

## Les Cahiers de droit

# Les droits des Indiens sur le territoire du Québec

Henri Brun



Volume 10, numéro 3, 1969

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1004658ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1004658ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Brun, H. (1969). Les droits des Indiens sur le territoire du Québec. *Les Cahiers de droit*, 10(3), 415–460. <https://doi.org/10.7202/1004658ar>

Tous droits réservés © Université Laval, 1969

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne.

<https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

**é**rudit

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche.

<https://www.erudit.org/fr/>

# Les droits des Indiens sur le territoire du Québec<sup>†</sup>

---

Henri BRUN \*

	Page
<b>Introduction</b> .....	417
<b>I. Existence et survie d'un véritable droit aboriginal</b> .....	417
<b>1. L'existence d'un véritable droit aboriginal</b> .....	418
<b>A. La doctrine d'époque</b> .....	419
— Aux XVI <sup>e</sup> et XVII <sup>e</sup> siècles .....	420
— Au XVIII <sup>e</sup> siècle .....	421
— Au XIX <sup>e</sup> siècle .....	423
Conclusion .....	423
<b>B. La pratique des états</b> .....	424
— La pratique générale .....	425
— La pratique française .....	428
— La pratique anglaise .....	430
Conclusion .....	432
<b>2. La survie d'un véritable droit aboriginal</b> .....	432
— L'effet de la conquête de 1760 .....	433
— Le droit international contemporain .....	434
— Le droit américain .....	435
— Le droit canadien .....	437
<b>Conclusion</b> .....	437

---

<sup>†</sup> Le présent article est le fruit d'une recherche effectuée par l'auteur pour le compte de la Commission d'enquête sur l'intégrité du territoire du Québec. Dans ces recherches l'auteur a apprécié la collaboration de M. Jean-K. Samson.

\* Docteur en droit (Paris). Professeur à la faculté de Droit de l'université Laval.

	Page
<b>II. Existence et survie d'un droit de type aboriginal</b> .....	437
<b>1. L'existence d'un droit de type aboriginal</b> .....	439
<b>A. Le territoire du XVIII<sup>e</sup> siècle</b> .....	440
— Le droit français et la Capitulation de Montréal .....	440
— Le droit anglais et la Proclamation royale .....	441
a) <i>Les limites territoriales du titre indien</i> .....	445
b) <i>Les bénéficiaires du titre indien</i> .....	447
c) <i>La nature du titre indien</i> .....	448
Conclusion .....	450
<b>B. Le territoire annexé au XX<sup>e</sup> siècle</b> .....	450
Conclusion .....	452
<b>2. La survie d'un droit de type aboriginal</b> .....	453
— L'effet de la législation impériale .....	453
— L'effet de la législation canadienne .....	454
— L'effet de l'action gouvernementale .....	456
— L'effet du temps .....	458
<b>Conclusion</b> .....	459

Les droits des autochtones, sur les territoires qu'ils ont les premiers occupés, peuvent être de diverses natures. Des droits plus ou moins précis, mais d'une espèce tenant généralement compte de la qualité du bénéficiaire, peuvent avoir été concédés sur des terres délimitées, habituellement appelées « réserves ». Leur étude ne nous retiendra pas. Un droit général, sur l'ensemble ou sur une fraction importante du territoire d'un état contemporain, peut aussi avoir été admis par le droit interne de cet état en faveur d'autochtones. Il l'est, normalement, en considération de l'exercice de certains droits par ces derniers, alors qu'ils occupaient seuls le territoire, et il est des chances que sa nature et portée se rapprochent particulièrement de celles de ce droit aboriginaux.

La recherche de tel droit, d'un type aboriginaux davantage marqué, ne suffirait toutefois pas à vider la question de l'existence possible d'un droit indien sur l'ensemble ou fraction importante du territoire québécois. L'existence du premier est conçue suivant les critères d'un ordre juridique qui n'était certainement pas celui de l'aborigène lui-même, avant que celui-ci n'entre en concurrence avec l'européen pour l'occupation du territoire. Ce pourquoi nous disons qu'il est de type aboriginaux. La question préjudicielle qu'il convient de poser est celle de l'existence et de la survie d'un véritable droit aboriginaux, d'un titre indien originaire et pur, sur l'ensemble ou sur une partie importante du territoire québécois. Pour y répondre il faut s'élever au-dessus des deux ordres juridiques possiblement en présence, pour s'en remettre à un ordre supérieur, normalement applicable à l'un et à l'autre.

En second lieu, nous nous demanderons si le droit interne du colonisateur blanc n'a pas créé, en faveur d'Indiens, un *droit de type aboriginaux*, sur l'ensemble ou sur une fraction importante du sol québécois, et si un tel droit n'a pas survécu jusqu'à aujourd'hui.

## I

### EXISTENCE ET SURVIE D'UN VÉRITABLE DROIT ABORIGINAUX

La question de l'existence d'un véritable droit aboriginaux est d'abord et avant tout un problème de droit international. Il s'agit de savoir si le statut de premier occupant fournit ou non une personnalité internationale, sans qu'aucune condition supplémentaire ne se réalise. Le droit interne est à lui seul impuissant à répondre à cette question.

### 1. L'existence d'un véritable droit aboriginal

Pour savoir si un droit aboriginal pur existe ou a déjà existé au profit des Indiens sur le territoire du Québec, il faut résoudre un premier problème, celui du droit dit « intertemporel », dégagé par l'arbitre Max Huber dans l'affaire de l'île de Palmas<sup>1</sup>. Lequel des divers systèmes juridiques en vigueur à des époques successives doit servir à caractériser l'acquisition du territoire québécois ? Il est généralement admis qu'en vertu du principe de la non-rétroactivité,

« un acte juridique doit être apprécié à la lumière du droit de l'époque, et non à celle du droit en vigueur au moment où s'élève ou doit être réglé un différend relatif à cet acte »<sup>2</sup>.

C'est ainsi qu'il faudra nous tourner vers le droit du XVI<sup>e</sup> siècle pour dégager les effets juridiques de la découverte de la Nouvelle-France.

Toutefois, un second aspect de cette doctrine du droit intertemporel veut que l'existence du droit initial sur un territoire soit soumise aux conditions requises aux différents stades de l'évolution du droit. Il faut donc montrer non seulement l'acquisition initiale de la souveraineté sur le territoire en vertu du droit prévalant à l'époque de cet acte, mais également la manifestation continue de cette souveraineté à travers les époques et systèmes juridiques différents. Il ne suffit pas en effet d'acquiescer un titre, il faut encore le conserver. Malgré certaines critiques dont a pu faire l'objet cette théorie quant à la rigueur avec laquelle il convenait de l'interpréter<sup>3</sup>, nous la retiendrons dans cette plus large acception pour plus de sécurité et brosserons le tableau des diverses phases de l'élaboration du droit international susceptible d'éclairer le problème de la souveraineté sur le territoire québécois. Le droit international des XVII<sup>e</sup>, XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècles retiendra également notre attention.

Par ailleurs, cette revue de l'évolution du droit international, dans la mesure où elle concerne le règlement du problème de la souveraineté sur le sol québécois, ne pourra pas se faire par la seule référence aux auteurs d'époque, ni aux auteurs contemporains qui entendent traduire cette doctrine d'époque. Les premiers, nous le verrons, manquent de consistance et de constance ; les seconds, pour donner plus de poids à

<sup>1</sup> (1935) *R.G.D.I.P.* 172, D. P. O'CONNELL, *International Law*, Londres, Stevens, 1965, vol. 1, p. 471.

<sup>2</sup> *Ibidem.*

<sup>3</sup> JESSUP, (1928) 22 *A.J.I.L.* 735. R. Y. JENNINGS, *The acquisition of territory in international law*, Manchester, Manchester Univ. Press, 1963, p. 35 : le critère de la « manifestation continue » se trouve assoupli par la recherche de « l'époque critique », époque après laquelle les actes des parties ne peuvent plus affecter la solution du litige.

notre affirmation, parviennent souvent à des résultats parfaitement contradictoires. De telle sorte que l'impression nette se dégage que le droit positif réside davantage dans la pratique internationale des grands états colonisateurs d'alors, que chez les auteurs du temps. Conviction rendue d'autant plus ferme que cette pratique apparaît d'une cohérence spaciale et temporelle quasi dénuée de défaillance.

### A. La doctrine d'époque

Tous les auteurs des XVI<sup>e</sup>, XVII<sup>e</sup>, XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècles, que nous les retracions directement ou par l'entremise de contemporains, admettaient la possibilité que les états européens pussent acquérir des territoires sur lesquels vivaient des populations autochtones. Leur effort commun a plutôt consisté à chercher des explications, voire des justifications, à cette acquisition qu'ils disaient par ailleurs possible. Les théories qu'ils ont ainsi bâties avaient pour corollaire, dans certains cas, de soumettre l'acquisition blanche à des conditions pouvant laisser place, explicitement ou tacitement, à l'exercice d'une souveraineté autochtone. Dans d'autres cas, l'acquisition territoriale au profit des Européens fut conçue en des termes excluant toute souveraineté autochtone.

Deux théories ont été ainsi élaborées : la conquête et l'occupation. La première postule l'existence d'une souveraineté antérieure, en l'occurrence autochtone, de la même façon que la seconde nie l'existence d'une telle souveraineté. La conquête est l'acquisition d'un territoire ennemi par la force ; elle éteint une souveraineté qui s'exerçait déjà sur ce territoire<sup>4</sup>. L'occupation, au contraire, suppose que le territoire acquis était sans maître<sup>5</sup>. Pour fonder l'acquisition d'un territoire, la « découverte » est ici assortie d'un complément qui dénie l'existence d'une souveraineté aborigène. Cette négation, il faut toutefois le noter, vaut seulement pour le territoire effectivement occupé. La théorie de l'occupation n'exclut pas, tacitement, l'exercice d'une souveraineté indigène sur une partie du territoire découvert. A moins, bien sûr, que la théorie en question n'ait explicitement rejeté cette possibilité.

<sup>4</sup> H. LAUTERPACHT, *Oppenheim's International Law*, 8<sup>e</sup> éd., Londres, Longmans, Green and Co., 1955, p. 566. *L'affaire du statut juridique du Groënland oriental*, [1933] C.P.J.I. 47 : « La conquête n'agit comme une cause provoquant la perte de la souveraineté que lorsqu'il y a guerre entre deux États et que, à la suite de la défaite de l'un d'eux, la souveraineté sur le territoire passe de l'État vaincu à l'État victorieux ».

<sup>5</sup> M. SIBERT, *Traité de droit international public*, Paris, Dalloz, 1951, vol. 1, p. 860 : « Le fait pour un État d'appréhender, avec l'intention d'y exercer la souveraineté, un territoire sans maître au moment où l'occupation s'accomplit, c'est-à-dire qui n'a pas encore fait ou qui ne fait plus l'objet de l'exercice de la souveraineté ». C. ROUSSEAU, *Le droit international public approfondi*, Paris, Dalloz, 1958, p. 141.

Il reste à voir quel mode d'acquisition territoriale, quelle théorie, est applicable au territoire actuel du Québec, « découvert » par les Français au XVI<sup>e</sup> siècle.

### *Aux XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles*

Du point de vue doctrinal, le droit international ne semble pas avoir évolué dans le sens habituel. L'opinion qui apparaît dominer, au XVI<sup>e</sup> et même au XVII<sup>e</sup> siècle, admet la souveraineté autochtone. Elle opte pour la théorie de la conquête <sup>6</sup>.

Vitoria est sans conteste le chef de file de tous les auteurs qui reconnaissaient la souveraineté indigène sur le territoire. Théologien et moraliste espagnol du XVI<sup>e</sup> siècle, il enseignait que les Indiens étaient les propriétaires, tant du point de vue public que privé, de ces terres nouvellement découvertes <sup>7</sup>. Les contacts que les rois d'Espagne avaient avec les Indiens reposaient, disait-il, sur le droit naturel qui obligeait les aborigènes à commercer avec eux et à recevoir pacifiquement ceux qui les visitaient. Le droit de leur faire la guerre et de prendre possession de leur territoire ne pouvait provenir que de leur refus de ces droits de commerce et de visite ou d'un refus de recevoir l'Évangile.

Même si Vitoria concevait en termes explicites la souveraineté des Indiens, il faut se rendre compte que c'est avant tout un droit de conquête en faveur des Européens qu'il affirmait. Il alléguait des motifs fort pieux, mais il invoquait surtout un « jus communicationis et societatis mutae » pas très précis <sup>8</sup>. D'ailleurs, nous dit Lindley,

« He suggested with hesitation that, if the Indians were not capable of forming a State, then, in their own interests, the King of Spain might acquire sovereignty over them in order to raise them in the scale of civilization, treating them charitably and not for his personal profit » <sup>9</sup>.

Plusieurs auteurs ont suivi ces opinions de Vitoria, discuté après lui de la légitimité de la conquête des Indiens et refusé en principe de

<sup>6</sup> D. P. O'CONNELL, *op. cit. supra.* note 1, vol. 1, p. 469.

<sup>7</sup> F. de VITORIA, « De Indis et de Jure Billi relectiones », in : *The Classics of International Law*, Washington, Carnegie Institution of Washington, 1917, p. 218. (Il s'agit de leçons professées à Salamanque en 1532 et publiées pour la première fois en 1557).

<sup>8</sup> R. ARES, « De l'aspect international du droit de propriété en regard du droit de colonisation », (1952) 3 *Thémis* 23.

<sup>9</sup> LINDLEY, *The Acquisition and Government of Backward Territory in International Law*, Londres, 1926, p. 12. Voir aussi : R. OCTAVIO, « Les sauvages américains devant le droit », in : *Recueil des Cours*, La Haye, Académie de droit international, vol. XXXI, 1930-31, p. 220.

considérer ces territoires comme étant sans maître<sup>10</sup>. Chacun l'exprime quelque peu différemment, mais il est remarquable de constater que plusieurs parmi ces premiers auteurs, à la suite de Vitoria, fondaient le droit de faire la guerre aux indigènes sur le droit de la chrétienté à évangéliser et à étendre son empire sur les infidèles.

A l'époque où fut découvert le territoire actuel du Québec, de nombreux auteurs de droit international conçoivent donc la souveraineté initiale des Indiens sur l'ensemble du territoire découvert. L'élaboration de doctrines davantage restrictives, ou même négatives, relativement à l'existence d'une telle souveraineté, remonte, semble-t-il, aux XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècles seulement<sup>11</sup>.

Bien qu'apparemment majoritaire, cette doctrine ne semble toutefois pas permettre de dégager une opinion dominante. En tout cas, les auteurs contemporains qui ont tenté d'en faire la somme ont abouti eux-mêmes à des opinions contradictoires<sup>12</sup>.

