas converti en droit ce qui était un privilège à l'autonomie gouvernementale. Outre les arrêts que nous venons de citer³¹¹, il y a, pour s'en convaincre, ces autres décisions judiciaires qui portent sur les droits reconnus aux habitants des colonies conquises ou cédées³¹². On y apprend en effet que lorsque les habitants revendiquaient un droit, n'importe quel droit, ils devaient prouver qu'il était de la nature d'un droit

³⁰⁸ *Acte constitutionnel de 1791*, L.R.C. 1985, App. II, n° 3. On ne parlait pas alors d'un gouvernement complètement autonome, un *self-government*, puisqu'il n'était pas responsable devant l'assemblée. Ce n'est qu'en 1848 que l'institution du gouvernement responsable fut introduite au Canada-Uni.

³⁰⁹ *Sammut c. Strickland*, précité, note 295, 704 (j. Maugham).

³¹⁰ A.B. KEITH, *op.cit.*, note 301, p. 170 ; G.C. LEWIS, *op.cit.*, note 38, p. 282, note infrapaginale 3.

³¹¹ *Supra*, notes 303 à 306.

³¹² *In re Southern Rhodesia*, [1919] A.C. 211 (C.P.) et *Amodu Tijani c. Secretary of Southern Rhodesia*, [1921] 2 A.C. 399 (C.P.) ont été les décisions les plus fréquemment citées au Canada : *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, précité, note 83, 354, 355 et 387 (j. Hall, dissident pour d'autres considérations ; *Guerin c. R.*, précité, note 2, 378 et 380 (j. Dickson) ; *Roberts c. Canada*, précité, note 8, 340 (j. Wilson).

privé³¹³. Ce n'était pas là l'expression de quelque nouveau principe; les tribunaux se sont contentés d'étendre aux colonies l'ancienne règle de *common law* voulant que le roi concentre tous les pouvoirs de gouvernement entre ses mains. Le monopole gouvernemental de Sa Majesté, couplé à son obligation constitutionnelle d'en préserver l'intégrité³¹⁴, étaient les obstacles les plus formidables à la reconnaissance d'un droit automatique à l'autonomie gouvernementale pour les colonies, comme d'ailleurs pour qui d'autre que ce soit, y compris les peuples autochtones.

iii) L'adéquation entre les droits des autochtones et ceux des habitants d'une colonie conquise ou cédée

Les habitants des colonies conquises ou cédées pouvaient donc demander le respect de leurs droits privés, les tribunaux présumant que c'était le désir du roi de les protéger³¹⁵. Cette règle n'était pas sans rapport avec l'autre portant sur la continuité des lois après l'avènement de la souveraineté britannique. On ne pouvait effectivement garantir des droits sans du coup assurer la continuité de leur régime juridique; car ce sont les lois qui déterminent quels sont les titulaires des droits, comme elles définissent leur portée et la manière dont ils pourront être cédés.

³¹³ *In re Southern Rhodesia, id.*, 233 (j. Sumner) ; *Amodu Tijani c. Secretary, Southern Rhodesia, id.*, 407 (j. Haldane). Le vicomte Dunedin a résumé la *ratio* d'*Amodu Tijani* en ces termes: «What was laid down in that case was that the cession of the territory (...) to the British Crown in 1861 did not affect the character of the private native rights.» *Sakariyawo Oshodi c. Moriama Dakolo*, [1930] A.C. 667, 668 (C.P.). Lire aussi la décision du Comité judiciaire du Conseil privé dans *Sammut c. Strickland*, précité, note 295, 698, où lord Maughan a refusé de voir dans une vague promesse du gouverneur anglais un droit des habitants de l'île de Malte à des institutions représentatives.

³¹⁴ Lire *supra*, notes 285-292 et le texte correspondant.

³¹⁵ Il fallait une confiscation expresse du souverain pour renverser la présomption selon *In re Southern Rhodesia*, précité, note 312, 233 (j. Sumner) et *Amodu Tijani c. Secretary of Southern Rhodesia*, précité, note 312, 407 (j. Haldane).

C'est le syllogisme que le juge Duval de la Cour du banc de la reine a fait, en 1857, pour expliquer que les droits de propriété des anciens sujets français, créés sous la Coutume de Paris, ne pouvaient survivre sans la continuation de la Coutume³¹⁶. Quelques années plus tard, son collègue Bagley a tenu le même raisonnement, à la différence près qu'il a disserté sur les droits des autochtones et sur les usages ou coutumes en vertu desquels ces droits existaient³¹⁷. Le territoire autochtone concerné, partie de la terre de Rupert, n'avait pourtant jamais été conquis ou cédé. Cela ne semble pas avoir troublé le magistrat qui avait découvert le moyen de tenir compte des droits des autochtones. Le juge Hall de la Cour suprême du Canada adopta d'ailleurs la même attitude lors de l'affaire *Calder*³¹⁸. Son homologue australien, le juge Brennan de la Haute cour, reformula dans *Mabo* la doctrine traditionnelle en conséquence: un simple changement de souveraineté par quelque moyen que ce soit ne peut éteindre le titre des autochtones, ceux-ci étant alors considérés, en regard de leurs droits, sur le même pied que les habitants d'une colonie conquise³¹⁹. Enfin, l'arrêt de la Cour

³¹⁶ *Wilcox c. Wilcox*, précité, note 38, 28.

³¹⁷ «The modern usage of nations would be violated if private property should be confiscated and private rights annuled. Therefore, the relations of the (Indian) people to their ancient sovereign are dissolved, but the relations to each other, and their customs and usages remain undisturbed.» *Johnstone c. Conolly*, (1869) 17 R.J.R.Q. 266, 333-334 (C.A.) (nos parenthèses). Le juge Bagley contredisait ainsi l'opinion du juge Monk qui, en première instance, avait cru que les autochtones avaient conservé leurs droits politiques (B. CLARK, *op.cit.*, note 278, pp. 17-19 ; M. WALTERS, *op.cit.*, note 278, pp. 388-390 ; A. LAFONTAINE, *loc.cit.*, note 278, 710 et 711). On peut constater que la continuation des lois ou coutumes autochtones n'est pas un indice de l'existence d'un gouvernement, comme semble le prétendre la COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *op.cit.*, note 275, pp. 33-35.

³¹⁸ *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, précité, note 83, 387-389 et 416. Dans l'arrêt *Guerin*, précité, note 2, 378, le juge Dickson s'est référé au précédent *Amodu Tijani* pour affirmer «qu'un changement de la souveraineté sur un territoire particulier n'a, en règle générale, aucune incidence sur le titre présumé de ses habitants.»

³¹⁹ *Mabo c. Queensland*, précité, note 25, 427 et 428 (jj. Brennan, Mason et McHugh). Les juges Deane, Gaudron et Toohey ont adopté des motifs similaires : *id.*, 440, 484 et 485. Notons que le plus vieux

suprême du Canada *R. c. Van der Peet*³²⁰, tout en confirmant ce principe de respect des droits acquis suite à l'établissement de la souveraineté anglaise, en a modulé l'application en invoquant des pratiques coloniales³²¹. Ces pratiques auraient restreint l'éventail des droits reconnus par la *common law* aux «coutumes, pratiques et traditions qui font partie intégrante des cultures distinctives des peuples autochtones», et dont l'origine remonte à la période précédant le contact avec les Européens³²². Notons au passage l'insistance de la Cour sur la nécessité de concilier les droits des autochtones avec la souveraineté de la Couronne.

Monsieur Mark Walters a néanmoins soutenu dans son article sur l'arrêt *Delgamuukw* que la situation des autochtones d'Amérique du Nord et d'Australie, relativement à leur autonomie politique, ne pouvait se comparer à une colonie conquise³²³. Cela tenait selon lui à la nature de leur gouvernement, au fait qu'il n'était pas un souverain au sens austinien du terme³²⁴. L'auteur aurait pu reprendre ici la description du système politique autochtone faite par l'ancien gouverneur de la colonie de New-York, Thomas Pownall :

précédent américain sur le sujet, *Smith c. Brown*, (1707) 2 Salk. 666, 91 E.R. 566, avait déterminé que la colonie de Virginie était une colonie conquise ; aux dépens des Indiens, était-il sous-entendu.

³²⁰ Précité, note 16.

³²¹ *Id.*, 537-548, et plus particulièrement les pp. 541 et 547 (j. Lamer).

³²² *Id.*, 550 et 555 (j. Lamer).

³²³ M. WALTERS, *loc.cit.*, note 278.

³²⁴ De John Austin, l'un des plus influents interprètes de la doctrine du positivisme juridique. Un État austinien serait un État qui comprend une structure hiérarchique du pouvoir, et où les lois sont des ordres venant d'un souverain qui en force le respect par un appareil de contrainte (*id.*, 375, note infrapaginale 75).

(T)hey never had any one civil union; and consequently they could not ever have, nor never had any government. They know no such thing as administrative or executive power, properly so called: they allow the authority of advice; (a kind of legislative authority;) but there is no civil coercion amongst them: they never had any one collective actuating power among the whole, nor any magistrate or magistrates to execute such power³²⁵.

Étant donné que les autochtones ne disposaient **apparemment** d'aucun appareil étatique, qu'ils se gouvernaient par consensus, la Couronne se trouvait donc en pratique incapable de prendre la place de l'ancien souverain. Walter a conclu de son observation que les autochtones ont été ainsi en mesure de conserver les lois régissant le gouvernement de leurs communautés³²⁶. L'auteur aurait dû toutefois pousser plus loin la logique de son argument. Si le caractère particulier du régime politique autochtone a permis qu'ils survive à l'établissement de la souveraineté de la Couronne, la préservation de ce caractère devenait une condition de la perpétuation du régime politique en question. Le gouvernement traditionnel autochtone ne pouvait conséquemment se transformer en un gouvernement austinien semblable à celui d'un État moderne, d'autant plus que la *common law* faisait toujours obstacle, elle qui n'a jamais reconnu d'autre gouvernement que celui de Sa Majesté³²⁷. Quant au sort de ce gouvernement traditionnel, il faudrait, pour le connaître, savoir ce qu'il est advenu des structures sociales qui lui ont d'abord permis de fonctionner.

On ne peut évoquer la question de l'autonomie gouvernementale autochtone en passant sous

³²⁵ Thomas POWNALL, *The Administration of the British Colonies*, 5^e éd., vol. 1, London, J. Walter, 1774, p. 225.

³²⁶ M. WALTER, *loc.cit.*, note 278, 366-386 et 390-392.

³²⁷ *Supra*, sous-sections III.1.i et III.1.ii.

silence la jurisprudence américaine, ne serait-ce que pour expliquer pourquoi cette jurisprudence ne s'applique pas au nord du quarante-cinquième parallèle. Il y a plus d'un siècle et demi, en effet, la Cour suprême des États-Unis a jugé que les nations autochtones jouissaient d'un droit inhérent de se gouverner³²⁸. La Cour a ensuite parlé de ce droit en termes de souveraineté résiduaire; les tribus indiennes, a-t-elle affirmé, possèdent encore ces attributs de la souveraineté qui ne leur ont pas été enlevés par un traité, par une loi, ou en raison de leur statut de peuple dépendant³²⁹. Souveraineté divisible, pouvoir politique décentralisé, il s'agissait d'un divorce complet avec le droit constitutionnel anglais. Cela ne devrait pas surprendre puisque les Américains ont justifié leur révolution en refusant d'accepter la conception que se faisait la métropole de sa souveraineté³³⁰. Le fruit de leur révolution, la Constitution des États-Unis, a d'ailleurs été un exercice de partage de la souveraineté entre différents paliers de gouvernements³³¹.

³²⁸ *Cherokee Nation v. State of Georgia*, (1831) 30 U.S. (5 Pet.) 1 ; *Worcester c. Georgia*, (1832) 31 U.S. (6 Pet.) 515.

³²⁹ Pour un arrêt récent, voir *United States c. Wheeler*, (1978) 435 U.S. 313, 326 (j. Stewart).

³³⁰ Avant de suggérer d'en venir aux armes, des intellectuels américains influents tels Edmund Burke, John Dickinson et Richard Bland ont prétendu que la souveraineté pouvait être divisée, que chaque gouvernement, celui de la Grande-Bretagne et sa contrepartie dans la colonie, était souverain dans sa sphère de compétence. Les colonies voulaient de la sorte conserver le contrôle de leurs affaires internes. Whitehall leur répondit inlassablement que si le gouvernement de la colonie n'était pas subordonné au parlement, il y avait alors deux souverains dans le même État, une contradiction dans les termes, conclurent les ministres du roi. Bernard BAILYN, *The Ideological Origins of the American Revolution*, Cambridge, Harvard University Press, 1967, surtout les pp. 208-211 et 223-225.

³³¹ Alors que la Cour suprême des États-Unis reconnaissait le droit souverain des autochtones, vers 1820, les théoriciens du droit aux États-Unis n'arrêtaient pas de commenter sur les différentes façons dont la souveraineté pouvait être partagée. Charles E. MERRIAM, *A History of American Political Theories*, 1936, réimpression par Johnson Reprint Corporation, New York-London, 1968, p. 252 et ss.

L'adoption de la Constitution de 1787 n'est pas la seule raison pour écarter la jurisprudence américaine, encore qu'elle suffirait. La Cour suprême des États-Unis a aussi motivé sa décision en invoquant une soi-disant pratique coloniale britannique visant le respect de l'autonomie politique interne des communautés autochtones, une pratique que la Cour a présentée comme certaine et sans aucune exception³³². Elle aurait même été concrétisée semble-t-elle dire par l'adoption de la *Proclamation royale de 1763*³³³. Des auteurs canadiens ont repris à leur compte cette description des faits, mais sans examen sérieux de leur véracité, ni critique de l'interprétation qu'on leur a donnée.

2. La conformité des pratiques coloniales avec le droit constitutionnel anglais

i) Une relation anglo-indienne à géométrie variable

Le professeur Brian Slattery est certainement le plus connu parmi ces auteurs canadiens. Sa

³³² *Worcester c. The State of Georgia*, précité, note 328, 547 (J. Marshall). La Cour suprême du Canada a fait preuve de plus de nuances lors de l'affaire *R. c. Sioui*, précité, note 186, 1053-1054. Le juge Lamer y a écrit que la couronne britannique reconnaissait aux Indiens «l'autonomie dans leurs affaires internes, intervenant le moins possible dans ce domaine». C'était certainement vrai le 20 août 1771 lorsque Daniel Claus, agent des affaires indiennes pour le Canada, a écrit au lieutenant-gouverneur Cramahe, A.N.C., MG 19, Claus Papers, vol. 1, F1, à la p. 123 : «(E)very Indian nation or village in this province (Québec), and for ought I know in America, is to be considered as a republic or community governed by sachems or chiefs appointed by the whole town in public council and not the minutest matter concerning the community may be undertaken without the approbation of those chiefs assembled in the council house (...) (nos parenthèses)». Nous verrons plus loin qu'il y a eu des exceptions.

³³³ Lire *infra*, note 374 et le texte correspondant. Pour la référence au texte de la *Proclamation de 1763*, voir *supra*, note 9.

thèse a d'ailleurs été reprise en substance par la Commission royale sur les peuples autochtones³³⁴. D'après le professeur Slattery, les pratiques coloniales des dix-septième et dix-huitième siècles ont à elles seules défini un régime juridique particulier applicable aux autochtones d'Amérique du Nord, ce qui inclurait pour eux un droit à l'autonomie gouvernementale³³⁵. En supposant que le professeur Slattery ait eu raison sur l'importance déterminante des pratiques coloniales, même en regard d'éventuels droits politiques³³⁶, la pratique de reconnaître l'autonomie gouvernementale autochtone a-t-elle été aussi absolue et univoque que l'a prétendu la Cour suprême des États-Unis³³⁷ ? Il serait trompeur de tenter de résumer la nature des relations anglo-indiennes par une interprétation aussi simple de l'histoire. Ces relations étaient d'autant complexes qu'elles dépendaient de plusieurs facteurs. Mentionnons parmi d'autres la force militaire respective des autochtones et des Anglais, en un lieu et à un moment donnés, et le rôle stratégique de certains autres autochtones, ceux occupant des régions tampons entre les Anglais et leurs ennemis français ou espagnols.

³³⁴ COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *op.cit.*, note 275, pp. 5-10 et 20-22.

³³⁵ B. SLATTERY, *loc.cit.*, note 131, 736-741. Lire également du même auteur «First Nations and the Constitution : A Question of Trust» (1992) 71 *R. du B. Can.* 261. Nous ne contestons pas que les pratiques coloniales aient pu devenir des règles de *common law*, bien au contraire (voir *supra*, note 16 et le texte correspondant) . Nous soutenons toutefois que ces règles ne peuvent avoir eu pour effet de reconnaître des droits de gouvernement aux autochtones.

³³⁶ Notons que le professeur Slattery concède que les pratiques coloniales n'ont pu permettre la continuation des lois aborigènes incompatibles avec la souveraineté de la Couronne (B. SLATTERY, *id.*, 738). Lire au même effet M. WALTER, *loc.cit.*, note 278, 390. Or notre thèse est justement que la souveraineté de la Couronne ne permet pas de reconnaître aux autochtones un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale.

³³⁷ *Supra*, note 332.

Après s'être assurés de leur emprise sur une contrée, les Anglais n'ont éprouvé aucun doute quant à leur capacité de s'immiscer dans le gouvernement interne des autochtones. Les autorités des colonies de Plymouth et de Massachusetts Bay ont ainsi mis sur pied un régime juridique pour assimiler totalement les autochtones des plantations. Ils leur imposèrent les lois anglaises, et mirent des «blancs» à la tête de leurs communautés³³⁸. Plus au sud, les établissements des Carolines et de Virginie votèrent des lois obligeant les autochtones à soumettre le choix de leurs chefs à l'approbation du gouverneur anglais³³⁹. Pareilles lois auraient-elles contredit sa politique que le roi aurait pu manifester son opposition en les désavouant. C'est d'ailleurs ce qu'il a fait en d'autres occasions, notamment lorsque des colonies ont voulu restreindre à leur avantage le commerce avec les Indiens³⁴⁰.

Les Anglais, à l'opposé, se sont montrés très déférents envers les peuples autochtones qui représentaient une menace militaire, ou qui pouvaient jouer un rôle en tant qu'alliés ou ennemis dans les guerres contre la France et l'Espagne. Ils ont traité avec ces peuples comme avec des puissances

³³⁸ Yasuhide KAWASHIMA, *Puritan Justice and the Indian: White Man's Law in Massachusetts, 1630-1763*, Middletown, Wesleyan University Press, 1986, pp. 32, 39 et 42 ; James P. RONDA, «Red and White at the Bench: Indians and the Law in Plymouth Colony, 1620-1691» (1974) 110 *Essex Institute Historical Quarterly* 200, 215. Pour un exemple de ces lois, voir *AN ACT of the Province of Massachusetts Bay, passed 1693-4, for the better rule and government of the Indians in their several plantations*, dans L.C.S.G., pp. 12-14.

³³⁹ *An Act concerning Indians*, 1665, L.C.S.G., pp. 150 et 151 ; William S. ROBINSON, *The Southern Colonial Frontier, 1607-1763*, Albuquerque, University of New Mexico Press, 1979, p. 190.

³⁴⁰ A.B. KEITH, *op.cit.*, note 301, pp. 294, 295 et 320 ; O.M. DICKERSON, *op.cit.*, note 54, pp. 241, 242, 249 et 341.

indépendantes³⁴¹. Les colonies ont tout au plus cherché à leur imposer l'équivalent du statut d'un protectorat. État partiellement souverain, le protectorat a perdu le contrôle de ses relations avec les autres États tout en conservant la capacité d'administrer son territoire. Il bénéficie en contrepartie de la protection d'un État plus puissant³⁴².

L'institution du protectorat correspond en plusieurs points à la description qu'a faite la Cour suprême des États-Unis de la relation unissant son pays aux nations autochtones³⁴³. Elle en a déduit que les autochtones avaient conservé une citoyenneté propre, qu'ils ne jouissaient pas de la citoyenneté américaine³⁴⁴. Le Congrès des États-Unis a dû voter une loi pour modifier cet état de choses³⁴⁵. À la différence du protectorat, les personnes vivant dans les colonies de Sa Majesté

³⁴¹ Y. KAWASHIMA, *op.cit.*, note 338, pp. 22, 23 et 231, où l'auteur a évoqué le statut des peuples du nord de la Nouvelle-Angleterre. Les traités signés avec les Creeks sont un autre exemple du respect témoigné à certaines nations autochtones (Alden T. VAUGHAN (éd.), *Early American Indian Documents: Treaties and Laws, 1607-1789*, vol. 11 (Georgia Treaties, 1733-1763), Washington, University Publications of America, 1989, pp. 15-16, 63-65 et 270-272).

³⁴² H. JENKINS, *op.cit.*, note 301, p. 165.

³⁴³ «No argument can be drawn against the sovereignty of these Indian nations from the fact of their having put themselves and their lands under the protection of the British Crown: such a fact is of frequent occurrence between independent nations. One community may be bound to another by a very unequal alliance, and still be a sovereign state». Motifs du chancelier Kent dans *Jackson c. Goodell*, (1823) 20 Johns. 693, 712 (N.Y.), cités par le juge Thompson lors de l'affaire *Cherokee Nation c. State of Georgia*, précité, note 327, 67. Même si le juge Thompson était dissident, son confrère, le juge en chef Marshall, a repris cette description de la relation anglo-indienne dans *Worcester c. The State of Georgia*, précité, note 327, 555, 560 et 561. Le juge Marshall a toutefois précisé que les nations indiennes ne constituaient pas des États étrangers aux États-Unis.

³⁴⁴ *Elk c. Wilkins*, (1884) 112 U.S. 94, 99-100 (j. Gray) ; *Iowa Mut. Ins. Co. c. LaPlante*, (1987) 480 U.S. 9, 17 (j. Marshall).

³⁴⁵ *Loi du 2 juin 1924*, 43 Stat. 253 (É.-U.).

devenaient ses sujets³⁴⁶. La citoyenneté est donc un critère permettant de distinguer le protectorat de la possession. Or il appert qu'au Canada, contrairement à ce qui s'est passé en territoire américain³⁴⁷, les autorités britanniques ont toujours considéré les autochtones comme des sujets de la Couronne, et sans le besoin d'aucune loi particulière³⁴⁸. Cela équivalait à toutes fins utiles à nier l'existence d'un protectorat autochtone au Canada.

L'établissement de relations avec les autochtones pouvait se faire sur d'autres bases que le

³⁴⁶ Les personnes nées dans une colonie devenaient automatiquement des citoyens anglais (*Calvin's Case*, précité, note 297, 398 (j. Coke)). Quant à leurs parents, lorsqu'ils étaient des habitants d'une colonie conquise ou cédée, ils acquéraient ce statut dès que le roi leur promettait sa protection (*Campbell c. Hall*, précité, note 167, 1047 (j. Mansfield), cité par le juge Hall dans *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, précité, note 83, aux pp. 388 et 389 ; W. HOLDSWORTH, *op.cit.*, note 139, vol. 9, 3^e éd., 1944, p. 88 ; K. McNEIL, *op.cit.*, note 291, pp. 208 et 209).

³⁴⁷ Dans la cause *The Mohegan Indians c. Connecticut*, une affaire de 1743 où siégeaient des commissaires nommés par le roi, deux commissaires sur trois ont décidé, sur une question procédurale, que les Mohegans formaient un peuple distinct, politiquement autonome, et qu'ils n'étaient pas des sujets du roi (James YOUNGBLOOD HENDERSON, «Unraveling the Riddle of Aboriginal Title», (1977) 5 *Am. Indian L. Rev.* 75, aux pp. 98 et 99). Cette cause est par ailleurs le pivot de la thèse de doctorat de Bruce Clark, *op.cit.*, note 278, pp. 37-45, l'auteur s'en servant pour démontrer l'existence d'un droit constitutionnel des autochtones du Canada à l'autonomie gouvernementale.

³⁴⁸ Les juges Dalton et Mathers ont souligné cette opposition entre les droits américain et canadien dans *Regina ex rel. Gibb c. White*, (1870) 5 P.R. 315, 317 (C.P.Ont.) et *Sanderson c. Heap*, (1909) 19 Man. L.R. 122, 125 (C.B.R.). Le juge en chef Macaulay, lors de la rédaction d'un rapport en 1839, avait lui-aussi émis l'opinion que les autochtones n'avaient «aucun droit à aucune nationalité distincte, qu'ils étaient justiciables des lois du pays, et pouvaient en réclamer la protection.» Les paroles du juge en chef ont été citées avec approbation dans le «Rapport des commissaires spéciaux, nommés le 8 septembre 1856, pour s'enquérir des affaires des Sauvages en Canada», J.A.L.C., 21 Vic., 1858, app. n° 21 (non paginé). On peut aussi lire au même effet : *R. c. Phelps*, (1823) 1 Tay. 47, 52-54 (C. du B.R. du H.-C.) (la Cour) ; *Sheldon c. Ramsay*, (1852) 9 U.C.Q.B. 105, 133 (j. Burns) ; *Johnson c. Jones*, (1895) 26 O.R. 109, 114 (Chanc.) (j. Rose) ; *Prince c. Tracey*, (1913) 25 W.L.R. 412, 417 (C. du B.R. Man.) (j. Prendergast) ; *R. c. Strongquill*, (1953) 16 C.R. 194 (C.A. Sask.), 211 et 212 (j. Procter), 217 (j. McNiven) ; *Nowegijick c. R.*, précité, note 199, 36 (j. Dickson) ; K. McNEIL, *op.cit.*, note 291, p. 248 ; Jack WOODWARD, *Native Law*, Toronto, Carswell, 1990, pp. 143-145 ; et Sidney L. HARRING, «The Liberal Treatment of Indians: Native People in Nineteenth Century Ontario Law», (1992) 56 *Sask. L. Rev.* 297, 315-319.

protectorat ou l'assimilation. Les autorités de Virginie ont par exemple négocié des traités où les peuples autochtones acceptèrent un statut de tributaire³⁴⁹. Ces traités, en même temps qu'ils faisaient des autochtones des sujets de Sa Majesté, reconnaissaient l'existence de leur gouvernement et le plaçaient sous la protection de la colonie, en échange de quoi les autochtones consentaient à payer un tribut annuel à leur défenseur. Le tribut, quelques peaux de castors et des flèches, était une reconnaissance par les sachems indiens qu'ils devaient leur rang au roi anglais, en d'autres termes qu'ils exerçaient des pouvoirs délégués et non des pouvoirs inhérents³⁵⁰. De tous les accords signés par les tributaires les articles de paix de 1677 ont certes fait école car le roi, après examen de ce document négocié par ses envoyés, a voulu en étendre les principes aux colonies voisines. On modifia par conséquent le traité pour y inclure les autochtones du Maryland³⁵¹. Éventuellement, ceux de Caroline du Sud devaient eux aussi assumer le statut de tributaire³⁵².

Loin d'indiquer la présence d'une pratique coloniale uniforme, notre bref survol historique démontre plutôt la capacité d'adaptation des Anglais: ils savaient varier leur comportement selon les

³⁴⁹ Cela a été fait sur l'ordre des propriétaires de la colonie d'après les «Instructions du Conseil de la Virginie», dans A.T. VAUGHAN, *op.cit.*, note 341, vol. 4 (Virginia Treaties, 1607-1722), 1983, pp. 6-9.

³⁵⁰ Les «Articles de paix de 1677» (A.T. VAUGHAN, *id.*, p. 85) signées avec les nations Pamunkey, Waonoke, Nottoways et Nancymond stipulaient : «That every Indian King and Queen (...) every year (...) pay the accustomed tribute of twenty beaver skins to the governor, and also their quit-rent aforesaid, in acknowledgment they hold their Crowns and Lands of the Great King of England.» Le 29 juillet 1708, les Saponies ont réclamé le statut de tributaire sur la base des «Articles de paix de 1677», *id.*, pp. 158 et 159. Le «Traité de paix de Necotowance de 1646», *id.*, p. 68, stipulait lui-aussi : «That Necotowance do acknowledge to hold his Kingdome from the King's Majestie of England (...)».

³⁵¹ W.S. ROBINSON, *op.cit.*, note 339, p. 68.

³⁵² *Id.*, p. 190.

circonstances; ils savaient aussi articuler légalement leur relation avec les autochtones d'une manière ne choquant pas la culture juridique de la mère patrie. En résumé, l'autochtone, tant qu'il vivait dans un État séparé, un protectorat, pouvait jouir d'un droit inhérent de se gouverner; mais aussitôt que sa terre était annexée par le roi, et qu'il devenait citoyen anglais, la *common law* ne pouvait plus reconnaître son gouvernement³⁵³. Il fallait alors un acte exprès du souverain anglais pour le faire revivre.

ii) Le caractère déclaratoire de la *Proclamation royale de 1763*

Comme nous l'avons constaté plus haut, les défenseurs de la thèse de l'existence d'un gouvernement inhérent des autochtones ont aussi invoqué à l'appui de leur thèse la *Proclamation royale de 1763*. La Proclamation était un décret royal visant à organiser politiquement les nouvelles possessions britanniques après la guerre de Sept Ans. Adoptée sous le grand sceau de la Grande-Bretagne, elle a formé, conjointement avec la commission du gouverneur Murray, la première Constitution du Québec et de l'Ontario³⁵⁴.

³⁵³ Le roi peut étendre unilatéralement sa juridiction sur un protectorat sans que son acte puisse être contesté devant un tribunal anglais car il s'agit d'un acte d'État (*Sobhuza II c. Miller*, [1926] A.C. 518, 523 (C.P.) (j. Haldane)). Au Canada, à supposer qu'il y ait jamais eu un protectorat autochtone, les actes d'État affirmant la souveraineté de la Couronne ont été de plus confirmés par des lois, de l'*Acte de Québec* au *Statut de Westminster*, L.R.C. 1985, App. II, n^{os} 2 à 27. Et une loi ne peut être contestée devant un tribunal de *common law*, même lorsque son auteur s'est appuyé sur des faits erronés (*Labrador Co. c. R.*, [1893] A.C. 104, 123 (C.P.) (j. Hannen) ; *Hoani c. Aotea Land Board*, [1941] 2 All E.R. 93, 97 (C.P.) (j. Simon)).

³⁵⁴ Pour mieux comprendre la relation entre la *Proclamation royale de 1763* et la commission du gouverneur, lire *infra*, notes 205-233 et le texte correspondant.

La Proclamation comme expression de la *common law*.

La *Proclamation royale de 1763* contenait trois mesures affectant directement les autochtones: le tracé d'une frontière au-delà de laquelle aucun établissement européen ne serait permis, créant de ce fait une immense réserve indienne au nord et à l'ouest des colonies; l'interdiction des achats privés de terres indiennes à l'intérieur des colonies; et une déclaration de la liberté de commerce de tous les sujets de Sa Majesté avec les Indiens, sujette à une réglementation à venir³⁵⁵. La Proclamation, au total, n'annonçait rien de radicalement nouveau. La liberté de commerce préoccupait le gouvernement britannique depuis le début du dix-huitième siècle³⁵⁶. L'interdiction faite aux particuliers de négocier la cession d'une terre indienne avait déjà été incluse, en 1753, dans les instructions des lords du commerce au gouverneur Osborne de New-York³⁵⁷, puis reprise l'année suivante par les participants à la conférence anglo-indienne d'Albany³⁵⁸. Quant à la délimitation du territoire indien de la frontière, la mesure d'inspiration la plus récente, on peut la faire remonter à la signature du traité d'Easton de 1758. Confirmé par Whitehall, ce traité interdisait tout établissement européen à l'ouest des Alleghanies (Pennsylvanie)³⁵⁹. Il fallut attendre 1761 avant qu'on se rende compte dans les cercles ministériels de la nécessité politique d'étendre la mesure à l'ensemble des

³⁵⁵ *Proclamation royale de 1763*, précitée, note 9, pp. 4-7.

³⁵⁶ *Supra*, note 339.

³⁵⁷ «When the Indians are disposed to sell any of their lands the purchase ought to be made in His Majesty's name and at the public charge.» «Lords of Trade to Sir Danvers Osborne», *op.cit.*, note 59, p. 801.

³⁵⁸ «Minutes de la conférence anglo-indienne d'Albany», *op.cit.*, note 56, p. 888.

³⁵⁹ C. W. ALVORD, *op.cit.*, note 206, pp. 13 et 14.

colonies³⁶⁰.

À tous égards, la *Proclamation royale de 1763* s'inscrivait donc dans la continuité des politiques passées. Son texte consolidait pour l'essentiel les directives royales des neuf dernières années, soit durant la période où l'on a cherché, par la création des charges de surintendant des affaires indiennes, à centraliser la gestion de ces affaires entre des mains impériales³⁶¹. Et même cette centralisation ne visait pas tant à modifier le fondement de la diplomatie britannique, soit la protection du titre des autochtones attachés au roi, qu'à s'assurer au contraire de son respect³⁶². Au chapitre du titre indien, le roi, par sa proclamation, promettait d'ailleurs aux autochtones :

(L)a possession entière et paisible des parties de nos territoires qui ont été ni concédés ni achetées et ont été réservées pour ces tribus ou quelques unes d'entre elles comme territoires de chasse³⁶³.

³⁶⁰ *Id.*, p. 16.

³⁶¹ *Id.*, p. 10; R. A. HUMPHREYS, *loc.cit.*, note 212, 254 ; J.L. TOBIAS, *loc.cit.*, note 68, 14 ; Jack M. SOSIN, *Whitehall and the Wilderness : The Middle West in British Colonial Policy, 1760-1775*, Westport, Greenwood Press, 1980, p. 51.

³⁶² Par exemple, en confiant exclusivement à des agents gouvernementaux les négociations portant sur l'extinction du titre indien, on se démarquait d'une pratique centenaire voulant que des particuliers, muni d'un permis des autorités, remplissent cette fonction. L'exigence d'un permis avait pourtant été considérée jusque là comme suffisante pour garantir la protection des autochtones (lire le compte rendu de la réunion du 9 juillet dans le cadre de la conférence anglo-indienne d'Albany de 1754, *op.cit.*, note 33, p. 888). L'apparente collusion de certains gouverneurs avec les spéculateurs fonciers a fait changer d'avis le roi, Sa Majesté s'étant dit choquée que les nombreuses lois coloniales et les instructions de ses prédécesseurs à ce sujet n'aient pas été observées (voir : «Draft of an Instruction for the Governors», *op.cit.*, note 65, pp. 478 et 479 ; «Settlements Interfering with Frontier Indians Forbidden», R.I.B.C.G, vol. 2, pp. 476-478).

³⁶³ *Proclamation de 1763*, précitée, note 9, p. 4.

Quoique les avis divergent sur l'interprétation à lui donner concernant la nature des droits des Indiens, on s'accorde généralement sur le caractère déclaratoire en *common law* de la *Proclamation royale de 1763*³⁶⁴. Vu sa portée territoriale limitée, elle aurait été effectivement de peu d'utilité aux autochtones si on l'avait considérée comme une simple loi³⁶⁵. Le juge Hall l'a pour sa part comparée, lors de l'affaire *Calder*, à la *Magna Carta*, une loi s'appliquant chaque fois que l'Angleterre étendait sa souveraineté à de nouveaux territoires³⁶⁶. Dans *Regina c. Foreign Secretary, Ex parte Indian Asssocation of Alberta and Others*³⁶⁷, Lord Denning, tout en faisant siens les motifs du juge Hall, ajouta que la Proclamation «was equivalent to an entrenched provision in the constitution of the colonies in North America»³⁶⁸. Ses principes devaient donc être appliqués partout au Canada³⁶⁹.

³⁶⁴ A. LAFONTAINE, *loc.cit.*, note 278, 681 ; COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *op.cit.*, note 275, pp. 16-18 ; B. SLATTERY, *loc.cit.*, note 335, 272 ; J. WOODWARD, *op.cit.*, note 348, pp. 75 et 76; Henri BRUN et Guy TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 2^e éd., Cowansville, Yvon Blais, pp. 142 et 143 ; R. DUSSAULT et L. BORGÉAT, *op.cit.*, note 218, vol. 2, p. 98 ; *R. c. Wesley*, précité, note 83, 350 (j. McGillivray) ; *R. c. White and Bob*, précité, note 83, 647 (j. Norris) ; *Delgamuukw c. British Columbia*, précité, note 83, 367 (j. Wallace), 386 (j. Hutcheon) ; *R. c. Issac*, précité, note 83, 469 et 478 (j. MacKeighan), 496 et 497 (j. Cooper) ; *Adams c. R. (C.A.)*, précité, note 80, 1020 et 1021 (j. Beauregard), 1035 (j. Rothman, dissident pour d'autres considérations).

³⁶⁵ La Proclamation de 1763 n'aurait pas eu d'effet au nord du Québec et de l'Ontario, ni dans les provinces de l'ouest, ou encore dans les territoires du nord non organisés en province : *R. c. Wesley*, *id.*, 349 (j. McGillivray) ; *R. c. Sikyea*, (1964) 43 D.L.R. 150, 152 (C.A. T. du N.-O.) (j. Johnson), conf. à [1964] S.C.R. 642 ; *Sigaeak El-53 c. The Queen*, [1966] S.C.R. 645, 649 et 650 (j. Hall) ; *Delgamuukw c. British Columbia*, *id.*, 153 et 154 (j. MacFarlane), 226 et 367 (j. Wallace), 384 (j. Hutcheon) ; *Sawridge Band c. Canada*, [1996] 3 C.F. 3, 36-41 (1^e inst.) (j. Muldoon), inf. Pour d'autres considérations, C.A.F., n^{os} A-779-95 et A-807-95, 3 juin 1997.

³⁶⁶ *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, précité, note 83, 395.

³⁶⁷ Précité, note 84.

³⁶⁸ *Id.*, 912.

³⁶⁹ *Id.*, 913 (j. Denning).

La nature des droits reconnus par la Proclamation.

Évidemment, si la Proclamation de 1763 n'était que l'expression législative de la *common law*, elle devait respecter le principe du monopole gouvernemental de la Couronne. D'aucuns alors objecteront que le droit de l'Amérique du Nord différerait à cet égard³⁷⁰; et il leur faut avoir raison sur ce point pour écarter l'application au Canada de la jurisprudence du Conseil privé regardant l'Afrique³⁷¹. À première vue, pourtant, une telle assertion contredit l'intention avouée du gouvernement britannique au lendemain de la conquête de la Nouvelle-France. Le secrétaire permanent du Board of Trade, John Pownall, avait alors préconisé que le gouvernement respecte scrupuleusement «the rights and liberties of the crown and people, (...) and every other great principle of constitution relative to the important interests of the state»³⁷². Elle semble aussi contredire la Constitution du Canada de 1867 dont le préambule énonce qu'elle repose sur les «même principes que celle du Royaume-Uni»³⁷³.

³⁷⁰ Voir *supra*, note 335.

³⁷¹ Voir *supra*, notes 312 et 313 et le texte correspondant.

³⁷² R.A. HUMPHREYS, *loc. cit.*, note 212, 256.

³⁷³ *Loi constitutionnelle de 1867*, précitée, note 156. Monsieur Slattery a répondu à cela que la doctrine anglaise de l'omnipotence du Parlement n'avait pas sa place en droit canadien. Il lui a opposé l'idée qu'il existe dans la *Loi constitutionnelle de 1867* une constitution cachée, un pacte fiduciaire unissant différentes communautés politiques dont les peuples autochtones. L'auteur, pour illustrer sa thèse, a suggéré que la Province de Québec jouirait elle-aussi d'une relation fiduciaire spéciale avec le Canada : B. SLATTERY, *loc. cit.*, note 335, 268-278. Nous pensons que la thèse d'une constitution cachée, qui réserverait entre autres un statut spécial pour le Québec, a été rejetée par la Cour suprême du Canada lors de l'*Avis sur le rapatriement de la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753.

La Cour suprême du Canada n'a pas encore eu à se prononcer sur l'hypothèse d'un droit gouvernemental reconnu par la Proclamation de 1763. Celle des États-Unis, par contre, a peut-être vu dans la Proclamation un tel droit. Il est difficile d'être catégorique car la Cour a mentionné le décret impérial dans un portrait impressionniste des actions britanniques, à la suite de quoi elle a conclu à l'existence d'une politique reconnaissant l'autonomie gouvernementale indienne³⁷⁴.

Des auteurs n'hésitent pas quant à eux à interpréter ainsi la *Proclamation de 1763*. Ils insistent sur la garantie concernant le libre usage des terres en pensant démontrer l'existence d'un droit politique³⁷⁵, alors que la garantie pourrait tout aussi bien être la mesure du droit généralement reconnu au propriétaire privé d'user de son bien. Le fait qu'il s'agisse d'un droit collectif n'y change rien. Ces auteurs auraient eu avantage à consulter les directives adressées aux gouverneurs dans les autres parties de l'Empire britannique. Ils auraient alors pu constater que ce n'était pas une politique propre au continent américain, mais plutôt une politique d'application générale, comme en Australie où le gouverneur avait été instruit de protéger les aborigènes «in their persons and in the free enjoyment of their possession»³⁷⁶. Cela n'a pas pourtant pas empêché la Haute cour de ce pays de conclure que les aborigènes ne jouissaient pas d'un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale³⁷⁷.

³⁷⁴ *Worcester c. Georgia*, précité, note 328, 547 et 548 (j. Marshall).

³⁷⁵ B. CLARK, *op.cit.*, note 278, p. 9 ; A. LAFONTAINE, *loc.cit.*, note 278, 732 et 733 ; COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *op.cit.*, note 275, pp. 18 et 19. *Contra* : Robert J. SURTEES, *Indian Land Cessions in Ontario, 1763-1862 : The Evolution of a System*, thèse de doctorat, Faculté des études supérieures, Université Carleton, 1982, pp. 6-9.

³⁷⁶ *Mabo c. Queensland*, précité, note 25, 467 (j. Dawson), 446 (jj. Deane et Gaudron).

³⁷⁷ *Supra*, note 277.

Les même auteurs tirent aussi plusieurs arguments à partir du vocabulaire utilisé occasionnellement par le roi dans sa Proclamation ou les instructions l'accompagnant. Ils nous réfèrent par exemple à l'exigence de s'assurer du respect des *coutumes* autochtones lors d'une cession de leurs terres³⁷⁸. Celles-ci ont pourtant survécu comme la Coutume de Paris a survécu après la chute de la Nouvelle-France, c'est-à-dire en vertu du principe de la continuité des lois suite à un changement de souveraineté³⁷⁹. Il fallait aussi que les agents des affaires indiennes s'assurent du consentement des autochtones avant d'accepter une cession. Un droit collectif étant en cause, il était normal de se rapporter aux règles que cette collectivité s'était donnée. On parle aussi du choix du *traité* en tant que mode de transaction avec les autochtones³⁸⁰. Le traité indien était un accord *sui generis* qui ne se comparait pas aux traités internationaux, a décidé la Cour suprême du Canada³⁸¹. Sa signification dépendait donc du contexte de son utilisation. Ainsi, durant le temps de guerre, le traité indien a eu pour objet d'établir la paix ou conclure une alliance, ce qui signifiait une reconnaissance implicite par les autorités britanniques d'une certaine indépendance des autochtones³⁸². Il n'est pas évident que le traité a eu la même signification après 1763, une fois la

³⁷⁸ COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *op.cit.*, note 275, p. 17 ; A. LAFONTAINE, *loc.cit.*, note 278, 730.

³⁷⁹ Lire *supra*, 314-321 et texte correspondant.

³⁸⁰ COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *op.cit.*, note 275, p. 17 ; A. LAFONTAINE, *loc.cit.*, note 278, 729.

³⁸¹ *R. c. Sioui*, précité, note 186, 1056 (j. Lamer) ; *Francis c. R.*, [1956] S.C.R. 618, 631 (j. Kellock) ; *R. c. Vincent*, (1993) 12 O.R. (3d) 397, 404-407 (C.A.) (j. Lacourcière), permission d'en appeler refusée, C.S.C., n° 23485, 14 octobre 1993.

³⁸² *R. c. Sioui*, *id.*, 1052 et 1053 (j. Lamer).

défaite française consommée et tout danger écarté³⁸³. De fait, on n'y parlait plus d'alliance ou de paix mais de cession de terre³⁸⁴. Y aurait-il eu des exceptions qu'elles pourraient être expliquées par le décalage dans le temps qu'on observe à l'occasion entre le droit anglais et les faits³⁸⁵.

Le professeur Francis Jennings a noté à ce propos que les Anglais avaient coutume de suspendre sans les abandonner des prétentions juridiques qu'ils se savaient incapables d'appliquer³⁸⁶. La *Proclamation royale de 1763* fournit un bon exemple. Le roi y a déclaré que dans les régions cédées par la France, maintenant des possessions de la Couronne, les autochtones seront sous sa «protection» et son «autorité», ce qui faisaient d'eux, *de jure*, des sujets de la Couronne³⁸⁷. Dans ses instructions au gouverneur Murray, Sa Majesté a pourtant prêché une forme d'étapisme. Elle voulait en effet transformer «graduellement» les autochtones en de bons sujets britanniques, le moyen choisi étant de leur promettre sa protection et son amitié tout en les comblant de cadeaux³⁸⁸. Le réalisme des instructions royales faisait pendant au dogmatisme de la Proclamation mais sans rien changer au

³⁸³ Au Canada, ainsi que l'a noté la Cour d'appel d'Ontario dans *R. c. Vincent*, précité, note 381, 411 (J. Lacourcière), «le rôle fiduciaire de la Couronne est incompatible avec le statut autonome d'alliées libres revendiquées par les tribus amérindiennes.»

³⁸⁴ James Douglas, LEIGHTON, *The Development of Federal Indian Policy in Canada, 1840-1890*, thèse de doctorat, Faculté des études supérieures, University of Western Ontario, 1975, p. 42.

³⁸⁵ Pensons aux nombreuses déclarations de souveraineté de la Couronne ou du Parlement sur des terres habitées par des peuples indigènes, des déclarations que le droit admet sans considérer le pouvoir effectif de la Couronne (voir *supra*, note 353).

³⁸⁶ Francis JENNINGS, *The Invasion of America : Indians, Colonialism, and the Cant of Conquest*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1975, p. 119.

³⁸⁷ Voir *supra*, note 346.

³⁸⁸ Article 60 des «Instructions au gouverneur Murray», *op.cit.*, note 220, p. 174.

contexte légal; les autochtones étaient déjà devenus des sujets britanniques, et leurs terres, des possessions de la Couronne³⁸⁹. Il faut donc éviter de choisir ici et là des termes utilisés par le gouvernement impérial pour les interpréter hors de leur contexte.

Notre interprétation de la nature privée des droits des autochtones concorde par ailleurs avec l'attitude britannique après la chute de la Nouvelle-France. En effet, lorsque des autochtones se sont montrés inquiets que les autorités veuillent leur imposer les lois britanniques, ils ont alors fait valoir que, sous le régime français, ils pouvaient exercer leurs coutumes. Les articles de capitulation de Montréal, croyaient les autochtones, leur avaient garanti «the enjoyment of all their civil & religious rights and usages (...)»³⁹⁰. Le général Gage³⁹¹ les conforta dans cette opinion en déclarant que les Indiens «are commonly left to their own usages and customs in most things»³⁹². Nous pensons que l'expression clé dans l'interprétation donnée aux articles de capitulation est celle de «civil rights», les droits civils. On la retrouve dans une résolution de 1834 de la Chambre des communes du Royaume-

³⁸⁹ Le gouverneur Haldimand a dû lui-aussi gérer ce conflit entre le droit et les faits : «Haldimand felt that the Indians should be subject to the same laws as traders and settlers, and not left to prosecute their own justice, but he, like Gage, recognized the difficulties inherent in this course.» Ruth Elizabeth PULFER, *The Administration of British Policy to the Indians in the Northern District of North America, 1760-1783*, mémoire de maîtrise, Faculté des études supérieures, University of Saskatchewan, 1970, p. 143. L'interprétation du droit du général Haldimand devait éventuellement être confirmée par le gouvernement impérial dans la «lettre de Maitland à Bathurst», 14 février 1823, et la «réponse de Bathurst à Maitland», 4 novembre 1825, D.R.H.C.C. (1819-1828), pp. 177 et 179.

³⁹⁰ «Lettre de Guy Johnson à Thomas Gage», 26 août 1774, *op.cit.*, note 69, p. 675.

³⁹¹ Gage était alors le commandant en chef des forces armées britannique en Amérique du Nord.

³⁹² Mais il précisa dans sa réponse à Guy Johnson, le 18 septembre 1774, *op.cit.*, note 69, p. 679 : «(P)erhaps they may have been informed that in cases of murder, or robbery, they would be tried agreeable to english law.»

Uni où les députés ont prié la reine Victoria de protéger les droits civils des aborigènes de son empire³⁹³. Cette résolution, observa avec justesse le chancelier de l'échiquier lord Althorp, loin d'être l'expression de quelque nouveaux principes, «only embodies and recognizes principles on which the British Government has for a considerable time been disposed to act»³⁹⁴. Or en *common law* l'expression «droits civils» réfère généralement aux droits individuels acquis de haute lutte par les Anglais: le droit à la sécurité, le droit à la liberté et le droit de propriété³⁹⁵. Il arrive aussi qu'on parle des «droits civils» dans un contexte plus large pour désigner les droits qu'une personne possède en tant que citoyen³⁹⁶. Jamais, cependant, n'a-t-on utilisé cette expression pour représenter le droit d'une collectivité à l'exercice d'une souveraineté interne.

Le monopole gouvernemental de la Couronne est peut-être le plus ancien principe de droit

³⁹³ «Resolved, that an humble address be presented to His Majesty, that His Majesty's faithful commons in Parliament assembled, deeply impressed with the duty of acting upon the principles of justice and humanity in the intercourse and relations of this country with the native inhabitants of its colonial settlements, of affording them protection in the enjoyment of their civil rights, and of imparting to them that degree of civilization, and that religion with which providence has blessed this nation, and humbly to pray that His Majesty will take such measures, and give such directions to the governors and officers of His Majesty's colonies, settlements and plantations, as shall secure to the natives the due observance of justice, and the protection of their rights, promote the spread of civilization amongst them, and lead them to the peaceful and voluntary reception of the christian religion.» «Résolution de la Chambre des communes du Royaume-Uni sur les autochtones», *Journal of the House of Commons*, vol. 89, 1834, p. 449. Ce document est aussi reproduit dans le «Report From the Select Committee, 1836-1837», *op.cit.*, note 168, pp. 4 et 5.

³⁹⁴ «Report from the Select Committee, 1836-1837», *id.*, p. 5. Par ailleurs, on peut constater que ni le Parlement ni le chancelier n'ont établi de distinction entre l'Amérique et les possessions de la Couronne sur les autres continents.

³⁹⁵ W. BLACKSTONE, *op.cit.*, note 17, vol. 1, pp. 125-135. Pour consulter un auteur contemporain des parlementaires de 1837, lire G. BOWYER, *Commentaries on the Constitutional Law of England*, 2^e éd., London, V. & R. Stevens and G. S. Norton, 1846, pp. 417 et 418.

³⁹⁶ W. BLACKSTONE, *id.*, vol. 4, p. 5.

public en *common law*. Les rois des douzième et treizième siècles se sont engagés les uns après les autres à le préserver, au point où, dès 1235, d'aucuns ont considéré que l'inaliénabilité des droits régaliens faisait partie de la coutume³⁹⁷. Toute la structure constitutionnelle de l'ancien royaume d'Angleterre a été par la suite édifiée sur ce monopole³⁹⁸. Eut-il voulu reconnaître aux autochtones d'Amérique un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale que le roi en aurait été incapable, car la Couronne ne peut violer la *common law*. La jurisprudence du Comité judiciaire du Conseil privé a d'ailleurs confirmé l'actualité en droit du monopole gouvernemental de Sa Majesté³⁹⁹. Il était donc inutile d'invoquer une pratique coloniale cautionnée par la Couronne pour prouver le contraire, en supposant qu'une telle pratique ait jamais existé⁴⁰⁰.

Par ailleurs, il ne faut pas confondre les pouvoirs gouvernementaux et ceux d'auto-réglementation. Les sociétés autochtones peuvent en effet déterminer les règles qui régiront l'exercice de leurs droits collectifs, qu'il s'agisse de leurs droits fonciers, sociaux ou culturels, sans pour autant prétendre exercer des pouvoirs de gouvernement⁴⁰¹. Elles sont effectivement incapables

³⁹⁷ Selon P.N. RIESENBERG, *op.cit.*, note 285, p. 123.

³⁹⁸ Voir *supra*, note 292.

³⁹⁹ Voir *supra*, notes 303-313 et le texte correspondant.

⁴⁰⁰ Comparer les notes 332, 337-339 et le texte correspondant. On y voit possiblement une évolution du comportement des Britanniques visant un plus grand respect de l'autonomie gouvernementale autochtone. Mais encore faut-il qualifier correctement les pouvoirs exercés. En l'espèce, il s'agissait de pouvoirs délégués ou au mieux d'une tolérance.

⁴⁰¹ *Delgamuukw c. British Columbia*, précité, note 83, 150 et 151 (j. MacFarlane), 394-396 (j. Hutcheon). Dès 1772, Daniel Claus, l'agent du département des affaires indiennes, a expliqué aux autochtones qu'ils ne pouvaient prendre sur eux d'appliquer les lois. Cela s'est fait lorsque des Algonquins et Népissingues ont appliqué sur leurs terres les lois interdisant la vente d'alcool aux autochtones. Claus leur a rétorqué, en invoquant la *Proclamation royale de 1763*: «I must inform you of your being wrong

de contraindre qui que ce soit à respecter leurs règles. Si un autochtone adhère à une société tribale et obéit à ses règles, il le fait librement, comme condition des avantages qu'il retire de sa participation. Nous verrons plus loin que les droits protégés des autochtones, les droits visés par l'engagement historique de la Couronne, appartiennent justement à ces sociétés, et que chacune d'entre elles jouit de la capacité de décider qui en son sein exercera ses droits collectifs et selon quelles modalités⁴⁰².

B. Les droits protégés découlant du régime colonial français

Il ne faut pas oublier que les droits ancestraux des autochtones n'étaient qu'une partie des droits visés par l'engagement royal de protection. Aux droits du premier occupant se sont ajoutés les droits découlant du régime colonial français.

En effet, dès après la conquête de la Nouvelle-France, George III a clairement exprimé son intention de respecter tous les titres concédés sous l'autorité des Rois de France⁴⁰³, dont plusieurs

& mistaken of presuming to take upon you the executive power of the Govern'. Proclamation as you told me th'other, and if you have said paper (properly?) explained to you, you will find my words to be true (...)» «Daniel Claus to the Caneghsadagey», 17 août 1772, A.N.C., MG 19, *Claus Papers*, bob. C-1478, vol. 1, pp. 149 et 150, aussi reproduit par Denys DELÂGE, Jean-Pierre SAWAYA, Marc JETTEN et Réjean SIOUI, *Les sept feux, les alliances et les traités autochtones du Québec dans l'histoire*, rapport soumis à la Commission royale d'enquête sur les peuples autochtones, 30 juillet 1996, pp. 164 et 165.

⁴⁰² Voir *infra*, chap. V.

⁴⁰³ L'article 42 des «Instructions au gouverneur James Murray», *op.cit.*, note 220, p. 168, exigeait le respect des droits des habitants de la Province de Québec. Dans une étude portant sur l'«Extension projetée des limites de la Province», non datée, D.R.H.C.C. (1759-1791), pp. 526-528, le

revenaient aux autochtones⁴⁰⁴. Cela étant, d'autres titres découlant du droit commun pouvaient aussi exister sans qu'on en trouve la trace dans les registres des terres de la Nouvelle-France. Nul ne sait si le Roi de Grande-Bretagne a seulement envisagé cette éventualité. Pour les tribunaux de *common law*, cependant, son silence, peut-être simplement un oubli, ne doit pas être interprété comme une abrogation des droits en cause. On présume au contraire que tous les droits fonciers existants ont survécu à l'avènement de la souveraineté britannique⁴⁰⁵. Il faut alors se demander comment et dans quelle mesure l'ancien droit français aurait pu tenir compte de l'occupation autochtone.

Nous constaterons que, malgré l'absence d'une reconnaissance légale de leur occupation originale par les autorités françaises, les autochtones peuvent peut-être invoquer à leur profit les règles de la prescription jadis en vigueur dans la colonie, soit pour acquérir une propriété complète, ou encore pour prescrire des usages définis par les coutumes locales. Malgré une certaine redondance avec la doctrine des droits ancestraux, il pourrait s'avérer utile pour les autochtones de se reposer sur le droit français. D'une part, le fardeau de preuve est différent, ne serait-ce qu'en raison de la période de référence pour fixer le contenu des droits. D'autre part, l'extinction des droits ancestraux,

gouvernement a reconnu que des Français puissent aussi détenir des droits au-delà du territoire de la colonie, ce qui a justifié, en 1774, l'extension de ses frontières.

⁴⁰⁴ Le premier procès dans la nouvelle possession britannique a été tenu en 1762 sous le régime militaire («Extracts from the Proceedings of the Military Council at Montreal, dated 22d March 1762», B.P.P., vol. 3 (Correspondence and Other Papers Relating to Aboriginal in British Possessions), pp. 72-74), et s'est conclu avec la reconnaissance du titre des Mohawks sur la seigneurie du Sault-St-Louis, un domaine concédé par le roi Louis XIV (*id.*, p. 74 (j. Gage)). Voir aussi, *supra*, note 200 et le texte correspondant, les articles de la Capitulation de Montréal.

⁴⁰⁵ *Oyekan c. Adele*, précité, note 167, 788 (j. Denning) ; *Amodu Tijani c. Secretary of Southern Nigeria*, précité, note 312, 407 (j. Haldane) ; *In re Southern Rhodesia*, précité, note 312, 233 (j. Sumner).

notamment par l'octroi d'une concession seigneuriale, n'empêcherait pas le droit colonial français de donner effet à une occupation subséquente des autochtones.

1. La négation des droits ancestraux par le droit colonial français ?

La doctrine⁴⁰⁶ et la jurisprudence⁴⁰⁷ entretiennent depuis fort longtemps un débat sur l'existence légale d'un titre indien originaire en Nouvelle-France, de même qu'en Acadie⁴⁰⁸. Même

⁴⁰⁶ P. DIONNE, *loc.cit.*, note 170 ; J. WOODWARD, *op.cit.*, note 348 ; P.A CUMMING et N.H. MICKENBERG, *op.cit.*, note 170 ; Maurice RATELLE, *op.cit.*, note 218 ; Richard BOIVIN, «Le droit des autochtones sur le territoire québécois et les effets du régime français», (1995) 55 *Revue du Barreau* 135 ; Bruce G. TRIGGER, *Les Indiens, la fourrure et les Blancs*, Montréal-Paris, Boréal-Seuil, 1990 ; Leslie Claude GREEN, «Claims to Territory in Colonial America», dans Leslie Claude GREEN et Olive Patricia DICKASON, *The Law of Nations and the New World*, Edmonton, The University of Alberta Press, 1989, 1 ; Olive Patricia DICKASON, «Concepts of Sovereignty at the Time of First Contacts», L.C. GREEN et O.P. DICKASON, *id.*, 141 ; Cornelius J. JAENEN, «Characteristics of French-Amerindian Contact in New France», dans Stanley H. PALMER et Dennis REINHARTZ, *Essays on the History of North American Discovery and Exploration*, Arlington, Texas A & M University Press, 1988 ; Robert J. SURTEES, «Canadian Indian Treaties», dans *Handbook of North American Indians*, *op.cit.*, note 574, vol. 4 (History of Indian-White Relations), 1988, 202 ; William John ECCLES, «Sovereignty-Association, 1500-1783», (1984) 65 *Can. Hist. Rev.* 475 ; Brian SLATTERY, *op.cit.*, note 217 ; Henri BRUN, *loc.cit.*, note 200 ; G. F.G. STANLEY, *loc.cit.*, note 241 ; Charles C. ROYCE et Cyrus THOMAS, «Indian Land Cessions in the United States», dans J.W. POWELL (dir.), *Eighteenth Annual Report of the Bureau of American Ethnology to the Secretary of the Smithsonian Institution, 1896-'97*, Washington, Government Printing Office, 1899, 521.

⁴⁰⁷ Dans *R. c. Isaac*, précité, note 83, le juge en chef MacKeigan de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse opina que les Français n'avaient pas cherché à éteindre les droits des autochtones, laissant sous-entendre qu'ils les avaient d'abord reconnus. Un de ses successeurs, le juge en chef Clarke, s'est exprimé au même effet dans *R. c. Denny*, (1990) 55 C.C.C. (3d) 322, en citant l'ouvrage du professeur Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 2^e éd., Toronto, Carswell, 1985, p. 563. Plus récemment, le juge Baudouin de la Cour d'appel du Québec, dans *Côté c. La Reine*, précité, note 196, a souligné le sérieux de la thèse selon laquelle l'avènement de la souveraineté française a emporté le transfert en pleine propriété des droits fonciers et territoriaux, et du coup provoqué l'extinction des droits aborigènes. C'est un avis que partageaient les juges Taschereau et Gwynne, de la Cour suprême du Canada, dans l'affaire *St. Catherine's Milling and Lumber Co. c. The Queen*, précité, note 16.

