

**REVENDICATIONS PARTICULIÈRES : LE CAS DES REVENDICATIONS
PRÉ-CONFÉDÉRATIVES**

David Schulze

Hutchins Caron & Associés
www.hutchinslegal.ca

Forum autochtone sur la gestion des ressources naturelles
et du territoire

26 septembre 2006
Hôtel Inter-Continental • Montréal

TABLE DES MATIÈRES

- I. Les droits des Premières nations et la Confédération**
- II. Les revendications particulières**
 - A. La politique sur les revendications**
 - B. L'application de la politique aux revendications pré-confédératives**
- III. Les sources des obligations pré-confédératives de la Couronne**
 - A. Les réserves pré-confédératives**
 - 1. Leurs origines diverses**
 - 2. La loi spéciale de 1851**
 - B. Les traités avec les peuples autochtones**
 - 1. Contexte**
 - 2. Territoire et traités de paix et d'amitié**
 - C. Traités entre puissances européennes**
 - 1. Les Articles de la Capitulation**
 - 2. Le Traité de Paris de 1763**
 - D. La législation impériale**
 - 1. La Proclamation royale de 1763**
 - 2. Instructions aux gouverneurs**
 - a. Introduction**
 - b. Les instructions au gouverneur Murray et au gouverneur Carleton**
 - c. Les instructions au gouverneur Carleton de 1775 et le Projet de règlement relatif à l'administration des affaires des sauvages**
 - d. Le règlement du gouverneur Dorchester de 1794**
 - 3. Le *Décret sur la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest de 1870***
 - a. Son importance au Québec**
 - b. Deux territoires pré-confédératifs distincts**
 - c. Un seul traitement des deux territoires pour les fins de la cession des droits de la Compagnie de la Baie d'Hudson**

- d. Une distinction dans le décret impérial
 - e. Aucune distinction en pratique
 - f. Toutes les dispositions indiennes du *Décret sur la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest* doivent recevoir application
 - 4. La *Loi sur l'extension des frontières du Québec* de 1912
 - E. La législation coloniale
 - 1. Introduction
 - 2. L'interdiction de s'établir dans les villages indiens
 - 3. Les pouvoirs du Commissaire des terres des sauvages
 - 4. La transition aux lois post-confédératives
- IV. La responsabilité provinciale pour les revendications pré-confédératives : lois et jurisprudence
 - A. La *Loi sur le règlement des revendications particulières*
 - B. Le partage constitutionnel de la responsabilité
 - 1. La position du gouvernement fédéral devant les tribunaux
 - 2. La jurisprudence post-confédérative
 - a. Les annuités en vertu des traités en Ontario
 - b. Le titre aux réserves du Québec
- V. Le rôle joué par les provinces en pratique
 - 1. Introduction
 - 2. L'exemple des traités pré-confédératifs en Ontario
 - 3. Les effets de la loi de 1851 au Québec
- VI. Conclusion

I. Les droits des Premières nations et la Confédération *

Les affaires indiennes et le contrôle des terres indiennes étaient du ressort exclusif du gouvernement impérial jusqu'en 1860¹. Lorsqu'en 1819, l'Assemblée législative du Bas-Canada voulait tenir une enquête sur les droits des Hurons sur la seigneurie de Sillery, le gouverneur Richmond a répondu froidement qu'il croyait "devoir informer la Chambre, à cette occasion, que les différentes Nations Sauvages résidant dans la province du Bas-Canada sont, pour de fortes raisons d'état, sous la surintendance et protection immédiate de la Couronne"². Leurs affaires n'étaient donc pas du ressort des élus de la colonie.

En effet, c'était afin de protéger les terres des autochtones que la responsabilité sur celles-ci en fut confiée au plus haut niveau de gouvernement. Dès 1836, un Comité spécial sur les autochtones du Parlement britannique avait recommandé que la responsabilité des peuples autochtones ne soit pas confiée aux assemblées législatives locales car le Comité estimait qu'elles ne seraient pas en mesure de protéger adéquatement les terres des autochtones en raison de leurs responsabilités à l'égard de l'ensemble de la population³. La protection des terres indiennes était au centre des préoccupations du Comité et sa recommandation fut d'ailleurs réitérée en 1847 par une commission d'enquête nommée par le Gouverneur général de la Province du Canada⁴.

*L'auteur tient à remercier la Commission des revendications des Indiens de lui avoir permis d'adapter pour les fins de la présente conférence des parties d'un texte préparé antérieurement pour la commission ; l'auteur assume cependant l'entière responsabilité à l'égard de ce document.

¹*Chippewas of Sarnia v. Canada (Attorney General)*, [1999] O.J. No. 1406 QL (C.S.J. Ont.) au par. 345, infirmé sur d'autres motifs [2001] 1 C.N.L.R. 56 (C.A. Ont.).

²Richmond à l'Assemblée du Bas-Canada, le 2 février 1819, dans A.G. Doughty et N. Story, *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada, 1819-1828*, Ottawa, Imprimeur du Roi, 1935, p.19.

³*Report from the Select Committee on Aborigines (British Settlements)*, Part I, 1836, Blue Book no. VII 538, p.77.

⁴*Report on the Affairs of the Indians in Canada*, Journals; Legislative Assembly, Canada, 1847, App. T, p.360.

L'adoption du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui accorde au Parlement la compétence sur "les Indiens et les terres réservées aux Indiens" provient de la même préoccupation. La Cour suprême du Canada a affirmé que le gouvernement fédéral s'était vu confier les responsabilités de gardien des peuples autochtones qui se trouvaient alors à l'intérieur des frontières du Canada ou qui pouvaient s'y trouver dans le futur⁵. Dans la même cause, le Conseil privé estimait qu'en faisant des traités de cession avec les Indiens, "le gouvernement du Dominion agissait en fait au nom de la Couronne comme le gardien des intérêts des Indiens" et que c'était à ce titre qu'"il avait le pouvoir de recevoir la remise desdits intérêts et de donner une contrepartie en retour"⁶.

Même si les provinces ont une compétence générale sur les titres immobiliers depuis la Confédération⁷, celle-ci n'affecte pas le titre transmis en 1867 à la Couronne fédérale au bénéfice des Indiens⁸. Seul le Parlement fédéral pouvait dès l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1867* prévoir l'extinction du titre aux terres indiennes ou abroger les effets des lois coloniales sur les terres réservées aux Indiens⁹.

Il existe donc entre la Couronne fédérale et les peuples autochtones un rapport de type fiduciaire découlant du titre de ceux derniers. Dans l'arrêt *Guerin*, qui portait sur la responsabilité suite à la cession de terres de réserves pour un prix en deça de l'évaluation, la Cour suprême du Canada a affirmé que la Couronne possède les terres des Indiens en fiducie

⁵*Province of Ontario v. Dominion of Canada* (1908), 42 R.C.S. 1, p.117 (j. Idington), p.124 (j. Duff); confirmé à [1910] A.C. 637 (C.P.).

⁶*Id.*, p.646.

⁷*Loi constitutionnelle de 1867*, par. 92(13), art. 109.

⁸*Attorney-General for Canada v. Giroux* (1916), 30 D.L.R. 123, 4 C.N.L.C. 147 (S.C.C.), pp.132-33, 137-40.

⁹*Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 173 à 181; *Chippewas of Sarnia v. Canada* (C.S.J. Ont.), par. 532.

pour ces derniers¹⁰. Le gouvernement fédéral est donc l'héritier de certains droits exercés à titre de fiduciaire des peuples autochtones et de la responsabilité qui doit les accompagner.

II. Les revendications particulières

A. La politique sur les revendications

En vertu de la politique fédérale, les revendications particulières donnent lieu à la négociation et la compensation dans les cas suivants :

1) L'OBLIGATION LÉGALE

La position du gouvernement sur les revendications particulières consistera à reconnaître celles qui révéleront le non-respect d'une « obligation légale », c'est-à-dire une obligation qu'il est tenu en droit de respecter.

Il peut y avoir obligation légale dans l'une ou l'autre des circonstances suivantes :

- i) Le non-respect d'un traité ou d'un accord entre les Indiens et la Couronne.
- ii) Un manquement à une obligation découlant de la Loi sur les Indiens ou d'autres lois et règlements relatifs aux Indiens.
- iii) Un manquement à une obligation découlant de la responsabilité administrative du gouvernement à l'égard des fonds ou d'autres biens appartenant aux Indiens.
- iv) L'aliénation illégale de terres indiennes¹¹

De plus, le gouvernement fédéral a déjà plaidé et la Commission a conclu que les dispositions suivantes des directives sont pertinentes à la détermination de ce qui est une revendication particulière :

¹⁰*Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335.

¹¹Canada, Ministère des Affaires indiennes et du Nord Canada, *Dossier en souffrance : Une politique des revendications des autochtones* (1982), p.20, confirmé par *Politique du gouvernement fédéral en vue du règlement des revendications autochtones* (1993), p.19.

DIRECTIVES

Afin d'aider les bandes et associations indiennes à établir le dossier de leurs revendications, le gouvernement a élaboré des directives concernant la présentation et l'évaluation des revendications particulières et l'établissement des compensations. Si ces directives font partie intégrante de sa politique en la matière, elles font ici l'objet d'un chapitre simplement pour qu'il soit plus facile de s'y référer.

PRÉSENTATION ET ÉVALUATION DES REVENDICATIONS PARTICULIÈRES

Les directives concernant la présentation et l'évaluation des revendications particulières peuvent être résumées comme suit :

[...]

7) La politique des revendications particulières ne peut s'appliquer aux revendications fondées sur des droits autochtones non déchus.¹²

La Commission a jugé qu'«une revendication est du ressort de la Politique des revendications particulières si (1) elle repose sur une cause d'action reconnue par les tribunaux; (2) elle n'est pas fondée sur des droits ou des titres ancestraux non déchus; et (3) elle fait valoir un manquement à une obligation en droit ou en équité ouvrant droit à une demande d'indemnité ou autre forme de recours aux termes de la Politique»¹³.

La Commission a souligné que «les *principales* – mais en aucun cas les *seules* – catégories de biens des Indiens relevant de la Politique des revendications particulières sont les *terres de réserve* des Indiens et les fonds des bandes d'Indiens» parce que le texte de l'Introduction ne limite pas la portée des revendications particulières aux questions découlant de la *Loi sur les Indiens*, et son libellé ne restreint pas les «« revendications portant sur l'administration des terres » aux seules terres de réserve». De plus, lorsque la Politique des

¹²Dossier en souffrance, p.30.

¹³Enquête sur la Première Nation de Kluane Revendication relative à la création de la réserve faunique et de la réserve de parc national de Kluane, [2003] 16 ACRI 81, pp.113 à 114

revendications particulières établit le concept “d’« obligation légale », [elle] ne fait absolument aucune mention des réserves”¹⁴.

La Commission a aussi tranché en faveur d’une interprétation large des catégories du “manquement à une obligation en droit ou en équité ouvrant droit à une demande d’indemnité ou autre forme de recours aux termes de la Politique”. Plus particulièrement, il suffisait que les Premières nations “allèguent dans la revendication un manquement à une obligation découlant d’une loi relative aux Indiens” pour qu’elle soit admissible. Puisque la loi constitutionnelle en litige imposait des conditions particulières concernant “les réclamations des tribus indiennes en compensation pour des terres requises pour des fins de colonisation”, la Commission a jugé que “le *Décret sur la terre de Rupert et le territoire du Nord-Ouest* doit être considéré comme une loi relative aux Indiens au sens prévu par la deuxième catégorie d’obligation légale énoncée dans *Dossier en souffrance*”¹⁵.

B. L’application de la politique aux revendications pré-confédératives

La politique fédérale sur les revendications particulières de 1982 stipulait : “Sont irrecevables les revendications découlant d’événements antérieurs à 1867, à moins que le gouvernement fédéral n’ait expressément engagé sa responsabilité”. Cette restriction fut révoquée en 1990 mais avec la condition que “les revendications antérieures à la Confédération doivent encore démontrer une obligation légale de la part du gouvernement”¹⁶. Depuis, des revendications soulevant des faits antérieurs à la Confédération ont été devant la Commission

¹⁴*Id.*, p.104 (italiques dans l’original).

¹⁵*Id.*, pp.106, 108.

¹⁶*Dossier en souffrance : Une politique des revendications des autochtones* (1982), p.30, tel qu’amendé par *Politique du gouvernement fédéral en vue du règlement des revendications autochtones* (1993), p.23; “Un processus juste et équitable : Document de travail sur la réforme du processus des revendications territoriales”, [1995] 2 ACRI 3, p.15.

des revendications des Indiens mais un nombre important a fait l'objet d'entente de négociation avant que toute décision par la Commission ne soit nécessaire¹⁷.

La Commission a décidé que le manquement à l'une des obligations de la Couronne en vertu des lois pré-confédératives même après la Confédération peut donner lieu à une revendication particulière et ce, même si la violation alléguée concerne une atteinte aux droits ancestraux ou au titre aborigène. En ce qui concerne la revendication de la Première nation Kluane, le manquement par la Couronne allégué a eu lieu après la Confédération mais la loi pertinente a été adoptée avant l'adhésion à la Confédération de ce qui constitue maintenant le territoire du Yukon. Le *Décret en conseil portant adhésion à l'Union de la terre de Rupert et du Territoire du Nord-Ouest* a été adopté par le gouvernement impérial en 1870 et a imposé la condition que "lors du transfert des territoires en question au gouvernement du Canada, il sera procédé, selon les principes d'équité qui ont toujours guidé la couronne britannique dans ses rapports avec les autochtones, à l'examen et au règlement des demandes d'indemnisation présentées par les tribus indiennes au sujet des terres nécessaires à la colonisation"¹⁸.

La Première nation a allégué que la création par la Couronne des parcs nationaux dans les années 1940 a empêché l'accès par ses membres à une partie de son territoire traditionnel et a eu un effet négatif sur leur mode de vie en contravention du *Décret en conseil portant adhésion à l'Union de la terre de Rupert et du Territoire du Nord-Ouest*¹⁹. Le gouvernement fédéral a soulevé une objection préliminaire fondée non sur la date de la loi invoquée mais plutôt sur

¹⁷Enquête relative aux Micmacs de Gesgapegiag, Revendication à l'égard de l'île du Cheval, [1995] 3 ACRI 271; Enquête relative aux Chippewas de la Thames, Revendication territoriale de Muncey, [1995] 3 ACRI 305; Enquête sur la revendication du conseil tripartite des Chippewas concernant le Traité Collins, Première Nation des Chippewas de Beausoleil / Première Nation des Chippewas de Georgina Island / Première Nation des Chippewas de Rama, [1998] 10 ACRI 33; Enquête sur la Première Nation des Chippewas de la Thames, revendication relative à la défalcation de Clench, [2002] 15 ACRI 349; Enquête sur la Première Nation des Mississiguas de la New Credit, revendication relative à l'achat de Toronto, [2004] 17 ACRI 249.

¹⁸Décret en conseil portant adhésion à l'Union de la terre de Rupert et du Territoire du Nord-Ouest, L.R.C. 1985, app., n° 9. Le décret est analysé en détail ci-dessous.

¹⁹Enquête sur la Première Nation de Kluane, *supra*, p.85.

l'argument que la revendication de la Première nation Kluane "repose sur une occupation et une utilisation autochtones traditionnelles des terres et qu'en conséquence elle relève de la Politique des revendications globales et échappe ainsi au mandat de la Commission"²⁰.

La Commission n'a pas accepté cette interprétation étroite pour plusieurs raisons dont notamment qu'il suffisait que "les requérants allèguent dans la revendication un manquement à une obligation découlant d'une loi relative aux Indiens – savoir, le *Décret en conseil sur la terre de Rupert et le territoire du Nord-Ouest*" pour qu'elle soit admissible. Puisque le décret impérial en question imposait des conditions particulières concernant "les réclamations des tribus indiennes en compensation pour des terres requises pour des fins de colonisation" la Commission a jugé que le décret "doit être considéré comme une loi relative aux Indiens au sens prévu par la deuxième catégorie d'obligation légale énoncée dans *Dossier en souffrance*"²¹.

III. Les sources des obligations pré-confédératives de la Couronne

A. Les réserves pré-confédératives

1. Leurs origines diverses

Un grand nombre de réserves existaient dans les différentes colonies avant la Confédération et elles doivent leur existence à des actes et décisions forts variés. Une fois la réserve créée, à tout le moins, la Couronne était obligée de la protéger contre l'empiètement, ce que tant les lois impériales que coloniales habilitaient le gouvernement à faire.

Même si on voulait vouloir distinguer entre les réserves coloniales créées par traité et celles créées au moyen d'une concession par la Couronne, la distinction n'est pas toujours évidente. Certaines réserves créées par une concession furent la continuation des politiques

²⁰*Id.*, p.90.