De plus, il faut bien souligner qu'il s'agit d'une souveraineté essentiellement initiale, et possiblement temporaire, du fait qu'elle est nécessairement sujet au droit de conquête.

Enfin, même si une souveraineté indienne avait survécu à la découverte du territoire québécois par les Français au XVI<sup>e</sup> siècle, grâce à la prépondérance de la doctrine de la conquête et malgré celle-ci, cette souveraineté serait fatalement heurtée aux états subséquents du droit international. Selon le principe de la « manifestation continue », dégagée dans l'affaire de l'île de Palmas<sup>13</sup>, une souveraineté initiale doit en effet se maintenir à travers les temps et les systèmes juridiques successifs.

### *Au XVIII<sup>e</sup> siècle*

A partir du XVIII<sup>e</sup> siècle, la théorie de la conquête fait place, progressivement, à la théorie de l'occupation. Les auteurs de droit international tentent alors de fonder la souveraineté d'états européens sur des

<sup>10</sup> LINDLEY, *op. cit. supra*, note 9, pp. 12 à 17 : résume l'opinion de plus de vingt de ces auteurs. D. P. O'CONNELL, *op. cit. supra*, note 1, vol. 1, p. 469 : indique quelques-uns d'entre eux. P. FAUCHILLE, *Traité de droit international public*, Paris. A. Rousseau, 1921-25, vol. 1, 2<sup>e</sup> partie, pp. 696 à 701. M. SIBERT, *op. cit. supra*, note 5, vol. 1, p. 864, note 1.

<sup>11</sup> LINDLEY, *op. cit. supra*, note 9, pp. 17 à 19. D. P. O'CONNELL, *op. cit. supra*, note 1, vol. 1, p. 470.

<sup>12</sup> LINDLEY, *op. cit. supra*, note 9, p. 20 : conclut que la doctrine d'époque considérait ces territoires comme étant soumis à une certaine souveraineté indienne. SIBERT, *op. cit. supra*, note 5, vol. 1, p. 864 : qualifie ceux-ci de territoires sans maître.

<sup>13</sup> [1935] *R.G.D.I.P.* 172.



territoires nouveaux, non plus sur la défaite militaire des autochtones, mais sur une occupation pacifique, à laquelle on procède comme s'il s'agissait d'un « pays désert », par besoin naturel d'expansion. Vattel apparaît être le représentant le plus authentique de cette pensée. Il a été traduit en anglais dès le XVIII<sup>e</sup> siècle, et tout au long du XIX<sup>e</sup> et même au début du XX<sup>e</sup> siècle, les auteurs se réfèrent presque infailliblement à lui sur cette question. Après avoir dégagé, d'une façon générale, les critères de l'occupation réelle<sup>14</sup>, il en arrive au problème précis qui nous occupe :

« On demande, écrit-il, si une nation peut légitimement *occuper* quelque partie d'une vaste contrée, dans laquelle il ne se trouve que des peuples errants, incapables, par leur petit nombre, de l'habiter toute entière. Nous avons déjà fait remarquer, en établissant l'obligation de cultiver la terre, que ces peuples ne peuvent s'attribuer exclusivement plus de terrains qu'ils n'en ont besoin et qu'ils ne sont en état d'en habiter et d'en cultiver. Leur habitation vague dans ces vastes régions, ne peut passer pour une véritable et légitime prise de possession ; et les peuples de l'Europe, trop resserrés chez eux, trouvant un terrain dont les sauvages n'avaient nul besoin particulier et ne faisaient aucun usage actuel et soutenu, ont pu légitimement l'*occuper*, et y établir des colonies. Nous l'avons déjà dit, la terre appartient au genre humain pour sa subsistance. Si chaque nation eût voulu dès le commencement s'attribuer un vaste pays, pour ne vivre que de chasse, de pêche et de fruits sauvages, notre globe ne suffirait pas à la dixième partie des hommes qui l'habitent aujourd'hui. On ne s'écarte donc pas des vues de la nature, en resserrant les sauvages dans des bornes plus étroites »<sup>15</sup>.

Vattel pose certaines conditions, qui rappellent avec exactitude l'État du territoire actuel du Québec au XVIII<sup>e</sup> siècle : il doit s'agir d'une « vaste contrée », que des populations nomades et peu nombreuses ne peuvent entièrement occuper. Il justifie l'implantation coloniale par la nécessité démographique de l'expansion européenne, laquelle va se matérialiser par une occupation *a priori* pacifique. Cette occupation nie forcément l'existence d'une souveraineté indigène sur le territoire ainsi occupé, mais elle n'exclut pas que celle-ci puisse exister sur une partie du territoire découvert. L'occupation doit être en effet réelle, — des critères sont dégagés à cet effet<sup>16</sup>, — et il s'agit seulement de « resserrer les sauvages dans des bornes plus étroites ». Somme toute, suivant cette doctrine, la souveraineté indienne est admise, mais sur une partie seule-

<sup>14</sup> E. de VATTEL, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Paris, Guillaumin, 1863, vol. 1, 490, note 1. (La première édition était du milieu du XVIII<sup>e</sup> siècle).

<sup>15</sup> *Ibidem*, vol. 1, 493.

<sup>16</sup> *Ibidem*, vol. 1, p. 491 : « Le droit des gens ne reconnaîtra donc la propriété et la souveraineté d'une Nation que sur les pays vides qu'elle aura occupés réellement et de fait, dans lesquels elle aura formé un établissement, ou dont elle tirera un usage actuel ».

ment du territoire découvert, et ceci dès le départ. Et en se référant à la philosophie qui inspire cette conception nouvelle, on peut affirmer qu'il s'agit encore d'une souveraineté essentiellement initiale et vraisemblablement temporaire. Elle est ici sujette aux critères moins arbitraires du développement démographique de l'humanité et du juste partage des richesses terrestres entre les humains <sup>17</sup>.

### *Au XIX<sup>e</sup> siècle*

Enfin, une dernière doctrine, d'origine surtout anglaise s'est fait jour vers la fin du XIX<sup>e</sup> siècle <sup>18</sup>. Elle reprend la théorie de l'occupation et la radicalise. Les territoires sur lesquels vivent les populations indigènes sont entièrement susceptibles d'acquisition par voie d'occupation. Ce qui revient à nier l'existence de toute souveraineté autochtone. Ces auteurs considèrent en effet que l'occupation d'un territoire est possible dès qu'aucun état n'y exerce la souveraineté, et ils nient la qualité d'état aux populations aborigènes, niant en même temps que le droit international leur soit applicable.

### *Conclusion*

Il n'est pas sûr, en définitive, qu'une souveraineté indienne initiale, admise selon la doctrine apparemment dominante aux XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles, ait pu survivre aux conditions de son existence, c'est-à-dire à la suite des essais de conquêtes dont son territoire a dû faire l'objet. Il est encore moins sûr qu'elle aurait pu résister à la doctrine qui a prévalu à partir du XVIII<sup>e</sup> siècle, la théorie de l'occupation permettant d'atteindre plus facilement encore des résultats identiques. Il est sûr, en tout cas, qu'elle n'aurait pu survivre à la doctrine élaborée à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. Mais ce qui n'est pas du tout certain, c'est que la doctrine d'époque ait vraiment reflété le droit international positif d'époque. Elle apparaît davantage politique que juridique. Son étude doit nécessairement se compléter de celle de la pratique des grands états colonisateurs d'alors.

---

<sup>17</sup> *Ibidem*, vol. 1, p. 488 : « Le genre humain s'étant extrêmement multiplié, la terre n'était plus capable de fournir d'elle-même et sans culture à l'entretien de ses habitants, et elle n'eût pu recevoir une culture convenable des peuples vagabonds, auxquels elle eût appartenu en commun. Il devint donc nécessaire que ces peuples se fixassent quelque part, et qu'ils s'appropriassent des portions de terrain, afin que n'étant point troublés dans leur travail, ni frustrés du fruit de leurs peines, ils s'appliquassent à rendre ces terres fertiles pour en tirer substance. Voilà ce qui doit avoir donné lieu aux droits de propriété et de domaine, ce qui en justifie l'établissement ».

<sup>18</sup> D. P. O'CONNELL, *op. cit. supra*, note 1, vol. 1, p. 470. LINDLEY, *op. cit. supra*, note 9, pp. 17 à 19.

## B. La pratique des États

A partir d'une analyse singulièrement littérale de textes d'époque, certains auteurs contemporains de droit international en arrivent à affirmer la conformité de la doctrine et de la pratique, aux XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles. Selon eux, les grandes nations colonisatrices européennes ont alors appliqué à leurs « découvertes » la théorie de la conquête, reconnaissant ainsi l'existence d'une souveraineté indigène.

O'Connell, pour un, tout en confondant quelque peu doctrine et pratique, s'en remet au pouvoir de traiter avec les indigènes contenu dans les chartes de quelques grandes compagnies de colonisation<sup>19</sup>.

Toutefois, c'est Lindley qui représente le mieux la thèse de ceux qui prétendent à l'application de la théorie de la conquête aux XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles. Se référant aux commissions espagnole de Christophe Colomb, anglaise de Cabot, françaises de De Roberval et de De Montis, il constate la présence du mot « conquête » dans chacune d'entre elles. Il en déduit donc :

« From these examples it is clear that the European Powers did not consider that the parts of the American continent which belonged to none of them were necessarily without an owner, and that they recognized that the fact that native tribes were in possession of, and prepared to fight for, their territories, made Conquest the only possible method of acquisition »<sup>20</sup>.

Il faut en effet distinguer, affirme Lindley, les rapports entre Européens des rapports entre Européens et aborigènes. Entre eux, la découverte emporte un *droit à acquérir* le territoire ; mais quant à l'acquisition du territoire à l'encontre des Indiens, il s'ensuit que c'est par la conquête ou la cession qu'elle doit s'effectuer, puisque les Européens reconnaissent la maîtrise des indigènes sur le territoire.

Avant de déterminer s'il sera nécessaire de retourner aux faits eux-mêmes, pour se rendre compte de l'état de la pratique internationale, il convient de s'interroger sur la signification concrète de l'interprétation suggérée.

L'adoption de cette thèse dans le cas qui nous occupe emporterait reconnaissance de la souveraineté des Indiens sur le territoire de la Nouvelle-France avant la « conquête », jointe à un droit de propriété dérivé de la première occupation. Cette souveraineté n'aurait pu s'éteindre que par sa disparition complète par suite de l'instauration effective d'une

<sup>19</sup> D. P. O'CONNELL, *op. cit. supra*, note 1, vol. 1, pp. 469, 470.

<sup>20</sup> LINDLEY, *op. cit. supra*, note 9, pp. 26 à 30.

autre souveraineté. Ce n'est donc qu'une fois achevée la conquête de tous les territoires tribaux que les Indiens auraient été soumis au droit du conquérant. Pour en connaître le moment exact et découvrir si des droits éventuels ne subsistent pas, il faudrait inventorier les territoires indiens depuis les débuts de la conquête et montrer comment, un à un, ils sont passés sous la souveraineté du conquérant. Auraient donc subsisté, au moins au début, deux souverainetés s'exerçant côte à côte sur des parcelles de territoires distincts et souvent enclavés, ou à tout le moins deux droits collectifs de propriété sur ces parcelles. Nous ne croyons pas que la pratique des États ait pu conduire à ce résultat. Il faut retourner aux faits.

### *La pratique générale*

Jusqu'au XVI<sup>e</sup> siècle, l'acquisition des nouveaux territoires reposait sur la compétence générale du pape reconnue sur toutes les terres non encore appropriées par un état. L'obéissance au Saint-Siège était encore une norme fondamentale des rapports internationaux de l'époque<sup>21</sup>. Les bulles d'Alexandre VI, en 1493, séparant le nouveau monde entre l'Espagne et le Portugal à l'aide d'un seul méridien<sup>22</sup>, sont caractéristiques de l'époque. Ces largesses revêtaient un caractère religieux en ce qu'elles accordaient un monopole d'évangélisation des païens. Toutefois, l'ère des grandes découvertes est amorcée, et les états non favorisés, l'Angleterre, la France, la Hollande et la Suède, refuseront de reconnaître ces actes d'attributions<sup>23</sup>.

Dès le XVI<sup>e</sup> siècle, en effet, la Réforme emporte l'autorité papale et laïcise l'état. Celui-ci devient alors suffisamment indépendant pour ne plus se reconnaître lié par un droit international à la formation duquel il n'aurait pas participé volontairement. « Les hommes du XVI<sup>e</sup> siècle parlent encore parfois, par habitude, de la "république chrétienne". En pratique, ils n'y croient plus »<sup>24</sup>. Si l'attitude des souverains ne laisse aucun doute possible sur le peu de valeur qu'il convient d'attribuer, en droit positif, aux partages pontificaux, le rejet de cette autorité n'en

<sup>21</sup> A. DECENCIÈRE-FERRANDIÈRE, « Essai historique et critique sur l'occupation comme mode d'acquérir les territoires en droit international », in : *Revue de droit international et de législation comparée*, 1937, p. 368.

<sup>22</sup> P. RENOUVIN, *Histoire des Relations Internationales*, Paris, Hachette, 1953, vol. II, pp. 35 sq : « Les temps modernes ». La preuve, par Magellan, que la terre est ronde, montrera qu'il aurait fallu utiliser deux lignes de partage...

<sup>23</sup> R. REDSLOB, *Histoire des grands principes du Droit des Gens, depuis l'Antiquité jusqu'à la veille de la Grande guerre*, Paris, A. Rousseau, 1923, p. 176.

<sup>24</sup> P. RENOUVIN, *op. cit. supra*, note 22, vol. II, p. 4.

aura pas moins une grande portée en droit : la disparition du supérieur commun et des lois communes.

En conséquence, une « compétence concurrente » de tous les états sur les terres nouvelles est prônée, puisque les états ne peuvent plus être liés que par les engagements qu'ils auront pris<sup>25</sup>. Au titre de concession papale succédera donc le titre de la découverte :

« C'est alors principalement de la priorité de la découverte qu'on se préoccupe. Parfois aussi, dans les conflits qui s'élèvent entre les peuples navigateurs, on invoque la priorité d'une possession ; mais pour constituer un titre, la possession n'a jamais besoin d'être effective, elle peut être seulement fictive [...] »<sup>26</sup>.

C'est par l'entremise de particuliers ou de compagnies que s'effectuent ces découvertes et occupations fictives. Les lettres-patentes et les chartes, tant anglaises que françaises, attribuées aux explorateurs et aux compagnies, leur confèrent le droit d'occuper et de prendre possession de toutes les terres qu'ils découvriront, « qui ne sont occupées par aucun prince chrétien » ; c'est là une formule consacrée<sup>27</sup>. L'on reconnaît ainsi la validité de la souveraineté des autres nations européennes sur les terres qu'elles auront découvertes et occupées (symboliquement selon le critère de l'époque) ; et l'on s'arroge le droit de disposer des autres terres, celles habitées par des autochtones.