⁴⁰⁸ Nous négligeons la question de l'existence d'un titre indien originaire en Acadie. Cette région, cédée par la France lors du traité d'Utrecht de 1713, a souffert d'une guérilla de tous les instants entre autochtones et Britanniques. Elle n'a pris fin qu'en 1760, après la chute de la Nouvelle-France. Le

la Cour suprême du Canada s'est ajoutée au nombre des protagonistes, sans toutefois trancher sur le fond⁴⁰⁹. La question est importante puisqu'une source vraisemblable du titre indien dans les anciennes possessions françaises pourrait être ce droit, reconnu par les Français, dont la *common law* présume qu'il aurait survécu à l'avènement de la souveraineté britannique. La nature et la portée du titre seraient alors tributaires de l'ancien droit français⁴¹⁰. Cependant le débat a été mal engagé. On semble vouloir tenir une liste comptable d'événements, parfois d'anecdotes, pour ou contre chacune des thèses en présence, en oubliant la manière dont les tribunaux français interprétaient et construisaient leur droit. Un peu mécaniquement, sans porter aucune attention à l'intelligence du système juridique qu'on voulait supposément imiter, on s'est imaginé à tort que les juges français faisaient du droit prétorien avec la même liberté que leurs homologues anglo-saxons.

i) L'absence d'une coutume particulière garantissant l'occupation autochtone

Celui qui prétendait posséder un bien avait le fardeau d'établir son titre. Sans acte de concession ou ordonnance législative constatant leur titre, les autochtones devaient donc pouvoir alléguer une règle du droit commun et les faits permettant de l'appliquer. En Nouvelle-France, pays

contexte ne permettait donc ni la colonisation anglaise ni l'établissement de relations stables entre ces deux communautés (Stephen E. PATTERSON, «Indian-White Relations in Nova Scotia, 1749-61 : A Study in Political Interaction», (1993) 23 *Acadiensis* 23, 52-55 ; «Annexe à la lettre des lords du commerce à Egremont», 8 juin 1763, D.R.H.C.C. (1759-1791), pp. 106 et 107).

⁴⁰⁹ R. c. *Côté*, précité, note 171, 168-172 (J. Lamer).

⁴¹⁰ K. McNEIL, *op.cit.*, note 291, pp. 269 et 270.

de la *Coutume de Paris*⁴¹¹, il fallait alléguer la présence d'une coutume. Toutes présentaient certaines caractéristiques. Elles étaient publiques, observées par la plus grande partie des habitants, et suivies de façon constante pendant une très longue période (de quarante à cent ans)⁴¹². Elles pouvaient être notoires ou privées. Reconnue par tous, la coutume notoire était appliquée d'office par le juge ; la coutume privée, dont la constance était moins évidente, nécessitait l'administration d'une preuve⁴¹³. Une coutume était plus qu'une simple pratique ou un usage. À ce facteur matériel s'ajoutait un élément psychologique : ceux qui y étaient soumis devaient être convaincus d'obéir à une règle obligatoire. La conviction que l'application d'une règle était juste ou opportune pouvait être un facteur de mise en oeuvre d'une réglementation pressentie, mais ne suffisait pas pour créer la coutume. Seule la croyance juridique était déterminante⁴¹⁴. À cet égard, les membres du corps social n'étaient pas tous d'égale importance. On observait en particulier l'opinion des tribunaux, des autorités administratives et autres organes chargés d'appliquer le droit, car on reconnaît une règle du droit positif quand sa force obligatoire est assurée par un appareil de contrainte⁴¹⁵. Comme il n'y avait aucune coutume notoire traitant expressément des droits fonciers des autochtones, ce qui explique

⁴¹¹ On trouve un texte commenté de la *Coutume de Paris* dans François Joseph CUGNET, Québec, Guillaume Brown, 1775.

⁴¹² René FILHOL, «La preuve de la coutume dans l'ancien droit français», dans *Recueils de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, vol. 17 (La preuve : deuxième partie, moyen âge et temps moderne), Bruxelles, Librairie Encyclopédique, 1965, 357, 358 et 359.

⁴¹³ *Id.*, 359.

⁴¹⁴ Walter HENRICH, «Recherches sur la problématique du droit coutumier», dans *Recueil d'études sur les sources du droit*, vol. 2, Paris, Sirey, 1934, 277, 288-290.

⁴¹⁵ *Id.*

l'actuel débat, il restait la possibilité de prouver l'existence d'une coutume privée⁴¹⁶.

Un certain nombre de faits, à notre avis non concluants, sont plaidés en faveur de la reconnaissance d'un titre indien originaire sous le régime français. Nous ne mentionnerons que les plus importants, notre objectif, limité, étant de démontrer leur potentiel d'ambiguïté et donc leur faible valeur probante.

Il y avait les directives de 1665 de Louis XIV à l'intention du gouverneur de Courcelles⁴¹⁷. Elles lui enjoignaient de traiter les autochtones avec justice et équité, de ne jamais recourir à la violence contre eux, et interdisaient à quiconque de s'appropriier les terres sur lesquelles ils vivaient⁴¹⁸. Mais le Roi n'avait prévu aucun mécanisme de cession ou d'extinction, ce qui fait douter qu'il entendait reconnaître un titre indien⁴¹⁹. Des auteurs ne semblent pas troublés par l'apparente lacune et expliquent que les Français s'établissaient là où il n'y avait pas d'autochtones⁴²⁰. Peut-être

⁴¹⁶ Quoiqu'on ait couché par écrit la Coutume de Paris au seizième siècle, il était toujours possible de faire la preuve d'une nouvelle coutume en prouvant un usage certain et immémorial (voir : Adhémar ESMEIN, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, 14^e éd., Paris, Sirey, 1921, p. 825 ; Auguste DUMAS, *Histoire du droit français*, Aix en Provence, Pensée universitaire, 1946, p. 234).

⁴¹⁷ LÉGISLATURE DE QUÉBEC, «Instructions pour le Sieur de Courcelles au sujet des Indiens», reproduites dans *Collection de manuscrits contenant lettres, mémoires, et autres documents historiques relatifs à la Nouvelle-France*, vol. 1, Québec, Auspices de la législature de Québec, 1883 (ci-après cité : «*Manuscrits historiques*»).

⁴¹⁸ *Id.*, p. 175.

⁴¹⁹ Les auteurs P.A CUMMING et N.H. MICKENBERG attirent notre attention sur ce point (*op.cit.*, note 170, p. 79).

⁴²⁰ P.A. CUMMING et N.H. MICKENBERG, *id.*, pp. 83 et 84 ; W.J. ECCLES, *loc.cit.*, note 406, pp. 480 et 493 ; C.J. JAENEN, *loc.cit.*, note 406, 89 et 90 ; Cornelieus J. JAENEN, *The French Relationship with the Native Peoples of New France and Acadia*, Ottawa, Ministère des Affaires

a-t-on respecté ainsi la propriété de leurs villages, mais certainement pas celle de leurs terres de chasse et de pêche⁴²¹. On le voit aux nombreuses concessions seigneuriales faites aux colons sans jamais prévoir d'indemnité pour les autochtones⁴²², alors que ces concessions étaient situées tout le long des rives nord et sud du fleuve Saint-Laurent ainsi que sur les côtes de la Gaspésie, autrement dit sur les meilleures terres de la colonie⁴²³. Dans la péninsule gaspésienne, par exemple, plus précisément dans la baie des Chaleurs, à l'embouchure de la Grande-Rivière et de la Restigouche, les administrations des gouverneurs Frontenac, Vaudreuil et Jonquière concédèrent à des Français des terres dont les Micmacs faisaient pourtant bon usage⁴²⁴. D'autres concessions ont été faites sur la Côte-Nord dans le pays des Montagnais, notamment à l'Archipel de Mingan, un lieu fréquenté par des chasseurs autochtones⁴²⁵. Ces établissements de part et d'autre du fleuve étaient déjà

indiennes et du Nord canadien, 1984, pp. 46 et 47.

⁴²¹ O.P. DICKASON, *loc.cit.*, note 406, 223.

⁴²² C.J. JAENEN, *loc.cit.*, note 406, 88 ; P.A. CUMMING et N.H. MICKENBERG, *op.cit.*, note 170, pp. 80 et 81 ; C.C. ROYCE et C. THOMAS, *loc.cit.*, note 406, 548 ; G.F.G. STANLEY, *loc.cit.*, note 241, 209. Par exception, des Français aurait acheté quelques arpents de terres dans la vallée de l'Illinois (Cornelius J. JAENEN, *The French Relationship with the Native People of New France and Acadia*, Ottawa, Ministère des affaires indiennes et du Nord canadien, 1984, p. 42). Notons qu'une concession seigneuriale emportait un droit de propriété plein et entier (*dominion plenum*), le domaine utile et le domaine direct étant réunis (LELIÈVRE, ANGERS, L.C. Rep., *Décisions des tribunaux du Bas-Canada: Questions seigneuriales*, vol. 1-A, Québec-Montréal, Augustin Côté-Bureau de la Minerve, 1856, aux pp. 51a, 62a et 63a (opinion de onze juges sur les douze que comptaient ensemble la Cour du banc de la reine et la Cour supérieure)).

⁴²³ Serge COURVILLE, Serge LABRECQUE et Jacques FORTIN, *Seigneuries et fiefs du Québec : nomenclature et cartographie*, Sainte-Foy, C.É.L.A.T., 1988.

⁴²⁴ *Id.*, pp. 104 et 119.

⁴²⁵ De nombreuses transactions concernant la seigneurie mentionnent ça et là la fréquentation de îles par des autochtones (voir P.-G. ROY, *Inventaires des concessions en fief et seigneurie, foies et hommages, et aveux et dénombremets*, Québec, Archives de la Province de Québec, 1928, pp. 190-200).

suffisamment éparpillés et difficiles à défendre sans qu'on songe à coloniser plus avant l'intérieur du continent⁴²⁶. Loin de laisser indifférents les autochtones, le manque de tact des Français aurait plutôt provoqué leur ressentiment⁴²⁷. La politique interdisant le recours à la violence, prônée par Louis XIV dans ses instructions, était donc apparemment plus une tactique d'apaisement que la volonté d'obéir à une règle de droit.

D'autres documents indiquent que les Français parlaient à l'occasion de leurs amis autochtones plus en termes d'alliés que de sujets⁴²⁸. C'était le cas des Micmacs de l'Acadie, un territoire cédé par la France à la Grande-Bretagne par le traité d'Utrecht de 1713. Il faut tout de suite préciser que les Français, loin d'avoir à l'esprit le bien des Micmacs, pensaient surtout éviter les reproches des Anglais qui souffraient des attaques autochtones, alors que les deux nations européennes étaient officiellement en paix⁴²⁹. Pourtant, le rôle des Français n'était pas aussi passif

⁴²⁶ Dans *R. c. Côté*, précité, note 171, 170 et 171, le juge en chef Lamer a semblé faire grand cas de l'absence d'établissement français important à l'ouest de Montréal. Il y a vu un signe que les Français se seraient uniquement établis dans la vallée du Saint-Laurent parce qu'il s'agissait d'une terre sans maître (*terra nullius*). Il a oublié que les terres de chasse des Micmacs, Abénakis, Montagnais, Attikameks et Algonquins se trouvaient dans cette vallée. Il a même conclu que la région de Montréal constituait une terre de chasse des Mohawks, sans y voir quelque contradiction dans son discours. En outre, pourrait-on répondre au juge en chef, pourquoi les Français auraient-ils colonisé l'intérieur du continent pendant que des terres faciles d'accès et plus proches de la métropole étaient encore disponibles?

⁴²⁷ B.G. TRIGGER, *op.cit.*, note 406, p. 453.

⁴²⁸ «Rapport de Monsieur de Vaudreuil au ministre», 6 septembre 1716 et «Lettre de monsieur de Lajonquière au gouverneur Philipps», 7 mars 1751, *Manuscrits historiques, op.cit.*, note 417, vol. 3, pp. 19, 502 et 503.

⁴²⁹ «Rapport de Monsieur de Vaudreuil au ministre», *id.*; «Mémoire de Monsieur de Vaudreuil au duc d'Orléans», février 1716, QUÉBEC, SECRÉTARIAT DE LA PROVINCE, *Rapport de l'archiviste de la Province de Québec*, Québec, R. Paradis Imprimeur du Roi, 1947-1948, pp. 291 et 295.

que ce qu'ils prétendaient. Parlons du gouverneur Saint-Ovide qui avait reçu instruction de susciter la révolte des Micmacs contre les Anglais résidant en Acadie⁴³⁰. Il s'y employa autant par le mensonge que par des présents⁴³¹. C'est le contexte dans lequel il faut situer un discours de ce gouverneur déclarant à ses hôtes Micmacs que la France, par le traité d'Utrecht, n'avait cédé que ses propres droits (la souveraineté), sans affecter la possession de leurs terres⁴³². Il semble alors pour le moins imprudent d'utiliser ce discours afin de prouver l'existence légale d'un titre indien.

Le dossier historique démontre aussi que les Français ont été prompts à reconnaître la souveraineté et le titre des Indiens alliés à l'Angleterre, les Iroquois⁴³³. Les officiers du Roi catholique ont alors fait valoir aux Anglais que les Iroquois n'obéissaient qu'à eux seuls. Accepter la souveraineté de l'Indien était bien sûr une façon de nier celle de l'Anglais, tout en semant la discorde entre les deux alliés. Cette considération tactique mise à part, le fait peut être invoqué à l'appui de la souveraineté iroquoise, mais il ne nous apprend rien de l'état du droit interne de la colonie, là où

⁴³⁰ On fait référence à ces instructions dans un résumé des dépêches adressées à Messieurs de Longueil et Bégon, rédigé le 7 mai 1726, N.Y.C.D., vol. 9, p. 956.

⁴³¹ Le gouverneur, mis au fait que les Anglais construisaient des magasins, demanda aux Micmacs ce qu'ils en pensaient. Les Micmacs lui ont répondu qu'ils étaient persuadés que c'était des forts pour les empêcher de chasser et de chercher du secours. Il les confirma dans cette idée et leur suggéra de s'y opposer (voir le «Rapport de Monsieur de Saint-Ovide», 4 novembre 1732, *Manuscrits historiques*, *op.cit.*, note 417, vol. 3, pp. 164 et 165).

⁴³² «Discours de St-Ovide», sans date, cité par C.J. JAENEN, *op.cit.*, note 422, p. 40. Jaenen croit que l'on a aussi tenu ce discours devant les Abénakis de la Gaspésie (*id.*). Il se trompe, car la prétention des Français étaient plutôt que ce territoire ne faisait pas partie de la cession prévue au traité d'Utrecht («Mémoire sur les limites de l'Acadie, envoyé à Monseigneur le duc d'Orléans par le père Charlevoix», 29 octobre 1720, *Manuscrits historiques*, *id.*, pp. 89-91).

⁴³³ George F.G. STANLEY, *New France : The Last Phase, 1740-1760*, Toronto, McClelland & Stewart, 1968, p. 81.

la France, tout en se disant souveraine, pouvait exercer quelque contrôle sur les populations indigènes⁴³⁴.

Selon une directive du Ministère de la guerre, il semble que l'Administration française ait été disposée, au début de la guerre de Sept Ans, à reconnaître le droit «primitif» des autochtones sur les terres où ils étaient situés. Agir autrement aurait été une injustice, disait-on⁴³⁵. Il faut alors se demander s'il s'agissait d'une attitude fermement arrêtée, ou plus simplement une pause, le temps que la guerre passe. Cela n'aurait pas été une première ; Louis XIV, lors d'une guerre précédente l'opposant à son rival anglais, avait déjà demandé à ses gens d'avoir des égards pour les autochtones en raison de la conjoncture militaire⁴³⁶. Même sans qu'il soit nécessaire de mettre en doute la bonne foi du Ministère, nous ne pensons pas que sa directive, seule, suffise pour établir en droit un titre indien. On peut lui opposer toute l'histoire législative de la Nouvelle-France où l'on a ignoré ce supposé droit⁴³⁷, sans oublier que toutes les terres mises de côté pour l'usage des autochtones leur ont été concédées comme une faveur du Roi plutôt que comme un droit des autochtones⁴³⁸.

⁴³⁴ Une distinction que des auteurs, traitant des droits autochtones sous le régime français, omettent de faire, comme P.A. CUMMING et N.H. MICKENBERG, *op.cit.*, note 170, p. 82, C.J. JAENEN, *op.cit.*, note 420, p. 91 et P. DIONNE, *loc.cit.*, note 170, 167.

⁴³⁵ La directive de 1755 a été traduite par C.J. JAENEN, *op.cit.*, note 830, p. 38.

⁴³⁶ «Mémoire adressé au gouverneur de Frontenac et à l'intendant Champigny», 14 juin 1695, QUÉBEC, SECRETARIAT DE LA PROVINCE, *Rapport de l'archiviste de la Province de Québec*, Québec, R. Paradis Imprimeur du Roi, 1928-1929, p. 259.

⁴³⁷ Edmond LAREAU, *Histoire du droit canadien depuis les origines de la colonie jusqu'à nos jours*, vol. I (La domination française), Montréal, A. Périard, 1888 ; Jean BOUFFARD, *Traité du domaine*, 1921, réimpression par les P.U.L., Québec, 1977 ; H. BRUN, *loc.cit.*, note 200, 62 et 63.

⁴³⁸ Le juge Gwynne, de la Cour suprême du Canada, a écrit dans *St. Catherine's Milling and Lumber Co. c. The Queen*, précité, note 16, 651 : «It may be admitted that the Kings of France recognized no title

L'ensemble des faits, au mieux contradictoires quand ils sont interprétés hors de leur contexte, ne suffirait donc pas à prouver l'existence d'une coutume, reconnue par le droit commun de la Nouvelle-France, qui protégerait les terres de chasse et de pêche des autochtones. On ne peut démontrer ni une pratique constante et publique suivie pendant une longue période ni la croyance des autorités en une règle obligatoire durant toute cette période.

ii) Le non-usage du droit des gens comme une source autonome en droit français

Les autochtones pourraient peut-être aussi invoquer les règles du droit des gens, le droit international des seizième, dix-septième et dix-huitième siècles⁴³⁹, à condition qu'il ait été incorporé dans l'ordre juridique interne de la France. Des juristes de cette époque ont effectivement soutenu que les puissances européennes ne pouvaient s'approprier les terres des indigènes sous le prétexte de les avoir découvertes. Nous ne dresserons pas un inventaire de la doctrine sur l'état de ce droit ; d'autres l'ont déjà fait avec compétence⁴⁴⁰. Nous préférons nous interroger sur l'attitude du juge

in the Indians in any part of the territory in the possession of the Kings of France, whose mode of dealing with the Indians was to make, *ex gratia*, crown grants of land for their conversion, instruction, and subsistence (...). Voir aussi H. BRUN, id., G.F.G. STANLEY, *loc.cit.*, note 241, 209 et Olive Patricia DICKASON, «Renaissance Europe's View of Amerindian Sovereignty and Territoriality», (1977) 8 *Plural Societies* 97, 103.

⁴³⁹ «Un fait juridique doit être apprécié à la lumière du droit qui lui est contemporain (...)» Extrait de l'arbitrage de Palmas, cité par l'agent du gouvernement français devant la Cour Internationale de Justice, séance publique du 7 octobre 1953, reproduit dans l'ouvrage de Alexandre-Charles KISS, *Répertoire de la pratique française en matière de droit international public*, vol. 1, Paris, Centre national de la recherche scientifique, 1962, p. 10.

⁴⁴⁰ Voir notamment L.C. GREEN et O.P. DICKASON, *loc.cit.*, note 406, B. SLATTERY, *op.cit.*, note 217, et H. BRUN, *loc.cit.*, note 200.

français face au droit international, en particulier lorsque la règle invoquée, demandant le respect de l'occupation autochtone, contredisait la pratique de son gouvernement.

À l'époque de la France des Rois, les Européens assimilaient le droit des gens au droit naturel. C'était du moins la théorie dominante⁴⁴¹. Le droit naturel est un droit idéal, immuable, identifié à l'idée de justice, que l'on distingue du droit réel, le droit positif de tous les jours, créé par les hommes et par conséquent variable⁴⁴². Inspiré de Dieu, le droit naturel trônait au sommet de la hiérarchie des normes dans une conception moniste du droit⁴⁴³. Même les Rois devaient théoriquement y obéir, eux qui invoquaient Dieu comme la source de leur autorité⁴⁴⁴. L'oeuvre législative du souverain et de ses cours se résumait donc à découvrir ce droit supérieur, à le faire reconnaître dans l'ordre juridique positif interne⁴⁴⁵. Cet édit de Louis XIV illustre notre propos : «Qu'on ne dise point que le souverain ne soit pas sujet aux lois de son État, puisque la proposition

⁴⁴¹ Hans Kelsen, «Justice et droit naturel», *Annales de la philosophie politique*, vol. 3 (Le droit naturel), Paris, P.U.F., 1959, 1, 70.

⁴⁴² *Id.*, 67.

⁴⁴³ «(A)insi que les contrats et testaments des particuliers ne peuvent déroger aux ordonnances des magistrats, ni les edicts des magistrats aux coutumes, ni les coutumes aux loix générales d'un Prince souverain: aussi les loix des Princes souverains ne peuvent alterer, ni changer les loix de Dieu et de nature.» Jean BODIN, *Les six livres de la république*, vol. 1, Lyon, Gabriel Cartier, 1593, réimpression par Fayard, Paris, 1986, p. 193.

⁴⁴⁴ *Id.*, p. 217. Lire aussi Philippe SUEUR, *Histoire du droit public français, XV^e-XVIII^e siècle*, vol. 1, Paris, P.U.F., 1989, p. 152.

⁴⁴⁵ Joseph DECLAREUIL, *Histoire générale du droit français des origines à 1789*, Paris, Sirey, 1925, pp. 799 et 800. La même théorie a prévalu en Grande-Bretagne selon Antonio TRUYOL Y SERRA, dans «Théorie du droit international public», *ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE, Recueil des cours*, t. 173, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1992, 9, 293 et 294.

contraire est une vérité du droit des gens (...)»⁴⁴⁶.

On aurait alors pu croire que la pratique des États pouvait être censurée en s'appuyant sur le droit naturel. Hans Kelsen a plutôt démontré la proposition contraire : le droit naturel a été essentiellement une théorie conservatrice visant à justifier l'ordre juridique établi⁴⁴⁷. Hobbes, par exemple, a postulé la conformité du droit positif au droit naturel⁴⁴⁸. Grotius en a fait autant en définissant le droit des gens à partir des coutumes⁴⁴⁹. Le juriste néerlandais Van Bynkershoek, tout en critiquant l'approche de ses prédécesseurs, s'est néanmoins référé aux usages des nations lorsque la raison ne permettait pas de trancher une question litigieuse⁴⁵⁰. Or, justement, à lire les opinions contradictoires des auteurs contemporains de la colonisation, il apparaît que la raison n'était pas le meilleur moyen pour décider de l'existence d'un titre, reconnu par le droit des gens, qui grèverait les terres de chasse et de pêche des autochtones⁴⁵¹.

⁴⁴⁶ *Édit de 1667 de Louis XIV*, cité par J. DECLAREUIL, *id.*, p. 800.

⁴⁴⁷ H. KELSEN, *loc.cit.*, note 441, 110-119.

⁴⁴⁸ Thomas HOBBS, *De Cive*, 1642, trad. et reprod. par Sirey, Paris, 1981, c. 14, n° 10.

⁴⁴⁹ Cornelieus VAN BYNKERSHOEK interprète ainsi l'oeuvre de Grotius dans *Quaestionum juris publici*, 1737, vol. 2, trad. et reprod. par Oceana Publications, The Classics of International Law, New York, 1930, p. 20.

⁴⁵⁰ Cornelieus VAN BYNKERSHOEK, *De foro legatorum, tam in causa civili, quam criminali liber singularis*, 1744, trad. et reprod. par Oceana Publications, The Classics of International Law, New York, p. 18.

⁴⁵¹ Qu'il suffise de citer deux auteurs français de la fin du XVIII^e siècle: Jean-Jacques Rousseau et le non moins célèbre Joseph-Robert Pothier. D'un côté, Rousseau, probablement inspiré par les idées de Gentili, Pufendorf et Vattel, prétendait que le travail et la culture étaient les seuls signes d'une propriété digne d'être respectée d'autrui. De l'autre, Pothier, reprenant la thèse de Vittoria mais sans le citer, n'admettait pas que l'on s'approprie une terre déjà habitée sous le prétexte de l'avoir découverte, quelque soit le caractère «sauvage» des habitants. Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat*

En plus d'annoncer par ses méthodes le triomphe à venir du positivisme juridique, la doctrine du droit naturel a aussi miné le fondement du droit des gens. En effet, les auteurs qui posaient un principe, d'apparence généreuse, ne manquaient pas de le compléter par des exceptions de façon à défendre la politique de leur pays, contredisant ainsi l'idée même de l'existence d'un droit universel⁴⁵². On sentait dans leurs écrits tout le poids de la raison d'État. Les États ont d'ailleurs participé à cette imposture. Ils étaient tous prêts à admettre le principe de la suprématie du droit naturel et des gens dans la mesure où chacun se réservait le monopole de son interprétation⁴⁵³. Ce n'était donc pas tant la théorie juridique mais plutôt la pratique du droit, la manière dont il a été interprété et appliqué, qui oblige à écarter le droit international comme une source autonome de droits pour les autochtones. Ces derniers ne peuvent par conséquent l'invoquer de manière utile pour se faire reconnaître des droits qu'autrement on leur aurait niés.

Notre conclusion s'impose d'autant plus lorsque nous considérons la situation particulière de la France des seizième et dix-septième siècles. Non seulement y a-t-on érigé le dogme de l'absolutisme royal, mais les rois de France, qui se croyaient les héritiers de l'empire de Charlemagne et donc supérieurs aux autres monarques, n'ont jamais voulu accepter en pratique d'obéir à d'autre

social, 1762, livre 1^e, c. 9 (Du domaine réel) et Joseph-Robert POTHIER, *Oeuvres de Pothier*, 2^e éd., vol. 9, Paris, Cosse et Marshall, 1861, «Traité du droit du domaine de propriété», n^o 83.

⁴⁵² Ce fut entre autres le cas de Vittoria (voir L.C. GREEN, *loc.cit.*, note 406, 39-47 ; O.P. DICKASON, *loc.cit.*, note 406, 192 et 193).

⁴⁵³ O.P. DICKASON, *id.*

volonté que la leur⁴⁵⁴. C'est l'explication que suggère le professeur Ernest Nys pour la part minime que prit la France dans le développement du droit des gens⁴⁵⁵. La doctrine de l'époque, celle des découvertes et des premiers temps de la colonisation, tend d'ailleurs à démontrer que la France n'aurait alors l'existence d'un ordre juridique international⁴⁵⁶. Il faudra une défaite militaire et l'humiliante paix d'Utrecht, de 1713, pour mettre un frein aux prétentions de la France à l'hégémonie, tout en la sensibilisant à la nécessité d'un juste équilibre entre les nations, autrement dit au droit des gens⁴⁵⁷.

2. L'acquisition de certains droits d'occupation par l'application des coutumes notoires de droit privé

Même en l'absence d'une coutume française reconnaissant spécifiquement les droits des autochtones, les autorités auraient pu ignorer ou mal interpréter d'autres coutumes déjà reconnues par le droit positif, c'est-à-dire des coutumes notoires. Cette question a été négligée sinon complètement occultée par les autorités coloniales. Un tribunal québécois pourrait aujourd'hui palier cette carence. Il ne s'agit pas, pour ce tribunal, de changer ces coutumes et d'accorder des droits alors qu'il n'en existait pas, en 1760, mais seulement de les appliquer sans discrimination en tenant compte des faits. Les autochtones sont ainsi considérés comme des sujets de droit comme toute autre

⁴⁵⁴ La prétention impériale des Rois de France était «la négation même du droit des gens qui s'appuie sur l'interdépendance des États, non point assurément sur la suprématie de l'un des États sur les autres.» Ernest NYS, *Les théories politiques et le droit international en France jusqu'au XVIII^e siècle*, 2^e éd., Bruxelles, A. Castaignes, 1899, pp. 111 et 112.

⁴⁵⁵ *Id.*, p. 111.

⁴⁵⁶ *Id.*, p. 128.

⁴⁵⁷ *Id.*

personne.

Supposons que le Roi catholique ait effectivement acquis la propriété du sol en même temps que la souveraineté sur toutes les terres découvertes en son nom. Les autochtones ont néanmoins continué d'occuper certaines terres. Puisque cet état de fait a duré un certain temps, il a pu créer des droits en vertu des règles de la prescription acquisitive (l'usucapion), d'autant plus qu'il semble que les autochtones avaient la capacité de prescrire⁴⁵⁸. Ils pouvaient alors prescrire contre les concessionnaires de la Couronne, compagnies ou seigneurs ; et s'il faut croire des auteurs tels Pothier et Loisel, ils auraient même pu prescrire contre le souverain, par cent ans, pour tous les droits qui n'étaient pas attachés à sa souveraineté⁴⁵⁹. Nous évoquerons deux hypothèses concernant deux types de droit.

⁴⁵⁸ On sait d'une part que les autochtones convertis à la foi chrétienne devenaient des citoyens français (Louis ROLLAND et Pierre LAMPUÉ, *Droit d'Outre-Mer*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 1959, pp. 52 et 182). D'autre part, même les étrangers pouvaient invoquer la prescription de trente ans, «cette prescription n'étant pas une grâce de la loi civile accordée aux citoyens» (J.-R. POTHIER, *op.cit.*, note 451, «Traité des personnes et des choses», n° 49). Les étrangers pouvaient alors *a fortiori* invoquer la prescription centenaire appelée immémoriale.

⁴⁵⁹ J.-R. POTHIER, *id.*, «Traité de la prescription», n° 288. À l'appui de son opinion, très controversée, Pothier cite les auteurs Chopin, Bacquet, Salvains et Loisel. Pothier mentionne aussi Lebret. Ce dernier, même s'il croyait nécessaire de suivre la règle de l'inaliénabilité en raison de son utilité publique, admettait qu'elle n'avait pas été observée, *nec in consulendo, nec in judicando*. Parmi les contradicteurs contemporains de Pothier, mentionnons Claude FERRIÈRE, *Corps et compilation de tous les commentateurs anciens et modernes sur la Coutume de Paris*, 2^e éd., vol. 2, Paris, Gosselin, 1714, pp. 300 et 301 et Pierre-Jacques BRILLON, *Dictionnaire des arrêts ou jurisprudence universelle des parlements de France, et autres tribunaux*, 2^e éd., vol. 2, Paris, Cavelier père et fils, Brunet et Gosselin, 1727, p. 714.

i) L'acquisition de droits de propriété complets

La première hypothèse concerne l'acquisition d'un droit de propriété complet. Les autochtones peuvent en effet avoir conservé le contrôle exclusif de larges portions du territoire, leur possession s'opposant à celle du propriétaire légal⁴⁶⁰. L'occupation collective de la terre par les autochtones n'était pas un obstacle car l'ancien droit français reconnaissait que plusieurs individus pouvaient la détenir en commun⁴⁶¹. Il s'ensuit que les membres d'une communauté autochtone pouvaient posséder une terre les uns pour les autres⁴⁶².

Cependant, l'occupation ne suffisait pas pour acquérir ou se faire reconnaître un droit de propriété. La *Coutume de Paris* exigeait aussi d'avoir l'*animus domini*, la volonté de posséder en tant que propriétaire⁴⁶³. Il n'y a pas de formule incantatoire l'établissant ; l'existence de l'*animus domini*

⁴⁶⁰ Pothier a défini la possession comme étant la «détention d'une chose corporelle que nous tenons en notre puissance.» J.-R. POTHIER, *id.*, «Traité de la possession», n° 1. La jurisprudence a exigé une possession naturelle, comme dans l'affaire *Stuart c. Bowman*, (1851) 3 R.J.R.Q. 228 (C.S.).

⁴⁶¹ «(C)hacun pour une certaine part (...) des parts intellectuelles.» POTHIER, *id.*, «Traité du droit du domaine de propriété», n° 17. Lire au même effet : Paul OURLIAC et Jean-Louis GAZZANIGA, *Histoire du droit privé français de l'An mil au Code civil*, Paris, Albin Michel, 1985, pp. 212, 213 et 218 ; Jean BRISSAUD, *A History of French Private Law*, New York, Augustus M. Kelley, 1968, pp. 312 et 313 ; G. ANTONETTI, «Le partage des forêts usagères ou communales entre les seigneurs et les communautés d'habitants», (1963) 41 *R. hist. dr. fran. et étrang.* 238, 283.

⁴⁶² C'est une hypothèse que Pothier envisage, J.-R. POTHIER, *id.*, «Traité de la prescription», n° 55, quand il examine le problème de l'interruption de la prescription lorsque plusieurs possèdent en commun. *Contra* : *Corinthe c. Séminaire de Saint-Sulpice*, (1911) 21 B.R. 316, 325 (j. Carroll).

⁴⁶³ J.-R. POTHIER, *id.*, «Traité du droit du domaine de la propriété», n° 27. Les CODIFICATEURS DU CODE CIVIL DU BAS-CANADA se sont d'ailleurs inspirés de Pothier pour établir les conditions pour prescrire dans «Troisième rapport des commissaires chargés de codifier les lois du Bas-Canada, en matières civiles», *Code civil du Bas-Canada: Premier, second et troisième rapport des codificateurs*, Québec, George E. Desbarats, 1865, 360, 512, art. 12.

est une question de fait. On l'observe lorsque l'occupant pose des actes qui sont «l'expression du droit de propriété, plein, entier et complet»⁴⁶⁴. D'aucuns objecteront que les autochtones, dont la culture était hostile au concept de la propriété individuelle⁴⁶⁵, ne remplissaient pas cette condition. Ils auraient raison s'il était question de prouver le droit d'un seul autochtone mais nous nous interrogeons sur l'existence du droit de sa communauté. Notre attention doit donc se porter sur le comportement de celle-ci. Dès lors qu'une communauté autochtone a effectivement exercé les prérogatives d'un propriétaire, par exemple en exigeant un péage, ou plus généralement en contrôlant l'accès à un domaine⁴⁶⁶, il était difficile de lui nier l'intention d'être propriétaire, peu importe si les autochtones ont pris conscience du lien entre leur volonté collective de posséder et le concept juridique abstrait du droit de propriété.

Cugnet, dans son *Traité des Anciennes Loix de Propriété en Canada aujourd'hui Province de Québec*⁴⁶⁷, a soutenu qu'un seigneur ne pouvait agrandir son domaine au moyen de la prescription trentenaire, étant donné que les registres de la colonie fixait les bornes de sa concession. Il a alors fondé son opinion sur un jugement de l'intendant Hocquart, du 16 juillet 1731⁴⁶⁸. Ce jugement aurait pu être lourd de conséquence car on aurait pu l'interpréter comme écartant toute possibilité d'acquérir

⁴⁶⁴ Witold RODYS, *Traité de droit civil du Québec*, vol. 15 (De la prescription), Montréal, Wilson et Lafleur, 1958, p. 77.

⁴⁶⁵ Voir *infra*, note 775.

⁴⁶⁶ C.J. JAENEN, *loc.cit.*, note 406, 89.

⁴⁶⁷ *Op.cit.*, note 411.

⁴⁶⁸ *Id.*, pp. 46-48.

une propriété par la prescription. Toutefois, ce n'est pas l'opinion qu'a retenue la Cour du Banc du Roi dans l'affaire *Seminary of Quebec c. Patterson*⁴⁶⁹, alors qu'elle a appliqué la prescription trentenaire en suivant l'enseignement des auteurs classiques⁴⁷⁰. Quoiqu'il en soit sur l'applicabilité de cette prescription dans la colonie, il resterait néanmoins la prescription immémoriale, dite aussi centenaire, parce que, selon les juriconsultes Pothier et Dumoulin, «la possession centenaire doit être regardée plutôt comme un titre, que comme une prescription»⁴⁷¹.

ii) L'acquisition de droits d'usage

La seconde hypothèse est que les autochtones aient joui, à l'égard de leurs terres tribales traditionnelles, de droits d'usage n'équivalant pas à une propriété complète, tels les droits de chasser ou de pêcher. En France métropolitaine, les tenanciers détenaient souvent des droits d'usage sur les eaux, les bois et les pâturages de la seigneurie. La définition précise de ces usages était fixée par la coutume immémoriale de chaque domaine ou par une convention expresse⁴⁷². Ils pouvaient théoriquement varier à l'infini.

Cherchant à les qualifier selon les catégories du droit romain, la jurisprudence a longtemps

⁴⁶⁹ (1820) 1 R.J.R.Q. 180.

⁴⁷⁰ *Id.*, 181 (la Cour).

⁴⁷¹ R.-J. POTHIER, *op.cit.*, 451, «Traité de la prescription», n° 278, Pothier citant Dumoulin.

⁴⁷² G. ANTONETTI, *loc.cit.*, note 461, 239 ; P. OURLIAC et J.-L. GAZZANIGA, *op.cit.*, note 461, pp. 212 et 213 ; François OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français des origines à la révolution*, Paris, Domat-Montchrestien, 1948, p. 150.

hésité entre la servitude, au profit des maisons et des fonds du village, et le droit de propriété collectif, détenu par la communauté villageoise conjointement avec le seigneur⁴⁷³. La possibilité pour les autochtones de prescrire certains usages tenait au choix que l'on a fait entre ces deux options. La *Coutume de Paris*, en effet, ne permettait pas d'acquérir une servitude par une longue jouissance, fut-elle centenaire, sans apporter un écrit en preuve⁴⁷⁴. Or, les autochtones ne disposaient d'aucun écrit concernant leurs terres de chasse et de pêche. Interprétant la *Coutume du Berri*, semblable à cet égard à la *Coutume de Paris*, la Cour de cassation de France a finalement tranché la question de la qualification dans un sens favorable aux autochtones ; elle a jugé qu'un droit d'usage était suffisamment établi par la possession immémoriale de ceux qui le réclamaient, quoique la *Coutume* ait rejeté toute prescription en matière de servitude, car le droit d'usage participait de la propriété et non de la servitude⁴⁷⁵.

Les sociétés autochtones qui ont vécu sous l'empire de la *Coutume de Paris* peuvent donc avoir prescrit des usages correspondant à leurs pratiques habituelles de chasse, de pêche ou de cueillette. Une occupation faite à l'exclusion des autres sociétés autochtones ou européennes peut même leur avoir procuré un titre.

⁴⁷³ G. ANTONETTI, *id.*, 282-286.

⁴⁷⁴ R.-J. POTHIER, *op.cit.*, note 451, «Traité de la prescription», n° 286.

⁴⁷⁵ L'arrêt de la Cour de cassation du 24 avril 1810 confirmait une décision de la Cour d'appel de Bourges rendue le 12 août 1807. Ces arrêts ont été reproduits par Philippe Antoine MERLIN dans son *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, vol. 18, 4^e éd., Paris, Garnery, 1813, au mot «usage». Merlin en a fait par la suite une revue critique dans *Recueil alphabétique des questions de droit qui se présentent le plus souvent dans les tribunaux*, vol. 8, 4^e éd., Paris, Remoissenet, 1830, encore ici au mot «usage».

La *common law*, parce qu'elle présume de la survie des droits existants suite à l'avènement de la souveraineté britannique, renvoie au droit colonial de la France. Une analyse de l'ancien droit français est par conséquent un préalable à toute étude sérieuse des droits des autochtones de l'est du Canada. Cet aspect de la problématique des droits aborigènes a pourtant été négligé par la doctrine, une lacune que nous avons tenté bien modestement de combler en démontrant le sérieux des revendications autochtones sous le régime français. Ce sérieux tient au fait que notre démonstration s'appuie sur le droit commun de colonie de la Nouvelle-France, la *Coutume de Paris*⁴⁷⁶, plutôt que sur un droit d'exception. Autrement dit, les autochtones ont été considérés en tant que simples sujets du droit français, au même titre que toute autre personne, sans discrimination, et non en leur accordant un statut particulier en raison de leur condition d'autochtone. Il y a encore toutefois beaucoup à faire, des points à approfondir.

Pouvait-on acquérir dans la colonie une propriété par la prescription de trente ans ? Cela aurait grandement facilité l'acquisition d'un droit de propriété car la Nouvelle-France, et l'Acadie, ont été entre les mains de propriétaires privés pendant plusieurs dizaines d'années avant de redevenir des colonies de la Couronne. Une fois écartée la prescription trentenaire, il ne reste que celle de cent ans, dite aussi immémoriale. Elle permettait d'acquérir tant une propriété complète que des usages. Toutefois, à moins qu'ils ne limitent leurs prétentions aux terres demeurées en possession de particuliers, les autochtones doivent prétendre avoir prescrit contre la Couronne. Nous pensons pourtant que cela a été le cas, non seulement parce que la jurisprudence et une partie de la doctrine

⁴⁷⁶ Précitée, note 411.

française l'ont autrefois admis⁴⁷⁷, mais aussi parce que la règle de l'inaliénabilité perdait sa raison d'être en Amérique. En effet, au contraire de la France métropolitaine, où le Roi a cherché à mettre un frein à l'érosion de son domaine pour un motif d'intérêt public, l'aventure coloniale par définition impliquait l'aliénation des terres des colonies à des particuliers, même si ces terres faisaient partie du domaine de la Couronne. À cela on peut ajouter le fait que le Roi, non seulement connaissait les usages des autochtones, mais les encourageait, car toute l'économie de la colonie était fondée sur la continuation des activités traditionnelles de chasse. L'intérêt public au Canada allait donc dans le sens d'une aliénation du domaine public.

Les droits acquis sous la *Coutume de Paris* couvrent souvent les mêmes terres que les droits ancestraux. Plus encore, leur contenu substantif se ressemble ; le droit ancestral d'exploitation d'une ressource ne diffère pas sensiblement d'un droit d'usage coutumier, et le titre ancestral vaut probablement autant qu'un titre dérivant de l'ancienne coutume française⁴⁷⁸. Toutefois, comme la période de référence pour définir le contenu du droit n'est pas la même, la *common law* s'intéressant à la période d'avant le contact avec les Européens et la *Coutume de Paris* à la période du régime français, des différences peuvent survenir. Nous pensons par exemple à la possibilité que des autochtones aient acquis par prescription des droits de chasse commerciale. En outre, l'utilité d'invoquer l'ancien droit colonial français apparaîtra lorsque des droits ancestraux auront été éteints

⁴⁷⁷ *Supra* note 59.

⁴⁷⁸ Quoiqu'on peut se demander si la preuve d'un titre ancestral exige, comme le titre dérivant de la *Coutume de Paris*, la preuve d'une occupation exclusive. Comparez les notes 767-769 et 459-465 et le texte correspondant.

par des concessions seigneuriales, ou encore lorsque des autochtones auront occupé des terres différentes de leur patrie d'origine ; la continuation de leurs activités traditionnelles peuvent en effet avoir créé de nouveaux droits.

Si la protection promise par les Britanniques ne faisait aucune distinction entre les droits ancestraux des autochtones et ceux acquis durant le régime français, il y a eu toutefois un découplage à la faveur de l'adoption du paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁴⁷⁹ ; les droits découlant de l'application de la *Coutume de Paris* ne sont pas des droits ancestraux et ne bénéficient d'aucune protection constitutionnelle⁴⁸⁰. Leur situation juridique rappelle alors celle des terres réservées pour les autochtones hors des terres tribales traditionnelles.

⁴⁷⁹ Précitée, note 173.

⁴⁸⁰ Puisque, par définition, ils ont été créés après le contact avec les Européens, date qui marque la fin de la période où les droits ancestraux ont été créés (voir *supra*, note 270 et le texte correspondant).

CHAPITRE IV

LES OBLIGATIONS DÉCOULANT DU RAPPORT ENTRE LA COURONNE ET LES AUTOCHTONES

La Couronne a assumé l'engagement historique de protéger les possessions et usages des autochtones, leurs «coutumes, pratiques et traditions» selon une autre terminologie, contre les fraudes et les empiétements commis par des étrangers. Ces droits sont de nature privée. Le rapport entre la Couronne et les autochtones peut donc être assimilé, avant une cession, à la relation qui unissait le seigneur féodal et son tenancier : indissolubilité du lien sans consentement mutuel et loyauté de part et d'autre la caractérisaient. Après une cession, la Couronne doit agir conformément aux représentations verbales ou écrites qui ont été faites aux autochtones pour les convaincre d'abandonner leurs droits. C'est le principe fiduciaire qui l'y oblige, sinon le droit des contrats. Nous étudierons quelles sont les obligations directement liées à ce rapport *sui generis*. Mais avant, nous verrons comment la Couronne peut s'extirper de son rapport, le nier en somme, en invoquant ses prérogatives de souverain. Comme sa liberté de le faire n'est pas absolue, nous avons qualifié les empêchements d'obligation de la Couronne: l'obligation de ne pas déroger aux droits des autochtones sans justification constitutionnelle.

A. L'obligation de ne pas déroger aux droits des autochtones sans justification constitutionnelle

La Couronne devait garantir les possessions et usages des autochtones en faisant preuve de la même bonne foi que le seigneur féodal envers son tenancier. Elle ne pouvait normalement revenir

sur sa promesse qu'avec l'assentiment des autochtones⁴⁸¹. On doit cependant prendre garde de ne pas banaliser le rôle de la Couronne. Même au moyen-âge, le roi anglais a été considéré par des hommes de loi comme le défenseur du bien commun⁴⁸². Ses prérogatives le distinguaient en effet des autres seigneurs. Le roi Edward I (1272-1307) aurait ainsi défendu son pouvoir, issu des prérogatives, de contrevenir aux coutumes lorsque l'intérêt général l'exigeait⁴⁸³. Incarné dans l'ancienne maxime du droit public romain *salus populi est suprema lex*⁴⁸⁴, le pouvoir du roi, que d'aucuns jugeaient arbitraire, a toutefois été circonscrit par un constitutionalisme naissant, notamment à la faveur de l'adoption de la *Petition of Right* (1628)⁴⁸⁵. L'administration coloniale, toute soucieuse qu'elle ait été

⁴⁸¹ Lors des négociations qui ont servi à délimiter la ligne départageant le pays indien, où aucun établissement européen n'était permis, et les colonies, le gouvernement impérial a reconnu qu'il devrait obtenir l'accord des Indiens s'il voulait modifier le tracé de la frontière, dans «Representation of Lords of Trade on the State of Indian Affairs», *op.cit.*, note 67, p. 23. L'exigence d'un consentement des autochtones se retrouvait également à la *Proclamation royale de 1763*, précitée, note 9, p. 6, en cas de cession d'une terre indienne se trouvant à l'intérieur d'une colonie. La règle du consensualisme lors d'une cession de terre indienne a d'ailleurs été reconnue par la Cour suprême du Canada dans sa décision *Blueberry River Indian Band c. Canada*, *id.* Lire aussi sur le même sujet Ghislain OTIS et André ÉMOND, «L'identité autochtone dans les traités contemporains: de l'extinction à l'affirmation du titre ancestral», (1996) 41 *R. de D. McGill* 543, 546-555.

⁴⁸² Voir *supra*, note 287 et le texte correspondant.

⁴⁸³ J.E. JOLIFFE, *op.cit.*, note 294, p. 336. Son successeur, Edward II (1307-1327), aurait même adopté un texte énumérant certaines de ses prérogatives de *common law*, soit *Of the King's Prerogative*, 17 Edw. II (1324), reproduit dans l'ouvrage *Statutes of the Realm*, imprimé sur l'ordre de Sa Majesté le roi George III, 1810, réimpression par Dawson's of Pall Mall, London, 1963, pp. 226 et 227. Sur l'origine et la portée de ce texte, lire Frederick W. MAITLAND, «The "Praerogativa Regis"», (1891) 6 *English Historical Review* 367.

⁴⁸⁴ «Le salut du peuple est la suprême loi.» Albert MAYRAND, *Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1985, p. 255. Lire aussi Herbert BROOM, *A Selection of Legal Maxims*, 7^e éd., London, Sweet and Maxwell, 1900, pp. 1-8, ainsi que les arrêts et ouvrages auxquels l'auteur renvoie.

⁴⁸⁵ Les pétitionnaires ont alors revendiqué ce qu'ils considéraient être les droits fondamentaux des sujets anglais depuis l'adoption de la *Magna Carta* (1215), d'après Eric SCHNAPPER, «The Parliament of Wonders ; Commons Debates 1628», (1984) *Colum. L. Rev.* 1665. Le meilleur exposé judiciaire sur l'évolution des prérogatives royales se trouve dans l'arrêt *Burma Oil Co. Ltd. c. Lord Advocate*, [1965]

de ses obligations envers les peuples autochtones, n'a pas elle non plus oublié ses autres devoirs d'État. Encore fallait-il définir la norme constitutionnelle qui encadrerait l'exercice de ses prérogatives.

1. La norme constitutionnelle avant 1982

Sous les règnes du roi William IV (1830-1837) et de la reine Victoria (1837-1901), le gouvernement de Sa Majesté a voulu traiter les droits fonciers des autochtones canadiens à la manière des droits de propriété usuels. Il a donc jugé qu'il se conformait à ses obligations dans la mesure où il respectait les garanties habituelles reconnues aux propriétaires de *common law*⁴⁸⁶, c'est-à-dire le droit de ne pas être dépossédé de son bien, de ne pas être exproprié, sauf pour un motif d'utilité publique et seulement avec compensation⁴⁸⁷. La métropole a confirmé ses intentions en 1870 lorsqu'elle a cédé à sa colonie nord-américaine la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest, soit

A.C. 75 (H.L.).

⁴⁸⁶ «(S)elon la common law, l'expropriation de droits privés par le gouvernement en vertu de la prérogative nécessite le paiement d'une indemnité.» *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, précité, note 83, 352 (J. Hall, dissident pour d'autres considérations).

⁴⁸⁷ Parce que les intérêts du pays en général devaient primer sur ceux d'une petite partie de la communauté, les commissaires du gouvernement de la Province du Canada ont proposé des mesures coercitives à l'encontre des Indiens qui, refusant toute offre d'achat, bloquaient les progrès de la colonisation, dans «Rapport des commissaires spéciaux, nommés le 8 septembre 1856, pour s'enquérir des affaires des sauvages en Canada», *op.cit.*, note 348. Lord Glenelg, secrétaire d'État aux colonies, a dit être prêt à déroger aux règles habituelles régissant les cessions de terres quand l'intérêt des Indiens le commanderait. Il a également suggéré l'adoption d'une mesure par laquelle le gouvernement aurait eu le pouvoir de déplacer les Indiens qui ne cultiveraient pas leur réserve vers d'autres terrains de chasse. Voir «Copy of a Despatch from Lord Glenelg to the Earl of Durham», 22 août 1838, dans *Copies or Extracts of Correspondence (1839)*, *op.cit.*, note 239, pp. 8 et 9.

environ le quatre cinquième de la superficie actuelle du Canada⁴⁸⁸. L'article 14 du décret opérant le transfert stipulait en effet que les gouvernements canadien et impérial assumeront la responsabilité de verser aux Indiens les indemnités pour les terres destinées à la colonisation⁴⁸⁹. En prenant cette précaution, l'administration a répondu au souhait de ses parlementaires de 1834 de protéger les droits civils (*civil rights*) des aborigènes de l'empire⁴⁹⁰, les droits ainsi nommés étant ceux, consacrés par la *common law*, dont jouissaient déjà les autres citoyens anglais en vertu des grands actes constitutionnels du royaume⁴⁹¹. Lord Althorp, chancelier de l'échiquier, a même ajouté que l'encouragement du Parlement n'était pas nécessaire puisque c'était déjà depuis longtemps la politique du gouvernement⁴⁹². Un discours du gouverneur lord Dorchester aux Indiens domiciliés du Canada, livré en 1794, semble lui donner raison :

Le Roi votre Père rend Justice à tous ses Enfants et ne leur prend jamais rien sans leur en payer le prix ; si le Général Haldimand (un gouverneur précédent) a pris vos terres sans vous les payer cela a été fait par erreur. Au lieu d'otée à ses enfants Sauvages pour donner aux blancs, le Roi votre Père a non seulement acheté des terres pour donner aux blancs, mais en a acheté pour donner à quelques uns de votre Nation qui ont souffert dans la dernière guerre

⁴⁸⁸ Ces territoires couvraient le Québec et l'Ontario septentrionaux, les prairies, le Yukon et les autres territoires du nord non organisés en provinces. On peut consulter la carte *Évolution territoriale du Canada*, 2^e éd., Ottawa, Énergie, Mines et Ressources, Canada, 1967.

⁴⁸⁹ *Décret en conseil sur la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest*, 23 juin 1870, L.R.C. 1985, App. II, n° 9, p. 6.

⁴⁹⁰ «Résolution de la Chambre des communes du Royaume-Uni sur les autochtones», *op.cit.*, note 393.

⁴⁹¹ De la *Magna Carta* (1215) au *Bill of Rights* (1689). Les «droits civils» étaient le droit à la sécurité, le droit à la liberté et le droit de propriété (W. BLACKSTONE, *op.cit.*, note 17, vol. 1, pp. 125-135).

⁴⁹² «Report of the Select Committee, 1836-1837», *op.cit.*, note 168, p. 5.

(guerre d'indépendance des États-Unis) (...) ⁴⁹³

Et pourtant, lors de l'affaire *Calder*⁴⁹⁴, les juges de la Cour suprême du Canada se sont divisés également quant au droit des autochtones d'obtenir une compensation en échange de la perte de leur terre ; trois d'entre eux ont rejeté la possibilité d'une réclamation des expropriés en s'appuyant sur la jurisprudence américaine⁴⁹⁵, et trois autres l'ont accepté en invoquant cette fois les droits fondamentaux des sujets anglais en *common law*⁴⁹⁶. S'il leur avait été connu, le dossier historique aurait peut-être convaincu le premier groupe de juges de se rallier à leurs collègues, d'autant plus que la jurisprudence de nos voisins du sud n'a jamais tenu compte des pratiques coloniales britanniques qui ont pu se cristalliser après la révolution américaine. Il existait donc une règle de *common law*, applicable aux autochtones, en vertu de laquelle la Couronne doit compenser ceux dont elle confisque les biens. Seul le législateur pouvait déroger à cette règle, la Constitution anglaise reconnaissant en lui un souverain absolu⁴⁹⁷. Mais encore fallait-il que le législateur le dise par une

⁴⁹³ «Réponse de lord Dorchester aux Sauvages des Sept Villages du Bas-Canada», 28 et 29 août 1794, A.N.C., RG 10, *Indian Affairs*, bob. C-10999, vol. 8, p. 8677 (nos parenthèses), citée par D. DELÂGE, J.-P. SAWAYA, M. JETTEN et R. SIOUI, *op.cit.*, note 401, p. 244. Lire au même effet la correspondance entre lord Egremont et les lords du commerce, *op.cit.*, note 72.

⁴⁹⁴ *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, précité, note 83.

⁴⁹⁵ *Id.*, 339-345 (jj. Judson, Martland et Ritchie).

⁴⁹⁶ *Id.*, 352 et 353 (jj. Hall, Spence et Laskin). Au même effet, voir *Paul c. Canadien Pacifique Ltd.*, (1983) 2 D.L.R. (4th) 22, 34 (C.A. du N.-B.) (J. La Forest), inf. pour d'autres considérations à [1988] 2 R.C.S. 654.

⁴⁹⁷ Par le *Triennial Act* (1664), Charles II s'était engagé à donner suite à sa *Declaration of Breda* (1660) où il avait promis de ne plus gouverner sans les communes et les lords. Le *Bill of Rights* (1689) a établi de manière définitive que la souveraineté, la compétence des compétences, résidait désormais dans la Couronne en son Parlement.

disposition législative explicite⁴⁹⁸.

Un autre sujet contentieux était la capacité du gouvernement de s'emparer des terres indiennes en vertu d'un pouvoir général d'expropriation, qu'il s'agisse de sa prérogative ou d'un pouvoir administratif conféré par une loi d'application générale. Jack Woodward et Peter Hogg ont prétendu qu'il fallait une loi expresse⁴⁹⁹. La raison donnée par Woodward était que la *Proclamation de 1763* ne permettait pas d'autre méthode d'extinction du titre indien que la cession volontaire. Or, précisa l'auteur, la seule loi jamais votée à ce propos a été la *Loi sur les Indiens* et on n'y envisageait pas l'expropriation d'une terre ancestrale non constituée en réserve⁵⁰⁰. Son argumentation semble toutefois minée par l'histoire et la jurisprudence. Lorsque dans les années 1830, et pour une rare fois, les autorités coloniales ont dû se poser la question des droits des autochtones qui avaient été dépossédés par un acte d'autorité, jamais en effet n'ont-elles suggéré de leur redonner leurs anciennes terres pour le motif que la confiscation aurait été illégale. Au contraire, elles ont nié que les autochtones puissent toujours détenir un titre, et l'unique droit qu'on leur a reconnu est celui d'être

⁴⁹⁸ «(The) title to property or the enjoyment of its possession was not to be compulsorily acquired from a subject unless full compensation was afforded in its place. (...) Aspects of this principle are found in the rules of statutory interpretation devised by the courts, which required the presence of the most explicit words before an acquisition could be held to be sanctioned by an Act of Parliament without full compensation being provided, or imported an intention to give compensation and machinery for assessing it into any Act of Parliament that did not positively exclude it.» *Belfast Corp. c. O.D. Cars Ltd.*, [1960] A.C. 490, 523 (H.L.) (j. Radcliffe). Voir aussi : *Attorney-General c. De Keyser's Royal Hotel*, [1920] A.C. 508, 542 (H.L.) (j. Atkinson) ; *Manitoba Fisheries Ltd. c. R.*, [1979] 1 R.C.S. 101, 109, 110 et 118 (j. Ritchie) ; et *R. c. Tener*, [1985] 1 R.C.S. 533, 547 (j. Wilson), 559, 563 et 564 (j. Estey).

⁴⁹⁹ J. WOODWARD, *op.cit.*, note 348, p. 209 ; Peter HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 3^e éd., Toronto, Carswell, 1992, p. 27-19.

⁵⁰⁰ *Id.*

indemnisé pour la perte de ces terres⁵⁰¹. Les autorités n'ont pas considéré la réglementation contenue dans la *Proclamation* parce qu'elle avait été abrogée par l'*Acte de Québec*⁵⁰², et que celles qui l'ont remplacée n'ont pas reconduit l'exigence d'un consentement autochtone⁵⁰³. Récemment, lors de l'affaire *Ontario (Attorney General) c. Bear Island Foundation*⁵⁰⁴, la Cour d'appel d'Ontario et la Cour suprême du Canada ont d'ailleurs jugé que le gouvernement pouvait faire l'acquisition d'une terre grevée d'un titre ancestral sans avoir à respecter quelque protocole fixé d'avance, incluant les règles prescrites par la *Proclamation de 1763* qui exigeaient la tenue d'une assemblée publique des Indiens⁵⁰⁵. Or c'est précisément à partir de ces règles que Woodward a déduit qu'il fallait absolument l'accord des autochtones intéressés, une autre exigence de la *Proclamation*. Les droits des autochtones étaient par conséquent aussi vulnérables face aux pouvoirs publics que tous les autres droits de *common law*. Et peut-être même l'étaient-ils plus encore.

⁵⁰¹ «Report of a Committee of the Executive Council, present the Honorable Mr. Smith, Mr. De Lacy, Mr. Stewart, and Mr. Cochran, on your Excellency's Reference of the 7th October 1836, respecting the Indian Department», *op.cit.*, note 239, p. 32. Lord Glenelg, secrétaire d'État aux colonies, a par la suite approuvé les recommandations des commissaires dans «Copy of a Despatch from Lord Glenelg to the Earl of Durham», *op.cit.*, note 487, p. 6. Un an plus tard, le 17 juin 1839, un comité du Conseil exécutif du Haut-Canada s'est fondé sur ce rapport pour refuser à son tour de reconnaître le titre d'une communauté autochtone, tout en acceptant la responsabilité du gouvernement de les indemniser, dans «Report of a Committee of the Executive Council», I.T.S., vol. 2, pp. 14-16.

⁵⁰² Voir *supra*, notes 105 et 106.

⁵⁰³ Voir les législations précitées aux notes 107-116.

⁵⁰⁴ Précitées, note 90.

⁵⁰⁵ La Cour d'appel a jugé que les prescriptions de la *Proclamation royale* concernant la cession d'un titre indien originaire ne s'appliquaient pas hors des frontières des anciennes colonies et que, de toute façon, cette réglementation avait été abolie par l'adoption de l'*Acte de Québec*, 1774. La Cour suprême du Canada, tout en confirmant le jugement en appel, n'a pas indiqué laquelle des deux hypothèses elle privilégiait (*id.*, 410 (C.A.) (la Cour), 575 (C.S.C.) (la Cour)).