²¹*Id.*, pp.106, 108.

impériales d'amitié et d'alliance : par exemple, la création par le gouverneur Haldimand d'une réserve pour les Six Nations à l'emplacement actuel de la ville de Brantford en Ontario était en reconnaissance de leur contribution à la campagne militaire des Britanniques contre la Révolution américaine et l'acte immobilier a été appelé le traité de Haldimand²².

Avant la Confédération, les formes de concessions par la Couronne variaient également. La concession aux Six Nations en 1784 était sous forme d'une concession directe aux chefs, guerriers, femmes et gens des Six Nations et à leurs héritiers en perpétuité" à même des terres cédées à la Couronne par les Mississauga²³. Des terres furent également concédées aux ordres religieux en fidéicomis pour les Indiens, non seulement par la Couronne française aux ordres catholiques dans ce qui est devenu le sud du Québec²⁴ mais aussi par la Couronne britannique aux missionnaires protestants dans l'Ontario actuel.²⁵ Sur l'Île-du-Prince-Édouard, une réserve a même été créée par l'achat de terres privées, achetées avec les fonds de philanthropes à Londres et confiées à des fiduciaires dont le Lieutenant gouverneur de la colonie et son Commissaire aux Indiens²⁶.

²²*Logan v. Styres* (1959), 20 D.L.R. (2d) 416 (Ont. H.C.), p.419-420; *Isaac et al. v. Davey et al.* (1974), 51 D.L.R. (3d) 170 (Ont. C.A.), p.174, aff'd. [1977] 2 S.C.R. 897.

²³L'acte est cité dans *Isaac v. Davey* (1973), 38 D.L.R. (3d) 23 (Ont. H.C.), p.27; confirmé (1974), 51 D.L.R. (3d) 170 (Ont. C.A.), [1977] 2 R.C.S. 897.

²⁴Richard H. Bartlett, *Indian Reserves in Quebec* (Saskatoon: Native Law Centre, 1984), pp.2-3.

²⁵Richard H. Bartlett, "Mineral Rights on Indian Reserves in Ontario" (1983), 3 *Canadian Journal of Native Studies* 245, p.248.

²⁶L.F.S. Upton, *Micmacs and Colonists: Indian-White Relations in the Maritimes, 1713-1867* (Vancouver: University of British Columbia Press, 1979), pp.120-21.

2. La loi spéciale de 1851

Au milieu du 19^e siècle, alors même qu'en Ontario la négociation des traités de cession de terres était une priorité²⁷, aucun traité ne fut négocié avec les peuples autochtones dans le Québec actuel.

Dans son rapport en 1844, la commission d'enquête établie par le Gouverneur général Sir Charles Bagot faisait une distinction entre le Haut Canada (le sud de l'Ontario actuel) où la Couronne acceptait la cession par traité du droit d'occupation des Indiens de leurs territoires de chasse ("upon their old hunting grounds") et le Bas-Canada (le sud du Québec actuel) où la colonisation aurait atteint un "progrès considérable" avant la Conquête britannique. La commission a même prétendu que sous le régime français les territoires des Indiens avaient été "circons crits dans des limites définies" et étaient souvent détenus en vertu de titres consentis par la Couronne française ; seulement dans l'Outaouais la commission voyait-elle des territoires de chasse dont les Indiens auraient été dépossédés sans compensation²⁸.

Or, ces prétentions furent contredites l'année suivante alors que le Commissaire des terres de la Couronne informait le Gouverneur général que par exemple, dans le Saguenay et la région du Lac St-Jean, les Innus ou Montagnais étaient en train de perdre leurs territoires de chasse à l'exploitation forestière et à la colonisation. En 1845, le commissaire Denis-Benjamin Papineau suggérait la création de réserves dans le Témiscamingue et le Haut-Gatineau et sur la

²⁷Canada, Commission royale sur les Peuples autochtones, *Rapport*, volume 1, *Un passé, un avenir*, première partie, *Notre relation à la lumière de l'histoire*, chapitre 6, "Troisième étape: déracinement et assimilation", §3, "L'établissement de traités en Ontario".

²⁸Province of Canada, Legislative Assembly of Canada, *Journals*, 1847, Appendix (T.), "Report on the affairs of the Indians in Canada", folio 5.

Basse Côte-Nord du Saint-Laurent²⁹ Les Innus eux-mêmes ont expédié des pétitions au gouvernement colonial dès 1844 ainsi qu’une délégation en 1848³⁰.

Ces efforts ont porté fruit en 1851 lorsque l’Assemblée législative de la colonie a adopté l’*Acte pour mettre à part certaines étendues de terre pour l’usage de certaines tribus de sauvages dans le Bas-Canada*,³¹ au motif que les Indiens du Bas-Canada n’avaient pas reçu la même aide que ceux du Haut-Canada et étaient en situation de détresse³².

En tout, 230 000 acres devaient être mis de côté et divisés entre les différentes “tribus” en vertu d’un arrêté en conseil adopté le 9 août 1853³³. Le décret a donné le plus grand étail pour les nations les mieux connues par les autorités coloniales et c’est ainsi que les Mohawks de Kanesatake et Kahnawake ont reçu conjointement une réserve de 16 000 acres dans un canton en particulier (maintenant la réserve de Doncaster aux Laurentides³⁴). Par contre, le groupe décrit sans grande précision comme les “Montagnais, Tadoussacs, Papinachois, Nauthapi et autres

²⁹Gérard L. Fortin et Jacques Frenette, “L’acte de 1851 et la création de nouvelles réserves indiennes au Bas-Canada en 1853” (1989) 19:1 *Recherches amérindiennes au Québec* 31, p.32.

³⁰José Mailhot, “La marginalisation des Montagnais” in Pierre Frenette, ed., *Histoire de la Côte-Nord* (Québec: Presses de l’Université Laval, 1997) 323, pp.332-334.

³¹*Acte pour mettre à part certaines étendues de terre pour l’usage de certaines tribus de sauvages dans le Bas-Canada*, 14-15 Victoria, S.C. 1851, c. 106.

³²Elizabeth Gibbs, ed., *Debates of the Legislative Assembly of United Canada, 1841-1867*, vol. 10, part 1, 1851 (Montreal: Centre de recherche en histoire économique du Canada français), p.199.

³³Le contenu de l’arrêté en conseil du 9 août 1853 a été publié comme “Cédule indiquant la distribution de l’étendue de terre mise à part et appropriée en vertu du statut 14 et 15 Victoria, chapitre 106, au profit et pour l’avantage des tribus indiennes dans le Bas Canada”, signé pour le Commissaire des terres de la Couronne et daté du 8 juin 1854 dans Province de Canada, Assemblée législative, *Journaux*, 1858, vol. 16, app. (n° 21), appendice n° 34.

³⁴Jacqueline Beaulieu, *Localisation des nations autochtones du Québec : Historique foncier* (Québec: Ministère des ressources naturelles, 1998), p.120.

tribus nomades dans l'intérieure du Poste du Roi"³⁵ a reçu 70 000 acres dans la localité non-définie de Manicouagan.³⁶

Il n'est pas facile de retracer précisément la création de réserves en vertu de la loi de 1851³⁷ mais il est évident que le travail demeure inachevé. Alors que la loi a promis 230 000 acres, les nations nommées dans l'arrêté en conseil de 1853 (les Abénakis, Algonquins, Attikamekws, Hurons-Wendat, Innus, Malecites, Micmacs, et Mohawks) occupaient toutes ensembles des réserves et des établissements en 1998 dont la superficie faisait un total de seulement 184 472.3 acres³⁸. Le professeur Richard Bartlett estime que seulement 151 592 acres ont été mis de côté en vertu de la loi de 1851³⁹.

Qui plus est, les terres comprises dans les réserves ainsi créées ont fait l'objet de cessions presque au tout début. Par exemple, les Algonquins de Kitigan Zibi ont fait la première cession de terres de la réserve de Maniwaki en 1868 et ont fait dix autres cessions de centaines d'acres avant la fin du 19^e siècle⁴⁰.

³⁵Le poste ou domaine du Roi était une grande région qui s'étendait au nord du Saint-Laurent, environ de l'Île aux Coudres à l'ouest jusqu'à la rivière Moïsie près de Sept-Îles à l'est : Pierre Dufour, "De la Traite de Tadoussac aux King's Posts" in Frenette, ed., *Histoire de la Côte-Nord* 181, p.184.

³⁶Il n'existait aucun canton de Manicouagan avant 1866 : Clément E. Deschamps, *Municipalités et paroisses dans la province de Québec* (n.p., 1896), p.986.

³⁷En vertu de l'*Acte concernant les Sauvages et les terres de Sauvages*, L.R.C. 1860, c.14, art.12, les "étendues de terres" visées par la loi de 1851 devaient être réservées par arrêté en conseil et "transférées au commissaire des terres des sauvages pour le Bas Canada, et par lui administrées".

³⁸Beaulieu, *Localisation des nations autochtones du Québec*, annexe 4. Les établissements indiens sont des terres de la Couronne occupées par une bande mais qui ne sont pas des réserves au sens de la *Loi sur les Indiens*.

³⁹Bartlett, *Indian Reserves and Aboriginal Lands in Canada*, p.87.

⁴⁰Beaulieu, *Localisation des nations autochtones du Québec*, pp.16-17.

B. Les traités avec les peuples autochtones

1. Contexte

Comme l’a expliqué la Commission royale sur les peuples autochtones, les premiers traités entre les Européens et les autochtones “portaient sur des questions d’alliances militaires et économiques” et “ont été signés dans le but de conclure une paix entre des nations en guerre ou de la renouveler”⁴¹.

Durant la période immédiatement avant et après la conquête de la Nouvelle-France en 1760, les traités étaient en premier lieu destinés à garantir la paix et l’amitié comme l’a expliqué le juge Lamer dans la cause *Sioui*.

En effet, les métropoles faisaient tout en leur pouvoir pour s'assurer de l'alliance de chacune des nations indiennes et pour inciter les nations coalisées à l'ennemi à changer de camp. Ces efforts, lorsque couronnés de succès, étaient concrétisés par des traités d'alliance ou de neutralité. Cela indique clairement que les nations indiennes étaient considérées, dans leurs relations avec les nations européennes qui occupaient l'Amérique du Nord, comme des nations indépendantes. [...]

De plus, tant les Français que les Anglais reconnaissaient l'importance déterminante des alliances ou du moins, de la neutralité, des Indiens quant à l'issue de la guerre qui les opposait et à la sécurité des colonies d'Amérique du Nord.

...

L'Angleterre désirait aussi s'assurer de l'amitié des nations indiennes en les traitant avec générosité et égards par peur que la sécurité et le développement des colonies et de leurs habitants ne soient compromis par des Indiens atteints d'un sentiment d'inimitié. [...]

Cette politique "généreuse" qu'avaient choisi d'adopter les Britanniques trouvait aussi son expression dans d'autres domaines. La Couronne britannique reconnaissait, en

⁴¹Canada, Commission royale sur les Peuples autochtones, *Rapport*, volume 1, *Un passé, un avenir*, première partie, *Notre relation à la lumière de l'histoire*, chapitre 5 “Deuxième étape: interaction et coopération”, §3.3, “Les traités antérieurs à la Confédération canadienne”.

effet, aux Indiens certains droits de propriété sur leurs terres, elle cherchait à établir un commerce avec eux qui s'élèverait au-dessus du niveau de l'exploitation et leur apporterait un juste avantage. Elle leur reconnaissait aussi l'autonomie dans leurs affaires internes, intervenant ainsi le moins possible dans ce domaine⁴².

Néanmoins, la négociation de traités pendant cette période n'était pas sans confusion et contradiction. La Commission royale sur les Peuples autochtones a conclu que les divergences principales concernaient "la question des droits de possession de la terre et celle du pouvoir des monarques européens ou de leurs représentants sur les peuples autochtones". Alors que la présomption des Européens "était que le monarque avait, ou obtenait au moyen d'un traité ou d'une alliance, la souveraineté sur la terre et ses habitants", les peuples autochtones n'en reconnaissaient pas⁴³.

2. Territoire et traités de paix et d'amitié

Un traité fut conclu le 30 août 1760 à Oswegatchie, un village iroquois situé en amont de Montréal, entre la Couronne britannique et les Indiens. La Couronne s'y engagea notamment à assurer la possession et la jouissance paisible de leurs territoires aux Indiens alliés des Français⁴⁴, en contrepartie de leur neutralité. Les historiens désignent cette alliance "Amérindiens domiciliés" ou "Alliance des Sept Nations". Elle regroupait les autochtones des villages de la vallée du St-Laurent: les Hurons-Wendat de Lorette, les Abénakis de Bécancour et St-François,

⁴²R. c. *Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, pp.1053, 1054-1055.

⁴³Canada, Commission royale sur les Peuples autochtones, *Rapport*, volume 1, première partie, chapitre 5, §3.3.

⁴⁴Pour certains, l'alliance des Indiens domiciliés remonterait au moins à la Grande Paix de Montréal de 1701: voir Gilles Havard, *La Grande Paix de Montréal de 1701*, Montréal, Recherches amérindiennes au Québec, 1992, p.138, note 50. Par contre, D. Delâge et J.-P. Sawaya, *Les Traités des Sept-Feux avec les Britanniques*, Sillery, Éditions du Septentrion, 2001, à la p.20, notent que: "L'acte de naissance de cette fédération des Sept-Feux s'inscrit donc dans l'élaboration et la mise sur pied des politiques impériales britanniques concernant les Amérindiens".

les Mohawks de Kahnawake et Akwesasne et les Mohawks, Algonquins et Nippissings d'Oka ou Kanesatake⁴⁵.

Même s'il n'existe aucun écrit relatant les événements à Oswegatchie, le surintendant britannique des Affaires indiennes Sir William Johnson affirme qu'il y a conclu un traité avec l'Alliance des Sept Nations⁴⁶. Lors d'une rencontre à Kanesatake, en 1769, le représentant des Mohawks d'Akwesasne rappela les engagements d'Oswegatchie : d'après le procès-verbal de cette rencontre, Adighwadooni se référa aux engagements de Johnson "to secure to us the quiet and peaceable Possession of the Lands we lived upon" et le libre exercice de la religion. Il rappela aussi que Johnson avait ordonné à son assistant de publier et d'expliquer la *Proclamation royale* de 1763⁴⁷.

La jurisprudence confirme que les échanges d'Oswegatchie constituent un traité. Même en l'absence de traces écrites du traité, la Cour d'appel du Québec s'est fondée sur la documentation disponible pour conclure dans l'arrêt *Côté* que le Traité d'Oswegatchie était un traité au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et pour en déterminer l'aire d'application géographique et le contenu⁴⁸. (La Cour suprême du Canada, dans la même affaire, a décidé que le droit de pêche en litige faisait partie des droits ancestraux des Algonquins de Maniwaki et par conséquent, s'est bornée à présumer que ces derniers détenaient aussi un droit de pêche en vertu du Traité d'Oswegatchie⁴⁹)

⁴⁵D. Peter MacLeod, *The Canadian Iroquois and the Seven Years' War*, Toronto, Dundurn Press, 1996, pp.xi-xii.

⁴⁶William Johnson, *The Papers of Sir William Johnson*, Albany, NY: University of the State of New York (Division of Archives and History), 1962, vol. XIII, p.166.

⁴⁷*R. c. Côté*, [1993] R.J.Q. 1350 (C.A.), p.1367; confirmé sur d'autres motifs *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139.

⁴⁸*Côté* (C.A.), pp.1365 à 1370.

⁴⁹*R. c. Côté* (C.S.C.), aux par. 84 à 88.

L'on peut donc présumer qu'à tout le moins l'occupation des terres de mission par les Sept Nations en 1760 avait acquis une protection en vertu du Traité d'Oswegatchie et que tout empiètement ultérieur constituait une atteinte à la paix et à l'alliance que la Couronne leur avait promises.

Aussi, par le Traité de Murray de 1760, la Couronne britannique a assuré aux Hurons, en échange de leur reddition à la veille de la capitulation de Montréal, la protection, le libre exercice de leur religion, de leurs coutumes et du commerce avec les Anglais⁵⁰. S'il s'agit d'un traité de paix et d'amitié, il a néanmoins eu des effets sur un territoire concret. Dans la cause *Sioui*, la Cour suprême du Canada a interprété le traité pour juger que les droits garantis pouvaient s'exercer sur tout le territoire fréquenté par les Hurons en 1760 en autant que l'exercice des coutumes et des rites ne serait pas incompatible avec l'utilisation particulière que la Couronne ferait de ce territoire. En vertu de cette interprétation, la Cour suprême a reconnu le droit des Hurons d'utiliser certains lieux dans le Parc de la Jacques-Cartier pour pratiquer leurs coutumes ancestrales et rites religieux et ce, nonobstant la réglementation provinciale⁵¹.