Il nous semble inexact de soutenir que la découverte ne conférait qu'un droit d'acquérir ; la découverte était véritablement un titre d'acquisition à cette époque, plus sûrement encore lorsqu'elle s'accompagnait d'un geste symbolique d'occupation, ce qui fut le cas en Nouvelle-France. L'occupation effective sera obligatoire en droit, seulement à partir du milieu du XVIII<sup>e</sup> siècle<sup>28</sup>.

Il ressort d'autre part de la pratique des états la volonté de nier la souveraineté aboriginale. Ainsi que Story l'affirme :

<sup>25</sup> A. DECENDIÈRE-FERRANDIÈRE, *op. cit. supra*, note 21, pp. 368 sq. C. ROUSSEAU, *op. cit. supra*, note 5, p. 142.

<sup>26</sup> P. FAUCHILLE, *op. cit. supra*, note 10, vol. 1, 2<sup>e</sup> partie, p. 687. M. SIBERT, *op. cit. supra*, note 5, vol. 1, pp. 860-861.

<sup>27</sup> LINDLEY, *op. cit. supra*, note 9, pp. 24 sq. et FAUCHILLE, *op. cit. supra*, note 10, vol. 1, 2<sup>e</sup> partie, 687, citent plusieurs textes.

<sup>28</sup> P. FAUCHILLE, *op. cit. supra*, note 10, vol. 1, 2<sup>e</sup> partie, p. 688. R. REDSLOB, *op. cit. supra*, note 23, pp. 270-271. *Affaire de l'île de Palmas*, on peut au surplus déduire de l'esprit de cet arrêt une confirmation du rôle acquisitif de souveraineté que joue la découverte au XVI<sup>e</sup> siècle ; à tout le moins l'arbitre présume ce rôle lorsqu'il affirme que l'on ne saurait se prévaloir du titre de la découverte au début du XX<sup>e</sup> siècle à l'encontre d'un exercice effectif de souveraineté, en vertu du droit intertemporel. Ainsi, p. 199 : « Le titre de la découverte [...] que comme titre incomplet, c'est-à-dire comme donnant de droit d'établir la souveraineté par une occupation effective ».

« As infelds, heathen, and savages, they were not allowed to possess the prerogatives belonging to absolute, sovereign, and independent nations »<sup>29</sup>.

Les lettres-patentes et chartes attribuées par les souverains demandent d'ailleurs au bénéficiaire de découvrir, d'occuper lesdits territoires et d'y établir l'autorité du souverain.

« Les peuples européens refusent en effet d'entrer en rapports avec les indigènes sur un pied d'égalité ; ils ne veulent pas reconnaître leur souveraineté ; ils entendent les soumettre à leur joug [...] »<sup>30</sup>.

Les seuls rapports qui nécessitent une réglementation positive de droit international à cette époque sont ceux des colonisateurs entre eux. La légitimité de la colonisation discutée par Vitoria ne relève pas encore du droit positif mais de la morale ou du droit naturel. Et les rapports des indigènes avec le colonisateur sont réglés uniquement par le droit interne de ce dernier et cela même lorsque des pactes sont conclus entre eux :

« On commence en effet par proclamer la souveraineté du roi sur le pays, qu'on manifeste par l'érection d'un signe quelconque, et c'est ensuite seulement, ou tout au plus au moment où l'on affirme ainsi la souveraineté de l'État colonisateur, que l'on passe des pactes avec les habitants ; on montre de la sorte qu'ils sont annexés et que ces pactes sont *des pactes régis par le droit interne* et qui en tirent leur valeur juridique »<sup>31</sup>.

A l'époque où fut découvert le territoire actuel du Québec, de même qu'au siècle suivant, la pratique des états, quant à la reconnaissance de souverainetés autochtones en territoires découverts, apparaît singulièrement éloignée de la doctrine<sup>32</sup>. Et pour autant qu'il soit possible de conclure à une concordance générale de cette pratique, il faut bien admettre que là réside le droit positif d'alors. Durant deux siècles environ, le droit de découverte a fondé le titre d'acquisition de territoire, sans qu'il fut nécessaire d'y ajouter. Ce n'est qu'au XVIII<sup>e</sup> siècle que l'occupation

<sup>29</sup> Cité par LINDLEY, *op. cit. supra*, note 9, p. 29.

<sup>30</sup> A. DECENDIÈRE-FERRANDIÈRE, *op. cit. supra*, note 21, p. 364.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 364, note 4. De LAPRADELLE et POLITIS, « L'arbitrage anglo-brésilien de 1904 », in : *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1905, p. 315 : « La volonté des tribus indigènes n'a jamais compté comme un titre acquisitif de souveraineté ». *Affaire de l'île de Palmas*, pp. 186 sq., quant à la nature de ces contrats avec les indigènes. G. LANGBOD, « Aperçu sur la situation légale des Indiens aux États-Unis d'Amérique », (1951) *R.G.D.I.P.* 375 sq.

<sup>32</sup> *Worcester v. State of Georgia*, (1832) 6 Peter's Rep. 515, à la p. 580 : « At no time has the sovereignty of the country been recognized as existing in the Indians [...] ». *Johnson v. McIntosh*, (1823) 8 Wheaton's Rep. 543, à la p. 574.

effective devient un complément nécessaire à la découverte. Mais c'est moins en fonction des populations indigènes qu'en fonction des co-découvreurs européens que cette condition s'impose alors. Son avènement tardif en témoigne. Il reste à vérifier, brièvement, si les colonisateurs français et anglais ont agi à l'endroit du territoire actuel du Québec conformément à ce droit international.

### ***La pratique française***

La France n'a jamais agi, en Amérique du nord, d'une manière signifiant la reconnaissance d'une souveraineté indigène. Ni à l'endroit des autochtones eux-mêmes, ni à l'endroit du territoire.

A l'endroit des premiers occupants, la politique coloniale française en fut une d'assimilation<sup>33</sup>. L'acte pour l'établissement de la Compagnie de la Nouvelle-France, en 1627, stipule que :

« les sauvages qui seront amenés à la connaissance de la foi et en feront profession, seront censés et réputés naturels Français, et comme tels pourront venir habiter en France [...] »<sup>34</sup>.

Cette politique sera suivie par Colbert qui exprime le désir que les Indiens et les Français du Canada ne fassent « qu'un mesme peuple et un mesme sang »<sup>35</sup>. Il en va de même lorsque le Conseil supérieur de Québec assujettit les Indiens aux lois criminelles françaises<sup>36</sup>.

On ne reconnaît en somme aux Indiens que le droit de se soumettre et la manifestation est très nette en droit de l'intention de les assimiler.

D'un point de vue territorial, la politique coloniale française fut tout autant négative quant à l'existence d'une souveraineté indienne.

Pour le compte du roi de France, Verrazano fut le premier, au début du XVI<sup>e</sup> siècle, à longer les côtes de l'Amérique du Nord, de la Floride à Terre-Neuve. Son exploration fonda des prétentions françaises longtemps maintenues intégralement. Il n'était peut-être pas le premier à voir l'Amérique du Nord, mais il est le premier dont la « découverte » est sûre, consignée et exprimée sur carte géographique authen-

<sup>33</sup> M. TRUDEL, *L'esclavage au Canada français*, Québec, P.U.L., 1960, p. 47.

<sup>34</sup> BONENFANT, BRUN et VACHON, *Histoire du droit public canadien* (textes), université Laval, faculté de Droit, 1969, p. 6.

<sup>35</sup> M. TRUDEL, *op. cit. supra*, note 33, p. 47.

<sup>36</sup> *Édits et ordonnances*, vol. II, p. 16 : « Arrêt du Conseil supérieur de Québec qui soumet les sauvages à la peine portée par les lois et ordonnances de France [...] », 21 avril 1664. *Ibidem*, vol. II, p. 65 : « Règlements généraux du Conseil supérieur de Québec, pour la police », 11 mai 1676.

tique<sup>37</sup>. Quelques années plus tard, Cartier débarque et, au nom du roi de France, « prend possession » de l'immense territoire<sup>38</sup>.

A partir de cette date, la France concède successivement son empire nouveau à des individus et à des compagnies, en des termes qui excluent implicitement mais radicalement la reconnaissance de toute souveraineté antérieure. Nous retiendront, à titre d'illustrations, les deux plus tardives de ces concessions.

En 1627, le roi de France cède à la Compagnie des Cent Associés, « en toute propriété »,

« tout ledit pays de la Nouvelle-France, dite Canada, tant le long des côtes, depuis la Floride [...] jusqu'au cercle arctique pour latitude et de longitude depuis l'Isle de Terre-Neuve, tirant à l'ouest, jusqu'au grand lac, dit mer douce, et au-delà, que dedans les terres [...] et généralement toute l'étendue dudit pays au long et en large et par-delà, tant et si avant qu'ils [les Cent Associés] pourront s'étendre et faire connoître le nom de Sa Majesté [...] »<sup>39</sup>.

En 1664, la Compagnie des Indes Occidentales, à la suite de la « démission » de la Compagnie des Cent Associés<sup>40</sup>, reçoit une concession semblablement libellée, quant à son étendue et quant à sa portée<sup>41</sup>.

La France, en concédant les terres qu'elle avait découvertes en Amérique du nord à des intérêts privés, s'est donc comportée d'une manière qui ne laissait place à aucune souveraineté aboriginaire.

« Toutes les terres occupées par les tribus indiennes pouvaient tomber entre les mains du titulaire [de lettres-patentes]. Les lettres-patentes ne faisaient exception que pour celles qui étaient déjà occupées par les nations chrétiennes »<sup>42</sup>.

Les Indiens étaient donc soumis au droit interne français, lequel permettait de les déposséder de leurs terres.

On peut évidemment disserter à loisir sur la légitimité de telles concessions royales, mais juridiquement elles découlent de l'omnipotent droit de souveraineté du roi sur ses territoires, droit que l'on confondait d'ailleurs à l'époque avec le droit de propriété du prince. C'est donc dans un contexte interne que doit se rechercher le droit individuel à telle ou telle propriété découlant d'une possession de droit privé et non dans

<sup>37</sup> M. TRUDEL, *Initiation à la Nouvelle-France*, Montréal, Holt, Rinehart et Winston, 1968, pp. 14-15.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>39</sup> BONNEFANT, BRUN et VACHON, *op. cit. supra*, note 34, p. 6.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>42</sup> E. LAREAU, *Histoire du droit canadien depuis les origines de la colonie jusqu'à nos jours*, Montréal, Périard, 1888, vol. 1, p. 483.



l'optique d'un droit collectif de caractère public qui n'a pu survivre à l'avènement d'une souveraineté d'un tel type. C'est en effet la conclusion à laquelle conduit la logique juridique : puisque le roi concédait ou reprenait à loisir la totalité du territoire « en toute propriété », il n'entendait reconnaître aucun autre droit à cette propriété que le sien ou que celui qu'il aurait concédé <sup>43</sup>.

Dans l'espace, ces premières concessions françaises avaient le même caractère exclusif. C'étaient encore les « découvertes » de Verrazano, symboliquement occupées par Cartier, que l'on octroyait. A l'égard des Indiens, la découverte des côtes comportait un droit illimité sur l'intérieur <sup>44</sup>. Des auteurs du XVII<sup>e</sup> siècle témoignent de l'existence d'une souveraineté française sur tout le territoire actuel du Québec <sup>45</sup>. Les difficultés surgiront, quant à l'extension intérieure du titre fourni par la découverte du littoral, lorsque deux prétentions européennes se heurteront. L'occupation effective deviendra alors un critère, qu'il sera nécessaire d'opposer au compétiteur européen seulement. En ce qui regarde le territoire qui nous occupe, il s'agit, essentiellement, de la rencontre des intérêts français et anglais au nord et au nord-ouest du Québec, à la suite de la concession de territoire qui y fut faite par l'Angleterre à la Compagnie de la Baie d'Hudson en 1670, concession fondée sur les « découvertes » de Henry Hudson en 1610.

### ***La pratique anglaise***

L'Angleterre entra tardivement dans la course à l'expansion coloniale. Elle fut, de ce fait, amenée à professer plus tôt que ses concurrents européens, certaines règles restrictives à cet égard. A la fin du XVI<sup>e</sup> siècle,

<sup>43</sup> *St. Catherine's Milling v. Ontario*, (1887) 13 R.C.S. 577, opinion du juge TASCHEREAU, p. 644 : « The king was vested with the ownership of all the ungranted lands in the colony as part of the crown domain, and a royal grant conveyed the full estate and entitled the grantee to possession. The contention, that the royal grants and charters merely asserted a title in the grantees against Europeans or white men, but that they were nothing but blank papers so far as the rights of the natives were concerned, was certainly not then thought of, either in France or in Canada ».

<sup>44</sup> *Johnson v. McIntosh*, (1823) 8 Wheaton's Rep. 575 : la Cour suprême des États-Unis, par l'entremise du juge MARSHALL, a ainsi interprété le droit public français de l'époque en la matière : « France, also founded her title to the vast territories she claimed in America on discovery ». « However conciliatory her conduct to the natives may have been, she still asserted her right of dominion over a great extent of country not actually settled by Frenchmen, and her exclusive right to acquire and dispose of the soil which remained in the occupation of Indians ».

<sup>45</sup> *Report on the boundaries of the province of Ontario*, Toronto, Hunten, Rose and Co., 1877, pp. 4 sq. 2, on y rapporte les témoignages de Marc L'Escarbot, du baron de la Hontan et du jésuite Paul Ragenneau.

l'Angleterre se voyant reprocher certaines entreprises, affirmait déjà que ni la simple découverte du littoral, ni l'occupation fictive des côtes, ne suffisaient à fonder une souveraineté illimitée sur l'intérieur<sup>46</sup>. Il faut connaître le contexte historique de l'élaboration de cette théorie, pour s'imaginer tout de suite que l'Angleterre n'avait pas l'intention d'en faire bénéficier les populations indigènes<sup>47</sup>.

De fait, les chartes, lettres-patentes ou commissions, octroyées par le roi d'Angleterre à ses divers découvreurs ou fondateurs, à l'époque, comportaient généralement des concessions territoriales ignorant invariablement toute souveraineté autochtone<sup>48</sup>. La seule frontière intérieure apportée à ces concessions était la frontière éventuelle d'autres états européens. Plus spécialement que tout autre l'Angleterre, a-t-elle endossé la règle coutumière de droit international généralement suivie à l'endroit des aborigènes.