En effet, selon l'*attorney general* de New York, John Tabor Kempe, le roi représenté par son gouverneur jouissait du pouvoir incontesté de faire des concessions de terres, quoique les terres désignées n'aient pas encore été cédées par leurs occupants autochtones⁵⁰⁶. Un gouverneur corrompu ou négligent pouvait donc concéder des terres en fraude des Indiens, et ainsi éteindre leur titre, sans que ses actes puissent être attaqués devant les tribunaux⁵⁰⁷. Il fallait en appeler à une législature pour corriger l'injustice causée aux autochtones. C'est donc ce qu'a fait le gouvernement impérial⁵⁰⁸, une démarche dont il se serait bien passé si ces concessions n'avaient eu aucun effet sur les droits des autochtones⁵⁰⁹. Aucune pratique coloniale n'aurait pu abroger le pouvoir de roi de concéder des terres, ce pouvoir étant inaliénable comme ses autres prérogatives gouvernementales⁵¹⁰. Le juge Brennan, de la Haute cour d'Australie, a expliqué que l'extinction d'un titre ancestral par l'octroi d'une concession de la Couronne était possible parce que ce titre n'avait pas été concédé à l'origine

⁵⁰⁶ «Lettre de Kempe à Sir William Johnson», *op.cit.*, note 99, p. 888.

⁵⁰⁷ Si le gouverneur avait été trompé, qu'il n'avait pas agi de son plein consentement, alors là il aurait été possible d'annuler la concession (*id.*, p. 889).

⁵⁰⁸ Voir *supra*, notes 96 et 97 et le texte correspondant.

⁵⁰⁹ On ne doit pas confondre les premières concessions royales dont l'objet était d'établir un gouvernement colonial et les autres concessions qui visaient uniquement l'octroi d'un droit foncier de caractère privé. BRUCE CLARK a exprimé la même opinion dans son ouvrage *Indian Title in Canada*, Toronto-Calgary-Vancouver, Carswell, 1987, pp. 37-63, mais l'a écarté par la suite en accordant une importance déterminante à la réglementation contenue dans la *Proclamation de 1763*, qui exigeait le consentement des Indiens, oubliant ainsi qu'elle avait été abrogée en 1774. Ces concessions de caractère privé devraient avoir le même effet qu'une concession seigneuriale sous le régime français, soit d'empêcher toute revendication d'un titre aborigène (*Corinthe c. Seminary of St. Sulpice*, [1912] A.C. 872, 878 (C.P.) (j. Haldane)). Au mieux, les autochtones pourraient alors faire valoir des droits ancestraux dont l'exercice n'est pas incompatible avec les usages du propriétaire (*Delgamuukw c. British Columbia*, précité, note 60, 165 (j. Macfarlane) et, par analogie, *Sioui c. R.*, précité, note 202, 1073 (j. Lamer) et *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, 807 et 808 (j. Cory)).

⁵¹⁰ Voir *supra*, notes 284-291 et le texte correspondant.

par la Couronne. Pour cette raison, il n'existait aucune présomption voulant qu'un pouvoir général de concéder des terres respecte l'intérêt des autochtones, contrairement aux autres droits fonciers qui prenaient leur source dans une concession du souverain⁵¹¹. Tout en convenant que la question n'a pas encore été décidée en droit canadien, nous pensons qu'aucun propriétaire privé ne devrait craindre pour son droit, en supposant que le gouvernement qui l'a jadis concédé était aussi le gouvernement compétent pour éteindre le titre indien sous-jacent⁵¹².

La question en suspend relativement à l'abrogation restait toutefois la détermination de l'intention des autorités compétentes. En se fondant sur le droit américain, le juge Hall de la Cour suprême du Canada a posé comme règle, dans la cause *Calder*⁵¹³, que l'intention du souverain d'éteindre le titre indien devait être claire et expresse (clear and plain)⁵¹⁴. Il est cependant demeuré imprécis sur la portée de cette règle. Le juge La Forest nous en a fourni la clé, dans *Mitchell c. Bande indienne Peguis*⁵¹⁵, en appliquant au cas des autochtones la méthode d'interprétation libérale bien

⁵¹¹ *Mabo c. Queensland*, précité, note 25, 432 (j. Brennan).

⁵¹² Et même lorsque des titres ont été concédés sur des terres indiennes par un gouvernement incompetent pour éteindre les droits des autochtones, les tribunaux hésiteront à les annuler si cela devait provoquer des désordres sociaux importants (voir le *Renvoi sur les droits linguistiques du Manitoba*, précité, note 203). Une compensation serait alors le remède approprié.

⁵¹³ *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, précité, note 83.

⁵¹⁴ Id., 404. Voir au même effet: *Canadien Pacifique Ltée c. Paul*, précité, note 8, 678 et 679 (la Cour); *R. c. Sparrow*, précité, note 8, 1099 (j. Dickson); et *R. c. Gladstone*, précité, note 266, 748 et 749 (j. Lamer). La Cour suprême du Canada a également parlé de l'exigence d'une preuve absolue (strict proof) avant de conclure à l'extinction de droits issus de traités dans *R. c. Sioui*, précité, note 186, 1061 (j. Lamer) et *Simon c. R.*, précité, note 199, 405 et 406 (j. Dickson). Récemment, elle a confondu les deux expressions dans *R. c. Badger*, précité, note 509, 794 (j. Cory).

⁵¹⁵ Précité, note 9.

connue en common law : «il convient d'interpréter de façon large les dispositions qui visent à maintenir les droits des Indiens et d'interpréter de façon restrictive les dispositions visant à les restreindre ou à les abroger»⁵¹⁶. L'abrogation implicite d'un titre indien était donc faisable, comme tend à le confirmer le précédent paragraphe et la jurisprudence la plus récente⁵¹⁷. Il suffisait, au terme d'un effort loyal d'interprétation, qu'aucun doute sérieux ne subsiste, qu'aucune autre interprétation raisonnable ne puisse être envisagée⁵¹⁸. Dans le contexte d'une réglementation, cela signifiait que la réglementation incompatible devait durer⁵¹⁹, et suffisamment de temps pour conclure que le législateur voulait définir des droits sous-jacents et non simplement contrôler l'exercice de ceux qui existaient déjà⁵²⁰.

La common law protégeait donc les autochtones sous plus d'un rapport : d'une part, face à un acte ou à une loi ambiguë, la méthode d'interprétation libérale proposée par le juge La Forest permettait de sauvegarder le droit ancestral ou issu de traité ; d'autre part, en supposant que la loi interdisait pareille conclusion, les tribunaux devaient présumer que le droit des autochtones à une compensation avait été protégé, et seule une disposition législative explicite à l'effet contraire

⁵¹⁶ *Id.*, 143.

⁵¹⁷ *Canadien Pacifique Ltée c. Paul*, précité, note 8, 669 et 679 (la Cour) ; *R. c. Horseman*, précité, note 199, 930 (j. Cory) ; *Mabo c. Queensland*, précité, note 25, 432 (j. Brennan) ; *R. c. Gladstone*, précité, note 266, 750 et 751 (j. Lamer).

⁵¹⁸ C'est le test applicable en *common law* dès qu'on déroge aux droits et liberté du citoyen selon Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990, pp. 445-450.

⁵¹⁹ *R. c. Gladstone*, précité, note 266, 750 et 751 (j. Lamer).

⁵²⁰ *Id.*, 751 (j. Lamer) ; *R. c. Sparrow*, précité, note 8, 1099 (j. Dickson).

pouvait renverser cette présomption⁵²¹.

Ce régime, il est vrai, diffère du droit américain qui n'oblige pas à compenser l'extinction d'un titre indien originaire. Loin de nous l'idée d'écarter l'analyse comparative lorsque l'expérience étrangère, dont on veut s'inspirer, ne contredit pas les particularismes du régime politique anglo-canadien ; nous pensons toutefois que notre histoire et notre tradition de *common law* sont suffisamment riches pour élaborer une doctrine juridique propre au Canada. Ainsi, dans le cas de la norme constitutionnelle applicable à la Couronne avant 1982, les grands principes du droit public anglais visant la protection des droits et libertés du citoyen fournissent un cadre légal conforme à l'histoire et à l'état actuel du droit positif. Nous allons maintenant constater que cette autonomie du droit autochtone canadien s'est accentuée depuis 1982 à l'égard des droits ancestraux ou issus de traités.

2. La norme constitutionnelle depuis 1982

En 1867, le Parlement du Canada a assumé tous les pouvoirs sur les affaires indiennes⁵²². Il les a exercés par la suite sans contrainte, du moins jusqu'à l'adoption du paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁵²³, qui se lit : «Les droits existants - ancestraux ou issus de traités - des

⁵²¹ Voir *supra*, note 498.

⁵²² Par le par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, précitée, note 156.

⁵²³ L.R.C. 1985, App. II, n° 44.

peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés»⁵²⁴. Ce libellé tient davantage du compromis politique que de la rédaction juridique. On devait néanmoins l'interpréter, lui donner un contenu signifiant et réparateur comme il convient à une disposition constitutionnelle. C'est le travail auquel s'est attelée la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Sparrow*⁵²⁵. Au terme de son enquête, elle a conclu que le paragraphe 35(1) impose aux autorités gouvernementales, dont le Parlement, le respect d'une nouvelle norme constitutionnelle. La Cour n'a pas défini avec précision le contenu de la norme⁵²⁶, sauf ce qui était nécessaire pour décider du litige, mais elle a posé un cadre de référence : tout acte contrevenant aux droits ancestraux ou issus de traités doit désormais être concilié avec l'obligation historique de la Couronne envers les autochtones⁵²⁷.

Disons d'emblée que la Constitution de 1982 n'a pas cloisonné la Couronne dans son rôle étroit de protecteur des intérêts autochtones. Il lui faut, comme avant, gérer les relations d'interdépendance entre les différents membres du corps social, donc procéder aux arbitrages qui s'imposent⁵²⁸. Voilà pourquoi la Constitution reconnaît toujours au législateur le pouvoir de

⁵²⁴ *Id.*

⁵²⁵ *R. c. Sparrow*, précité, note 8, 1106, 1107 et 1115 (j. Dickson).

⁵²⁶ Il n'y a pas eu d'«énumération exhaustive des facteurs à considérer dans l'appréciation de la justification» (*id.*, 1119 (j. Dickson)).

⁵²⁷ La Cour a parlé de concilier le pouvoir fédéral avec l'obligation fédérale (*id.*, 1109 (j. Dickson)). C'est ici qu'on utilise fréquemment l'expression *obligation de fiduciaire* à contre sens, *i.e.* non comme une obligation au sens strict, mais comme un principe d'interprétation. Lire à ce propos l'article de David W. ELLIOT, «Aboriginal Peoples in Canada and the United States and the Scope of the Special Fiduciary Relationship», (1996) 24 *Man. L.J.* 137, à la p. 152.

⁵²⁸ Les objets qui sous-tendent le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* sont, premièrement, la reconnaissance de sociétés autochtones distinctives ayant occupé le territoire canadien avant l'arrivée

réglementer, voire d'abroger un droit ancestral ou issu de traité⁵²⁹. Ce pouvoir du souverain de violer ses engagements les plus solennels⁵³⁰ au nom de la raison d'État a cependant été diminué ; premier volet du test de l'arrêt *Sparrow*, il doit maintenant justifier son action par la poursuite d'un objectif impérieux et réel (compelling and substantial)⁵³¹. Simplement servir l'intérêt public, soit l'ordinaire du législateur, n'est pas suffisant⁵³². Pour être régulier, l'objectif doit être en plus d'une telle importance pour tous les Canadiens, incluant les autochtones, que sa primauté va de soi⁵³³. Sa réalisation serait même un compromis nécessaire pour concilier l'existence des sociétés autochtone

des Européens, et, deuxièmement, le moyen de concilier cette occupation avec l'affirmation de la souveraineté de la Couronne (*R. c. Van der Peet*, précité, note 16, 539 (j. Lamer) ; *R. c. Gladstone*, précité, note 266, 774 (j. Lamer)). Aussi, dans la décision *R. c. Agawa*, (1988) 65 O.R. (2d) 505, 524 (C.A.) (j. Blair), on peut lire ce passage cité avec approbation dans *R. c. Badger*, précité, note 509, 814 (j. Cory) et *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013, 1057 et 1058 (j. Cory) : «Les droits (des Indiens) n'existent pas dans l'abstrait et, dans l'exercice de tout droit, il faut trouver un juste équilibre avec les intérêts et les valeurs qui sous-tendent les droits d'autrui.»

⁵²⁹ Voir *R. c. Sparrow*, précité, note 8, 1119, où le juge Dickson a mentionné l'hypothèse d'une expropriation des droits autochtones protégés par la Constitution. Selon le professeur Hogg (P. HOGG, *op.cit.*, note 499, p. 27-30), on peut interpréter les propos du magistrat différemment: l'extinction par réglementation serait permise alors que l'extinction par expropriation ne le serait pas. Toutefois, le professeur admet lui-même que cette distinction pose des problèmes. Nous pensons pour notre part qu'elle est conceptuellement douteuse. En outre, cela reviendrait à paralyser le pouvoir du gouvernement même dans les situations les plus extrêmes, les cas d'urgence nationale (guerres ou pénuries). La conciliation entre les sociétés autochtone et allochtone, voulue par le constituant (*R. c. Gladstone*, *id.*, 774 (j. Lamer)), deviendrait alors impossible.

⁵³⁰ Rappelons que l'engagement de la Couronne était de protéger les possessions et usages des autochtones contre les fraudes et les empiétements (*supra*, chap. I), et on chercherait en vain, dans les traités indiens ou la *Proclamation de 1763*, une disposition prévoyant le droit de la Couronne de revenir sur sa promesse pour quelque raison.

⁵³¹ *R. c. Sparrow*, précité, note 8, 1113 (j. Dickson).

⁵³² *Id.*

⁵³³ *R. c. Badger*, précité, note 509, 814 (j. Cory) ; *R. c. Agawa*, précité, note 528, 524, où le juge Blair a estimé qu'on peut limiter les droits des Indiens pour des raisons «of overriding importance to the general welfare».

et allochtone⁵³⁴.

À ce jour, la jurisprudence n'a donné comme exemples d'objectifs législatifs réguliers que la gestion et la conservation des ressources fauniques⁵³⁵. La lutte contre la pollution, et autres mesures visant à préserver la santé des écosystèmes, étant des préalables à quelque programme efficace de gestion et de conservation des espèces animales, elles feraient aussi vraisemblablement l'unanimité. Les approvisionnements des Canadiens en énergie et en eau potable pourraient également être considérés comme d'importants objectifs publics d'ordre général. Et ainsi le serait la défense militaire du territoire national. Une répartition équitable des ressources, quand le droit autochtone en cause est un droit de nature commerciale, répondrait aussi au critère de justification constitutionnel⁵³⁶. La Cour suprême du Canada a même laissé entendre que le gouvernement pourrait porter atteinte à des droits de subsistance s'il poursuit un objectif ayant une dimension économique importante⁵³⁷. Pour ce qui est des questions relatives à la sécurité publique, que d'aucuns ont considérées pertinentes au plan de la justification⁵³⁸, elles doivent plutôt être prises en compte pour définir la portée des droits reconnus et confirmés et s'il y a eu ou non violation à première vue de ces

⁵³⁴ *R. c. Gladstone*, précité, note 266, 774 (j. Lamer, en obiter).

⁵³⁵ *R. c. Sparrow*, précité, note 8, 1113 (j. Dickson).

⁵³⁶ *R. c. Gladstone*, précité, note 266, 775 (j. Lamer, en obiter).

⁵³⁷ *R. c. Adams*, précité, note 80, 134 (j. Lamer, in fine) ; *R. c. Côté*, précité, note 171, 189 et 190 (j. Lamer, in fine).

⁵³⁸ *Thomas c. Hopkins*, [1992] 2 C.N.L.R. 139 (C.S. de C.-B.) ; *Marten Falls First Nation c. Ontario*, C.J. Ont., n° 5793-94, 7 juillet 1994 ; *R. c. Noël*, C.T. des T. du N.-O., aucun n° de greffe, 25 août 1995 ; *R. c. Agawa*, précité, note 528, 524 (j. Blair, en obiter, citant le professeur Brian Slattery) ; et *R. c. Van der Peet*, précité, note 16, 586 (j. L'Heureux-Dubé, dissidente pour d'autres considérations).

droits⁵³⁹. On a également jugé que les frais imposés aux usagers pour autofinancer les infrastructures routières de l'État constituait un droit d'accès au territoire desservi, et une violation aux droits des autochtones qui le fréquentent⁵⁴⁰ ; or, si la Couronne doit protéger les possessions et les usages des autochtones, elle n'est pas tenue de subventionner leur exercice. Il n'y a donc là aucune atteinte, même à première vue⁵⁴¹. Mais revenons aux objectifs législatifs réguliers que nous venons d'identifier. Quelques mots d'explication s'imposent, en commençant par les objectifs de gestion et de conservation.

Sans conteste, le danger d'extinction d'une espèce commande une action conservatoire de l'État, si ce n'est que pour garantir les stocks minimums nécessaires à l'exercice des droits de subsistance protégés des autochtones⁵⁴². Toutefois, rien n'empêche le gouvernement de fixer des objectifs de gestion plus ambitieux, donc d'accroître ou de maintenir les stocks au-delà des besoins

⁵³⁹ Parce que les droits ancestraux ou issus de traité doivent toujours être exercés de manière sécuritaire, les mesures raisonnables visant à prévenir les accidents et les maladies ne sont que des limites inhérentes aux droits protégés par la Constitution (*Myran c. R.*, [1976] 2 R.C.S. 137, 141 et 142 (j. Dickson) ; *R. c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451, 460 (j. Dickson) ; *Moosehunter c. R.*, [1981] 1 R.C.S. 282, 289 et 290 (j. Dickson) ; *Simon c. R.*, précité, note 199, 403 (j. Dickson, *in fine*) ; *R. c. Badger*, précité, note 509, 817 et 818 (j. Cory). C'est d'ailleurs ce qui a amené la Cour suprême du Canada à conclure, dans *R. c. Badger, id.*, 818 (j. Cory), que de pareilles mesures ne constituent pas des atteintes à première vue aux droits des autochtones. Voir au même effet l'arrêt de la Cour suprême de Colombie-Britannique *R. c. Hopkins*, n° 13751, 29 octobre 1992.

⁵⁴⁰ *Côté c. R.*, précité, note 196, 1371 (C.A.) (j. Baudouin).

⁵⁴¹ *R. c. Côté*, précité, note 171, 187-189 (C.S.C.) (j. Lamer).

⁵⁴² Dès que l'irréversible se produit (*i.e.* la disparition de la ressource), le droit de cueillette, de pêche ou de chasse devient sans objet, a remarqué le juge Cory dans *R. c. Nikal*, précité, note 528, 1058.

de subsistance des autochtones⁵⁴³. C'est d'ailleurs son devoir de veiller à ce que «tous les utilisateurs ayant droit à une part de la récolte aient la possibilité de l'obtenir»⁵⁴⁴. Il lui faut conséquemment optimiser les bénéfices découlant de l'exploitation des ressources fauniques et halieutiques⁵⁴⁵. Les objectifs législatifs de gestion et de conservation sont en somme un compromis, un mince sacrifice demandé aux autochtones pour assurer le mieux être à long terme de toute la société⁵⁴⁶.

Atteindre ses objectifs gestion et de conservation puis satisfaire les droits de subsistance des autochtones sont les priorités de l'État⁵⁴⁷. Lorsqu'en plus ces autochtones font valoir un droit de nature commerciale, le gouvernement, en répartissant les ressources excédentaires entre eux et leurs compétiteurs, peut poursuivre un objectif d'équité inter-communautaire⁵⁴⁸. Les facteurs dont il tient compte sont alors la proportion de la population que les autochtones représentent, leur dépendance à l'égard de cette ressource pour leur bien-être économique et matériel, et le fait qu'historiquement

⁵⁴³ Sinon un équilibre s'établirait entre ces besoins et les quantités disponibles, écartant pour toujours les non-autochtones d'activités liées à l'exploitation des ressources.

⁵⁴⁴ *R. c. Nikal*, précité, note 528, 1061 (j. Cory).

⁵⁴⁵ Voir *R. c. Denny*, précité, note 407, 388 et 389 (j. Clarke), où la Cour d'appel de Nouvelle-Écosse a cité, comme un exemple à suivre, un document de politique fédérale dont l'objectif était d'optimiser les bénéfices sociaux et économiques découlant de la pêche. Plus récemment, dans *R. c. Coullonneur*, 28 mai 1996, pars. 21-24 (j. Nightingale), la Cour provinciale de Saskatchewan a jugé que le gouvernement pouvait interdire aux autochtones de pêcher les plus petits poissons pour qu'ils aient le temps de se reproduire. Son but était d'accroître et de maintenir les stocks suffisamment élevés pour satisfaire les besoins de tous les pêcheurs, autochtones comme non-autochtones. Notons que l'interdiction n'affectait pas les quantités disponibles pour les pêcheurs autochtones.

⁵⁴⁶ *R. c. Gladstone*, précité, note 266, 775 (j. Lamer).

⁵⁴⁷ C'est l'interprétation de l'arrêt *Sparrow* qu'a fait le juge en chef Lamer dans *R. c. Gladstone*, *id.*, 765 et 766.

⁵⁴⁸ *Id.*, 775 (j. Lamer, en *obiter*).

des non-autochtones de la même région comptent eux aussi sur cette ressource et participent à leur exploitation⁵⁴⁹. Une fois le quota des autochtones déterminé, l'objectif d'équité est normalement atteint, et ce quota bénéficie d'une protection aussi solide à l'encontre des tiers que les autres droits autochtones constitutionnellement protégés⁵⁵⁰.

Ces premiers exemples d'objectifs législatifs réguliers et les moyens nécessaires pour les atteindre marquent une progression dans l'atteinte aux droits protégés. Un plan de gestion et de conservation requiert parfois des autochtones qu'ils arrêtent ou réduisent temporairement leurs prises. Ou peut-être ce plan ne fait-il qu'interdire certaines pratiques de chasse ou de pêche préjudiciables à la reproduction des espèces, sans autrement affecter les quantités capturées. Il y a atteinte aux droits, mais l'atteinte reste minime. Poursuivre l'équité dans la répartition des ressources exige assurément un plus grand sacrifice des autochtones. On procède alors à la réaffectation partielle de leur droit à d'autres, une atteinte, déjà quantitativement importante, qui est au surplus permanente. La validation de l'objectif d'approvisionner les Canadiens en énergie conduirait à une atteinte encore plus grave. En construisant un vaste complexe hydro-électrique avec ses lignes de transmission d'énergie attenantes, non seulement l'État devrait-il exproprier les droits de superficie où se trouvent ses ouvrages, il pourrait aussi ruiner une pêche ou une chasse autochtone en modifiant la géographie du pays. L'atteinte irait donc jusqu'à l'extinction de certains droits et rendrait d'autres droits sans

⁵⁴⁹ *Id.*, 769, 770, 775, 777 et 778 (j. Lamer).

⁵⁵⁰ Dans *R. c. Gladstone, id.*, le juge en chef Lamer semble confondre les étapes de l'identification de l'objectif législatif régulier et celle de la minimisation de l'atteinte au droit, une fois que la réalisation de l'objectif est assurée. Lire aussi nos commentaires *infra*, notes 571 et 576 et le texte correspondant.

valeur.

L'identification d'un objectif jugé impérieux et réel autorise le gouvernement de prendre tous les moyens nécessaires pour atteindre l'objectif visé, indépendamment des conséquences pour les autochtones, pourrait-on croire. Le second volet du test de l'arrêt *Sparrow*⁵⁵¹ permet de tempérer la rigueur de cette conclusion. En effet, la poursuite d'un objectif jugé impérieux et réel ne suffit pas pour enfreindre un droit ancestral ou issu de traité ; encore faut-il que l'action de l'État...

(préserve) l'honneur de Sa Majesté et (soit) conforme aux rapports contemporains uniques, fondés sur l'histoire et les politiques, qui existent entre la Couronne et les peuples autochtones du Canada⁵⁵².

La Cour suprême du Canada est restée vague sur la portée substantive du test qu'elle proposait. Sa décision *Sparrow* nous a d'abord appris que le paragraphe 35(1) exige de la classe politique canadienne qu'elle demeure consciente des droits des peuples autochtones et qu'elle les respecte⁵⁵³. Et puis, à l'occasion des affaires *Nikal*⁵⁵⁴, *Badger*⁵⁵⁵ et *Gladstone*⁵⁵⁶, la Cour a ajouté que

⁵⁵¹ *R. c. Sparrow*, précité, note 8.

⁵⁵² *Id.*, 1110 (j. Dickson).

⁵⁵³ *Id.*, 1119 (j. Dickson).

⁵⁵⁴ *R. c. Nikal*, précitée, note 528.

⁵⁵⁵ *R. c. Badger*, précité, note 509.

⁵⁵⁶ *R. c. Gladstone*, précitée, note 266.

le test de justification énoncé dans *Sparrow* comporte le concept du caractère raisonnable⁵⁵⁷. Nous pensons que la raison, mis en exergue par la Cour, permet l'application d'un critère de proportionnalité semblable à celui invoqué lors d'une justification sous l'article 1 de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁵⁵⁸. Il s'agit bien entendu du critère qu'a posé la Cour suprême du Canada dans *R. c. Oakes*⁵⁵⁹, tel que revu et interprété, notamment par le juge en chef Lamer dans l'arrêt *Dagenais c. Société Radio-Canada*⁵⁶⁰. Son application comporte l'immense avantage de pouvoir regrouper et classer des facteurs de justification qui sont en apparence conceptuellement disparates.

Le critère de proportionnalité comprend un examen en trois étapes. Premièrement, la législation enfreinant le droit autochtone protégé doit être liée rationnellement avec l'objectif impérieux et réel identifié par le législateur. Deuxièmement, il faut que la violation soit la moins attentatoire possible. Enfin, troisièmement, les effets bénéfiques de la législation et l'importance de

⁵⁵⁷ *R. c. Nikal*, précité, note 528, 1065 (j. Cory) ; *R. c. Badger*, précité, note 509, 811 (j. Cory) ; *R. c. Gladstone*, *id.*, 767 et 768 (j. Lamer).

⁵⁵⁸ L.R.C. 1985, App. II, n° 44, annexe B (ci-après cité : «Charte canadienne»). D'autres avaient déjà suggéré ce rapprochement entre le test de l'arrêt *Sparrow* et celui de *Oakes* comme le juge Beauregard dans *Adams c. R.*, précité, note 57, 1020 : «(Suivant) l'arrêt *Sparrow*, un règlement qui porte atteinte à un droit reconnu et confirmé par l'article 35 doit être pris de telle façon qu'il respecte des critères semblables à ceux qui ont été adoptés pour l'application de l'article 1 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.» Voir aussi *R. c. Sampson*, (1996) 131 D.L.R. (4th) 192, 207 (C.A. de C.-B.) (la Cour, citant l'ouvrage du professeur P. HOGG, *op.cit.*, note 499, p. 27-26).

⁵⁵⁹ [1986] 1 R.C.S. 103, 138-140 (j. Dickson).

⁵⁶⁰ [1994] 3 R.C.S. 835, 887-889. Voir également les arrêts: *R. c. Laba*, [1994] 3 R.C.S. 965, 1006 (j. Sopinka) ; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, 558-561 (j. L'Heureux-Dubé, dissidente pour d'autres considérations) ; *Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627, 725-733 (j. McLachlin, dissidente pour d'autres considérations) ; et *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, 502 et 503 (j. L'Heureux-Dubé).

l'objectif poursuivi doivent être proportionnels au préjudice subi par les autochtones. En termes différents, plus les droits des autochtones sont affectés de manière importante et irréversible, plus l'objectif législatif doit être irrésistible et les bénéfices importants pour l'ensemble de la société.

Cette troisième et dernière étape répond aux craintes que nous avons soulevées concernant les effets des mesures gouvernementales sur les autochtones, quand bien même elles seraient nécessaires pour atteindre un objectif jugé impérieux et réel. On ne peut effectivement évaluer un objectif législatif comme s'il avait une valeur absolue sans mettre en balance le préjudice subi par les autochtones. Ainsi que l'a rappelé la Cour d'appel de Nouvelle-Zélande, un pays où la Couronne britannique a assumé des obligations comparables envers sa population aborigène⁵⁶¹, la conciliation des sociétés autochtone et allochtone n'est pas une démarche à sens unique. Chaque partie doit agir raisonnablement et de bonne foi envers l'autre⁵⁶². Pensons à l'exemple d'un complexe hydro-électrique aux effets dévastateurs pour une communauté autochtone particulière ; sa construction devrait être interdite lorsque son intérêt pour les autres Canadiens n'est que marginal⁵⁶³. Si, par

⁵⁶¹ *Supra*, notes 133 et 150.

⁵⁶² Selon le juge Richardson, dans *New Zealand Maori Council c. Attorney-General*, précité, note 150, 681, cette norme de comportement ferait partie implicitement du traité de Waitangi, le document qui fonde les obligations de la Couronne envers les Maoris de Nouvelle-Zélande.

⁵⁶³ On pourrait alors questionner la légalité d'un projet gouvernemental visant la production d'électricité pour alimenter uniquement quelques clients, lorsque l'avantage économique pour l'ensemble de la société n'est pas prouvé. Même dans l'hypothèse où une population entière bénéficie directement de ce projet en consommant l'énergie produite, ou indirectement par l'augmentation des revenus perçus par l'État, l'avantage qu'elle en retire est parfois trop mince par rapport au préjudice subi par les autochtones. Ce serait le cas si, pour augmenter de très peu la capacité de production d'un barrage hydro-électrique, il fallait détourner et ainsi compromettre la santé écologique de rivières patrimoniales importantes pour les autochtones.

contre, il s'avère important pour l'ensemble de la société, soit en termes économiques ou comme source d'approvisionnement en énergie, ce projet devrait être permis, et d'autant plus facilement quand son impact sur les activités protégées⁶⁴ des autochtones reste minime. Quant au tracé de la frontière entre ces deux extrêmes, les tribunaux exerceront leur discrétion en tenant compte du statut constitutionnel, donc prioritaire, des droits ancestraux et issus de traités des autochtones.

Nous sommes conscient que cette étape ajoute au test de l'arrêt *Sparrow*, mais sans le contredire, car la Cour suprême du Canada s'est gardée de proposer une liste exhaustive des facteurs devant être scrutés dans l'appréciation de la justification⁶⁴. Quant aux deux autres étapes du critère de proportionnalité, elles comportent les facteurs qui ont déjà été mentionnés par la jurisprudence relative au paragraphe 35(1).

La première étape, la preuve d'un lien rationnel entre la mesure attaquée et l'objectif visé⁶⁵, n'est rien de plus qu'une démonstration que le moyen retenu par le gouvernement favorise logiquement la réalisation de cet objectif⁶⁶. Une preuve scientifique n'est pas indispensable⁶⁷. Il

⁶⁴ *R. c. Sparrow*, précité, note 8, 1119 (j. Dickson) ; *R. c. Badger*, précité, note 509, 785 (j. Sopinka), 811-812 et 815-816 (j. Cory) ; *R. c. Gladstone*, précité, note 266, 768 et 769 (j. Lamer).

⁶⁵ Comme l'a remarqué le juge Delisle dans *Côté c. R.*, précité, note 196, 1375, «il ne faut pas perdre de vue la nécessité d'un lien entre la justification de l'objectif de la mesure législative et la détermination des mesures de protection (de la faune) nécessaires.»

⁶⁶ La jurisprudence en ce domaine porte essentiellement sur l'application de la *Charte canadienne*. Voir par exemple *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211, 291 (j. Wilson).

⁶⁷ *Ross c. Conseil scolaire du district no 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825, 881 (j. La Forest).

suffit que le législateur ait des motifs raisonnables le portant à croire à l'existence du lien requis⁵⁶⁸. Sans cela, un tribunal appelé à en juger devrait conclure que l'objectif déclaré du législateur n'est pas son objectif réel⁵⁶⁹.

La seconde étape du critère de proportionnalité consiste à minimiser l'atteinte aux droits ancestraux ou issus de traités ; on demande en fait au législateur de choisir les mesures portant atteinte le moins possible aux droits constitutionnels des autochtones, sans pour autant renoncer à ses objectifs constitutionnels⁵⁷⁰. Par exemple, l'objectif d'atteindre l'équité dans la répartition des ressources exploitées commercialement n'empêche pas le gouvernement de réduire, sinon d'éliminer, les droits payables par les autochtones pour leurs permis de pêche, de trappe ou de cueillette⁵⁷¹. Quant à l'objectif d'approvisionner les Canadiens en énergie, le choix d'harnacher une rivière plutôt qu'une autre afin de construire un barrage peut amoindrir le dommage infligé aux autochtones.

⁵⁶⁸ Toujours en matière d'application de la *Charte canadienne*, voir : *Ross c. Conseil scolaire du district no 15 du Nouveau-Brunswick*, *id.* ; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, 994 (jj. Dickson, Lamer et Wilson) ; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, 282-285 (j. La Forest) ; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, 502 (j. Sopinka) ; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, 290 (j. La Forest, dissident pour d'autres considérations).

⁵⁶⁹ En droit autochtone, voir *R. c. Fox*, [1994] 3 C.N.L.R. 132 (C.A. Ont.), où la Cour a conclu que l'objectif invoqué par le gouvernement n'était pas son objectif réel. Elle s'est contentée de relever les contradictions entre son discours et sa législation.

⁵⁷⁰ *R. c. Sparrow*, précité, note 8, 1119 (j. Dickson).

⁵⁷¹ Dans *R. c. Gladstone*, précité, note 266, 768, le juge en chef Lamer a mentionné cette mesure comme une façon d'accorder la priorité au droit commercial de récolte des Heiltsuk. Nous pensons qu'il est inutile de déformer ainsi le sens donné au mot priorité lors de l'affaire *Sparrow*. L'effet de la mesure proposée était plus simplement de minimiser l'atteinte au droit protégé des Heiltsuk.

Il faut ajouter que l'obligation gouvernementale de minimiser l'atteinte aux droits, comme tout ce qui relève de la justification, est teintée par le concept du caractère raisonnable⁵⁷². Or, l'urgence de la situation, le manque de données scientifiques ou d'autres circonstances peuvent faire que le législateur ne choisisse pas la solution idéale, celle qui est la moins attentatoire⁵⁷³. Selon les prononcés de la Cour suprême du Canada, tant en matière de *Charte des droits et libertés* qu'en droit autochtone, on doit néanmoins concéder au législateur une certaine latitude dans le choix des moyens ; ce qui se situe à l'intérieur d'une gamme de mesures raisonnables répondrait au critère constitutionnel⁵⁷⁴.

La Cour suprême du Canada a mentionné d'autres facteurs à considérer dans l'appréciation de la justification : accorder la priorité aux droits autochtones de subsistance lors de l'allocation des ressources ; prévoir une juste indemnisation en cas d'expropriation ; puis informer et consulter les

⁵⁷² Voir supra, note 557.

⁵⁷³ Une façon de minimiser l'impact de l'incertitude lors d'une expropriation serait d'inclure une clause permettant le retour aux autochtones des terres expropriées en trop, ainsi qu'il a été suggéré dans *Semiahmoo Indian Band c. Canada*, (1996) 128 D.L.R. (4th) 542, 546 (C.F.) (J. Reed).

⁵⁷⁴ En ce qui a trait à l'application de l'article 1 de la *Charte canadienne*, voir les arrêts suivants: *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139, 248 (j. McLachlin) ; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, précité, note 568, 342 et 343 (j. McLachlin) ; et *Ross c. Conseil scolaire du district no 15 du Nouveau-Brunswick*, précité note 567, 882 et 883 (j. La Forest). Pour une application en droit autochtone : *R. c. Nikal*, précité, note 528, 1065 (j. Gonthier) ; *R. c. Gladstone*, précité, note 266, 767 et 768 (j. Lamer). On trouve une illustration de ces principes dans *R. c. Little*, [1993] 3 C.N.L.R. 214 (C.S. de C.-B.), 220 et 221, où des autochtones, plaidant qu'une interdiction totale de pêcher le saumon violait la Constitution, ont réclamé le droit de prendre une quantité limitée de poissons. Le juge Shabbits a répondu qu'on ne pouvait accepter leur demande sans spéculer sur la quantité de saumons qui retourneraient dans la rivière Nanaïmo. Vu l'incertitude des données scientifiques et l'urgence d'agir, il a reconnu la légalité de l'action gouvernementale.

autochtones sur les mesures envisagées pour atteindre l'objectif visé⁵⁷⁵. Mais s'agit-il vraiment de facteurs distincts ? Lorsqu'un plan de gestion et de conservation permet une certaine quantité de prises, le gouvernement, en accordant la priorité aux besoins de subsistance des autochtones, cherche à minimiser l'atteinte à leurs droits⁵⁷⁶. Le même motif l'anime quand il indemnise les Indiens suite à une expropriation⁵⁷⁷. Finalement, l'obligation d'informer et de consulter les autochtones concernés est aussi une mesure préventive, un effort raisonnable exigé du gouvernement, pour minimiser l'impact sur leurs possessions et usages⁵⁷⁸. Elle ne constitue certes pas un droit de veto des

⁵⁷⁵ *R. c. Sparrow*, précité, note 8, 1115-1119 (j. Dickson) ; *R. c. Badger*, précité, note 509, 821 (j. Cory) ; *R. c. Nikal*, *id.*, 1064 et 1065 (j. Cory) ; *R. c. Gladstone*, *id.*, 768 (j. Lamer).

⁵⁷⁶ Le juge en chef Lamer fait de l'ordre de priorité une doctrine universellement applicable en droit constitutionnel autochtone, même lorsque l'objectif poursuivi est de répartir équitablement les ressources exploitées commercialement (voir *R. c. Gladstone*, *id.*, 767-769). Le juge en chef cherche alors à donner au mot priorité un sens différent de celui utilisé lors de l'affaire *Sparrow*. Plusieurs des critères qu'il invoque alors servent plutôt à circonscrire l'objectif législatif d'équité, et conséquemment à déterminer le quota de prises pour les autochtones. Une fois connu, ce quota est certes protégé, mais on ne peut parler de priorité. Selon nous, l'exigence de minimiser l'atteinte au droit est le facteur essentiel à considérer à l'étape de la justification, et il subsume l'idée de priorité énoncée dans *Sparrow*.

⁵⁷⁷ Nous laissons ouverte toute la question de la définition d'une expropriation. La jurisprudence de nos voisins américains est riche d'enseignement en ce domaine, surtout sur la frontière qui sépare la réglementation de l'expropriation. On y a jugé qu'une réglementation amenant une perte d'usage totale équivalait à une expropriation. Le cinquième amendement de la Constitution oblige alors le gouvernement à indemniser l'exproprié, que la perte d'usage soit temporaire ou permanente. Voir: *First English Evangelical Lutheran Church of Glendale c. Los Angeles County, Cal.*, (1987) 482 U.S. 304, 107 S.Ct. 2378 et *Lucas c. South Carolina Coastal Council*, (1992) 505 U.S. 1003, 112 S.Ct. 2886. Comparez ensuite avec les arrêts *Kruger c. R.*, [1978] 1 R.C.S. 104, 108 (j. Dickson) et *Government of Malaysia c. Selangor Pilot Association*, [1978] A.C. 337, 347 et 348 (C.P.) (j. Dilhorne), où l'on a jugé qu'une indemnisation doit être versée seulement quand le gouvernement acquiert des biens. Il semble qu'il faille alors prouver qu'il y a eu préalablement extinction du droit (voir *supra*, notes 517-520 et le texte correspondant pour une évaluation du fardeau de preuve).

⁵⁷⁸ *R. c. Sparrow*, précité, note 8, 1119 (j. Dickson) ; *R. c. Nikal*, précité, note 528, 1065 (j. Cory).

autochtones sur le projet qu'entretiennent les autorités⁵⁷⁹ ; tout au plus les préférences autochtones pourraient-elles être indicatives des solutions les moins attentatoires. En ce sens, et en ce sens seulement, le gouvernement doit tenir compte de leurs avis⁵⁸⁰.

B. L'obligation de protéger les droits des autochtones contre les empiétements des tiers

En dehors de ses responsabilités relevant de la bonne marche des affaires de l'État, le gouvernement n'a aucun autre motif pour vouloir se dérober aux obligations qu'il a encourues envers les peuples autochtones du Canada : *i.e.*, protéger leurs terres et coutumes contre les fraudes et les empiétements⁵⁸¹. Pour ce qui est de la protection contre les empiétements par des non-autochtones, une obligation positive d'agir, les tribunaux n'ont rien dit, ou si peu⁵⁸², et la doctrine n'a pas été tellement plus loquace⁵⁸³. Nous pensons pourtant avoir démontré l'existence de cette obligation au

⁵⁷⁹ *R. c. Sampson*, précité, note 558, 220 (la Cour) ; *R. c. Jack, John and John*, (1996) 131 D.L.R. (4th) 165, 189 (C.A. de C.-B.) (la Cour). Il se pourrait même qu'une situation d'urgence réduise l'information et la consultation à son plus strict minimum d'après *R. c. Nikal, id.*, 1065 (j. Cory, *in fine*).

⁵⁸⁰ Le procureur-général devrait certainement s'expliquer devant le tribunal si son gouvernement passe outre aux avis des autochtones, par exemple en démontrant leur caractère déraisonnable ou leur non-pertinence.

⁵⁸¹ Voir *supra*, chap. I.

⁵⁸² *Ominayak and the Lubicon Lake Band c. R.*, [1987] 3 C.F. 174 (1^e inst.) ; *Deer c. Conseil Mohawk de Kahnawake*, [1991] 2 C.F. 18 (1^e inst.), conf. (1991) 139 N.R. 174 (C.A.F.). Notons toutefois que ces décisions ne portaient que sur une apparence de droit.

⁵⁸³ En général, sur la possibilité que la Couronne ait des obligations positives d'agir, voir : B. SLATTERY, *loc.cit.*, note 131, 753 ; J. WOODWARD, *op.cit.*, note 348, pp. 110-112 ; W.I.C. BINNIE, *loc.cit.*, note 278, 220 ; Kent ROACH, *Constitutional Remedies in Canada*, Aurora, Canada Law Book, 1995, p. 15-27, note infrapaginale 98 et p. 15-33 ; et Peter W. HUTCHINS, David SCHULTZE et Carol HILLING, «When Do Fiduciary Obligations to Aboriginal People Arize?»,

chapitre précédent. Il reste à définir ses paramètres d'application lorsque des autochtones veulent poursuivre le gouvernement. Il faudra aussi expliquer pourquoi elle a force exécutoire contre la Couronne.

1. Les paramètres d'application du devoir de protection contre les empiétements

Jusqu'ici, nous avons tenu pour acquis que les possessions et usages autochtones étaient des droits bien définis. Il s'en faut de beaucoup car nombre de litiges récents concernent leur portée, substantive ou territoriale, et parfois questionnent leur existence. La situation n'était pas tellement différente à la fin du dix-huitième siècle, tout juste après que Sa Majesté ait fait ses promesses solennelles aux autochtones du Canada⁵⁸⁴. Il fallait alors répondre à tous ceux demandant qu'on reconnaisse et protège leurs titres conformément à la parole donnée⁵⁸⁵. D'après le dossier historique, on sait que les autorités coloniales se sont montrées méfiantes et ont exigé des preuves de propriété⁵⁸⁶. Nous ne connaissons pas d'exemple où le gouvernement a accepté une revendication

(1995) 59 *Sask. L. Rev.* 97, 128 et 129.

⁵⁸⁴ Plus précisément, on a promis à tous les Indiens du Canada «a *security* against encroachments on their lands.» «Colonel Guy Johnson to Lord George Germain», 26 janvier 1776, N.Y.C.D., vol. 8, pp. 654 et 655 (nos italiques).

⁵⁸⁵ Apparemment ces demandes affluèrent peu de temps après la conquête de la Nouvelle-France. Voir à ce propos la «correspondance entre le général Thomas Gage et le surintendant William Johnson», *op.cit.*, note 180, p. 212.

⁵⁸⁶ «Lettre de John Johnson au général Haldimand», *op.cit.*, note 235, pp. 58 et 59 (revendication des Mohawks de la rive sud du St-Laurent) ; «Extraits des minutes de la réunion du Conseil législatif de Québec», *op.cit.*, note 258, p. 6 (revendication des Montagnais de la Côte-Nord). Voir aussi la «lettre du général Gage à l'agent des affaires indiennes Croghan», 16 avril 1766, dans C.W. ALVORD et C.E. CARTER, *op.cit.*, note 178, p. 216, l'avertissant de se méfier des réclamations des Indiens de la vallée de l'Ohio.

originale sans autre preuve que la parole des intéressés.

Le problème de la preuve a été escamoté aux dix-neuvième et début du vingtième siècles par la conclusion de traités couvrant l'ensemble des terres revendiquées par les autochtones. En apparence, l'administration acceptait leur revendication originale. Toutefois, cette concession ne l'engageait d'aucune façon puisque les traités éteignaient simultanément le titre indien sur toutes les terres, à l'exception de quelques réserves aux dimensions modestes⁵⁸⁷. Quoique plus complexes, les ententes signées dernièrement avec les autochtones du Québec, de Colombie-Britannique et des Territoires du Nord-Ouest étaient fondées sur des principes identiques⁵⁸⁸.

Ce n'est donc pas parce que les autochtones demandent l'aide de leur protecteur que celui-ci doit *automatiquement* protéger les terres désignées. Il leur faut au préalable démontrer que des droits garantis existent et qu'ils sont menacés. Une lecture attentive du dossier historique démontre en effet que la protection envisagée par la Couronne a toujours été la protection offerte par le droit, l'essence de son engagement étant que les autochtones obtiendraient justice⁵⁸⁹. Sous ce rapport, la situation de

⁵⁸⁷ On pourra se référer aux traités numérotés cités à la note 662.

⁵⁸⁸ *Convention de la Baie-James et du Nord québécois*, Québec, éditeur officiel du Québec, 1991, art. 2.1 ; *L'Accord entre les Inuit de la région du Nunavut et Sa Majesté la Reine du chef du Canada*, Ottawa, Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien et la société Tungavik, 1993, par. 2.7.1 ; *Nisga'a Treaty Negotiations ; Agreement-in-Principle*, édité conjointement par le Gouvernement du Canada, la Province de Colombie-Britannique et le Conseil tribal Nisga'a, 15 février 1996, General Provisions, art. 25 (*in fine*). Les dispositions indiquées représentent les clauses générales d'extinction des titres, privilèges et autres droits fonciers ancestraux.

⁵⁸⁹ Dans une lettre à Daniel Claus, le 22 octobre 1767, le gouverneur Carleton, après avoir rappelé le droit des autochtones à jouir de leurs anciennes possessions, a ajouté qu'il faudrait examiner sérieusement leurs réclamations pour qu'une justice, rigoureuse et impartiale, leur soit rendue. A.N.C., *MG19*,

la Couronne rappelle toujours celle du seigneur féodal à qui un tenancier demandait protection. Si, à l'occasion, le seigneur acquiesçait d'emblée à sa requête, il pouvait également demander des preuves⁵⁹⁰. Mais là s'arrête l'analogie car, contrairement au tenancier, les autochtones ont été considérés sur le plan pratique ou légal comme étant en situation d'incapacité. La mise en oeuvre du devoir de la Couronne s'en trouvait par conséquent modifiée.

Au début de la colonie, entre 1760 et 1840, l'incapacité des autochtones existait en fait plutôt qu'en droit. Rarement les a-t-on vu participer à une procédure judiciaire civile⁵⁹¹ ; certains n'avaient pas l'expertise⁵⁹², d'autres n'avaient pas les moyens pour se défendre eux-mêmes. Voilà pourquoi, le plus souvent, ils exprimaient leurs doléances au gouvernement en espérant que celui-ci ferait pour le mieux. Et le gouvernement a répondu qu'il interviendrait au besoin en leur nom devant les tribunaux afin de les défendre⁵⁹³. Sa réaction en 1797 lors d'un conflit opposant les Mohawks aux

Claus Papers, F1, vol. 1 (1760-1777), p. 112. Voir aussi, *supra*, notes 69, 72, 92, 95, 393 et, *infra*, notes 593, 594 et le texte correspondant.

⁵⁹⁰ Voir *supra*, notes 140-142 et le texte correspondant.

⁵⁹¹ «Sur les droits civils, etc., des Sauvages», comprenant des «Extraits du Rapport de M. le juge Macauley à Sir George Arthur, 1839» et une «Lettre de C.R. Ogden, procureur général, à l'administrateur du gouvernement, 1840» dans J.A.L.C., 11 Vict., 1847, App. T, app. n° 98 (non paginé). Comme exemple de participation des autochtones à un procès, voir le jugement concernant les réclamations des Mohawks sur la seigneurie du Sault-St-Louis dans «Extracts from the Proceedings of the Military Council at Montreal, dated 22d March 1762», *op.cit.*, note 403, pp. 72-74.

⁵⁹² Voir *supra*, note 100.

⁵⁹³ «Les Sauv^t Abenaq^t. de S^t. Franc^t. aussi bien que tous les autres Nations & Tribus depd^{es}. [?] la Prov^t. de Quebec etant sous la protect^{on}. de sa Maj^{té}. ainsi qu'il l'a bien voulu declarer par sa Proclam^{on}. du 7^e. Oct^r. 1763 peuvent etre assurés qu'on les maintiendra dans tous leur justes Droits et que le gouvernem^t. fera traduire en Justice, et poursuivra a la Rigueur, tous ceux qui oseront les molester, de quelque maniere que ce puisse etre. La Presente on espere sera un Avertissement pour tous ceux qui pourroint en avoir l'Intention, et previenra les facheuses consequences qui en pourroint resulter.»

Jésuites pourrait alors être typique : «Children settled at Caughnawaga, The Sollicitor General, Mr. Foucher, has been ordered to institute your action against the Jesuits (...). Consult with Mr. Foucher, let him prosecute your action, and the Governor will pay the expense of it»⁵⁹⁴. Cette mise en tutelle a finalement été confirmée dans les lois de la Province du Canada vers les années 1840⁵⁹⁵. À partir de ce moment, les autochtones ont été dans l'impossibilité d'intenter une action en justice pour défendre leurs terres tribales⁵⁹⁶. Ils se reposaient entièrement sur le gouvernement de la Province. Pour remédier à l'incapacité légale de ses pupilles, et respecter ses engagements envers eux, le législateur avait prévu que désormais le gouvernement agirait en leur nom devant les tribunaux⁵⁹⁷.

Le système de tutelle a continué sous le nouveau régime fédéral institué en 1867, toujours pour la raison «que les Indiens (étaient) incapables de prendre soin de la majorité de leurs affaires»⁵⁹⁸.

«Guy Carleton to the Six Nations», 28 février 1767, A.N.C., MG21, *Claus Papers*, bob. C-1483, vol. 21, pt. 2, pp. 54 et 55, aussi reproduit par D. DELÂGE, J.-P. SAWAYA, M. JETTEN et R. SIOUI, *op.cit.*, note 401, à la p. 151.

⁵⁹⁴ «Extract from a Speech made by Sir John Johnson, Bart., Superintendent General of the Indian Department, on the 5 th June 1797, to the Indian Tribes, by order of General Prescott.» B.P.P., *Anthropology-Aborigines*, vol. 3 (Correspondence and Other Papers Relating to Aboriginal Tribes in British Possessions), p. 76. On retrouve également cette réflexion de l'*Attorney-General* J. Stuart dans une lettre au gouverneur Kempt, du 28 avril 1829, concernant les Hurons de Lorette, *id.*, p. 86 : «They are poor, and have claims but they have no right or claim whatever to the Seignory of Sillery. If, however, they should persist in soliciting any further investigation of their pretentions, I would respectfully submit that a mode might, without difficulty, be advised for trying the question of their alleged right in a court of law (...)».

⁵⁹⁵ Voir *supra*, notes 109 et 115.

⁵⁹⁶ *Bastien c. Hoffman* et *Regina c. McCormick*, précités, note 119.

⁵⁹⁷ Pour les dispositions législatives pertinentes, voir *supra*, notes 112 et 117.

⁵⁹⁸ Voir John LESLIE et Ron MAGUIRE (éds.), *Historique de la Loi sur les Indiens*, Ottawa, Centre de recherches historiques et d'études des traités, Affaires indiennes et du Nord canadien, 1980, p. 122,

On a rédigé différemment les lois en énumérant limitativement les droits d'action des autochtones non émancipés⁵⁹⁹, l'effet demeurait cependant le même : ils ne pouvaient intenter une action en justice de manière à se défendre contre les empiétements sur leurs terres, car ce soin revenait à la Couronne en chef du Canada⁶⁰⁰. Cette dernière avait hérité de l'obligation historique de protéger les droits des premiers habitants du pays⁶⁰¹. Le législateur, comme dans la période pré-fédérative, avait donc habilité le gouvernement à représenter d'office les autochtones devant les tribunaux⁶⁰². Rédigée dans les termes les plus larges, la *Loi des Indiens*⁶⁰³, de 1927, énonçait :

Si quelque personne retient la possession de terres réservées ou prétendues réservées pour les Indiens, ou de terres dont les Indiens (...) réclament la possession ou un droit de possession, ou si quelqu'un occupe ou revendique l'une de ces terres, ou qu'il y ait violation du droit de propriété, la possession peut en être recouvrée pour les Indiens (...) ou les revendications des parties adverses peuvent être jugées et déterminées, ou les dommages être

où les auteurs nous réfèrent aux propos du premier ministre John A. MacDonald.

⁵⁹⁹ L'article 67 de l'*Acte pourvoyant à l'émancipation graduelle des Sauvages, à la meilleure administration des affaires des Sauvages, et à l'extension des dispositions de l'acte trente-et-un Victoria, chapitre quarante-deux*, S.C. 1869, c. 6, se lisait : «Les Sauvages non émancipés auront le droit d'intenter des actions pour le recouvrement de leurs créances, ou pour la réparation des torts qui pourront leur être infligés, ou pour contraindre à l'exécution des obligations contractées avec eux.» Avec des changements mineurs, cette disposition a été reproduite jusqu'en 1951 dans les différentes lois sur les Indiens (*Acte concernant les Sauvages*, S.R.C. 1886, c. 43, art. 79 ; *Loi concernant les Sauvages*, S.R.C. 1906 c. 81, art. 103 ; et *Loi des Indiens*, S.R.C. 1927, c. 98, art. 106).

⁶⁰⁰ L'article 67 était une dérogation au principe de l'incapacité des Indiens. Il devait être lu et interprété restrictivement, en parallèle avec les dispositions conférant au gouvernement le pouvoir d'agir au nom des Indiens en cas d'empiétement sur les terres réservées. Voir *D'ailliboust c. Bellefleur*, (1919) 25 R.L. 50, 51 et 52 (j. Duclos) et *Delorimier c. Cross*, (1937) 62 B.R. 98, 111 (j. St-Germain).

⁶⁰¹ Voir supra, note 522 et le texte correspondant.

⁶⁰² Ne mentionnons que les lois refondues sur les Indiens précitées à la note 599 : *Acte concernant les Sauvages*, arts. 21-29 ; *Loi concernant les Sauvages*, arts. 33-37 ; *Loi des Indiens*, art. 39.

⁶⁰³ Précitée, note 599.

recouvrés, au moyen d'une instance formée par Sa Majesté au nom des Indiens (...) qui y ont droit ou qui en revendiquent la possession ou le droit de possession, ou qui sont fondés, dans la déclaration, la réparation ou les dommages qu'ils réclament⁶⁰⁴.

Le Parlement avait laissé au procureur général et au surintendant général des affaires indiennes la discrétion d'intenter une action au nom des Indiens⁶⁰⁵. Mais ce pouvoir, cette discrétion, devait être exercé judiciairement en se conformant aux fins protectrices de la Loi⁶⁰⁶. Il ne pouvait servir à autre chose qu'à écarter les plaintes frivoles ou sans aucun fondement. En effet, on imagine difficilement que le Parlement eut souhaité qu'on fasse fi d'une dénonciation sérieuse alors que les autochtones ne disposaient d'aucun autre recours pour faire valoir leur revendication. Cela aurait été la violation la plus flagrante de son devoir de protection⁶⁰⁷.

Le Parlement du Canada a procédé en 1951 à une réforme majeure de sa législation

⁶⁰⁴ *Id.*, par. 39(1). Cette disposition a été adoptée une première fois en 1911 (voir la *Loi modifiant la Loi des Sauvages*, S.C. 1911, c. 14, art. 4). La raison donnée pour son adoption a été qu'il fallait aussi protéger les titres indiens non reconnus (J. LESLIE et R. MAGUIRE, *op.cit.*, note 598, p. 153).

⁶⁰⁵ *Loi des Indiens*, précitée, note 599, par. 39(3).

⁶⁰⁶ Un pouvoir administratif peut être en réalité un devoir lorsqu'il est nécessaire à la mise en oeuvre d'un droit (*Julius c. Lord Bishop of Oxford*, (1880) 5 A.C. 214, 222 (j. Cairns) ; et plus récemment *Thomson c. Canada (Agriculture)*, [1992] 1 R.C.S. 385, 407-409 (j. L'Heureux-Dubé, dissidente pour d'autres considérations)). Le détenteur de ce pouvoir doit alors l'exercer avec une habileté raisonnable, car il s'agit d'un acte d'exécution soumis au droit commun de la responsabilité civile (voir *infra*, note 719).

⁶⁰⁷ On pourrait aussi arguer que la *Loi des Indiens*, précitée, note 599, avait fait naître une obligation de fiduciaire distincte, indépendante de l'engagement de protection. Les motifs du juge McLachlin dans *Blueberry River Indian Band*, précité, note 2, 405, sont ici pertinents : «Lorsqu'une partie se voit conférer certains pouvoirs touchant les droits d'une autre partie et que cette dernière se voit privée des pouvoirs en question ou est vulnérable, la première partie, celle qui détient les pouvoirs, a l'obligation de fiduciaire de les exercer dans l'intérêt de l'autre.»

concernant les Indiens. Entre autres changements, il a fait disparaître l'incapacité légale des autochtones⁶⁰⁸, et permis que soit reconnu au conseil de bande un droit de dépenser pour l'avantage de ses commettants⁶⁰⁹. Les autochtones, en plus de pouvoir intenter une action afin de protéger leurs terres et coutumes⁶¹⁰, avaient maintenant la possibilité de puiser à même les fonds de leur bande les ressources nécessaires au financement de cette opération⁶¹¹. En votant la réforme de 1951, le législateur a voulu accroître l'autonomie des Premières Nations, sans toutefois nuire à la capacité du gouvernement de les protéger⁶¹².

Certes, ces dernières mesures ont aidé à résoudre un nombre important de revendications, mais d'autres, et parmi les plus importantes, nécessitaient des ressources que n'avaient pas les autochtones. On comptait aussi plusieurs bandes croupissant dans la pauvreté la plus absolue. Indépendamment de leur capacité légale retrouvée, leurs membres n'étaient pas moins démunis et dépendants que leurs ancêtres du dix-huitième siècle. Peut-être était-ce l'explication de la présence de l'article 31 de la *Loi sur les Indiens*⁶¹³, qu'on retrouve aujourd'hui inchangé quarante-cinq ans plus

⁶⁰⁸ *Loi sur les Indiens*, S.C. 1951, c. 29, art. 123.

⁶⁰⁹ *Id.*, al. 82(1)(b).

⁶¹⁰ *Custer c. Hudson's Bay Company Developments Ltd*, [1983] 1 W.W.R. 566, 569 (C.A. Sask.) (j. Cameron).

⁶¹¹ Lire la déclaration du ministre W.E. Harris, du 12 avril 1951, dans Wayne DAUGHERTY et Dennis MADILL, *L'administration indienne en vertu de la législation relative aux Indiens 1868-1951 et les pouvoirs du conseil de la bande*, Ottawa, Centre de recherches historiques et d'études des traités, Affaires indiennes et du Nord canadien, 1980, pp. 184 et 185.

⁶¹² J. LESLIE et R. MAGUIRE, *op.cit.*, note 598, p. 214.

⁶¹³ Précitée, note 608.

tard⁶¹⁴. En effet, cet article permet toujours au procureur général d'engager une procédure judiciaire au nom des autochtones lorsqu'on empiète sur leurs terres de réserves⁶¹⁵. L'article 31 et le pouvoir de dépenser de la Couronne sont les deux outils dont elle dispose pour remplir son devoir de protection⁶¹⁶. Du moment qu'une revendication est sérieuse, ce devoir, au minimum, l'oblige à aider financièrement les autochtones qui n'ont pas les moyens d'assurer la défense de leurs droits⁶¹⁷ ; autrement, les assurances de la Couronne auraient été aussi dérisoires que la fortune de ses interlocuteurs, et la justice promise une illusion⁶¹⁸. Une évaluation appropriée des moyens des autochtones devrait alors tenir compte de la richesse d'une communauté et de sa capacité d'absorber le coût de la procédure judiciaire envisagée⁶¹⁹.

⁶¹⁴ *Loi sur les Indiens*, précitée, note 129, art. 31.

⁶¹⁵ L'article en question est cependant moins généreux que l'article 39 de l'ancienne *Loi des Indiens*, précité, note 604. En effet, la Couronne ne pouvait plus tenter une action afin de protéger, en plus des réserves, les terres dont les autochtones revendiquaient la possession ou un droit de possession.