C. Traités entre puissances européennes

1. Les Articles de la Capitulation

Les Articles de la Capitulation de Montréal, signés en 1760 au nom de la Couronne britannique, prévoyaient la protection suivante pour les Indiens anciennement alliés à la France :

Les Sauvages oé Indiens Alliés de Sa M^{te} tres Chretienne [le roi de France] Seront maintenus dans Les Terres qu'ils habitent, S'ils Veulent y rester; Ils ne pourront Estre Inquietés Sous quelque prétexte que ce puisse Estre, pour avoir pris les Armes et Servi Sa

⁵⁰Le document est reproduit dans : David Schulze, "The Murray Treaty of 1760: The Original Document Discovered", [1998] 1 *Canadian Native Law Reporter* 1.

⁵¹*R. c. Sioui*, *supra* ; voir aussi *Savard c. Québec (Procureur général)*, [2003] 4 C.N.L.R. 340 (C.A.Q.).

Ma^{te} très Chretienne. — Ils auront Comme les François, la Liberté de Religion et Conserveront leurs Missionnaires⁵².

Selon le juge Boyd de l'Ontario, cette disposition a garanti aux Indiens domiciliés de la vallée du Saint-Laurent la protection de leurs terres de mission⁵³. De la même façon, le juge Gagnon de la Cour provinciale du Québec a décidé que “[l]e texte... peut s'interpréter comme reconnaissant des droits aux Indiens... sur les terres occupées par des établissements permanents à l'intérieur de la colonie”⁵⁴.

2. Le Traité de Paris de 1763

Une protection des titres émis sous le régime français s'infère aussi du Traité de Paris de 1763 par lequel “Sa Majesté Britannique convient en outre, que les Habitans François ou autres, qui auroient été Sujets du Roy Très Chretien en Canada, pourront se retirer en toute Sûreté & Liberté, où bon leur semblera, et pourront vendre leurs Biens, pourvû que ce soit à des Sujets de Sa Majesté Britannique...”⁵⁵. Selon le juge Cannon de la Cour suprême du Canada, “Respect of their property and civil rights was guaranteed by the British Crown to the inhabitants of the original provinces as far back as the treaty of Paris in 1763”⁵⁶.

Les Articles de la Capitulation avaient déjà prévu en 1760 que “Les françois Etablis ou Comerçant dans toute l'Etendue de la Colonie de Canada, Et Toutes Autres personnes que ce

⁵²Articles de la Capitulation de Montréal, 1760, art. 40, dans A. Shortt et A.G. Doughty, *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada, 1759-1791*, première partie, 2^e éd., Ottawa, Imprimeur du Roi, 1921, p.18.

⁵³*R. v. St. Catharine's Milling Co.* (1885), 10 O.R. 196 (Ch. Div.), p.210, 2 C.N.L.C. 374, p.389.

⁵⁴*Procureur-général du Québec c. Paul*, [1977] C.S.P. 1054, p.1056.

⁵⁵Traité de Paris, 1763, art. IV, Shortt et Doughty, *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada, 1759-1791*, première partie, p.86.

⁵⁶*Reference Re: Weekly Rest in Industrial Undertakings Act (Canada)*, [1936] R.C.S. 461, p.520, confirmé [1937] A.C. 326 (C.P.)

puisse Estre, Conserveront L'Entiere paisible propriété et possession de leurs biens, Seigneuriaux et Roturiers Meubles et Immeubles”⁵⁷. Il s’agit là d’une protection de tout titre valable en vertu des règles de droit du régime français.

L’effet de cette protection sur les titres des communautés autochtones peut être interprété à la lumière du jugement rendu le 22 mars 1762 par le général Gage dans le litige qui opposait les Mohawks de Kahnawake aux pères jésuites sur les droits à la seigneurie de Sault-Saint-Louis. Il a débouté les Jésuites défendeurs qui prétendaient qu’au 17^e siècle, le roi de France leur aurait accordé un titre de seigneur y compris le droit d’accorder à leur tour des concessions à des colons canadiens-français.

Le général Gage a plutôt décidé “que la concession des terres du Sault St. Louis fut faite aux R.R. P.P. Jésuites dans la seule et unique intention d’y fixer des Iroquois et autres Sauvages”. Dans le préambule du dispositif de son jugement, le général Gage a pris pour acquis que la Couronne britannique a hérité d’une responsabilité de voir à l’accomplissement des intentions à l’égard des Indiens exprimées par la Couronne française presque un siècle auparavant :

Il nous paraît absurde d’avoir recours à Sa M.T.C. Louis 15 pour qu’elle veuille nous faire expliquer le sens et le but d’une concession accordée en Amérique il ya 82 ans faites avec sagesse et sans obscurité par son Bisayeul Louis 14 et c’est pour remplir les bonnes intentions avec toute justice et equite que nous au d. nom de Sa Majesté Britannique qui seule est Souveraine et a droit de faire exercer la justice dans sa province de Canada,

...

...[Nous] ordonnons que les dits Sauvages du Sault Seraient mis en possession et jouissent paisiblement pour eux leurs héritiers et autres Sauvages qui voudraient se joindre à eux de tout le terrain et le revenu que la dite Concession peut produire et [nous sommes] persuadé[s] que rien ne contribue plus efficacement à civiliser et éclairer les

⁵⁷Articles de la capitulation de Montréal, 1760, art. 36, dans Shortt et Doughty, *Documents relatifs à l’histoire constitutionnelle du Canada, 1759-1791*, première partie, p.16.

nations Sauvages qu'en tenant religieusement les engagements que l'on prend avec eux et en prevenant tout sujet de mésintelligence entre'eux et les habitants établis dan leur voisinage.

[N]ous sommes obligés de voir que les Iroquois et Sauvages du Sault jouissent paisiblement et en entier des bienfaits à eux accordés par Sa M.T.C. [Majesté très Chrétienne, le roi de France]...⁵⁸.

Suite à ce jugement, le général Gage a ordonné aux habitants établis en vertu de concessions accordées sans droit par les Jésuites à payer dorénavant les rentes au "receveur des rentes aux noms desd. Sauvages"⁵⁹.

Donc, même avant l'adoption de la *Proclamation royale de 1763*, la Couronne britannique se considérait obligée de protéger les titres concédés aux missionnaires par la Couronne française pour le bénéfice des Indiens.

⁵⁸Canada, *Indian Treaties and Surrenders*, vol. II, Ottawa, Queen's Printer, 1891, p.297.

⁵⁹Ordonnance du 24 octobre 1762, reproduite dans Canada, *Report of the Public Archives for the Year 1918*, King's Printer, Ottawa, 1920, à la p.65.

D. La législation impériale

1. La Proclamation royale de 1763

La *Proclamation royale de 1763*⁶⁰ fut la première Constitution du Canada sous le régime britannique, de 1763 à 1774⁶¹. Elle contient plusieurs dispositions relatives aux terres des Indiens⁶² dont la suivante s'applique à la province de Québec nouvellement créée :

Et comme il s'est commis de grandes fraudes & abus dans l'achat des terres fait avec les sauvages au grand préjudice de nos intérêts, & au mécontentement des dits sauvages, pour prévenir de pareilles irrégularités à l'avenir, et afin que les sauvages soient convaincus de notre justice & de la résolution que nous avons prise d'écarter tout juste sujet de mécontentement; Voulons & ordonnons avec l'avis de notre Conseil privé que personne n'achète des terres des sauvages qui leur ont été réservées dans ces parties de nos colonies où nous avons trouvé à propos de permettre des établissements. Mais s'il arrivait qu'aucun des dits sauvages voulut disposer des dites terres, nous voulons que l'achat en soit fait par nous, & en notre nom dans une assemblée des dits sauvages qui sera convoquée à ce dessein par les gouverneurs ou commandans en chef de nos différentes colonies dans lesquelles elles pourront se trouver, & dans le cas qu'elles fussent dans les limites de quelque gouvernement propriétaire, on ne pourra les acheter qu'aux noms et pour l'usage uniquement de tel propriétaire, suivant les directions & instructions que nous ou eux trouverons à propos de donner à ce sujet,⁶³

⁶⁰L.R.C., (1985), App. II, no. 1.

⁶¹*R. v. White and Bob*, [1965] 2 W.W.R. 193 (Cour d'appel de la Colombie-Britannique), p. 218.

⁶²Dans l'arrêt *Ontario (Attorney-General) v. Bear Island Foundation*, (1989), 58 D.L.R. (4th) 117, p.133, la Cour d'appel de l'Ontario affirme que l'exigence procédurale d'achat des terres indiennes "à une réunion publique ou assemblée" a été abrogée par l'*Acte de Québec de 1774*. Cette notion fut reprise par la même cour dans *Chippewas of Sarnia Band v. Canada (Attorney-General)*, [2001] 1 C.N.L.R. 56 (C.A. Ont.) au par. 206 à 208. Cependant, la Cour suprême du Canada a rejeté cette notion dans *St.Catherines Milling & Lumber Co.*, (1887), 13 R.C.S. 577, pp.648 (j. Taschereau) et 629-632 (j. Strong). Aussi, la Commission des revendications des Indiens a refusé d'endosser l'analyse de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Première nation de Walpole Island, Enquête sur l'île Boblo* (2000), 13 A.C.R.I. 131, pp.198- 200. Enfin, nous estimons que la question est théorique étant donné le texte clair des instructions au gouverneur Carleton de 1775 ainsi que le règlement du gouverneur Dorchester de 1794 discutés ci-dessous.

⁶³Cette traduction est celle publiée le 28 janvier 1764 et qui est reproduite dans Canada, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 1, annexe D, p.793 (nous soulignons).

La Cour suprême du Canada a décidé dans *Marshall & Bernard* “que la *Proclamation royale* s’appliquait à la Nouvelle-Écosse” y compris le Nouveau-Brunswick actuel, mais “n’a pas octroyé aux Mi’kmaq le titre sur toutes les terres de l’ancienne colonie de la Nouvelle-Écosse”⁶⁴. La Cour suprême a plutôt décidé que: “La *Proclamation royale* visait à assurer la sécurité future des colonies en réduisant les possibilités de conflit entre colons et Indiens par la protection des territoires indiens et des droits issus de traité existants et par l’interdiction des opérations foncières abusives”⁶⁵.

La Cour suprême du Canada a donc confirmé que dans les anciennes colonies, la *Proclamation royale* “ne crée pas de nouveaux droits sur les terres”⁶⁶. Mais ayant conclu que les Mi’kmaq ne possédaient pas de titre sur les terres, la Cour suprême n’a pas offert d’autres commentaires sur la question de savoir quels “territoires indiens existants” étaient effectivement protégés par la *Proclamation royale*.

Dans la même cause, la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse a jugé que dans cette colonie, la *Proclamation royale* a seulement protégé les terres nouvellement réservées ou antérieurement réservées”⁶⁷. Pour sa part, la Cour d’appel du Nouveau-Brunswick a mis en garde une confusion apparente entre “la notion des terres occupées qui sont réservées aux Indiens avec le concept des réserves indiennes telles qu’elles existent actuellement au Canada” et elle a plutôt jugé que la *Proclamation* “réserve plutôt aux Indiens des terres qu’ils avaient historiquement occupées et qui n’avaient été ni cédées aux Britanniques au moment où la

⁶⁴*R. v. Marshall; R. v. Bernard*, [2005] 2 R.C.S. 220, par. 87, 88.

⁶⁵*Id.*, par. 95.

⁶⁶*Id.*, par. 92.

⁶⁷*R. v. Marshall*, [2004] 1 C.N.L.R. 211 (C.A.N.-É.), par. 221, j. Cromwell. À cet égard, la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse a explicitement suivi la décision de la Cour d’appel du Québec dans *R. c. Côté*, *supra*.

Proclamation a été prise ni achetées par eux”⁶⁸. En dernière analyse, cependant, le juge Robertson du Nouveau-Brunswick a conclu qu’“il ne fait aucune différence que la Proclamation royale s’applique ou non à l’ancienne Nouvelle-Écosse” parce que “[d]ans l’un ou l’autre cas, il est nécessaire pour une collectivité autochtone d’établir l’existence d’une occupation exclusive quand elle fait valoir un titre aborigène, que ce soit en vertu de la Proclamation ou au regard de la common law”⁶⁹.

Le jugement de la Cour suprême du Canada dans *Marshall & Bernard* établit donc le principe que la colonisation européenne dans les colonies telles que la Nouvelle-Écosse n’était pas illégale *prima facie* (comme ce serait le cas à l’extérieur des colonies dans les autres territoires). Son dispositif se réconcilie certainement avec la conclusion du juge Robertson à l’effet que la *Proclamation royale* ne peut alléger le fardeau de prouver un titre aborigène aux terres en litige⁷⁰. Enfin, le jugement prévoit explicitement que les “territoires indiens existants” que la *Proclamation royale* devait protéger incluent les terres détenues en vertu d’un titre aborigène⁷¹, là où le titre peut être prouvé.

Très tôt le gouverneur Carleton a déclaré explicitement que les Abénakis bénéficiaient de la protection de la *Proclamation royale* lorsqu’il émettait en 1767 une déclaration qui se référait avant tout mais non pas exclusivement à Odanak :

⁶⁸*R. v. Bernard*, [2003] 4 C.N.L.R. 48 (C.A.N.-B.), [2003] A.N.-B. n° 320 (QL) (en français), par. 81, 90, j. Robertson.

⁶⁹*Id.*, par. 95.

⁷⁰La Cour suprême avait déjà conclu que “même si le titre aborigène a été reconnu par la Proclamation, il découle de l’occupation antérieure du Canada par les peuples autochtones”: *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 114.

⁷¹C’est la même conclusion à laquelle est arrivée le Conseil privé en 1767 lorsqu’il était appelé à interpréter la proclamation seulement quatre ans après l’avoir adoptée : David Schulze, “L’application de la Proclamation royale de 1763 dans les frontières originales de la Province de Québec : la décision du Conseil privé dans l’affaire Allsopp” (1997), 31 *Revue juridique Thémis* 511.

Les Sauvages Abenakis de St. François aussi bien que toutes les autres Nations et Tribus dependantes de la Province de Quebec, etant sous la Protection de Sa Majesté, ainsi qu'il l'a bien voulu declarer par sa Proclamation du 7. Octobre 1763, pour etre assurés qu'on les maintiendra dans tous leurs Justes Droit, et que le Gouvernement fera traduire en Justice, et poursuivre à la Rigueur tous ceux qui oseront les molester, de quelque Maniere que ce puisse etre; la présente, on espere, sera un avertissement pour tous ceux qui pourront en avoir L'Intention, et previendra les facheuses Consequences qui en pourroient resulter⁷²

Beaucoup plus récemment la Cour d'appel du Québec a été unanime à reconnaître dans la *Proclamation royale* une protection des terres de réserve malgré ses divergences sur son application aux autres terres des autochtones⁷³. Selon l'interprétation la plus étroite, les "terres de mission (regroupant parfois plusieurs bandes) et les villages indiens créés ou autorisés par les autorités françaises" étaient protégées par la *Proclamation royale*⁷⁴. Par ailleurs, la Cour d'appel de l'Ontario a décidé que la concession par la Couronne d'une terre, directement à une bande indienne devait également être présumée conforme avec la politique énoncée dans la *Proclamation royale*⁷⁵. Il ne saurait donc avoir de distinction dans l'application de la Proclamation au seul motif que des terres de réserve avaient été concédées directement aux Indiens ou à des tiers pour leur bénéfice plutôt que d'être déclarées propriété de la Couronne⁷⁶.

⁷²Avertissement concernant les Sauvages Abénakis de St. François fait à Québec par Guy Carleton le 28 février 1767, Archives du Séminaire de Trois-Rivières, cote 0535. Deux ans plus tard, le gouverneur Carleton émettait une ordonnance enjoignant à certains individus sous peine de milles livres sterling de ne pas "troubler ou interrompre de quelque Façon que ce soit la dite Nation Indienne ou aucune Membre d'icelle dans la paisible Possession et jouissance de toute ou aucune Partie de la dite Etendue de Terre ou Isles", c'est-à-dire, dans la seigneurie de Saint-François : Proclamation émise à Québec par Guy Carleton le 20 avril 1769, Archives nationales du Canada, RG 10, A9, vol. 14 et Archives du Séminaire de Trois-Rivières, cote 0535.

⁷³Dans l'arrêt *Adams*, le juge Beaugerard, au nom de la majorité, a tenu pour acquis que la *Proclamation royale* protégeait toutes les terres effectivement "occupées" par les Indiens dans la province *R. c. Adams*, [1993] R.J.Q. 1011 (C.A.), pp.1020-1021, 1022, infirmé sur d'autres motifs par la Cour suprême du Canada, *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101.

⁷⁴*R. c. Côté* (C.A.), *supra*, aux pp.1361-1363.

⁷⁵*Issac v. Davey* (1974), 51 D.L.R. (3d) 170, p.181, confirmé sur d'autres motifs [1977], 2 R.C.S. 897.