La seule concession intéressant directement le territoire actuel du Québec, c'est-à-dire celle contenue dans la charte de la Compagnie de la Baie d'Hudson, en 1670, était précisément conçue en ces termes. Elle comprenait le territoire qui pourrait être atteint à partir du détroit de la Baie d'Hudson, jusqu'à la rencontre de terres déjà découvertes et occupées par quelqu'état chrétien<sup>49</sup>.

Une jurisprudence d'époque révèle aussi ce qu'était le droit public anglais en la matière<sup>50</sup>. Droit public dont l'essence, à quelques nuances près, s'est d'ailleurs perpétuée jusqu'au XIX<sup>e</sup><sup>51</sup> et même jusqu'au XX<sup>e</sup><sup>52</sup>

<sup>46</sup> D. MILLS, *A report on the boundaries of the province of Ontario*, Toronto, Huntén, Rose and Co., 1873, p. 131 : il cite Elizabeth I répondant à l'ambassadeur espagnol qui reprochait à l'Angleterre certaines explorations.

<sup>47</sup> 28 *C.J.S.* 688 : Le droit américain interprète la pratique de l'époque à travers le prisme anglais, mais il nie quand même que cette pratique ait admis une souveraineté indienne. *Buttz v. Northern Pacific Ry. Co.*, (1886) 119 U.S. 55. *Beecher v. Wetherby*, (1877) 95 U.S. 517.

<sup>48</sup> *Johnson v. McIntosh*, (1823) 8 Wheaton's Rep. 543, à la p. 576. *Worcester v. State of Georgia*, (1832) 6 Peter's Rep. 515, aux pp. 545 et 590. *Martin v. Waddell*, (1842) 16 Peter's Rep. 367, à la p. 409.

<sup>49</sup> D. MILLS, *op. cit. supra*, note 46, appen. A, p. 155 : pour le texte de la charte.

<sup>50</sup> *Clavin's case*, (1608) 77 E.R. 377. *Blankard v. Glady*, (1693) 91 E.R. 356. *Dutton v. Howell*, (1693) 1 E.R. 17. 8 *English and Empire Digest* 768 : « In infidel country, native laws immediately abrogated ».

<sup>51</sup> *Forbes v. Cochrane*, (1824) 107 E.R. 450. *A.-G. of Bengal v. Surnomoye Dossed (Ranee)*, (1863) 2 Moo. P.C. (N.S.) 22. 8 *English and Empire Digest* 767 : « When Englishmen establish themselves in an uninhabited or barbarous country, they carry with them their own laws and sovereignty of their own state ».

<sup>52</sup> *Re : Southern Rhodesia*, [1919] A.C. 211. D. P. O'CONNELL, *op. cit. supra*, note 1, vol. 1, p. 470 : « [...] the South Island which was largely uninhabited and certainly not generally under the rule of any chiefs was treated as a case of discovery ».

siècle. L'Angleterre soumettait les populations autochtones au droit anglais ; comme la France, elle leur niait toute souveraineté. Les droits qu'elle concéda aux Indiens *eux-mêmes*, par la Proclamation royale de 1763, sur les trois quarts au moins de l'Amérique du nord<sup>53</sup>, « sous Notre souveraineté, Notre protection et Notre autorité », tend à démontrer la même réalité<sup>54</sup>.

### Conclusion

Il faut admettre, en définitive, que la pratique des États, aux XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles, n'a jamais eu pour effet concret d'admettre une souveraineté aboriginale à laquelle prétendait une doctrine de l'époque. Et cette pratique apparaissant générale et constante, elle permet de croire qu'elle reflète plus exactement l'état du droit international d'alors. La théorie de la conquête n'a pas été suivie dans toutes ses implications logiques ; la théorie de l'occupation n'avait pas les autochtones pour objet. Qu'il se soit agi de conquête ou d'occupation, selon les distinctions doctrinales, il semble bien que le résultat concret fut toujours le même : la négation de toute souveraineté indigène, la négation d'un véritable droit aboriginal.

S'il fallait, de toute façon, admettre qu'ait existé une souveraineté indigène, ne serait-ce que sur une fraction du territoire actuel du Québec, il faudrait aussi en vérifier les possibilités de survie.

### 2. La survie d'un véritable droit aboriginal

Affirmer la survie d'une souveraineté indigène sur une partie du territoire actuel du Québec, c'est d'abord affirmer que la France, par le

<sup>53</sup> *R. v. White and Bob*, (1965) 50 D.L.R. (2<sup>e</sup>) 613, à la p. 630 : on a considéré que la Proclamation royale de 1763 s'appliquait à l'île de Vancouver.

<sup>54</sup> *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada*, Ottawa, Imprimeur de la reine, 1914 sq., vol. 1, p. 140. *Fletcher v. Peck*, (1810) 6 Cranch's Rep. 87, à la p. 142 : « The court does not understand the Proclamation as it is understood by the council for the plaintiff. The reservation for the use of the Indians appears to be a temporary arrangement suspending for a time, the settlement of the county reserved, and the powers of the royal governor within the territory reserved, but is not conceived to amount to an alteration of the boundaries of the colony ». (J. C. MARSHALL). *Johnson v. McIntosh*, (1823) 8 Wheaton's Rep. 543, à la p. 596 : le juge MARSHALL, interprétant la Proclamation royale : « So far as respected the authority of the crown, no distinction was taken between vacant lands and lands occupied by the Indians. The title, subject only to the right of occupancy by the Indians, was admitted to be in the king, as was his right to grant that title. The lands, then, to which this proclamation referred, were lands which the king had a right to grant, or to reserve for the Indians ».

traité de Paris de 1763<sup>55</sup>, a cédé en partie à l'Angleterre la chose d'autrui. C'est affirmer aussi que l'Angleterre, quelques mois plus tard, par la Proclamation royale<sup>56</sup>, a concédé aux Indiens des droits sur un territoire leur appartenant.

### ***L'effet de la conquête de 1760***

La conquête militaire, qui s'est achevée en 1760, devait pourtant produire ses effets juridiques à l'endroit des Indiens habitant le territoire actuel du Québec, même dans l'hypothèse où ceux-ci exerçaient alors une souveraineté véritable sur une partie du territoire. Durant toute la guerre de conquête, ces Indiens ont combattu aux côtés des Français<sup>57</sup>. Or, c'était à l'époque, comme ce l'est encore aujourd'hui, l'effet juridique premier d'une conquête militaire achevée, que d'entraîner un changement de souveraineté sur le territoire conquis<sup>58</sup>. L'ordre juridique en vigueur n'y est plus le même. Par conséquent, une souveraineté indienne sur le territoire actuel du Québec, pour autant qu'elle aurait existé, se serait alors automatiquement évanouie, abstraction faite de la cession territoriale ultérieurement faite par la France.

Certains, parce qu'ils niaient qu'existât en 1760 une souveraineté indienne sur une partie du territoire actuel du Québec, ont affirmé que la cession de 1763 comportait transfert de tous les droits de souveraineté sur ce territoire<sup>59</sup>. D'autres, parce qu'ils concevaient l'existence d'une telle souveraineté, ont prétendu partiellement nulle la cession de 1763<sup>64</sup>. Pour nous, l'une et l'autre hypothèse, en raison des faits et de l'état du droit international, devaient conduire au même résultat. Une troisième opinion, enfin, beaucoup moins facilement explicable, a affirmé que la cession de 1763 avait mis un terme à toute souveraineté indienne ayant pu jusque là subsister<sup>61</sup>.

---

<sup>55</sup> BONENFANT, BRUN et VACHON, *op. cit. supra*, note 34, p. 44.

<sup>56</sup> *Documents constitutionnels*, *op. cit. supra*, note 54, vol. 1, p. 140.

<sup>57</sup> G. LANCTOT, *Histoire du Canada*, Montréal, Beauchemin, 1960, vol. 1, p. 87, 101 sq., 201 sq., 218. BONENFANT, BRUN et VACHON, *op. cit. supra*, note 34, p. 42 : La Capitulation de Montréal, art. 40.

<sup>58</sup> D. P. O'CONNELL, *op. cit. supra*, note 1, vol. 1, p. 508. C. ROUSSEAU, *op. cit. supra*, note 5, p. 147.

<sup>59</sup> *St. Catherine's Milling v. Ontario*, (1887) 13 R.C.S. 577, à la p. 645 : opinion du juge TASCHEREAU.

<sup>60</sup> *Worcester v. State of Georgia*, (1832) 6 Peter's Rep. 515, à la p. 560.

<sup>61</sup> *Warman v. Francis*, (1960) 20 D.L.R. 627, à la p. 634. *Johnson v. McIntosh*, (1823) 8 Wheaton's Rep. 543, aux pp. 571-576.

### **Le droit international contemporain**

D'autre part, nous l'avons vu, le maintien d'une souveraineté dans le temps doit répondre aux exigences du droit international, aux différentes périodes de son existence<sup>62</sup>. Cette souveraineté indienne, dont nous supposons l'existence, doit donc être confrontée au droit international du XVIII<sup>e</sup> siècle. Or suivant la version de celui-ci la plus favorable aux Indiens, cette souveraineté, d'abord limitée dans l'espace, eut été, dans le temps, des plus aléatoires, sujette, par définition, à une perpétuelle et constante expansion blanche<sup>63</sup>. Et de fait, si nous nous référons au droit moderne et contemporain, celui auquel doit être en définitive confrontée une hypothétique souveraineté indienne sur une partie du territoire actuel du Québec, nous constatons que celle-ci ne peut avoir survécu jusqu'à aujourd'hui. Nous avons déjà fait allusion à une doctrine de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, qui niait toute personnalité juridique internationale aux populations dites non civilisées<sup>64</sup>. C'est toutefois davantage le droit international contemporain qui s'avérera concluant.

Le droit international, d'abord, retient comme critère, non plus le caractère plus ou moins civilisé des populations aboriginales, mais le fait qu'elles constituent ou non des sociétés organisées<sup>65</sup>. Ensuite, il reconnaît que l'occupation effective, nécessaire pour compléter le titre d'acquisition, n'est pas un concept univoque<sup>66</sup>. Celle-ci varie dans ses manifestations, suivant la nature et la situation géographique du territoire dont la souveraineté est revendiquée. L'établissement, suivant sa commune acception, n'est pas toujours requis. Surtout s'il s'agit d'un territoire reculé<sup>67</sup>. Le critère le plus retenu demeure l'exercice de la fonction législative pour le territoire<sup>68</sup>. Il semble même qu'un fait négatif, — l'absence de souveraineté concurrente, — puisse tenir lieu d'occupation<sup>69</sup>.

Or cette occupation, si elle se perpétue, sert à fonder une prescription acquisitive parfaitement reconnue par le droit international public contemporain<sup>70</sup>. Celui-ci confond en quelque sorte prescription et occupation<sup>71</sup>. Et il admet que les délais de prescription puissent varier « de

<sup>62</sup> *Affaire de l'île de Palmas*, [1935] R.G.D.I.P. 172.

<sup>63</sup> E. de VATTEL, *op. cit. supra*, note 14, vol. 1, pp. 488 et 493.

<sup>64</sup> D. P. O'CONNELL, *op. cit. supra*, note 1, vol. 1, p. 470.

<sup>65</sup> *Ibidem*.

<sup>66</sup> *Ibidem*, vol. 1, p. 472.

<sup>67</sup> *Ibidem*, vol. 1, p. 475.

<sup>68</sup> *Ibidem*. *Affaire du statut du Groënland oriental*, [1933] C.P.J.I. 47 : « La législation est l'une des formes les plus frappantes de l'exercice du pouvoir souverain ».

<sup>69</sup> D. P. O'CONNELL, *op. cit. supra*, note 1, vol. 1, p. 472.

<sup>70</sup> *Ibidem*, vol. 1, p. 487. C. ROUSSEAU, *op. cit. supra*, note 5, p. 145.

<sup>71</sup> D. P. O'CONNELL, *op. cit. supra*, note 1, vol. 1, p. 475

trente ans à quatre siècles »<sup>72</sup>. Selon la jurisprudence, ils sont très longs en Europe ; en territoire colonial, on a généralement admis que cinquante ans d'occupation suffisait à créer un titre par acquisition<sup>73</sup>. Reste à ajouter, comme dans tous les cas où le droit naît de l'action du temps, le caractère public de l'occupation et l'absence de protestation<sup>74</sup>.

Bref, le droit international contemporain laisse bien peu de place à la survie d'une souveraineté indienne, à la perpétuation d'un véritable titre aborigène en territoire québécois. Et ce droit est corroboré par la jurisprudence interne des États-Unis et du Canada, la première étant beaucoup plus abondante et explicite que la seconde.

### **Le droit américain**

Au début du siècle dernier, dans les premières décisions qu'elle eut à rendre sur le sujet, la cour suprême des États-Unis s'est montrée pour le moins hésitante. En 1832, par l'entremise du juge en chef Marshall, elle adhéra à la théorie de la conquête et affirma la survie d'une souveraineté indienne :

« The Indian nations had always been considered as distinct, independent political communities, retaining their original natural rights, as the undisputed possessors of the soil from time immemorial, with the single exception of that imposed by irresistible power ».

« The words "treaty" and "nation" are words of our own language, selected in our diplomatic and legislative proceedings, by ourselves, having each a definite and well understood meaning. We have applied them to Indians, as we have applied them to the other nations of the earth. They are applied to all in the same sense »<sup>75</sup>.

Elle assortissait par ailleurs son point de vue de tempéraments frôlant la contradiction<sup>76</sup>. Mais il reste que la cause indienne avait atteint son apogée : cette jurisprudence fournirait une mine d'arguments au défenseur d'une souveraineté indienne. La tendance s'était dessinée l'année précédente, sous l'impulsion du même juge en chef Marshall, lorsque celui-ci, à la recherche d'une solution médiane, avait inventé pour les Indiens le statut singulier de « domestic dependent nations »<sup>77</sup>.

<sup>72</sup> C. ROUSSEAU, *op. cit. supra*, note 5, p. 146.

<sup>73</sup> D. P. O'CONNELL, *op. cit. supra*, note 1, vol. 1, p. 488.

<sup>74</sup> *Ibidem*, vol. 1, p. 489.

<sup>75</sup> *Worcester v. State of Georgia*, (1832) Peter's Rep. 515, aux pp. 559, 560.

<sup>76</sup> *Ibidem*, p. 580 : « At no time the sovereignty of the country been recognized as existing in the Indians... »

<sup>77</sup> *Cherokee Nation v. State of Georgia*, (1831) 5 Peter's Rep. 1, à la p. 17. Il ajoutait : « Indians [...] have an unquestionable, and, heretofore, unquestioned right to the lands they occupy until that right shall be extinguished by a voluntary cession to our government [...] ».