⁶¹⁶ Il semble par contre, selon la décision *Bande d'Eastmain c. Canada*, précité, note 161, 534 et 535 (j. Décary, que les autochtones ne peuvent forcer le gouvernement fédéral à entreprendre une évaluation environnementale d'un projet pour la seule raison que leurs droits pourraient être affectés.

⁶¹⁷ Le juge Strayer a écrit dans *Ominayak and the Lubicon Lake Band c. R.*, précité, note 582, 183 : « Je reconnais qu'il existe des doutes sérieux quant à leur revendication (la revendication des demandeurs autochtones). Ils soutiennent pour l'essentiel que les défendeurs (les ministre et gouvernement fédéraux) ont l'obligation fiduciaire de leur avancer l'argent nécessaire pour *tout litige qu'ils décident d'engager* afin de protéger leurs droits ancestraux ou issus de traités (nos parenthèses et nos italiques). » Ainsi formulée, la revendication paraissait effectivement exagérée, car elle ne tenait pas compte de la richesse de la communauté et du sérieux de ses prétensions.

⁶¹⁸ Une interprétation qu'interdirait l'honneur et la dignité de la Couronne (*R. c. Sparrow*, précité, note 8, 1107 (j. Dickson)).

⁶¹⁹ Par exemple, la preuve d'une revendication globale est très couteuse et probablement hors de portée de n'importe quelle communauté.

La Couronne a assumé vis-à-vis les autochtones la responsabilité de protéger leurs terres et coutumes contre les agissements des allochtones. Cela l'obligeait, du moins moralement, à faire le nécessaire pour rendre effectif sa promesse, nonobstant ce qui était alors l'état des lois du Canada. Les autochtones n'auraient effectivement pas compris que l'action gouvernementale puisse être entravée par une législation dont ils ignoraient jusqu'à l'existence. Cette législation devait donc être adaptée et révisée périodiquement afin de la rendre conforme aux obligations de la Couronne. La tâche fut accomplie, bien qu'imparfaitement, par les diverses législatures compétentes. Toutefois, aucune loi ainsi adoptée, passée ou présente, n'a créé ou altéré le devoir de protection de la Couronne⁶²⁰ ; leur seul objectif était d'aménager un cadre légal assurant son respect.

Malheureusement pour les autochtones, l'exécution de leur créance contre la Couronne dépendait de la bonne volonté de cette dernière. En effet, le devoir de la Couronne était un devoir de *common law*. Or, toujours suivant la *common law*, avoir une réclamation contre la Couronne est une chose et la possibilité de la faire valoir en est une autre. Nous ne pensons pas ici à la maxime *rex non potest peccare (the king can do no wrong)*⁶²¹, déconsidérée par la jurisprudence⁶²². La difficulté résultait plutôt de l'immunité de poursuite dont jouissait traditionnellement le roi devant

⁶²⁰ *Roberts c. Canada*, précité, note 8, 337 (j. Wilson); *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, précité, note 9, 129-131 (j. La Forest). La Cour suprême du Canada a effectivement jugé dans ces arrêts que les lois sur les Indiens étaient déclaratoires des obligations de la Couronne en *common law*. Elle devait probablement évoquer les objectifs qui les sous-tendaient car, strictement parlant, chaque version de la loi sur les Indiens a imposé au gouvernement des obligations légèrement différentes de celle qui l'a précédée.

⁶²¹ *H. BROOM*, *op.cit.*, note 484, pp. 38-49.

⁶²² *Canadian Broadcasting Corporation c. Attorney-General for Ontario*, [1959] S.C.R. 188, 196 (j. Rand), 204 (j. Locke).

ses cours. Rappelons que les juges n'exerçaient que des pouvoirs délégués par le roi⁶²³. Leurs brevets, les ordres de cour, étaient des commandements émis en son nom. Ils étaient par conséquent incapables de s'en servir pour le forcer à comparaître devant eux⁶²⁴. Cela signifie que l'obstacle à une réclamation des autochtones était de nature juridictionnelle⁶²⁵ : aucune cour royale n'était compétente pour juger son souverain et lui commander le respect de ses engagements⁶²⁶.

2. Un devoir de protection exécutoire contre la Couronne

L'immunité de la Couronne est une règle dont l'origine remonte au règne d'Henri III (1216-1272). Pour remédier aux injustices qu'elle causait, on développa, sous son successeur Edward I (1272-1307), la procédure de pétition de droit⁶²⁷. Celle-ci consistait à demander au roi l'autorisation de le poursuivre pour qu'il redresse les torts soufferts par ses sujets. Le souverain demeurait libre d'accepter ou de refuser leur requête, une décision qui était sans appel. Le Canada a hérité de la

⁶²³ H. De BRACON, *op.cit.*, note 143, pp. 307 et 308 ; W. BLACKSTONE, *op.cit.*, note 17, vol. 1, p. 257.

⁶²⁴ H. BROOM, *op.cit.*, note 484, p. 34 ; W. HOLDSWORTH, *op.cit.*, note 139, vol. 9, 3^e éd., 1944, p. 8 ; *R. c. Powell*, (1841) 1 Q.B. 352, 361 (j. Denman) ; *Canadian Broadcasting Corporation c. Attorney-General for Ontario*, précité, note 622, 204 (j. Locke) ; *M. c. Home Office*, [1994] 1 A.C. 377, 415 (H.L.) (j. Woolf).

⁶²⁵ *Canadian Broadcasting Corporation c. Attorney-General for Ontario*, *id.*, 196 (j. Rand), 204 (j. Locke).

⁶²⁶ *The Queen c. Lords Commissioners of the Treasury*, [1872] 7 Q.B. 387, 394 (j. Cockburn) ; *The Queen c. Secretary of State for War*, [1891] 2 Q.B. 326, 334 (j. Charles) ; *The Minister of Finance of British Columbia c. The King (at the Prosecution of Andler et al)*, [1935] S.C.R. 278, 285 (j. Davis) ; *The Queen et al c. Leong Ba Chai*, [1954] S.C.R. 10, 14 (j. Taschereau) ; *M. c. Home Office*, précité, note 418, 415 et 416 (j. Woolf).

⁶²⁷ W. HOLDSWORTH, vol. 9, *op.cit.*, note 624, p. 8.

procédure anglaise et l'a utilisé jusqu'à récemment. Ainsi, au palier fédéral, ce n'est qu'en 1951 que le législateur décida de supprimer la nécessité d'une autorisation gouvernementale pour poursuivre la Couronne⁶²⁸. La province de Colombie-Britannique utilisait encore la pétition de droit aussi tard qu'en 1974⁶²⁹. Des autochtones habitant la Province ont d'ailleurs subi la rigueur de cette procédure lors de la cause célèbre *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*⁶³⁰.

Dans *Calder*, les Nishgas ont cherché à obtenir un jugement déclaratoire pour se faire reconnaître un titre sur une partie du domaine public. L'action déclaratoire, croyaient-ils, leur permettrait de contourner la procédure de pétition de droit et son exigence d'une autorisation préalable pour poursuivre la Couronne. Peine perdue ! La Cour suprême du Canada leur a refusé le jugement demandé⁶³¹. Selon elle, on ne pouvait contester la valeur du titre de la Couronne par action déclaratoire⁶³². Ce moyen n'était disponible que dans les cas non prévus par la pétition de droit⁶³³, autrement dit, seulement lorsque les intérêts de la Couronne étaient affectés de manière incidente au litige⁶³⁴. Cette question a évidemment perdu de son intérêt depuis que les législatures ont accordé

⁶²⁸ *Loi modifiant la Loi des pétitions de droit*, S.C. 1950-1951, c. 33, art. 1.

⁶²⁹ On la modifia par l'adoption du *Crown Proceeding Act*, S.B.C. 1974, c. 24.

⁶³⁰ Précité, note 83.

⁶³¹ *Id.*, 345 (j. Judson), 422-427 (j. Pigeon).

⁶³² *Id.*, 422-427 (j. Pigeon).

⁶³³ Voir aussi: *Attorney-General for Ontario c. McLean Gold Mines Ltd.*, [1927] A.C. 185, surtout 192 (C.P.) (j. Anglin) ; *Canada c. Bradley*, [1941] S.C.R. 270, 276 (j. Duff) ; et S.A. De SMITH, *Judicial Review of Administrative Action*, 4^e éd., London, Stevens & Sons, 1980, p. 480, note infrapaginale 28.

⁶³⁴ Le précédent toujours cité est celui de *Dyson c. Attorney-General*, [1911] 1 K.B. 410, 421 (j. Farwell).

un recours de plein droit contre leur administration⁶³⁵. Elle illustre néanmoins l'étendue de l'immunité juridictionnelle dont bénéficiait la Couronne. Aujourd'hui, plus rien n'empêche les autochtones d'obtenir ce jugement déclaratoire où, en plus de leur titre, on reconnaîtrait le devoir qui incombe à la Couronne de le protéger⁶³⁶.

Les autochtones ont bien sûr le droit d'exercer un recours en dommage contre la Couronne pour la violation de son devoir, mais ce qui souvent les intéresse d'avantage est la possibilité d'un recours préventif. Un jugement déclaratoire devrait normalement suffire. Bien qu'il ne constitue pas un ordre de la Cour, le gouvernement, en règle générale, s'y conforme. La Cour suprême du Canada a autrefois donné cette assurance à ceux qui se présentaient devant elle⁶³⁷. L'assurance a été répétée depuis lors, mais pas toujours avec autant de conviction⁶³⁸. Cette crainte qu'on ne respecte pas leur jugement pourrait inciter les tribunaux à conserver juridiction en ajournant leurs travaux, suffisamment longtemps pour vérifier si le gouvernement respecte son devoir de protection envers les autochtones⁶³⁹.

⁶³⁵ S.A. De SMITH, *op.cit.*, note 633, p. 480, note infrapaginale 28.

⁶³⁶ La Cour fédérale, sans se prononcer sur le fond, a admis qu'il s'agissait d'une cause raisonnable d'action dans *Ominayak and the Lubicon Lake Band c. R.* et *Deer c. Conseil Mohawk de Kahnawake*, précités, note 582.

⁶³⁷ *Canada c. Bradley*, précité, note 633, 276 (j. Duff).

⁶³⁸ Récemment, voir: *Lount Corp. c. Canada (Attorney General)*, (1983) 2 D.L.R. (4th) 723, 750 (C.F. 1^e inst.) (j. Muldoon) ; *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, 392 et 393 (j. Dickson) ; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Min. of Justice)*, (1996) 134 D.L.R. (4th) 293, 298 et 299 (C.S. de C.-B.) (j. Smith).

⁶³⁹ Pour une application visant le devoir de protection de la Couronne à l'égard des autochtones néo-zélandais, voir *New Zealand Maori Council c. Attorney-General*, précité, note 150, 665 et 666 (j.

L'immunité de la Couronne, qui avait été levée pour les anciennes actions relevant de la pétition de droit, opérait toujours à l'égard des autres recours ; impossible donc de se faire accorder une ordonnance judiciaire de faire (*mandatory order*), telle le *mandamus* ou l'injonction, qui obligerait le gouvernement à protéger les possessions et usages des autochtones⁶⁴⁰. Les ordonnances de faire, comme moyen de contrôle judiciaire, étaient réservées aux devoirs publics prescrits par une loi. En sanctionnant la loi, le roi abandonnait partiellement son immunité⁶⁴¹, et lui ou ses préposés agissaient alors en tant que mandataires du Parlement⁶⁴². Ce principe n'était malheureusement d'aucun secours aux autochtones parce que leur créance contre la Couronne provenait de la *common law*.

Peut-être l'adoption de la *Loi sur la Cour fédérale*⁶⁴³ a-t-elle modifié la position de la

Cooke) et *New Zealand Maori Council c. Attorney-General*, [1992] 2 N.Z.L.R. 576, 586 (C.A.) (j. Cooke, dissident pour d'autres considérations). La Cour suprême de Colombie-Britannique en a fait autant pour mettre en oeuvre les garanties de la *Charte canadienne des droits et libertés*, dans *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Min. of Justice)*, *id.*, 300 (j. Smith) et *Assoc. des parents francophones de la Colombie-Britannique c. British Columbia*, (1996) 139 D.L.R. (4th) 356, 379 et 380 (j. Vickers).

⁶⁴⁰ Dans *Ominayak and the Lubicon Lake Band c. La Reine*, précité, note 582, 181, le juge Strayer a décidé que l'obligation de la Couronne de protéger les terres indiennes ne pouvait faire l'objet d'un *mandamus*. Voir également l'arrêt *Grand Council of the Crees (Quebec) c. R.*, [1982] 1 C.F. 599, 600 (C.A.) (j. Pratte), qui porte sur l'immunité de la Couronne contre les injonctions.

⁶⁴¹ *R. c. Eldorado Nucléaire Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 551, 560 (j. Dickson).

⁶⁴² *M. c. Home Office*, précité, note 624, 416 (j. Woolf) ; *The Minister of Finance of British Columbia c. The King (at the Prosecution of Andler et al)*, précité, note 626, 285 et 286 (j. Davis) ; *The Queen et al c. Leong Ba Chai*, précité, note 626, 14 et 15 (j. Tachereau) ; et *Re Central Can. Potash Co. and Min. of Mineral Resources*, [1973] 1 W.W.R. 193, 199 (C.A. Sask.) (j. Culliton), conf. [1973] 2 W.W.R. 672 (C.S.C.).

⁶⁴³ L.R.C. 1985, c. F-7.

Couronne à l'égard de ses protégés ? En effet, selon l'article 18 de la Loi, un *office fédéral* peut faire l'objet d'un *mandamus* ou d'une injonction, et cela comprenait les catégories suivantes : «Conseil, bureau, commission ou autre organisme, ou personne ou groupes de personnes, ayant, exerçant ou censé exercer une compétence ou des pouvoirs prévus par une loi fédérale»⁶⁴⁴. Une interprétation large de l'expression *loi fédérale* permettait d'y inclure les devoirs imposés par la *common law*⁶⁴⁵, dont font partie les obligations de la Couronne envers les autochtones⁶⁴⁶. Il était cependant plus difficile de faire l'adéquation entre Sa Majesté et une *personne*, au sens de la *Loi sur la Cour fédérale*, car les règles d'interprétation veulent qu'elle ne soit pas liée par une législation, sauf indication contraire⁶⁴⁷. Or, cette indication doit être claire. En l'absence de mention expresse, on peut prouver l'intention du législateur par une interprétation contextuelle de sa loi ou encore par l'absence d'effet utile si elle ne lie pas la Couronne⁶⁴⁸.

Devant des autochtones qui invoquaient les devoirs du gouvernement fédéral, les juges Strayer et Moore, respectivement de la Cour fédérale et de la Cour du banc de la Reine d'Alberta, ont

⁶⁴⁴ *Id.*, art. 2 (nos italiques).

⁶⁴⁵ Ainsi, on a reconnu que le devoir d'agir équitablement, issu de la *common law*, pouvait donner lieu à un recours en *mandamus*. Voir : *Bruce c. Reynett*, [1979] 2 C.F. 697 (1^e inst.) ; *Beaumier c. Commission nationale des libérations conditionnelles*, [1981] 1 C.F. 454 (1^e inst.) ; *Bauer c. La Reine*, C.F. 1^e inst., n° T-125-84, 28 février 1984 ; *Vasquez c. Canada*, C.F. 1^e inst., n° T-482-87, 22 juin 1987.

⁶⁴⁶ Pensons par analogie à l'affaire *Roberts c. Canada*, précitée, note 8, 340 (j. Wilson), où la Cour suprême du Canada a jugé que la *common law* du titre indien était une loi du Canada au sens de l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

⁶⁴⁷ *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21, art. 17.

⁶⁴⁸ *Alberta Government Telephones c. C.R.T.C.*, [1989] 2 R.C.S. 225, 281 (j. Dickson).

répondu que le droit était certain et ne nécessitait aucune discussion : rien n'avait entamé l'immunité de la Couronne contre le recours en *mandamus*⁶⁴⁹.

Cette interprétation ne tient plus depuis les changements apportés en 1990 à la *Loi sur la Cour fédérale*⁶⁵⁰. On ajoutait alors à la définition d'*office fédéral* les organismes ou personnes exerçant quelque pouvoir, quelque compétence, prévu par «une ordonnance prise en vertu d'une prérogative royale⁶⁵¹.» Puisque les prérogatives royales sont des pouvoirs réservés à la Couronne, celle-ci devait être liée⁶⁵². C'est du moins l'interprétation que semble favoriser la Cour fédérale malgré un jugement contraire de sa division de première instance⁶⁵³. On peut citer le juge Décary de la Cour d'appel qui a interprété la nouvelle disposition comme un recul extrême imposé à la

⁶⁴⁹ Le *mandamus* a été refusé dans *Ominayak and the Lubicon Lake Band c. R.*, précité, note 582, 181 (j. Strayer), alors que les autochtones avaient invoqué un devoir de *common law*. Dans *Lubicon Lake Band c. Norcen Energy Resources Ltd.*, C.B.R. Alb., n° 8201-03713, 22 octobre 1987 (j. Moore), ils ont plaidé les obligations découlant d'un traité, et le résultat a été le même.

⁶⁵⁰ *Loi modifiant la Loi sur la Cour fédérale, la Loi sur la responsabilité de l'État, la Loi sur la Cour suprême et d'autres lois en conséquence*, L.C. 1990, c. 8, entrée en vigueur le 1 février 1992 (ci-après cité : «Loi modifiant la Loi sur la Cour fédérale»).

⁶⁵¹ *Id.*, par. 1(3) (nos italiques).

⁶⁵² La Loi parle de pouvoir ou compétence prévu par une ordonnance prise en vertu des prérogatives. D'aucuns vont conclure que la Loi vise alors uniquement l'exercice d'un pouvoir délégué et que la Couronne, lorsqu'elle agit par elle-même, conserve son immunité. Distinguer ainsi entre la Couronne et ses agents ne tient pas compte du fait que la Couronne agit toujours par agents interposés. Même le gouverneur-général en conseil peut être considéré comme une émanation du pouvoir exécutif, et donc comme un office fédéral (*Angus c. Canada*, [1990] 3 C.F. 410, 423 et 424 (C.A.) (j. MacGuigan)).

⁶⁵³ Voir *Saugeen Band of Indians c. Canada*, C.F., 1^e inst., n° T-1026-92, 10 septembre 1992, une décision du juge Mackay rendue peu après la mise en vigueur de la modification. Quant au juge Strayer dans *Mundle c. Canada (Minister of National Defense)*, (1994) 85 F.T.R. 258, 262 (1^e inst.), il ne semble pas avoir pris en compte l'effet des changements législatifs.

Couronne en tant que pouvoir exécutif⁶⁵⁴. Dans un article de doctrine⁶⁵⁵, sa collègue, le juge Desjardins, a en outre défendu l'opinion qu'il faudrait examiner les actes autrefois exempts du pouvoir de surveillance judiciaire, et que les demandes en injonction contre la Couronne seraient maintenant recevables⁶⁵⁶. Selon nous, elle aurait pu ajouter le *mandamus* dont les effets sont comparables.

Il est donc possible que l'immunité de la Couronne ne soit plus un obstacle. Néanmoins, il y a des limites à ce que le droit commun permet comme réparation lorsque l'exécution d'un devoir comporte une marge de discrétion. Le tribunal se contente alors d'exiger du responsable qu'il accomplisse son devoir. Ce dernier continue d'assumer ses choix, en autant qu'il se fonde sur des motifs pertinents pour les fins de la loi⁶⁵⁷. Dans l'hypothèse où le responsable résisterait au *mandamus* ou à l'injonction, la Cour peut le déclarer coupable d'outrage⁶⁵⁸. Elle peut même, lorsque

⁶⁵⁴ *Gestion Complexe Cousineau c. Canada*, [1995] 2 C.F. 694, 701 et 702.

⁶⁵⁵ Aline DESJARDINS, «Review of Administrative Action in the Federal Court of Canada : The New Style in a Pluralist Setting», dans *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada*, Toronto, Carswell, 1992, 405. Le juge Décary nous réfère à cet article pour interpréter la nouvelle portée de l'expression «office fédéral» dans *Gestion Complexe Cousineau c. Canada*, *id.*, 702, note infrapaginale 10.

⁶⁵⁶ A. DESJARDINS, *id.*, 424-426. Il faut distinguer deux types de recours: l'injonction comme moyen de contrôle judiciaire et l'injonction qui est normalement accordée entre particuliers. La première est permise contre la Couronne mais non la seconde (*Loi sur la responsabilité de l'État*, L.R.C. 1985, c. C-50, art. 22, telle que modifiée par la *Loi modifiant la Loi sur la Cour fédérale*, précitée, note 650, art. 28).

⁶⁵⁷ *The Queen et al. c. Leong Ba Chai*, précité, note 626, 13 et 14 (j. Taschereau) ; *Maple Lodge Farms c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2, 7 et 8 (j. McIntyre) ; *Murphyores Incorporated Pty Ltd. c. The Commonwealth*, (1976) 136 C.L.R. 1, 17 et 18 (H.C. Aust.) (j. Mason citant le juge Kitto dans *R. c. Anderson* ; *Ex parte Ipec Air Pty Ltd.*, (1965) 113 C.L.R. 177, 189 (H.C. Aust.).

⁶⁵⁸ *Règles de la Cour fédérales*, C.R.C. 1978, c. 663, r. 355.

c'est possible, prescrire l'accomplissement du devoir par la partie qui a obtenu l'ordonnance, aux frais du contrevenant⁶⁵⁹.

La *Loi constitutionnelle de 1982*⁶⁶⁰, et plus précisément son article 35 qui garantit les droits ancestraux ou issus de traités⁶⁶¹, constitue un motif additionnel pour écarter l'immunité de la Couronne contre les *mandamus* et injonctions mandatoires. Dans la mesure où l'ordre juridique positif confirmera notre hypothèse d'un devoir de protection greffé aux droits autochtones, il en découlera que cette obligation positive de la Couronne bénéficie également d'un statut constitutionnel à l'égard des droits garantis. Elle pourrait être assimilée aux autres obligations positives que la Couronne a assumées par la conclusion de traités avec les Indiens. À titre d'exemples, mentionnons ses engagements envers les autochtones de l'Ouest canadien d'établir des réserves, de payer une rente annuelle et de veiller à l'éducation des enfants⁶⁶². Un rapprochement pourrait aussi être fait avec l'article 23 de la *Charte canadienne*⁶⁶³ qui porte sur les droits linguistiques reconnus aux minorités de langue officielle.

Le recours prévu à l'article 24 de la *Charte canadienne* ne s'applique pas aux droits

⁶⁵⁹ *Id.*, r. 1906.

⁶⁶⁰ Précitée, note 174.

⁶⁶¹ L'extrait pertinent est reproduit au texte correspondant à la note 524.

⁶⁶² Traités numérotés conclus avec les autochtones de l'ouest du pays reproduits dans I.T.S., vol. 1, pp. 282-284, 291-293, 303-306 et 313-316 (traités n^{os} 1 à 4), vol. 2, pp. 16-20 et 35-39 (traités n^{os} 5 et 6), et vol. 3, pp. 290-293 (traités n^o 8).

⁶⁶³ Précitée, note 558.

autochtones visés par l'article 35 de *Loi constitutionnelle de 1982*. Par conséquent, il n'y a pas de moyen, garanti par la Constitution, pour mettre en oeuvre les droits ancestraux ou issus de traités ; seuls les recours de droit commun peuvent servir. On doit néanmoins observer la hiérarchie des normes juridiques, la *rule of law*, en assurant la primauté de la Constitution sur toutes les autres règles de droit⁶⁶⁴. Si la Constitution impose à la Couronne le respect d'un devoir, celle-ci ne peut s'autoriser d'une immunité statutaire ou de *common law* pour s'en soustraire. Il faut donc adapter les recours de droit commun⁶⁶⁵. C'est ce qu'a fait la Cour suprême du Canada dans la cause *Air Canada c. Procureur général de la Colombie-Britannique*⁶⁶⁶. Elle a rappelé ce principe à l'occasion du jugement *Sparrow*⁶⁶⁷. Évoquant alors les droits autochtones protégés par l'article 35, la Cour a jugé que Sa Majesté ne pouvait plus établir «des cours de justices auxquelles elle refusait le pouvoir de mettre en doute Ses revendications souveraines»⁶⁶⁸.

Même s'il est de nature constitutionnelle, le devoir de la Couronne comporte toujours une marge de discrétion. Les tribunaux devraient donc résister aux demandes voulant qu'ils dictent au

⁶⁶⁴ H. BRUN et G. TREMBLAY, *op.cit.*, note 364, p. 631.

⁶⁶⁵ Voir K. ROACH, *op.cit.*, note 583, pp. 13-5 à 13-7 et p. 15-27, note infrapaginale 98.

⁶⁶⁶ [1986] 2 R.C.S. 539, 545 (j. La Forest) : «Tous les pouvoirs exécutifs, qu'ils découlent de la loi, de la *common law* ou d'une prérogative, doivent respecter les impératifs constitutionnels».

⁶⁶⁷ *R. c. Sparrow*, précité, note 8.

⁶⁶⁸ *Id.*, 1105 et 1106 (j. Dickson citant avec approbation le professeur Noel LYON, «An Essay on Constitutional Interpretation», (1988) 26 *Osgoode Hall L.J.* 95, 100).

gouvernement la manière de s'en acquitter⁶⁶⁹. Cela laisse aux autochtones les réparations accordées en vertu du droit commun. Tout d'abord, ils peuvent obtenir une déclaration, un *mandamus* ou une injonction mandatoire suivi d'un ajournement, le temps pour l'administration d'élaborer un projet qui sera soumis au tribunal en cas de désaccord entre les parties⁶⁷⁰. Ensuite, advenant que le projet n'est pas conforme aux obligations de la Couronne, les autochtones auront la possibilité d'exiger une autre déclaration, ou un déboursé monétaire leur permettant de remplacer leur protecteur gouvernemental⁶⁷¹. Ces deux types de réparations couvriraient normalement tous les besoins des autochtones. Serions-nous dans l'erreur que les tribunaux ne devraient pas hésiter, en dernier recours, à imposer leur solution en s'appuyant sur l'autorité de la Constitution. Parlement et gouvernement sont en effet assujettis à ses normes et ne peuvent les éluder par action ou par omission⁶⁷². Nos tribunaux pourront prendre exemple sur la Cour suprême des États-Unis. Celle-ci n'a pas hésité à faire valoir les droits fondamentaux inscrits au quatorzième amendement de la Constitution des

⁶⁶⁹ L'attitude des tribunaux va probablement refléter celle de la Cour suprême du Canada dans les causes relevant de la *Charte canadienne des droits et libertés* comme *Mahe c. Alberta*, précité, note 638, 393 (j. Dickson) et *Re Loi sur les écoles publiques (Man.)*, [1993] 1 R.C.S. 839, 861 (j. Lamer citant les motifs du juge en chef Dickson dans *Mahe*).

⁶⁷⁰ Voir *supra*, note 639.

⁶⁷¹ Le déboursé d'une somme d'argent n'est possible que s'il y a un refus d'obéir à une ordonnance de faire (voir *supra*, note 659).

⁶⁷² «Les tribunaux devraient se garder d'intervenir et d'imposer des normes qui seraient au mieux dignes de Procuste, sauf dans les cas où le pouvoir discrétionnaire n'est pas exercé du tout, ou l'est de façon à nier un droit constitutionnel.» *Mahe c. Alberta*, précité, note 638, 393 (j. Dickson). La Cour a interprété la portée substantive de l'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Comme dans la cause *Air Canada c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, précitée, note 666, son raisonnement ne repose pas sur l'existence du recours prévu à l'article 24 de la *Charte canadienne*.

États-Unis malgré l'absence d'un recours constitutionnel autonome⁶⁷³. Dans le choix des moyens, la Cour a jugé pouvoir aller aussi loin que nécessaire afin de remédier aux violations constitutionnelles⁶⁷⁴.

C. L'obligation de protéger les autochtones contre les fraudes visant leurs droits

La protection des terres et des coutumes autochtones contre les empiétements n'est que la première composante du devoir régalien ; il faut également protéger les autochtones contre les fraudes. Pour y parvenir, la Couronne a choisi de s'interposer comme l'intermédiaire obligé des autochtones qui voulaient céder leurs droits⁶⁷⁵. Sa position d'intermédiaire lui permet en effet de vérifier que les autochtones donnent un consentement libre et éclairé (full and informed)⁶⁷⁶, condition *sine qua non* de validité de toute cession⁶⁷⁷. Elle lui permet aussi de garantir aux autochtones un juste

⁶⁷³ L'exemple le plus connu est l'affaire *Brown c. Board of Education (Brown 2)*, (1955) 349 U.S. 294, 75 S.Ct. 753.

⁶⁷⁴ *Freeman c. Pitts*, (1992) 112 S.Ct. 1430, 1444 (j. Kennedy) ; Ghislain OTIS, «Le pouvoir des tribunaux d'ordonner au gouvernement de modifier ses programmes: une analyse comparative des expériences américaine et européenne, dans *Droits de la personne : l'émergence de droits nouveaux*, Actes des Journées Strasbourgeoises, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, 579, 581-585.

⁶⁷⁵ Voir *supra*, chap I, et plus particulièrement les notes 56, 57, 91-99 et le texte correspondant ainsi que l'arrêt *Guerin*, précité, note 2, qui démontrent que l'engagement historique de la Couronne visaient à prévenir l'exploitation des autochtones.

⁶⁷⁶ *Blueberry River Indian Band c. Canada*, précité, note 2, 356 et 357 (j. Gonthier), 392-395 (j. McLachlin) ; *R. c. Howard*, [1994] 2 R.C.S. 299, 305-307 (j. Gonthier) ; et *Chippewas of Kettle and Stoney Point c. Canada (Attorney General)*, (1996) 31 O.R. (3d) 97, 104-106 (C.A.) (j. Laskin).

⁶⁷⁷ Bien qu'ils portaient sur une modification de cession, ces propos du juge Gonthier dans *Blueberry River Indian Band c. Canada*, *id.*, 362, sont tout autant pertinents : «Je tiens à ajouter que j'hésiterais à donner effet à cette modification de cession si je croyais que la bande n'en avait pas bien saisi les conditions, ou si la conduite de la Couronne avait, d'une manière ou d'une autre, vicié les négociations

prix en échange de leurs droits⁶⁷⁸, ou inversement l'oblige à refuser tout marché abusif⁶⁷⁹. Bien que la jurisprudence ait confirmé l'existence de ces obligations⁶⁸⁰, certaines zones d'ombre demeurent concernant leur application. Nous tenterons de les dissiper.

1. Les paramètres d'application du devoir de protection contre les fraudes

Un consentement libre des autochtones suppose l'absence, dans leur esprit, de tout sentiment limitant l'exercice du libre arbitre⁶⁸¹. La Couronne a pu effectivement exercer une coercition, susciter des craintes non fondées, pour amener les autochtones à conclure des marchés qu'ils auraient autrement refusés, et qui seraient pour ces raisons annulables⁶⁸². De fait, on se demande parfois, en consultant les archives, si les agents des affaires indiennes ne cherchaient pas tant à informer leurs

au point qu'il serait hasardeux de tenir pour acquis que la bande avait bien compris la situation et avait l'intention de faire ce qu'elle a fait.»

⁶⁷⁸ On a reconnu dans les arrêts *Sparrow*, précitée, note 8, 1119 (j. Dickson) et *Kruger c. R.*, [1986] 1 C.F. 3, 48 (C.A.) (j. Urie), appel refusé, 62 N.R. 102n (C.S.C.), le devoir du gouvernement d'accorder un juste prix aux autochtones suite à l'expropriation de leurs terres de réserves ou ancestrales. Les motifs du juge McLachlin dans *Blueberry River Indian Band c. Canada, id.*, 379, sont au même effet lorsque le gouvernement procède par cession plutôt que par expropriation. Par ailleurs, cette interprétation est conforme au dossier historique (voir plus particulièrement *supra*, les notes 68, 72, 93, 489, 493 et le texte correspondant).

⁶⁷⁹ *Blueberry River Indian Band c. Canada*, précité, note 2, 371 (j. McLachlin).

⁶⁸⁰ *Supra*, notes 675-679.

⁶⁸¹ *Norberg c. Wynrib*, précité, note 3, 247 (j. La Forest).

⁶⁸² En *common law*, voir *C.I.B.C. Mortgages Plc. c. Pitt*, [1994] 1 A.C. 200, 209 (H.L.), où lord Browne-Wilkinson a écrit : «Like any other victim of frauds, a person who has been induced by undue influence to carry out a transaction which he did not freely and knowingly enter into is entitled to have that transaction set aside as of right.» La crainte et le dol sont également des causes de nullité des contrats en droit civil en vertu des articles 1399-1404 du *Code civil du Québec*.

interlocuteurs qu'à les intimider⁶⁸³. N'y aurait-il aucune preuve de coercition, la notion de consentement doit être adaptée pour tenir compte du rapport de force entre les parties⁶⁸⁴. En *common law*, un arrangement foncièrement inéquitable, lorsqu'il est à l'avantage d'une partie jouissant d'un pouvoir de négociation supérieur, crée une présomption de fraude⁶⁸⁵. Si, en plus, il existe un rapport de confiance, on peut présumer qu'il y a eu abus d'influence⁶⁸⁶. Le résultat n'aurait pas été tellement différent en droit civil, croyons-nous, car les majeurs protégés, ce qu'ont été les autochtones, pouvaient faire annuler leurs contrats lésionnaires⁶⁸⁷.

En plus d'être libre, le consentement des autochtones doit aussi être un consentement éclairé⁶⁸⁸. Cela veut dire, avant de prendre une décision, connaître les diverses options disponibles

⁶⁸³ En 1871, des représentants de la Couronne sont venus proposer un traité aux autochtones du Manitoba en leur expliquant que, «whether they wished it or not, immigrants would come in and fill up the country; that every year from this one twice as many in number as their whole people there assembled would pour into the Province, and in a little while would spread all over it, and that now was the time for them to come to an arrangement that would secure homes and annuities for themselves and their children (...). If they thought it better to have no treaty at all, they might do without one, but they must make up their minds; if there was to be a treaty, it must be on a basis like that offered.» «Lettre du lieutenant-gouverneur Archibald au secrétaire d'État pour les provinces», 29 juillet 1871, reproduite dans Alexander MORRIS, *The Treaties of Canada with the Indians of Manitoba and the North-West Territories*, 1880, réimpression par Coles Publishing, Toronto, 1971, pp. 33 et 34. Lorsqu'on sait que ce sont les autorités britanniques qui ont encouragé cette immigration, l'avertissement donné aux autochtones ressemblait davantage à une menace.

⁶⁸⁴ *Norberg c. Wynrib*, précité, note 3, 247 (j. La Forest).

⁶⁸⁵ *Morrison c. Coast Finance Ltd.*, (1965) 55 D.L.R. (2d) 710, 713 (C.A.de C.-B.) (j. Davey), cité avec approbation par les juges La Forest et Sopinka dans *Norberg c. Wynrib*, *id.*, 248 et 308.

⁶⁸⁶ *Barclays Bank Plc. c. O'Brien*, [1994] 1 A.C. 180, 189 et 190 (H.L.) (j. Browne-Wilkinson).

⁶⁸⁷ *Code civil du Bas-Canada*, art. 1001 ; *Code civil du Québec*, art. 1405.

⁶⁸⁸ *Supra*, notes 676 et 677.

ainsi que leurs conséquences prévisibles⁶⁸⁹. Mais comment obtenir ce consentement lorsque les autochtones étaient ignorants du système juridique du souverain et qu'ils n'avaient pas d'autre conseiller que son gouvernement ? L'exigence d'un consentement éclairé imposait donc à ce gouvernement une obligation positive, soit de renseigner les autochtones sur tout ce qui pouvait déterminer leur choix quant au marchandage proposé⁶⁹⁰.

Il est vrai qu'il n'existe pas, du moins pas encore, une doctrine générale de *common law* sur l'obligation de renseignement⁶⁹¹. Par contre, en droit civil, la Cour suprême du Canada a rendu un jugement qui a codifié les principes qui sous-tendent cette obligation ; et les principes qu'elle a énoncés s'accordent avec les précédents de *common law*⁶⁹². Il s'agit de l'arrêt *Banque de Montréal c. Bail Ltée*⁶⁹³. On y apprend qu'une obligation de renseignement existe quand une partie se retrouve dans une position informationnelle vulnérable, et potentiellement dommageable. Sa vulnérabilité découle alors de son incapacité de se renseigner elle-même ou de sa confiance légitime que le

⁶⁸⁹ *Blueberry River Indian Band c. Canada*, précité, note 2, 372 (j. McLachlin).

⁶⁹⁰ L'information doit donc être d'une telle importance que les autochtones, s'ils l'avaient connue, auraient refusé leur consentement.

⁶⁹¹ On a néanmoins jugé que des obligations d'informer pouvaient exister dans certains cas. En droit médical, voir *Hopp c. Lepp*, [1980] 2 R.C.S. 192, 195-196 et 210 (j. Laskin) et, en droit de la consommation, *Hollis c. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 R.C.S. 634, 652-658 (j. La Forest).

⁶⁹² C'était aussi l'avis exprimé par le juge Feehan de la Cour du banc de la Reine d'Alberta dans *Opron Construction Co. c. Alberta*, (1994) 151 A.R. 241, 335-337; *Kubota Canada Ltd. c. Merchant Private Ltd.* [1997] O.J. n° 2028 (H.C.J.).

⁶⁹³ [1992] 2 R.C.S. 554. Sur l'obligation d'information en droit civil, on pourra aussi lire Jean-Louis BEAUDOUIN, *Les obligations*, 4^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1993, pp. 160-166 (analyse du droit civil québécois) et Saul LITVINOFF, «Vices of Consent, Error, Frauds, Duress and an Epilogue on Lesion», (1989) 50 *La. L. Rev.* 1, 58-64 (analyse comparative du droit civil louisianais et étranger).

débiteur lui fournira l'information dont elle a besoin⁶⁹⁴. D'évidence, les autochtones ont été jadis vulnérables pour l'une et l'autre raison à la fois⁶⁹⁵. C'est de moins en moins vrai de nos jours étant donné les connaissances et l'expertise qu'ont acquises les élites autochtones⁶⁹⁶. Toutefois, malgré ces progrès, des circonstances particulières peuvent encore enclencher le devoir d'information de la Couronne. Un exemple extrême serait la négociation d'un accord de revendication territoriale qui, en raison de sa complexité, exigerait d'énormes ressources humaines pour la mener à terme. La Couronne pourrait alors s'acquitter elle-même de son devoir d'information, ou mieux encore fournir les sommes nécessaires pour que les autochtones choisissent leurs propres conseillers⁶⁹⁷.

La garantie d'un juste prix était un autre aspect de la protection promise aux autochtones⁶⁹⁸,

⁶⁹⁴ *Banque de Montréal c. Bail Ltée, id.*, 586 et 587 (j. Gonthier). En droit américain, les tribunaux ont conclu à la présente d'une obligation de renseignement dès que les parties entretiennent un rapport de confiance. On a ainsi qualifié les rapports entre employeurs et employés, frères et soeurs, et même entre amis (Nicolas W. PALMIERI, «Good Faith Disclosure During Precontractual Negotiations», (1991) 24 *Seton Hall L. Rev.* 70, 127-128).

⁶⁹⁵ Cette vulnérabilité est d'ailleurs ce qui a poussé la Couronne à s'interposer pour négocier avec les autochtones lorsqu'ils désiraient céder leurs droits (voir *supra*, note 675).

⁶⁹⁶ *R. c. Howard*, précité, note 676, 305-307 (j. Gonthier).

⁶⁹⁷ Le juge Décary, dans *Bande Eastmain c. Canada*, précité, note 138, 515 et 516, a fait valoir que les autochtones qui ont négocié la Convention de la Baie-James et du Nord québécois ont donné un consentement valable. Sans doute, mais c'était en grande partie parce qu'ils avaient bénéficié de conseillers payés par le gouvernement. Ce dernier s'était donc acquitté de son devoir d'information, une responsabilité qu'il assume aujourd'hui pleinement dans ses documents de politique: «On reconnaît généralement que les fonds gouvernementaux sont nécessaires pour financer la recherche et la préparation des présentations concernant les revendications. Les sommes d'argent essentielles pour réunir la documentation afin d'étayer une revendication globale dépassent les ressources dont disposent la plupart des groupes autochtones.» CANADA, MINISTÈRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADIEN, *Politique du gouvernement fédéral en vue du règlement des revendications autochtones*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1993, p. 6.

⁶⁹⁸ Voir *supra*, note 678.

d'où la question : qu'est-ce qu'un juste prix ? Nous croyons devoir établir une distinction entre l'accord négocié et l'imposition d'un règlement. Dans le premier cas, vu l'autonomie de négociation reconnue aux autochtones, l'obligation de la Couronne se limite à prévenir les marchés abusifs⁶⁹⁹. Donc tout marché où il y a une disproportion importante entre les prestations des parties serait annulable en raison d'un vice de consentement⁷⁰⁰. Pour connaître les critères applicables, on n'a qu'à se rapporter par analogie à la définition de la lésion en droit civil⁷⁰¹, ou à celle de l'opération inique (unconscionable transaction) en *equity*⁷⁰². Dans le second cas, lorsqu'un règlement est imposé aux autochtones suite à une expropriation ou à une cession unilatérale, le prix versé doit correspondre au marché commercial⁷⁰³. Le redressement, en cas de manquement, n'est pas cette fois l'annulation de l'expropriation ou de la cession, mais plutôt le versement d'une indemnité pour couvrir le montant de la perte subie par les autochtones⁷⁰⁴.

Ce n'est pas d'hier que l'on a reproché au gouvernement la valeur des compensations versées

⁶⁹⁹ *Blueberry River Indian Band c. Canada*, précité, note 2, 358 (j. Gonthier, *in fine*), 371 (j. McLachlin) ; *R. c. Lewis*, [1996] 1 R.C.S. 921, 948 et 949 (j. Iacobucci).

⁷⁰⁰ Voir *supra*, notes 685-687.

⁷⁰¹ Art. 1406 al. 1 du *Code civil du Québec*.

⁷⁰² On y parle de contrat aux conditions très inéquitables (*grossly inadequate*), foncièrement inéquitables (*sustantial unfairness*), ou manifestement désavantageuses (*manifestly disadvantageous*) (*C.I.B.C. Mortgages Plc. c. Pitt*, précité, note 682, 208 (j. Browne-Wilkinson) ; *Morrison c. Coast Finance Ltd.*, précité, note 685, 713 (j. Davey) ; *Llyods Bank Ltd. c. Bundy*, [1975] Q.B. 326, 339 (j. Denning)).

⁷⁰³ *Guerin c. R.*, précité, note 2, 362 et 363 (j. Wilson), 390 et 391 (j. Estey) ; *Kruger c. R.*, précité, note 678, 48-54 (j. Urie), 57 et 58 (j. Stone) ; *Blueberry River Indian Band c. Canada*, précité, note 2, 378-380 (j. McLachlin).

⁷⁰⁴ *Id.*

aux autochtones pour leurs terres. Dès les années 1840, le gouvernement de l'époque s'est défendu en disant que les «amis des Sauvages» ne pouvaient réclamer pour eux...

une compensation en argent basée sur la valeur actuelle du terrain, -valeur qui n'a été créée que par l'industrie et la présence des habitants de la race blanche. Sa seule valeur pour l'habitant des forêts, c'est qu'il peut y faire la chasse, et faire son approvisionnement de gibier et de fourrures⁷⁰⁵.

On considérait alors adéquat comme compensation les réserves mises de côté à leur usage, le droit de chasser sur les terres inoccupées, et des rentes annuelles équivalentes au bénéfice qu'ils auraient retiré de la jouissance de leurs terres⁷⁰⁶. Sans aller jusqu'à les qualifier d'iniques au point d'invalider les anciens traités⁷⁰⁷, ces critères ne correspondent pas aux canons habituels concernant la valeur commerciale d'un bien exproprié⁷⁰⁸. Même accorder la valeur commerciale n'aurait jamais pu compenser la perte d'une terre qui était le lieu d'expression de leurs valeurs et de leur culture⁷⁰⁹. Ceci explique pourquoi le droit international propose aujourd'hui que toute dépossession soit

⁷⁰⁵ «Rapport sur les affaires des Sauvages en Canada», section 1, *op.cit.*, note 122.

⁷⁰⁶ *Id.*

⁷⁰⁷ Nous faisons référence aux traités numérotés négociés avec les Indiens du Manitoba et des Territoires du Nord-Ouest (incluant la Saskatchewan et l'Alberta) qui ont été négociés selon ces paramètres, d'après A. MORRIS, *op.cit.*, note 683, pp. 285 et 286.

⁷⁰⁸ La montant à payer se calcule selon l'usage le plus rémunérateur et le plus rationnel de la propriété expropriée et non selon son usage au moment de l'expropriation. Voir: *Nova Scotia c. Pow Investments Ltd.*, [1975] 2 R.C.S. 86, 93 et 94 (j. Ritchie) ; *Canada (Commission de la capitale nationale) c. Colgate*, [1974] R.C.S. 1096, 1101 et 1102 (j. Pigeon) ; *St-Eustache (Ville) c. Lorrain*, C.A.Q., n° 500-09-001265-891, 4 mars 1996, pars. 24 et 25 (j. Robert).

⁷⁰⁹ G. OTIS et A. ÉMOND, *loc.cit.*, note 481, 555-558 ; Michael L. FERCH, «Indian Land Rights : An International Approach to Just Compensation», (1992) 2 *Transnat. L. & Contemp. Probs.* 301, 302-313.

dorénavant compensée par des terres d'égale étendue et qualité⁷¹⁰.

2. Un devoir de protection exécutoire contre la Couronne

L'exigence d'un consentement libre et éclairé des auteurs d'une cession de terres indiennes se résout, en cas de manquement, par l'annulation de la cession⁷¹¹. Tout litige potentiel devient alors une question de preuve : y a-t-il eu un vice de consentement ? et est-ce que la cession, si elle était annulable, a été ou non confirmée subséquemment par la conduite des autochtones⁷¹² ? La problématique entourant l'exécution forcée de l'obligation de garantir un juste prix pour les biens cédés est plus complexe. Comme ce prix peut avoir été fixé de consentement par les parties à un traité, ou encore laissé au pouvoir discrétionnaire de la Couronne suite à un acte de cession ou à une expropriation, nous étudierons les deux hypothèses.

Il est acquis depuis longtemps que les traités de cession négociés par la Couronne avec les

⁷¹⁰ Art. 27 du «Projet de déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones», 20 avril 1994, document n° E/CN.4/Sub.2/1994/2/Add.1. Ce principe a été appliqué dans la *Convention de la Baie-James et du Nord québécois*, précitée, note 588.

⁷¹¹ Voir *supra*, notes 682-697 et le texte correspondant.

⁷¹² L'autonomie de négociation dont jouissent les autochtones, qu'a reconnue récemment la Cour suprême du Canada (voir *supra*, note 699), leur permet de confirmer tout acte juridique qu'ils sont normalement en mesure de poser. Et le critère applicable, en matière de confirmation, exige la connaissance du vice ainsi que l'intention de le réparer. En droit civil, par analogie, voir *Racicot c. Bertrand*, [1979] 1 R.C.S. 441, 451 et 452 (j. Pratte) et *Canadian Indemnity Co. c. Johns-Marville Co.*, [1990] 2 R.C.S. 549, 621 et 622 (j. Gonthier). En *common law*, voir *Bawlf Grain Co. c. Ross*, (1917) 55 Can. S.C.R. 232, 233 et 234 (j. Fitzpatrick), 234 et 235 (j. Davis), 237 (j. Idington) et *Panzer c. Zeifman*, (1978) 20 O.R. (2d) 502, 509 (C.A.) (J. Brooke).

autochtones d'Amérique sont des accords de droit interne, non des accords de droit international⁷¹³. La jurisprudence n'a pas épilogué beaucoup plus sur leur véritable nature. Lorsqu'elle s'y est risquée, elle a conclu à la présence de contrats, ou encore d'ententes comportant des obligations personnelles entre les signataires⁷¹⁴. Déjà cette qualification, tout en fondant la responsabilité de l'État, annonçait une limite aux recours possibles des autochtones : ceux-ci ne pourraient tenir le gouvernement légalement responsable des actes de sa législature. En droit constitutionnel anglais, en effet, aucun traité ni autre accord conclu par l'exécutif ne saurait entraver le pouvoir législatif du Parlement⁷¹⁵.

Toutefois, en supposant que l'immunité de la Couronne contre les poursuites ait été levée⁷¹⁶, les autochtones peuvent certainement réclamer les versements d'argent promis. Ils peuvent

⁷¹³ *Francis c. R.*, précité, note 381, 631 (j. Kellock) ; *R. c. Sioui*, précité, note 186, 1038 et 1056 (j. Lamer) ; *R. c. Vincent*, précité, note 381, 411 (j. Lacourcière). L'hypothèse voulant qu'un traité soit assimilable à un contrat a été évoquée dès 1830 par Arthur Berriedale KEITH, dans «Notes on Imperial Constitutional Law : The Status of Canadian Indians», (1930) 12 *Journal of Comparative Legislation and International Law* (3rd) 106, 106 et 107.

⁷¹⁴ *Attorney-General for the Dominion of Canada c. Attorney-General for Ontario*, [1897] A.C. 199, 213 (C.P.) (j. Watson) ; *Regina c. Sikyee* (C.A.), précité, note 365, 154 (j. Johnson) ; *Pawis c. R.*, [1980] 2 C.F. 18, 24 et 25 (1^e inst.) (j. Marceau) ; *Lac la Ronge Indian Band c. Beckman*, (1990) 66 D.L.R. (4th) 1, 32 (C. du B.R. Sask.) (j. Matheson), inf. pour d'autres considérations à (1990) 70 D.L.R. (4th) 193 (C.A. Sask.) ; *R. c. Badger*, précité, note 509, 812 (j. Cory) ; A.B. KEITH, *id.*, 106-107 ; Douglas SANDERS, «Pre-Existing Rights : The Aboriginal Peoples of Canada», dans Gérald-A. BEAUDOUIN et Ed RATUSHNY (éds.), *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2^e éd., Toronto-Calgary-Vancouver, 1989, 707, 728-730 ; Sébastien GRAMMOND, *Les traités entre l'État canadien et les peuples autochtones*, Cowansville, Yvon Blais, 1995, pp. 80-83. Contra : *Hay River (Ville de) c. R.*, [1980] 1 C.F. 262, 265 (1^e inst.), où le juge Mahoney a affirmé que le traité était plus qu'un simple contrat, mais sans préciser ce qu'il voulait dire.

⁷¹⁵ *Regina c. Sikyee*, *id.*, 154 (j. Johnson) ; *Pawis c. La Reine*, *id.*, note 352, 25 et 26 (j. Marceau) ; *Te Runanga o Wharekauri Rekohu Inc. c. Attorney-General*, précité, note 133, 308 et 309 (j. Cooke) ; D. SANDERS, *id.*, 728-730.

⁷¹⁶ Par voie de législation ou par une autorisation donnée conformément à la procédure de pétition de droit.

également demander une compensation pour les infractions aux traités imputables au gouvernement, du moins quand ses prérogatives sont les seules en cause. Par exemple, son pouvoir de dépenser lui permet de fournir les services médicaux et d'éducation prévus dans plusieurs traités⁷¹⁷. Et son pouvoir de concéder des terres, une autre prérogative, rend possible la création des réserves promises aux autochtones⁷¹⁸. Quant à ses autres pouvoirs, ses pouvoirs administratifs et réglementaires découlant des lois, leur utilisation devrait aussi engager la responsabilité de l'administration, mais à une condition : il faudrait qu'on les considère comme des actes d'exécution, de mise en application de politiques, et non comme des décisions politiques⁷¹⁹. De fait, si le législateur a voté des lois sur les Indiens pour que la Couronne respecte ses engagements envers eux, on pourrait faire valoir que les pouvoirs s'y rapportant visent principalement à mettre en application cette décision politique du Parlement⁷²⁰. C'est comme si le législateur avait décidé d'élargir le champ des prérogatives

⁷¹⁷ D. SANDERS, *loc.cit.*, note 714, 728.

⁷¹⁸ *Lac la Ronge Indian Band c. Beckman*, précité, note 714, 32 (j. Matheson) ; *Hay River (Ville de) c. R.*, précité, note 714, 265 (j. Mahoney).

⁷¹⁹ La décision politique, qu'elle soit prise au niveau législatif, réglementaire ou administratif, bénéficie d'une immunité de *common law*. Elle est pour l'essentiel une décision qui cherche à établir un équilibre, un compromis entre différents facteurs comme les contraintes financières, les ressources humaines disponibles, l'établissement de priorités, etc... Les actes, administratifs ou réglementaires, qui visent à mettre en oeuvre ces décisions politiques, et où l'efficacité est le seul impératif, sont considérés comme des décisions d'exécution dont le gouvernement est civilement responsable. On le juge alors selon la norme habituelle en droit commun. Voir : *Kamloops c. Nielson*, [1984] 2 R.C.S. 2 ; *Laurentide Motels c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705 ; *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1231 ; *Brown c. Colombie-Britannique*, [1994] 1 R.C.S. 420 ; et André ÉMOND, *Décision politique ou acte d'exécution : un nouveau fondement à la responsabilité des autorités publiques*, essai de maîtrise, Québec, Faculté des études supérieures, Université Laval, 1992.

⁷²⁰ Par analogie avec l'obligation de fiduciaire, voir par exemple le pouvoir du gouvernement de résilier les contrats concernant les terres indiennes qui a fait l'objet de la cause *Blueberry River Indian Band c. Canada*, précitée, note 2.

régaliennes. Il obligerait ainsi l'administration à en faire usage conformément aux traités⁷²¹.

Les traités sont-ils sujets à une obligation de fiduciaire ? Certains le pensent⁷²², à tort croyons-nous, puisque l'obligation de fiduciaire n'est que le moyen choisi par l'*equity* pour contrôler l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Or, en matière de traité, la Couronne ne jouit d'aucune discrétion ; toutes les obligations qu'elle a encourues, au demeurant exécutoires en tant qu'obligations contractuelles, sont détaillées dans le texte des accords⁷²³. Leur réalisation ne met donc pas en cause la loyauté de la Couronne⁷²⁴, sauf quand les obligations appellent l'exercice des pouvoirs législatif et réglementaire, et alors il ne sert à rien d'invoquer l'*equity* ; l'*equity* n'a pas abrogé ou mitigé l'immunité de *common law* dont bénéficie la Couronne lorsqu'elle prend des décisions politiques.

⁷²¹ On pourrait faire un autre parallèle avec le droit de la responsabilité civile, comme dans l'affaire *Devloo c. Canada*, (1990) 33 F.T.R. 1 (1^e inst.), conf. à 129 N.R. 39 (C.A.), où le juge Muldoon a conclu que la Commission canadienne du blé avait l'obligation, en application d'une loi, de réglementer la manutention du grain dans l'intérêt des producteurs de céréales. Il a alors considéré l'objet de cette loi, soit la protection des producteurs de grain, la relation spéciale de proximité entre la Commission et les producteurs, et le fait que la décision de réglementer n'exigeait pas de prendre en considération des facteurs associés généralement aux décisions de nature politique, comme l'allocation des ressources.

⁷²² P.W. HUTCHINS, D. SCHULZE et C. HILLING, *loc.cit.*, note 583, 126.

⁷²³ Voir S. GRAMMOND, *op.cit.*, note 214, pp. 136-139.

⁷²⁴ Voir *supra*, notes 1, 2, 724-729 et le texte correspondant. Nous supposons par ailleurs que les autochtones ne sont pas juridiquement incapables, qu'ils peuvent intenter leurs recours en justice, sinon ils seraient aussi vulnérables que s'ils avaient fait une cession unilatérale. L'incapacité juridique partielle des autochtones, avant 1951, avait imposé à la Couronne une obligation de fiduciaire distincte d'intenter leurs recours devant les tribunaux afin de protéger leurs terres (voir *supra*, notes 605-607 et le texte correspondant).

Les traités de cession ont été l'instrument utilisé par les gouvernements pour occuper et coloniser le territoire. Ces traités conclus, il ne restait plus qu'à satisfaire aux besoins ponctuels et surtout de moindre envergure des gouvernements ou des autochtones. On procéda alors par actes de cession⁷²⁵. L'acte de cession est formellement un acte unilatéral des autochtones ; ils remettent leurs terres entre les mains du gouvernement, confiants que celui-ci en disposera dans leur meilleur intérêt. Quoique aucun contrat ne lie le gouvernement, le principe fiduciaire, cette fois, garantit aux autochtones que l'administration répondra à leurs attentes⁷²⁶.

Il faut ici se rappeler l'engagement du souverain de représenter les autochtones dans leurs transactions avec les tiers pour les protéger contre les fraudes. Et parce qu'ils n'ont pas d'autre choix que de transiger avec lui, les autochtones, en cédant leurs terres au gouvernement, deviennent vulnérables, dépendants de sa bonne volonté. Pour l'empêcher d'abuser de son nouveau pouvoir et le contraindre à respecter l'esprit de son engagement, le droit a donc imposé au gouvernement une obligation de fiduciaire, celle d'utiliser ces terres pour le bénéfice des anciens occupants

⁷²⁵ Voir en général les cessions reproduites aux I.T.S. (Indian Treaties and Surrenders).

⁷²⁶ *Guerin c. R.*, précité, note 2; *Blueberry River Indian Band c. Canada*, précité, note 2. Nous avons déjà décrit en introduction les conditions dans lesquelles naît une obligation de fiduciaire. Le juge Wilson, dissidente pour d'autres considérations, les a formulées ainsi dans la cause *Frame c. Smith*, précité, note 5, 136 : «(1) le fiduciaire peut exercer un certain pouvoir discrétionnaire, (2) le fiduciaire peut unilatéralement exercer ce pouvoir discrétionnaire de manière à avoir un effet sur les intérêts juridiques ou pratiques du bénéficiaire, (3) le bénéficiaire est particulièrement vulnérable ou à la merci du fiduciaire qui détient le pouvoir discrétionnaire.»

autochtones⁷²⁷. L'obligation requiert du gouvernement la plus complète loyauté⁷²⁸. Entre autres choses, cela signifie qu'il doit respecter les conditions de la cession stipulées par les autochtones⁷²⁹, en plus d'agir conformément aux représentations, verbales ou écrites, leur ayant été faites pour les convaincre de se départir de leur bien⁷³⁰. Un manquement du gouvernement constitue une violation à première vue de son obligation⁷³¹. Pour le reste, quand sa marge de discrétion n'est pas entamée, son obligation de fiduciaire se résume à choisir les solutions les plus avantageuses pour ses protégés, en montrant une diligence raisonnable⁷³².

Avant 1982, tout au moins, la responsabilité de la Couronne ne semblait pas plus grande ni moindre sous le principe fiduciaire qu'en matière de traité⁷³³. Outre ses actes ou omissions afférents à ses prérogatives, on pouvait lui reprocher l'utilisation (ou la non-utilisation) fautive d'un pouvoir administratif, ou réglementaire, que le législateur lui avait conféré afin de remplir ses obligations

⁷²⁷ *Guerin c. R.*, *id.*, 382 (j. Dickson) ; *Blueberry River Indian Band c. Canada*, *id.*, 362 (j. Gonthier), 375, 382 et 383 (j. McLachlin).

⁷²⁸ *Guerin c. R.*, *id.*, 388 et 389 (j. Dickson) ; *Blueberry River Indian Band c. Canada*, *id.*, 371 et 372 (j. McLachlin).

⁷²⁹ *Guerin c. R.*, *id.*, 387 (j. Dickson). Pour plus de clarté, précisons qu'il s'agissait des conditions approuvées par la bande selon les modalités prévues à la *Loi sur les Indiens*, précitée, note 129, arts. 38 et 39.

⁷³⁰ *Guerin c. R.*, *id.*, 388 (j. Dickson).

⁷³¹ *Id.*, 387-389. Le gouvernement qui manquerait à sa parole aurait alors le fardeau de démontrer qu'il a agi malgré cela dans le meilleur intérêt des autochtones.

⁷³² *Blueberry River Indian Band c. Canada*, précité, note 2, 366 (j. Gonthier), 372 et 401 (j. McLachlin).

⁷³³ Nous ne considérons pas le calcul des dommages suite à une violation ni les contraintes procédurales.

envers les autochtones. Ainsi, dans *Blueberry River Indian Band c. Canada*⁷³⁴, la Cour suprême du Canada a jugé que le gouvernement avait l'obligation de fiduciaire d'exercer un certain pouvoir administratif⁷³⁵, en l'occurrence l'article 67 de la *Loi des Indiens (1927)*⁷³⁶. Cette disposition autorisait le surintendant général des affaires indiennes à annuler toute transaction portant sur une terre de réserve, lorsque la transaction avait été faite par erreur ou méprise, ou en raison d'une fraude ou d'une supercherie. Clairement, il s'agissait d'exécuter une politique déjà arrêtée par le législateur et la discrétion du surintendant se limitait à vérifier s'il y avait eu ou non erreur, méprise, fraude ou supercherie. De son côté la Cour fédérale, lors de l'affaire *Bande Alexander (N° 134) c. Canada*⁷³⁷, a admis que le gouvernement puisse aussi devoir adopter un règlement en y étant contraint par son obligation de fiduciaire envers les autochtones⁷³⁸. Mais la loi et la disposition sous examen l'ont forcée à conclure que la décision de réglementer, en l'espèce, faisait plutôt appel à des considérations de nature politique, et que pour cette raison elle bénéficiait d'une immunité⁷³⁹.