⁷⁶La Cour suprême des États-Unis a jugé qu'il n'y avait pas de contradiction entre le droit d'un Pueblo indien de l'ancien Mexique à la protection du gouvernement fédéral américain et sa pleine propriété sur les terres qu'il occupait en vertu d'une concession émise par la Couronne espagnole : *U.S. v. Sandoval*, 231 U.S. 28 (1913);

Une autre question controversée est l'application après 1774 des dispositions sur les cessions des terres indiennes dans les colonies. La Cour d'appel de l'Ontario a décidé à deux reprises que l'exigence dans la *Proclamation royale* à l'effet que l'achat de terres indiennes ait lieu "dans une assemblée des dits sauvages qui sera convoquée à ce dessein" a été implicitement abrogée par l'*Acte de Québec de 1774*⁷⁷.

Cependant la Commission des revendications des Indiens a jugé que la *Proclamation royale* gardait son "caractère obligatoire" dans la province de Québec après 1774⁷⁸. Elle cite entre autres une lettre de 1784 signée par le gouverneur Haldimand et dans laquelle il insistait sur le fait qu'"à Détroit, ou n'importe où ailleurs dans la province" l'achat par des particuliers de terres appartenant à des Indiens était nul et que leur achat "au nom de la Couronne ou pour son usage... ne peut être fait, sauf à l'occasion d'une assemblée générale à laquelle les chefs principaux de chaque tribu revendiquant une partie de ces terres sont présents"⁷⁹.

La Commission des revendications conclut:

Les dispositions de la *Proclamation royale*, constituaient donc la politique régissant les cessions foncières consenties par les Autochtones à la Couronne à cette époque [c.-à-d. en 1786]. Tout défaut de s'y conformer invalidait les cessions. Plus particulièrement, même s'il ne semble pas que la permission, aussi qualifiée d'autorisation et de licence, nécessaire pour obtenir les cession signifiait que cette permission devait être obtenue directement du Roi, il semble toutefois que ces instruction devaient au moins être obtenues du gouverneur ou du surintendant des Affaires indiennes⁸⁰.

U.S. v. Candelaria, 271 U.S. 432 (1926).

⁷⁷*Ontario (Attorney-General) v. Bear Island Foundation*, (1989), 58 D.L.R. (4th) 117 (Ont. C.A.) at 133, infirmé sur d'autres motifs, [1991] 2 R.C.S. 570; *Chippewas of Sarnia Band v. Canada (Attorney-General)*, [2001] 1 C.N.L.R. 56 (Ont. C.A.), par. 206 à 208.

⁷⁸*Première nation de Walpole Island, Enquête sur l'île Boblo* (2000), 13 A.C.R.I. 131, p.201.

⁷⁹*Id.*, p.202.

⁸⁰*Id.*, p.202 (nous soulignons).

Il est à noter que la théorie de l'abrogation implicite de certaines dispositions de la *Proclamation royale* par l'*Acte de Québec de 1774* a été rejetée par deux juges de la Cour suprême du Canada dans des jugements concordants un siècle avant que la Cour d'appel de l'Ontario ne se prononce là-dessus. Selon le juge Strong : “None of the changes in the terms of the proclamation which were introduced by the act have the most remote bearing on Indian land rights or Indian affairs”⁸¹.

Dans tous les cas, la question des effets de l'*Acte de Québec de 1774* est probablement théorique étant donné le texte clair des instructions au gouverneur Carleton de 1775 ainsi que le règlement du gouverneur Dorchester de 1794 discutés ci-dessous.

2. Instructions aux gouverneurs

a. Introduction

La commission d'un officier à titre de gouverneur faisait partie de la constitution de la colonie⁸² l'obligeait à suivre les instructions qu'il recevait du Conseil privé à Londres⁸³. Les instructions font donc partie de dispositions légales contraignantes dans l'administration de la colonie.

⁸¹*St. Catherines Milling & Lumber Co.* (1887), 13 S.C.R. 577, pp.629-632, Strong j.; voir au même effet p.648, j. Taschereau.

⁸²*Campbell v. Hall* (1774), 1 Cowp. 204, p.212.

⁸³Commission de Capitaine général et Gouverneur en chef de la Province de Québec, le 14 novembre 1763, dans Shortt et Doughty, *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada, 1759-1791*, première partie, p.147.

b. Les instructions au gouverneur Murray et au gouverneur Carleton

Parmi les instructions données par la Couronne au gouverneur Murray en décembre 1763, les suivantes concernaient les Indiens :

60.—Et attendu que Notre province de Québec est en partie habitée et possédée par plusieurs nations et tribus de sauvages avec lesquels il est à la fois nécessaire et opportun de cultiver et d'entretenir une étroite amitié et de bonnes relations, afin d'induire graduellement ces sauvages à devenir non seulement de bons voisins pour Nos sujets mais à devenir eux-mêmes de bons justes pour Nous : vous devrez par conséquent aussitôt que vous le jugerez à propos, charger une personne ou des personnes aptes à s'acquitter de cette tâche, de rassembler lesdits sauvages, de traiter avec eux, de leur promettre protection et amitié de Notre part et de leur remettre les cadeaux qui vous seont envoyés à cette fin.

61.—Et vous devrez vous renseigner avec la plus grande exactitude sur le nombre, les coutumes et les dispositions des différents corps ou tribus de sauvages de même que sur leur genre de vie et sur les règlements et les constitutions qui leur servent de régie et de règle de conduite. Et pour aucun motif vous ne pourrez les molester ou les déranger dans la possession des parties de la province qu'ils occupent ou possèdent présentement; vous devrez plutôt employer les meilleurs moyens possibles pour gagner leur affection et les attacher à Notre gouvernement, et Nous faire part par l'intermédiaire de Nos commissaires du commerce et des plantations de tout renseignement que vous pourrez obtenir à leur Égard et de toutes vos négociations avec eux.

62.—Attendu que par Notre proclamation du septième jour d'octobre, dans la troisième année de Notre règne, Nous avons strictement défendu À tous Nos sujets, sous peine d'encourir Notre déplaisir, de faire l'achat ou de prendre possession de quelque'une des terres réservées aux différentes tribus de sauvages avec lesquels Nous sommes en relation et qui vivent sous Notre protection ou de s'y Établir sans avoir au préalable obtenu Notre permission : c'est Notre volonté formelle et Notre bon plaisir que vous vous occupiez avec le plus grand soin de faire observer ponctuellement Nos instructions royales à ce sujet, afin que l'on se conforme dans les relations commerciales avec les sauvages qui sont sous la dépendance de vous gouvernement aux directions et aux règlements prescrits par Notre dite proclamation⁸⁴.

⁸⁴Instructions au gouverneur Murray, le 7 décembre 1763, dans A. Shortt et A.G. Doughty, *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada, 1759-1791*, première partie, 2^e éd., Ottawa, Imprimeur du Roi, 1921, pp.174 à 175 (nous soulignons).

Les instructions données au gouverneur Carleton en 1768 sont au même effet⁸⁵.

Les instructions données aux gouverneurs de la province de Québec démontrent que la *Proclamation royale* créait non seulement une politique régissant la cession des terres indiennes mais aussi une obligation pour le gouvernement colonial de protéger ces terres contre tout empiètement.

c. Les instructions au gouverneur Carleton de 1775 et le Projet de règlements relatif à l'administration des affaires des sauvages

Les instructions au gouverneur Carleton de 1775 à l'art. 32 font un renvoi au "Projet de règlements relatif à l'administration des affaires des sauvages" préparé en 1764 et que le gouverneur était dorénavant chargé d'appliquer à titre de mesures indiquées pour la régie du "commerce de peaux de la région intérieure"⁸⁶.

Ces règlements avaient posé à nouveau l'interdiction d'aliéner les terres indiennes sauf à la Couronne (ou aux propriétaires d'une colonie, exception qui ne s'applique pas à la province de Québec) et sauf permission donnée par les Indiens réunis en assemblée générale :

41. Aucun particulier ni aucune société, corporation ou colonie, ne pourront acquérir quelque propriété que ce soit, dans les terres appartenant aux sauvages, soit par achat, concession ou transport de la part lesdits sauvages, sauf dans les cas où ces terres seront situées dans les limites de quelque colonie dont le sol a été dévolu à des propriétaires ou corporations par des concessions de la part de la couronne. En ce cas, ces propriétaires ou corporations pourront seuls acquérir telle propriété au moyen d'achat ou de concession de la part des sauvages.

⁸⁵Instructions au gouverneur Carleton, 1768, dans *Id.*, p.296, articles 59 à 61.

⁸⁶Instructions au gouverneur Carleton, le 3 janvier 1775, dans A. Shortt et A.G. Doughty, *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada, 1759-1791*, deuxième partie, 2^e éd., Ottawa, Imprimeur du Roi, 1921, p.592.

43. Aucun achat de terres appartenant aux sauvages, soit au nom et pour l'usage de la couronne soit au nom et pour l'usage de propriétaires de colonies, ne sera fait autrement qu'à une assemblée générale à laquelle devront Être présents les principaux chefs de chaque tribu réclamant un titre de propriété à ces terres⁸⁷.

Malgré la référence dans les instructions à la régie “de la région intérieure” de la colonie où se pratiquait le “commerce de peaux”, il est clair que ces règlements devaient s’appliquer dans la province de Québec. En effet, l’annexe A du projet et qui a pour titre “Liste des tribus de sauvages dans le district septentrional de l’Amérique du Nord” mentionne les nations telles que les Abénakis et les Mohawks comme faisant partie des tribus “sous la protection de Sa Majesté”⁸⁸.

Les instructions au gouverneur Haldimand en 1777 sont au même effet⁸⁹.

3. Le règlement du gouverneur Dorchester de 1794

Le gouverneur Dorchester a émis en 1794 des instructions au département des Affaires indiennes qui reprenaient encore une fois l’interdiction de vendre les terres indiennes sauf à la Couronne :

Article 1. Nous considérons qu’il est recommandable pour l'intérêt du Roi que le réseau des Affaires indiennes soit dirigé par des directeurs sous la direction du Commandant en Chef des forces armées de Sa Majesté en Amérique du nord. Par conséquent, aucune terre ne sera achetée des Indiens sauf par le directeur général et l'inspecteur général des Affaires indiennes, ou, en son absence, par le directeur général adjoint, ou une personne spécialement désignée à cet effet par le commandant en Chef.

⁸⁷Projet de règlements relatif à l’administration des affaires des sauvages dans *Id.*, aux pp.604 à 605 (nous soulignons).

⁸⁸*Id.*, p.605.

⁸⁹Instructions au gouverneur Haldimand, le 15 avril 1777, dans Shortt et Doughty, *Documents relatifs à l’histoire constitutionnelle du Canada, 1759-1791*, deuxième partie, p.685.

Pour le reste, le règlement prévoyait la procédure à suivre en cas de cession⁹⁰. (Les mêmes instructions ont été refondues et émises à nouveau en 1812⁹¹.)

Le règlement de Dorchester a été qualifié par la jurisprudence d’“instrument impérial” car il n’émanait pas de l’appareil législatif colonial mais directement du gouverneur en sa capacité de représentant de la Couronne impériale⁹².

4. Le Décret sur la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest de 1870

a. Son importance au Québec

Après la Confédération, le Parlement a acquis le pouvoir d’augmenter les limites d’une province existante⁹³. En 1898 et encore en 1912, le gouvernement fédéral s’est servi de ce pouvoir pour prolonger les frontières du Québec afin d’inclure le territoire au sud de la rivière Eastmain et ensuite le district d’Ungava jusqu’à la Baie d’Hudson⁹⁴.

Ces augmentations des limites du Québec ont été faites à même certaines parties de l’ancienne Terre de Rupert et de l’ancien Territoire du Nord-Ouest. La question est donc de

⁹⁰Traduction française tirée de Canada, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 2, 2^e partie, ch. 4, p.518 (nous soulignons). L’original des “Additional Instructions, Indian Department” adressées par Lord Dorchester à Sir John Johnson, le Surintendant général et Inspecteur général des Affaires indiennes, datées du 26 décembre 1794, est reproduit dans *The Correspondence of Lieut. Governor John Graves Simcoe, with Allied Documents relating to His Administration of the Government of Upper Canada*, Brigadier General E.A. Cruikshank, ed., vol. III (Toronto: Ontario Historical Society, 1925), pp.241-242.

⁹¹*Chippewas of Sarnia v. Canada (Attorney General)*, [1999] O.J. No. 1406 QL (C.S.J. Ont.), par. 355, infirmé sur d’autres motifs [2001] 1 C.N.L.R. 56 (C.A. Ont.).

⁹²*Id.*, par. 345 et 355.

⁹³*Loi constitutionnelle de 1871*, art. 3.

⁹⁴*Loi sur les frontières de la Province de Québec*, L.C. 1898, c.3; *Loi sur les frontières du Québec*, L.C. 1912, c.45.

savoir si les droits créés par le *Décret sur la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest* de 1870 en faveur des autochtones s'appliquent dans ces parties du Québec actuel.

b. Deux territoires pré-confédératifs distincts

La Charte royale de 1670 a fait des gouverneurs de la Compagnie de la Baie d'Hudson les "Seigneurs et maîtres véritables et absolus" de la Terre de Rupert, la grande zone de drainage du bassin de la baie d'Hudson⁹⁵. Cependant, aucune limite n'a jamais été tracée entre la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-ouest, c'est-à-dire, les autres possessions de la Couronne britannique qui n'étaient pas comprises ni dans le Haut ou le Bas Canada ni dans la partie du Labrador qui appartenait à Terre-Neuve. Comme l'a constaté le Conseil privé, la distinction entre les deux territoires n'était pas bien définie et en pratique, les gouverneurs de la compagnie exerçaient leurs pouvoirs dans le Territoire du Nord-ouest⁹⁶.

Deux territoires distincts sont visés par le *Décret en conseil sur la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest*, comme l'indique son nom. Cette distinction apparaît par ailleurs à l'art. 146 de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui permettait "d'admettre la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest, ou l'une ou l'autre de ces possessions".

c. Un seul traitement pour les deux territoires aux fins de la cession des droits de la Compagnie de la Baie d'Hudson

Le nouveau Parlement canadien ne semble pas avoir vu une grande importance dans cette distinction, puisqu'il a demandé le 17 décembre 1867 à la Couronne "d'unir la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest à cette Puissance, et d'accorder au Parlement du Canada l'autorité

⁹⁵"The Royal Charter incorporating the Hudson's Bay Company, 1670", in E.H. Oliver, ed., *The Canadian North-West: Its Early Development and Legislative Records*, vol. 1 (Ottawa: Archives Publications, 1914), 135, pp.143-44.

⁹⁶*In re Natural Resources (Saskatchewan)* (1931), [1932] A.C. 28 (C.P.), p.33.

de légiférer pour leur bien-être et leur bon gouvernement futurs”⁹⁷. L’adresse du Parlement du Canada a promis que “les réclamations des tribus indiennes en compensation pour des terres requises pour des fins de colonisation, seront considérées et réglées conformément aux principes qui ont uniformément guidé la Couronne Anglaise dans ses rapports avec les aborigènes”⁹⁸.

La portée des droits garantis aux Indiens par la septième résolution de l’adresse de 1867 a été clairement expliquée au nom du gouvernement fédéral par William McDougall, le ministre des Travaux publics, lors du débat sur les résolutions en chambre :

La septième résolution concerne les Indiens dont on trouve un très grand nombre dispersé sur toute l’étendue du territoire, encore que ce nombre soit moindre qu’auparavant. Le gouvernement a toujours reconnu certains droits aux indiens ; il conclut des traités avec eux et leur verse une compensation pour leurs terres; il les traite en somme un peu comme des mineurs incapables de gérer leurs propres affaires, mais il agit toujours avec beaucoup de générosité à leur égard. La compagnie n’a jamais eu la prétention d’abolir ces droits qui précèdent les siens. Il nous faudra nécessairement en venir à une entente avec les Indiens dans l’intérêt des colons⁹⁹.

Cependant, pour le gouvernement impérial, ce fut l’intérêt que pouvait réclamer la Compagnie de la Baie d’Hudson en vertu de sa charte de 1670 qui était important. Le Secrétaire d’État pour les colonies à Londres a répondu à l’adresse de 1867 par une lettre au Gouverneur général du Canada en 1868 dans laquelle il expliquait qu’il fallait régler la question¹⁰⁰. La même année, le Parlement impérial adoptait une loi pour permettre à la Couronne impériale d’accepter la cession des terres, droits et privilèges de la Compagnie de la Baie d’Hudson dans la Terre de

⁹⁷L.R.C. (1985), App., n° 9, Cédule A, aux pp.8- 9.

⁹⁸L.R.C. (1985), App., n° 9, Cédule A, p.9.

⁹⁹Canada, *Débats de la Chambre des Communes*, première session, première législature, pp.181-182 (le 4 décembre 1867).