Il faut aussi savoir, cependant, que le juge Marshall et la cour suprême, quelques années auparavant, avaient professé des opinions assez différentes :

« The majority of the court is of opinion that the nature of the Indian title, which is certainly to be respected by all courts, until it be legitimately extinguished, is not such as to be absolutely repugnant to seizin in fee on the part of the state »<sup>78</sup>.

Et encore :

« All our institutions recognize the absolute title of the crown, subject only to the Indian right of occupancy ; and recognized the absolute title of the crown to extinguish that right. This is incompatible with an absolute and complete title in the Indians »<sup>79</sup>.

Or cette première jurisprudence de la cour suprême, malgré l'interlude de 1831-32, est vraiment celle qui a fixé le droit en la matière aux États-Unis<sup>80</sup>. Durant tout le XIX<sup>e</sup> siècle on s'est référé à *Johnson v. McIntosh*<sup>81</sup>.

Quant à la jurisprudence du XX<sup>e</sup> siècle, elle se contente de reprendre le principe et d'en tirer la conséquence logique quant à l'extinction du titre indien<sup>82</sup>. Une décision du milieu du siècle fait figure de cas type<sup>83</sup>; les termes en furent repris jusqu'en 1954<sup>84</sup>, date de la dernière décision de la Cour suprême sur ce sujet dont nous ayons pris connaissance<sup>85</sup>.

<sup>78</sup> *Fletcher v. Peck*, (1810) 6 Cranch's Rep. 87, aux pp. 142-143.

<sup>79</sup> *Johnson v. McIntosh*, (1823) 8 Wheaton's Rep. 543, à la p. 588.

<sup>80</sup> COHEN, ICKES et MARGOLD, *Handbook of federal indian law*, Washington, V.S. government printing office, 1942, pp. 292-293.

<sup>81</sup> *Clark v. Smith*, (1839) 13 Peter's Rep. 195, à la p. 201. *Martin v. Waddell*, (1842) 16 Peter's Rep. 367, à la p. 409. *U.S. v. Cook*, (1873) 19 Wallace's Rep. 591. *Beecher v. Wetherby*, (1877) 95 U.S. 517. *Buttz v. Northern Pacific Ry. Co.*, (1886) 119 U.S. 55, à la p. 66.

<sup>82</sup> 42 *C.J.S.* 688, 9 : « [...] the indian title to land is a right of possession and occupancy, the fee being in the general government [...] » « [...] this right may be extinguished by the general government [...] ».

<sup>83</sup> *U.S. v. Santa Fe Pac. Ry. Co.*, Ariz., (1941) 314 U.S. 339, à la p. 347 : « Extinguishment of Indian title based on aboriginal possession is of course a different matter. The power of Congress in that regard is supreme. The manner, method and time of such extinguishment raise political, not justiciable, issues ».

<sup>84</sup> *Shoshone Indians v. U.S.*, (1945) 324 U.S. 335, à la p. 339. *Hynes v. Grimes Packing Co.*, (1948) 337 U.S. 86, aux pp. 91, 106 (note 28) et 107.

<sup>85</sup> *Tee-Hit-Ton Indians v. U.S.*, (1954) 324 L.S. 272, à la p. 270 : « After conquest they were permitted to occupy portions of territory over which they had previously exercised "sovereignty", as we use that term. This is not a property right but amounts to a right of occupancy which the sovereign grants and protects against intrusion by third parties but which right of occupancy may be terminated and such land fully disposed of by the sovereign itself without any legally enforceable obligation to compensate the Indians ».

### **Le droit canadien**

La jurisprudence canadienne, pour sa part, intervenant plus tardivement, ne s'est pas tellement interrogée sur cet aspect des droits territoriaux des Indiens. Elle a pris pour acquis, en s'y référant, le droit affirmé par la Cour suprême des États-Unis dans *Johnson v. McIntosh*<sup>86</sup>. Par ailleurs, le droit interne canadien, jurisprudentiel<sup>87</sup> comme doctrinal<sup>88</sup>, abordant la question sous un angle différent, a souvent affirmé que l'Indien était sujet britannique ou citoyen canadien.

### **Conclusion**

Il ne semble pas, en définitive, qu'il soit aujourd'hui possible de soutenir qu'une souveraineté indienne ou qu'un domaine indien indépendant de l'État québécois puisse exister sur la plus petite partie du territoire actuel du Québec. L'existence d'un véritable droit aboriginal, d'un droit indien pur, reposant sur les critères d'un ordre juridique étranger au Québec, est une réalité, sinon un concept, d'un autre âge.

Cette constatation, cependant, ne vide pas le problème de l'existence possible de droits indiens sur l'ensemble ou sur une partie importante du territoire actuel du Québec. Sous l'autorité de l'état québécois ou de ses prédécesseurs, un *droit de type aboriginal* peut avoir été reconnu ou créé.

II

## **EXISTENCE ET SURVIE D'UN DROIT DE TYPE ABORIGINAL**

Le droit international public aurait pu prévoir que l'acquisition de territoire, par quelque moyen qu'elle se serait effectuée, aurait laissé subsister, en faveur des premiers occupants, un titre sur l'ensemble ou sur

<sup>86</sup> *St. Catherine's Milling v. Ontario*, (1887) 13 R.C.S. 577, aux pp. 643 et 639 : « After the conquest of this country, all wild land, including those held by nomadic tribes of Indians, were the property of the crown and were transferred to those who applied for them only by the crown ». *Warman v. Francis*, (1960) 20 D.L.R. (2<sup>d</sup>) 627, à la p. 631. *R. v. White and Bob*, (1965) 50 D.L.R. (2<sup>d</sup>) 613, à la p. 633.

<sup>87</sup> *Province of Ontario v. Dominion of Canada*, (1895) 25 R.C.S. 434, à la p. 535. *Prince v. Tracey*, (1913) 13 D.L.R. 818, à la p. 822 : « I would only say that [...] the Indian are British subjects [...] ».

<sup>88</sup> W. H. P. CLEMENT, *Canadian Constitution*, 3<sup>e</sup> éd., Toronto, 1916, p. 679. N. A. M. MCKENZIE, « Indians and treaties in law », (1929) 7 *R. du B. Can.* 561, p. 568. D. HELSON, *The Indians and the Law*, étude inédite, University of Western Ontario, p. 5. H. STAATS, « Some Aspects of the Legal Status of Indians », (1964) 3 *Osgood Hall Law Journal* 36, pp. 37, 38.



une fraction de ce territoire, titre de nature privée, bien que collectif, valable par l'autorité du droit interne de l'acquéreur. De la même façon en somme qu'il stipulait, au XVIII<sup>e</sup> siècle, que la conquête laissait intacte la propriété privée des vaincus<sup>89</sup>.

Il faut se rendre compte, toutefois, qu'un tel droit n'aurait fait que régler l'effet automatique de l'acquisition de territoire. Puisqu'il se serait agi, dans l'hypothèse, d'un droit privé, l'acquéreur aurait nécessairement conservé la faculté d'y mettre ensuite un terme, de façon explicite. Le droit de conquête, au XVIII<sup>e</sup> siècle, était d'ailleurs aménagé de cette façon : le vainqueur, après coup, et en termes explicites, pouvait parfaitement attenter à la propriété privée des vaincus ; il pouvait même changer entièrement tout le corps de droit privé applicable sur le territoire conquis<sup>90</sup>.

Par conséquent, la recherche d'une telle règle de droit international risquerait fort d'être d'une utilité limitée dans le temps. Elle ne pourrait intervenir, en supposant son existence, que dans l'hypothèse d'un silence constant du droit interne. Car une fois acquise l'inexistence d'une souveraineté indienne, c'est dans ce droit interne qu'il faut avant tout rechercher les fondements d'un droit de type aborigène sur le territoire. La référence à une pratique indigène antérieure ne pourrait servir qu'à éclairer la nature véritable d'un droit, dont il faut d'abord chercher les coordonnés dans le droit positif canadien et ses interprétations.

Ce titre indien, pour autant qu'on l'admette, a parfois été considéré comme quelque chose de mystérieux, échappant plus ou moins à nos notions juridiques. Alors qu'il s'agit pourtant, une fois qu'il a été négativement répondu à la question d'une souveraineté indienne, d'une pure manifestation de droit interne. Le droit américain, il est vrai, a admis qu'un tel titre indien pouvait se justifier coutumièrement<sup>91</sup>. *A posteriori*

<sup>89</sup> BONENFANT, BRUN et VACHON, *Histoire du droit privé canadien*, faculté de Droit, université Laval, vol. II, p. 38 : « [...] la conquête n'a plus signifié d'autre droit que celui de réglementer le gouvernement politique et civil du pays conquis en abandonnant aux habitants la jouissance de leurs propriétés [...] ».

<sup>90</sup> *Ibidem*, vol. II, p. 38 : « [...] un peuple conquis conserve ses anciennes coutumes jusqu'à ce que le conquérant introduise de nouvelles lois ». E. de VATTEL, *op. cit. supra*, note 14, vol. III, p. 81.

<sup>91</sup> 42 C.J.S. 688 : « [...] a right which exists apart from any treaty statute, or other government action [...] ». *U.S. v. Santa Fe*, (1941) 314 U.S. 339. *U.S. v. Tillamooks*, (1946) 329 U.S. 40. COHEN, ICKES and MARGOLD, *op. cit. supra*, note 80, p. 291. Il semble toutefois qu'une jurisprudence récente se montre plus restrictive à cet égard : *Hynes v. Grimes Packing Co.*, (1948) 337 U.S. 86, aux pp. 106, note 28, et 107. *Tee-Hit-Ton Indians v. U.S.*, (1954) 348 U.S. 272, aux pp. 285 et 288.

il en a fixé les conditions par voie jurisprudentielle<sup>92</sup>. Mais n'ayant souvent pas de textes sur lesquels s'appuyer, cette jurisprudence a nécessairement dû puiser à des sources éparses, assez éloignées parfois du strict droit positif. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle elle a dû, beaucoup plus souvent et beaucoup plus clairement que le droit canadien, préciser qu'il s'agissait bien d'un droit de nature privée et non d'une souveraineté ou d'un domaine public indien. Le droit canadien, nous le verrons, jouit à l'inverse de la présence de textes établissant d'une façon générale l'existence d'un titre indien sur le territoire. Le droit positif interne, au Canada, a posé en termes explicites et généraux l'existence d'un titre territorial indien. Pour en connaître la signification, c'est donc à lui qu'il faut se référer ; aux textes d'abord, puis à l'interprétation qui en a été donnée. Il n'est point sûr qu'une définition précise en découle, mais il sera peut-être possible d'en décrire les frontières.

Après avoir dégagé les sources du titre indien lui-même, il faudra voir quelles sont les conditions de sa survie jusqu'à aujourd'hui.

### 1. L'existence d'un droit de type aboriginal

Puisqu'il s'agit de droits sur le territoire actuel du Québec, dont les origines peuvent remonter loin dans le temps, il convient de distinguer entre les deux grandes composantes historiques de ce territoire, c'est-à-dire entre la partie de ce territoire qui a formé le Québec au XVIII<sup>e</sup> siècle (1763 et 1774) et la partie qui s'y est ajoutée au XX<sup>e</sup> siècle (1898 et 1912).

En 1763, la Proclamation royale, par laquelle le gouvernement impérial entendait aménager l'administration de ses conquêtes de 1760, créait une mini-province de Québec<sup>93</sup>. L'Acte de Québec, en 1774, en créait une maxi, s'étendant à l'ouest et au sud-ouest bien au-delà des frontières actuelles du Québec, mais s'arrêtant au nord et nord-ouest à la limite des terres déjà concédées à la Compagnie de la Baie d'Hudson<sup>94</sup>. La situation de cette dernière limite n'était pas davantage précisée dans l'Acte de Québec et les termes de la charte de la Compagnie de la Baie d'Hudson étaient à cet égard très imprécis.

<sup>92</sup> 42 C.J.S. 689. COHEN, ICKES and MARGOLD, *op. cit. supra*, note 80, pp. 293-294.

<sup>93</sup> BONENFANT, BRUN et VACHON, *op. cit. supra*, note 34, p. 50.

<sup>94</sup> *Ibidem*, p. 59.

En 1898<sup>95</sup> et en 1912<sup>96</sup>, le Québec reçut sa part du territoire dont la Compagnie de la Baie d'Hudson s'était désistée quelques années plus tôt<sup>97</sup>, c'est-à-dire à peu près le nouveau Québec et un certain pourtour des baies d'Hudson et James.

## A. Le territoire du XVIII<sup>e</sup> siècle

### *Le droit français de la Capitulation de Montréal*

Le titre que peuvent avoir les Indiens sur cette partie du territoire québécois pourrait tirer ses origines légales du régime français. Il suffirait pour cela que la France ait reconnu aux Indiens certains droits généraux sur le territoire de la Nouvelle-France, et que tels droits aient survécu à la conquête, faute d'avoir été expressément abrogés. Il semble toutefois que tel ne fut pas le cas. Aucun texte ne permet de croire que le colonisateur français ait admis en faveur des Indiens de la Nouvelle-France quelque titre général que ce soit sur le territoire. En tout cas, il n'en est pas fait allusion dans les concessions faites sous le régime français<sup>98</sup>. Il semble au contraire, bien que les indications à cet égard soient plutôt événementielles que formelles et juridiques, que les Français avaient l'habitude de réserver en faveur des Indiens des territoires délimités assez précisément<sup>99</sup>. Ceci, du moins, en ce qui regarde la partie peuplée de la colonie. Quelque temps après la conquête, les généraux anglais auxquels ont été confié le gouvernement militaire du Canada, font rapport à Londres de l'état du territoire placé sous leur juridiction. Murray, gouverneur militaire de Québec, dans une sixième partie de son rapport, consacrée aux « tribus sauvages résidant dans les limites de son gouvernement »<sup>100</sup>, fait mention des Montagnais, peu nombreux et qui habitent une vaste contrée au nord-est. Il parle aussi des Hurons, groupés et établis à Lorette, à proximité de Québec. Burton, qui commande à Trois-Rivières, fait état de trois bandes d'Indiens regroupés sur le territoire de son gouverne-

<sup>95</sup> S.Q., 1897-1898, ch. 6. 61 Vict., ch. 3 (Canada).

<sup>96</sup> S.Q., 1912 sess. 1, ch. 7. 2 Geo. V, ch. 45 (Canada).

<sup>97</sup> 1868, 31-32 Vict., ch. 105 (Angl.).

<sup>98</sup> *St. Catherine's Milling v. Ontario*, (1887) 13 R.C.S. 577, à la p. 644.

<sup>99</sup> *Rapport sur les affaires des sauvages en Canada*, section 1, « Histoire des relations entre le gouvernement et les sauvages » : « Dans le Bas-Canada, les tribus furent de bonne heure converties et réunies dans des bourgades par les Jésuites, qui obtinrent à cette fin de grandes concessions de terres de la Couronne de France ». *Édits et ordonnances*, vol. III, pp. 142-148.