L'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁷⁴⁰ a quelque peu modifié la donne. Pour ce

⁷³⁴ Précitée, note 2.

⁷³⁵ *Id.*, 365 et 366 (j. Cory), 404 et 405 (j. McLachlin).

⁷³⁶ Précité, note 599.

⁷³⁷ [1991] 2 C.F. 3 (1^e inst.), inf. pour d'autres considérations à (1991) 121 N.R. 237 (C.A.F.).

⁷³⁸ *Id.*, 15 et 16 (j. Strayer).

⁷³⁹ *Id.*, 17 (j. Strayer). Voir aussi *supra*, note 719.

⁷⁴⁰ Précitée, note 524.

qui est des traités, il a mis un terme à l'omnipotence du Parlement⁷⁴¹. Cela ne signifie pas que le Parlement et l'administration seront désormais tenus civilement responsables de leurs décisions politiques de légiférer ou de réglementer⁷⁴² ; toutefois, les lois et règlements qu'ils adoptent et qui enfreignent des droits issus de traités ne pourront s'appliquer aux détenteurs de ces droits, à moins de se conformer au test de justification énoncé dans l'arrêt *Sparrow*⁷⁴³. L'effet de l'article 35 sur l'obligation de fiduciaire due aux autochtones est moins clair. Le seul précédent à notre connaissance, *Chippewas of Nawash First Nation c. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*⁷⁴⁴, a rejeté la prétention que cette obligation constituerait un droit ancestral protégé par l'article 35⁷⁴⁵. Cela paraît évident, surtout depuis la décision de la Cour suprême du Canada dans *R. c. Van der Peet*⁷⁴⁶. Sans constituer un droit ancestral, l'obligation de fiduciaire de la Couronne peut néanmoins être un attribut des droits ancestraux, comme l'est leur caractère inaliénable⁷⁴⁷. C'est d'ailleurs ce qu'a laissé entendre

⁷⁴¹ Lire à ce sujet D. SANDERS, *loc.cit.*, note 714, 730, cité par le juge en chef Dickson dans *R. c. Sparrow*, précité, note 8, 1105.

⁷⁴² Par analogie avec la *Charte canadienne des droits et libertés*, voir *Guimond c. Québec (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 347, 358-360 (j. Gonthier).

⁷⁴³ *R. c. Badger*, précité, note 509, 812 et 813 (j. Cory).

⁷⁴⁴ (1996) 116 F.T.R. 37 (1^{er} inst.).

⁷⁴⁵ *Id.*, 46 et 47 (j. Nadon).

⁷⁴⁶ Précité, note 16, 554 et 555 (j. Lamer), où l'on a défini le droit ancestral comme un élément d'une coutume, pratique ou tradition autochtone, qui remonte à la période précédant le contact entre les sociétés autochtones et européennes. Or, par implication nécessaire, l'obligation de fiduciaire est née après ce contact.

⁷⁴⁷ Et comme l'est aussi le devoir de protection de la Couronne contre les empiètements (voir *supra*, notes 103-161 et le texte correspondant).

le juge en chef Dickson en décrivant le titre indien lors de l'affaire *Guerin*⁷⁴⁸ :

Il est vrai que le droit *sui generis* des Indiens sur leurs terres est personnel en ce sens qu'il ne peut être transféré à un cessionnaire, mais il est également vrai (...) que ce droit, lorsqu'il est cédé, a pour effet d'imposer à Sa Majesté l'obligation de fiduciaire particulière d'utiliser les terres au profit des Indiens qui les ont cédées. *Ces deux aspects du titre indien vont de pair (...) Le droit des Indiens se distingue donc surtout par son inaliénabilité générale et par le fait que Sa Majesté est tenue d'administrer les terres pour le compte des Indiens lorsqu'il y a eu cession de ce droit*⁷⁴⁹.

L'obligation de fiduciaire serait donc protégée par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, non parce qu'elle constitue en soi un droit ancestral, mais parce qu'elle participe à la définition des droits ancestraux. Cette interprétation permettrait de juger son comportement, après l'abandon d'un titre indien, avec la même rigueur, quel que soit le moyen utilisé pour éteindre les droits des autochtones. Il serait en effet injuste qu'une réserve, ou tout autre droit, concédé en échange d'un titre ancestral soit vulnérable simplement parce que le gouvernement a préféré procéder par acte de cession plutôt que par traité⁷⁵⁰. Cette interprétation permettrait aussi d'expliquer pourquoi l'obligation de fiduciaire fait partie d'un droit fédéral applicable uniformément à travers tout le Canada⁷⁵¹.

⁷⁴⁸ *Guerin c. R.*, précité, note 2.

⁷⁴⁹ *Id.*, 382 (nos italiques).

⁷⁵⁰ À l'instar du juge Beaugard de la Cour d'appel du Québec dans *Adams c. R.*, précité, note 80, 1022, on peut faire valoir que l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* protège les réserves constituées en échange de territoires grevés d'un titre indien quelconque, «comme s'il y avait eu des traités.»

⁷⁵¹ Voir *Roberts c. Canada*, précité, note 8.

Il faudrait ajouter quelques mots sur la prescription des recours intentés par des autochtones. Comme ceux-ci sont de droit commun, les prescriptions applicables sont normalement celles prévues par le droit commun. En l'occurrence, quand le gouvernement fédéral fait l'objet d'une poursuite, le droit fédéral renvoie aux lois des provinces d'où origine le litige⁷⁵². La seule exception est la prescription imposée par l'article 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁷⁵³ à propos des dettes et obligations encourues avant le régime de l'union législative des Haut et Bas-Canada (1840-1867). Cela dit, il reste que les recours intentés par les autochtones ont ceci de particulier qu'ils invoquent à l'occasion des actes anciens et méconnus, qui sont apparemment en contradiction avec ce qu'on pourrait attendre d'un rapport légal fondé sur la confiance. Nous limiterons alors nos commentaires à cette problématique.

L'article 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867* se lit : «Le Canada sera responsable des dettes et obligations de chaque province existantes lors de l'union». Cette disposition a été interprétée par la Cour suprême du Canada dans *Miller c. The King*⁷⁵⁴. L'affaire concernait justement des autochtones, des Iroquois habitant la réserve Grand River en Ontario, qui voulaient se faire dédommager pour l'inondation d'une partie de leur réserve et la mauvaise gestion de leurs fonds détenus en fiducie par le gouvernement. Elle avait ceci de particulier que les faits reprochés

⁷⁵² Dans le champ du droit applicable aux autochtones, voir les arrêts *Guerin c. R. et Blueberry River Indian Band c. Canada*, précités, note 2.

⁷⁵³ Précitée, note 156.

⁷⁵⁴ [1950] S.C.R. 168.

remontaient en partie avant et en partie après l'*Acte d'Union de 1840*⁷⁵⁵. Selon les prononcés de la Cour, l'article 109 empêche toute action ayant pris naissance avant 1840, date d'entrée en vigueur de la loi constitutionnelle. La Cour a précisé que ce n'est pas la date du contrat à la source des obligations qui importe mais bien celle de ses prétendues violations⁷⁵⁶. L'année 1840 paraît une date butoir sans faille.

Sous le régime de l'Union et par la suite sous le régime fédéral jusqu'en 1951, les autochtones étaient juridiquement incapables d'exercer quelque recours concernant la possession de leur terres tribales devant les tribunaux⁷⁵⁷. Ce soin revenait à la Couronne qui était en même temps leur débitrice dès qu'elle manquait à son devoir⁷⁵⁸. Les autochtones se trouvaient donc à cet égard dans l'impossibilité absolue d'agir et, conséquemment, aucune prescription ne pouvait courir contre eux⁷⁵⁹. Ils ont récupéré une partie de leurs moyens d'agir en 1869 mais le recouvrement des terres réservées n'en faisait pas partie⁷⁶⁰. Ce qui restait de l'incapacité des autochtones a finalement été abolie par la

⁷⁵⁵ L.R.C. 1985, App. II, n° 4.

⁷⁵⁶ *Miller c. The King*, précité, note 753, 170 (j. Kerwin), 173 (j. Kellock), 181 et 182 (j. Locke).

⁷⁵⁷ Voir *supra*, notes 595-608 et le texte correspondant.

⁷⁵⁸ *Id.*

⁷⁵⁹ Par analogie, la situation des autochtones se comparait à celle d'un mineur victime d'inceste qui doit attendre sa majorité avant de pouvoir poursuivre ses parents en son nom, comme lors de l'affaire *M.(K.) c. M.(H.)*, précité, note 1, 30 (j. La Forest). Dans *Miller c. The King*, précité, note 753, 182, le juge Kellock avait d'ailleurs identifié ce problème: «The learned trial judge did not (...) deal with the *Statute of Limitation* which was the subject of the second question, and the reference back will be subject to the determination of that question. This will raise the interesting question as to whether persons with the limited civil rights of the Indians can be barred by the statute.»

⁷⁶⁰ Voir *supra*, notes 599 et 600.

réforme législative de 1951⁷⁶¹. Les prescriptions pouvaient désormais courir contre eux pour toutes les causes d'action. Il faut toutefois prendre en compte que le rapport Couronne-autochtones est un rapport fondé sur la confiance⁷⁶². Cela a son importance, particulièrement quand vient le temps de déterminer la date qui marque la naissance de la cause d'action. La nature fiduciaire d'un rapport justifie en effet une «application libérale de la règle de la découverte» de la cause d'action, a décidé le juge La Forest dans *M.(K.) c. M.(H.)*⁷⁶³. On n'exigera donc pas du bénéficiaire d'être aussi vigilant qu'une autre personne. Il faudra tenir compte de ses attentes légitimes vis-à-vis son fiduciaire.

⁷⁶¹ *Supra*, note 608.

⁷⁶² *Supra*, chap. I.

⁷⁶³ Précité, note 1, 68, alors que le juge La Forest nous référerait au droit américain. Voir aussi *Bluberry River Indian Band c. Canada*, précité, note 2, 407 et 408 (j. McLachlin). Et pour connaître les plus récents développements de la jurisprudence américaine, à l'origine de la règle modifiée, consulter Dawn A. MIELLO, «*In re Maxxam - Putting the Plaintiff and Defendant on Even Grounds : Defining Standards for Settlement Review and the Statute of Limitation in Shareholder Actions*», (1996) 21 *Del. J. Corp. L.* 525.

CHAPITRE IV

L'IDENTITÉ DES CRÉANCIERS AUTOCHTONES

Lorsqu'elle a établi sa souveraineté en territoire canadien, la Couronne de Grande-Bretagne a promis de protéger les possessions et usages des autochtones contre les fraudes et les empiétements. Cet engagement historique a imposé à la Couronne diverses obligations, notamment des obligations de fiduciaire. En outre, parce que Sa Majesté était seule à pouvoir négocier l'abandon des droits ancestraux des autochtones, une condition pour assurer quelque protection contre les fraudes commis par des tiers, on a alors négocié en son nom plusieurs traités et accords de revendication territoriale⁷⁶⁴, générant ainsi autant d'obligations nouvelles⁷⁶⁵.

Quels sont les créanciers et débiteurs des obligations en question ? Jusqu'ici, nous avons décrit un rapport juridique en supposant connue l'identité des partenaires de part et d'autre. Nous nous sommes contentés d'employer les termes génériques de Couronne ou autres synonymes et d'autochtone. Nous voulons, dans ce chapitre, commencer par identifier les créanciers des obligations régaliennes, à savoir qui, des individus, clans, bandes ou nations autochtones, jouit d'un recours contre le gouvernement. Exprimé autrement, il s'agit de déterminer quels sont les titulaires

⁷⁶⁴ Voir en général les I.T.S. (Indian Treaties and Surrenders) ; Bruce CLARK, Lisa PATTERSON et le MI'KMAQ GRAND COUNCIL, *The Mi'kmaq Treaty Handbook*, Sydney-Truro, Native Communication Society of Nova Scotia, 1987 ; D. DELÂGE, J.-P. SAWAYA, M. JETTEN et R. SIOUI, *op.cit.*, note 401 ; *Convention de la Baie-James et du Nord québécois*, *op.cit.*, note 588 ; *L'accord entre les Inuit du Nunavut et Sa Majesté la Reine en chef du Canada*, *op.cit.*, note 588 ; *Nisga'a Treaty Negotiations; Agreement-in-Principle*, *op.cit.*, note 588.

⁷⁶⁵ Même lorsque les traités n'ont fait que confirmer des obligations existantes, ils constituaient néanmoins des sources positives de protection suivant l'arrêt *Simon c. La Reine*, précité, note 199, 401 et 402 (j. Dickson).

des droits protégés, ceux ayant l'autorité pour les céder ou pour intenter une action en justice afin de les faire respecter⁷⁶⁶.

On ne peut cependant se contenter d'identifier les entités titulaires des droits ; encore faut-il connaître les modalités régissant leur prise de décision. En effet, si un individu est capable d'agir seul, une collectivité conduit toujours ses affaires par personne interposée, par des représentants, et ce, dans le respect des règles que cette collectivité se donne. Pour juger de l'état actuel du droit, nous devons aussi tenir compte de l'évolution des structures sociales des autochtones, qu'elle soit due à la dynamique interne de leurs sociétés, à l'influence des colonisateurs européens ou plus probablement à une combinaison de ces facteurs.

A. La problématique découlant du caractère inter-sociétal des droits autochtones protégés

La *common law* a reconnu l'existence des droits ancestraux des autochtones. Ces droits, a jugé la Cour suprême du Canada, sont les coutumes, pratiques et traditions qui font partie intégrante de la culture distinctive des sociétés autochtones, et dont l'origine remonte à une période antérieure au contact avec les Européens⁷⁶⁷. On compte parmi les droits ancestraux des usages liés aux terres. Lorsque ces usages sont suffisamment importants, a précisé la Cour, ils peuvent fonder un droit

⁷⁶⁶ Cette question n'a pas encore été tranchée d'après l'arrêt *Bande indienne Oregon Jack Creek c. C.N.*, [1989] 2 R.C.S. 1069 et [1990] 1 R.C.S. 117. La Cour suprême du Canada s'est contentée d'avancer qu'il s'agissait d'une question de fait ou d'une question mixte de droit et de fait.

⁷⁶⁷ Voir *supra*, note 270.

d'occupation exclusive, un droit possessoire, appelé titre aborigène⁷⁶⁸ ; ce qui fait du titre aborigène une modalité des droits ancestraux⁷⁶⁹. Droits et titres ancestraux doivent bénéficier de la protection du souverain britannique conformément à la parole donnée.

On notera d'autre part que l'arrivée des Européens n'a pas eu pour effet de bouleverser le régime foncier autochtone en transférant les titres et autres droits d'un titulaire à un autre ; la *common law* a au contraire respecté l'organisation sociale antérieure⁷⁷⁰, avec ses modes d'occupation, d'utilisation et de cession des terres⁷⁷¹. Comme aucun droit n'existe sans sujet, cela signifie que la *common law* a forcément reconnu une personnalité juridique aux détenteurs des droits ancestraux,

⁷⁶⁸ *R. c. Van der Peet, id.*, 580 (j. L'Heureux-Dubé, dissidente pour d'autres considérations) ; *R. c. Adams, id.*, 117 et 118 (j. Lamer) ; *R. c. Côté, id.*, 166 et 167 (j. Lamer). Pour établir un titre aborigène, il semble qu'il faille prouver une possession réelle et exclusive des terres revendiquées (*Baker Lake c. Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien*, [1980] 1 C.F. 518 (1^e inst.), 557 et 558 (j. Mahoney), cité avec approbation par le juge L'Heureux-Dubé de la Cour suprême du Canada dans *R. c. Adams, id.*, 136 et 137). C'est peut-être la raison qui explique ce commentaire du juge en chef Lamer, toujours dans *R. c. Adams*, à la p. 118 : « Afin de comprendre pourquoi les droits ancestraux ne peuvent être inexorablement liés à un titre aborigène, il suffit de rappeler que certains peuples autochtones étaient nomades et que l'emplacement de leurs établissements variait en fonction des saisons et des circonstances (...) Ce fait (quoique je ne me prononce pas sur ce point) pourrait faire obstacle à la preuve de l'existence d'un titre aborigène sur les terres où ils se sont établis. » Tout reposerait donc sur le syllogisme suivant : puisque le titre aborigène confère un droit d'occupation exclusive d'une terre, la preuve d'une occupation exclusive serait nécessaire pour fonder légalement ce titre.

⁷⁶⁹ *R. c. Van der Peet, id.*, 562 (j. Lamer) ; *R. c. Côté, id.*, 166 et 167 (j. Lamer).

⁷⁷⁰ *R. c. Van der Peet, id.*, 562 (j. Lamer) et 546 et 547 (j. Lamer, alors qu'il citait en l'approuvant l'article de William PENTNEY, « The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the Constitution Act, 1982, Part II - Section 35: The Substantive Guarantee », (1988) 22 *U.B.C.L. Rev.* 207, 258).

⁷⁷¹ Voir *infra*, note 821 et le texte correspondant ainsi que les arrêts *St. Catherine's Milling and Lumber Co. c. The Queen*, précité, note 16, 662 et 663 (j. Gwynne) et *R. c. Van der Peet, id.*, 544 (j. Lamer, alors qu'il analysait l'idée essentielle exprimée par le juge Marshall dans l'arrêt *Worcester c. Georgia*, précité, note 328).

qu'ils aient été des personnes physiques ou morales. Ces personnes, une fois leur statut reconnu, pouvaient alors légalement céder ou défendre leurs droits. Inversement, toute opération juridique effectuée par des autochtones qui n'avaient pas la capacité d'aliéner, selon le droit tribal, n'était pas reconnue par le droit anglais⁷⁷².

L'identification des titulaires des droits fonciers autochtones débute conséquemment par une enquête sur le régime ancestral applicable aux terres. Vu les difficultés que cette entreprise comporte, notre ambition se limitera à reprendre les rares consensus dégagés par la communauté des historiens, sociologues et anthropologues ayant étudié la question. Nous procéderons à cette revue plus loin, après avoir clarifié quelques concepts ainsi que les enjeux du débat.

On entend généralement, par le droit des biens, les différentes manières qu'ont les sociétés d'organiser les propriétés, ou les règles régissant «les relations entre les hommes et les choses et celle des hommes entre eux quant à l'appropriation et l'usage des choses»⁷⁷³. Un droit foncier se définit donc par le ou les pouvoirs qu'une personne exerce à l'égard d'une terre, en conformité avec les règles établies par sa société, cette dernière se portant garante de l'effectivité du droit. Par exemple, dans les sociétés libérales, le droit foncier le plus complet est le titre de propriété (title of ownership) ; il

⁷⁷² «Lettre de l'*attorney general* de New York John Tabor Kempe au surintendant William Johnson», *op.cit.*, note 99, p. 889 ; Russel Lawrence BARSH et James YOUNGBLOOD HENDERSON, *The Road : Indian Tribes and Political Liberty*, Berkely-Los Angeles-London, University of California Press, 1980, p. 36.

⁷⁷³ Jean-Louis BERGER, *La propriété*, Paris, Dalloz, 1994, p. 1. Voir également Crawford Brought MACPHERSON, «The Meaning of Property», dans C.B. MACPHERSON (éd.), *Property : Mainstream and Critical Positions*, Toronto, University of Toronto Press, 1978, 1, 4.

confère à ses détenteurs les pouvoirs d'user, de jouir et de disposer librement de leurs biens, sous réserve des restrictions prévues par la loi⁷⁷⁴. D'autres types de droits fonciers peuvent aussi coexister au sein d'une même société, incluant ou non le titre de propriété⁷⁷⁵. Seules l'imagination et leur utilité en limitent le nombre et la portée. Il reste que tous ces droits sont le produit d'une société unique ; ce sont des institutions intra-sociétales⁷⁷⁶.

À moins d'entretenir un état de guerre permanent, les sociétés qui se voisent connaissent également entre elles des règles de propriété de caractère inter-sociétal⁷⁷⁷. La règle la mieux connue, chère aux États modernes, est celle où l'on doit respecter le pouvoir absolu de son voisin sur son territoire, autrement dit sa souveraineté⁷⁷⁸. Apparemment, des règles différentes régissaient les relations entre les sociétés autochtones d'Amérique du Nord peu avant l'arrivée des Européens ; du

⁷⁷⁴ Hubert REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1994, pp. 456 et 568, au mot «propriété» et expression «titre de propriété».

⁷⁷⁵ Les sociétés autochtones d'Amérique du Nord ignoraient le concept de titre de propriété foncière. Parmi de nombreuses sources, voir : J.-Edmond ROY, *Principes de gouvernement chez les Indiens du Canada*, Extrait des «Mémoires du XV^e Congrès des Américanistes», Québec, Dussault & Proulx imprimeurs, 1907, p. 18 ; Melvin R. GILMORE, «Some Indian Ideas of Property», (1928) 5 *Indian Notes* 137, 137 ; George S. SNYDERMAN, «Concepts of Land Ownership Among the Iroquois and Their Neighbors», Willaim N. FENTON (éd.), *Symposium on Local Diversity in Iroquois Culture*, Washington, Smithsonian Institution, Bureau of American Ethnology, bulletin n° 149, 1951, 15-34 ; Eric T. FREYFOGLE, «Land Use and the Study of Early American History», (1985) 94 *Yale L.J.* 717, 723 ; René FUMOLEAU, *Aussi longtemps que le fleuve coulera : la nation dènèe et le Canada*, Sillery, Éditions du Septentrion, 1994, p. 28.

⁷⁷⁶ J.C. SMITH, «The Concept of Native Title», (1974) 24 *U.T.L.J.* 1, 4 ; William CRONON, *Changes in the Land: Indians, Colonists, and the Ecology of New England*, New York, Hill and Wang, 1983, pp. 58 et 59.

⁷⁷⁷ *Id.*

⁷⁷⁸ *Charte des Nations-Unies*, 26 juin 1945, art. 2.

moins certains indices, observables ici et là, nous portent à le croire, comme les chevauchements de leur territoire respectif⁷⁷⁹, et la mise en commun de leurs ressources avec des communautés voisines ou dans le besoin⁷⁸⁰. Mais peu importe la nature et la portée des droits qu'elle détenait, chaque société était libre de les répartir entre ses membres selon son entendement (*i.e.* en conformité avec ses propres règles intra-sociétales)⁷⁸¹, ou de ne pas les répartir du tout, et ainsi conserver aux droits leur caractère commun ou collectif d'origine.

Au Canada, la *common law* a reconnu les droits et titres inter-sociétaux, soit ce qui appartient au groupe, à la société elle-même⁷⁸². Elle pourrait aussi reconnaître les droits fonciers dévolus aux individus et sous-groupes en vertu des règles coutumières internes⁷⁸³. Ces droits présentent toutefois

⁷⁷⁹ Hugh BRODY, *Maps and Dreams*, New York, Pantheon Books, 1982, p. 172 ; William CRONON, *op.cit.*, note 570, p. 63 ; Anthony F.C. WALLACE, «Political Organization and Land Tenure Among the Northeastern Indian, 1600-1830», (1957) 13 *Southwestern Journal of Anthropology* 301, 312 ; *R. c. Sparrow*, précité, note 8, 1094 (j. Dickson, rapportant le témoignage de l'anthropologue Suttles).

⁷⁸⁰ Eleanor LEACOCK, *The Montagnais "Hunting Territory" and the Fur Trade*, Menasha, American Anthropologist, mémoire n° 78, 1954, surtout pp. 6 et 7 ; June HELM, «The Dogrib Indians», M.G. BICCHIERI (éd.), *Hunters and Gatherers Today*, New York-Montreal-Toronto, Holt, Rinehart et Winston, 1971, 51, 76 ; Ernest S. BURCH, «Traditional Eskimo Societies in Northwest Alaska», (1980) 4 *Senri Ethnological Studies* 253, 276 ; Edward S. ROGERS et Eleanor LEACOCK, «Montagnais-Naskapis», William C. STURVENANT (éd.), *Handbook of North American Indians*, vol. 6 (Subartic), 1981, 169, 181 ; et James YOUNGBLOOD HENDERSON qui soutient que l'étiologie de partage caractérisait le régime foncier autochtone, dans «First Nation Legal Inheritances in Canada : The Mikmaq Model», (1996) 23 *Man. L.J.* 1, 21-24.

⁷⁸¹ W. CRONON, *op.cit.*, note 776, p. 58. Pour une illustration jurisprudentielle, lire les motifs du juge Brennan de la Haute cour d'Australie dans *Mabo c. Queensland*, précité, note 25, 431.

⁷⁸² *R. c. Sparrow*, précité, note 8, 1112 (j. Dickson) ; *R. c. Van der Peet*, précité, note 16, plus particulièrement les pp. 547 et 549 (j. Lamer) ; J.C. SMITH, *loc.cit.*, note 776, 4 ; Brian SLATTERY, «The Legal Basis of Aboriginal Title», dans Franck CASSIDY (éd.), *Aboriginal Title in British Columbia*, Lantzville, Oolichan Books, 1992, 113, 113-121.

⁷⁸³ Voir l'exemple australien *Mabo c. Queensland*, précité, note 25, 431 (j. Brennan).

moins d'intérêt pour notre étude, en ce sens que la Couronne a forgé une relation particulière avec des sociétés autochtones, non avec ses composantes⁷⁸⁴. La protection régaliennne promise au autochtones visait effectivement à prévenir les fraudes et les empiétements commis par des étrangers, qu'ils aient été Européens ou Indiens⁷⁸⁵. Voilà pourquoi les droits fonciers autochtones sont demeurés aliénables entre les membres d'une communauté⁷⁸⁶, et inaliénables sauf à la Couronne en dehors de cette communauté⁷⁸⁷.

⁷⁸⁴ Énoncé de politique du roi George III, la *Proclamation royale de 1763*, précitée, note 9, a rappelé que la Couronne entretenait des relations avec des «nations ou tribus sauvages». Voir également *infra* les notes 821-829 et le texte correspondant. La Cour d'appel fédérale a d'ailleurs remarqué à ce propos que la jurisprudence n'avait jamais invoqué le devoir fiduciaire de la Couronne pour l'obliger à arbitrer un conflit interne à une bande, dans *Corbière c. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, (1997) 142 D.L.R. (4th) 122, 154 (la Cour).

⁷⁸⁵ GRANDE-BRETAGNE, *Representation of the Lords Commissioners for Trade and Plantations to the King on the State of the British Colonies of North America*, Londres, 1721, reproduit par l'Institut canadien de microreproductions historiques, 1984, document n° 47298, p. 39 ; «Lettre des lords du commerce au gouverneur Clarke», 6 décembre 1738, N.Y.C.D., vol. 6, p. 138 ; Max FARRAND, «The Indian Boundary Line», (1905) 10 *American Historical Review* 782, 788 et 789, un article portant sur les traités négociés entre 1764 et 1770 dans la foulée de l'adoption de la *Proclamation de 1763*.

⁷⁸⁶ Dans un rapport gouvernemental sur les affaires indiennes, on pouvait lire : «In their wild state they (les autochtones) cultivate one large field in common but in most of the settlements in Canada they have advanced beyond this stage, and each individual cultivates his own field or farm - They are never disturbed in the possession of this, and they are generally allowed to dispose of it, during their life or by bequest, to any other Member of the Tribe.» «Report on Indian Land Tenure», 1844, dans Charles M. JOHNSTON (éd.), *The Valley of the Six Nations: A Collection of Documents on the Indian Lands of the Grand River*, Toronto, University of Toronto Press, 1964, pp. 303 et 304. Voir au même effet les titres des «Concessions accordées aux Six Nations par le gouverneur Simcoe», les 14 janvier et 1 avril 1793, I.T.S., vol. 1, pp. 7-10, ainsi que les propos tenus par le gouverneur Cathcart aux Algonquins et Nipissings, vers 1845, dans «Council at the Lake of the Two Mountains», A.N.C., RG10, *Indian Affairs*, bob. C-11469, vol. 94, pp. 38453 et 38454.

⁷⁸⁷ «Report on Indian Land Tenure», *id.* Les autorités ont également inclus une clause d'inaliénabilité des terres lorsque des titres ont été concédés ou reconnus aux autochtones («Concessions accordées aux Six Nations par le gouverneur Simcoe», *id.* ; «Council at the Lake of the Two Mountains», *id.* ; «Lettre de William Claus à Francis Gore», 26 novembre 1806, A.N.C., RG 10, *Indian Affairs*, bob. C-13338, vol. 486, pp. 4036 et 4037 ; et «Copy of a Despatch from Lord Glenelg to the Earl of Durham», 22 août 1838, dans *Copies of Correspondence Since 1st April 1835, p.cit.*, note 281, pp. 5, 7 et 8). Et dès que des lois furent adoptées pour régir la création de réserves indiennes, on y a stipulé que seuls les

Cela nous amène à distinguer la propriété commune (communal property) de la propriété collective (collective property). La première expression renvoie au concept de copropriété indivise, un bien sur lequel plusieurs personnes ont un droit, une quote-part individuelle, et qui n'a pas été matériellement divisé entre elles. La seconde implique plutôt l'idée que le bien appartient au groupe lui-même, pris comme un tout, comme une personne morale⁷⁸⁸. Selon que les droits et titres intersociétals sont une propriété «commune» ou «collective», quiconque voudra agir au nom d'une société autochtone, et lier tous ses membres, devra choisir la procédure judiciaire ou de cession appropriée⁷⁸⁹.

Il faut aussi décanter les différents termes servant à décrire la société autochtone. Nous emploierons le mot *tribu* pour désigner l'unité politique de base, celle qui détenait les droits et titres appartenant à la société⁷⁹⁰. Elle possédait un nom, un territoire et un mécanisme collectif de décision. Elle agissait normalement de manière indépendante dans ses relations avec les autres organisations

membres de la bande visée pouvaient, comme avant, se faire reconnaître des droits de propriété, possession ou occupation dans leur réserve (voir, par exemple, l'*Acte pour mieux protéger les terres et les propriétés des Sauvages dans le Bas-Canada*, précité, note 115, art. 5). Le Comité judiciaire du Conseil privé a donc pu affirmer, dans *Attorney-General for Quebec c. Attorney-General for Canada (Star Chrome)*, précité, note 118, 411 (j. Duff), que la création d'une réserve, à partir des terres indiennes visées par la *Proclamation de 1763*, ne changeait pas la nature de l'intérêt foncier des autochtones.

⁷⁸⁸ René GONNARD, *La propriété dans la doctrine et dans l'histoire*, Paris, L.G.D.J., 1943, p. 2.

⁷⁸⁹ Par exception, en matière pénale, un inculpé autochtone peut toujours invoquer comme moyen de défense un droit appartenant à sa société (*R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, précité, note 265, 685 et 686 (j. Lamer)). Le tribunal examinera alors l'impact de la réglementation gouvernementale sur la société elle-même plutôt que sur la personne inculpée (*R. c. Sampson*, précité, note 558, 211 (la Cour)).

⁷⁹⁰ Les définitions qui suivent ont été proposées par A.F.C. WALLACE, *loc.cit.*, note 778, 303 et 304.

politiques, soit pour déclarer la guerre, signer un traité ou encore céder des terres. On doit éviter de confondre la tribu avec la communauté appelée bande, le village indien, qui se reconstituait périodiquement selon un cycle annuel, car une tribu pouvait compter plus d'une bande. On doit pareillement éviter de la confondre avec la nation sociologique ou ethnique. Quoique tribu et nation coïncidaient parfois, très souvent une nation engendrait plusieurs tribus politiquement indépendantes⁷⁹¹.

Le débat sur l'identité des détenteurs des droits inter-sociétals autochtones tourne donc autour de deux questions concernant leur organisation : quel groupe constituait la tribu, cette entité qui pouvait être considérée comme politiquement indépendante avant le contact avec les Européens ? Et est-ce que la tribu, une fois son indépendance perdue⁷⁹², a constitué un simple agrégat de personnes, ou encore possédait-elle une personnalité morale ?

⁷⁹¹ Cette distinction entre nation et tribu n'a pas échappé aux yeux du colonisateur, comme le fait ressortir cet échange de 1762 entre Richard Peters, Benjamin Chew et le surintendant des affaires indiennes Sir William Johnson, reproduit dans F.C. WALLACE, *id.*, 313 : «To you Sir, who are so well acquainted with Indian Affairs & their Policy and rude forms of Government, it is scarce necessary to premise that altho' in the several Parts of this Continent which they (les Indiens) inhabit and possess, they are divided into Nations, yet each Nation is again subdivided into Tribes, every one of which, from time immemorial have claimed and enjoyed by common Consent certain Tracts of Land, which are bounded or circumscribed by Rivers, Creeks, Mountains, or other natural Land Marks.»

⁷⁹² La perte de l'indépendance autochtone a été corrélative à l'affirmation de la souveraineté britannique suivant les arrêts *R. c. Sparrow*, précité, note 8, 1103 (j. Dickson) et *R. c. Van der Peet*, précité, note 16, 539-548 (j. Lamer) et 577 (j. L'Heureux-Dubé, dissidente pour d'autres considérations).

B. L'identité de la collectivité autochtone détentrice des droits inter-sociétaux

À l'échelle du continent nord-américain, l'organisation socio-politique autochtone pouvait varier considérablement d'un peuple à l'autre. Toutefois, la colonisation européenne, en commençant par les guerres impériales et l'introduction du commerce des fourrures, ont eu un effet d'uniformisation.

1. La réorganisation des collectivités autochtones

Deux civilisations d'importance et de structures comparables se sont autrefois affrontées dans la région des Grands Lacs : l'iroquoisie et la huronnie. Occupant des terres très fertiles, elles pratiquaient l'agriculture, en plus d'exploiter les ressources que leur procuraient les eaux et les forêts environnantes. Elles jouissaient aussi toutes deux d'une structure gouvernementale complexe⁷⁹³. Chaque bande avait son conseil composé d'anciens qui se réunissaient presque quotidiennement. Un chef, appelé capitaine chez les Hurons et sachem chez les Iroquois, assemblait le conseil et en dirigeait les travaux, chaque décision se prenant à la pluralité des voix. Les conseils se réunissaient à en assemblée générale quand les intérêts de leur tribu ou nation le requérait (ici tribu et nation

⁷⁹³ Parmi les nombreuses sources sur la société politique huronne et iroquoise au moment du contact avec les Européens, on peut citer: J.-E. ROY, *op.cit.*, note 775, pp. 12-15 ; Jean De BRÉBEUF, *Écrits en huronnie*, Montréal, Bibliothèque Québécoise, 1996, pp. 146-171 ; Bruce G. TRIGGER, *Les Enfants d'Aataentsic: l'histoire du peuple huron*, Montréal, Libre Expression, 1991, pp. 36-42, 81 et 85 ; Denys DELÂGE, *Le pays renversé: Amérindiens et Européens en Amérique du Nord-Est, 1600-1664*, Montréal, Boréal, 1985, pp. 72-73 ; Dean R. SNOW, *The Iroquois*, Oxford-Cambridge, Blackwell Publishers, 1994, pp. 52-76.

coïncidaient), particulièrement lors des cessions de terres⁷⁹⁴. Enfin, sans pour autant renoncer à leur indépendance, plusieurs de ces tribus-nations s'étaient regroupées pour former les confédérations huronne et iroquoise.

Hier, comme aujourd'hui, la géographie déterminait en grande partie la politique adoptée par une société. Hurons et Iroquois occupaient des terres jouxtant les établissements européens, ce qui en faisaient des intermédiaires privilégiés en matière de commerce. Les Hurons ont lié leur sort à celui des Français. Les Iroquois ont préféré l'alliance des Hollandais, puis des Anglais. Chacun a cherché à exclure l'autre des sources d'approvisionnement en fourrure, d'abord au moyen de raids chez l'adversaire, pour aboutir à la guerre totale, une guerre d'extermination que les Iroquois ont gagnée en 1649⁷⁹⁵.

Tant que la confédération iroquoise a duré, l'administration britannique a respecté son autorité ; en témoigne le traité signé en 1768 à Fort Stanwix par les chefs indiens au nom de leur confédération⁷⁹⁶. La guerre d'indépendance des États-Unis a bouleversé l'harmonie de leurs rapports. Forcées de choisir entre les belligérants, quatre des six nations de la ligue iroquoise sont alors restées fidèles à la Couronne de Grande-Bretagne, pendant que les deux autres ont penché vers le parti des

⁷⁹⁴ A.F.C. WALLACE, *loc.cit.*, note 778, 311-319.

⁷⁹⁵ Les derniers moments de leur combat ont été décrits par D. DELÂGE, *op.cit.*, note 793, pp. 152-164 et B. G. TRIGGER, *op.cit.*, note 793, pp. 735-750. Parmi les hurons rescapés, un groupe est venu se réfugier chez les Français près de la ville de Québec. Il forme aujourd'hui la communauté de Wendake.

⁷⁹⁶ «Deed determining the Boundary Line between the Whites and Indians», 5 novembre 1768, N.Y.C.D., vol. 8, pp. 135 et 136.

révolutionnaires. Cela en était fini de l'antique confédération⁷⁹⁷. La défaite subséquente de la coalition anglo-indienne en 1783 a consommé cette rupture, en plus d'ajouter aux maux des Iroquois : ils perdirent le plus gros de leurs terres ancestrales⁷⁹⁸, et les résidus de chaque nation, de part et d'autre de la nouvelle frontière coloniale, ont laissé leur gouvernement traditionnel se dégrader. Ces nations perdirent finalement leur importance pour ne laisser que les bandes comme structures décisionnelles⁷⁹⁹.

L'organisation politique avancée des Iroquois et Hurons comptaient parmi les exceptions au Canada⁸⁰⁰. Hors des pays où l'on pratiquait l'agriculture, des peuples nomades de chasseurs, pêcheurs et cueilleurs se partageaient le territoire, et leur société à l'organisation minimaliste reflétait ce mode d'occupation⁸⁰¹. Par exemple, chez les peuples algonquiens du Nord, les Cris, Chippewas, Ojibwas,

⁷⁹⁷ D.R. SNOW, *op.cit.*, note 793, pp. 152-154 ; Collin G. CALLOWAY, *The American Revolution in Indian Country*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, p. 292.

⁷⁹⁸ D.R. SNOW, *id.*, pp. 152-157. Pour compenser leurs pertes aux États-Unis, les gouverneur Haldimand et lieutenant-gouverneur Simcoe ont alors concédé d'immenses réserves à leurs alliés Iroquois dans le Haut-Canada (I.T.S., vol. 1, pp. 7-10, 251 et 252).

⁷⁹⁹ D.R. SNOW, *id.*, pp. 177, 180-183 et 191 ; Charles M. JOHNSTON, «The Six Nations in the Grand River Valley, 1784-1847», Edward S. ROGERS et Donald B. SMITH (éds.), *Aboriginal Ontario : Historical Perspectives on the First Nations* (ci-après cité : «Aboriginal Ontario»), Toronto-Oxford, Durun Press, 1994, 167 ; Sally M. WEAVER, «The Iroquois : The Consolidation of the Grand River Reserve in the Mid-Nineteenth Century, 1847-1875», *Aboriginal Ontario, id.*, 182 ; Sally M. WEAVER, «The Iroquois : The Grand River Reserve in the Late Nineteenth Century, 1875-1945», *Aboriginal Ontario, id.*, 213 ; Charles HAMORI-TOROK, «The Iroquois of Akwesasne (St. Regis), Mohawks of the Bay of Quinte (Tyendinaga), Onyota'a:ka (the Oneidas of the Thames), and Wahta Mohawk (Gibson), 1750-1945», *Aboriginal Ontario, id.*, 258.

⁸⁰⁰ Les Micmacs seraient apparemment un autre exemple d'après James YOUNGBLOOD HENDERSON, *loc.cit.*, note 780.

⁸⁰¹ Ce lien entre la structure sociale et le mode d'occupation a déjà été mis en preuve lors du procès *Baker Lake c. Le Ministre des affaires indiennes eu du Nord canadien*, précité, note 768, 549-551, par le

Naskapis, Attikameks, Montagnais et Algonquins, la bande⁸⁰² constituait l'organisation politique autonome, ou la tribu au sens où nous l'entendons⁸⁰³. Cela semblait d'ailleurs la règle chez les peuples vivant de chasse, de pêche et de cueillette⁸⁰⁴.

La conception que plusieurs bandes de chasseurs-pêcheurs-cueilleurs entretenaient du territoire et de son appropriation, avant le contact avec les Européens, les distinguaient également des peuples d'agriculteurs du sud. En effet, ces bandes ne croyaient pas que la terre leur appartenait, pas plus qu'à aucun autre groupe ; tous devaient être libres d'utiliser ses ressources⁸⁰⁵. Il est vrai qu'on

témoignage de l'anthropologue Milton J. Freeman. Voir également les conclusions du juge Mahoney, *id.*, 559-561.

⁸⁰² Il s'agissait en réalité de la bande d'été, un rassemblement qui se faisait l'été près d'un lieu de pêche favorable. À l'approche de l'hiver, les Algonquiens se dispersaient en groupes plus petits pour fréquenter leurs terres de chasse.

⁸⁰³ A.F.C. WALLACE, *loc.cit.*, note 778, 316 ; Edward S. ROGERS, «The Mistassini Cree», dans *Hunters and Gatherers Today*, *op.cit.*, note 780, 90, 122 et 123 ; Gérard E. MACNULTY et Louis GILBERT, «Attikamek (Tête de Boule)», *Handbook of North American Indians*, vol. 6 (Subartic), *op.cit.*, note 780, 208 ; John J. HONIGMANN, «West Main Cree», *Handbook of North American Indians*, vol. 6 (Subartic), *id.*, 217, 221 et 222 ; Eleanor LEACOCK, «The Montagnais-Naskapi Band», David DAMAS (éd.), *Contributions to Anthropology : Band Societies*, Ottawa, National Museums of Canada, Bulletin n° 228, Anthropological Series n° 84, 1969, 1, 8-16 ; Jean-Paul LACASSE, «Le territoire dans l'univers innu d'aujourd'hui», (1996) 40 *Cahiers de Géographie du Québec* 185, 190 ; et le témoignage de l'historien Raynald Parent dans l'affaire *R. c. Côté*, précité, note 171, résumé par le juge en chef Lamer aux pp. 180 et 181.

⁸⁰⁴ Elman R. SERVICE, *Primitive Social Organization, An Evolutionary Perspective*, New York, Random House, 1971, pp. 46-47 et 50-51. L'auteur a toutefois précisé, *id.*, p. 47, que là où les ressources étaient particulièrement abondantes, comme sur la côte ouest de la Colombie-Britannique, les sociétés autochtones de chasseurs-pêcheurs-cueilleurs, par exception à la règle, ont transcendé le niveau d'organisation de la bande.

⁸⁰⁵ E.S. ROGERS et E. LEACOCK, *loc.cit.*, note 780, 181 ; E. LEACOCK, *loc.cit.*, note 780, 8 et 9 ; J. HELM, *loc.cit.*, note 780, 76 ; Richard B. LEE, A. PILLING et L.R. HIATT, «Territorial Boundaries», Richard B. Lee et Irven DeVore (éds.), *Man the Hunter*, Chicago, Aldine Publishing, 1968, 156, 156 et 157 ; J.-P. LACASSE, *loc.cit.*, note 803, 187 et 189. Le professeur Lacasse ajoute cependant, *id.*, 191, que les Innus d'aujourd'hui, son sujet d'étude, considèrent détenir un titre collectif

définissait fréquemment les bandes par leur territoire d'habitude. Souvent leur nom était le nom du territoire. Mais cela ne signifie pas pour autant qu'elles en excluaient les étrangers. Elman R. Service observa : «Territoriality seems to be often largely a social matter ; it is a way of describing membership in a group rather than being rigourously a matter of economic exploitation»⁸⁰⁶. Rada Dyson-Hudson et Eric Alden Smith ont proposé une explication fondée sur l'écologie. D'après eux, une société ignorait l'appropriation exclusive d'une terre lorsque les ressources alimentaires étaient clairsemées ou très mobiles, parce que le coût qu'aurait entraîné la défense du territoire aurait excédé les bénéfices escomptés⁸⁰⁷. Leur droit face aux tiers, ainsi que ces bandes le concevaient, ressemblait donc davantage à un usufruit non exclusif qu'à une propriété foncière. Et c'est une réalité que peut traduire la *common law*, si nécessaire⁸⁰⁸, étant donné qu'elle dissocie le titre aborigène des droits ancestraux liés à l'exploitation des ressources⁸⁰⁹.

Le commerce des fourrures a profondément transformé les sociétés autochtones car elles ont dû se spécialiser pour s'intégrer aux réseaux d'échanges. Leur rôle fut d'approvisionner en pelleteries

découlant d'un devoir ancestral de gardiennage. Il reste à voir si cet argument démontre l'existence d'un titre ancestral ou reflète plutôt les sensibilités et préoccupations actuelles des Innus.

⁸⁰⁶ *Op.cit.*, note 804, p. 60.

⁸⁰⁷ «Human Territoriality : An Ecological Reassessment», (1978) 80 *American Anthropologist* 21-41. Elizabeth F. ANDREWS a appliqué cette thèse dans son article «Territoriality and Land Use Among the Akulmiut of Western Alaska», Ernest S. BURCH et Linda J. ELLANNA (éds.), *Key Issues in Hunter-Gatherer Research*, Oxford-Providence, Berg Publishers, 1994, 65-93.

⁸⁰⁸ Car il est encore trop tôt pour affirmer que la preuve d'une occupation exclusive est une condition à la reconnaissance d'un titre aborigène: *supra*, note 768.

⁸⁰⁹ Voir *supra*, note 271.

les intermédiaires ou grossistes européens. Cris, Chippewas, Ojibwas, Naskapis, Attikameks, Montagnais, Algonquins et autres ont modifié leurs habitudes en conséquence. Ils ont même chassé, et trappé, sans égard à la capacité régénératrice des écosystèmes, avec pour résultat un déclin de la ressource et une compétition accrue pour se la procurer⁸¹⁰. Cette compétition entraîna à son tour un partage du territoire et de ses lignes de trappe entre les diverses familles composant la tribu, un phénomène qui était apparemment inconnu chez les Algonquiens du Nord avant l'arrivée des Européens⁸¹¹.

Nonobstant cette évolution, l'usage privatif des lignes de trappes était et est demeuré un droit intra-sociétal. La survie du droit dépendait par conséquent du bon vouloir de la tribu. Elle pouvait l'éteindre, comme tout autre droit foncier détenu par ses membres, soit en modifiant à nouveau son système de tenure, ou encore en cédant son titre inter-sociétal à la Couronne⁸¹². Cela signifie que

⁸¹⁰ D. DELÂGE, *op.cit.*, note 793, pp. 130-136 et 152-172 ; Calvin MARTIN, *Keepers of the Game*, Berkely-Los Angeles-London, University of California Press, 1978, pp. 175 et 176.

⁸¹¹ C'est le point de vue presque unanime des chercheurs qui ont publié récemment : C. MARTIN, *id.*, pp. 175 et 176 ; E.T. FREYFOGLE, *loc.cit.*, note 775, 722, note infrapaginale 13 ; E. LEACOCK, *loc.cit.*, note 780, en particulier 6-9 et 14-15 ; E.S. ROGERS et E. LEACOCK, *loc.cit.*, note 780, 181 ; E.S. ROGERS, *loc.cit.*, note 803, 105 ; J.-P. LACASSE, *loc.cit.*, note 803, 190 ; Charles A. BISHOP, «The Emergence of Hunting Territories Among the Northern Ojibwa», (1970) 9 *Ethnology* 1, 1-3 ; et Adrian TANNER qui, tout en exprimant des doutes à ce sujet, constate qu'il s'agit de la thèse dominante, dans «The New Hunting Territory Debate: An Introduction to Some Unresolved Issues», (1986) 28(1-2) *Anthropologica* 19, 19-21. Notons d'autre part la dissidence de la COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 2 (Une relation à redéfinir), Ottawa, Groupe Communication Canada, 1996, pp. 504-507.

⁸¹² Cela a toujours été la compréhension du droit qu'entretenaient les autorités britanniques : «With regard to the mode of tenure experience has taught them (les autochtones) that while the lands are held in common, (...) an individual may at any time be deprived of his farm and be forced to abandon his improvements, perhaps without any compensation, by a decision of the Majority of the Tribe to surrender their lands to the Government.» «Report on Indian Land Tenure», *op.cit.*, note 580, p. 304.

l'entité importante, du point de vue des relations entre la Couronne et les autochtones, est demeurée la société tribale, la bande chez les peuples de chasseurs-pêcheurs-cueilleurs.

Quoique pour simplifier nous ayons parlé de la bande comme d'une structure organisationnelle stable, celle-ci a beaucoup changé depuis l'arrivée des Européens. Plusieurs bandes algonquiennes, par commodité, se sont effectivement regroupées puis fusionnées pour s'établir auprès des postes de traite, ou pour répondre aux exigences administratives du gouvernement⁸¹³. Les nouvelles bandes ont alors tout simplement hérité des droits de leurs prédécesseurs. Ces droits inter-sociétaux survivent en autant que la société qui les fonde se maintient sous une forme ou sous une autre, distincte de la société allochtone majoritaire⁸¹⁴. À la limite, rien n'empêche les bandes actuelles de se regrouper pour former des entités plus larges⁸¹⁵.

Dans *Johnson c. McIntosh*, (1823) 8 Wheaton 543, 592 et 593, le juge Marshall a écrit dans la même veine, avec une nuance de plus: «Admitting their power to change their laws or usages, so far as to allow an individual to separate a portion of their lands from the common stock, and hold it in severalty, still it is part of their territory, and is held under them, by a title dependent on their laws. The grant derives its efficacy from their will; and, if they choose to resume it, and make a different disposition of the land, the courts of the United States cannot interpose for the protection of the title.»

⁸¹³ E.S. ROGERS et E. LEACOCK, *locit.*, note 780, 179 et 180 ; E. LEACOCK, *op.cit.*, note 780, p. 19 ; E. LEACOCK, *loc.cit.*, note 803, 8-16 ; E.S. ROGERS, *loc.cit.*, note 803, 122 et 123 ; Edward S. ROGERS, «Band Organization Among the Indians of Eastern Subartic Canada», David DAMAS (éd.), *Contributions to Anthropology : Band Societies*, Ottawa, National Museums of Canada, Bulletin n° 228, 1969, 21, 32-33 et 38.

⁸¹⁴ Nous reprenons à notre compte ces propos du juge Brennan de la Haute cour d'Australie dans *Mabo c. Queensland*, précité, note 25, 431 : «But so long as the people remain as an identifiable community, the members of whom are identified by one another as members of that community living under its laws and customs, the communal native title survives to be enjoyed by the members according to the rights and interests to which they are respectively entitled under the traditionally based laws and customs, as currently acknowledged and observed.»

⁸¹⁵ Ainsi que l'a suggéré la COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *op.cit.*, note 811, vol. 5 (Vingt ans d'action soutenue pour le renouveau), pp. 175-181.

2. Des collectivités autochtones jouissant d'une personnalité juridique en *common law*

Nous pouvons maintenant essayer de déterminer si la tribu (tribu-bande ou tribu-nation) constituait en droit une personne morale ou un simple agrégat d'individus.

On pourrait prétendre d'emblée que la tribu a toujours joui d'une personnalité juridique. Avant l'arrivée des Européens, elle constituait l'entité politique autonome. Après, consécutivement à l'introduction de la *common law*, la tribu a continué d'exister en tant que société distincte avec ses coutumes, pratiques et traditions⁸¹⁶. Or, toute société, si rudimentaire soit-elle, est plus qu'un simple agrégat d'individus ; c'est aussi une organisation⁸¹⁷.

Mais autant que la pérennité de la société autochtone, ce sont les pratiques coloniales qui sont déterminantes. Leur importance dans la formation de la *common law* a été soulignée par les tribunaux⁸¹⁸. Elle tient en partie à la nécessité de concilier l'ordre juridique actuel, notamment le système de tenure, avec l'héritage colonial. Le juge en chef Marshall de la Cour suprême des États-Unis a été le premier à le reconnaître lorsqu'il a discoursé sur la doctrine de la découverte : quelque extravagant soit le principe voulant que la découverte d'un pays fut assimilée à une conquête, a-t-il

⁸¹⁶ C'était l'un des arguments du juge Addy pour conclure que les bandes, indépendamment de la *Loi sur les Indiens*, jouissaient d'une personnalité morale, dans *Wewayakum Indian Band c. Canada*, (1991) 42 F.T.R. 40, 46 (C.F., 1^{er} inst.). Voir par contre les arrêts cités *infra*, notes 878 et 879.

⁸¹⁷ Elman R. SERVICE, *The Hunters*, 2^e éd., Englewood Cliffs, Prentice Hall, 1979, p. 46.

⁸¹⁸ *St. Catherine's Milling and Lumber Co. c. The Queen*, précité, note 16, 613 (j. Strong) ; *R. c. Van der Peet*, précité, note 16, 541 (j. Lamer).

écrit, «if the property of the great mass of the community originates in it, it becomes the law of the land, and cannot be questioned»⁸¹⁹. De la même façon, si les traités de cession autrefois négociés avec les autochtones ont permis l'implantation des colons dans la plus grande partie du Canada, les procédures de cession normalement suivies pour conclure ces traités ne peuvent plus aujourd'hui être contestées.

Conformément à la pratique officielle depuis l'adoption de la *Proclamation de 1763*⁸²⁰, le gouverneur du Canada, lord Dorchester, a rédigé cette directive en 1794 pour régir les cessions de terres autochtones :

All purchases are to be made in public Council with great Solemnity and Ceremony according to the Ancient Usages and Customs of the Indians, the principal Chiefs and leading Men of the Nation or Nations to whom the lands belong being first assembled⁸²¹.

Les gouvernements canadien et impérial avaient donc choisi de reconnaître l'existence

⁸¹⁹ *Johnson c. M'Intosh*, précité, note 812, 591. Un tribunal ne remet jamais en cause les fondements de l'ordre social existant (voir *supra*, notes 22-25, 272 et le texte correspondant).

⁸²⁰ Précité, note 9, p. 6.

⁸²¹ «Additional Instructions, Indian Department», 26 décembre 1794, dans E.A. CRUISKSHANK (éd.), *The Correspondence of Lieut. Governor John Graves Simcoe*, vol. 3 (1794-1795), Toronto, Ontario Historical Society, 1925, p. 241. On ne doit pas accorder au terme «nation» une importance particulière. En 1764, les lords du commerce lui avaient préféré l'emploi du mot «tribu» dans cette directive : «That no purchase of lands belonging to the Indians (...) be made but at some general meeting at which the principal Chiefs of each Tribe claiming a property in such lands are present (...)»: «Plan for the future Management of Indian Affairs», *op.cit.*, note 86, pp. 637 et 641.

d'entités appelées nations ou tribus en négociant avec elles et en acceptant l'autorité de leurs chefs⁸²². Mais était-ce vraiment un choix, ou plutôt une nécessité, étant donné que le respect des usages autochtones garantissait corrélativement le caractère effectif des accords conclus au nom de la Couronne⁸²³ ? En somme, le pragmatisme s'accommodait de la vertu. Un manquement grave aux usages du pays aurait invalidé quelque accord, comme cette fois, en 1811, où le comte Selkirk a conclu un traité de cession de terres avec des hommes dont la représentativité était douteuse. Plus tard les autochtones ont refusé d'en respecter les termes en arguant que jamais ces individus n'avaient été leurs chefs ni détenu l'autorité pour signer un traité⁸²⁴. Pour éviter à l'avenir une telle méprise, les agents du gouvernement prirent l'habitude, en cas de doute, de demander aux autochtones qu'ils élisent ou confirment publiquement leurs dirigeants⁸²⁵.

Les chefs indiens ont agi en tant que représentants de l'entité tribale (*i.e.* la bande chez les chasseurs-pêcheurs-cueilleurs), non comme les mandataires des membres de la tribu pris individuellement. C'est une inférence raisonnable, voire incontournable, étant donné les procédures

⁸²² Voir de manière générale A. MORRIS, *op.cit.*, note 833 ainsi que les remarques du juge Addy dans *Wewayakum Indian Band c. Canada*, précité, note 816, 46.

⁸²³ Wilson DUFF, *The Indians History of British Columbia*, vol. 1 (The Impact of the White Man), Victoria, Anthropology in British Columbia, Mémoire n° 5, p. 17.

⁸²⁴ «Lettre du lieutenant gouverneur Adams G. Archibald au secrétaire d'État pour les Provinces», 3 novembre 1871, cité par A. MORRIS, *op.cit.*, note 683, p. 33.

⁸²⁵ *Id.* Voir aussi les lettres du commissaire aux affaires indiennes Wemyss M. Simpson au secrétaire d'État pour les Provinces, 3 novembre 1871, du lieutenant gouverneur Alexander Morris au ministre de l'intérieur, 11 octobre 1875, du commissaire Thomas Howard au lieutenant gouverneur Morris, 10 octobre 1876 et celle du lieutenant gouverneur Alexander Morris au ministre de l'intérieur, 4 décembre 1876, *id.*, pp. 38, 148, 162 et 192. Rappelons qu'un accord ratifié par d'autres personnes que les chefs n'était pas reconnu par le droit colonial (voir *supra*, note 772).

suivies lors des négociations des traités numérotés et leurs conséquences légales pour les autochtones de l'Ontario et des Prairies.

En effet, bien que les agents du gouvernement réunissaient en conseil le plus grand nombre d'autochtones âgés de dix-huit ans et plus⁸²⁶, il y a toujours eu des absents et l'on a procédé malgré leur défaut, parfois en commençant par l'élection des chefs indiens. Ces absents, assurèrent les négociateurs gouvernementaux, jouiraient néanmoins des bénéfices prévus au traité⁸²⁷. Nul besoin de les faire signer ; leur appartenance à une bande signataire suffisait⁸²⁸. Beaucoup d'autochtones qui n'avaient pas eu la chance d'être présents lors des pourparlers s'en trouvèrent confortés. D'autres, par contre, se sont plaints d'avoir été placés devant un fait accompli. On leur a répondu qu'ils devaient quand même respecter les termes du traité, sinon le gouvernement y verrait un bris de promesse⁸²⁹.

⁸²⁶ «Lettre du surintendant des affaires indiennes W. McDougal au gouverneur général en conseil», 3 novembre 1862, citée par A. MORRIS, *op.cit.*, note 683, p. 23.

⁸²⁷ «Lettre du lieutenant gouverneur Alexander Morris au ministre de l'intérieur», 11 octobre 1875, «Lettre du lieutenant gouverneur Alexander Morris au ministre de l'intérieur», 4 décembre 1876, citées par A. MORRIS, *id.*, pp. 152 et 191.

⁸²⁸ «Comme ils ne forment pas une bande distincte, mais qu'ils sont plutôt une ramification de celle d'Albany, il ne fut pas jugé nécessaire de leur faire signer un traité. Ils furent simplement admis en qualité de rejetons d'une bande plus importante.» «Il ne fut pas nécessaire de faire du traité distinct avec les sauvages de Chapleau, car ils font partie des bandes de Fabrique-de-l'Orignal, de la rivière aux Anglais et de divers autres postes déjà sous traité. Il ne nous restait qu'à les reconnaître légalement et à leur remettre leurs rentes.» «Lettres des commissaires Duncan C. Scott, Samuel Stewart et Daniel G. MacMartin au surintendant des affaires indiennes», 6 novembre 1905 et 5 octobre 1906, reproduites dans CANADA, *Traité de la Baie-James (Traité N° 9) conclu en 1905 et 1906 et adhésions à ce dernier signées en 1929 et 1930*, Ottawa, Extraits des Documents de la session de 1906 et des Rapports annuels des Ministères de 1929-30 et documents connexes, Ministère des Approvisionnements et Services, 1981, pp. 8 et 17.

⁸²⁹ «An idea seemed prevalent among the Indians who were absent last year that no treaty had been concluded then; that all which had been done at that time was merely preliminary to the making of the treaty in reality, which they thought was to be performed this year (...) we assured them all further

Ils étaient liés par ses dispositions comme l'étaient leurs frères de bande. Les chefs et négociateurs indiens, élus sur place, n'ayant reçu aucun mandat des absents, cela aurait été impossible, à moins que la bande n'ait constitué une personne morale pouvant disposer du bien collectif.

3. Le pouvoir des chefs autochtones d'engager leur collectivité

Les principes suivants appliqués par le juge Addy de la Cour fédérale dans *Wewayakum Indian Band c. Canada et al.*⁸³⁰, un litige portant sur la capacité des chefs indiens d'intenter des procédures judiciaires au nom de leur bande, sont transposables lorsque ces chefs veulent céder une terre tribale :

(Indian Bands) do possess a special status enabling them to institute, prosecute and defend a court action. It follows that those claiming to sue in the name of a Band must be prepared to establish their authority to do so when and if that authority is challenged. Any such authorization of course need not be subject to any special rules, laws or procedures other than those prescribed by the traditions, customs and government of the particular Band⁸³¹.