¹⁰⁰Despatch from the Duke of Buckingham and Chandos to Viscount Monk, 23 April 1868 in *British Parliamentary Papers; Colonies: Canada*, vol. 27, *Reports, Correspondence and Other Papers Relating to Canada, 1867-74*, “Correspondence Relating to the Surrender of Rupert’s Land”, p.22.

Rupert, mais seulement une fois “que les termes et conditions” de l’admission de ce territoire “dans la Puissance du Canada, auront été approuvés par Sa Majesté et exprimés dans une adresse des deux chambres du parlement du Canada à Sa Majesté”¹⁰¹.

Le territoire que la compagnie a cédé et que la Couronne impériale pouvait accepter afin de l’admettre dans l’union canadienne n’était cependant pas la Terre de Rupert au sens strict de la Charte de 1670. Au contraire, l’*Acte de la Terre de Rupert, 1868*, prévoyait explicitement :

2. Pour les fins du présent acte, l’expression «Terre de Rupert» désignera toutes les terres et territoires que les dits gouverneurs et compagnie possèdent ou prétendent posséder.

La Compagnie de la Baie d’Hudson a elle-même reconnu l’incertitude quant à son titre dans l’acte de cession qui a traité non seulement de ses droits en vertu de la Charte de 1670 mais aussi des droits qui pouvaient “avoir été exercés ou assumés par les dits Gouverneur et Compagnie dans aucune partie de l’Amérique du Nord britannique ne formant pas partie de la Terre de Rupert, ou du Canada ou de la Colombie-Britannique”¹⁰².

d. Une distinction dans le décret impérial

Après l’*Acte de la Terre de Rupert, 1868* et les négociations entre le gouvernement du Canada et la Compagnie de la Baie d’Hudson qui se sont finalisées par une convention conclue l’année suivante¹⁰³, le Parlement fédéral a demandé par une adresse à la Couronne impériale en 1869 d’accepter la cession de tous les droits territoriaux de la compagnie dans la Terre de Rupert ou ailleurs¹⁰⁴. De plus, par une résolution annexée à l’adresse, le Parlement canadien a

¹⁰¹*Acte de la Terre de Rupert, 1868*, L.R.C. (1985), App., n° 6, art. 3.

¹⁰²L.R.C. (1985), App., n° 9, Cédule C, 1., p. 20.

¹⁰³L.R.C. (1985), App., n° 9, Cédule B, 2., pp.10 à 13, 16 à 23.

¹⁰⁴L.R.C. (1985), App., n° 9, Cédule B, 2., p.15.

formellement demandé l'admission la Terre de Rupert dans l'union au même titre que le Territoire du Nord-Ouest¹⁰⁵.

Le décret adopté en 1870 par la Couronne impériale en vertu de l'art. 146 de la *Loi constitutionnelle de 1867* pour admettre les deux territoires dans l'union canadienne semble préciser qu'ils ont été admis de façons différentes. En effet, "le dit Territoire du Nord-Ouest sera admis dans la Puissance du Canada et en formera partie aux termes et conditions exposés dans la première adresse mentionnée", c'est-à-dire, l'adresse de 1867¹⁰⁶.

Par contre, pour la Terre de Rupert, le Décret constate que certaines conditions à sa cession sont déjà remplies et n'imposent que les termes et conditions qu'il reprend explicitement de la deuxième adresse du Parlement en 1869, dont le 14^e terme qui libère la Compagnie de la Baie d'Hudson de responsabilité en cas de "[t]oute indemnité à payer aux Indiens pour les terres destinées à la colonisation [qui] sera réglée par le Gouvernement Canadien de concert avec le Gouvernement Impériale"¹⁰⁷. Le Décret ne reprend pas comme termes et conditions à l'admission de la Terre de Rupert l'ensemble des résolutions adoptées par le Parlement canadien et annexées à sa deuxième adresse en 1869 dont notamment celle qui prévoyait "Que lors de la cession des territoires en question au Gouvernement Canadien, il sera du devoir du Gouvernement de prendre des mesures efficaces pour la protection des tribus indiennes, dont les intérêts et le bien-être son intimement liés à la cession"¹⁰⁸.

¹⁰⁵L.R.C. (1985), App., n° 9, Cédule B, 2., p.16

¹⁰⁶L.R.C. (1985), App., n° 9, p.4.

¹⁰⁷L.R.C. (1985), App., n° 9, p.6.

¹⁰⁸L.R.C. (1985), App., n° 9, Cédule B, p.13.

e. Aucune distinction en pratique

Une fois le *Décret en conseil sur la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest* de 1870 en vigueur, le gouvernement fédéral ne faisait aucune distinction entre ce qui fut jadis la Terre de Rupert ou le Territoire du Nord-Ouest.

Les instructions transmises au lieutenant-gouverneur des nouveaux Territoires du Nord-Ouest en août 1870 distinguaient seulement les régions où les revendications des autochtones devaient être traitées en priorité pour des raisons liées à la colonisation et à la construction routière :

1. Vous devez, avec le moins de délai possible, vous mettre en relation avec les bandes sauvages qui occupent la région située entre le lac Supérieur et la province du Manitoba, afin de s'attirer leur amitié suffisamment pour rendre sûre en toute saison de l'année la route qui conduit de Thunder Bay à Fort Garry et de faciliter la colonisation de toutes les parties de la région qu'il sera possible d'améliorer.

2. Vous devrez aussi sans délai vous occuper de la condition de la régions située en dehors de la province du Manitoba au nord et à l'ouest. Et tout en assurant les sauvages de votre désir d'établir des relations amicales avec eux, vous vous rendrez compte et vous ferez part à Son Excellence des meilleurs moyens à prendre, soit par traité ou autrement, pour faire disparaître les obstacles qui peuvent s'opposer à l'émigration dans les terres fertiles situées entre le Manitoba et les montagnes Rocheuses.

...

5. Vous aurez aussi la bonté de faire connaître la situation des tribus sauvages qui se trouvent maintenant dans les territoires. Vous indiquerez en même temps leur nombre, leurs besoins et leurs réclamations ainsi que le mode suivi jusqu'à présent par la compagnie de la baie d'Hudson dans ses rapports avec celles-ci et vous transmettez toutes les suggestions que vous jugerez à propos en ce qui concerne leur protection et l'amélioration de leur situation¹⁰⁹.

¹⁰⁹Instructions transmises au lieutenant-gouverneur Archibald, 4 août 1870, in E.H. Oliver, *Le Nord-ouest canadien*, vol. II, aux pp.708 à 709.

La cinquième instruction sous-entend que la Compagnie de la Baie d'Hudson avait poursuivi son commerce avec les autochtones dans les deux territoires et que le lieutenant-gouverneur serait chargé de "leur protection et [de] l'amélioration de leur situation" dans les deux anciens territoires qui ne formeraient désormais qu'un seul.

Si le texte du *Décret sur la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest* semble permettre une différence entre le traitement réservé aux Indiens dans l'un ou l'autre des territoires, il n'y a eu aucune conséquence dans la pratique car le gouvernement fédéral n'a fait aucune distinction lorsqu'il a négocié des traités.

En 1873, le commissaire des Indiens dans les Territoires du Nord-Ouest, Joseph-Albert-Norbert Provencher¹¹⁰, fournissait une description de la conduite des négociations des traités qui semble refléter les "principes qui ont uniformément guidé la Couronne Anglaise dans ses rapports avec les aborigènes", c'est-à-dire :

...[L]es procédés adoptés jusqu'à présent par tous les gouvernements qui se sont trouvés dans les mêmes circonstances et ont eu à traiter des questions de cette nature.

Les Sauvages de ce continent ont toujours été considérés sinon comme propriétaires du sol du moins comme occupants; on a toujours reconnu qu'ils avaient des droits, comme possesseurs, et que la couronne devait d'abord éteindre ces droits, pour assurer ensuite la pleine propriété de la terre. A ce point de vue, il ya un double droit et un double intérêt qui ne peut être réglé que par le libre consentement des intéressés.

¹¹⁰Provencher parlait en connaissance de cause : il fut secrétaire du lieutenant gouverneur McDougall en 1869 et même si les deux ont dû quitter précipitamment la colonie de la Rivière-Rouge à cause de la rébellion de 1870, Provencher a pu néanmoins retourner à Winnipeg en 1873 à titre de commissaire des Indiens et à ce titre, a participé à la négociation de plusieurs traités entre 1873 et 1876. Voir : Kenneth Landry, "Joseph-Albert-Norbert Provencher" in *Dictionnaire biographique canadien*, Ste-Foy, Presses de l'Université Laval, vol. 11, aux pp.793 à 794.

C'est à titre d'indemnité pour ce droit résultant de la possession que le gouvernement paie des annuités aux Sauvages, et en retour ces derniers circonscrivent leurs droits aux seules concessions qui leur sont réservées ¹¹¹.

Cette interprétation est tout à fait conforme à l'explication donnée à la septième résolution de l'adresse de 1867 par un ministre du gouvernement de l'époque, William McDougall¹¹² à l'effet que "[l]e gouvernement a toujours reconnu certains droits aux Indiens; il conclut des traités avec eux et leur verse une compensation pour leurs terres"¹¹³.

f. Toutes les dispositions indiennes du *Décret sur la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest* doivent recevoir application

Le décret impérial de 1870 rend toutes les conditions de l'adresse du Parlement canadien de 1867 applicables au Territoire du Nord-Ouest. Par contre, seulement certaines des conditions contenues dans les résolutions annexées à l'adresse de 1869 sont déclarées applicables à la Terre de Rupert. Plus particulièrement, le décret ne mentionne pas la résolution du Parlement voulant "Que lors de la cession des territoires en question au Gouvernement Canadien, il sera du devoir du Gouvernement de prendre des mesures efficaces pour la protection des tribus indiennes, dont

¹¹¹J.A.N. Provencher au ministre de l'Intérieur, le 31 décembre 1873, in Canada, Parlement, *Documents de la session*, 1875, vol. 7, n° 8, *Rapport annuel du Département de l'Intérieur pour l'année expirée le 30 juin 1874; Rapport du député-surintendant général des affaires des sauvages*, app. n° 27, à la p.54 (cette lettre fut rédigée en français et une traduction apparaît dans la version anglaise des *Documents de la session* de 1875).

¹¹²McDougall a non seulement présenté l'adresse de 1867 devant la Chambre de communes, mais il fut délégué à Londres avec George Etienne Cartier en 1868-1869 pour négocier l'achat de la Terre de Rupert de la Compagnie de la Baie d'Hudson. Avant la Confédération, à titre de Commissaire aux terres de la Couronne pour le Canada Uni, McDougall avait négocié un traité avec les Indiens de l'Île Manitoulin ; après la négociation de l'entente avec la Compagnie de la Baie d'Hudson en 1869, McDougall fut nommé premier lieutenant gouverneur des Territoires du Nord-Ouest. Voir : James Morrison avec Bob Beal, "Shaking the Monarch's Hand : The Crown and the Early Numbered Treaties, 1867-1880 ; A Research Paper", préparé pour le ministère des Affaires indiennes et du Nord Canada, 10 février 1999, texte correspondant aux notes 141 à 158; Suzanne Zeller, "William McDougall" in *Dictionnaire biographique canadien*, Ste-Foy, Presses de l'Université Laval, vol. 13, pp.690 à 692.

¹¹³Canada, *Débats de la Chambre des Communes*, première session, première législature, pp.181 à 182 (le 4 décembre 1867).

les intérêts et le bien-être son intimement liés à la cession”¹¹⁴. Y a-t-il une raison pour cette différence?

Avant d’énumérer les termes et conditions qui seront déclarés applicables à la Terre de Rupert, le décret précise qu’il s’agit des ceux “qui restent à remplir de ceux compris et stipulés dans la seconde adresse du Parlement du Canada, approuvés par Sa Majesté comme il est dit plus haut”¹¹⁵. Or, la seconde adresse prévoit explicitement :

Que sitôt le transfert des territoires en question au Gouvernement Canadien, il sera de notre devoir de prendre des dispositions convenables pour la protection des tribus indiennes, dont les intérêts et le bien-être dépendent du transfert, et que nous autorisons le Gouverneur en Conseil à régler tous les détails qui seront nécessaires pour la mise à exécution de la convention ci-dessus¹¹⁶.

Si cette condition n’est pas comprise parmi les termes énumérés dans le texte même du décret, c’est que le gouvernement impérial estime que cette condition n’est plus à remplir. Ce ne pourrait vouloir dire que “la protection des tribus indiennes, dont les intérêts et le bien-être dépendent du transfert” était déjà accomplie car le gouvernement canadien n’avait même pas encore fait l’inventaire des nations autochtones affectées.

Le seul sens que l’on pouvait attribuer à l’exclusion de cette condition de celles “qui restent à remplir” est que le gouvernement impérial avait compris que le gouvernement du Canada avait déjà définitivement assumé la responsabilité de “la protection des tribus indiennes” en question.

¹¹⁴L.R.C. (1985), App., n° 9, Cédule B, p.13.

¹¹⁵L.R.C. (1985), App., n° 9, p.4.

¹¹⁶L.R.C. (1985), App., n° 9, Cédule B., p.16.

Une preuve extrinsèque existe quant à la vision du gouvernement impérial à ce sujet. Lorsque Lord Granville, le Secrétaire colonial, informait le Gouverneur Général du Canada que la Compagnie de la Baie d'Hudson avait accepté les termes de la cession, il ajoutait:

On one point, which has not been hitherto touched upon, I am anxious to express to you the expectations of Her Majesty's Government. They believe that, whatever may have been the policy of the Company and the effects of their chartered rights upon the progress of settlement, the Indian tribes who form the existing population of this part of American have profited by the Company's rule.

...

This question had not escaped my notice while framing the proposals which I laid before the Canadian Delegates and the Governor of the Hudson' Bay Company. I did not, however, then allude to it, because I felt the difficulty of insisting on any definite conditions without the possibility of foreseeing the circumstances under which those conditions would be applied, and because it appeared to me wiser and more expedient to rely on the sense of duty and responsibility belonging to the Government and people of such a country as Canada.

That Government, I believe, has never sought to evade its obligations to those whose uncertain rights and rude means of living are contracted by the advance of civilized man. I am sure that they will not do so in the present case, but that the old inhabitants of the country will be treated with such forethought and consideration as may preserve them for the dangers of the approaching change, and satisfy them of the friendly interest which their new Governors feel in their welfare¹¹⁷.

Il faut conclure que si le Secrétaire des colonies a délibérément choisi de ne pas insister sur des "conditions définies", c'est parce qu'il prenait pour acquis que "les réclamations des tribus indiennes en compensation pour des terres requises pour des fins de colonisation, étaient considérées et réglées [par le gouvernement du Canada] conformément aux principes qui ont uniformément guidé la Couronne Anglaise dans ses rapports avec les aborigènes"¹¹⁸ comme le voulait la septième résolution de l'adresse du Parlement de 1867.

¹¹⁷Earl Granville à l'hon. Sir John Young, Bart., le 10 avril 1869, in Canada, Parlement, *Sessional Papers*, 1869, vol. 5, No. 25, "Rupert's Land and North-West Territory", p.38 (une traduction a été publiée dans la version française des *Documents de la session*).

¹¹⁸L.R.C. (1985), App., n° 9, Cédule A, p.9.

Dans les circonstances, il y a lieu d'appliquer la jurisprudence voulant que le terme 14 portant sur la Terre de Rupert a le même effet que le terme applicable aux Indiens dans l'ancien Territoire du Nord-Ouest¹¹⁹ afin de conclure que dans ces deux territoires au moins, la compétence constitutionnelle du gouvernement fédéral devrait être soumise à l'exigence d'obtenir la cession du titre aborigène avant de permettre la colonisation.

Conclure autrement signifierait que le droit par la Compagnie de la Baie d'Hudson à une compensation pour l'extinction de droits qui étaient en grande partie contestés par le gouvernement du Canada avait néanmoins acquis par le *Décret sur la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest* une protection constitutionnelle, tandis que le gouvernement du Canada n'avait aucune obligation légale de protéger le titre aborigène dont le gouvernement impérial lui avait confié expressément la protection.

5. La Loi sur l'extension des frontières du Québec de 1912

Les termes du *Décret en conseil sur la Terre de Rupert* affectant les Indiens ont été repris dans la *Loi sur les frontières du Québec*¹²⁰ et dans la *Loi sur les frontières de l'Ontario*¹²¹ de 1912. Les deux lois prévoient que chacune des provinces "reconnaîtra le droit des habitants sauvages dans le territoire ci-dessus décrit dans la même mesure, et obtiendra la remise de ces droits de la même manière, que le Gouvernement du Canada a ci-devant reconnu ces droits et obtenu leur remise".

¹¹⁹*Province of Ontario v. Dominion of Canada* (1908), 42 R.C.S. 1, pp.103-104.

¹²⁰L.C. 1912, c.45, par.2 c).