<sup>100</sup> *Documents constitutionnels*, op. cit. supra, note 54, vol. 1, p. 29 : « Rapport du général Murray concernant le gouvernement de Québec au Canada », à la page 56.

ment : deux d'Abénakis, à Bécancour et à Saint-François, une d'Algonquins à Pointe-du-Lac <sup>101</sup>.

Or lorsque la Capitulation de Montréal, en 1760, vient établir (art. 40) que les Indiens « seront maintenus dans les terres qu'ils habitent » <sup>102</sup>, il semble bien, à notre point de vue, qu'elle a précisément pour objet ces terrains précis qu'occupent effectivement les Indiens dans la partie habitée de la colonie. Les mots utilisés sont en eux-mêmes évocateurs. De plus, il faut bien voir qu'il s'agissait là d'une des conditions posées par les Français pour mettre un terme aux hostilités. On peut croire, par conséquent, que ceux-ci cherchaient à assurer le respect des droits consentis en faveur des Indiens et non pas à faire naître des droits nouveaux, d'une nature qu'ils n'avaient jamais imaginée. Il semble bien que cet article de la Capitulation de Montréal puisse être interprété comme étant le pendant du respect des propriétés acquises réclamé par ailleurs en faveur des Français. Enfin cette Capitulation, même si en plus de constater la défaite militaire elle s'intéressait à divers aspects du droit public, ne créait en fait que des précédents à cet égard. Ses effets étaient essentiellement provisoires et l'état définitif du droit public devait découler du traité de paix et des actes subséquents.

Le droit du régime français, pour autant qu'il soit connu sur cette question, ne paraît pas fonder un titre indien qui, en tant que droit privé, aurait pu survivre à la conquête anglaise. Les droits qu'il peut avoir fait naître sur des parcelles restreintes et délimitées du territoire actuel du Québec n'entrent pas dans le cadre de nos préoccupations.

### ***Le droit anglais et la Proclamation royale***

Le traité de paix consécutif à la conquête militaire consommée en 1760, fut signé entre la France et l'Angleterre en 1763 <sup>103</sup>. Par cet acte, la France cédait son immense empire d'Amérique ; en retour, l'Angleterre prenait certains engagements. Aucune allusion n'était cependant faite aux droits des Indiens.

Quelques mois plus tard le gouvernement impérial entreprenait d'aménager l'administration des territoires conquis. La Proclamation

<sup>101</sup> *Ibidem*, vol. 1, p. 67, à la p. 75.

<sup>102</sup> *Ibidem*, vol. 1, p. 18 : « Les Sauvages ou Indiens Alliés de Sa Majesté très Chrétienne seront maintenus dans les terres qu'ils habitent, s'ils veulent y rester ; ils ne pourront être inquiétés sous quelque prétexte que ce puisse être, pour avoir pris les armes et servi Sa Majesté très Chrétienne ».

<sup>103</sup> BONENFANT, BRUN et VACHON, *op. cit. supra*, note 34, p. 44 : le Traité de Paris du 10 février 1763.

royale <sup>104</sup>, qui devait y pourvoir, créait en même temps en faveur des Indiens un titre sur une partie importante du territoire. La question de la constitutionnalité de la Proclamation elle-même s'est souvent posée par la suite. L'on se demandait si le gouvernement anglais, par opposition au parlement qui réunissait les organes législatifs de l'état, avait le pouvoir de poser un geste d'une telle importance. La réponse, aujourd'hui, à la suite de décisions claires du Conseil privé, ne semble plus faire de doute : le roi (en conseil) avait droit de légiférer à l'endroit d'un territoire cédé ou conquis <sup>105</sup>.

En se prononçant d'une façon générale sur le droit territorial des Indiens, le gouvernement impérial, en 1763, créait-il un titre nouveau ou confirmait-il un titre préexistant ? Sur ce point les opinions sont partagées. Il en est qui prétendent qu'il s'agissait de la pure confirmation d'un droit ancestral, basé sur une possession immémoriale <sup>106</sup>. Avant la conquête, nous l'avons vu, le droit français n'avait nullement fait état de l'existence d'un titre indien. Par contre, il n'en avait pas non plus précisé l'inexistence. De sorte qu'un tel droit ancestral, à la condition qu'il ait tacitement survécu à l'acquisition du territoire par la France au XVI<sup>e</sup> siècle <sup>107</sup>, aurait pu survivre aussi à la conquête du même territoire par l'Angleterre en 1760, selon les principes du droit international <sup>108</sup>. A la condition, bien sûr, que l'autorité interne compétente ne soit pas venue après coup l'abolir ou en préciser les frontières. Le droit international ne pouvait en la matière prétendre réglementer que l'effet automatique de la conquête <sup>109</sup>. Et sur ce point le droit impérial britannique est parfaitement conforme au droit international :

« After a sovereign State has acquired territory, either by consent, or by cession, under treaty, or by the occupation of territory therefore unoccupied by a recognized ruler, or otherwise, an inhabitant of the territory can enforce [...] only such proprietary rights as the sovereign has conferred or recognized. Even if treaty of cession stipulates that certain inhabitants shall enjoy certain rights, that gives them no right which they can so enforce. The meaning of a general statement in a proclamation that existing right will be

<sup>104</sup> *Documents constitutionnels*, op. cit. supra, note 54, vol. 1, p. 136.

<sup>105</sup> *Campbell v. Hall*, (1774) 1 Cowp. 210 ; 16 E.R. 1048. *Re : Bishop of Natal*, (1864) 3 Moo. P.C. (N.S.) 116 ; 98 E.R. 43.

<sup>106</sup> *R. v. Wesley*, (1932) 4 D.L.R. 774. *Prince and Myron v. The Queen*, [1964] R.C.S. 81. *R. v. White and Bob*, (1965) 50 D.L.R. (2<sup>d</sup>) 613, à la p. 630 : « The Proclamation of 1763 was declaratory and confirmatory of such aboriginal rights [...] ».

<sup>107</sup> Le droit international est généralement silencieux sur le sujet. L'interprétation qu'en donne le Conseil privé est négative. Voir *Secretary of State for India v. Dadar Rustam Khan*, [1941] A.C. 356.

<sup>108</sup> BONENFANT, BRUN et VACHON, op. cit. supra, note 89, vol. II, p. 38. E. de VATTEL, op. cit. supra, note 14, vol. III, p. 81.

<sup>109</sup> *Ibidem*.

recognized is that if find existed. The Government does not thereby renounce its right to recognize only such titles as it considers should be recognized [...] »<sup>110</sup>.

En d'autres termes, le gouvernement impérial, en légiférant en 1763 sur le droit territorial des Indiens, abrogeait tacitement le droit antérieur à la conquête. Le droit interne britannique créait un droit nouveau, même si celui-ci se trouvait à coïncider en tout ou en partie avec un droit ancestral. A moins, évidemment, que la Proclamation royale ne se soit contentée d'une référence globale à un droit antérieur. Or elle ignore au contraire tout droit antérieur et s'emploie plutôt à indiquer les frontières du droit qu'elle fait naître. C'est à elle et rien d'antérieur, ainsi qu'aux interprétations qui en ont été données, qu'il faut se référer pour connaître la signification et l'étendue du droit des Indiens sur le territoire actuel du Québec.

L'importance que revêt la Proclamation royale de 1763, relativement à l'existence d'un titre indien sur le territoire actuel du Québec, oblige à en citer d'un trait le passage pertinent :

« Attendu qu'il est juste, raisonnable et essentiel pour Notre intérêt et la sécurité de Nos colonies de prendre des mesures pour assurer aux nations ou tribus sauvages qui sont en relations avec Nous et qui vivent sous Notre protection, la possession entière et paisible des parties de Nos possessions et territoires qui ont été ni concédées ni achetées et ont été réservées pour ces tribus ou quelques-unes d'entre elles comme territoires de chasses, Nous déclarons par conséquent de l'avis de Notre Conseil privé, que c'est Notre Volonté et Notre plaisir et Nous enjoignons à tout gouverneur et à tout commandant en chef de Nos colonies de Québec, de la Floride Orientale et de la Floride Occidentale, de n'accorder sous aucun prétexte des permis d'arpentage ni aucun titre de propriété sur les terres situées au-delà des limites de leur gouvernement respectif, conformément à la délimitation contenue dans leur commission. Nous enjoignons pour la même raison à tout gouverneur et à tout commandant en chef de toutes Nos autres colonies ou de Nos autres plantations en Amérique, de n'accorder présentement et jusqu'à ce que Nous ayons fait connaître Nos intentions futures, aucun permis d'arpentage ni aucun titre de propriété sur les terres situées au-delà de la tête ou source de toutes les rivières qui vont de l'ouest et du nord-ouest se jeter dans l'océan Atlantique ni sur celles qui ont été ni cédées ni achetées par Nous, tel que susmentionné, et ont été réservées pour les tribus sauvages susdites ou quelques-unes d'entre elles.

Nous déclarons de plus que c'est Notre plaisir royal ainsi que Notre volonté de réserver pour le présent, sous Notre souveraineté, Notre protection et Notre autorité, pour l'usage desdits sauvages, toutes les terres et tous les territoires non compris dans les limites de Nos trois gouvernements ni dans les limites du territoire concédé à la Compagnie de la Baie d'Hudson, ainsi que toutes les terres et tous les territoires situés à l'ouest des sources des rivières qui de l'ouest et du nord-ouest vont se jeter dans la mer.

Nous défendons aussi strictement par la présente à tous Nos sujets, sous peine de s'attirer Notre déplaisir, d'acheter ou posséder aucune

<sup>110</sup> 8 *English and Empire Digest* 768. *Secretary of State for India v. Sadar Rustam Khan*, (1941) A.C. 356.

terre ci-dessus réservée, ou d'y former aucun établissement, sans avoir au préalable obtenu Notre permission spéciale et une licence à ce sujet.

Et Nous enjoignons et ordonnons strictement à tous ceux qui en connaissance de cause ou par inadvertance, se sont établis sur des terres situées dans les limites des contrées décrites au-dessus ou sur toute autre terre qui n'ayant pas été cédée ou achetée par Nous se trouve également réservée par lesdits sauvages, de quitter immédiatement leurs établissements.

Attendu qu'il s'est commis des fraudes et des abus dans les achats de terres des sauvages au préjudice de Nos intérêts et au grand mécontentement de ces derniers, et afin d'empêcher qu'il ne se commette de telles irrégularités à l'avenir et de convaincre les sauvages de Notre esprit de justice et de Notre résolution bien arrêtée de faire disparaître tout sujet de mécontentement, Nous déclarons de l'avis de Notre Conseil privé, qu'il est strictement défendu à qui que ce soit d'acheter des sauvages, des terres qui leur sont réservées dans les parties de Nos colonies, où Nous avons cru à propos de permettre des établissements ; cependant si quelques-uns des sauvages, un jour ou l'autre, devenaient enclins à se départir desdites terres, elles ne pourront être achetées que par Nous, en Notre nom, à une réunion publique ou à une assemblée des sauvages qui devra être convoquée à cette fin par le gouverneur ou le commandant en chef de la colonie, dans laquelle elles se trouvent situées ; en outre, si ces terres sont situées dans les limites de territoires administrés par leurs propriétaires, elles ne seront alors achetées que pour l'usage et au nom des propriétaires, conformément aux directions et aux instructions que Nous croirons ou qu'ils croiront à propos de donner à ce sujet ; de plus Nous déclarons et signifions de l'avis de Notre Conseil privé que Nous accordons à tous Nos sujets le privilège de commerce ouvert et libre, à condition que tous ceux qui auront l'intention de commercer avec lesdits sauvages se munissent de licence à cette fin, du gouverneur ou du commandant en chef de celle de Nos colonies dans laquelle ils résident, et qu'ils fournissent des garanties d'observer les règlements que Nous croirons en tout temps, à propos d'imposer Nous-mêmes ou par l'intermédiaire de Nos commissaires nommés à cette fin, en vue d'assurer le progrès dudit commerce »<sup>111</sup>.

Sur le chapitre des droits territoriaux des Indiens, la Proclamation royale, il faut l'admettre, est étrangement articulée. Elle crée, par son deuxième paragraphe, ce qu'il est convenu d'appeler le « territoire indien ». Un premier paragraphe, par contre, apporte des précisions sur les *limites territoriales*, les *bénéficiaires* et la *nature* du titre indien ainsi créé. Il édicte aussi quelques règles dans le but de protéger l'intégrité de ce « territoire indien », règles qui sont complétées aux paragraphes troisième, quatrième et cinquième. La jurisprudence, d'une façon générale, a procédé ainsi dans son interprétation de ce texte ; c'est le cas, tout spécialement, du jugement qui a le plus contribué à l'explicitier, celui rendu par lord Watson dans l'affaire *St. Catherine's Milling v. Ontario*<sup>112</sup>.

<sup>111</sup> *Documents constitutionnels, op. cit. supra*, note 54, vol. 1, pp. 139 sq.

<sup>112</sup> (1888) 14 App. Cas. 46, aux pp. 54-55.

a) **Les limites territoriales du titre indien.**

La Proclamation royale créait trois « gouvernements » pour l'Amérique du nord continentale. Ceux-ci ne recouvraient en fait qu'une infime portion des territoires récemment acquis par l'Angleterre. Quant à « tous les territoires non compris dans les limites des trois gouvernements », le gouvernement impérial les affectait à l'usage des Indiens, sous l'administration distincte de deux surintendants <sup>113</sup>.

Au nord des anciennes provinces anglaises, fut ainsi créé, sur le Saint-Laurent, le « gouvernement de Québec ». Ses frontières nord étaient fixées comme suit :

« Le gouvernement de Québec sera borné sur la côte du Labrador par la rivière Saint-Jean et de là par une ligne s'étendant de la source de cette rivière à travers le lac Saint-Jean jusqu'à l'extrémité sud du lac Nipissin [...] » <sup>114</sup>.

C'est dire qu'en ce qui regarde le territoire actuel du Québec, la Proclamation royale, dans la mesure où elle faisait naître des droits territoriaux en faveur des Indiens, limitait ceux-ci, au sud, à la frontière dont nous venons de citer la description.

Il est vrai que le paragraphe premier soulignait que le droit indien devait porter sur les terres qui n'avaient pas encore été concédées ni achetées. Mais il semble bien que cette précision ne pouvait être que restrictive à l'endroit des Indiens. Un droit indien pouvait exister sur le territoire s'étendant à partir de la frontière nord du « gouvernement de Québec », à l'exclusion toutefois des portions de ce territoire ayant déjà été auparavant concédées. La Proclamation ajoutait d'ailleurs que s'il devait s'agir de terres n'ayant pas été concédées ni achetées, il devait en même temps s'agir de terres ayant été réservées à l'usage des Indiens. Ce qui, dans le contexte, semblait être une référence, entre autre, à la « réserve » créé par le second paragraphe.