Ce n'est donc pas parce que les autochtones ont élu ou confirmé des chefs qu'ils leur abandonnaient tout le pouvoir. Les chefs devaient remplir leurs fonctions conformément aux

discussion on the subject was useless; that if they declined to accept the terms of the treaty we must return and report to the Government that they had broken the promise made last year.» «Lettre de W.J. Christie et M.G. Dickieson au secrétaire d'État pour les Provinces», 17 octobre 1874, cité par A. MORRIS, *op.cit.*, note 683, p. 85.

⁸³⁰ Précité, note 816.

⁸³¹ *Id.*, 47 (j. Addy).

coutumes, pratiques et traditions régissant leur communauté.

Il appert que le pouvoir d'un chef indien, selon les coutumes, pratiques et traditions, était surtout d'ordre moral. Son autorité tenait pour l'essentiel à son ascendant, à sa capacité de convaincre les autres, par la force de son éloquence et de sa sagesse. Au sens littéral, il incarnait le *primus inter pares*. Son rôle dans une négociation se résumait à celui de porte-parole de sa tribu⁸³². Au tout début de l'implantation coloniale, les Britanniques ont eu tendance à exagérer l'importance du chef indien⁸³³. Leurs mésaventures les ont guéris de ce travers. Plus tard, après la conquête du Canada, ils ont plutôt choisi de traiter avec des bandes entières⁸³⁴. Les papiers du lieutenant-gouverneur Morris font ainsi état d'une assemblée de deux mille autochtones lors des négociations du traité des forts Carleton et Pitt (traité n° 6), et de quatre mille pour les traités North West Angle (traité n° 3) et Blackfeet (traité n° 7)⁸³⁵. Certes, les chefs indiens conduisaient les entretiens, mais ils étaient en communication constante avec leurs commettants. Sans eux, il est probable qu'aucun chef n'aurait

⁸³² R. FUMOLEAU, *op.cit.*, note 775, pp. 120, 214 et 288 ; J.-E. ROY, *op.cit.*, note 775, pp. 10-15 ; J. De BRÉBEUF, *op.cit.*, note 793, pp. 155-171 ; J.J. HONIGMANN, *lo.cit.*, note 803, 221 et 222 ; E.S. ROGERS, *loc.cit.*, note 813, 29, 33 et 34, 40, 46 et 47 ; Eleanor LEACOCK, «Seventeenth-Century Montagnais Social Relations and Value», *Handbook of North American Indians*, vol. 6 (Subartic), *op.cit.*, note 780, 190, 191 ; et la décision du juge Embree dans *R. c. Marshall*, C.P. de N.-É., n°s 54-425985, 54-426314 et 54-426315, 27 juin 1996, par. 28.

⁸³³ Yasuhide KAWASHIMA, *op.cit.*, note 338, p. 14 ; James WARREN SPRINGER, «American Indians and the Law of Real Property in Colonial New England», (1986) 30 *Am. J. Legal Hist.* 25, 30 et 31.

⁸³⁴ «As it is necessary to call the whole Tribe or Nation of Indians together, in order to purchase any Lands from them (...)» «Lieutenant-Governor Colden to the Lords of Trade», *op.cit.*, note 64, pp. 490 et 491.

⁸³⁵ A. MORRIS, *op.cit.*, note 683, pp. 90, 197 et 250. Voir aussi *supra*, note 826 et le texte correspondant.

osé signer un traité, ou tout autre document important, de peur de se faire désavouer par les siens⁸³⁶.

Nous en savons peu sur la manière qu'avaient les chefs indiens d'obtenir l'assentiment des leurs. Le 23 août 1876, après quelques jours de négociations, d'échanges et de consultations, le chef cris Ah-tuk-uk-koop aurait demandé à son peuple s'il approuvait les offres gouvernementales, ici le traité n° 6. Selon le lieutenant-gouverneur Morris, tous auraient manifesté leur accord en criant et levant les mains⁸³⁷. Le 22 septembre 1877, les chefs Crowfoot, Button, Red Crow, Old Sun et autres chefs des Indiens des plaines auraient sollicité le consentement de leur nation au traité Blackfeet, dit n° 7, et la nation entière l'aurait approuvé⁸³⁸. Parlant cette fois des Dènès des Territoires du Nord-Ouest, signataires des traités n° 8 et 9, René Fumoleau a soutenu que le pouvoir de décision devait avoir été exercé par l'ensemble des membres du groupe ou de la bande, «dont le consentement unanime était nécessaire pour toute entreprise»⁸³⁹. L'unanimité nous paraît *a priori* une exigence exagérée. Il semble tout au moins que, pendant les négociations portant sur les traités numérotés, un large consensus était recherché, et peut-être même était-il indispensable pour préserver la cohésion interne des bandes autochtones.

⁸³⁶ Rapportant les paroles d'un chef indien, le lieutenant gouverneur Morris a écrit : «If he had known (qu'il y aurait eu négociation d'un traité) he would have met me with all his people. I am not an undutiful child, I do not throw back your hand, but as my people are not here I do not sign.» «Lettre au ministre de l'intérieur», 4 décembre 1876, citée par A. MORRIS, *id.*, p. 193. Voir au même effet la «Lettre du commissaire aux affaires indiennes Wemyss M. Simpson au secrétaire d'État pour les Provinces», 30 juillet 1871, citée par A. MORRIS, *id.*, p. 35.

⁸³⁷ «Lettre du lieutenant gouverneur Morris au ministre de l'intérieur», *id.*, p. 186.

⁸³⁸ «Report from correspondence in The Globe newspaper, Toronto», cité par A. MORRIS, *op.cit.*, note 683, p. 274.

⁸³⁹ R. FUMOLEAU, *op.cit.*, note 775, p. 214.

Selon les directives du gouverneur Carleton (lord Dorchester), la cession d'une terre ancestrale ne pouvait se faire qu'en présence des chefs tribaux réunis en conseil, conformément aux anciens usages et coutumes des Indiens⁸⁴⁰. Et celles-ci voulaient que les chefs obtiennent le consentement de leur tribu. De la conclusion des premiers traités numérotés jusqu'à aujourd'hui, on a généralement respecté cette exigence⁸⁴¹. Le gouvernement fédéral en a pris acte d'une certaine façon ; sa politique, en matière de cession de terres de réserve, reconnaît qu'une majorité des autochtones doit approuver la conclusion d'une entente les concernant⁸⁴². Il aurait pu englober dans sa politique les cas où autochtones et gouvernements négocient un accord portant sur une revendication territoriale globale, et ceux où ils appliquent ou modifient des traités car là aussi les chefs autochtones ont coutume de consulter leur population avant de l'engager⁸⁴³.

⁸⁴⁰ Voir *supra*, note 821 et le texte correspondant.

⁸⁴¹ *Supra*, notes 822-839. Parmi les ententes récentes, voir : Accord portant sur les revendications territoriales des Inuvialut des Territoires du Nord-Ouest et Yukon (Canadian Press, National general news, 31 mai 1984, 12h30 H.N.E.) ; Accord portant sur les revendications territoriales des Inuit des Territoires du Nord-Ouest et sur la création du Nunavut (Canadian Press, National general news, 12 novembre 1992, 20h40 H.N.E.) ; Accord avec la bande innu de Uashat-Maliotenam du Québec pour la construction d'un barrage sur la rivière Ste-Marguerite (Canadian Press, National general news, 13 juin 1994, 23h10 H.N.E.) ; Entente de principe portant sur les revendications territoriales des Nisga'a de Colombie-Britannique (Canadian Press, National general news, 25 février 1996, 22h45 H.N.E.).

⁸⁴² Depuis 1876, un vote majoritaire des membres de la bande est légalement requis pour ratifier la cession d'une terre de réserve: *Acte pour amender et refondre les lois concernant les Sauvages*, S.C. 1876, c. 18, art. 25.

⁸⁴³ Accord avec la bande cris de Fort Chipewyan du nord de l'Alberta (Canadian Press, National general news, 22 avril 1986, 11h22 H.N.E.) ; Accord avec la bande Whitefish Lake du nord de l'Alberta (Canadian Press, National general news, 21 décembre 1988, 18h33 H.N.E.) ; Accord de principe avec vingt bandes de la Saskatchewan (Canadian Press, Western regional general news, 22 septembre 1992, 01h46 H.A.E.) ; Accord avec la bande Peter Ballantyne du nord-est de la Saskatchewan (Canadian Press, Western regional general news, 27 février 1993, 00h33 H.N.E.) ; Accord avec la bande de Long Plain du Manitoba (Canadian Press, Western regional general news, 11 avril 1994, 11h43 H.N.E.).

Les impératifs de la modernité ont bien sûr modifié le rôle des chefs indiens ; ils assurent maintenant l'intendance, du maintien de l'ordre à l'entretien des infrastructures⁸⁴⁴. Comme les actions en justice n'ont qu'une fonction conservatoire, on peut penser que les chefs autochtones, dûment élus ou encore choisis conformément aux usages, détiennent également le pouvoir d'agir au nom de l'entité tribale. Mais pour le reste, lorsque leurs actes modifient irrémédiablement les droits et obligations de leur bande, compromettant ainsi son avenir, les chefs doivent au préalable demander et obtenir son autorisation⁸⁴⁵. Cette ancienne coutume, pratique ou tradition ne pourrait être modifiée, ou abandonnée, qu'avec l'accord de la bande intéressée⁸⁴⁶.

C. L'identité des membres des collectivités autochtones

Les chefs doivent donc obtenir l'accord des membres de leur bande avant de l'engager durablement. Mais quelle est la composition de la bande ? La manière d'en déterminer l'effectif peut varier en fonction de la source de ses droits : droits ancestraux, droits issus de traité ou droits

⁸⁴⁴ On pourra consulter la liste des pouvoirs du conseil de bande aux arts. 81-86 de la *Loi sur les Indiens*, précitée, note 129.

⁸⁴⁵ Le choix du type de consultation est une autre affaire. Pour vérifier l'appui d'une bande, la politique du gouvernement est présentement de demander qu'on convoque une assemblée publique au cours de laquelle on procéderait par pétition, par plébiscite ou par tout autre méthode conforme aux coutumes de la bande (*Bone c. Sioux Valley Indian Band N° 290*, (1996) 107 F.T.R. 133, 142 (1^{er} inst.) (j. Heald).

⁸⁴⁶ Rappelons ce truisme qu'une société autochtone n'est jamais liée par ses propres coutumes, pratiques ou traditions : *Six Nations Traditional Hereditary Chiefs c. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, (1991) 43 F.T.R. 132, 144 et 145 (1^{er} inst.) (j. Rouleau). Par contre, les membres de cette société le sont, notamment ses chefs. Dans *Bone c. Sioux Valley Indian Band N° 290*, *id.*, 141, le juge Heald a écrit à ce sujet : «I agree that it is the Band itself, not the Band Council, that has the power to determine what constitutes the Band's custom.»

concedés *ex gratia* par le souverain.

1. La bande détentrice des droits concédés par le souverain

Pour les droits concédés aux autochtones, notamment les droits découlant de la *Loi sur les Indiens*⁸⁴⁷, le souverain a le pouvoir de restreindre ou d'élargir l'éventail des bénéficiaires. C'est ce qu'il a fait et continué de faire depuis les années mille huit cent cinquante en énumérant les différentes catégories de personnes pouvant prétendre au statut légal d'autochtone⁸⁴⁸. Le législateur prenait garde cependant de respecter les droits acquis des individus⁸⁴⁹.

2. La bande détentrice des droits issus de traité

Quant aux droits issus de traités, on peut en principe préciser l'identité des bénéficiaires en

⁸⁴⁷ Précitée, note 129, arts. 70 (prêts), 71 (exploitation de fermes), 73(g) (traitements médicaux), 114-122 (écoles).

⁸⁴⁸ Les principales dispositions permettant de suivre l'évolution des critères choisis par le législateur sont : *Acte pour mieux protéger les terres et les propriétés des Sauvages dans le Bas-Canada*, précitée, note 115, art. 5 ; *Acte pour abroger en partie et amender un acte intitulé : Acte pour mieux protéger les terres et les propriétés des Sauvages dans le Bas-Canada*, S.Prov.C. 1851, c. 59, art. 2 ; *Acte pourvoyant à l'émancipation graduelle des Sauvages, à la meilleure administration des affaires des Sauvages, et à l'extension des dispositions de l'acte trente-et-un Victoria, chapitre quarante-deux*, précité, note 599, art. 6 ; *Acte pour amender et refondre les lois concernant les Sauvages*, précité, note 842, art. 3 ; *Loi sur les Indiens*, précitée, note 608, arts. 11 et 12 ; *Loi modifiant la Loi sur les Indiens*, L.C. 1985, c. 27, art. 4. Cette dernière loi visait à rendre les dispositions de la *Loi sur les Indiens* conformes à la nouvelle exigence constitutionnelle interdisant la discrimination entre les hommes et les femmes autochtones (voir la *Proclamation de 1983 modifiant la Constitution*, L.R.C. 1985, App. II, n° 46).

⁸⁴⁹ Ainsi, la *Loi sur les Indiens* de 1951, *id.*, renvoyait aux premières lois adoptées sous le régime fédéral pour déterminer quelles étaient les lignés d'Indiens dont le statut était reconnu.

se référant à l'intention commune des parties lors de la conclusion de ces ententes⁸⁵⁰. Mais c'est le plus souvent en vain qu'un interprète cherchera quelque indice dans les documents eux-mêmes⁸⁵¹. À défaut, il doit se rapporter au contexte historique⁸⁵². Une *présomption* raisonnable serait que les parties aient voulu observer les règles contemporaines d'appartenance aux bandes. Ces règles constituent des critères objectifs, les seuls en fait qui se rapportent au contexte entourant la signature des traités, et partant les seuls qui puissent légitimement servir d'outil d'interprétation pour quantifier les droits et obligations des parties.

Car les obligations gouvernementales prévues aux traités comprennent fréquemment la fourniture de biens et services aux membres des bandes. Plus les membres sont nombreux, plus la facture du gouvernement s'élève. En adoptant des critères objectifs d'appartenance aux bandes, on empêche ainsi les autochtones d'alourdir le fardeau gouvernemental en accroissement indûment leur effectif. Inversement, ces critères d'appartenance interdisent au gouvernement de fixer lui-même les effectifs des bandes ; sinon, plus rien ne l'empêcherait de renier ses promesses en révisant constamment à la baisse, jusqu'à disparition, le nombre d'autochtones couverts par les traités. Il aurait fallu une intervention claire et expresse du législateur pour modifier la composition des bandes

⁸⁵⁰ L'intention commune détermine les droits et obligations des parties à un traité : *R. c. Sioui*, précité, note 186, 1070 (j. Lamer).

⁸⁵¹ Ce n'est que depuis la signature de la *Convention de la Baie James et du Nord québécois*, précitée, note 588, que les parties ont commencé à définir explicitement le code d'appartenance qui régirait les bandes.

⁸⁵² *R. c. Sioui*, précité, note 186, 1070 (j. Lamer).

bénéficiaires⁸⁵³.

Cela dit, n'oublions pas que les droits issus de traité restent des droits qui appartiennent à la collectivité, à la bande, et non aux individus. Aucun membre ne peut s'en servir comme d'une garantie à l'encontre de sa bande. Celle-ci détient toujours le pouvoir de choisir, conformément à ses usages, lesquels parmi les siens pourront exercer les droits reconnus dans le traité⁸⁵⁴.

La détermination des règles d'appartenance aux bandes eu égard aux traités dépend du temps et du lieu de chaque traité.

Pour les anciens traités qui datent d'avant le milieu du dix-neuvième siècle, il n'existait pas d'autres règles que les coutumes, pratiques et traditions d'une société autochtone particulière⁸⁵⁵. Voici quelques généralités à leur sujet. Outre les naissances en son sein, une bande tentait de maintenir ses effectifs grâce à des apports extérieurs. On sait, par exemple, que les autochtones se mariaient

⁸⁵³ Vu les conséquences sur les droits des autochtones, le fardeau de preuve pour modifier la composition d'une bande bénéficiaire d'un traité devrait être aussi lourd que celui exigé lorsque le législateur éteint des droits issus de traité. Il faudrait donc une preuve très forte, une preuve convaincante (strict proof) (*R. c. Sioui, id.*, 1061 et 1062 (j. Lamer) ; *Simon c. R.*, précité, note 199, 405 et 406 (j. Dickson) ; *R. c. Badger*, précité, note 509, 794 (j. Cory)).

⁸⁵⁴ Voir aussi *supra*, note 812 et le texte correspondant.

⁸⁵⁵ Lors des affaires *R. c. Chevrier*, [1988] 1 C.N.L.R. 128 (C.D. Ont.) et *R. c. Fowler*, (1993) 134 N.B.R. (2d) 361 (C.P.), on a retenu comme critère objectif d'appartenance l'exigence d'un lien important (substantial connection) avec la tribu signataire du traité. Outre l'imprécision du critère qui n'aide aucunement à faire avancer le débat, son caractère arbitraire l'invalide. En effet, comment les signataires du traité auraient-ils pu imaginer que des règles différentes de celles qu'ils connaissaient s'appliqueraient ?

fréquemment en dehors de leur communauté, qu'ils adoptaient des orphelins⁸⁵⁶, qu'ils intégraient en les assimilant des étrangers, réfugiés ou ennemis défaits, et parfois des communautés entières⁸⁵⁷. Ceci explique le patrimoine génétique très diversifié des bandes amérindiennes, en plus de démontrer que la pureté du sang n'était pas un indice fiable pour décider qui en faisaient partie⁸⁵⁸.

Pour les ententes plus récentes, à partir du moment où le législateur a élaboré un code d'appartenance aux bandes, on peut penser que la bande visée, aux fins d'application du traité, est celle décrite dans la loi alors en vigueur. Il ne s'agit bien entendu que d'une présomption de fait, aucune loi n'ayant jamais précisé à l'avance l'identité des bénéficiaires des traités, sauf pour les cas où des terres auraient été mises de côté à l'usage des autochtones⁸⁵⁹. La présomption sera d'autant plus forte que les autochtones auront été mis au courant de l'existence d'un code statutaire réglementant l'appartenance aux bandes. Leur silence, l'absence de protestation de leur part, et leur adhésion subséquente à un traité équivaldrait à un consentement tacite aux règles prescrites par le

⁸⁵⁶ E.R. SERVICE, *op.cit.*, note 804, pp. 73-78.

⁸⁵⁷ *Dictionary of Daily Life of Indians of the Americas*, vol. 1, Newport Beach, American Indian Publishers, 1981, pp. 57-61, au mot «Adoption». Dans son rapport concernant le gouvernement du Canada, daté du 5 juin 1762, le général Murray a constaté que les nombreuses adoptions et l'assimilation des prisonniers de guerre avaient permis la survie du village huron de Wendake : D.R.H.C.C. (1759-1791), p. 58.

⁸⁵⁸ Voilà pourquoi les traités numérotés couvrant l'Ouest canadien visaient également ces métis ayant toujours vécu parmi les Indiens et à la manière indienne (A. MORRIS, *op.cit.*, note 683, pp. 41, 69, 186-187, 228, 294 et 295).

⁸⁵⁹ Voir les lois et dispositions précitées, note 848.

code⁸⁶⁰.

Les règles d'appartenance à une bande, qu'elles prennent la forme de coutumes, pratiques ou traditions ou encore d'un code statutaire, sont protégées dans leur état d'origine au même titre que les autres dispositions du traité signé par la bande. Réviser unilatéralement ces règles menacerait l'équilibre qui a d'abord permis l'existence de l'entente. Seul le législateur (avant 1982) ou le constituant aurait pu se le permettre⁸⁶¹.

3. La bande détentrice des droits ancestraux

Les droits ancestraux remontent à une période antérieure à l'arrivée des Européens en Amérique. Ils existent et sont reconnus par la *common law* sans la preuve «d'aucun traité, ni d'aucune ordonnance du pouvoir exécutif ou disposition législative»⁸⁶². La manière de déterminer l'effectif d'une bande, quand il s'agit de l'exercice de ces droits, ne peut donc dépendre que des coutumes,

⁸⁶⁰ C'est en partie le raisonnement adopté par le juge Muldoon dans la cause *Bande de Sawridge c. Canada*, précité, note 365, 70 : «(...) s'il y a déjà eu un droit ancestral de décider de l'appartenance à la bande, ce droit a été éteint de manière décisive à l'époque où le traité a été signé, puisqu'il s'agissait d'une condition de sa conclusion.»

⁸⁶¹ Voir *supra*, note 853. Une modification constitutionnelle importante a été effectuée en 1983 pour interdire toute discrimination entre les hommes et les femmes autochtones (*Proclamation de 1983 modifiant la Constitution*, précitée, note 848).

⁸⁶² *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, précité, note 83, 390 (j. Hall) ; *Guerin c. La Reine*, précité, note 2, 377 et 388 (j. Dickson).

pratiques et traditions de cette bande⁸⁶³. Normalement, on ne devrait pas tenir compte des codes d'appartenance incorporés dans les lois sur les Indiens. Le juge Steele de la Cour fédérale rappelait que : «In this case, if there are valid aboriginal claims, then they belong to the band and not the registered band»⁸⁶⁴. Pourtant, on aurait tort de les ignorer complètement. Force nous est de constater que les codes statutaires ont été rédigés ou modifiés en tenant compte des observations des autochtones. Ils constituent dès lors des guides utiles pour suivre l'évolution de leurs usages.

Le premier code, datant de 1850, définissait ainsi les autochtones qui avaient le droit de réclamer leur appartenance à une bande :

<i>Premièrement</i>	Tous sauvages pur sang, réputés appartenir à la tribu ou peuplade particulière de sauvages intéressés dans la dite terre, et leurs descendants :
<i>Deuxièmement</i>	Toutes les personnes mariées à des sauvages, et résidant parmi eux, et les descendants des dites personnes :
<i>Troisièmement</i>	Toutes personnes résidant parmi les sauvages, dont les parents des deux côtés étaient ou sont des sauvages de telle tribu ou peuplade, ou ont droit d'être considérés comme tels :
<i>Quatrièmement</i>	Toutes personnes adoptées dans leur enfance par des sauvages, et résidant dans le village ou sur les terres de telle tribu ou peuplades de sauvages, et leurs descendants ⁸⁶⁵ .

⁸⁶³ *R. c. Alphonse*, [1993] 5 W.W.R. 401, 444 (C.A. de C.-B.) (j. Lambert) ; *Attorney-General for Ontario c. Bear Island Foundation*, (1984) 49 O.R. (2d) 353, 362 (H.C.) (j. Steele), conf., arrêts précités, note 90.

⁸⁶⁴ *Attorney-General for Ontario c. Bear Island Foundation*, *id.*, 362 (j. Steele).

⁸⁶⁵ *Acte pour mieux protéger les terres et les propriétés des Sauvages dans le Bas-Canada*, précité, note 115, art. 5.

C'était la solution fondée sur la base ethnique et celle du sang. Or, aussi tôt qu'en 1830, elle reflétait le sentiment de beaucoup d'autochtones⁸⁶⁶. Les autorités coloniales se sont contentées d'en codifier le principe. Mais ce n'était pas encore assez restrictif selon l'opinion de plusieurs, notamment les autochtones du Bas-Canada. À leur demande⁸⁶⁷, dès 1851, le législateur a modifié sa loi ; il enlèverait à l'avenir leur statut d'autochtone aux femmes qui marieraient des blancs, ainsi

⁸⁶⁶ Une remarque de Sir James Kempt, faite en 1830, illustre l'évolution des moeurs autochtones. Il parle en effet de «rooted aversion entertained by the Indians to intermix with the white population, and with other Indian tribes.» «Copy of a Despatch from Sir James Kempt to Sir George Murray», 20 mai 1830, B.P.P., *Anthropology-Aborigines*, vol. 3 (Correspondence and Other Papers Relating to Aboriginal Tribes in British Possessions, 1834), p. 95.

⁸⁶⁷ Voici le discours qui était tenu à l'époque par les leaders autochtones : «Grand Père, nous venons au nom de tous tes enfans, les Sauvages du Canada, et particulièrement, au nom des Tribus des Sauvages du Sault S'Louis, de S'Regis, et du Lac des deux Montagnes dans le district de Montréal, et de S'François, dans le district des trois Rivières pour te saluer au nom de nos Chefs et de nos Guerriers et nous remercions le Grand Esprit de t'avoir conservé pour nous gouverner. Grand Père, nos coeurs sont tristes et nous sommes dans la peine car nous avons appris qu'on avoit fait une Loi dans la dernière session, appelée: Un acte pour la protection des terres et propriétés des Sauvages dans le Bas Canada. Cette loi, Grand Père va nous faire beaucoup de mal, si tu permet qu'elle soit, exécutée, nous allons te montrer qu'elle est, contre les Lois des Sauvages tes enfans, nous allons te le faire voir, sachant bien que tu nous feras Justice quand tu nous auras entendus (...) tu sais qu'il n'est pas permis a un blanc qui se marie à une sauvagesse de jouir des droits des Sauvages, qu'en se mariant, a un blanc elle perd ainsi que ses enfans, tous ses droits comme membres de Tribu a la quelle elle appartenoit (...) Tu vois, Grand Père, comme cette Loi est opposée et contraire à celle de tes enfans et qu'elle peut nous faire beaucoup de mal, parceque elle permettra a un grand nombre de blancs qui se diront Sauvages de s'établir parmi nous et de jouir de nos droits et de nos terres.» «Martin Tekanasontie *et al.* James Bruce Elgin, au Sault Saint-Louis», 18 septembre 1850, A.N.C., *RG 10, Indian Affairs*, bob. C-13383, vol. 607, pp. 51855-51859. «We have carefully examined the Bill, and it is our astonishment that it has been made in such a way as to render us no relief at all, instead of protecting us, it will only deprive us of our lands and property in very short time, by entering those who are called adopted persons to be considered as Indians to have the same right to our lands as ourselves (...) We cannot conceive how can our Father the Governor, in making a law to protect his Children make one which will throw into greater difficulty, greater loss, and ruin them altogether at last, if he were aware the tendency of such law that admits the whites to be considered Indians on account of their having some Indian blood, or married with the Indians, or adopted.» «Ignace Portneuf, Simon Obomsawine, François de Sales Obomsawine, Louis de Gonzague, à St-François», 6 septembre 1850, A.N.C., *RG 10, Indian Affairs*, bob. C-13383, vol. 607, pp. 51840-51841. Ces documents ont été reproduits en entier par Denys DELÂGE, Jean-Pierre SAWAYA, Marc JETTEN et Regent SIOUI, *op.cit.*, note 401, pp. 232-235.

qu'aux enfants de ces mariages, et ne reconnaîtrait plus la qualité d'autochtone aux enfants adoptés, lorsque les enfants n'avaient pas déjà ce statut⁸⁶⁸. La loi modifiée se lisait :

<i>Premièrement</i>	Tous sauvages pur sang, réputés appartenir à la tribu ou peuplade particulière de sauvages intéressés dans les dites terres ou propriétés immobilières, et leurs descendants.
<i>Deuxièmement</i>	Toutes personnes résidant parmi les sauvages dont les père et mère étaient ou sont, ou dont l'un ou l'autre était ou est descendu de l'un ou l'autre côté, de sauvages, ou d'un sauvage réputé appartenir à la tribu ou peuplade particulière de sauvages intéressés dans les dites terres ou propriétés immobilières, ainsi que les descendants de telles personnes ; et
<i>Troisièmement</i>	Toutes femmes maintenant légalement mariées, ou qui le seront ci-après à aucune des personnes comprises dans les diverses classes ci-dessus désignées; les enfants issus de tels mariages, et leurs descendants ⁸⁶⁹ .

Il faut croire que les nouveaux critères correspondaient en gros aux attentes des autochtones puisque cette fois le Parlement du Canada les a repris dans sa loi sur les Indiens de 1868⁸⁷⁰. Depuis,

⁸⁶⁸ *Acte pour abroger en partie et amender un acte intitulé: Acte pour mieux protéger les terres et les propriétés des Sauvages dans le Bas-Canada*, précité, note 848, art. 2.

⁸⁶⁹ *Id.*

⁸⁷⁰ *Acte pourvoyant à l'organisation du Département du Secrétaire d'État du Canada, ainsi qu'à l'administration des Terres des Sauvages et de l'Ordonnance*, S.C. 1868, c. 42, art. 15. En 1872, le Conseil général des Indiens de l'Ontario et du Québec a toutefois demandé une modification afin que les Indiennes puissent se marier avec qui elles voulaient, sans perdre leur statut: Ron MAGUIRE et John LESLIE, *Historique de la Loi sur les Indiens*, 2^e éd., Ottawa, Centre de recherches historiques et d'études des traités, Ministère des affaires indiennes et du Nord canadien, 1983, p. 73. Voir par contre l'arrêt *Bande de Sawridge c. Canada*, précité, note 365, 118, où des autochtones ont plaidé que, selon leur coutume, les Indiennes mariant des *blancs* perdaient leur qualité d'autochtone. Ils ont invoqué les anciennes lois sur les Indiens, leur prétention étant que le législateur n'avait fait que codifier la coutume autochtone.

on a réintroduit l'adoption comme moyen d'adhérer à une bande⁸⁷¹, et mis fin à la discrimination entre les hommes et les femmes qui se mariaient avec des non-autochtones⁸⁷². Pour le reste, toutefois, très peu a changé. Encore récemment, en 1975, au moment de la signature de la *Convention de la Baie James et du Nord québécois*⁸⁷³, les Cris et Inuit du Québec ont voulu conserver des critères de même nature⁸⁷⁴. Les Nisga'a ont aussi reproduit ce schéma en 1996 dans l'accord de principe sur leur revendication territoriale globale qu'ils ont négocié avec les gouvernements⁸⁷⁵. Il importe peu que ces clauses aient d'abord été proposées par l'une ou l'autre partie du moment que les autochtones les ont acceptées. Les autochtones ayant influencé le législateur, et vice-versa, c'est un peu comme si les lois, d'une part, et les coutumes, pratiques et traditions autochtones, d'autre part, avaient évolué en symbiose sur près d'un siècle et demi. Sans preuve du contraire, un tribunal devrait donc présumer que les usages autochtones ne diffèrent pas sensiblement du code d'appartenance aux bandes qu'on retrouve dans les lois⁸⁷⁶.

Étant donné que les lois ne sont qu'un guide pour suivre l'évolution des usages autochtones, une bande pourrait certainement s'extirper du moule législatif, même si elle l'a respecté et fait sien

⁸⁷¹ *Loi sur les Indiens*, précitée, note 129, alinéa 2(1)(b).

⁸⁷² *Loi modifiant la Loi sur les Indiens*, précitée, note 848, art. 4 (voir aussi nos remarques *supra*, note 848).

⁸⁷³ Précitée, note 588.

⁸⁷⁴ *Id.*, art. 3(2).

⁸⁷⁵ Précité, note 588, «Elegibility and Enrolment», pp. 117 et 118.

⁸⁷⁶ C'est la présomption de fait qu'a appliquée le juge Reed dans *Moon c. Campbell River Indian Band*, (1996) 114 F.T.R. 269, 274 (1^e inst).

pendant une très longue période. Encore faudrait-il qu'elle le fasse de façon à ce qu'un tribunal puisse constater le changement. Rappelons que ce n'est pas un ou plusieurs individus seuls, même des chefs, qui peuvent changer les coutumes, pratiques et traditions concernant l'appartenance à une bande. Il doit s'agir d'une décision de la bande prise comme collectivité, comme personne morale, conformément à ses règles⁸⁷⁷.

Affirmer comme nous l'avons fait que les bandes autochtones jouissent d'une personnalité morale semble aller à contre-courant de la jurisprudence⁸⁷⁸. Même la Cour suprême du Canada serait au nombre des opposants d'après sa décision *Alliance de la Fonction publique du Canada c. Francis*⁸⁷⁹. On remarquera, toutefois, que l'analyse de la Cour suprême se limite à une interprétation des capacités, pouvoirs et responsabilités qui sont conférés aux bandes par la *Loi sur les Indiens*⁸⁸⁰. Or cette analyse n'est pas décisive quand il s'agit de déterminer quelles sont les entités titulaires des droits ancestraux ou issus de traités. De fait, les bandes existaient sous leur ancienne forme bien avant que ne soit votée la première loi sur les Indiens. Elles ont transigé entre elles, ou avec les gouvernements européens, toujours en tant que sujets de droit capables de disposer de leur

⁸⁷⁷ Voir *supra*, notes 772, 821-829 et le texte correspondant.

⁸⁷⁸ *Sheldon c. Ramsay*, (1852) 9 U.C.Q.B. 105, 122 et 123 (j. Robinson), 133 et 134 (j. Burns) ; *Pawis c. La Reine*, précité, note 714, 30 (j. Marceau) ; *Attorney-General for Ontario c. Bear Island Foundation*, précité, note 863, 362 (j. Steele) ; *Oregon Jack Creek Indian Band c. Canadian National Railway Co.*, (1989) 34 B.C.L.R. (2d) 344, 349 et 350 (C.A.) (j. MacFarlane). *Contra* : *Wewayakum Indian Band c. Canada*, précité, note 816, 46 (j. Addy).

⁸⁷⁹ [1982] 2 R.C.S. 72.

⁸⁸⁰ «Les dispositions de la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, chap. I-6, n'attribuent ni au conseil ni à la bande la personnalité morale.» *Id.*, 76 (j. Martland).

patrimoine collectif.

Les bandes ont continué d'exister comme personnes morales indépendamment des différentes lois sur les Indiens. L'effet de ces lois, car elles en ont eu un, n'a été que de structurer la composition des bandes, soit directement par leur incorporation dans un traité, soit indirectement par leur influence sur les coutumes, pratiques et traditions autochtones. Cet effet structurant rend peu probable de grandes variations dans la composition des bandes. On doit néanmoins reconnaître que des variations sont possibles, à la marge, dépendant de la nature du droit en cause : droit ancestral, droit issu de traité ou droit concédé, parce que chacun est régi par un régime juridique qui lui est propre.

CHAPITRE V

L'IDENTITÉ DES DÉBITEURS GOUVERNEMENTAUX

Après avoir précisé l'identité des créanciers autochtones, il nous reste à en faire autant pour les débiteurs gouvernementaux. Bien que, d'un point de vue autochtone, l'interlocuteur gouvernemental a semblé présenter toujours le même visage jusqu'à une période récente, la réalité constitutionnelle était toute autre.

En effet, de la *Proclamation royale de 1763*⁸⁸¹ à la *Loi constitutionnelle de 1982*⁸⁸², on a évoqué la notion de Couronne pour désigner l'entité informe qui incarnait la souveraineté de l'État anglais ou de son rejeton colonial. C'est en son nom, et en celui du monarque qui la symbolisait, que des agents gouvernementaux ont promis aux peuples autochtones du Canada la protection de leurs droits. Voulant lui donner quelque réalité, ils ont si bien personnifié l'État, en l'assimilant au roi ou à la reine du temps, qu'encore hier il se trouvait des autochtones pour aller demander justice à leur successeur la reine Elizabeth II et à son Conseil privé du Royaume-Uni. Ces autochtones furent bien sûr éconduits⁸⁸³. Nous expliquerons pourquoi en décrivant l'évolution de la notion de Couronne en

⁸⁸¹ Précitée, note 9.

⁸⁸² Précitée, note 174.

⁸⁸³ *Manuel c. Attorney-General*, [1982] 3 W.L.R. 821 (C.A.) ; *R. c. Secretary of State, Ex parte Indian Association of Alberta and Others*, précité, note 84. Des groupes d'autochtones militants essaient toujours de nier juridiction aux tribunaux canadiens en faisant valoir leur supposé lien avec la Couronne du Royaume-Uni. Voir, entre autres affaires : *R. c. Williams*, [1995] 2 C.N.L.R. 229 (C.A. de C.-B.), permission d'en appeler refusée, C.S.C., n° 24637, 6 juillet 1995 ; *R. c. Clark*, C.A. Ont., n° C19026, 6 février 1995, permission d'en appeler refusée, C.S.C., n° 24635, 6 juillet 1995 ; *Clark c. Canada*, C.A.F., n° A-447-94, 15 mars 1995, permission d'en appeler refusée, C.S.C., n° 24676, 6 juillet 1995 ; et *R. c. Snake*, C.A. Ont., n° C22427, 13 juin 1996.

droit colonial et son impact sur les recours possibles des autochtones, en tenant compte des différentes constitutions qu'a connues le Canada. Ce bref historique permettra par la suite d'analyser plus en détail la responsabilité respective des gouvernements provincial et fédéral envers les Indiens sous la *Loi constitutionnelle de 1867*⁸⁸⁴.

A. L'expérience coloniale : lorsque la responsabilité suit le pouvoir

Vers 1753, peu avant le début de la guerre avec la France, les relations entre les Britanniques et leurs alliés autochtones allaient au plus mal. Les autochtones se plaignaient des violences répétées des colons anglais, de leurs pratiques commerciales déloyales et de leurs empiétements sur les terres indiennes⁸⁸⁵. Rien n'y faisait ; on aurait cru les gouvernements des colonies totalement impuissants. La France, alerte, n'a pas raté l'occasion d'alimenter ces dissensions à l'intérieur de la coalition ennemie en rappelant aux autochtones le mauvais sort que leur faisaient subir leurs frères anglais. Inquiet de perdre ses alliés, le gouvernement impérial jugea alors nécessaire d'écarter les gouvernements locaux pour confier la gestion du dossier autochtone à des agents oeuvrant directement sous son autorité⁸⁸⁶.

⁸⁸⁴ Précitée, note 156.

⁸⁸⁵ Parmi les nombreux documents rapportant les doléances des autochtones, mentionnons : «Lords of Trade to Sir Danvers Osborne», *op.cit.*, note 59, pp. 800 et 801 ; «Lords of Trade to the Lords Justices», *op.cit.*, note 91, p. 949 ; «At a meeting etc on Tuesday the 9th July 1754, P.M., Present - His Honour the Lieut' Gon' and the four Gentlemen of the Council of New York, and all the Commiss^{rs} except M^r Franklin absent by his appointment in the morning», N.Y.C.D., vol. 6, p. 888

⁸⁸⁶ «Lords of Trade to Sir Danvers Osborne», *id.* ; «Secretary Pownall to Major-General Johnson», *op.cit.*, note 58, pp. 1017 et 1018 ; «Representation of Lords of Trade on the State of Indian Affairs», *op.cit.*, note 67, pp. 19-23.

La décision de centraliser à Londres la direction des affaires indiennes était donc motivée par l'incapacité des administrations locales de s'acquitter correctement de cette charge. On les a accusées d'être incompetentes, sinon corrompues ou, plus charitablement, d'être trop sensibles aux pressions économiques de leur milieu et de négliger ainsi la dimension politico-militaire de leurs actes⁸⁸⁷. Dans le fond, on leur reprochait de représenter trop bien leurs administrés.

Les guerres se sont succédées jusqu'en 1812 comme autant de rappels à la prudence, car les autochtones constituaient toujours une quantité militaire non négligeable, soit comme alliés ou encore comme ennemis potentiels. Il fallait leur porter attention. Une fois la paix définitivement revenue, certains ont quand même suggéré de laisser les choses en l'état en conservant les affaires indiennes sous l'intendance directe de Sa Majesté et de ses représentants ; parce qu'il fallait assurer le respect des engagements pris au nom de la Couronne, des anciens engagements comme de ceux à venir. Or, on craignait, comme au temps de la guerre avec la France, que les législatures locales négligent leurs devoirs envers les autochtones, d'ailleurs toujours pour la même raison fondamentale :

For a local Legislature, if properly constituted, should partake largely in the interests, and represent the feelings or the settled opinions of the great mass of the people for whom they

⁸⁸⁷ Le secrétaire Pownall du Board of Trade évoqua «the abuse and neglect of our own Colonys» «Secretary Pownall to Major-General Johnson», *id.*, p. 1017. Dans une directive de 1761 adressée à tous les gouverneurs de l'Amérique du Nord, R.I.B.C.G., vol. 2, pp. 476 et 477, le Roi leur a reproché à son tour : «(A)nd whereas it has likewise been represented unto us that some of our governors or other chief officers of our said colonies, regardless of the duty they owe to us and of the welfare and security of our colonies, have countenanced said unjust claims and pretensions by passing grants of the lands so pretended to have been purchased of the Indians (...)».

act. But the settlers in almost every Colony, having either disputes to adjust with the native tribes, or claims to urge against them, the representative body is virtually a party, and therefore ought not to be the judge in such controversies⁸⁸⁸.

Ce plaidoyer contre toute décentralisation des pouvoirs, quoique sensé au plan politique, ne résista pas très longtemps aux arguments contraires découlant de la logique économique. La métropole a estimé en effet que la facture du département des affaires indiennes grevait trop lourdement le trésor impérial, d'où la décision du secrétaire d'État de Sa Majesté, le comte Grey, de cesser toute contribution financière au département à partir de 1858. Mais du même élan il exprima l'espoir que la législature provinciale du Canada prendrait le relais⁸⁸⁹. Après tout, c'était elle la principale bénéficiaire des cessions de terres indiennes⁸⁹⁰.

Le département des affaires indiennes, prenant acte de la volonté impériale, proposa alors que son patronage soit transféré au gouvernement de la colonie, car «si l'aide jusqu'ici donnée par

⁸⁸⁸ «Report from the Select Committee, 1836-1837», *op.cit.*, note 168, p. 77. Cet extrait du rapport du comité de la Chambre des communes du Royaume-Uni a été cité avec approbation dans deux autres rapports, d'origine canadienne ceux-là : «Rapport sur les affaires des Sauvages en Canada», section 3, *op.cit.*, note 122 ; «Rapport du surintendant Bury au gouverneur général Sir Edmund W. Head», 5 décembre 1855, dans CANADA (INDIAN DEPARTMENT), *Return to an Address of the Honorable The House of Commons, dated 26 April 1856, for, Copies or Extracts of recent Correspondence respecting Alterations in the Organization of the Indian Department in Canada*, Ottawa, impression ordonnée par la House of Commons, 2 juin 1856, p. 19, aussi reproduit dans les B.P.P., *Colonies-Canada*, vol. 21 (Correspondence and Papers Relating to Canada, 1854-58).

⁸⁸⁹ «Rapport des commissaires spéciaux nommés le 8 de septembre 1856, pour s'enquérir des affaires des Sauvages en Canada», *op.cit.*, note 348. Dès 1856, le secrétaire d'État a dit croire «que l'établissement de Manitoulin (une réserve indienne, n'était) pas plus du ressort du parlement impérial que toute autre branche du département des sauvages». *Id.*

⁸⁹⁰ *Id.* L'argument a été repris dans le «Rapport du surintendant Bury au gouverneur général Sir Edmund W. Head», *op.cit.*, note 888, p. 19.

le gouvernement impérial est discontinuée, il n'est que juste que le contrôle de ce dernier sur le département cesse aussi»⁸⁹¹. Le gouverneur général du Canada, sir Edmund Head, a approuvé cette requête et l'a relayée au ministère anglais, le 12 mai 1858⁸⁹². Son ton était toutefois celui de la résignation car il craignait que la Province ne se montre pas à la hauteur de cette tâche⁸⁹³. Malgré les réserves du gouverneur, Whitehall fit droit à la requête⁸⁹⁴.

En somme, la métropole avait accepté que pouvoir et responsabilité forment un couple indissociable. Les colonies devant assumer seules les obligations encourues envers les peuples

⁸⁹¹ «Rapport des commissaires spéciaux nommés le 8 de septembre 1856, pour s'enquérir des affaires des Sauvages en Canada», *id.*

⁸⁹² «Copy of a Despatch from Governor General the Right Honorable Sir Edmund Head, Bart., to the Right Honorable Lord Stanley, M.P.», 12 mai 1858, dans CANADA (INDIAN DEPARTMENT), *Return to an Address of the Honorable The House of Commons, dated 20 August 1860, for, Copies or Extracts of Correspondence between the Secretary of State for the Colonies and the Governor General of Canada respecting Alterations in the Organization of the Indian Department in Canada* (ci-après cité: «Copies or Extracts of Correspondence (1860)», Ottawa, impression ordonnée par la House of Commons, 25 août 1860, pp. 21 et 22, aussi reproduit dans les B.P.P., *Colonies-Canada*, vol. 23 (Correspondence and Other Papers Relating to Captain Pallister's Expedition and Other Affairs in Canada, 1860).

⁸⁹³ «After much consideration, I am of opinion that if the expenses of the Department, and the assistance to the Indians, cease to be a charge on the Imperial funds, the management and control of the whole must necessarily devolve on the Provincial Government, and be subjected to the control of the Provincial Parliament. (...) The danger will always be, that the control of the Provincial Legislature, to which any Provincial Department must be subject, will not effectually prevent complaints on the part of the Indians of encroachments by individuals, or check the infringement of rights and privileges originally guaranteed by the Crown of England under a different state of things. It may be inevitable that in the course of the change which has taken place in the relations of Great Britain to these Colonies this risk should be run, and from what has already passed, I infer that such is the conviction of Her Majesty's advisers in England.» *Id.*, p. 21.

⁸⁹⁴ «Copy of a Despatch from the Right Honourable Sir E.B. Lytton, Bart., M.P., to Governor General the Right Honourable Sir Edmund Head, Bart.», 14 juin 1858, *Copies or Extracts of Correspondence (1860)*, *id.*, p. 43.

autochtones, parce qu'elles étaient les principales bénéficiaires des transactions conclues avec eux, il leur fallait, pour des raisons d'équité et de saine administration, exercer sans partage tous les pouvoirs nécessaires à cette responsabilité.

La condition générale des autochtones de la Province du Canada se détériora gravement après la guerre anglo-américaine de 1812. On ne les estimait plus, ni ne les craignait. D'aucuns, parmi la population européenne de la colonie, les ont alors considérés comme une race perdue, inutile, dont il faudrait se débarrasser. En profond désaccord, le gouvernement impérial s'est au contraire senti interpellé par les malheurs des autochtones, encouragé, il est vrai, par le mouvement évangéliste chrétien⁸⁹⁵. Mais quoi faire ? Au cours de 1828, le secrétaire d'État du Royaume-Uni, Sir George Murray, a décidé qu'une transformation radicale du département des affaires indiennes s'imposait : le département sera scindé en deux, une administration pour le Haut-Canada et une autre pour le Bas-Canada, et l'on confiera sa direction à des civils plutôt qu'à des militaires⁸⁹⁶. Ces changements visaient à permettre l'adoption de mesures pour sauvegarder et améliorer la condition des tribus indiennes. En l'occurrence, cela voulait dire inciter les autochtones à adopter des «habitudes de vie civilisée», notamment par une éducation civile et religieuse et un encouragement à délaisser la chasse

⁸⁹⁵ «Report from the Select Committee, 1836-1837», précité, note 168, pp. 74-76 ; Society of Friends, the Meeting for Sufferings, *Information Respecting the Aborigines in the British Colonies*, London, Darton and Harvey, 1838.

⁸⁹⁶ «Copy of a Despatch from Sir George Murray to Sir J. Kempt», 3 décembre 1828, «Copy of a Letter from R.W. Hay, Esq., to the Hon. J. Stewart», 12 août 1829, «Copy of a Despatch from Sir George Murray to Sir J. Kempt», 1 décembre 1829, «Copy of a Despatch from Sir George Murray to Sir James Kempt», 25 janvier 1830, «Copy of a Despatch from Sir James Kempt to Sir George Murray», 27 janvier 1830, «Copy of a Despatch from Sir George Murray to Sir James Kempt», 22 mars 1830, B.P.P., *Anthropology-Aborigines*, vol. 3 (Correspondence and Other Papers Relating to Aboriginal Tribes in British Possessions, 1834), pp. 36, 57, 60, 87-91.

pour l'agriculture⁸⁹⁷. C'était là la meilleure façon de les affranchir de leur pauvreté chronique, croyait le ministre, qui voulait aussi, par la même occasion, soulager les finances de son gouvernement⁸⁹⁸ ; un cas où l'intérêt bien compris coïncidait avec la «vertu», du moins selon l'optique anglaise. Pour atteindre ses fins, l'administration impériale a entrepris de sédentariser les autochtones en leur garantissant de la manière la plus absolue des terres mises de côté pour leur usage exclusif, qu'on a appelées réserves⁸⁹⁹.

La nouvelle mission «civilisatrice» du département des affaires indiennes devait passer comme le reste sous la responsabilité de la colonie. Il s'agissait cependant d'une responsabilité purement politique. Tant la métropole que sa colonie s'entendaient sur ce point, en faisant la différence entre les obligations légales résultant des traités ou des cessions de terre, et l'obligation morale de subvenir aux besoins des autochtones nécessaires⁹⁰⁰.

⁸⁹⁷ «Copy of a Despatch from Sir George Murray to Sir James Kempt», 22 mars 1830, *id.*, p.90 ; «Copy of a Despatch from Viscount Goderich to Sir J. Colborne», 27 décembre 1830, *id.*, p. 129 ; «Copy of a Letter from Sir John Colborne to Lord Aylmer», 19 février 1831, *id.*, p. 130 ; et surtout «Copy of a Despatch from Sir George Murray to Sir James Kempt», 25 janvier 1830, *id.*, p. 88, document cité avec approbation dans le «Report from the Select Committee, 1836-1837» de la Chambre des communes du Royaume-Uni, précité, note 168, pp. 8 et 9.

⁸⁹⁸ «Copy of a Despatch from Sir George Murray to Sir J. Kempt», 3 décembre 1828, *op.cit.*, note 690, p. 36 ; «Copy of a Despatch from Sir George Murray to Sir J. Kempt», 1 décembre 1829, *op.cit.*, note 690, p. 60.

⁸⁹⁹ «Copy of a Despatch from Lord Glenelg to Sir G. Arthur, K.C.H.», 22 août 1838, *Copies or Extracts of Correspondence (1839)*, *op.cit.*, note 239, pp. 86-90.

⁹⁰⁰ «Copy of a Despatch from Governor General the Right Honourable Sir Edmund Head, Bart., to the Right Honourable Lord Stanley, M.P.», 5 juin 1858, «Copy of a Despatch from the Right Honourable Sir E.B. Lytton, Bart., M.P., to Governor General the Right Honourable Sir Edmund Head, Bart.», 28 juin 1858, dans *Copies or Extracts of Correspondence (1860)*, *op.cit.*, note 892, pp. 23 et 44.

Commencé vers les années 1840, décidé officiellement en 1858⁹⁰¹, le transfert de compétence du gouvernement impérial à la colonie a été complété dans les faits en 1860⁹⁰². À partir de ce moment, et bien que des engagements aient été pris en son nom, la Couronne en chef du Royaume-Uni ne devait plus rien aux autochtones du Canada. La jurisprudence l'a confirmé : il a suffi à la métropole qu'elle crée un gouvernement local pour que ses droits et obligations, eu égard au territoire desservi et aux pouvoirs cédés, soient automatiquement dévolus à la nouvelle administration coloniale⁹⁰³ ; ce qui revenait à dire que la Couronne pouvait être divisée entre ses différents chefs de gouvernement⁹⁰⁴. Les tribunaux ont justifié l'existence de cette règle de droit colonial par des arguments faisant écho aux débats politiques tenus au Canada au milieu du dix-neuvième siècle⁹⁰⁵.

⁹⁰¹ Voir *supra*, notes 892-894. Ce transfert a fait l'objet de commentaires dans les affaires *St. Catherines Milling c. The Queen*, précité, note 16, 614 (j. Strong), *Miller c. The King*, précité, note 753, 180 et 181 (j. Kellock) et *Easterbrook c. The King*, [1931] S.C.R. 210, 214 (j. Newcombe).

⁹⁰² Par l'Acte relatif à l'administration des terres et des biens des Sauvages, S.C. 1860, c. 151, art. 1, le ministre canadien des Terres de la Couronne a pris en charge les affaires indiennes.

⁹⁰³ *Attorney-General c. Great Southern and Western Railway Co. of Ireland*, [1925] A.C. 754 (C.P.), 773 et 774 (j. Haldane), 779 et 780 (j. Phillimore) ; *R. c. Foreign Secretary, Ex parte Indian Association of Alberta and Others*, précité, note 61, 922-924 et 927 (j. Kerr), 928-931 (j. May) ; *Re : Propriété du lit du détroit de Georgie*, [1984] 1 R.C.S. 388, 392 et 393 (j. Dickson) ; *Halsbury's Laws of England*, 4^e éd. rééditée, vol. 6, London, Butterworth, 1991, par. 817, pp. 362-364.

⁹⁰⁴ La divisibilité de la Couronne remonterait donc à une période antérieure au régime fédéral actuel, contrairement à ce qu'a laissé entendre Me Richard BOIVIN dans son article : «À qui appartient l'obligation de fiduciaire à l'égard des autochtones», (1994) 35 *C. de D.* 3, 10 et 11. Monsieur Leonard I. ROTHMAN a soutenu de son côté, dans «Provincial Fiduciary Obligations to First Nations : The Nexus Between Governmental Power and Responsibility», (1994) 32 *Osgoode Hall L.J.* 735, que la Couronne est demeurée une et indivisible face aux autochtones.

⁹⁰⁵ Par exemple, lord Phillimore, dans *Attorney-General c. Great Southern and Western Railway Co. of Ireland*, précité, note 903, 779 et 780, a écrit : «The property of the Crown in the Dominion is held for the purpose of that Dominion. Its benefits accrue to the Dominion Exchequer, and liabilities in connection with it must be discharged out of the same Exchequer.»

Évidemment, si la mise sur pied d'une administration locale, encore dépendante de Londres, suffisait à opérer un transfert des responsabilités, l'émergence d'un nouvel État indépendant conduisait *a fortiori* au même résultat. On a observé cette situation en Amérique du Nord quand la Grande-Bretagne a reconnu l'indépendance politique de ses treize colonies rebelles, les États-Unis d'Amérique, en 1783. Alors forcée de s'expliquer devant les autochtones, elle leur a répondu par l'intermédiaire de ses agents aux affaires indiennes :

All our Contrymen who resided in the United States forfeited their Claim for Protection from the British Government from the Moment their Great Father the King lost Possession of that Country ; consequently the Indians have no Right to expect that their Great Father will continue to them what he does not continue to his own White Children⁹⁰⁶.

Les obligations de la Couronne impériale envers les peuples autochtones d'Amérique du Nord, celle de protéger leurs possessions et usages contre les fraudes et les empiétements, et les autres obligations corrélatives, obligations de fiduciaires et obligations issues de traités⁹⁰⁷, ainsi que la responsabilité politique plus générale de veiller à leur bien-être, ont donc échu aux gouvernements des États-Unis et des colonies britanniques restantes. Une réorganisation de ces colonies en fédération, de 1867 à 1949⁹⁰⁸, donna lieu à une nouvelle dévolution de pouvoirs et responsabilités, et permis que soit atténué le défaut des premières dévolutions.

⁹⁰⁶ «Address of the Chief Superintendant of Indian Affairs to the Indians assembled in General Council at the Great Manitoulin Island, 4th August 1837», *Copies or Extracts of Correspondence (1839)*, *op.cit.*, note 239, p. 155. On refusa conséquemment aux Indiens américains d'adhérer aux traités (A. MORRIS, *op.cit.*, note 683, pp. 50 et 69).

⁹⁰⁷ Voir *supra*, chap. IV.

⁹⁰⁸ Sous l'empire de la *Loi constitutionnelle de 1867*, précitée, note 156.

Il fallait en effet décider qui veillerait à la protection des droits des autochtones, le gouvernement fédéral ou ses pendants provinciaux. On a préféré le gouvernement fédéral⁹⁰⁹, parce qu'on a jugé que plus un gouvernement était proche de son électorat, et conséquemment perméable aux intérêts locaux, moins il était apte à remplir ce devoir d'intérêt national. Cet argument, nous l'avons vu, n'était pas nouveau ; des comités des gouvernements impérial et canadien l'avaient déjà invoqué en 1837, 1845, et encore en 1855⁹¹⁰, seulement neuf ans avant la Conférence de Québec où a été arrêté le partage des pouvoirs entre le fédéral et les provinces⁹¹¹. Le juge Idington de la Cour suprême du Canada l'a repris à son compte en 1909, dans *Province of Ontario c. Dominion of Canada*⁹¹², quand il a dû interpréter la disposition habilitant le fédéral en matière autochtone⁹¹³, le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁹¹⁴.

⁹⁰⁹ *Id.*, par. 91(24).

⁹¹⁰ *Supra*, notes 888.

⁹¹¹ «Report of Resolutions adopted at a Conference of Delegates from the Provinces of Canada, Nova Scotia, and New Brunswick, and the Colonies of Newfoundland and Prince Edward Island, held at the city of Quebec, October 10, 1864, as the Basis of a proposed Confederation of those Provinces and Colonies», dans *Correspondence Relative to a Meeting at Quebec of Delegates Appointed to Discuss the Proposed Union of the British North American Provinces*, B.P.P., *Colonies-Canada*, vol. 25 (Correspondence and Other Papers Relating to the Affairs of Canada, 1864-1866), pp. 5-10.

⁹¹² Précité, note 157.

⁹¹³ «(T)hese high duties of national importance they were discharged all the better by being freed from the trammels of being confined within the narrow views that the provincial range of vision might have restricted action to, if the needs and wishes of a single province were to be considered, or even a dominant factor used as a guide, perhaps to the detriment of national interests (...)» *Id.*, 117 et 118. Voir aussi P.W. HOGG, *op.cit.*, note 499, p. 27-2.

⁹¹⁴ La *Loi constitutionnelle de 1867* est précitée, note 156.

B. La responsabilité fédérale exclusive en matière autochtone sous la *Loi constitutionnelle de 1867*

Le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁹¹⁵ a conféré au Parlement et au gouvernement du Canada⁹¹⁶ l'autorité exclusive sur deux sujets de compétence distincts : les «Indiens» et les «terres réservées pour les Indiens»⁹¹⁷. Ces expressions, vagues à souhait, obligent l'interprète de la Constitution à aller au-delà du texte en revenant sur les circonstances entourant son adoption, sur sa genèse⁹¹⁸. De là notre intérêt pour l'activité administrative et législative sous l'ancien régime du Canada-Uni. Et d'après ce que nous avons pu en voir plus haut, les différents gouvernements de Sa Majesté s'étaient tous donnés pour mission, d'abord la protection des droits des peuples autochtones, ensuite l'amélioration de leurs conditions générales de vie. Il faut alors présumer que le constituant entendait assurer le maintien de ces deux missions, à l'instar du nouveau pouvoir fédéral dont les actions, après 1867, ont marqué une continuité évidente⁹¹⁹.

⁹¹⁵ *Id.*

⁹¹⁶ Le partage des pouvoirs entre les législatures fédérale et provinciales se prolonge au niveau exécutif (*Bonanza Creek Gold Mining Co. Ltd. c. The King*, [1916] 1 A.C. 566, 579 (C.P.) (j. Haldane) ; *Regina c. Foreign Secretary, Ex parte Indian Association of Alberta and Others*, précité, note 84, 913 (j. Denning), 926 (j. Kerr)).

⁹¹⁷ *Four B. Man. c. Travailleurs unis du vêtement*, [1980] 1 R.C.S. 1031, 1049 et 1050 (j. Beetz).

⁹¹⁸ Pour des exemples récents d'application de cette règle d'interprétation à la Constitution, voir: *Renvoi sur les droits linguistiques du Manitoba*, précité, note 203, 751 (la Cour) ; *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148, 1173 et 1174 (j. Wilson) ; *Renvoi sur les droits linguistiques du Manitoba*, [1992] 1 R.C.S. 212, 222 (la Cour) ; *Renvoi relatif à la Loi sur l'instruction publique*, [1993] 2 R.C.S. 511, 529 (j. Gonthier).

⁹¹⁹ W. DOUGHERTY et D. MADILL, *op.cit.*, note 611, p. 1 ; R. MAGUIRE et J. LESLIE, *op.cit.*, note 870, pp. 68-98.

1. Description des deux sujets de compétence fédérale : les «Indiens» et les «terres réservées pour les Indiens»

Le premier sujet de compétence, celui sur les «Indiens», comporte un noyau dur, un élément vital ou essentiel de la compétence fédérale, qu'on traduit par l'expression *quiddité indienne* (indianness) ou *autochtonéité* (aboriginality), pour employer un terme de création plus récente⁹²⁰. L'autochtonéité réfère au mode de vie des Indiens, à ce qui les définit en tant que tels⁹²¹. Elle vise donc le statut d'Indien d'une personne et son appartenance à une bande⁹²², ainsi que ses droits ancestraux⁹²³, incluant les titres originaires⁹²⁴, et ses droits issus de traités⁹²⁵. Aucune loi provinciale ne peut de sa propre force s'appliquer aux Indiens lorsqu'elle les atteint dans leur autochtonéité,

⁹²⁰ M. ASCH et P. MACKLEM, *loc.cit.*, note 278, 502, cité par la Cour suprême du Canada dans *R. c. Van der Peet*, précité, note 16, 534 et 535 (j. Lamer).

⁹²¹ Le juge Beetz a fait ce rapprochement entre le mode de vie des Indiens et leur quiddité dans *Dick c. R.*, [1985] 2 R.C.S. 309, aux pp. 320 et 321. Le juge La Forest en a fait autant dans *R. c. Francis*, [1988] 1 R.C.S. 1025, à la p. 1028.