¹²¹L.C. 1912, c.40, par.2 c).

Les lois de 1912 prolongeaient les dispositions pré-confédératives du décret de 1870 et imposaient aux provinces les mêmes conditions auxquelles le Parlement a été soumis par le gouvernement impérial.

Lorsqu'en 1973 les Cris et les Inuit demandaient à la Cour supérieure une injonction pour arrêter la construction de travaux majeurs qui deviendraient les barrages de la Baie-James, le juge Malouf a conclu qu'ils "ont été en possession et ont occupé ces terres et y ont exercé des droits de pêche, de chasse et de trappe depuis des temps immémoriaux"¹²². Étant donné la violation apparente de l'obligation de reconnaissance des "droits des habitants sauvages dans le territoire" et d'en obtenir la remise¹²³ il y avait donc pour le juge Malouf apparence suffisante de droit pour émettre une injonction.

Seulement une semaine plus tard les effets de ce jugement furent suspendus par la Cour d'appel¹²⁴ et le jugement fut renversé l'année suivante¹²⁵. Néanmoins, les parties ont entamé des négociations intensives qui aboutiront à la *Convention de la Baie-James et du Nord québécois* le 11 novembre 1975, le premier traité au Canada depuis plus de 50 ans et le premier traité moderne.

La loi par laquelle la Convention est entrée en vigueur a stipulé que les Cris et les Inuit habitent "le Territoire visé aux lois concernant la délimitation des frontières nord-ouest, nord et nord-est de la province de Québec, 1898 et aux Lois de l'extension des frontières de Québec, 1912" et la nouvelle loi a aussi abrogé la disposition de 1912 qui exigeait une cession des droits

¹²²*Gros-Louis et al. c. Société de développement de la Baie James*, [1974] R.P. 38 (C.S.), p.76.

¹²³*Id.*, p.58.

¹²⁴Ordonnance suspendue par *James Bay Development Corporation v. Kanatewat*, (1973) 8 C.N.L.C. 414 (Que. C.A.), demande d'autorisation d'appel rejetée (1973), [1975] 1 R.C.S. 48.

¹²⁵*Société de développement de la Baie James et al. c. Kanatewat*, [1975] C.A. 166, demande d'autorisation d'appel accordée (1975), 4 N.R. 482 (C.s.C.); appel réglé hors cour par la *Convention de la Baie-James et du Nord québécois*, Sainte-Foy, Les Publications du Québec, 1998, art. 2.4.

autochtones¹²⁶. Il faut donc voir dans la *Convention de la Baie-James et du Nord québécois* l'effet, un siècle plus tard, des dispositions protégeant les autochtones du *Décret sur la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest* dictées par la Couronne impériale en 1870.

E. La législation coloniale

1. Introduction

Les affaires indiennes et le contrôle des terres indiennes étaient du ressort exclusif du gouvernement impérial jusqu'en 1860¹²⁷. Jusqu'à cette date, c'est l'un des secrétaires civils du Gouverneur général de la colonie qui occupait le poste de Surintendant général des Affaires Indiennes¹²⁸.

Le contrôle impérial des affaires indiennes n'a cependant pas empêché le gouvernement de la colonie (la Province de Québec jusqu'en 1791, le Bas-Canada jusqu'en 1840 et la Province unie du Canada jusqu'en 1867) de légiférer au même sujet. Toutefois les lois coloniales pouvaient seulement mettre en application des ordonnances impériales et, dans les faits, elles visaient avant tout à protéger les terres indiennes contre les colons qui les convoitaient¹²⁹.

En 1860, le gouvernement impérial à Londres a transféré le contrôle des affaires indiennes au gouvernement de la Province unie du Canada en même temps qu'il lui transférait la responsabilité qui s'y rattachait¹³⁰. L'administration des affaires indiennes était confiée au

¹²⁶*Loi sur le règlement des revendications des autochtones de la Baie James et du Nord québécois*, L.C. 1976-77, ch. 32, préambule et art. 7.

¹²⁷*Id.* au par. 345.

¹²⁸*Id.* à la note 89. Voir aussi l'Instruction additionnelle du secrétaire d'État au gouverneur relative aux Affaires des Sauvages, Bas-Canada, le 12 janvier 1800, dans Shortt et McArthur, *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada, 1791-1818*, p.248.

¹²⁹*Id.* au par. 356; voir aussi au par. 597.

¹³⁰*Id.* au par. 345.

Commissaire des terres de la Couronne à partir du 1^{er} juillet 1860¹³¹. Le transfert a eu lieu par le moyen d'une loi coloniale mais celle-ci fut approuvée seulement après que le Gouverneur général ait demandé la permission explicite du gouvernement impérial à Londres¹³².

C'est donc seulement à compter de 1860 que les lois coloniales ont pu remplacer plutôt que suppléer aux instructions aux gouverneurs et aux règlements imposés par ces derniers. Tel fut l'effet de la nouvelle loi coloniale qui a implicitement remplacé le règlement Dorchester par des conditions de validité plus précises en cas de cession¹³³. L'assemblée législative, cependant, ne pouvait ni abroger ni amender les dispositions de la *Proclamation royale* qui, à titre de loi ou ordonnance ayant l'effet d'un statut impérial, gardait une préséance sur toute loi coloniale¹³⁴.

2. L'interdiction de s'établir dans les villages indiens

En 1777, l'assemblée législative coloniale ajoutait à l'interdiction d'aliéner les terres indiennes une interdiction "à qui que ce soit de s'établir dans aucun pais ou villages sauvages dans cette Province, sans une permission par écrit du Gouverneur, du Lieutenant-Gouverneur ou du Commandant en Chef de la Province, sous peine d'une amende"¹³⁵.

¹³¹*Act respecting the management of the Indian Lands and Property*, L.C. 1860, c.151, art. 1. Aucune version française de cette loi ne semble avoir été adoptée.

¹³²Province of Canada, Legislative Assembly, *Journals*, 1860, p.471. Le Gouverneur général a invoqué son pouvoir en vertu de l'art. 34 de l'*Act of Union* (the *Act to reunite the Provinces of Upper and Lower Canada, and for the Government of Canada*, 3 & 4 Vict. [1840], U.K., c. 35) de réserver la législation coloniale en attendant l'approbation impériale : *Canada Gazette*, 13 octobre 1860.

¹³³*Act respecting the management of the Indian Lands and Property* (1860), art. 4.

¹³⁴*Colonial Laws Validity Act* (1865), 28 et 29 Vic. V, ch. 63 (R.-U.), art. 2 et 3.

¹³⁵*Ordonnance qui défend de vendre des Liqueurs fortes aux Sauvages dans la province de Québec, etc.*, L.Q. 1777, c.7, art. III.

En plus de la disposition pénale, le gouverneur a acquis en 1840 le pouvoir d'émettre une ordonnance aux intrus les obligeant à quitter un village indien et ce, sous peine d'emprisonnement¹³⁶. Ces dispositions apparaîtront dans la refonte des lois de 1860 et resteront en vigueur jusqu'à la Confédération¹³⁷.

Il serait cependant raisonnable de conclure, qu'au Québec comme dans les colonies maritimes, que la quantité des ordonnances interdisant l'empiètement doit plutôt être comprise comme une indication du nombre des colons qui s'établissaient sur les réserves sans droit¹³⁸.

3. Les pouvoirs du Commissaire des terres des sauvages

La nomination par le gouverneur d'un "commissaire des terres des sauvages pour le Bas-Canada" était permise dès 1850 et ce, "pour prévenir les empiétations [sic] qui pourraient se commettre, et les dommages qui pourraient être causés sur les terres appropriées pour l'usage des diverses tribus et peuplades de Sauvages, dans le Bas-Canada, et pour défendre leurs droits et privilèges".

Le Commissaire était investi d'office de presque toutes les terres réservées aux Indiens dans la province : "toutes les terres ou propriétés dans le Bas-Canada, qui sont et seront mises à part ou appropriées pour l'usage d'aucune tribu ou peuplade de sauvages" ou "qui sont actuellement possédées ou occupées par aucune telle tribu ou peuplade ou par tout chef ou membre d'icelle ou autre personne pour l'usage ou profit de telle tribu ou peuplade". La seule

¹³⁶*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*, L.C. 1840, c.44, art. 2.

¹³⁷*Acte concernant les Sauvages et les terres des Sauvages*, L.R.C. 1860, c.14, art.3 et 4 (am. L.C. 1860, c.38).

¹³⁸Bartlett, *Indian Reserves in the Atlantic Provinces of Canada*, p.22-23, 30-31; Upton, *Micmacs and Colonists*, p.102.

exception prévue aux droits du commissaire furent les terres encore détenues par des religieux ou des communautés religieuses, définies comme les terres “possédées en fidéicommis, ou pour l’usage de telle tribu ou peuplade” par une “corporation ou communauté légalement établie et habile en loi à citer et ester en justice” ou par une personne “d’origine européenne”.¹³⁹

Le Commissaire des terres des sauvages avait le pouvoir d’“exercer et maintenir tous et chacun des droits qui appartiennent légitimement au propriétaire, possesseur ou occupant de telle terre ou propriété” et pouvait notamment intenter et mener des poursuites civiles.¹⁴⁰

Dès 1853, il était loisible au Gouverneur en conseil de déclarer que les dispositions de l’*Acte pour l’établissement des terres publiques* s’appliqueraient aux terres indiennes et que le Surintendant général des Affaires indiennes aurait les mêmes pouvoirs à leur égard que le Commissaire des terres de la Couronne. À compter de 1860, le Commissaire des terres de la Couronne était également Surintendant général des Affaires indiennes : même si les terres de réserves n’étaient pas de ce fait sous le contrôle du commissaire, le Gouverneur avait encore le pouvoir de déclarer que les lois sur les terres publiques s’appliqueraient aux réserves¹⁴¹.

Dans l’éventualité de l’application de l’*Acte pour l’établissement des terres publiques* aux réserves, le Surintendant général des Affaires indiennes aurait eu le pouvoir de demander au tribunal une déclaration de nullité “dans tous les cas où des lettres patentes pour des terres ont été ou seront obtenues par fraude ou par erreur, ou émanées inconsidérément”¹⁴². Il s’agit du

¹³⁹*Acte pour mieux protéger les terres et le propriétés des sauvages dans le Bas-Canada*, L.C. 1850, c.42, Préambule.

¹⁴⁰*Id.*, Préambule, art. 2.

¹⁴¹*Act respecting the management of the Indian Lands and Property*, S.C. 1860, c.151, art. 1, 2, 7.

¹⁴²*Acte pour l’établissement des terres publiques* L.C. 1853, c.159, art. 15, 21; *Acte concernant la vente et l’administration des terres publiques*, S.R.C. 1859, c.22, art. 6, 25. (Dans la version anglaise les motifs de nullité sont “fraud or in error or mistake or improvidence”.)

même pouvoir accordé par la *Loi sur les Indiens* après la Confédération¹⁴³. L'application des lois sur les terres publiques aurait également donné au Commissaire des terres de la Couronne le pouvoir de saisir le bois coupé sur réserve sans permis¹⁴⁴, un pouvoir prévu dans la *Loi sur les Indiens* après la Confédération et qui existe toujours¹⁴⁵.

La Cour suprême du Canada a jugé que le pouvoir accordé au ministre des Affaires indiennes lui permettant d'annuler les cessions et reprendre possession était source pour lui d'une obligation "d'exercer ce pouvoir pour corriger les erreurs qui portaient préjudice aux intérêts des Indiens vu l'obligation de fiduciaire continue qu'il avait envers ces derniers"¹⁴⁶. Une "obligation de diligence raisonnable" s'imposait et le ministre "devait prendre les mesures requises pour corriger le transfert fait par erreur, lorsqu'il a pris connaissance de faits tendant à indiquer qu'il y avait eu une erreur et que les droits... transférés à tort avaient une certaine valeur potentielle"¹⁴⁷.

4. La transition aux lois post-confédératives

Avec la Confédération, le gouvernement fédéral acquiert une compétence exclusive sur "les Indiens et les terres réservées pour les Indiens" en vertu du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Soulignons qu'au Québec, le titre des peuples autochtones – que ce

¹⁴³ *Acte des Sauvages*, 1876, L.C. 1876, c.18, art.42; le même pouvoir est dans la *Loi sur les immeubles fédéraux et les biens réels fédéraux*, L.C. 1991, c. 50, art. 21.

¹⁴⁴ *Acte concernant la vente et l'administration des bois sur les terres publiques*, L.R.C. 1859, c.23, art. 7-11.

¹⁴⁵ *Acte des Sauvages*, 1876, L.C. 1876, c.18, art. 52-54; *Règlement sur le bois des Indiens*, C.R.C. 1978, ch. 961, art. 22-29.

¹⁴⁶ *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 R.C.S. 344, par. 115.

¹⁴⁷ *Id.*, par. 116.

soit le titre détenu par la Couronne sur les terres de réserve pour eux ou leur titre aborigène – était imprescriptible avant 1867 et l’est demeuré par la suite.¹⁴⁸

En 1868 le Parlement adopte une loi qui prévoit que le Secrétaire d’État sera d’office le Surintendant-Général des affaires des Sauvages “et, en cette capacité, aura le contrôle et l’administration des terres et propriétés des Sauvages en Canada”. Les terres en question sont toutes celles “réservées pour les Sauvages, ou pour toute nation, tribu ou peuplade de Sauvages, ou possédées en leur nom (*held in trust*) pour leur bénéfices”¹⁴⁹.

En règle générale, les nouvelles lois fédérales n’ont pas opéré de grand changement par rapport aux dernières lois coloniales : les terres de réserves continuent d’être détenues “pour les mêmes fins qu’avant la passation du présent acte” et l’aliénation des terres de réserves continue d’être illégale sauf cession à la Couronne¹⁵⁰.

L’interdiction de résider sur les terres réservées aux Indiens demeure en place¹⁵¹. Dans la loi de 1868 la disposition prévoyant un bref d’expulsion s’applique seulement aux réserves

¹⁴⁸*Code civil du Bas-Canada*, art. 2201 (les biens hors commerce – telles les terres de réserve – sont imprescriptibles) et art. 2213 (les terres de la Couronne sont imprescriptibles).

¹⁴⁹*Acte pourvoyant à l’organisation du Département du Secrétaire d’État*, L.C. 1868, c.42, art. 5, 6. La responsabilité sera transférée au Département de l’Intérieur en 1873 : *Acte du Département de l’Intérieur*, L.C. 1873, c.4, art. 3; am. L.C. 1883, c.6.

¹⁵⁰*Acte pourvoyant à l’organisation du Département du Secrétaire d’État*, art. 6; *Acte des Sauvages*, 1876, L.C. 1876, c.18, art. 25; *Acte des Sauvages*, 1880, L.C. 1880, c.28, art. 36; *Acte des Sauvages*, L.C. 1886, c.43, art. 38.

¹⁵¹*Acte pourvoyant à l’organisation du Département du Secrétaire d’État*, art. 17; *Acte des Sauvages*, 1876, art. 11; *Acte des Sauvages*, 1880, art. 23; *Acte des Sauvages* (1886), art. 21.

désignées par règlement¹⁵² mais dès 1869 la loi prévoit l’“expulsion sommaire” des personnes occupant toute terre de réserve sans permission¹⁵³.

IV. La responsabilité provinciale pour les revendications pré-confédératives : lois et jurisprudence

A. La Loi sur le règlement des revendications particulières

Si elle entrerait en vigueur, la *Loi sur le règlement des revendications particulières*¹⁵⁴ accorderait un rôle facultatif aux provinces affectées par les revendications particulières. Le gouvernement fédéral pourrait indiquer à la Commission “qu’à son avis la revendication particulière peut avoir des répercussions importantes sur les intérêts d’une province” et dans un tel cas, la province sera avisée (art. 36). De plus, le Canada et la Première nation à titre de parties pourraient demander de façon conjointe que la province soit “consultée dans le cadre de l’application d’un mécanisme de règlement des différends” ou puisse “participer en tant que partie au processus” (art. 37). Enfin, le Tribunal devra accorder “à une province la qualité de partie à une revendication particulière si elle accepte de se soumettre à la compétence du Tribunal pour cette revendication” (art. 60).

Il n’a cependant jamais été évident si les provinces ont véritablement recherché un quelconque rôle dans les revendications particulières que le gouvernement fédéral accepte de régler et encore moins dans les revendications pré-confédératives en particulier.

Il est aussi évident que la coordination des réponses fédérale et provinciale pourrait retarder de façon significative le règlement d’une revendication. Une analyse récente concernant

¹⁵²*Acte pourvoyant à l’organisation du Département du Secrétaire d’État*, art. 18.

¹⁵³*Acte pourvoyant à l’émancipation graduelle des Sauvages, etc.*, L.C. 1869, ch.6, art. 2; *Acte des Sauvages*, 1876, art. 12; *Acte des Sauvages*, 1880, art. 23, am. L.C. 1881, ch.17, art. 8; *Acte des Sauvages* (1886), art. 22, 47.