Suivant cette logique, le juge Taschereau, de la cour suprême, a prétendu que la Proclamation royale ne s'appliquait pas au Québec, puisqu'avant 1763 tout le territoire actuel du Québec avait déjà été concédé <sup>115</sup>. Si nous sommes d'accord avec le raisonnement, nous pensons

<sup>113</sup> *Report on the boundaries of the province of Ontario, op. cit. supra*, note 45, p. 60.

<sup>114</sup> *Documents constitutionnels, op. cit. supra*, note 54, vol. 1, p. 137.

<sup>115</sup> *St. Catherine's Milling v. Ontario*, (1887) 13 R.C.S. 577, à la p. 652.



que l'appréciation des faits est erronée. Il est prouvé, — les cartes en font foi, — que les terres concédées au moment de la conquête étaient loin d'atteindre les frontières nord du « gouvernement de Québec » créé en 1763 <sup>116</sup>.

D'autre part, il faut se méfier sur ce point de la jurisprudence des provinces de l'ouest, laquelle affirme, — avec raison en ce qui regarde cette partie du Canada, — que la Proclamation royale créait un droit indien sur tout le territoire non concédé. Il semble clair, en ce qui regarde le Québec, qu'un « territoire indien » devait avoir comme limites sud, les frontières nord du « gouvernement de Québec », telles qu'elles étaient décrites dans la Proclamation.

Quant aux limites nord d'un tel « territoire indien », la Proclamation royale se contentait d'indiquer qu'en était exclu le territoire confié à l'administration de la Compagnie de la Baie d'Hudson. Or ce dernier territoire, qui partait des côtes du détroit d'Hudson et des rivages des baies d'Hudson et James <sup>117</sup>, n'avait pas de frontières précises au sud <sup>118</sup>. Mais comme les prétentions maximales de la Compagnie de la Baie d'Hudson elle-même n'allaient pas au-delà de la ligne de partage des eaux <sup>119</sup>, un large territoire intermédiaire se trouvait forcément, par déduction, affecté à l'usage des Indiens <sup>120</sup>.

En ce qui regarde le Québec actuel, le titre indien créé en 1763 devait donc avoir pour objet un territoire clairement délimité au sud, mais aux frontières nord douteuses. Nous verrons dans la section suivante (B.) du présent chapitre (1.) que cette imprécision ne devait vraisemblablement pas avoir de conséquences à long terme. Quant aux frontières est et ouest d'un tel « territoire indien », elles seraient celles du Québec actuel, abstraction faite des problèmes que pose la situation exacte de ces frontières.

<sup>116</sup> M. TRUDEL, *Collection de cartes anciennes et modernes pour servir à l'étude de l'Amérique et du Canada*, université Laval, Institut d'histoire et de géographie, 1948, p. 75. D. G. KERR, *A Historical Atlas of Canada*, Toronto, Thomas Nelson and Sons, 1961, p. 24.

<sup>117</sup> M. MILLS, *op. cit. supra*, note 46, p. 155, appen A : pour le texte de la charte de la Compagnie de la Baie d'Hudson.

<sup>118</sup> J. CAUCHON, *Memorandum of the Commissioner of Crown Lands of Canada on the North-West Territories of Canada, Hudson Bay, the Indian Territories* [...], in : D. MILLS, *op. cit. supra*, note 46, p. 386, appen. S.

<sup>119</sup> *Ibidem*.

<sup>120</sup> *St. Catherine's Milling v. Ontario*, (1887) 13 R.C.S. 577, à la p. 628. A. S. MORTON, *A History of the Canadian West to 1870-1871, being a history of Rupert's land (the Hudson's Bay Company's territory) and the North-west territory*, Londres, Nelson, 1939, p. 258.

b) **Les bénéficiaires du titre indien.**

Le titre indien que créait la Proclamation royale sur une partie du territoire actuel du Québec devait profiter à quels Indiens ?

La Proclamation, pour sa part, parlait des « nations ou tribus sauvages qui sont en relations avec Nous et qui vivent sous Notre protection ». L'expression utilisée était donc fort générale et semblait englober tous les Indiens vivants alors en Amérique du nord britannique. Les différentes bandes auraient ainsi obtenu un droit quelconque sur le territoire qu'elles occupaient (au sens le plus large du terme). Or le Conseil privé, en 1927, a interprété la Proclamation royale de façon très différente, pour ne pas dire contraire :

« It does not appear to their Lordship to be made out that the declaration in question referred to the lands occupied by these two tribes. The reservation is confined to lands occupied by "the said Indians", that is to say, those who are referred to in the next preceding paragraph of the Proclamation as nations or tribes of Indians with whom The King was connected and who lived under his protection ; and it appears from the report of the Lords of Trade, dated June 8, 1763, on which the Proclamation was based, that the Indians so described consisted of those tribes of the Six Nations who were settle round the great lakes or beyond the sources of the rivers which fell into the River St. Lawrence from the north. This description would not include Indians residing beyond the sources of the rivers which flow into the Gulf of St. Lawrence of into the Atlantic »<sup>121</sup>.

Cette interprétation, si éloignée du texte qu'elle paraisse, colle toutefois singulièrement bien au contexte historique de l'époque de la Proclamation royale. L'adhésion des Iroquois à la cause anglaise, durant la guerre de conquête, avait été à certains moments un facteur déterminant<sup>122</sup>. Pour cette raison, des promesses avaient d'ailleurs été faites aux Iroquois avant 1763, relativement à la conservation de l'intégrité de leurs territoires<sup>123</sup>. Tellement qu'on est porté à se demander, comme le suggère le Conseil privé, ce que viendrait faire un titre indien énoncé en faveur des ennemis d'hier de l'Angleterre<sup>124</sup>. Si le conquérant avait des dettes à honorer en 1763, ce n'était certes pas à l'endroit des Indiens qui vivaient alors au nord du « gouvernement de Québec ». A la vérité, l'on peut douter que l'Angleterre ait déjà eu l'intention de créer le terri-

<sup>121</sup> *Re : Labrador boundary*, (1927) 2 D.L.R. 401, à la p. 421.

<sup>122</sup> A. S. MORTON, *op. cit. supra*, note 120, p. 258. *Report on ... , op. cit. supra*, note 45, pp. 31 sq.

<sup>123</sup> A. S. MORTON, *op. cit. supra*, note 120, p. 258. *Report on ... , op. cit. supra*, note 45, pp. 61-62.

<sup>124</sup> La Cour suprême des États-Unis a pour sa part considéré que le titre indien était l'apanage des « friendly Indians ». *Michel v. U.S.*, (1835) 9 Peter's Rep. 711, à la p. 712. *Official opinions of the Attorneys General of the U.S.*, Washington, annuel, vol. VIII, p. 264.

toire indien dont l'existence est généralement déduite des termes de la Proclamation royale.

Quoiqu'il en soit au juste de cet aspect événementiel du problème, il faut bien admettre que cette interprétation de 1927, malgré toute son autorité, n'est qu'une opinion, émise avec un peu plus de réserves qu'à l'ordinaire, et en contradiction assez flagrante avec les règles d'interprétation britanniques reconnues. Elle étonne d'autant plus que le même Conseil privé, quelques années auparavant, avait clairement indiqué que les prescriptions de la Proclamation royale avaient été faites «in favour of all Indian tribes then living under the sovereignty and protection of the British Crown»<sup>125</sup>. C'est d'ailleurs à cette interprétation plus littérale qu'adhère la jurisprudence contemporaine. Plus ou moins explicitement, elle reconnaît en effet que le titre indien de la Proclamation royale avait été conçu dans les termes les plus généreux aux bénéficiaires<sup>126</sup>.

### c) La nature du titre indien.

La Proclamation royale de 1763 fournit elle-même quelques indications quant à la nature véritable du droit qu'elle reconnaissait aux Indiens sur une partie du territoire actuel du Québec. Deux d'entre elles sont générales et abstraites ; une troisième est descriptive et concrète.

Dans un premier paragraphe, la Proclamation exprime l'intention du gouvernement impérial d'assurer aux Indiens une « possession entière et paisible ». Dans un deuxième paragraphe, elle dit réserver des terres « pour l'usage » des Indiens. Et enfin, dans le premier paragraphe, elle précise cette affectation en parlant de terres réservées « comme territoire de chasse ».

Première constatation : le titre indien, aux termes de la Proclamation royale, n'est pas un plein droit de propriété. Il s'agit d'un démembrement, le domaine supérieur appartenant à la couronne<sup>127</sup>. Jurisprudence et doctrine sont unanimes sur ce point.

Deuxièmement, il s'agit d'un droit *sui generis*. La jurisprudence

<sup>125</sup> *St. Catherine's Milling v. Ontario*, (1888) 14 App. Cas. 46, à la p. 54.

<sup>126</sup> *Re : Eskimos*, [1939] R.C.S. 104. *Warman v. Francis*, (1960) 20 D.L.R. (2<sup>d</sup>) 627, à la p. 639 : on considère que la Proclamation s'applique aux Indiens du Nouveau-Brunswick. *R. v. White and Bob*, (1965) 50 D.L.R. (2<sup>d</sup>) 613, à la p. 630 : on considère qu'elle s'applique à l'île de Vancouver. A la page 639, d'une façon plus générale on affirme que la Proclamation royale stipulait pour les Indiens de tous les territoires sur lesquels l'Angleterre avait des prétentions, y compris les Indiens dont l'existence était encore inconnue.

<sup>127</sup> *St. Catherine's Milling v. Ontario*, (1888) 14 App. Cas. 46, à la p. 55 : « [...] there has been all along vested in the Crown a substantial and paramount estate, underlying the Indian title [...] ».

a tenté de le qualifier globalement, mais elle a aussi cherché à compléter la description concrète entreprise par la Proclamation.

La cour suprême, dans l'affaire *St. Catherine's Milling*, avait utilisé, pour définir le droit indien, les expressions « right of occupancy »<sup>128</sup>, « dominium utile »<sup>129</sup> et, enfin, les termes mêmes de la Proclamation royale : « right to possess »<sup>130</sup>. Le Conseil privé, dans la même affaire, inventa pour sa part l'expression « personal and usufructuary right ». Elle fut régulièrement reprise par la suite<sup>131</sup>.

Ces qualificatifs abstraits, malgré ce qu'ils peuvent laisser soupçonner de la nature véritable du titre indien, ne permettent toutefois pas d'en avoir une connaissance suffisamment précise pour déduire, par exemple, quelles sont les conditions de sa survie. À cet effet, une description concrète a plus de chance de s'avérer utile. Or toutes ces descriptions, esquissées par la jurisprudence, rejoignent celle qu'avait amorcée la Proclamation royale. À la suite de la cour suprême des États-Unis<sup>132</sup>, la cour suprême du Canada a considéré que le titre indien, stipulé par la Proclamation de 1763 sur certains territoires, était le droit d'utiliser ceux-ci comme terrains de chasse<sup>133</sup>. Et s'il n'est pas possible d'affirmer que le titre indien a été positivement interprété comme se limitant à un droit de chasser, il est possible de dire qu'en aucun cas à notre connaissance il a été concrètement décrit comme signifiant autre chose que ce droit de chasser. Ceci, tant en ce qui regarde les textes officiels que la jurisprudence et les auteurs de droit et d'histoire. Par ailleurs, la jurisprudence apporte certaines précisions quant à l'étendue de ce droit de chasser. Ainsi, emporte-t-il, tout naturellement le droit de pêcher<sup>134</sup>. Par contre il semble clairement se limiter au droit de chasser pour sa

<sup>128</sup> (1887) 13 R.C.S. 577, aux pp. 599 et 601.

<sup>129</sup> *Ibidem*, à la page 612.

<sup>130</sup> *Ibidem*, à la page 628.

<sup>131</sup> *Ontario Mining v. Seybold*, [1903] A.C. 73 ; (1901) 32 R.C.S. 1. *A. G. of Canada v. Giroux*, (1916) 53 R.C.S. 172, à la p. 196. *Warman v. Francis*, (1960) 20 D.L.R. (2<sup>d</sup>) 627, à la p. 637.

<sup>132</sup> *Mitchel v. U.S.*, (1835) 9 Peter's Rep. 711, à la page 712 : « Indian possession or occupation was considered with reference to their habits and modes of life ; their hunting-grounds were as much in their actual possession as the cleared fields of the whites ».

<sup>133</sup> *St. Catherine's Milling v. Ontario*, (1887) 13 R.C.S. 577, à la page 638 : « [...] as their hunting grounds ». *Ibidem*, aux pp. 641-642 : « The Indians had the right to use them for hunting purposes, but not as property the title of which was in them ».

<sup>134</sup> *Rex v. Wesley*, (1932) 4 D.L.R. 774, à la page 786 : « [...] the Indians are conceded to have obtained definite rights under this proclamation in the territories therein mentioned which certainly included the right to hunt and fish at will all over those lands in which they held such interest ».

subsistance (for food) et celle de sa famille <sup>135</sup>. Et encore cette idée de subsistance a-t-elle été interprétée de façon restrictive. Il s'agit de ce qui est nécessaire pour vivre et non de la chasse et de la pêche commerciales ni sportives.

Le titre indien est un droit spécifique, difficile à cataloguer, mais dont les indications descriptives fournies par les textes et la jurisprudence laissent pressentir les conditions de vie.

### **Conclusion**

En ce qui regarde le territoire québécois dont l'intégration remonte au XVIII<sup>e</sup> siècle, un titre indien a donc existé, en vertu de la Proclamation royale de 1763, sur la partie de ce territoire située au nord de la mini-province de Québec créée en 1763. Ce titre était valable pour tous les Indiens « occupant » <sup>136</sup> le territoire en question. Il signifiait pour eux, concrètement, le droit d'y chasser et pêcher pour leur subsistance.

### **B. Le territoire annexé au xx<sup>e</sup> siècle**

En 1898 <sup>137</sup> et en 1912 <sup>138</sup>, le Québec reçoit sa part des territoires rétrocédés par la Compagnie de la Baie d'Hudson à la couronne britannique en 1868 <sup>139</sup>. Ceci complétait l'intégralité du territoire actuel du Québec. Faut-il croire qu'un titre indien a aussi existé sur cette partie du territoire ?

Avant ces dates, ce territoire avait connu une destinée qui n'a rien de commun avec celle du reste du territoire québécois. L'Angleterre prétendait l'avoir acquis depuis les découvertes de Henry Hudson, en 1610, et c'est sur ce titre qu'elle fonda la concession qu'elle en fit à la

<sup>135</sup> *Ibidem*, à la page 781 : « I think the intention was that in hunting for sport or for commerce the Indian like the white man should be subject to laws which make for the preservation of game but in hunting wild animals for the food necessary to his life, the Indian should be placed in a very different position from the white man who generally speaking does not hunt for food and was by the proviso to s. 12 reassured of the continued enjoyment of a right which he has enjoyed from time immemorial ».