⁹²² *Les Parents Naturels c. Sup. of Child Welfare*, [1976] 2 R.C.S. 751, 758 (j. Laskin), 775 (j. Martland), 777, 782 et 783 (j. Ritchie) ; *Four B. Man. c. Travailleurs unis du vêtement*, précité, note 917, 1047 et 1048 (j. Beetz).

⁹²³ *R. c. Van der Peet*, précité, note 16, 534 et 535 (j. Lamer) ; *R. c. Alphonse*, précité, note 863, 418 et 419 (j. MacFarlane), 444 (j. Lambert). Les droits ancestraux sont les coutumes, pratiques et traditions qui font partie intégrante de la culture distinctive des sociétés autochtones, et dont l'origine remonte à une période antérieure au contact avec les Européens (voir *supra*, note 270).

⁹²⁴ Le titre originaire (à distinguer du titre concédé) n'est qu'une modalité des droits ancestraux (*R. c. Van der Peet*, *id.*, 580 (j. L'Heureux-Dubé, dissidente pour d'autres considérations) ; *R. c. Côté*, précité, note 171, 166 et 167 (j. Lamer) ; *R. c. Adams*, précité, note 80, 117 et 119 (j. Lamer)).

⁹²⁵ Récemment, voir *Simon c. R.*, précité, note 199, 411 (j. Dickson) et *Dick c. R.*, précité, note 921, 320 et 321 (j. Beetz, alors qu'il faisait référence aux motifs du juge Lambert durant l'instance d'appel).

s'agissant de la dimension spécifiquement fédérale de la compétence sur les Indiens⁹²⁶. Pour s'appliquer, cette loi doit être incorporée au droit fédéral par une loi du Parlement du Canada ; l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*⁹²⁷ joue précisément ce rôle à l'égard des lois provinciales d'application générale⁹²⁸.

La compétence du Parlement du Canada sur les «Indiens» embrasse toutefois davantage que le statut des Indiens et leurs droits historiques, sinon comment aurait-il pu s'acquitter de son autre mission, celle d'améliorer leurs conditions de vie. Il doit être en mesure d'intervenir, au moins pour réparer les torts causés par la colonisation européenne⁹²⁹, car lui seul jouit du pouvoir d'adopter des lois quand celles-ci traitent d'une problématique particulière aux autochtones⁹³⁰. Les précédents pourraient alors servir de guide utile au Parlement et aux tribunaux⁹³¹ : nous pensons aux nombreuses législations jalonnant l'histoire des relations anglo-indiennes depuis 1760, qui portent, notamment,

⁹²⁶ Voir *Dick c. R.*, *id.*, 320-323 (j. Beetz) ; *Les Parents Naturels c. Sup. of Child Welfare*, précité, note 922, 758 (j. Laskin) ; *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749, 762 (j. Beetz).

⁹²⁷ Précitée, note 129.

⁹²⁸ *Les Parents Naturels c. Sup. of Child Welfare*, précité, note 922, 758 (j. Laskin) ; *Dick c. R.*, précité, note 921, 321 et 326-328 (j. Beetz).

⁹²⁹ Aussi tôt que le 20 janvier 1837, le secrétaire d'État lord Glenelg a écrit à ce sujet à sir F.B. Head, *Copies or Extracts of Correspondence (1860)*, *op.cit.*, note 892, p. 73 : «I fear that it is impossible to question the Accuracy of the View which you have taken of the Consequences resulting to the Indians from Intercourse with White Men; nor can it be disputed that we are bound by the strongest Obligations to adopt the most effectual Means of repairing the Wrongs which we have inflicted on them, and of promoting their future Welfare.»

⁹³⁰ Nous abondons dans le sens du professeur P. HOGG, *op.cit.*, note 499, p. 27-5, lorsqu'il soutient que le Parlement peut adopter toutes lois «which could be rationally related to intelligible Indian policies».

⁹³¹ P. HOGG, *id.*

sur la distribution d'alcool dans les réserves, l'éducation des jeunes autochtones et la protection des biens meubles de leurs parents⁹³². La responsabilité fédérale se limiterait à remédier aux dysfonctions de la société autochtone. Pour le reste, les autochtones demeureraient des citoyens à part entière ayant droit aux bénéfices des programmes universels établis par les provinces, tels les services de santé et services sociaux.

Le second sujet de compétence fédérale, les «terres réservées pour les Indiens», visent toutes les terres mises de côté pour leur usage, quelles que soient les autres modalités (terms and conditions) stipulées par l'auteur qui les a réservées⁹³³. Cela a pu se faire avant comme après la naissance de la fédération canadienne. Réserver une terre était toutefois moins exigeant avant 1867, étant donné que le même gouvernement avait à la fois la propriété des terres publiques et la juridiction sur les terres réservées et les Indiens. Il lui suffisait alors de manifester une intention claire à cet effet. Quand le domaine public était seul concerné, le gouvernement pouvait se contenter d'en remettre la possession aux autochtones, même sans une attribution officielle⁹³⁴. La *Loi constitutionnelle de 1867*⁹³⁵ a compliqué les choses en confiant au palier fédéral la charge des Indiens et au provincial la propriété des terres publiques. Depuis, les deux paliers de gouvernement doivent

⁹³² Voir l'excellente compilation des loi coloniales faite par T.F. ISAAC, *op.cit.*, note 100.

⁹³³ *St. Catherine Milling c. The Queen*, précité, note 79, 59 (j. Watson). Aucun droit foncier n'est rattachée à la compétence fédérale. La propriété d'une terre réservée comme celle des autres terres publiques revient aux provinces. Celles-ci les récupèrent libres de toute charge dès que l'intérêt des Indiens est éteint (*id.*, 59 (j. Watson) ; *Quebec (P.G.) c. Canada (P.G.) (Star Chrome)*, précité, note 118, 409-411 (j. Duff)).

⁹³⁴ *Canadien Pacifique Ltée c. Paul*, précité, note 8, 659 et 675 (la Cour).

⁹³⁵ Précité, note 156.

coopérer afin de créer une terre réservée aux indiens⁹³⁶.

Un sujet de compétence distinct suppose une spécificité fédérale distincte, différente de la quiddité ou autochtonéité, sinon il serait superfétatoire ; et le constituant pas plus que le législateur ne parle pour ne rien dire⁹³⁷. La spécificité fédérale relative aux «terres réservées pour les Indiens» porte sur l'utilisation de ces terres. Par conséquent, aucune loi provinciale ne peut servir à en régler l'usage⁹³⁸, pas plus qu'elle ne peut fonder un droit de la posséder ou de l'occuper⁹³⁹. Les autres lois provinciales qui n'interfèrent pas avec l'utilisation des terres indiennes, par exemple les lois sur le travail⁹⁴⁰, la circulation routière⁹⁴¹ ou le partage des biens meubles suite à un divorce⁹⁴²,

⁹³⁶ *Roberts c. Canada*, C.F. 1^{er} inst., nos T-2652-85 et T-951-89, 19 septembre 1995, pars. 224-227 (j. Teitelbaum). Les autochtones ne pourraient étendre les limites de leur réserve ou créer une nouvelle terre réservée en achetant des terres privées, même avec l'accord de leur tuteur fédéral. En effet, la création d'une terre réservée, au sens du par. 91 (24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, implique un transfert de juridiction de la province concernée vers le fédéral. Tant que le transfert n'est pas complété, la province conserve juridiction comme si la terre était détenue par des particuliers.

⁹³⁷ Il s'agit du principe d'interprétation bien connu de l'effet utile dont a fait état P.-A. CÔTÉ, *op.cit.*, note 518, p. 259.

⁹³⁸ *Corporation of Surrey et al. c. Peace Arch Enterprises Ltd.*, précité, note 732, 383 (j. Maclean) ; *Re Stoney Plain Indian Reserve n° 135*, (1981) 130 D.L.R. (3d) 636, 652 (C.A. Alb.) (la Cour) ; Kenneth M. LYSYK, «Constitutional Developments Relating to Indians and Indian Lands: an Overview», [1978] *L.S.U.C. Special Lectures* 201, 227, note infra. 49. *Contra* : *Oka (municipalité) c. Simon*, C.A.Q., n° 500-09-000365-890, 18 septembre 1991, aucun n° de par. (j. McCarthy) ; P. HOGG, *op.cit.*, note 499, pp. 27-11 et 27-12.

⁹³⁹ *Derrickson c. Derrickson*, [1986] 1 R.C.S. 285, 296 (j. Chouinard) ; *Paul c. Paul*, [1986] 1 R.C.S. 306, 310 et 311 (j. Chouinard) ; *Canadien Pacifique Ltée c. Paul*, précité, note 8, 673 (la Cour).

⁹⁴⁰ *Construction Montcalm c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754 ; *Four B. Man. c. Travailleurs unis du vêtement*, précité, note 917, 1047 et 1048 (j. Beetz).

⁹⁴¹ *R. c. Francis*, précité, note 921, 1028 et 1029 (j. La Forest).

⁹⁴² *Derrickson c. Derrickson*, précité, note 939, 296 et 304 (j. Chouinard).

continuent de s'y appliquer de leur propre force, *ex proprio vigore*, à condition, bien entendu, qu'elles ne touchent pas par ailleurs à des objets compris dans l'autochtonéité.

On semble avoir confondu à l'occasion les deux sujets de compétence fédérale que sont les Indiens (la quiddité) et les terres réservées pour les Indiens (l'utilisation des terres)⁹⁴³. Mais peut-être est-ce simplement parce qu'ils ne sont pas mutuellement exclusifs, qu'ils font parfois double emploi. Ainsi en est-il pour les terres grevées d'un titre aborigène qui ont été au surplus réservées par la *Proclamation royale de 1763*⁹⁴⁴. On a aussi créé des réserves, au sens des lois sur les Indiens⁹⁴⁵, à partir des terres ancestrales des autochtones qui les occupaient déjà⁹⁴⁶. Ni dans l'un, ni dans l'autre cas, le fait de réserver une terre n'a modifié la nature de l'intérêt des autochtones ; le titre ancestral existant, relevant de l'autochtonéité, a donc survécu⁹⁴⁷. Il se trouve par contre des terres qui ont été mises de côté pour l'usage des autochtones alors qu'elles étaient libres de tout droit ancestral⁹⁴⁸. Le

⁹⁴³ *R. c. Francis*, précité, note 921, 1028 et 1029 (j. La Forest) ; *Four B. Man. c. Travailleurs unis du vêtement*, précité, note 917, 1047 et 1048 (j. Beetz) ; P. HOGG, *op.cit.*, note 499, pp. 27-11 et 27-12.

⁹⁴⁴ *St. Catherine's Milling and Lumber Co. C. The Queen*, précité, note 79, 53-55 et 59 (j. Watson). Quoique la *Proclamation de 1763* n'a qu'une portée territoriale limitée (*Sigeareak E1-53 c. La Reine*, précité, note 365, 649 et 650 (j. Hall)), plusieurs semblent croire qu'elle a un effet déclaratoire en faisant de toutes les terres grevées d'un titre aborigène des terres réservées aux Indiens, notamment P. HOGG, *id.*, p. 27-5 et H. BRUN et G. TREMBLAY, *op.cit.*, note 364, p. 466.

⁹⁴⁵ Voir la *Loi sur les Indiens*, précitée, note 129, par. 2(1), au mot «réserve».

⁹⁴⁶ Par exemple, les traités numérotés négociés avec les autochtones des prairies et des Territoires du Nord-Ouest prévoyaient tous la création de réserves (voir en général A. MORRIS, *op.cit.*, note 683).

⁹⁴⁷ *Attorney-General for Quebec c. Attorney-General for Canada (Star Chrome)*, précité, note 118, 410 et 411 (j. Duff) ; *Mabo c. Queensland*, précité, note 25, 432 (j. Brennan).

⁹⁴⁸ Les bénéficiaires étaient le plus souvent des réfugiés ayant perdu leur patrie d'origine, comme les Hurons de Wendake ou les Iroquois de la Grand River. On trouve leur acte de concession reproduit dans l'ouvrage I.T.S., vol. 1, pp. 251-252, vol. 3, pp. 259-261.

sujet de compétence portant sur les «terres réservées pour les Indiens» est dans ce cas le seul qui rattache ces terres à la compétence fédérale. De là, en partie, son effet utile. En d'autres occasions, lorsque l'intérêt des autochtones dans une terre était moindre qu'un titre, la création d'une réserve a étendu la compétence fédérale en même temps que les droits des autochtones.

Le professeur Lysyk a justifié l'étendue de la compétence fédérale qui s'étendrait à l'utilisation des terres réservées en établissant un parallèle avec le «droit foncier» provincial⁹⁴⁹. Une démonstration fondée sur l'origine historique des réserves est encore plus probante. Au dix-neuvième siècle, en effet, le gouvernement impérial a voulu sédentariser les autochtones en les convertissant à l'agriculture, et pour cela leur a garanti la possession de certaines terres, des réserves⁹⁵⁰. Toutefois, pour la plupart des autochtones du Canada, l'agriculture n'avait rien à voir avec le mode de vie traditionnel, avec l'autochtonéité⁹⁵¹. On cherchait au contraire à les en éloigner. Les réserves étaient en somme des vecteurs d'acculturation. Il serait alors pour le moins contradictoire que les provinces, par une réglementation sur le zonage, puissent aujourd'hui interdire l'agriculture ou toute autre utilisation d'une terre réservée, sous le prétexte que l'usage en question ne fait pas partie de l'autochtonéité. Nous ne suggérons pas de remettre l'acculturation à l'ordre du jour politique. Mais les réserves peuvent encore servir comme des aires protégées pour favoriser l'autosuffisance

⁹⁴⁹ Le professeur LYSYK, *loc.cit.*, note 938, 227, note infrapaginale 49, nous a référé à l'arrêt *Morgan c. Procureur général de l'Île-du-Prince-Edward*, [1976] 2 R.C.S. 349, 357 (J. Laskin). Cet extrait de son article a d'ailleurs été cité par le juge Chouinard dans *Derrickson c. Derrickson*, précité, note 939, à la p. 295.

⁹⁵⁰ Voir *supra*, notes 897-899 et le texte correspondant.

⁹⁵¹ Peu d'autochtones du Canada, hors de la vallée du St-Laurent et de la péninsule ontarienne, ont pratiqué l'agriculture avant le contact avec les Européens.

économique des autochtones, ce qui était l'intention de ceux qui ont mis sur pied le système des réserves, quoiqu'ils l'aient exprimée de façon maladroite⁹⁵². Or, cet objectif est plus facilement réalisable si le gardien actuel des terres réservées, le gouvernement fédéral, est le seul à pouvoir décider de leur utilisation.

2. Les limites de l'implication des provinces dans les affaires indiennes

La responsabilité fédérale fondamentale à l'égard d'une chose ou d'une personne détermine ses dimensions spécifiquement fédérales, a rappelé à maintes reprises la Cour suprême du Canada⁹⁵³. Parmi les missions qui incombent au Parlement du Canada concernant les autochtones, il y a l'obligation de protéger leurs droits, droits ancestraux et issus de traités, et l'usage des terres qu'on leur a réservées⁹⁵⁴. Voilà pourquoi il est important que ces droits, par le jeu de l'immunité fédérale, soient hors d'atteinte des provinces ; elles ne peuvent les régler⁹⁵⁵, encore moins les éteindre⁹⁵⁶.

⁹⁵² Voir *supra*, notes 895-899 et le texte correspondant.

⁹⁵³ *Clark c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1988] 2 R.C.S. 680, 708 (la Cour) ; *Commission de transport de la Communauté urbaine de Québec c. Canada (Commission des champs de bataille nationaux)*, [1990] 2 R.C.S. 838, 853 (j. Gonthier) ; *Ontario Hydro c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1993] 3 R.C.S. 327, 402 et 403 (j. Iacobucci, dissident pour d'autres considérations).

⁹⁵⁴ Voir *supra*, chap. IV ainsi que les notes 893, 899 et 900 et le texte correspondant.

⁹⁵⁵ Dès l'arrêt *St. Catherine's Milling c. The Queen*, précité, note 79, lord Watson avait jugé que seul le Parlement du Canada pouvait régler les droits de pêche ou de chasse réservés par traité. Pour un précédent plus récent, parmi les autres arrêts que nous avons déjà mentionnés, voir *Simon c. La Reine*, précité, note 199, 411 (j. Dickson).

⁹⁵⁶ «(T)he Dominion and the Dominion alone could act so as to extinguish the Indian title to any lands within the Dominion (...) The right and duty of determining when and the terms on which such title ought to be extinguished rests with the Dominion and with it alone.» *Province of Ontario c. Dominion*

On s'assure ainsi que les pouvoirs fédéraux exclusifs sont corrélatifs aux responsabilités fédérales⁹⁵⁷. Le raisonnement inverse devrait être tout aussi valable lorsque appliqué aux provinces : celles-ci n'exerçant aucun pouvoir sur les possessions et usages des sociétés autochtones, elles n'assument en conséquence aucune responsabilité *directe* à leur égard⁹⁵⁸. La possibilité d'une responsabilité indirecte n'est toutefois pas exclue.

i) L'article 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867*

Il y a pour commencer l'article 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁹⁵⁹ qui prescrit :

Les terres, mines, minéraux et redevances appartenant aux différentes provinces du Canada, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick lors de l'Union, et toutes les sommes d'argent alors dues ou payables pour ces terres, mines, minéraux ou redevances, appartiendront aux différentes provinces d'Ontario, de Québec, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick, dans lesquelles ils sont sis et situés, ou exigibles, *sous réserve des fiducies existantes et de tout intérêt autre que celui de la province à cet égard*⁹⁶⁰.

of Canada, précité, note 157, 93 (j. Davies, dissident pour d'autres considérations). Voir au même effet *Smith c. R.*, précité, note 158, 562 (j. Estey) et *R. c. Howard*, précité, note 676, 308 (j. Gonthier).

⁹⁵⁷ Comme il a été dit précédemment, pouvoir et responsabilité forment un couple indissociable. C'est aussi le discours qu'ont tenu les juges Strong et MacFarlane, respectivement de la Cour suprême du Canada et de la Cour d'appel de Colombie-Britannique, pour circonscrire les pouvoirs fédéraux en matière autochtone, dans *St. Catherine's Milling and Lumber Co. c. The Queen*, précité, note 16, à la p. 615 et *Delgamuukw c. British Columbia*, précité, note 83, aux pp. 167-170.

⁹⁵⁸ «Les Couronnes provinciales n'ont aucune responsabilité en matière de santé et de protection des peuples autochtones», a confirmé le juge La Forest dans *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, précité, note 9, à la p. 143.

⁹⁵⁹ Précitée, note 156.

⁹⁶⁰ *Id.* (nos italiques).

Les provinces récupéraient ainsi la propriété des terres publiques de la Couronne sous réserve des «fiducies» et «intérêt autre» que pouvaient faire valoir les tiers. Lord Watson, du Comité judiciaire du Conseil privé, a interprété cette disposition lors de l'affaire *Attorney-General for the Dominion of Canada c. Attorney-General for Ontario*⁹⁶¹ en adoptant une approche fondée sur l'objet. Le mot «fiducie», pour lui, n'a rien d'un terme technique ; il regroupe toutes sortes d'obligations ayant en commun d'imposer au propriétaire le remboursement d'une créance à partir de la terre ou de ses fruits⁹⁶². Quant à l'expression «intérêt autre», elle désigne ces droits fonciers indépendants qui sont opposables au propriétaire⁹⁶³. Écossais formé à l'école civiliste, ne l'oublions pas, lord Watson a semblé s'inspirer de la doctrine du droit civil qui oppose les droits réel et personnel : le droit réel consiste en un intérêt dans un bien, opposable au propriétaire du bien quel qu'il soit, alors que le droit personnel n'est qu'une créance valable à l'encontre d'une personne.

L'interprétation de lord Watson s'harmonise avec la description du titre indien qu'il avait lui-même proposée peu avant dans l'affaire *St. Catherine's Milling and Lumber Co.*⁹⁶⁴. Le titre indien étant une charge sur le titre radical du souverain, en l'espèce la Couronne provinciale, il constitue un «intérêt autre» que celui de la province au sens de l'article 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867*,

⁹⁶¹ Précité, note 714.

⁹⁶² *Id.*, 210 et 213 (j. Watson).

⁹⁶³ «(C)apable of being vindicated in competition with the beneficial interest of the old province.» *Id.*, 210-211 (j. Watson).

⁹⁶⁴ *St. Catherine's Milling and Lumber Co. C. The Queen*, précité, note 79.

avait jugé le magistrat⁹⁶⁵. Sa conclusion n'aurait pas été différente quant aux titres et usages fonciers (pêche, chasse ou cueillette) réservés par traité. De tels titres et usages sont aussi des droits indépendants du titre de la province. Cela ne devrait pas surprendre tant est évident le lien à faire entre l'article 109 et le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* : en effet, comment le gouvernement fédéral aurait-il pu protéger les droits fonciers des autochtones s'ils n'avaient d'abord survécu en tant que droits distincts du titre des provinces⁹⁶⁶ ?

Jusqu'ici, on ne peut vraiment parler d'une responsabilité des provinces envers les premiers habitants car ce qui leur est demandé est de ne pas interférer avec les possessions et usages autochtones, une attitude passive en somme. Il en va différemment lorsque des traités ont imposé des obligations positives d'agir. La fourniture de biens et services et la création de réserves sont les exemples les plus connus. Encore faut-il que ces traités aient créé des «fiducies» grevant le titre de propriété des provinces, en d'autres termes qu'ils leur aient imposé l'obligation de payer ces créances à partir des terres de la Couronne ou de ses fruits⁹⁶⁷. Sinon, les obligations prévues aux traités ont retombé comme d'habitude sur le gouvernement fédéral⁹⁶⁸.

⁹⁶⁵ *Id.*, 58 (j. Watson). Cette description a été reprise par le juge en chef Dickson dans *Guerin c. R.*, précité, note 2, 380 et 381.

⁹⁶⁶ Lord Watson a donc fait preuve de cohérence en jugeant que les droits de pêche ou de chasse prévus aux traités ne pouvaient être réglementés par les provinces (voir *supra*, note 955).

⁹⁶⁷ Voir *supra*, note 962 et le texte correspondant.

⁹⁶⁸ *R. c. Howard*, précité, note 676, 308 (j. Gonthier).

Dans *Attorney-General for the Dominion of Canada c. Attorney-General for Ontario*⁹⁶⁹, le Gouvernement du Canada a voulu se faire rembourser par l'Ontario les sommes d'argent versées aux Indiens en vertu d'un traité de cession de terres signé en 1850. Le Comité judiciaire du Conseil privé a débouté le demandeur fédéral pour la raison que l'accord ne précisait pas la source des paiements ; rien n'indiquait qu'ils devaient se faire à partir du profit tiré des terres cédées⁹⁷⁰. Et pour ce qui est de la règle voulant qu'on interprète les traités en faveur des autochtones, elle n'avait aucune pertinence, car peu importait aux autochtones que ce soit un palier de gouvernement plutôt qu'un autre qui débourse les sommes engagées⁹⁷¹. Un second jugement du Conseil privé, *Dominion of Canada c. Province of Ontario*⁹⁷², a appliqué les mêmes principes et tiré les mêmes conclusions, bien que le traité en cause ait été négocié en 1873 sous le nouveau régime fédéral⁹⁷³. Il était sous-entendu qu'en changeant la rédaction des traités on aurait pu modifier le sort de ces litiges.

Des considérations de différente nature entraînent en jeu quand des traités de cession ont stipulé au profit des autochtones la création de nouvelles réserves, sans délimiter à l'avance leurs frontières. Contrairement aux paiements en espèces, la création d'une réserve devait alors se faire à partir des terres de la Couronne, normalement celles qui venaient d'être cédées par les autochtones. Toute autre interprétation aurait frustré l'intention des signataires et compromis l'équilibre ayant

⁹⁶⁹ Précité, note 714.

⁹⁷⁰ *Id.*, 213 (j. Watson).

⁹⁷¹ *Id.*, 211 et 212 (j. Watson).

⁹⁷² Précité, note 157.

⁹⁷³ *Id.*, 646 (j. Loreburn).

permis la conclusion de l'entente. Nous sommes donc en présence d'une «fiducie» au sens de l'article 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui impose au gouvernement de la province l'obligation de collaborer⁹⁷⁴ avec son vis-à-vis fédéral à la création des réserves promises⁹⁷⁵. Ajoutons cependant un bémol : le but de l'article 109 a été de sauvegarder les créances des habitants contre le détenteur du domaine public pendant le changement de régime opéré en 1867 ; il n'a pas conféré à ces créances une protection constitutionnelle. Leur seule protection demeurerait celle accordée par le droit commun, ni plus, ni moins. À supposer que la Couronne provinciale ait manqué à ses obligations dues aux autochtones, pour quelque raison⁹⁷⁶, c'est le gouvernement fédéral qui en aurait été responsable à titre de garant des traités.

La situation était sensiblement la même lorsqu'une province se faisait cosignataire avec le gouvernement fédéral d'un traité comportant une cession de terres indiennes. C'était encore le gouvernement fédéral qui en fin de compte était responsable envers les autochtones si la province

⁹⁷⁴ Après avoir tenu pour acquis l'existence d'une obligation incombant à la province d'honorer les termes du traité concernant la création de réserves, lord Davey a ajouté, dans *Ontario Mining Company c. Seybold*, précité, note 768, aux pp. 82 et 83 : «The result, however, is that the choice and location of the lands to be so appropriated could only be effectively made by a joint action of the two Governments.»

⁹⁷⁵ Monsieur le juge Street de la Cour divisionnaire de l'Ontario a conclu lui-aussi que: «La cession a sans doute été grevée par l'obligation qu'imposait le traité de choisir et de mettre de côté à l'usage et au profit particulier des Indiens, des parties précises des terres qu'il visait. Le gouvernement provincial ne pouvait, sans bafouer ouvertement la justice, se prévaloir de la cession et en même temps refuser de respecter la condition dont elle était assortie.» Ses propos ont été cités au texte par le Conseil privé dans *Ontario Mining Co. c. Seybold, id.*, à la p. 81, et à nouveau par la Cour suprême du Canada dans *Smith c. R.*, précité, note 158, à la p. 564.

⁹⁷⁶ Par exemple en faisant jouer son immunité de poursuite devant les tribunaux.

n'honorait pas sa parole⁹⁷⁷. Lui seul peut accepter une cession, pour la raison qu'il a hérité de l'obligation historique de protéger les autochtones contre les fraudes et l'exploitation⁹⁷⁸, et il ne peut s'en décharger sur une province, pas plus que sur n'importe quel autre tiers. Entre les Indiens et les provinces, ou entre les Indiens et les particuliers, il ne saurait y avoir de traité⁹⁷⁹; il n'y a que des contrats⁹⁸⁰. Un accord tripartite (autochtones, gouvernement fédéral et gouvernement provincial) répondant aux critères d'un traité⁹⁸¹ comporterait donc un double-aspect : l'accord dans son entier serait à la fois un traité, selon une perspective d'Ottawa, et un contrat, vu des capitales provinciales.

⁹⁷⁷ Cela ressort des motifs du juge Gonthier dans *R. c. Howard*, précité, note 676, 308 : «La province d'Ontario a fourni au gouvernement du Canada les fonds déboursés conformément au Traité. Cependant (...), le processus de cession des terres par traité relève au Canada de l'autorité fédérale et c'est le gouvernement fédéral qui, en fin de compte, était responsable à la fois du Traité et des débours.»(j. Gonthier). Ses propos prennent tout leur sens dès qu'on apprend que le traité en cause, dans *Howard*, a été signé conjointement par les gouvernements fédéral et provincial et qu'il comportait un engagement de la province de faire certains déboursés en argent. Voir le jugement de la Cour d'appel d'Ontario à (1992) 55 O.A.C. 189, 193 (la Cour).

⁹⁷⁸ *Guerin c. R.*, précité, note 2, 383 (j. Dickson); *Blueberry River Indian Band c. Canada*, précité, note 2, 370 et 371 (j. MacLachlin); *R. c. Lewis*, précité, note 699, 948 et 949 (j. Iacobucci).

⁹⁷⁹ Voir *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, précité, note 9, 143 et 144 (j. La Forest).

⁹⁸⁰ Dirait-on d'un particulier cosignataire d'un accord avec les autochtones qu'il a assumé des obligations issues de traité? Sans doute que non! Et qu'arriverait-il si ce particulier se trouvait incapable de les assumer? C'est là qu'on voit l'effet de la garantie de la Couronne contre les fraudes et l'exploitation. Elle n'a de sens que si le gouvernement fédéral se porte garant de toutes les obligations encourues envers les autochtones par traité, des siennes comme celles des autres.

⁹⁸¹ Voir S, GRAMMOND, *op.cit.*, note 714, pp.

ii) **L'article 88 de la *Loi sur les Indiens***

L'article 88 de *Loi sur les Indiens*⁹⁸² est la seconde disposition qui impose aux provinces, quoique indirectement, une certaine responsabilité à l'égard des autochtones. Il se lit comme suit :

Sous réserve des dispositions de quelque traité et de quelque autre loi fédérale, toutes les lois d'application générale et en vigueur dans une province sont applicables aux Indiens qui s'y trouvent et à leur égard, sauf dans la mesure où ces lois sont incompatibles avec la présente loi ou quelque arrêté, ordonnance, règle, règlement ou règlement administratif pris sous son régime, et sauf dans la mesure où ces lois contiennent des dispositions sur toute question prévue par la présente loi ou sous son régime⁹⁸³.

Sous réserve des exceptions prévues⁹⁸⁴, l'article incorpore par renvoi dans la *Loi sur les Indiens* l'ensemble des lois provinciales d'application générale, par ailleurs valides, qui touche à un aspect de l'autochtonéité ou de la quiddité⁹⁸⁵. Sans incorporation, une interprétation atténuée aurait été nécessaire pour éviter que ces lois n'empiètent sur le champ de compétence fédéral⁹⁸⁶.

La Cour suprême du Canada a jugé que la technique d'incorporation des lois provinciales par renvoi ne contrevenait pas à la règle constitutionnelle interdisant la délégation de pouvoirs

⁹⁸² Précitée, note 129.

⁹⁸³ *Id.*

⁹⁸⁴ Nous laissons à d'autres le soin de mieux décrire ces exceptions. Voir notamment P. HOGG, *op.cit.*, note 499, pp. 27-15 et 27-16 et J. WOODWARD, *op.cit.*, note 348, pp. 101-105.

⁹⁸⁵ Voir *supra*, notes 920-928 et le texte correspondant.

⁹⁸⁶ *Dick c. R.*, précité, note 921, 322 (j. Beetz).

législatifs⁹⁸⁷. Il n'y a même pas de délégation au sens strict ; jamais les législatures des provinces n'ont agi en tant que délégataires du Parlement du Canada⁹⁸⁸. Elles ont continué d'adopter des lois dans leurs champs de compétences, qu'il s'agisse d'environnement, d'exploitation des ressources naturelles, des cours d'eau non navigables, de chasse ou de pêche, pour ne mentionner que ceux susceptibles d'affecter les droits fonciers des autochtones⁹⁸⁹. En adoptant l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*, le Parlement a tout simplement considéré ces lois comme autant de faits juridiques qui serviraient à déterminer la portée de sa propre loi⁹⁹⁰.

Le rôle des provinces vis-à-vis les autochtones ne peut être qu'un rôle passif. Pour être incorporée au droit fédéral, en effet, une loi provinciale doit être une loi constitutionnellement valide⁹⁹¹, en plus d'être d'application générale, *i.e.* applicable également à tous les résidents de la

⁹⁸⁷ *Id.*, 328 (j. Beetz) ; *Attorney General for Ontario c. Scott*, [1956] S.C.R. 137, 142 et 143 (j. Rand) ; *Coughlin c. Ontario Highway Transport Board*, [1968] R.C.S. 569, 575 (j. Cartwright) ; *R. c. Furtney*, [1991] 3 R.C.S. 89, 102 (j. Stevenson).

⁹⁸⁸ *R. c. Furtney, id.*, 102 (j. Stevenson).

⁹⁸⁹ Voir l'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, précitée, note 156.

⁹⁹⁰ On peut citer par analogie *R. c. Furtney*, précité, note 985, aux pp. 102 et 103, où le juge Stevenson a commenté en ces termes l'arrêt *Lord's Day Alliance of Canada c. Attorney General of British Columbia*, [1959] S.C.R. 497 : « Dans cette affaire, la loi fédérale sur le dimanche interdisait de prendre part à des concours ou à des jeux publics «(s)auf les dispositions d'une loi provinciale actuellement ou désormais en vigueur». Notre Cour a statué que les lois provinciales autorisant ce comportement par ailleurs interdit n'étaient pas inconstitutionnelles, mais prescrivaient plutôt une condition de fait que le Parlement avait prévue comme limite à sa propre loi. »

⁹⁹¹ *R. c. Alphonse*, précité, note 863, 422 (j. MacFarlane) ; *R. c. Dick*, [1993] 5 W.W.R. 446, 453 (C.A. de C.-B.) (j. MacFarlane).

province sur l'ensemble de son territoire⁹⁹². Or ces conditions ne sont pas respectées dès que l'objet ou l'intention d'une loi se rapporte aux Indiens⁹⁹³. Le juge Beetz, dans *Dick c. La Reine*⁹⁹⁴, nous met toutefois en garde de confondre l'objet ou l'intention avec l'effet d'une loi. Celle-ci peut être plus lourde de conséquence à l'égard des autochtones et de leurs droits tout en demeurant une loi d'application générale⁹⁹⁵. La jurisprudence donne l'exemple des lois sur la conservation de la faune⁹⁹⁶. On évite en partie ce genre de quiproquo en se demandant si la loi sous examen entend réserver un traitement spécial aux autochtones, discriminatoire de quelque façon à leur égard⁹⁹⁷.

Avant 1982, notre analyse se serait arrêtée là. Mais l'adoption du paragraphe 35(1) de *Loi constitutionnelle de 1982*⁹⁹⁸ nous force à revoir la notion de loi d'application générale. Le paragraphe 35(1) a conféré une protection constitutionnelle aux droits ancestraux et issus de traités, avec pour résultat que le Parlement du Canada doit aménager ses lois afin de tenir compte de la priorité à accorder aux droits protégés⁹⁹⁹. Cela pose évidemment un problème quand le Parlement incorpore

⁹⁹² *R. c. Alphonse, id.*, 414 et 420 (j. MacFarlane) ; *Delgamuukw c. British Columbia*, précité, note 83, 171 (j. MacFarlane) ; *Kruger c. R.*, précité, note 678, 110 (j. Dickson).

⁹⁹³ *Dick c. R.*, précité, note 921, 321-326 (j. Beetz) ; *Kruger c. R., id.*, 111 (j. Dickson) ;

⁹⁹⁴ *Id.*

⁹⁹⁵ *Dick c. R., id.*, 321-326 (j. Beetz) ; *Kruger c. R., id.*, 110 (j. Dickson).

⁹⁹⁶ *Dick c. R., id.*, 325 et 326 (j. Beetz) ; *Kruger c. R., id.*, 112 (j. Dickson).

⁹⁹⁷ *Dick c. R., id.*, 323 et 326 (j. Beetz).

⁹⁹⁸ Précitée, note 174.

⁹⁹⁹ *R. c. Sparrow*, précité, note 8, 1101-1111 (j. Dickson) ; *R. c. Gladstone*, précité, note 266, 762-775 (j. Lamer).

par renvoi des lois provinciales, étant donné qu'il ignore la forme que prendra l'atteinte aux droits, et conséquemment les précautions à prendre.

Bien qu'il incorpore des lois provinciales, l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*¹⁰⁰⁰, en soi, n'empiète aucunement sur les droits protégés des autochtones ; donc nul besoin de modifier sa rédaction pour tenir compte des prescriptions de la Constitution, en supposant la chose pratique ou même réalisable¹⁰⁰¹. Ce sont les provinces qui sont en position d'adapter leurs lois. D'aucuns objecteront que ces lois perdent alors leur caractère de loi d'application générale, qu'elles deviennent inconstitutionnelles parce que relatives aux Indiens. Poussé à sa conclusion ultime, leur argumentaire obligerait le Parlement du Canada à dupliquer tous les règlements et les lois des provinces, sauf d'en restreindre l'application aux autochtones pour tenir compte du paragraphe 35(1). Le constituant n'a certainement pas voulu un tel résultat manifestement déraisonnable¹⁰⁰². Nous sommes donc d'avis que les provinces peuvent modifier leurs lois pour tenir compte de la priorité reconnue aux droits constitutionnels des autochtones¹⁰⁰³. Ces lois demeurent des lois d'application générale en autant que les modifications envisagées ne rendent pas plus onéreux le fardeau des autochtones, mais servent

¹⁰⁰⁰ Cité au texte, *supra*, note 981.

¹⁰⁰¹ *R. c. Alphonse*, précité, note 863, 421 (j. MacFarlane) ; *R. c. Dick*, précité, note 989, 453 (j. MacFarlane).

¹⁰⁰² En cas de doute, l'interprète d'une loi doit favoriser une interprétation raisonnable à une autre qui ne le serait pas (voir P.-A. CÔTÉ, *op.cit.*, note 518, p. 425).

¹⁰⁰³ C'est apparemment ce qu'a laissé entendre la Cour suprême du Canada dans *R. c. Côté*, précité, note 171, à la p. 185, quand elle a jugé que les textes législatifs fédéraux et provinciaux, qui limitent les droits ancestraux ou issus de traités, «devraient être assujettis à la même norme d'examen constitutionnel.»

au contraire à l'alléger de manière à rendre les lois conformes aux exigences constitutionnelles.

En résumé, la charge des affaires indiennes a été assumée par l'administration impériale jusqu'en 1860, date à laquelle elle a délégué à la Province du Canada tous ses pouvoirs de gestion interne concernant les autochtones et leurs droits historiques. Bien que le Parlement du Royaume-Uni ait retenu ses prérogatives de souverain sur sa Province, la Couronne en chef du Canada était devenue l'unique interlocuteur des autochtones l'habitant. On avait effectivement reconnu durant cette période le bien-fondé de la règle suivant laquelle le gouvernement responsable vis-à-vis les autochtones devait détenir les pouvoirs effectifs sur leurs droits¹⁰⁰⁴.

On a aussi reconnu du même coup que la Couronne se divisait entre ses différents chefs de gouvernement, non seulement entre la métropole et ses colonies¹⁰⁰⁵, mais également entre le nouveau pouvoir fédéral institué en 1867 et les gouvernements des provinces du Canada¹⁰⁰⁶. Il était normal qu'il en soit ainsi puisque que pouvoir et responsabilité doivent aller de pair¹⁰⁰⁷ ; et comme le constituant a confié au Parlement du Canada l'exclusivité des pouvoirs relatifs aux droits des Indiens, lui seul doit en assumer les responsabilités attenantes.

¹⁰⁰⁴ Voir *supra*, notes 891-894 et le texte correspondant.

¹⁰⁰⁵ Voir *supra*, note 903 et le texte correspondant.

¹⁰⁰⁶ *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, précité, note 9, 143 et 144 (j. La Forest).

¹⁰⁰⁷ Voir *supra*, note 957-958 et le texte correspondant.

CONCLUSION

Nous voulions, par notre thèse, étudier le rapport historique fondateur des obligations de la Couronne envers les autochtones du Canada. Nous avons ainsi opéré une rupture avec la démarche habituelle de *common law* qui tend à décrire ces obligations par incréments, tout en négligeant leurs origines. Si les obligations de la Couronne ont des racines historiques, l'histoire doit être le substrat qui en détermine la portée substantive et territoriale¹⁰⁰⁸. Nous convenons par ailleurs que l'interprétation judiciaire de l'histoire n'est pas univoque, qu'elle doit tendre à répondre aux besoins actuels, mais pas au point de s'abstraire des faits passés en faisant jouer la mémoire de manière sélective.

Ce rapport historique repose sur l'engagement du roi britannique de protéger les droits collectifs des autochtones. L'engagement remonterait un peu avant la guerre de Sept Ans (1756-1763), alors que des escarmouches laissaient entrevoir un conflit majeur imminent. Les autochtones alliés du souverain de Grande-Bretagne, essentiellement des Iroquois, se plaignaient des violences répétées des colons anglais, pour l'essentiel des empiétements sur les terres indiennes et des fraudes visant l'achat de ces mêmes terres. Ayant peur de perdre ses alliés autochtones, le roi anglais s'est porté garant du respect de leurs droits. Il adopta d'ailleurs la même attitude à l'égard de ses ennemis autochtones pour les convertir à sa cause¹⁰⁰⁹.

¹⁰⁰⁸ Sinon, on en viendrait à traiter le droit applicable aux autochtones comme un droit indéterminé et indéterminable fondé sur la seule discrétion judiciaire, qui serait au mieux une discrétion tempérée par des considérations politiques.

¹⁰⁰⁹ Voir *supra*, chap. I.

Cette stratégie de la Grande-Bretagne à l'égard des autochtones français nous a servi à démontrer sa volonté d'étendre la *common law* des droits ancestraux aux territoires cédés par la France. En effet, peu importe quelle était la situation juridique des autochtones sous l'ancien régime, le souverain anglais pouvait leur reconnaître de nouveaux droits. Et c'est ce qu'il a décidé de faire en reconnaissant l'occupation effective des peuples autochtones, comme il l'avait fait traditionnellement dans ses autres possessions qu'il avait été le premier à coloniser. Évidemment, sa stratégie étant de briser la coalition franco-indienne, le roi anglais se devait de protéger également les droits reconnus aux autochtones pendant l'occupation française. La protection de la Couronne semblait donc s'appliquer également sans distinguer entre les territoires cédés par une autre puissance européenne et les autres territoires colonisés par elle¹⁰¹⁰.

Une autre question préoccupante, parce que de la réponse dépendait l'orientation générale de nos travaux, est la nature publique ou privée des droits protégés. Il faut se rappeler qu'une des théories ayant cours, à propos des obligations régaliennes, était que la Couronne devait protéger et même favoriser l'autonomie gouvernementale autochtone. Prétendre qu'il existe un droit à un gouvernement autonome ne voulait évidemment rien dire tant qu'on avait pas défini le champ de ses compétences. À cet égard, l'arrêt *Pamajewon*¹⁰¹¹ de la Cour suprême du Canada a jeté un froid sur les tenants de cette thèse ; les pouvoirs de gouvernements, si vraiment ils existent, seraient limités aux compétences exercées avant la période de contact, a suggéré la Cour sans en décider. Mais pour

¹⁰¹⁰ Voir *supra*, chap. II.

¹⁰¹¹ *R. c. Pamajewon*, précité, note 267.

notre part, nous ne croyons pas que les sociétés autochtones jouissent de droits ancestraux de nature gouvernementale. Notre conviction découle d'une analyse du droit constitutionnel anglais, en particulier une coutume, aussi vieille que le règne d'Henri IV, voulant que le roi détenait tous pouvoirs de gouvernement et qu'ils étaient inaliénables. Cette fiction juridique a permis l'établissement d'un État fortement centralisé, qu'au demeurant on a jugé nécessaire pour assurer l'unité politique du royaume¹⁰¹².

Les droits autochtones protégés étaient donc uniquement des droits de nature privée. Plusieurs arrêts récents de la Cour suprême du Canada avaient par ailleurs circonscrit les paramètres définissant les droits ancestraux ; ces droits prennent leur source dans les coutumes pratiques et traditions des sociétés autochtones telles qu'elles existaient avant le contact avec les Européens. Une modalité des droits ancestraux est le titre indien. Pour l'établir, il faut un faisceau important de droits, peut-être au point de délimiter une zone d'occupation exclusive. Si la Cour suprême du Canada s'était chargée de définir les droits ancestraux, il fallait en faire autant pour les droits reconnus aux autochtones pendant le régime colonial français, car ces droits étaient eux aussi protégés par l'engagement de la Couronne. Nous avons appris que le droit d'alors, la *Coutume de Paris*, accordait des effets juridiques à l'occupation continue d'une terre. Et rien n'interdisait aux sociétés autochtones de se prévaloir du droit français, que ce soit pour prescrire des droits d'usage, ou encore une propriété complète, dépendant si l'occupation s'était faite de manière exclusive ou partielle. Cependant, ces droits, si droits il y a, ne peuvent être considérés comme des droits

¹⁰¹² Voir *supra*, section III.A.

ancestraux jouissant d'une garantie constitutionnelle¹⁰¹³.

Bien que la Couronne se soit engagée à protéger les droits privés des collectivités autochtones partout au Canada, la protection promise n'était pas un vague concept, plus ou moins large, qu'on pouvait réinterpréter selon les goûts du jour. Le contexte historique l'avait bien circonscrit : elle se voulait une solution pour lutter contre les fraudes et les empiétements dont souffraient les autochtones au moment de la conquête de la Nouvelle-France. Quant à l'aspect fraude, il n'a jamais été question de protéger les autochtones malgré eux lorsqu'ils consentaient à vendre leurs terres à un prix raisonnable. Leur autonomie décisionnelle n'avait été entamée que dans la mesure nécessaire pour atteindre cet objectif. Par conséquent, l'obligation de la Couronne se limitait à prévenir les marchés abusifs et à vérifier la qualité du consentement autochtone. C'est un objectif qui a été atteint en rendant les droits collectifs des autochtones inaliénables, sauf par une cession au souverain¹⁰¹⁴. Quant à la protection contre les empiétements sur leurs terres, la Couronne ne s'est jamais obligée à défendre leurs prétentions, mais bien leurs droits. Il fallait donc au préalable faire la preuve de ces droits par voie administrative ou judiciaire. Protection, dans un tel contexte, signifiait donc la protection offerte par le droit à travers ses organes judiciaires et administratifs. Ce n'est que pour concrétiser cette promesse que la Couronne a dû tenir compte de l'incapacité de fait des autochtones, incapacité causée par leur méconnaissance de l'appareil judiciaire anglais ou par la pauvreté de leurs moyens. D'abord, la Couronne a transformé cette incapacité de fait en incapacité légale, et s'est

¹⁰¹³ Voir *supra*, section III.B.

¹⁰¹⁴ Voir *supra*, section IV.C.

substituée aux autochtones devant les tribunaux pour défendre leurs terres. Même si, par la suite, l'incapacité légale des autochtones a été abrogée, il restait encore la possibilité d'une incapacité de fait, essentiellement par un manque de moyens financiers. Nous avons conclu que la Couronne devait alors les aider ; la garantie offerte par la Couronne aurait été effectivement illusoire si elle avait dépendu, pour sa réalisation, de la richesse des communautés autochtones concernées¹⁰¹⁵.

Pour définir le rapport qu'entretient la Couronne avec les autochtones, nous devons finalement préciser l'identité des partenaires gouvernemental et autochtone. Cela nous a amené, d'une part, à nous pencher sur l'évolution de la notion de Couronne en droit colonial. Par la même occasion, nous avons pu comprendre ce qui a incité la métropole à se délester de ses responsabilités envers les autochtones, donc le contexte historique qui a présidé à l'avènement de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹⁰¹⁶. Cette loi qui régit encore aujourd'hui le partage des pouvoirs entre le fédéral et les provinces a confié au palier fédéral, et à lui seul, les droits et les devoirs historiques anciennement assumés par la Couronne impériale. D'autre part, nous avons dû étudier, quoique sommairement, la vie politique des autochtones durant la période pré-contact. Cette démarche était nécessaire parce que la *common law* a respecté leur organisation sociale antérieure, avec ses modes d'occupation et de cession des terres. Il ne pouvait en être autrement si le colonisateur voulait garantir le caractère effectif de ses transactions avec les autochtones. Le fait que les droits protégés appartiennent à des sociétés, des organisations, et que les pratiques coloniales aient respecté leur

¹⁰¹⁵ Voir *supra*, section IV.B.

¹⁰¹⁶ Précitée, note 156.

fonctionnement interne, nous en avons conclu que le droit avait dû reconnaître une personnalité juridique aux sociétés autochtones¹⁰¹⁷.

¹⁰¹⁷ Voir *supra*, chaps. V et VI.

ABRÉVIATIONS

- A.N.C. Archives nationales du Canada
 B.P.P. British Parliamentary Papers, Shannon, Irish University Press, 1968
- D.B.C. *Dictionnaire Biographique du Canada*, Québec, P.U.L., 1980
- D.H.S.N. Francis JENNINGS (éd.), *Iroquois Indians: A Documentary History of the Diplomacy of the Six Nations and Their League*, Woodbridge (Ct.), Research Publication, 1985.
- D.R.H.C.C. Adam SHORTT et Arthur G. DOUGHTY (éds.), *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada (1759-1791)*, 2^e éd., Ottawa, T. Mulvey imprimeur, 1921.

 Arthur G. DOUGHTY et N. STORY (éds.), *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada (1819-1828)*, vol. 3, Ottawa, Patenaude imprimeur, 1935
- F.P. Thomas FITCH, *Fitch Papers*, Hartford (Ct.), Collections of the Connecticut Historical Society, 1920.
- I.T.S. CANADA, *Indian Treaties and Surrenders*, Ottawa, imprimeur de la Reine, 1891 et 1912, réimpression par Fifth House Publishers, Saskatoon, 1993
- J.A.L.C. Journaux de l'Assemblée législative du Canada
- L.C.S.G *Laws of the Colonial and State Governments, Relating to Indians and Indian Affairs, from 1633 to 1831*, Washington (D.C.), Thompson and Homans, 1832, réimpression par Earl M. Coleman, Standfordville (New York), 1979
- N.Y.C.D Edmund Bailey O'CALLAGHAN (dir.), *Documents Relative to the Colonial History of the State of New York*, Albany (New York), Weed Parsons, 1856.
- P.S.W.J. William JOHNSON, *Papers of Sir William Johnson*, Albany (N.Y.), The University of the State of New York, 1953.
- R.I.B.C.G. Leonard W. LABAREE (éd.), *Royal Instructions to British Colonial Governors, 1670-1776*, Octagon Books, New York, 1967.

Pour la rédaction des références et des autres abréviations, nous nous sommes guidés sur l'ouvrage de Didier LLUELLES, *Guide des références pour la rédaction juridique*, 5^e éd., Montréal, Thémis, 1995, ainsi que sur la liste des abréviations fournie par *Index to Foreign Legal Periodicals*, London, Institute of Advanced Legal Studies et *Index to Legal Periodicals*, Buffalo, Law Book Publishers.

BIBLIOGRAPHIE

TABLE DES LOIS, RÉGLEMENTS, TRAITÉS INDIENS ET DOCUMENTS INTERNATIONAUX

- Accord entre les Inuit de la région du Nunavut et Sa Majesté la Reine en chef du Canada*, Ottawa, Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien et la société Tungavik, 1993
- Acte concernant les Sauvages*, S.R.C. 1886, c. 98
- Acte concernant les Sauvages et les terres des Sauvages*, S.R.B.C. 1861, c. 14
- Acte constitutionnel de 1791*, L.R.C. 1985, App. II, n° 3
- Acte de Québec de 1774*, L.R.C. 1985, App. II, n° 2
- Acte d'Union*, 1840, L.R.C. 1985, App. II, n° 4
- Acte pour abroger en partie et amender un acte intitulé: Acte pour mieux protéger les terres et les propriétés des Sauvages dans le Bas-Canada*, S.Prov.C. 1851, c. 59
- Acte pour amender et refondre les lois concernant les sauvages*, S.C. 1876, c. 18
- Acte pour mieux protéger les terres et les propriétés des Sauvages dans le Bas-Canada*, S. Prov. C. 1850, c. 42
- Acte pourvoyant à l'émancipation graduelle des Sauvages, à la meilleure administration des affaires des Sauvages, et à l'extension des dispositions de l'acte trente-et-un Victoria, chapitre quarante-deux*, S.C. 1869, c. 6
- Acte pourvoyant à l'organisation du Département du Secrétaire d'État du Canada, ainsi qu'à l'administration des Terres des Sauvages et de l'Ordonnance*, S.C. 1868, c. 42
- Acte relatif à l'administration des terres et des biens des Sauvages*, S.C. 1860, c. 151
- An act concerning Indians*, 1665, L.C.S.G., pp. 150 et 151
- An Act for preventing fraudulent Dealings in the Trade with the Indians*, S.N.S. 1762, c. 3.
- An Act for the protection of the Indians in Upper Canada from imposition, and the property occupied or enjoyed by them from trespass and injury*, S. Prov. C. 1850, c. 74 (ci-après cité: *An Act for the protection of the Indians in Unpper Canada*)
- An Act for the Protection of the Lands of the Crown in this Province from Trespass and Injury*, R.S.U.C. 1792-1840 (1839), c. 15.
- AN ACT of the Province of Massachusetts Bay, passed 1693-4, for the better rule and government of the Indians in their several plantation*, L.C.S.G., pp. 12-14.
- An Act to explain and amend an Act of the Parliament of the late Province of Upper Canada, passed in the second year of Her Majesty's Reign intituled "An Act for the protection of the lands of the Crown in this Province from trespass and injury, and to make further provision for that purpose"*, S. Prov. C. 1849, c. 9
- Bill of Rights*, 1689 (U.K.)
- Charte canadienne des droits et libertés*, L.R.C. 1985, App. II, n° 44, annexe B
- Charte des Nations-Unies*, 26 juin 1945
- Convention de la Baie-James et du Nord québécois*, Québec, éditeur officiel du Québec, 1991
- Crown Proceeding Act*, S.B.C. 1974, c. 24
- Décret en conseil sur la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest*, 23 juin 1870, L.R.C. 1985, App. II, n° 9
- Édit de 1667 de Louis XIV*
- Loi concernant les Sauvages*, S.R.C. 1906, c.81
- Loi constitutionnelle de 1867*, L.R.C. 1985, App. II, n° 5
- Loi constitutionnelle de 1982*, L.R.C. 1985, App. II, n° 44
- Loi des Indiens*, S.R.C. 1927, c. 98
- Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21

Loi du 2 juin 1924, 43 Stat. 253 (U.S.)
Loi modifiant la Loi des pétitions de droit, S.C. 1950-1951, c. 33
Loi modifiant la Loi des Sauvages, S.C. 1911, c. 14
Loi modifiant la Loi sur la Cour fédérale, la Loi sur la responsabilité de l'État, la Loi sur la Cour suprême et d'autres lois en conséquences, L.C. 1990, c. 8
Loi modifiant la Loi sur les Indiens, L.C. 1985, c. 27
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. 1985, c. F-7
Loi sur la responsabilité de l'État, L.R.C. 1985, c. C-50
Loi sur les Indiens, S.C. 1951, c. 29
Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, c. I-6
Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, c. I-5
Magna Carta, 1215 (U.K.)
Nisga'a Treaty Negotiations; Agreement-in-Principle, édité conjointement par le Gouvernement du Canada, la Province de Colombie-Britannique et le Conseil tribal Nisga'a, 15 février 1996
Of the King's Prerogative, 17 Edw. II (1324)
Ordonnance qui défend de vendre des Liqueurs fortes aux Sauvages dans la Province de Québec, qui empêche aussi d'acheter leurs Armes et Habilemens, et pour d'autres objets concernant la Traite et le Commerce avec les dits Sauvages, 17 Geo. III (Qué. 1777), c. 7
Ordonnance pour rappeler certaines parties d'une Ordonnance y mentionnées, et pour amender certaines autres parties de la dite Ordonnance et pour pourvoir à la protection ultérieure des Indiens ou Sauvages dans cette Province, 3 & 4 Vict. (Prov. C. 1840), c. 44
Proclamation de 1983 modifiant la Constitution, L.R.C. 1985, App. II, n° 46
Proclamation royale de 1763, L.R.C. 1985, App. II, n° 1
Projet de déclaration des Nations Unis sur les droits des peuples autochtones, 20 avril 1994, document n° E/CN.4/Sub.2/1994/2/Add.1
Règles de la Cour fédérales, C.R.C. 1978, c. 663
Statut de Westminster, L.R.C. 1985, App. II, n° 27
Traité de Paris de 1763
Triennial Act, 1664 (U.K.)

TABLE DES ARRÊTS

Adams c. R., [1993] R.J.Q. 1011 (C.A.)
Air Canada c. Procureur général de la Colombie-Britannique, [1986] 2 R.C.S. 539
Alberta Government Telephones c. C.R.T.C., [1989] 2 R.C.S. 225
Alliance de la fonction publique du Canada c. Francis, [1982] 2 R.C.S. 72
Amodu Tijani c. Secretary of Southern Rhodesia, [1921] 2 A.C. 399
Angus c. Canada, [1990] 3 C.F. 410 (C.A.)
Apsassin c. Canada, (1993) 100 D.L.R. (4th) 504 (C.A.F.)
Assoc. des parents francophones de la Colombie-Britannique c. British Columbia, n° A890762, 19 août 1996
Attorney-General c. De Kelsler's Royal Hotel, [1920] A.C. 508 (H.L.)
Attorney-General c. Great Southern and Western Railway Co. of Ireland, [1925] A.C. 754 (C.P.)
Attorney-General for Canada c. Cain, [1906] A.C. 542
Attorney-General for Ontario c. Bear Island Foundation, (1984) 49 O.R. (2d) 353 (H.C.)
Attorney General for Ontario c. Canada Temperance Foundation, [1946] A.C. 193 (C.P.)
Attorney-General for Ontario c. McLean Gold Mines Ltd., [1927] A.C. 185 (C.P.)
Attorney General for Ontario c. Scott, [1956] S.C.R. 137
Attorney-General for Quebec c. Attorney-General for Canada, [1921] 1 A.C. 401 (C.P.) (*Star Chrome*)
Attorney-General for the Dominion of Canada c. Attorney-General for Ontario, [1897] A.C. 199 (C.P.)

- Avis sur le rapatriement de la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753
- Baker Lake c. Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien*, [1980] 1 C.F. 518 (1^e inst.)
- Bande Alexander (N^o 134) c. Canada*, [1991] 2 C.F. 3 (1^e inst.)
- Bande Eastmain c. Canada*, [1993] 1 C.F. 501 (C.A.)
- Bande de Sawridge c. Canada*, [1996] 1 C.F. 3 (C.A.)
- Banque de Montréal c. Bail Ltée*, [1992] 2 R.C.S. 554
- Barclays Bank Plc. c. O'Brien*, [1994] 1 A.C. 180 (H.L.)
- Bastien c. Hoffman*, (1867) L.C.R. 238
- Batchewana Indian Band c. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, (1996) 142 D.L.R. (4th) 122 (C.A.F.)
- Bauer c. R.*, C.F. 1^e inst., n^o T-125-84, 28 février 1984
- Bawlf Grain Co. c. Ross*, (1917) 55 Can S.C.R. 232
- Beaumier c. Commission nationale des libérations conditionnelles*, [1981] 1 C.F. 454 (1^e inst.)
- Belfast Corp. c. O.D. Cars Ltd.*, [1960] A.C. 490, 523 (H.L.)
- Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749
- Blankard c. Galdy*, (1694) 2 Salk. 411, 91 E.R. 356
- Blueberry River Indian Band c. Canada*, [1995] 4 R.C.S. 344
- Bonanza Creek Gold Mining Co. Ltd. c. The King*, [1916] 1 A.C. 566 (C.P.)
- Bone c. Sioux Valley Indian Band N^o 290*, (1996) 107 F.T.R. 133 (1^e inst.)
- Brown c. Board of Education (Brown 2)*, (1955) 349 U.S. 294, 75 S.Ct. 753.
- Bruce c. Reynett*, [1979] 2 C.F. 697 (1^e inst.)
- Burma Oil Co. Ltd. c. Lord Advocate*, [1965] A.C. 75 (H.L.)
- Burnie Port Authority c. General Jones Pty. Ltd.*, [1994] 179 C.L.R. 520 (H.C. Aust.)
- Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313
- Calvin's Case*, (1609) 7 Co.Rep. 1a, 77 E.R. 377
- Campbell c. Hall*, (1774) 1 Cowp. 204, 98 E.R. 1045.
- Canada c. Bradley*, [1941] S.C.R. 270
- Canada (Commission de la capitale nationale) c. Colgate*, [1974] R.C.S. 1096
- Canadian Broadcasting Corporation c. Attorney-General for Ontario*, [1959] S.C.R. 188
- Canadian Indemnity Co. c. Johns-Marville Co.*, [1990] 2 R.C.S. 549
- Canadien Pacifique Ltée c. Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654
- Cassel and Co. Ltd. c. Broome*, [1972] A.C. 1027 (C.P.)
- Cherokee Nation c. State of Georgia*, (1831) 30 U.S. (5 Pet.) 1
- Chippewas of Kettle and Stoney Point c. Canada (Attorney General)*, (1996) 31 O.R. (3d) 97 (C.A.)
- Chippewas of Nawash First Nation c. Canada*, (1996) 116 F.T.R. 37 (1^e inst.)
- C.I.B.C. Mortgages Plc. c. Pitt*, [1994] 1 A.C. 200 (H.L.)
- Clark c. Canada*, C.A.F., n^o A-447-94, 15 mars 1995
- Clark c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1988] 2 R.C.S. 680
- Coe c. The Commonwealth [The Wiradjuri Claim]*, [1994] 68 A.L.J.R. 110 (H.C. Aust)
- Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139
- Commission de transport de la Communauté urbaine de Québec c. Canada (Commission des champs de bataille nationaux)*, [1990] 2 R.C.S. 838
- Construction Montcalm c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754
- Cooper c. Stuart*, (1889) 14 App. Cas. 286 (C.P.)
- Corinthe c. Séminaire de Saint-Sulpice*, (1911) 21 B.R. 316
- Corinthe c. Seminary of St. Sulpice*, [1912] A.C. 872 (C.P.)
- Corporation of Surrey c. Peace Arch Enterprises Ltd.*, (1970) 74 W.W.R. 380 (C.A. de C.-B.)
- Côté c. R.*, [1993] R.J.Q. 1350 (C.A.)
- Coughlin c. Ontario Highway Transport Board*, [1968] R.C.S. 569
- Custer c. Hudson's Bay Company Developments Ltd.*, [1983] 1 W.W.R. 566 (C.A. Sask.)
- Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835
- D'ailleboust c. Bellefleur*, (1919) 25 R.L. 50
- Deer c. Conseil Mohawk de Kahnawake*, [1991] 2 C.F. 18 (1^e inst.)