¹⁵⁴L.C. 2003, ch. 23.

l'Ontario explique qu'une divergence entre les gouvernements fédéral et provincial peut arrêter le processus :

What is required, where both governments are negotiating the same claim, is that their policies and processes be compatible., p.present, insofar as both are generally prepared to negotiate compensation on the basis of Canadian legal principles, it is possible to take a consistent approach in tripartite settlement negotiations. However, a major concern arises for First Nations when the governments disagree as to their respective legal responsibilities based on the facts of the claim. Not infrequently each take conflicting positions about the share of settlement that should be contributed by the other. In such cases, the result is that negotiations do not progress although all parties agree that the Crown owes an outstanding obligation to the First Nation.¹⁵⁵

B. Le partage constitutionnel de la responsabilité

1. La position du gouvernement fédéral devant les tribunaux

Lorsqu'une revendication est devant les tribunaux, le gouvernement fédéral prend comme position qu'il n'est pas responsable pour les obligations pré-confédératives envers les Premières nations ou bien qu'il est subrogé dans leurs droits s'il est responsable et il peut poursuivre la province.

Le Canada a clairement adopté cette position dans le dernier épisode d'un différend qui fait l'objet de litiges au moins depuis qu'il a fait l'objet d'une sentence arbitrale en 1895. Les Premières nations Red Rock et Whitesand en Ontario ont poursuivi le Canada concernant le traité Robinson Superior de 1850 : elles réclamaient les annuités promises par le traité "si le territoire par le présent cédé par les parties de la seconde part rapporte à aucune époque future un revenu qui puisse permettre au gouvernement de cette province, sans encourir des pertes,

¹⁵⁵Michael Coyle, "Addressing Aboriginal Land and Treaty Rights in Ontario: An Analysis of Past Policies and Options for the Future", research paper prepared for the Ipperwash Inquiry, 31 March 2005, p.60-61
<http://www.ipperwashinquiry.ca/policy_part/land/pdf/Coyle.pdf>.

d'augmenter l'annuité qu'il leur garantit par le présent, alors et dans ce cas la dite annuité sera augmentée de temps en temps”¹⁵⁶.

La Cour supérieure de la justice de l'Ontario a récemment rejeté une requête déposée par le gouvernement fédéral demandant qu'elle tranche en sa faveur certaines questions de droit qui selon la prétention de ce dernier ne faisait aucun doute, soit, que la province était responsable de rembourser au gouvernement fédéral pour toute obligation envers les Indiens découlant des événements antérieurs à la Confédération.

Le juge saisi de la requête n'a retenu aucun des arguments du gouvernement fédéral : il ne lui était pas évident que le partage des actifs et de la responsabilité en vertu de la partie VIII de la *Loi constitutionnelle de 1867* réglait la question, ni qu'il s'agissait d'une fiducie ou autre intérêt grevant le titre de la province au sens de l'art. 109 afin d'exclure toute obligation de fiduciaire de la Couronne fédérale en vertu du par. 91(24)¹⁵⁷. Nonobstant les meilleurs efforts des plaideurs du ministère de la Justice fédéral, le partage de la responsabilité fédérale et provinciale pour les revendications pré-confédératives reste donc une question non-résolue.

2. La jurisprudence post-confédérative

a. Les annuités en vertu des traités en Ontario

L'article 111 de la *Loi constitutionnelle de 1867* établit la responsabilité du gouvernement fédéral pour les dettes encourues par la Nouvelle-Écosse, le Nouveau-Brunswick, le Québec et l'Ontario jusqu'en 1867. Le principe de base est le suivant : “Le Canada sera responsable des dettes et obligations de chaque province existantes lors de l'union”. Comme l'a expliqué la Cour d'appel de l'Alberta un siècle plus tard, la partie VIII de la *Loi constitutionnelle*

¹⁵⁶*Red Rock First Nation v. Canada (Attorney General)*, [2005] O.J. No. 2270 (S.C.J.); texte français du traité Robinson Superior disponible au site <http://www.ainc-inac.gc.ca/pr/trts/rbt2_f.html>.

¹⁵⁷*Red Rock First Nation v. Canada (Attorney General)*, [2005] O.J. No. 2770 (S.C.J.), par. 118 à 123.

de 1867 (art.102 à 126) était nécessaire afin de conclure les affaires des anciennes colonies et lancer la nouvelle fédération. En contrepartie d'avoir assumé toutes les dettes publiques des provinces à l'art. 111, le Canada a également reçu tous leurs actifs, sauf exception¹⁵⁸.

Plus particulièrement, l'obligation constitutionnelle du gouvernement fédéral d'assumer le fardeau des dettes publiques des provinces n'était pas absolue. La responsabilité fédérale était soumise aux limites établies pour chaque province (art. 112, 114 et 115) et au paiement par le gouvernement fédéral d'une subvention annuelle à chaque province qui devait libérer "à toujours le Canada de toutes autres réclamations"¹⁵⁹. Les différends sur le "partage et la répartition" des obligations et des actifs entre le Québec, l'Ontario et le Canada pouvaient être référés à l'arbitrage en vertu de l'art. 142.

Tel que mentionné ci-dessus, à la fin du 19^e siècle, les gouvernements ont eu recours à l'arbitrage pour déterminer la responsabilité pour des paiements éventuels promis dans les traités Robinson-Huron et Robinson-Superior en 1850. En vertu de ces traités, les peuples Ojibway des Grands Lacs avaient cédé leurs terres en contrepartie d'annuités ainsi que d'autres avantages. Lorsque le montant des annuités de traité a augmenté après la Confédération, le gouvernement fédéral a voulu que l'Ontario en soit tenu responsable. Le Canada s'est fondé sur l'art. 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui prévoit que les provinces ont la propriété des terres et des mines mais "sous réserve des fiducies existantes et de tout intérêt autre que celui de la province à cet égard"; il alléguait que les annuités de traité constituaient une fiducie grevant le titre provincial.

Le Conseil privé a maintenu la décision de la Cour suprême du Canada qui a cassé la décision arbitrale et jugé que les annuités étaient une responsabilité fédérale. Le juge Lord

¹⁵⁸Reference re Questions set out in O.C. 1079/80, Concerning Tax Proposed by Parliament of Canada on Exported Natural Gas, (1981) 122 D.L.R. 42 (Alta. C.A.), pp.58-59.

¹⁵⁹Reference re Waters & Water-Powers, [1929] S.C.R. 200, p.211, j. Duff.

Watson a expliqué que les art. 109, 111, 112 et 142 effectuaient une distribution des dettes des anciennes provinces en deux catégories : la première constituée de celles payables en premier lieu par le gouvernement fédéral, avec un droit d'indemnisation à l'égard de l'Ontario et du Québec ; la deuxième catégorie était les dettes payables directement par l'Ontario ou le Québec¹⁶⁰. Plus tard, la Cour suprême du Canada a rajouté que le sens à donner au jugement du Conseil privé était qu'il n'y avait aucune importance due au fait que la dette n'était pas payable le jour où la *Loi constitutionnelle de 1867* est entrée en vigueur et que tant les dettes reportées et éventuelles que les obligations actuelles étaient visées par l'art. 111¹⁶¹.

Pour le Conseil privé, les annuités de traité tombaient dans la catégorie de dettes payables en premier lieu par le gouvernement fédéral avec un droit d'indemnisation. Il a décidé que les annuités de traité était une "obligation personnelle" du Gouverneur au nom de l'ancienne province et engageant cette dernière à payer les annuités si et lorsqu'elles étaient dues. Il ne pouvait s'agir d'un intérêt ou fiducie au sens de l'art. 109 et les droits de propriété de la province sur les terres visées par les traités étaient sans effet sur l'obligation du gouvernement fédéral de payer les annuités¹⁶².

Seulement quelques années plus tard, les tribunaux ont cependant décidé que le gouvernement fédéral ne pouvait créer les réserves promises dans les traités avec les Indiens à

¹⁶⁰*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*, art. 118 (abrogé); *A.G. Canada v. A.G. Ontario*, [1897] A.C. 199 (C.P.), pp.205-206, 3 C.N.L.C. 483, confirmant (1895), 25 S. C. R. 434, pp.534-35, 3 C.N.L.C. 365.

¹⁶¹*R. v. Yule* (1899), 30 R.C.S. 24, p.33. Un demi-siècle plus tard, la Cour suprême a laissé entendre qu'en vertu de l'art. 111, le gouvernement fédéral n'assumait pas la responsabilité des dettes des anciennes provinces du Haut-Canada et du Bas-Canada d'avant l'*Act of Union* de 1840: *Miller v. The King*, [1950] R.C.S. 168, 5 C.N.L.C. 291. Une telle analyse n'est pas cohérente avec le but recherché par la partie VIII de la *Loi constitutionnelle de 1867* puisque la conséquence logique serait que le fédéral serait responsable seulement pour les dettes du Québec et de l'Ontario pour une période de 27 ans mais pour toutes les dettes de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick depuis la création respective de ces colonies en 1714 et 1784.

¹⁶²*A.G. Canada v. A.G. Ontario* (C.P.), p.210. Il est cependant à noter que le Conseil privé n'a pas exclu la possibilité que les revendications autochtones pourraient constituer une charge sur la propriété de la Couronne provinciale.

même les terres de la Couronne provinciale qui elles étaient protégées par l'art. 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹⁶³. Le gouvernement fédéral s'est donc trouvé responsable en premier lieu d'accomplir les promesses contenues dans les traités, mais s'est trouvé par le partage des pouvoirs de les remplir seul.

Il faut néanmoins conclure des causes sur les annuités que les revendications des Premières nations fondées sur les manquements par la Couronne à ses obligations, avant la Confédération, doivent être présumées des demandes contre la Couronne fédérale. Si le gouvernement fédéral pouvait avoir un droit d'indemnisation à faire valoir contre les provinces, cette demande ne pourrait être faite qu'en deuxième lieu.

Notons qu'à l'égard des annuités de traité, le juge Sedgewick de la Cour suprême du Canada a conclu que le gouvernement fédéral ne peut invoquer les intérêts des Indiens afin d'échapper à sa responsabilité. Les obligations de bonne foi et même de générosité qui devaient gouverner les relations entre la Couronne et les Indiens ne peuvent s'appliquer afin de déterminer qui, entre le gouvernement fédéral et les provinces, doit payer la dette et encore moins si une telle interprétation ne donne aucun bénéfice au peuple autochtone concerné¹⁶⁴.

Il s'ensuit que le désir naturel du gouvernement fédéral d'obtenir une indemnisation des provinces pour ses obligations pré-confédératives à l'égard des Indiens ne peut affecter sa responsabilité directe.

b. Le titre aux réserves du Québec

¹⁶³*Ontario Mining Company v. Seybold* (1899), 31 O.R. 386 (Ch.), 3 C.N.L.C. 160, confirmé par (1900), 32 O. R. 301 (Div. Ct.), 3 C.N.L.C. 175, et par [1903] A. C. 73 (C.P.), 3 C.N.L.C. 203.

¹⁶⁴*The Province of Ontario v. The Dominion of Canada and the Province of Quebec; In re Indian Claims* (1895), 25 S. C. R. 434, p.534-35, 3 C.N.L.C. 365, pp.466-467.

En sus des litiges concernant les traités en Ontario, il y a également eu dans les premières décennies de la Confédération des litiges entre le Québec et gouvernement fédéral pour savoir lequel avait le pouvoir de tirer certains bénéfices des terres de réserves.

Le Canada et non la province fut jugé avoir le droit de percevoir et administrer les revenus de la Seigneurie de Sault St-Louis à Kahnawake dans la décision de la Cour du Banc de la Reine du Québec (maintenant la Cour d'appel) dans *Mowatt v. Casgrain*¹⁶⁵. Il s'agit des mêmes terres que le Général Gage avait jugé en 1762 être détenues par la Couronne pour le bénéfice des Mohawks.¹⁶⁶

Comme dans le litige sur les annuités, les tribunaux étaient confrontés au sens à donner aux dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le gouvernement du Québec prétendait qu'il devait pouvoir percevoir les rentes seigneuriales mais sous réserve d'une fiducie au sens l'art. 109 en faveur des Indiens et pour le bénéfice desquels les rentes seraient perçues. Mais le gouvernement fédéral a plaidé avec succès que sa compétence sur "les Indiens et les terres réservées aux Indiens" en vertu du par. 91(24) exigeait que les terres soient gérées par la Couronne fédérale y compris la perception des rentes seigneuriales dues sur les mêmes terres.

En effet, la Cour du Banc de la Reine faisait une distinction entre la nue-propriété des terres, qu'elle jugeait appartenir à la province, et l'administration de l'intérêt indien dans les terres, intérêt qui était de compétence fédérale. Selon le juge Wurtele la question était de savoir quel gouvernement pouvait percevoir et exiger paiement des rentes seigneuriales. Comme le gouvernement fédéral avait le contrôle et l'administration des affaires et des terres des Indiens, il

¹⁶⁵(1897), 6 Que. Q.B. 12, 3 C.N.L.C. 10.

¹⁶⁶*Id.*, pp.20-21.

devait comme corollaire avoir le droit de poursuivre en justice afin de faire respecter leurs droits¹⁶⁷.

Cette distinction entre les différents droits sur les terres de réserve est revenue devant les tribunaux dans l'affaire *Star Chrome*¹⁶⁸. Les Abénakis de Wôlinak (Bécancour) avaient fait la cession en 1882 d'une réserve créée pour eux en vertu de la loi de 1851¹⁶⁹. La compagnie minière Star Chrome avait acheté les terres d'un ayant-droit mais avait été confrontée à l'octroi par la province de droits miniers sur les mêmes terres¹⁷⁰.

Le litige s'est transformé en débat entre les gouvernements fédéral et provincial sur le titulaire des droits miniers sur une terre de réserve une fois cédée. Devant le Conseil privé, le Québec a plaidé avec succès que la province gardait la nue-propriété sous réserve d'une fiducie fédérale au bénéfice des Indiens. Le Québec convenait que le Parlement avait la compétence pour légiférer sur la cession de l'intérêt indien, mais le Québec a plaidé qu'une fois cet intérêt cédé, les terres appartenaient à la province en pleine propriété¹⁷¹.

Le Conseil privé a jugé que la loi de 1851 maintenait la Couronne propriétaire des terres de réserves. Si en vertu du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* le gouvernement fédéral avait hérité de l'administration et du contrôle des terres autrefois exercés par le Commissaire des terres des Indiens de la colonie, le Canada ne bénéficiaient pas de la propriété

¹⁶⁷*Id.*, p.26.

¹⁶⁸*Attorney-General for Quebec v. Attorney-General for Canada. Re Indian Lands* (sub nom. *Star Chrome Mining*) (1920), 56 D.L.R. 373 (C.P.), p.375, 4 C.N.L.C. 238, p.240, infirmant *Star Chrome Mining Co. v. Thompson* (1917), 24 R.L.N.S. 271, 4 C.N.L.C. 226 (B.R.).

¹⁶⁹*Acte pour mettre à part certaines étendues de terre pour l'usage de certaines tribus de sauvages dans le Bas-Canada*, S.C. 1851, c. 106.

¹⁷⁰*Star Chrome Mining* (B.R.), pp.272-73.

¹⁷¹*Star Chrome* (C.P.), p.375.

inconditionnelle : une fois la cession de l'intérêt des Indiens acceptée par la Couronne fédérale, la propriété des terres passait à la province¹⁷².

La règle élaborée dans le jugement *Star Chrome* ainsi que dans certains autres de la même époque était que “lorsque les Indiens au profit desquels elles ont été réservées effectuent une cession absolue des terres, la Couronne ne garde sur ces terres aucun droit permettant au gouvernement du Canada de continuer à exercer sur les terres cédées la compétence fédérale en vertu du par. 91(24)... jusqu’à ce qu’il en soit disposé d’une manière définitive”. Pour la Cour suprême du Canada en 1983, “[t]irer une autre conclusion serait permettre au fédéral d’étendre son pouvoir limité sur ces terres aux dépens du droit de propriété de la province”¹⁷³

Un effet additionnel de l’arrêt *Star Chrome* fut de mettre en doute les droits du gouvernement fédéral aux droits miniers et ce, même sur les terres encore détenues à titre de réserve¹⁷⁴. Les bénéfices que le gouvernement fédéral pouvait espérer tirer des réserves indiennes était donc d’autant plus limités.

V. Le rôle joué par les provinces en pratique

1. Introduction

Les revendications d’une Première nation à l’égard d’une province peuvent prendre des formes multiples. Parmi celles qui ressemblent le plus à une revendication particulière au sens

¹⁷²*Id.*, pp.379-80. Notons cependant que trois ans auparavant, le même juge avait décidé que la propriété d’une réserve créée en vertu de la loi de 1851 avait été transmise à la Couronne fédérale à la Confédération: *Attorney-General for Canada v. Giroux*, *supra*, j. Duff, pp.137-40, et au même effet, j. Idington, pp.132-33.