- Delgamuukw c. British Columbia*, (1993) 5 W.W.R. 97 (C.A. de C.-B.)
Delorimier c. Cross, (1937) 62 B.R. 98
Derrickson c. Derrickson, [1986] 1 R.C.S. 285
Devloo c. Canada, (1990) 33 F.T.R. 1 (1^e inst.)
Dick c. R., [1985] 2 R.C.S. 309
Dominion of Canada c. Province of Ontario, [1910] A.C. 637 (C.P.)
Donegani c. Donegani, (1835) Reports of Cases 605 (C.P.)
Dyson c. Attorney-General, [1911] 1 K.B. 410
Easterbrook c. The King, [1931] S.C.R. 210
Egan c. Canada, [1995] 2 R.C.S. 513
Elk c. Wilkins, (1884) 112 U.S. 94
First English Evangelical Lutheran Church of Glendale c. Los Angeles County, Cal., (1987) 482 U.S. 304, 107 S.Ct. 2378
Four B. Man. c. Travailleurs unis du vêtement, [1980] 1 R.C.S. 1031
Frame c. Smith, [1987] 2 R.C.S. 99
Francis c. R., [1956] S.C.R. 618
Freeman c. Pitts, (1992) 112 S.Ct. 1430
Gestion Complexe Cousineau c. Canada, [1995] 2 C.F. 694 (C.A.)
Giannarelli c. Wraith, [1988] 165 C.L.R. 543 (H.C. Aust.)
Government of Malaysia c. Selangor Pilot Association, [1978] A.C. 337 (C.P.)
Grand Council of the Crees (Quebec) c. R., [1982] 1 C.F. 599 (C.A.)
Guerin c. R., [1984] 2 R.C.S. 335
Guimond c. Québec (Procureur général), [1996] 3 R.C.S. 347
Hay River (ville de) c. R., [1980] 1 C.F. 262 (1^e inst.)
Hoani c. Aota Land Board, [1941] 2 All E.R. 93 (C.P.)
Hodge c. R., (1883-1884) 9 App. Cas. 117 (C.P.)
Hodgkinson c. Simms, [1994] 3 R.C.S. 377
Hollis c. Dow Corning Corp., [1995] 4 R.C.S. 634
Hopp c. Lepp, [1980] 2 R.C.S. 192
Invercargill City Council c. Hamlin, [1996] A.C. 624 (C.P.)
Iowa Mut. Ins. Co. c. LaPlante, (1987) 480 U.S. 9
Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général), [1989] 1 R.C.S. 927
Jackson c. Goodell, (1823) 20 Johns. 193 (N.Y.)
Johnson c. Jones, (1895) 26 O.R. 109 (Chanc.)
Johnson c. M'Intosh, (1823) 8 Wheaton 543
Johnstone c. Conolly, (1869) 17 R.J.R.Q. 266 (C.A.)
Just c. Colombie-Britannique, [1989] 2 R.C.S. 1231
Kamloops c. Neilson, [1984] 2 R.C.S. 2
Kruger c. R., [1986] 1 C.F. 3 (C.A.)
Kruger c. R., [1978] 1 R.C.S. 104
Labrador Co. c. R., [1893] A.C. 104 (C.P.)
Lac la Ronge Indian Band c. Beckman, (1990) 66 D.L.R. (4th) 1 (C. du B.R. Sask.)
Lac Minerals c. International Corona Resources, [1989] 2 R.C.S. 574
Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario, [1991] 2 R.C.S. 211
Les Parents Naturels c. Sup. of Child Welfare, [1976] 2 R.C.S. 751
Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Min. of Justice), (1996) 134 D.L.R. (4th) 293 (C.S. de C.-B.)
Llyods Bank Ltd. c. Bundy, [1975] Q.B. 326
London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd., [1992] 3 R.C.S. 299
Lord's Day Alliance of Canada c. Attorney General of British Columbia, [1959] S.C.R. 497
Lount Corp. c. Canada (Attorney General), (1983) 2 D.L.R. (4th) 723 (C.F. 1^e inst.)
Lubicon Lake Band c. Norcen Energy Resources Ltd., C. du B.R. Alb., n° 8201-03713, 22 octobre 1987
Lucas c. South Carolina Coastal Council, (1992) 505 U.S. 1003, 112 S.Ct. 2886

M. c. Home Office, [1994] 1 A.C. 377 (H.L.)
M.(K.) c. M.(H.), [1992] 3 R.C.S. 6
Mabo c. Queensland, [1992] 66 A.L.J.R. 408 (H.C.)
Madzimbamuto c. Lardner-Burke, [1969] 1 A.C. 645 (C.P.)
Mahe c. Alberta, [1990] 1 R.C.S. 342
Manitoba Fisheries Ltd. c. R., [1979] 1 R.C.S. 101
Manuel c. Attorney-General, [1982] 3 W.W.R. 821 (C.A.)
Maple Lodge Farms c. Gouvernement du Canada, [1982] 2 R.C.S. 2
Marten Falls First Nation c. Ontario, C.J. Ont., n° 5793-94, 7 juillet 1994
McInerney c. McDonald, [1992] 2 R.C.S. 138
McKinney c. University of Guelph, [1990] 3 R.C.S. 229
Miller c. The King, [1950] S.C.R. 168
Mitchell c. Bande indienne Peguis, [1990] 2 R.C.S. 85
Moon c. Campbell River Indian Band, (1996) 114 F.T.R. 269 (1^e inst.)
Moosehunter c. R., [1981] 1 R.C.S. 282
Morgan c. Procureur général de l'Île-du-Prince-Edward, [1976] 2 R.C.S. 349
Morrison c. Coast Finance Ltd., (1965) 55 D.L.R. (2d) 710 (C.A. de C.-B.)
Mundle c. Canada (Minister of National Defence), (1994) 85 F.T.R. 258 (1^e inst.)
Murphyores Incorporated Pty Ltd. c. The Commonwealth, (1976) 136 C.L.R. 1 (H.C. Aust.)
Myran c. R., [1976] 2 R.C.S. 137
New Zealand Maori Council c. Attorney-General, [1987] 1 N.Z.L.R. 641 (C.A.)
New Zealand Maori Council c. Attorney-General, [1992] 2 N.Z.L.R. 576 (C.A.)
Norberg c. Wynrib, [1992] 2 R.C.S. 224
Nova Scotia c. Pow Investments Ltd., [1975] 2 R.C.S. 86
Nowegijick c. R., [1983] 1 R.C.S. 29
Oka c. Simon, C.A.Q., n° 500-09-000365-890, 18 septembre 1991
Ominayak and the Lubicon Indian Band c. R., [1987] 3 C.F. 174 (1^e inst.)
Ontario (Attorney-General) c. Bear Island Foundation, (1989) 68 O.R. (2d) 394 (C.A.)
Ontario Hydro c. Ontario (Commission des relations de travail), [1993] 3 R.C.S. 327
Ontario Mining Company c. Seybold, [1903] A.C. 73 (C.P.)
Ontario (procureur général) c. Bear Island Foundation, [1991] 2 R.C.S. 570
Opron Construction Co. c. Alberta, (1994) 151 A.R. 241 (C. du B.R.)
Oregon Jack Creek Indian Band c. Canadian National Railway Co., (1989) 34 B.C.L.R. (2d) 344 (C.A.)
Oregon Jack Creek c. C.N., [1989] 2 R.C.S. 1069
Oregon Jack Creek c. C.N., [1990] 1 R.C.S. 117
O'Toole c. Charles David Pty. Ltd., [1991] 171 C.L.R. 232 (H.C. Aust.)
Oyekan c. Adele, [1957] All E.R. 785 (C.P.)
Panzer c. Zeifman, (1978) 20 O.R. (2d) 502 (C.A.)
Paul c. Canadien Pacific Ltd., (1983) 2 D.L.R. (4th) 22 (C.A. du N.-B.)
Paul c. Paul, [1986] 1 R.C.S. 306
Pawis c. R., [1980] 2 C.F. 18 (1^e inst.)
Practice Statement (Judicial Precedent), [1966] 1 W.L.R. 1234 (H.L.)
Prince c. Tracey, (1913) 25 W.L.R. 412 (C. du B.R. Man.)
Province of Ontario c. Dominion of Canada, (1909) 42 Can. S.C.R. 1
Quebec(Procureur général) c. Canada (Office national de l'énergie), [1994] 1 R.C.S. 159
R. c. Adams, [1996] 3 R.C.S. 101
R. c. Agawa, (1988) 65 O.R. (2d) 505 (C.A.)
R. c. Alphonse, [1993] 5 W.W.R. 401 (C.A. de C.-B.)
R. c. Anderson; Ex parte Ipec Air Pty Ltd., (1965) 113 C.L.R. 177 (H.C. Aust.)
R. c. B.(K.G.), [1993] 1 R.C.S. 740
R. c. Badger, [1996] 1 R.C.S. 771
R. c. Big M Drug Mart Ltd., [1985] 1 R.C.S. 295

- R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452
R. c. Chevrier, [1988] 1 C.N.L.R. 128 (C.D. Ont.)
R. c. Clark, C.A. Ont., n° C19026, 6 février 1995
R. c. Côté, [1996] 3 R.C.S. 139
R. c. Coullonneur, C.P. Sask., aucun n° de greffe, 28 mai 1996
R. c. Denny, (1990) 55 C.C.C. (3d) 322 (C.A. de N.-É.)
R. c. Dick, [1993] 5 W.W.R. 446 (C.A. de C.-B.)
R. c. Eldorado Nucléaire Ltée, [1983] 2 R.C.S. 551
R. c. Foreign Secretary, Ex parte Indian Association of Alberta and Others, [1982] 1 Q.B. 892 (C.A. du R.-U)
R. c. Fowler, (1993) 134 N.B.R. (2d) 361 (C.P.)
R. c. Fox, [1994] 3 C.N.L.R. 132 (C.A. Ont.)
R. c. Francis, [1988] 1 R.C.S. 1025
R. c. Furtney, [1991] 3 R.C.S. 89
R. c. Gladstone, [1996] 2 R.C.S. 723
R. c. Hopkins, C.S. de C.-B., n° 13751, 29 octobre 1992
R. c. Horseman, [1990] 1 R.C.S. 901
R. c. Howard, (1992) 55 O.A.C. 189 (C.A.)
R. c. Howard, [1994] 2 R.C.S. 299
R. c. Isaac, (1975) 13 N.S.R. (2d) 460 (C.A.)
R. c. Jack, John and John, (1996) 131 D.L.R. (4th) 165 (C.A. de C.-B.)
R. c. Laba, [1994] 3 R.C.S. 965
R. c. Lewis, [1996] 1 R.C.S. 921
R. c. Little, [1993] 3 C.N.L.R. 214 (C.S. de C.-B.)
R. c. Marshall, C.P. de N.-É., n°s 54-425985, 54-426314 et 54-426315, 27 juin 1996
R. c. McCormick, (1859) 18 U.C.Q.B. 131
R. c. Nikal, [1996] 1 R.C.S. 1013
R. c. Noël, C.T. des T. du N.-O., aucun n° de greffe, 25 août 1995
R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd., [1996] 2 R.C.S. 672
R. c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103
R. c. O'Connor, [1995] 4 R.C.S. 411
R. c. Pamajewon, (1995) 21 O.R. (3d) 385 (C.A.)
R. c. Pamajewon, [1996] 2 R.C.S. 821
R. c. Phelps, (1823) 1 Tay. 47 (C. du B.R. H.-C.)
R. c. Powell, (1841) 1 Q.B. 352
R. c. Salituro, [1991] 3 R.C.S. 654
R. c. Sampson, (1996) 131 D.L.R. (4th) 192 (C.A. de C.-B.)
R. c. Sioui, [1990] 1 R.C.S. 1025
R. c. Snake, C.A. Ont., n° C22427, 13 juin 1996
R. c. Sparrow, [1990] 1 R.C.S. 1075
R. c. Stronquill, (1953) 16 C.R. 194 (C.A. Sask.)
R. c. Sutherland, [1980] 2 R.C.S. 451
R. c. Sikyea, (1964) 43 D.L.R. 150 (C.A. des T. du N.-O.)
R. c. Sikyea, [1964] S.C.R. 642
R. c. Tener, [1985] 1 R.C.S. 533
R. c. Van der Peet, [1996] 2 R.C.S. 507
R. c. Vaughan, (1769) 4 Burr. 2494, 98 E.R. 308
R. c. Vincent, (1993) 12 O.R. (3d) 397 (C.A.)
R. c. Wesley, (1932) 2 W.W.R. 337 (C.A. Alb.)
R. c. White, (1965) 50 D.L.R. (2d) 613 (C.A. de C.-B.)
R. c. Williams, [1995] 2 C.N.L.R. 229 (C.A. de C.B.)
Racicot c. Bertrand, [1979] 1 R.C.S. 441
Re Central Can. Potash Co. and Min. of Mineral Resources, [1973] 1 W.W.R. 193 (C.A. Sask.)

- Re Edward and Edward*, (1987) 39 D.L.R. (4th) 654, 664 (C.A. Sask.)
Re Leonard and The Queen, (1984) 11 D.L.R. (4th) 236 (C.A. de C.-B.)
Re: Loi sur les écoles publiques (Man.), [1993] 1 R.C.S. 839
Re: Propriété du lit du Détroit de Georgie, [1984] 1 R.C.S. 388
Re Stoney Plain Indian Reserve n° 135, (1981) 130 D.L.R. (3d) 636
Re Southern Rhodesia, [1919] A.C. 211 (C.P.)
Regina ex rel. Gibb c. White, (1870) 5 P.R. 315 (C.P. Ont.)
Renvoi relatif à la Loi sur l'instruction publique, [1993] 2 R.C.S. 511
Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.), [1987] 1 R.C.S. 1148
Renvoi sur les droits linguistiques du Manitoba, [1985] 1 R.C.S. 721
Renvoi sur les droits linguistiques du Manitoba, [1992] 1 R.C.S. 212
RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général), [1995] 3 R.C.S. 199
Roberts c. Canada, [1989] 1 R.C.S. 322
Roberts c. Canada, C.F. 1^{er} inst., n° T-2652-85 et T-951-89, 19 septembre 1995
Ross c. Conseil scolaire du district no 15 du Nouveau-Brunswick, [1996] 1 R.C.S. 825
Ruding c. Smith, (1821) 2 Hagg.Con. 371, 161 E.R. 774
Sakariyawo Oshodi c. Moriamo Dakolo, [1930] A.C. 667 (C.P.)
Sammut c. Strickland, [1938] A.C. 678 (C.P.)
Sanderson c. Heap, (1909) 19 Man. L.R. 122 (C. du B.R.)
Saugeen Band of Indians c. Canada, C.F. 1^{er} inst., n° T-1026-92, 10 septembre 1992
Semiahmoo Indian Band c. Canada, (1996) 128 D.L.R. (4th) 542 (C.F.)
Seminary of Quebec c. Patterson, (1820) 1 R.J.R.Q. 180 (C. du B.R.)
Sheldon c. Ramsey, (1852) 9 U.C.Q.B. 105
Sigearak EJ-53 c. The Queen, [1966] S.C.R. 645
Simon c. R., [1985] 2 R.C.S. 387
Six Nations Traditional Hereditary Chiefs c. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs), (1991) 43 F.T.R. 132
 (1^{er} inst.)
Smith c. Brown, (1707) 2 Salk. 666, 91 E.R. 566
Smith c. R., [1983] 1 R.C.S. 554
Sobhusa II c. Miller, [1926] A.C. 518 (C.P.)
St. Catherine's Milling and Lumber Co. c. The Queen, (1887) 13 Can. S.C.R. 577
St. Catherine's Milling and Lumber Co. c. The Queen, (1888) 14 App. Cas. 46 (C.P.)
St-Eustache (Ville) c. Lorrain, C.A.Q., n° 500-09-001265-891, 4 mars 1996
Stewart c. Stewart, C.A. de C.-B., n° CA021881, 17 mars 1997.
Stuart c. Bowman, (1851) 3 R.J.R.Q. 228 (C.S.)
Te Runanga o Muriwhenua Inc. c. Attorney-Genral, [1990] 2 N.Z.L.R. 641 (C.A.)
Te Runanga o Wharekauri Rekohu Inc. c. Attorney-General, [1993] 2 N.Z.L.R. 301 (C.A.)
The Lauderdale Peerage, (1885) 10 App. Cas. 692 (C.P.)
The Minister of Finance of British Columbia c. The King (at the Prosecution of Andler et al), [1935] S.C.R. 278
The Queen et al c. Leong Ba Chai, [1954] S.C.R. 10
The Queen c. Lords Commissioners of the Treasury, [1872] 7 Q.B. 387
The Queen c. Secretary of State for War, [1891] 2 Q.B. 326
The Queen c. Strong, (1850) 1 Gr 392
Thibaudeau c. Canada, [1995] 2 R.C.S. 627
Thomas c. Hopkins, [1992] 2 C.N.L.R. 139 (C.S. de C.-B.)
Union Government (Minister of Lands) c. Estate Whittaker, [1916] A.D. 194 (Afr. du Sud)
United States c. Wheeler, (1978) 435 U.S. 313
Vajesingji Joravarsingji c. Secretary of State for India, (1924) L.R. 51 I.A. 357 (C.P.)
Vasquez c. Canada, C.F. 1^{er} inst., n° T-482-87, 22 juin 1987
Walker c. State of New South Wales, (1994) 182 C.L.R. 45 (H.C. Aust.)
Watkins c. Olafson, [1989] 2 R.C.S. 750
Western Industrial Contractors Ltd. c. Sarcee Developments, (1979) 98 D.L.R. (3d) 424 (C.A. Alb.)

- Wewayakum Indian Band c. Canada*, (1991) 42 F.T.R. 40 (1^e inst.)
Wewayakum Indian Band c. Canada, C.F., n° T2652-85, 19 septembre 1995.
Wilcox c. Wilcox, (1857) 2 L.C.J. 1 (C.A.)
Wik Peoples c. Queensland, [1996] 71 A.L.J.R. 173 (H.C. Aust.)
Worcester c. Georgia, (1832) 31 U.S. (6 Pet.) 515

MONOGRAPHIES

- ARON, Raymond, *Introduction à la philosophie de l'histoire : essai sur les limites de l'objectivité historique*, Paris, Gallimard, 1948, réimpression par le même éditeur, 1967
- ARON, Raymond, *Dimensions de la conscience historique*, 2^e éd. Révisée, Paris, Plon, 1964
- ADAMS, Gary B., *The Origins of the English Constitution*, New-Haven, Yale University Press, 1912 réimpression par Oxford University Press, London, 1986
- ALVORD, Clarence W., *Genesis of the Proclamation of 1763*, Lansing, Michigan Pioneer and Historical Society Collections, 1908
- ALVORD, Clarence W., CARTER, C.E., (éds.), *The New Regime, 1765-1767*, Springfield, Illinois State Historical Library, 1916
- ASSINIWI, Bernard, *L'Odawa Pontiac*, Montréal, XYZ, 1994
- BAILYN, Bernard, *The Ideological Origins of the American Revolution*, Cambridge, Harvard University Press, 1967
- BARSH, Russel Lawrence, YOUNGBLOOD HENDERSON, James, *The Road: Indian Tribes and Political Liberty*, Berkely-Los Angeles-London, University of California Press, 1980
- BEAUDOUIN, Jean-Louis, *Les obligations*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993
- BERGER, Jean-Louis, *La propriété*, Paris, Dalloz, 1994
- BLACKSTONE, William, *Commentaries on the Laws of England*, Oxford, Clarendon Press, 1765, réimpression par Dawsons of Pall Mall, London, 1966
- BODIN, Jean, *Les six livres de la république*, Lyon, Gabriel Cartier, 1593, réimpression par Fayard, Paris, 1986
- BOUFFARD, Jean, *Traité du domaine*, 1921, réimpression par les P.U.L., Québec, 1977
- BOWYER, G., *Commentaries on the Constitutional Law of England*, 2^e éd., London, V. & R. Stevens and G.S. Norton, 1846
- BRACTON, Henrici De, *Bracton on the Laws and Customs of England*, 1300, réédition par Harvard University Press, Cambridge, 1968
- BRÉBEUF, Jean De, *Écrits en huronnie*, Montréal, Bibliothèque Québécoise, 1996
- BRILLON, Pierre-Jacques, *Dictionnaire des arrêts ou jurisprudence universelle des parlements de France, et autres tribunaux*, 2^e éd., Paris, Cavelier père et fils-Brunet et Gosselin, 1727
- BRISSAUD, Jean, *A History of French Private Law*, New York, Augustus M. Kelley, 1968
- BRODY, Hugh, *Maps and Dreams*, New York, Pantheon Books, 1982
- BROOM, Herbert, *A Selection of Legal Maxims*, 7^e éd., London, Sweet and Maxwell, 1900
- BRUN, Henri, TREMBLAY, Guy, *Droit constitutionnel*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990
- CALLOWAY, Collin G., *The American Revolution in Indian Country*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995
- CALLOWAY, Collin G., *The Western Abenakis of Vermont, 1600-1800*, Norman-London, University of Oklahoma Press, 1990
- CANADA, *Évolution territoriale du Canada*, 2^e éd., Ottawa, Énergie, mines et ressources Canada, 1967
- CANADA, *Traité de la Baie-James (Traité n° 9) conclu en 1905 et 1906 et adhésions à ce dernier signées en 1929 et 1930*, Ottawa, Extraits des Documents de la session de 1906 et des Rapports annuels des Ministères de 1929-30 et documents connexes, Ministère des Approvisionnements et Services, 1981
- CANADA (INDIAN DEPARTMENT), *Return to an Address of the Honorable The House of Commons, dated 11 June 1839, for, Copies or Extracts of Correspondence Since 1st April 1835, Between the Secretary of State for the Colonies and the Governors of the British North American Provinces, Respecting the Indians in Those Provinces*, Ottawa, impression ordonnée par la House of Commons, 1839

- CANADA (INDIAN DEPARTMENT), *Return to an Address of the Honorable The House of Commons, dated 26 April 1856, for, Copies or Extracts of recent Correspondence respecting Alterations in the Organization of the Indian Department in Canada*, Ottawa, impression ordonnée par la House of Commons, 2 juin 1856
- CANADA (INDIAN DEPARTMENT), *Return to an Address of the Honorable The House of Commons, dated 20 August 1860, for, Copies or Extracts of recent Correspondence between the Secretary of State for the Colonies and the Governor General of Canada respecting Alterations in the Organization of the Indian Department in Canada*, Ottawa, impression ordonnée par la House of Commons, 25 août 1860
- CANADA, MINISTÈRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADIEN, *Politique du gouvernement fédéral en vue du règlement des revendications autochtones*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1993
- CHITTY, Joseph, *A Treatise on the Law of the Prerogatives of the Crown*, London, Butterworth, 1820
- CHRIMES, Stanley Bertram, *English Constitutional Ideas in the Fifteenth Century*, New York, American Scholar Publications, 1966
- CHRISTIE, Ian R., *Crisis of Empire: Great Britain and the America Colonies, 1754-1783*, London, Edward Arnold, 1966
- CLARK, Bruce, *Indian Title in Canada*, Toronto-Calgary-Vancouver, Carswell, 1987
- CLARK, Bruce, *Native Liberty, Crown Sovereignty: The Existing Aboriginal Right of Self-Government in Canada*, Montréal-Kingston, McGill-Queen's University Press, 1990
- CODIFICATEURS DU CODE CIVIL DU BAS-CANADA, *Code civil du Bas-Canada: Premier, second et troisième rapports*, Québec, George E. Desbarats, 1865
- COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *Partenaires au sein de la Confédération: Les peuples autochtones, l'autonomie gouvernementale et la Constitution*, Ottawa, Groupe Communication Canada, 1993
- COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, Ottawa, Groupe Communication Canada, 1996
- CÔTÉ, Pierre-André, *Interprétation des lois*, 2^e éd., Éditions Yvon Blais, 1990
- COURVILLE, Serge, LABRECQUE, Serge, FORTIN, Jacques, *Seigneuries et fiefs du Québec: nomenclature et cartographie*, Sainte-Foy, C.É.L.A.T., 1988
- CRONON, William, *Changes in the Land: Indians, Colonists, and the Ecology of New England*, New York, Hill and Wang, 1983
- CRUISKSHANK, E.A., (éd.), *The Correspondence of Lieut. Governor John Graves Simcoe*, Toronto, Ontario Historical Society, 1925
- CRUISKSHANK, E.A., *The Settlement of the United Empire Loyalists on the Upper St. Lawrence and Bay of Quinte in 1784: A Documentary Record*, Toronto, Ontario Historical Society, 1934
- CUGNET, François Joseph, *Traité des Anciennes Loix de Propriété en Canada aujourd'hui Province de Québec*, Québec, Guillaume Brown, 1775
- CUMMING, Peter A., MICKENBERG, Neil H., *Native Rights in Canada*, 2^e éd., Toronto, General Publishing, 1972
- DIONNE, Paul, «Les postulats de la Commission Dorion et le titre aborigène au Québec: vingt ans après», (1991) 51 *R. du B.* 127
- DAUGHERTY, Wayne, MADILL, Dennis, *L'administration indienne en vertu de la législation relative aux Indiens 1868-1951 et les pouvoirs du conseil de la bande*, Affaires indiennes et du Nord canadien, 1980
- DAWSON, Nelson-Martin, *Lendemain de conquête au Royaume du Saguenay: le Domaine du Roi dans la politique impériale britannique (1760-1767)*, Montréal, Nuit Blanche Éditeur, 1996
- De CLERCQ, M. (compilateur), *Recueil des traités de France*, Paris, A. Durant-Pedone-Lauriel, 1880
- DECLAREUIL, Joseph, *Histoire générale du droit français des origines à 1789*, Paris, Sirey, 1925
- DELÂGE, Denys, *Le pays renversé: Amérindiens et Européens en Amérique du Nord-Est, 1600-1664*, Montréal, Les Éditions du Boréal, 1985
- DELÂGE, Denys, SAWAYA, Jean-Pierre, JETTEN, Marc, SIOUI, Réjean, *Les sept feux, les alliances et les traités autochtones du Québec dans l'histoire*, rapport soumis à la Commission royale d'enquête sur les peuples autochtones, 30 juillet 1996
- DICKERSON, Oliver M., *American Colonial Government (1695-1765): A Study of the British Board of Trade in its Relation to the American Colonies, Political, Industrial, Administrative*, Arthur H. Clark, Cleveland (Ohio), 1912

- DICTIONARY OF DAILY LIFE OF INDIANS OF THE AMERICAS, Newport Beach, American Indian Publishers, 1981
- DUFF, Wilson, *The Indians History of British Columbia*, Victoria, Anthropology in British Columbia, Mémoire n° 5
- DUMAS, Auguste, *Histoire du droit français*, Aix en Provence, Pensée universitaire, 1946
- DUSSAULT, René, BORGEAT, Louis, *Traité de droit administratif*, 2^e éd., Québec, Presses de l'Université Laval, 1986
- ÉMOND, André, *Décision politique ou acte d'exécution: un nouveau fondement à la responsabilité des autorités publiques*, essai de maîtrise, Faculté des études supérieures, Université Laval, 1992
- ESMEIN, Adhémar, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, 14^e éd., Paris, Sirey, 1921
- FERRIERE, Claude, *Corps et compilation de tous les commentateurs anciens et modernes sur la Coutume de Paris*, 2^e éd., Paris, Gosselin, 1727
- FUMOLEAU, René, *Aussi longtemps que le leuve coulera: la nation dènèe et le Canada*, Sillery, Éditions du Septentrion, 1994
- GONARD, René, *La propriété dans la doctrine et dans l'histoire*, Paris, L.G.D.J., 1943
- GREAT BRITAIN, *Representation of the Lords of Trade and Plantations to the King on the State of the British Colonies of North America*, 1721, reproduit par l'Institut canadien de microreproduction historiques, 1984, document n° 47298
- HALL, G.D.G., (éd.), *The Treatise on the Laws and Customs of the Realm of England Commonly Called Glanvill*, Oxford, Clarendon Press, 1993
- HALSBURY'S LAWS OF ENGLAND, 4^e éd. rééditée, London, Butterworth, 1991
- HOBBS, Thomas, *De Cive*, 1642, trad. et reprod. par Sirey, Paris, 1981
- HOGG, Peter, *Constitutional Law of Canada*, 2^e éd., Toronto, Carswell, 1985
- HOGG, Peter, *Constitutional Law of Canada*, 3^e éd., Toronto, Carswell, 1992
- HOLDSWORTH, William, *A History of English Law*, London, Methuen & Co. Ltd.-Sweet and Maxwell, 1942-1956
- HOWELL, Thomas Baily, *Howell's State Trials*, London, Longman, Hurst, Rees, Orme & Brown, 1812-1826
- HUDSON, John, *Land, Law, and Lordship in Anglo-Norman England*, Oxford, Clarendon Press, 1994
- ISAAC, Thomas, *Pre-1868 Legislation Concerning Indians: A Selected & Indexed Collection*, Saskatoon, Native Law Center, University of Saskatchewan, 1993
- JAENEN, Cornelius J., *The French Relationship with the Native Peoples of New France and Acadia*, Ottawa, Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, 1984
- JENKINS, Henry, *British Rule and Jurisdiction Beyond the Seas*, Oxford, Clarendon Press, 1902
- JENNINGS, Francis, *The Invasion of America: Indians, Colonialism, and the Cant of Conquest*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1975
- JOHNSTON, Charles M., (éd.), *The Valley of the Six Nations: A Collection of Documents on the Indian Lands of the Grand River*, Toronto, University of Toronto Press, 1964
- JOLIFFE, John E., *The Constitutional History of Medieval England*, 4^e éd., London, Adams & Charles Black, 1961
- KAWASHIMA, Yasuhide, *Puritan Justice and the Indian: White Man's Law in Massachusetts, 1630-1763*, Middletown, Wesleyan University Press, 1986
- KEITH, Arthur Berriedale, *Constitutional History of the First British Empire*, Oxford, Clarendon Press, 1930
- KEITH, Arthur Berriedale, *The Constitutional Law of the British Dominions*, London, MacMillan, 1933
- KISS, Alexandre-Charles, *Répertoire de la pratique française en matière de droit international public*, Paris, Centre national de la recherche scientifique, 1962
- KNAPPEN, Marshall M., *Constitutional and Legal History of England*, New York, Harcourt, Brace & Co., 1942
- LABAREE, Leonard W., *A Study of the British Colonial System Before 1783*, New Haven, Yale University Press, 1930
- LAJOIE, Andrée, BRISSON, Jean-Maurice, NORMAND Sylvio et BISSONNETTE, Alain, *Statut juridique des peuples autochtones au Québec et le pluralisme*, Cowansville, Yvon Blais, 1996
- LAREAU, Edmond, *Histoire du droit canadien depuis les origines de la colonie jusqu'à nos jours*, Montréal, A. Périard, 1888
- LEACOCK, Eleanor, *The Montagnais "Hunting Territory" and the Fur Trade*, Menasha, American Anthropologist, mémoire n° 78, 1954
- LÉGISLATURE DE QUÉBEC, *Collections de manuscrits contenant lettres, mémoires, et autres documents historiques relatifs à la Nouvelle-France*, Québec, Auspices de la législature de Québec, 1883
- LEIGHTON, James Douglas, *The Development of Federal Indian Policy in Canada, 1840-1890*, thèse de doctorat, Faculté des études supérieures, University of Western Ontario, 1975

- LELIÈVRE, ANGERS, L.C. Rep., *Décisions des tribunaux du Bas-Canada: Questions seigneuriales*, Québec-Montréal, Augustin Côté-Bureau de la Minerve, 1856
- LESLIE, J., MAGUIRE, Ron, (éds.), *Historique de la Loi sur les Indiens*. Ottawa, Centre de recherches historiques et d'étude des traités, Affaires indiennes et du Nord canadien, 1980
- LEWIS, George Cornwall, *An Essay on the Government of Dependencies*, 1841, réédition par Clarendon Press, Oxford, 1891
- LOLME, Jean-Louis De, *The Constitution of England*, 1781, J. Cuthel, 1781, réédité par Henry G. Bohn, London, 1853
- MAGUIRE, Ron, LESLIE, John, *Historique de la Loi sur les Indiens*, 2^e éd., Ottawa, Centre de recherches historiques et d'études des traités, Ministère des affaires indiennes et du Nord canadien, 1983
- MAITLAND, Frederic William, *Domesday Book and Beyond*, Cambridge-Boston, Cambridge University Press-Little Brown & Co., 1897
- MAITLAND, Frederic William, *The History of English Law*, 2^e éd., vol. 1, 1898, réimpression par Cambridge University Press, Cambridge, 1952
- MARTIN, Calvin, *Keepers of the Game*, Berkely-Los Angeles-London, University of California Press, 1978
- MAYRAND, Albert, *Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1985
- McNEIL, Kent, *Common Law Aboriginal Title*, Oxford, Clarendon Press, 1989
- MERLIN, Philippe Antoine, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 4^e éd., Paris, Garnery, 1813
- MERLIN, Philippe Antoine, *Recueil alphabétique des questions de droit qui se présentent le plus souvent dans les tribunaux*, 4^e éd., Paris, Remoissenet, 1830
- MERRIAM, Charles E., *A History of American Political Theories*, 1936, réimpression par Johnson Reprint Corporation, New York-London, 1968
- MILSOM, Strout Francis Charles, *The Legal Framework of English Feudalism*, Cambridge-London-New York-Melbourne, Cambridge University Press, 1976
- MORRIS, Alexander, *The Treaties of Canada with the Indians of Manitoba and the North-West Territories*, 1880, réimpression par Coles Publishing, Toronto, 1971
- NYS, Ernest, *Les théories politiques et le droit international en France jusqu'au XVIII^e siècle*, 2^e éd., Bruxelles, A. Castaignes, 1899
- OLIVIER-MARTIN, François, *Histoire du droit français*, Paris, Éditions Domat-Montchrestien, 1951
- OLIVIER-MARTIN, François, *Histoire du droit français des origines à la révolution*, Paris, Domat-Montchrestien, 1948
- OURLIAC, Paul, GAZZANIGA, Jean-Louis, *Histoire du droit privé français de l'An mil au Code civil*, Paris, Albin Michel, 1985
- PLUCKNETT, Theodore F.T., *Legislation of Edward I*, Oxford, Clarendon Press, 1949
- POST, Gaines, *Studies in Medieval Legal Thought: Public Law and the State, 1100-1322*, Princeton, Princeton University Press, 1964
- POTHIER, Joseph-Robert, *Oeuvres de Pothier*, 2^e éd., Paris, Cosse et Marshall, 1861
- POWNALL, Thomas, *The Administration of the British Colonies*, 5^e éd., London, J. Walter, 1774
- QUÉBEC, SECRÉTARIAT DE LA PROVINCE, *Rapport de l'archiviste de la Province de Québec*, Québec, R. Paradis imprimeur du Roi, 1928-1929
- QUÉBEC, SECRÉTARIAT DE LA PROVINCE, *Rapport de l'archiviste de la Province de Québec*, Québec, R. Paradis imprimeur du Roi, 1947-1948
- RADCLIFFE, Geoffrey R.Y., CROSS, Geoffrey, *The English Legal System*, 6^e éd., London, Butterworth, 1977
- RATELLE, Maurice, *Étude sur la présence des Mohawks au Québec méridional de 1534 à nos jours*, Québec, Ministère de l'Énergie et des ressources, 1991
- REID, Hubert, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1994
- RIESENBERG, Peter Norman, *Inalienability of Sovereignty in Medieval Political Thought*, New York, Columbia University Press, 1956
- ROACH, Kent, *Constitutional Remedies in Canada*, Aurora, Canada Law Book, 1995
- ROBERTS-WRAY, Kenneth Owen, *Commonwealth and Colonial Law*, New York-Washington, Frederick A. Praeger, 1966
- ROBINSON, William S., *The Southern Colonial Frontier, 1607-1763*, Albuquerque, University of New Mexico Press, 1979

- RODYS, Witold, *Traité de droit civil du Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1958
- ROLLAND, Louis, LAMPUÉ, Pierre, *Droit d'Outre-Mer*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 1959
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Du Contrat social*, 1762, reproduit par le Seuil, Paris, 1977
- ROY, J.-Edmond, *Principes de gouvernement chez les Indiens du Canada*, Extrait des «Mémoires du XV^e Congrès des Américanistes», Québec, Dussault & Proulx imprimeurs, 1907
- ROY, P.-G., arch., *Inventaire des concessions en fief et seigneurie, foies et hommages, et aveux et dénombremens*, Québec, Archives de la Province de Québec, 1928
- SERVICE, Elman R., *Primitive Social Organization, An Evolutionary Perspective*, New York, Random House, 1971
- SERVICE, Elman R., *The Hunters*, 2^e éd., Englewood Cliffs, Prentice Hall, 1979
- SLATTERY, Brian, *The Land Rights of Indigenous Peoples*, thèse de doctorat, Faculté des études supérieures, Oxford University, 1979
- SMITH, S.A. De, *Judicial Review of Administrative Action*, 4^e éd., London, Stevens & Sons, 1980
- SNOW, Dean R., *The Iroquois*, Oxford-Cambridge, Blackwell Publishers, 1994
- SOSIN, Jack M., *Whitehall and the Wilderness: Middle West in British Colonial Policy, 1760-1775*, Westport, Greenwood Press, 1980
- STAGG, Jack, *Anglo-Indian Relations in North America to 1763 and an Analysis of the Royal Proclamation of 7 October 1763*, Ottawa, Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, 1981
- STANLEY, George F.G., *New France: The Last Phase, 1740-1760*, Toronto, McClelland & Stewart, 1968
- STOKES, Anthony, *A View of the Constitution of the British Colonies in North-America and the West Indies*, London, Dawson of Pall Mall, 1969
- SUEUR, Philippe, *Histoire du droit public français, XV^e-XVIII^e siècle*, Paris, P.U.F., 1989
- SURTEES, Robert J., *Indian Land Cessions in Ontario, 1763-1862: The Evolution of a System*, thèse de doctorat, Ottawa, Faculté des études supérieures, Université Carleton, 1982
- THORNE, Samuel E., *Essays in English Legal History*, London / Ronceverte, The Hambledon Press, 1985
- TREMBLAY, Victor, *Histoire du Saguenay depuis les origines jusqu'à 1870*, Chicoutimi, Société historique du Saguenay, 1968
- TRIGGER, Bruce G., *Les enfants d'Aataensic: l'histoire du peuple huron*, Montréal, Éditions Libre Expression, 1991
- TRIGGER, Bruce G., *Les Indiens, la fourrure et les Blancs*, Montréal-Paris, Boréal-Seuil, 1990
- VAN BYNKERSHOEK, Cornelieus, *De foro legatorum, tam in causa civili, quam criminali liber singularis*, 1744, trad. et reprod. par Oceana Publications, *The Classics of International Law*, New York, 1964
- VAN BYNKERSHOEK, Cornelieus, *Quaestionum juris publici*, 1737, trad. et reprod. par Oceana Publications, *The Classics of International Law*, New York, 1930
- VAUGEOIS, Denis, *La fin des allinaces franco-indienne: enquête sur un sauf-conduit de 1760 devenu un traité en 1990*, Montréal, Boréal, 1995
- VAUGHAN, Alden T., (dir.), *Early American Indian Documents: Treaties and Laws, 1607-1789*, vol. 11 (Georgia Treaties, 1733-1763), Washington, University Publications of America Inc., 1989
- WOODWARD, Jack, *Native Law*, Toronto, Carswell, 1990
- WORMUTH, Francis D., *The Royal Prerogative, 1603-1649*, London-Port Washington (N.Y.), Kennikat Press, 1972

ARTICLES

- ANDREWS, Elizabeth F., «Territoriality and Land Use Among yhe Akulmiut of Western Alaska», Ernest S. BURCH et Linda J. ELLANNA (éds.), *Key Issues in Hunter-Gatherer Research*, Oxford-Providence, Berg Publishers, 1994, 65
- ANTONETTI, G., «Le partage des forêts usagères ou communales entre les seigneurs et les communautés d'habitants», (1963) 41 *R. hist. dr. fan. et étrang.* 238
- ASCH, Michael, MACKLEM, Patrick, «Aboriginal Rights and Canadian Sovereignty: An Essay on *R. v. Sparrow*», (1991) 29 *Alta. L.R.* 492

- BAILEY, Stanly John, «Warranties of Land in the Reign of Richard I», (1945-1947) 9 *Camb. L.J.* 192
- BAILEY, Stanly John, «Warranties of Land in the Thirteenth Century», (1942-1944) 8 *Camb. L.J.* 274
- BEAULIEU, Jacqueline, CANTIN Christiane, RATELLE, Maurice, «La Proclamation royale de 1763: le droit refait l'histoire», (1989) 49 *R. du B.* 317
- BINNIE, W.I.C., «The Sparrow Doctrine: Beginning of the End or End of the Beginning?», (1990) 15 *Queen's L.J.* 217
- BISHOP, Charles A., «The Emergence of Hunting Territories Among the Northern Ojibwa», (1970) 9 *Ethnology* 1
- BOIVIN, Richard, «À qui appartient l'obligation de fiduciaire à l'égard des autochtones», (1994) 45 *C. de D.* 3
- BOIVIN, Richard, «Le droit des autochtones sur le territoire québécois et les effets du régime français», (1995) 55 *R. du B.* 135
- BOIVIN, Richard, «Pour en finir avec la Proclamation royale: la décision Côté», (1994) 25 *R.G.D.* 131
- BORROWS, John, «A Genealogy of Law: Inherent Sovereignty and First Nations Self-Government», (1992) 30 *Osgoode Hall L.J.* 291
- BORROWS, John, «With or Without You: First Nations Law (in Canada)», (1996) 41 *R.D. McGill* 629
- BRYANT, Michael J., «Crown-Aboriginal Relationships in Canada: The Phantom of Fiduciary Law», (1993) 27 *U.B.C.L. Rev.* 19
- BRUN, Henri «Les droits des Indiens sur le territoire du Québec», Henri BRUN (éd.), *Le territoire du Québec: six études juridiques*, Québec, P.U.L., 1974, 35
- BURCH, Ernest S., «Traditional Eskimo Societies in Northwest Alaska», (1980) 4 *Senri Ethnological Studies* 253
- CHENEY, E.P., «International Law Under Queen Elizabeth», (1905) 20 *English Historical Review* 659
- DESJARDINS, Aline, «Review of Administrative Action in the Federal Court of Canada: The New Style in a Pluralist Setting», *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada*, Toronto, Carswell, 1992, 405
- DICKASON, Olive Patricia, «Concepts of Sovereignty at the Time of First Contacts», Leslie Claude GREEN et Olive Patricia DICKASON (dirs.), *The Law of Nations and the New World*, Edmonton, University of Alberta Press, 1989, 141
- DICKASON, Olive Patricia, «Renaissance Europe's View of Amerindian Sovereignty and Territoriality», (1977) 8 *Plural Societies* 97
- DYSON-HUDSON, Rada, SMITH, Eric A., «Human Territoriality: An Ecological Reassessment», (1978) 80 *American Anthropologist* 21
- ECCLES, William John, «Sovereignty-Association, 1500-1783», (1984) 65 *Can. Hist. Rev.* 475
- ELLIOT, David W., «Aboriginal Peoples in Canada and the United States and the Scope of the Special Fiduciary Relationship», (1996) 24 *Man. L.J.* 137
- FARRAND, Max, «The Indian Boundary Line», (1905) 10 *American Historical Review* 782
- FERCH, Michael L., «Indian Land Rights: An International Approach to Just Compensation», (1992) 2 *Transnat. L. & Contemp. Probs.* 301
- FILHOL, René, «La preuve de la coutume dans l'ancien droit français», *Recueil de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, vol. 17 (La preuve: deuxième partie, moyen-âge et temps moderne), Bruxelles, Librairie Encyclopédique, 1965, 357
- FREEDMAN, Bob, «The Space for Aboriginal Self-Government in British Columbia: The Effect of the Decision of the British Columbia Court of Appeal in *Delgamuukw v. British Columbia*», (1994) 28 *U.B.C.L. Rev.* 49
- FREYFOGLE, Eric T., «Land Use and the Study of Early American History», (1985) 94 *Yale L.J.* 717
- GILMORE, Melvin R., «Some Indian Ideas of Property», (1928) 5 *Indian Notes* 137
- GREEN, Leslie Claude, «Claims to Territory in Colonial America», Leslie Claude GREEN et Olive Patricia DICKASON (dirs.), *The Law of Nations and the New World*, Edmonton, University of Alberta Press, 1989, 1
- HAMORI-TOROK, Charles, «The Iroquois of Akwesasne (St. Regis), Mohawks of the Bay of Quinty (Tyendinaga), Onyota'a:ka (the Oneidas of the Thames), and Wahta Mohawk (Gibson), 1750-1945», *Aboriginal Ontario: Historical Perspective on the First Nations*, Toronto-Oxford, Duron Press, 1994, 258
- HARRING, Sidney L., «The Liberal Treatment of Indians: Native People in Nineteenth Century Ontario Law», (1992) 56 *Sask. L. Rev.* 297
- HELM, June, «The Dogrib Indians», M.G. BICCHIERI (éd.), *Hunters and Gatherers Today*, New York-Montréal-Toronto, Holt, Rinehart and Winston, 1971, 51
- HENRICH, Walter, «Recherches sur la problématique du droit coutumier», dans *Recueil d'études sur les sources du droit*, t. 2, Paris, Sirey, 1934, 277

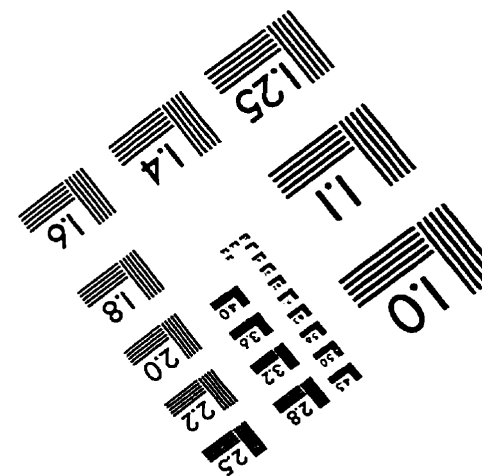
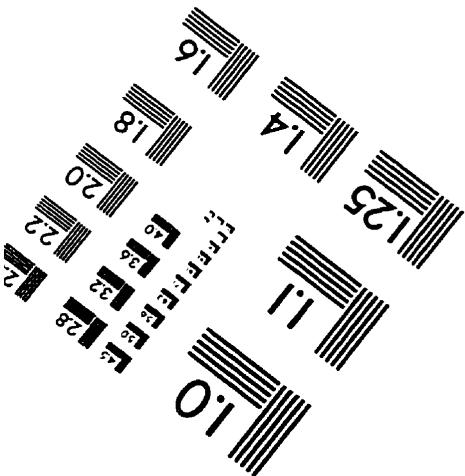
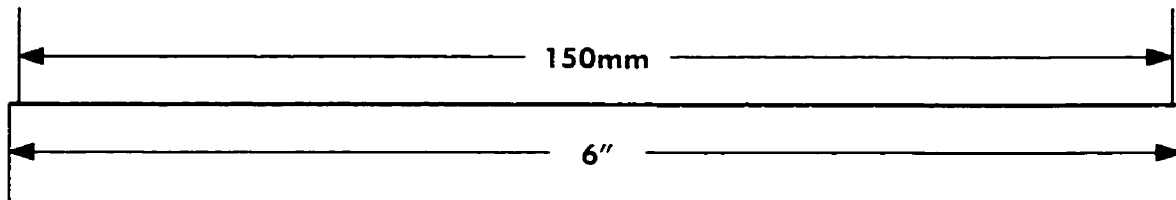
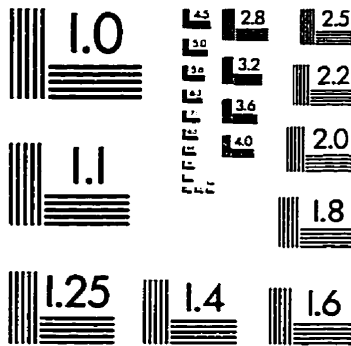
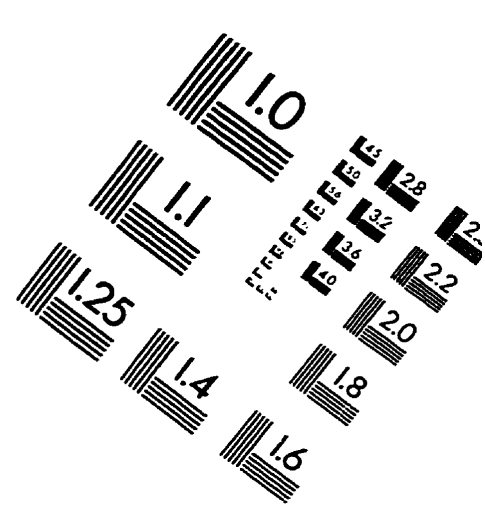
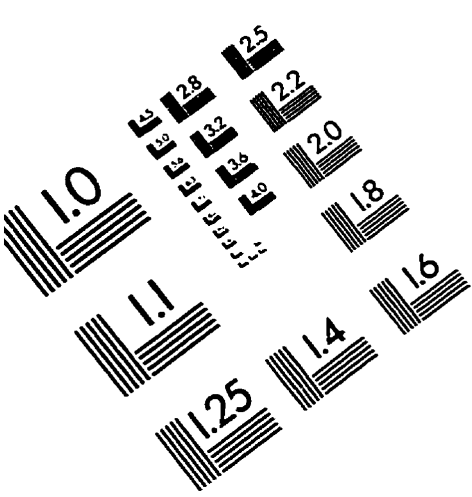
- HONIGMAN, John J., «West Main Cree», William C. STURVENANT (éd.), *Handbook of North American Indians*, vol. 6 (Subartic), 217
- HUDSON, John, «Anglo-Norman Land Law and the Origins of Property», dans James HOLT et John HUDSON (éds.), *Law and Government in Medieval England and Normandy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994, 198
- HUMPHREYS, Robert A., «Lord Shelburne and the Proclamation of 1763», (1934) 69 *English Historical Review* 241
- HUTCHINS, Peter W., SCHULTZE, David, HILLING, Carol, «When Do Fiduciary Obligations to Aboriginal People Arize?», (1995) 59 *Sask. L.R.* 97
- HYAMS, Paul R., «Warranty and Good Lordship in Twelfth Century England», (1987) 5 *Law and Hist. R.* 437
- JAENEN, Cornelius J., «Characteristics of French-Amerindian Contact in New France», dans Stanley H. PALMER et Dennis REINHARTZ (dirs.), *Essays on the History of North American Discovery and Exploration*, Arlington, Texas A & M University Press, 1988, 79
- JOHNSTON, Charles M., «The Six Nations in the Grand River Valley, 1787-1847» dans Edward S. ROGERS et Donald B. SMITH, *Aboriginal Ontario: Historical Perspective on the First Nations*, Toronto-Oxford, Durun Press, 1994, 167
- KEITH, Arthur Berriedale, «Notes on Imperial Constitutional Law: The Status of Canadian Indians», (1930) 12 *Journal of Comparative Legislation and International Law* (3rd) 106
- KELSEN, Hans, «Justice et droit naturel», *Annales de la philosophie politique*, t. 3 (Le droit naturel), Paris, P.U.F., 1959, ???
- KIM, Keechang, «Calvin's Case (1608) and the Law of Alien Status», (1996) 17 *Legal History* 155
- LACASSE, Jean-Paul, «Le territoire dans l'univers innu d'aujourd'hui», (1996) 40 *Cahier de Géographie du Québec* 185
- LAFONTAINE, Alain, «La coexistence de l'obligation de fiduciaire de la Couronne et du droit à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones», (1995) 36 *C. de D.* 669
- LEACOCK, Eleanor «Seventeenth-Century Montagnais Social Relations and Value», William C. STURVENANT (éd.), *Handbook of North American Indians*, vol. 6 (Subartic), 190
- LEACOCK, Eleanor, «The Montagnais-Naskapi Band», David DAMAS (éd.), *Contributions to Anthropology: Band Societies*, Ottawa, National Museums of Canada, Bulletin n° 228, Anthropological Series n° 84, 1969, 1
- LEE, Richard B., PILLING, A., HIATT, L.R., «Territorial Boundaries», Ricahrd B. LEE et Irven De VORE (éds.), *Man the Hunter*, Chicago, Aldine Publishing, 1968, 156
- LITVINOFF, Saul, «Vices of Consent, Error, Frauds, Duress and an Epilogue on Lesion», (1989) 50 *La. L. Rev.* 1
- LYON, Noel, «An Essay on Constitutional Interpretation», (1986) 26 *Osgoode Hall L.J.* 95
- LYSYK, Kenneth M., «Constitutional Developments Relating to Indians and Indian Lands: An Overview», [1978] *L.S.U.C. Special Lectures* 201
- MACPHERSON, Crawford Brought, «The Meaning of Property», Crawford Brought MACPHERSON (éd.), *Property: Mainstream and Critical Positions*, Toronto, University of Toronto Press, 1978, 1
- MAITLAND, Frederick W., «The "Praerogativa Regis"», (1891) 6 *English Historical Review* 367
- McMURTRY, William R., PRATT, Alan, «Indians and the Fiduciary Concept, Self-Government and the Constitution: Guerin in Perspective», (1986) 3 *C.N.L.R.* 19
- MACNULTY, Gérard E., GILBERT, Louis, «Attikamek (Têtes de Boule)», William C. STURVENANT (éd.), *Handbook of North American Indians*, vol. 6 (Subartic), 208
- McNEIL, Kent, «Envisaging Constitutional Space for Aboriginal Governments», (1993) 19 *Queen's L.J.* 95
- MIELLO, Dawn A., «In re Maxxam - Putting the Plaintiff and Defendant on Even Grounds: Defining Standards for Settlement Review and the Statute of Limitation in Shareholder Actions», (1996) 21 *Del. J. Corp. L.* 525
- OTIS, Ghislain, ÉMOND, André, «L'identité autochtone dans les traités contemporains: de l'extinction à l'affirmation du titre ancestral», (1996) 41 *R. de D. McGill* 543
- OTIS, Ghislain, «Le pouvoir des tribunaux d'ordonner au gouvernement de modifier ses programmes: une analyse comparative des expériences américaine et européenne», dans *Droits de la personne: l'émergence de droits nouveaux*, Actes des Journées Strasbourgeoises, Cowansville, Yvon Blais, 1992, 579
- PALMER, Robert C., «The Feudal Framework of English Law», (1981) 79 *Mich. L.R.* 1130
- PALMIERI, Nicolas W., «Good Faith Disclosure During Precontractual Negotiations», (1991) 24 *Seton Hall L. Rev.* 70
- PATTERSON, Stephen E., «Indian-White Relations in Nova Scotia, 1749-61: A Study of Political Interaction», (1993)

23 *Acadiensis* 23

- PENTNEY, William, «The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the Constitution Act, 1982, Part II - Section 35: The Substantive Guarantee», (1988) 22 *U.B.C. Law Rev.* 207
- ROGERS, Edward S., «The Mistassini Cree», *Hunters and Gatherers Today*, New York-Montréal-Toronto, Holt, Rinehart and Winston, 1971, 90
- ROGERS, Edward S., «Band Organization Among the Indians of Eastern Subarctic Canada», *Contributions to Anthropology: Band Societies*, Ottawa, National Museums of Canada, Bulletin n° 228, Anthropological Series n° 84, 1969, 21
- ROGERS, Edward S., LEACOCK, Eleanor, «Montagnais-Naskapius», William C. STURVENANT (éd.), *Handbook of North American Indians*, vol. 6 (Subarctic), 1981, 169
- ROTHMAN, Leonard I., «Provincial Fiduciary Obligations to First Nations: The Nexus Between Governmental Power and Responsibility», (1994) 32 *Osgoode Hall L.J.* 735
- ROTHMAN, Leonard I., «The Vulnerable Position of Fiduciary Doctrine in the Supreme Court of Canada», (1996) 24 *Man. L.J.* 60
- ROYCE, Charles C., THOMAS, Cyrus, «Indian Land Cessions in the United States», J.W. POWELL (éd.), *Eighteenth Annual Report of the Bureau of American Ethnology to the Secretary of the Smithsonian Institution, 1896-97*, Washington, Government Printing Office, 1899, 521
- RYDER, Bruce, «The Demise and Rise of the Classical Paradigm in Canadian Federalism: Promoting Autonomy for the Provinces and First Nations», (1991) 36 *R.D. McGill* 308
- SANDERS, Douglas, «Pre-Existing Rights: The Aboriginal Peoples of Canada», Gérald A. BEAUDOUIN et Ed RATUSHNY (éds.), *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2^e éd., Toronto-Calgary-Vancouver, 1989, 707
- SCHNAPPER, Eric, «The Parliament of Wonders; Commons Debates 1628», (1984) *Colum. L. Rev.* 1665
- SLATTERY, Brian, «Aboriginal Sovereignty and Imperial Claims», (1991) 29 *Osgoode Hall L.J.* 681
- SLATTERY, Brian, «First Nations and the Constitution: A Question of Trust», (1992) 71 *R. du B. Can.* 261
- SLATTERY, Brian, «Understanding Aboriginal Rights», (1987) 66 *R. du B. Can.* 727
- SLATTERY, Brian, «The Legal Basis of Aboriginal Title», Franck CASSIDY (éd.), *Aboriginal Title in British Columbia*, Lantzville, Oolichan Books, 1992, 113
- SMITH, J.C., «The Concept of Native Title», (1974) 24 *U.T.L.J.* 1
- SNYDERMAN, George S., «Concepts of Land Ownership Among the Iroquois and Their Neighbours», William N. FENTON (éd.), *Symposium on Local Diversity in Iroquois Culture*, Washington, Smithsonian Institution, Bureau of American Ethnology, bulletin n° 149, 1951, 15
- SPRINGER, James Warren, «American Indians and the Law of Real Property in Colonial New England», (1986) 30 *Am. J. Legal Hist.* 25
- STANLEY, George F.G., «The First Indian "Reserves" in Canada», (1950-51) 4 *Rev d'Hist. de l'Amér. fran.* 178
- SURTEES, Robert J., «Canadian Indian Treaties», William C. STURVENANT (éd.), *Handbook of North American Indians*, vol. 4 (History of Indian-White Relations), 1988, 202
- TANNER, Adrian, «The New Hunting Debate: An Introduction to Some Unresolved Issues», (1986) 28(1-2) *Anthropologica* 19
- TOBIAS, John L., «Protection, Civilisation, Assimilation: An Outline History of Canada's Indian Policy», (1976) 6(2) *Western Canadian Journal of Anthropology* 13.
- TRUYOL Y SERRA, Antonio, «Théorie du droit international public», ACADEMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE, *Reueil des cours*, t. 173, Dordrecht, Martinus, Nijhoff, 1992
- WALLACE, Anthony F.C., «Political Organization and Land Tenure Among the Northeastern Indian, 1600-1830», (1957) 13 *Southwestern Journal of Anthropology* 301
- WALTERS, Mark, «British Imperial Constitutional Law and Aboriginal Rights: A Comment on *Delgamuukw v. British Columbia*», (1992) 17 *Queen's L.J.* 350
- WEAVER, Sally M., «The Grand River Reserve in the Late Nineteenth Century, 1875-1945», *Aboriginal Ontario: Historical Perspective on the First Nations*, Toronto-Oxford, Durun Press, 1994, 213
- WEAVER, Sally M., «The Iroquois: The Consolidation of the Grand River Reserve in the Mid-Nineteenth Century, 1847-1875», *Aboriginal Ontario: Historical Perspective on the First Nations*, Toronto-Oxford, Durun Press, 1994, 182

YOUNGBLOOD HENDERSON, James, «Unraveling the Riddle of Aboriginal Title», (1977) *5 Am. Indian L. Rev.* 75
YOUNGBLOOD HENDERSON, James, «First Nation Legal Inheritances in Canada: The Mikmaq Model», (1996) *23 Man L.J.* 1

IMAGE EVALUATION TEST TARGET (QA-3)



APPLIED IMAGE . Inc
1653 East Main Street
Rochester, NY 14609 USA
Phone: 716/482-0300
Fax: 716/288-5989

© 1993, Applied Image, Inc., All Rights Reserved