¹⁷³*Smith c. Canada*, [1983] 1 R.C.S. 554, p.578.

¹⁷⁴Richard H. Bartlett, “Mineral Rights on Indian Reserves. in Ontario” (1983), 3 *Canadian Journal of Native Studies* 245, p.263.

de la politique fédérale sont celles qui concernent les réserves, que ce soit parce que des terres de réserve ont été perdues ou parce que les réserves ont été promises mais jamais créées.

Dans une étude récente portant sur l'Ontario, le juriste Michael Coyle a répertorié 118 revendications contre le gouvernement provincial, dont :

- plus de 30 allèguent que la Première nation n'aurait pas reçu toutes les terres de réserve auxquelles elle avait droit en vertu d'un traité, faisant en sorte que la province aurait reçu sans droit les terres d'une Première nation;
- plus d'une douzaine allèguent que l'Ontario aurait permis ou causé l'inondation ou autre endommagement de terres de réserve par des projets qu'elle a autorisés;
- au moins six allèguent que l'Ontario a construit des routes sur les réserves sans autorisations légales ou sans avoir payé de compensation adéquate;
- un nombre similaire allègue que des terres de réserve cédées aux fins de vente sont maintenant sous le contrôle de la province ou n'ont pas été vendues ou que le prix n'a pas été payé à la Première nations¹⁷⁵.

Il va sans dire que l'existence de telles revendications ne démontre pas en soi les obligations contraignantes de la province.

¹⁷⁵Coyle, "Addressing Aboriginal Land and Treaty Rights in Ontario", p.3.

1. L'exemple des traités pré-confédératifs en Ontario

Sur le territoire actuel de la province de Québec, les traités négociés avant la Confédération ont plutôt été des traités de paix et d'amitié que des traités de cession de terres. Ceci ne veut cependant pas dire qu'ils sont dépourvus d'effets sur les droits fonciers mais que les effets de ces traités sur la responsabilité de la province sont moins évidents.

En Ontario, il existe clairement un rôle pour la province pour ce qui est des droits fonciers issus de traités. Il s'agit notamment des traités négociés dans le Haut Canada dans les années 1850 par William Benjamin Robinson, lesquels prévoyaient la cession de leurs terres par les nations adhérant en contrepartie entre autres, à la création de réserves énumérées dans des listes¹⁷⁶.

Or, toutes les Premières nations liées par les traités Robinson n'ont pas reçu les réserves prévues. Le meilleur exemple est celui de Temagami, une Première nation que les tribunaux ont jugée avoir adhéré au traité Robinson-Huron de 1850 après le fait et même après la Confédération.¹⁷⁷

En vertu d'une entente-cadre signée en 2000, la province et Temagami ont convenu en juin 2004 d'un règlement proposé et préparent actuellement le texte d'une entente finale à laquelle le gouvernement fédéral sera également partie, laquelle comportera la création d'une réserve et une compensation financière.¹⁷⁸ En août 1991 également, six Premières nations dans le territoire du traité Robinson-Superior de 1850 ont signé une entente-cadre pour l'obtention

¹⁷⁶Robert J. Surtees, *Rapport de recherche sur les Traités Robinson (1850)*, Ottawa, Affaires indiennes et du Nord Canada, 1986.

¹⁷⁷*Ontario (Procureur général) c. Bear Island Foundation*, [1991] 2 R.C.S. 570.

¹⁷⁸Secrétariat des affaires autochtones de l'Ontario, "Au sujet de la revendication territoriale de Temagami", <<http://www.nativeaffairs.jus.gov.on.ca/francais/negotiate/temagami/about.htm>>

d'un territoire et pour l'expansion d'un territoire, avec le gouvernement du Canada et le gouvernement de l'Ontario, soit pour créer un territoire de réserve là où il n'existe pas ou pour agrandir les réserves existantes¹⁷⁹.

Dans un autre cas, en Ontario, cependant, le gouvernement fédéral a agi seul. Le Canada a négocié le règlement d'une revendication fondée sur le défaut de créer une réserve pour la Première nation Caldwell à Point Pelee dans le sud-ouest de l'Ontario en vertu d'un traité de 1790¹⁸⁰. Néanmoins, il y avait eu une implication dans les premières discussions par la Commission sur les Indiens de l'Ontario et dont le mandat était tripartite fédéral-provincial-autochtone¹⁸¹.

2. Les effets de la loi de 1851 au Québec

Tel que décrit ci-dessus, si dans l'actuel Ontario (alors le Haut-Canada), la Couronne négociait des traités de cession de terres avec les peuples autochtones au milieu du 19^e siècle¹⁸², aucun traité ne fut négocié dans le Québec actuel (alors le Bas-Canada). L'Assemblée législative de la colonie a plutôt adopté l'*Acte pour mettre à part certaines étendues de terre pour l'usage de certaines tribus de sauvages dans le Bas-Canada*,¹⁸³ au motif que les Indiens du

¹⁷⁹Tel que décrit dans Secrétariat des affaires autochtones de l'Ontario, "Première nation de Pays Plat négociations pour un territoire ou l'expansion du territoire d'une Première nation", <<http://www.nativeaffairs.jus.gov.on.ca/francais/negotiate/paysplat/paysplat.htm>>

¹⁸⁰*Municipality of Chatham Kent v. The Queen* (2001), [2002] 1 C.N.L.R. 103 (F.C.T.D.). Voir également: ministère des Affaires indiennes et du Nord Canada, "La revendication territoriale de la première nation de Caldwell : Résumé", 1^{er} mars 1999, <http://www.ainc-inac.gc.ca/ps/clm/cld/sum_f.html>

¹⁸¹*Randall c. Caldwell First Nation of Point Pelee*, [2001] A.C.F.. n° 335 (QL) (1^{re} inst.), par. 3.

¹⁸²Canada, Commission royale sur les Peuples autochtones, *Rapport*, volume 1, *Un passé, un avenir*, première partie, *Notre relation à la lumière de l'histoire*, chapitre 6, "Troisième étape: déracinement et assimilation", §3, "L'établissement de traités en Ontario".

¹⁸³*Acte pour mettre à part certaines étendues de terre pour l'usage de certaines tribus de sauvages dans le Bas-Canada*, 14-15 Victoria, S.C. 1851, c. 106.

Bas-Canada n'avaient pas reçu la même aide que ceux du Haut-Canada et étaient en situation de détresse¹⁸⁴.

Si l'arrêté en conseil adopté en vertu de cette loi le 9 août 1853 prévoyait que 230 000 acres seraient mis de côté et divisés entre les différentes "tribus"¹⁸⁵, la plupart des nations visées par l'arrêté en conseil ont dû attendre des décennies.

Pour les deux bandes d'Abénakis, le gouvernement fédéral a obtenu dans les années 1890 une réserve seulement, située sur des terres de la Couronne provinciale les plus rapprochées et encore disponibles mais qui étaient à des centaines de milles de leurs réserves existantes¹⁸⁶. Les Attikamekw en Haute Mauricie ont obtenu des réserves au début du 20^e siècle, créées à même les terres de la Couronne provinciale qui n'étaient pas encore octroyées aux particuliers¹⁸⁷. Pour les Innus de Uashat (Sept-Îles), le gouvernement fédéral a obtenu de la province 91.3 acres pour une réserve en 1906, deux décennies après leur première demande¹⁸⁸.

Très peu de réserves avaient été créées en vertu de la loi de 1851 avant 1867 et le processus est devenu sensiblement plus compliqué par la suite. La jurisprudence des premières décennies de la Confédération avait établi qu'au Québec, le gouvernement fédéral ne pouvait

¹⁸⁴Elizabeth Gibbs, ed., *Debates of the Legislative Assembly of United Canada, 1841-1867*, vol. 10, part 1, 1851 (Montreal: Centre de recherche en histoire économique du Canada français), p.199.

¹⁸⁵"Cédule indiquant la distribution de l'étendue de terre mise à part et appropriée en vertu du statut 14 et 15 Victoria, chapitre 106, au profit et pour l'avantage des tribus indiennes dans le Bas Canada", signé pour le Commissaire des terres de la Couronne et daté du 8 juin 1854, publié dans Province de Canada, Assemblée législative, *Journaux*, 1858, vol. 16, app. (n° 21), appendice n° 34.

¹⁸⁶Jacques Frenette, "Crespieul, ancienne réserve abénaquise (1851-1911)", (2003) 33:2 *Recherches amérindiennes au Québec* 57.

¹⁸⁷Claude Gélinas, "La création des réserves atikamekw (1895-1950), ou quand l'Indien était vraiment un Indien" (2002), 32:2 *Recherches amérindiennes au Québec* 35.

¹⁸⁸Beaulieu, *Localisation des nations autochtones du Québec*, p.154; Mailhot, "La marginalisation des Montagnais" in Frenette, ed., *Histoire de la Côte-Nord* 321, pp.334-35, 355.

créer de réserves sur les terres de la province sans la permission de celle-ci¹⁸⁹ et qu’il perdait l’administration et le contrôle des réserves dès que l’intérêt indien lui avait été cédé¹⁹⁰. La création des réserves promises en 1851 n’était donc ni facile pour le gouvernement fédéral qui ne disposait que de très peu de terres pour lui-même, ni très intéressant puisqu’en vertu de l’arrêt *Star Chrome* de 1920, le gouvernement fédéral ne pouvait vendre les terres de réserve cédées¹⁹¹.

Une nouvelle approche fut adoptée par la province dans la forme d’une loi adoptée en 1922 et qui a permis qu’une “étendue de... terres publiques [qui] ne doit excéder, en totalité une superficie de trois cent trente mille acres” soit réservée et affectée “en faveur des diverses tribus sauvages de cette province” par un transfert au gouvernement fédéral à titre gratuit et “en fidéicommiss pour lesdites tribus sauvages”. Seul l’usufruit fut transféré par la province au gouvernement fédéral et les terres retournées à la province “sans aucune formalité quelconque, à compter du jours où les sauvages... cessent de les occuper”. Le Québec a aussi pris soin d’exclure du transfert les droits miniers¹⁹².

Selon le professeur Richard Bartlett, entre 1925 et 1968, seulement 14 000 acres ont été mis de côté en vertu de la loi de 1922. Parmi les communautés concernées, certaines ont clairement été visées par la loi de 1851, tels les Innus d’Ekuanitshit ou Mingan. Cependant, d’autres communautés qui ont reçu des terres de réserves n’étaient même pas incluses dans les frontières de la province avant 1912, tels les Cris de Waswanipi¹⁹³. En tout, seulement 7 651 acres additionnels ont été mis de côté en vertu de la loi de 1922 à l’intérieur des frontières du

¹⁸⁹*Ontario Mining v. Seybold, supra.*

¹⁹⁰*Star Chrome, supra.*

¹⁹¹Il semble assez clair que le but du ministère des Affaires indiennes à cette époque était de vendre les terres de réserves s’il pouvait, partout où un marché existait : Robert E. Cail, *Land, Man, and the Law: The Disposal of Crown Lands in British Columbia, 1871-1913*, Vancouver: University of British Columbia Press, 1974, pp.227-231.

¹⁹²*Loi concernant les terres réservées aux sauvages*, L.Q. 1922, c.37, art. 1.

¹⁹³Bartlett, *Indian Reserves in Quebec*, p.33.

Quebec telles qu'elles étaient lorsque l'Assemblée législative s'est engagée à la création de réserves en 1851¹⁹⁴.

II. Conclusion

En vertu du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le gouvernement fédéral possède une compétence sur “les Indiens et les terres réservées aux Indiens” qui lui donne à elle seule le pouvoir d'administrer les terres et autres biens pour leur bénéfice ou d'en prendre cession. Nonobstant le droit de propriété général des provinces sur les terres comprises dans les anciennes colonies, les intérêts des Indiens qui s'y trouvaient sont devenus matière de compétence fédérale avec la Confédération.

Dès 1867, seule la Couronne fédérale avait le pouvoir d'administrer ou d'accepter la cession des terres réservées ou autres droits reconnus aux autochtones avant la Confédération et un rapport de type fiduciaire découle de ces pouvoirs. Il faut conclure de ces principes et de la jurisprudence pertinente que les revendications des Premières nations fondées sur les manquements par la Couronne à ses obligations avant la Confédération sont des demandes contre la Couronne fédérale. Si le gouvernement fédéral peut avoir un droit d'indemnisation à faire valoir contre les provinces, cette demande ne peut être faite qu'en deuxième lieu.

Depuis 1990, les revendications découlant d'événements antérieurs à 1867 sont recevables, à la condition qu'elles puissent “démontrer une obligation légale de la part du gouvernement”¹⁹⁵. Une revendication peut être fondée sur tout manquement à une obligation découlant d'une loi relative aux Indiens ainsi que sur le non-respect d'un traité ou sur “un

¹⁹⁴Bartlett, *Indian Reserves and Aboriginal Lands in Canada*, p.87.

¹⁹⁵*Dossier en souffrance* (1982), p.30, tel qu'amendé par *Politique du gouvernement fédéral en vue du règlement des revendications autochtones* (1993), p.23

manquement à une obligation découlant de la responsabilité administrative du gouvernement à l'égard des fonds ou d'autres biens appartenant aux Indiens"¹⁹⁶.

La liste des sources potentielles d'une telle responsabilité pour le gouvernement fédéral au Québec est longue :

- les réserves existantes avant 1867 et notamment celles créées sous le régime français et dont le titre était garanti par les Articles de la Capitulation de Montréal de 1760 et le Traité de Paris de 1763;
- les traités de paix et d'amitié dont notamment le traité d'Oswegatchie en 1760 et par lequel la Couronne britannique a promis la protection des terres occupées par les Indiens jusqu'alors alliés à la France;
- l'interdiction en vertu de la *Proclamation royale* de 1763, des instructions aux gouverneurs au 18^e siècle, et du règlement du gouverneur Dorchester de 1794 d'aliéner les terres des Indiens sauf à la Couronne et sauf permission donnée par les Indiens réunis en assemblée générale;
- les pouvoirs du gouverneur et des autres autorités coloniales de punir les empiètements sur les terres réservées aux Indiens ainsi que de corriger ou invalider toute concession donnée par erreur ou fraude;
- les 230 000 acres promis aux différentes nations du Québec en 1851 pour des terres de réserve;

¹⁹⁶*Idem.*

- dans le domaine régi par le *Décret sur la terre de Rupert et le territoire du Nord-Ouest* de 1870 “les réclamations des tribus indiennes en compensation pour des terres requises pour des fins de colonisation, seront considérées et réglées conformément aux principes qui ont uniformément guidé la Couronne Anglaise dans ses rapports avec les aborigènes”¹⁹⁷ dans les terres visées par l’augmentation des frontières du Québec en 1898 et 1912.

Qu’en est-il de la responsabilité de la province? La *Loi sur le règlement des revendications particulières* – qui n’est jamais entrée en vigueur – aurait accordé un rôle facultatif aux provinces affectées par les revendications particulières. Il n’a cependant jamais été évident que les provinces ont véritablement recherché un quelconque rôle dans les revendications particulières que le gouvernement fédéral accepte de régler et encore moins dans les revendications pré-confédératives en particulier.

De plus, il est évident que la coordination des réponses fédérale et provinciale pourrait retarder de façon significative le règlement d’une revendication. Pour les Premières nations, le désir naturel de la part du gouvernement fédéral d’obtenir une indemnisation des provinces pour ses obligations pré-confédératives ne peut affecter sa responsabilité directe en droit ; le rôle provincial ne devrait donc en pratique être soulevé s’il risque de créer un obstacle au règlement des revendications.

Il reste néanmoins que la province est devenue propriétaire de la plus grande partie des terres de la Couronne situées à l’intérieur de ses frontières en vertu de l’art. 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il est cependant de jurisprudence constante que les provinces bénéficient de leurs droits de propriété sous réserve de “toutes les terres qui sont réservées, à

¹⁹⁷L.R.C. (1985), App., n° 9, Cédule A, p.9.

quelque condition que ce soit, pour être occupées par les Indiens” lesquelles constituent “des fiducies existantes” ou un “intérêt autre que celui de la province”¹⁹⁸.

La réconciliation du titre apparent de la province et des intérêts des peuples autochtones ne peut donc être obtenue si seul le gouvernement fédéral est à la table. Certaines questions nécessitent l’implication de la province, telle la création des 230 000 acres de réserve promise en 1851 ou l’engagement à obtenir la “remise” des droits des autochtones sur le territoire visé par l’augmentation des frontières du Québec en 1898 et 1912.

F:\APPS\WP51\SPEECH\pre-Confed Insight.wpd

¹⁹⁸*Delgamuukw*, par. 174-75.