<sup>136</sup> Il nous semble bien qu'il faille interpréter cette « occupation » suivant le contexte général et la nature même du titre indien reconnu en 1763. Les Indiens qui chassaient et pêchaient alors dans ce territoire auraient alors obtenu un titre spécifique sur la partie de territoire qu'ils utilisaient à ces fins

<sup>137</sup> S.Q., 1897-1898, ch. 6.

<sup>138</sup> S.Q., 1912 Sess. 1, ch. 7 et 2 Geo. V, ch. 45 (Canada).

<sup>139</sup> (1868) 31-32 Vict., ch. 105 (Angl.).

Compagnie de la Baie d'Hudson en 1670. La France, qui prétendait à un droit illimité à l'intérieur des côtes de l'Atlantique et du Saint-Laurent, contestait la prétention anglaise. Ce n'est qu'en 1713, par le traité d'Utrecht, que les deux parties manifestèrent officiellement leur accord sur l'appartenance anglaise de ce territoire.

En 1763, la Proclamation royale précisa que les territoires de la Compagnie de la Baie d'Hudson ne faisaient pas partie du « territoire indien » qu'elle créait<sup>140</sup>. Le droit territorial indien qu'elle faisait naître ne devait pas s'appliquer, par l'effet de cette intervention autoritaire en tout cas, au domaine confié à la compagnie. La constitution de 1774, pour sa part, indiquait que les frontières nord de la nouvelle province de Québec s'arrêtaient, au nord, « aux bornes méridionales du pays concédé au marchand d'Angleterre qui font la traite à la Baie d'Hudson »<sup>141</sup>.

Il serait intéressant de savoir quelle fut la politique de la Compagnie de la Baie d'Hudson à l'endroit des Indiens habitant ses territoires. Le droit territorial qu'elle aurait pu reconnaître aux Indiens (mais dont nous n'avons pas retrouvé trace) aurait dû normalement survivre à la rétrocession de 1868, et à l'intégration au territoire québécois. Quoiqu'il en soit, les termes suivant lesquels cette rétrocession et cette intégration ont été faites, ainsi que l'interprétation qui en a été donnée, sont suffisamment clairs pour répondre à la question que nous avons posée.

La loi de 1868, qui autorisait le gouvernement anglais à accepter la rétrocession des territoires de la Compagnie de la Baie d'Hudson et qui permettait l'annexion de celle-ci au Canada<sup>142</sup>, ne confirmait ni ne créait elle-même de droit territorial en faveur des Indiens. Toutefois, l'article deux déclarait que la rétrocession devait se faire aux conditions fixées par la compagnie et le gouvernement anglais, approuvées par le parlement canadien. Or si nous nous référons à l'arrêté en conseil canadien du 23 juin 1870, en vertu duquel les territoires de la Compagnie de la Baie d'Hudson furent annexés au Canada, nous voyons que le Canada adhérait à la condition suivante (la quatorzième) :

« Toute indemnité à payer aux Indiens pour les terres destinées à la colonisation sera réglée par le gouvernement canadien de concert avec

<sup>140</sup> *Documents constitutionnels, op. cit. supra*, note 54, vol. 1, p. 140.

<sup>141</sup> 14 Geo. III, ch. 83.

<sup>142</sup> 31-32 Vict., ch. 105 : *Acte pour permettre à Sa Majesté d'accepter, à certaines conditions, la cession des terres, privilèges et droits du « Gouverneur et de la compagnie d'aventuriers d'Angleterre faisant la traite à la Baie d'Hudson », et pour admettre ce territoire dans le Dominion du Canada.*

le gouvernement impérial, et la compagnie sera libérée de toute responsabilité à cet égard »<sup>143</sup>.

Cette adhésion était fondée sur une adresse et une résolution conjointes des deux chambres du parlement canadien<sup>144</sup>.

Lorsqu'une première partie de ce territoire fut annexée au Québec, en 1898, les droits territoriaux des Indiens ne furent pas mentionnés dans la loi provinciale<sup>145</sup>. Mais lorsqu'une deuxième partie de ce territoire lui fut cédée, en 1912, il fut stipulé dans la loi provinciale d'annexion :

« Que la province de Québec reconnaitra les droits 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, et ladite province supportera et acquittera toutes les charges et dépenses se rattachant à ces remises ou en résultant ; »  
 « Que nulle pareille remise ne sera faite ou obtenue qu'avec l'approbation du Gouverneur en conseil ; »  
 « Que la tutelle des sauvages dans ledit territoire et l'administration de toutes terres maintenant ou ci-après réservées pour leur usage, restera à la charge du Gouvernement du Canada, subordonnement au contrôle du Parlement »<sup>146</sup>.

Il semble bien qu'il faille conclure de cet ensemble de textes que, relativement aux Indiens, la partie du territoire québécois annexé au XIX<sup>e</sup> siècle était à toute fin pratique assimilée au « territoire indien » créé par la Proclamation royale en 1763. C'est ainsi, en tout cas, que la cour suprême d'Alberta a interprété l'arrêté en conseil fédéral du 23 juin 1870 :

« Whatever the rights of the [...] Indians were under the Hudson's Bay regime, it is clear that at the time of the making of the Treaty to which I shall next allude, the Indian inhabitants of these Western plains were deemed to have or at least treated by the Crown as having rights, titles and privileges of the same kind and character as those enjoyed by those Indians whose rights were considered in the *St. Catherine's Milling* case [...] »<sup>147</sup>.

## Conclusion

Il nous semble juste de conclure qu'un titre indien a été reconnu sur toute la partie du territoire actuel du Québec s'étendant au nord des

<sup>143</sup> M. OLLIVIER, *Acte de l'Amérique du Nord Britannique et statuts connexes*, Ottawa, Imprimeur de la reine, 1962, p. 159 : Arrêté en conseil de Sa Majesté admettant la terre de Rupert et le territoire du nord-ouest.

<sup>144</sup> *Ibidem*, pp. 164-165.

<sup>145</sup> S.Q., 1897-1898, ch. 6.

<sup>146</sup> 2 Geo. V, ch. 45 et S.Q., 1912 sess. 1, ch. 7.

<sup>147</sup> *Rex v. Wesley*, (1932) 4 D.L.R. 774, à la page 787. Voir aussi *Rex v. White and Bob*, (1965) 50 D.L.R. (2<sup>e</sup>) 613, à la p. 636.

frontières de la province de Québec de 1763<sup>148</sup>. Titre pouvant être concrètement décrit comme étant le droit, pour tous les Indiens « occupant »<sup>149</sup> ce territoire, d'y chasser et d'y pêcher pour se nourrir.

Il reste à voir si ce droit de type aborigène a pu survivre jusqu'à nos jours.

## 2. La survie d'un droit de type aborigène

L'extinction du titre particulier, reconnu à certains Indiens sur une partie du territoire actuel du Québec, pourrait avoir été l'effet de la *législation impériale*, de la *législation canadienne* (fédérale ou québécoise), de l'*action des gouvernements* canadiens ou québécois ou, enfin, du *temps*. Nous verrons si l'un ou l'autre de ces moyens d'action étatique a déjà effectivement affecté le titre indien et jusqu'à quel point. Nous verrons en même temps s'ils sont susceptibles de l'affecter dans l'avenir.

### *L'effet de la législation impériale*

À partir de la Proclamation royale de 1763, parce que celle-ci promettait une assemblée législative électorale, le Québec cessait d'être juridiquement une « colonie conquise »<sup>150</sup>. Dans l'avenir, il n'était par conséquent plus possible au gouvernement impérial de « légiférer » à son endroit. Tel était l'état du droit public britannique. C'est donc dans la législation impériale, et non dans les actes du gouvernement impérial, qu'il faut rechercher une extinction ou quelque altération légale du titre concédé aux Indiens par la Proclamation royale.

L'Acte de Québec de 1774 est la seule législation impériale susceptible d'avoir abrogé le titre indien<sup>151</sup>. Il y était dit, à l'art. 4, que la Proclamation royale de 1763 était « infirmée, révoquée et annulée [...] quant à ce que concerne ladite province de Québec ». La teneur générale de l'article ne laisse cependant aucun doute quant à la « province de Québec » dont il s'agit ici. Cet article quatre disait vouloir changer un mode de gouvernement jugé inadéquat. Et ce mode de gouvernement, c'était manifestement celui prévu pour la minuscule province de Québec de 1763 et non celui alors en vigueur sur le territoire indien. L'Acte

<sup>148</sup> *Documents constitutionnels*, *op. cit. supra*, note 54, vol. 1, p. 137 : « Le gouvernement de Québec sera borné sur la côte du Labrador par la rivière Saint-Jean et de là par une ligne s'étendant de la source de cette rivière à travers le lac Saint-Jean jusqu'à l'extrémité sud du lac Nipissini [...] ».

<sup>149</sup> *Supra*, note 136.

<sup>150</sup> *Campbell v. Hall*, (1774) 1 Cowp. 204, à la page 210.

<sup>151</sup> 14 Geo. 111, ch. 83.



de Québec, par conséquent, annulait la Proclamation royale relativement à la « province de Québec » originaire (celle de 1763–74) et non quant à la province agrandie de 1774. Or cette province originaire recouvrait justement, nous l'avons vu, un territoire ne devant pas faire l'objet du titre indien. A nos yeux, l'Acte de Québec ne changeait strictement rien à l'existence du droit territorial indien dont nous avons tenté de préciser les coordonnés. L'article trois de l'acte, au contraire, affirmait que celui-ci ne pouvait avoir pour effet « d'annuler, changer ou altérer aucuns droits, titres ou possessions, résultant de quelques concessions, actes de cessions [. . .], comme si cet acte n'eut jamais été fait».

Cette opinion est conforme à l'interprétation donnée par la cour suprême <sup>152</sup>.

Quant aux constitutions de 1791, 1840 et 1867, elles ne se prononcent ni explicitement ni tacitement sur la survie du titre indien.

### ***L'effet de la législation canadienne***

La Proclamation royale de 1763, qui fonde la partie territoriale la plus importante du titre indien, était un acte du gouvernement impérial. Parce qu'applicable à une « colonie conquise », cet acte avait toutefois, selon le droit impérial de l'époque, confirmé par le Conseil privé, l'autorité d'une loi <sup>153</sup>. Avant le Statut de Westminster de 1931 <sup>154</sup>, par conséquent, aucune loi canadienne n'aurait pu prétendre contredire la Proclamation royale et abroger ou altérer ainsi le titre des Indiens sur une partie du territoire du Québec. Ceci en raison du principe constitutionnel britannique de nature coutumière, précisé par le « Colonial Laws Validity Act » de 1865 <sup>155</sup>, à l'effet qu'une loi coloniale était nulle dans la mesure où elle contredisait une loi anglaise. Le Statut de Westminster est venu pour sa part supprimer tout entrave (ou presque) à cet égard. Pour les mêmes raisons, il ne nous semble pas qu'avant cette date, une loi canadienne ait pu avoir pour effet d'affecter le droit qu'ont les Indiens sur une autre partie du territoire québécois en vertu de l'Acte de la Terre de Rupert de 1868 <sup>156</sup>.

Depuis 1931, d'autre part, aucune loi canadienne, ni fédérale ni québécoise, ne semble avoir eu pour objet déclaré de supprimer le titre indien sur le territoire du Québec. En revanche, des législations, tant

<sup>152</sup> *St. Catherine's Milling v. Ontario*, (1887) 13 R.C.S. 577, aux pp. 629 et 648.

<sup>153</sup> *Campbell v. Hall*, (1774) 1 Cowp. 204.

<sup>154</sup> 22 Geo. V, ch. 4.

<sup>155</sup> 28-29 Vict., ch. 63.

<sup>156</sup> 31-32 Vict., ch. 105 (Angl.). Il s'agit en ce qui regarde le Québec, des territoires annexés en 1898 et 1912.

fédérales que provinciales, ont eu la portée implicite d'altérer la substance de ce titre. Pour juger de la vitalité et de la viabilité du titre indien, il faut d'abord connaître le titulaire de la compétence législative à son endroit.

Il est dit dans l'Acte de l'Amérique du Nord britannique que :

« [...] l'autorité législative exclusive du Parlement du Canada s'étend à toutes les matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir :

24. Les Indiens et les terres réservées aux Indiens »<sup>157</sup>.

De sorte qu'il s'agit surtout de savoir, pour répondre à notre question, si l'expression « terres réservées », employée à l'article 91 (24), comprend la fraction du territoire québécois grevée du titre indien, ou vise seulement les terres restreintes et délimitées, par ailleurs affectées à l'usage d'Indiens. Après que des opinions eurent été exprimées en cour suprême, le Conseil privé, pour sa part, a été des plus clairs sur ce point :

« [...] it does not occur in sect. 91 (24), and the words actually used are, according to their natural meaning, sufficient to include all lands reserved, upon any terms or conditions, for Indian occupation. It appears to be the plain policy of the Act that, in order to measure uniformity of administration, all such lands, and Indian affairs generally, shall be under the legislative control of one central authority ».

« The fact that the power of legislating for Indians, and for lands which are reserved to their use, has been entrusted to the Parliament of the Dominion is not in the least degree inconsistent with the right of the Provinces to a beneficial interest in these lands [...] »<sup>158</sup>.

Le pouvoir de légiférer, relativement aux « terres réservées » aux Indiens, appartiendrait donc au Parlement fédéral, même dans le cas des territoires ainsi « réservés » par la Proclamation royale de 1763 et par les actes consécutifs à la rétrocession opérée par la Compagnie de la Baie d'Hudson en 1868<sup>159</sup>. Surtout, en toute logique, s'il s'agit de l'existence même de telles réserves<sup>160</sup>.

Rien ne fait obstacle, par contre, à ce que cette législation fédérale n'ait affecté que tacitement le titre indien. Si la Proclamation royale avait valeur législative, elle n'était par ailleurs que simple loi<sup>161</sup>. En droit

<sup>157</sup> 31-32 Vict., ch. 3, art. 91.

<sup>158</sup> *St. Catherine's Milling v. Ontario*, (1888) 14 App. Cas. 46, à la page 59. Voir aussi *Rex v. White and Bob*, (1965) 52 D.L.R. (2<sup>e</sup>) 613, à la page 638.

<sup>159</sup> *A survey of the contemporary Indians of Canada*, Ottawa, Imprimeur de la reine, 1967, vol. 1, p. 213.

<sup>160</sup> *The King v. McMaster*, [1926] R.C. de l'É. 68, à la page 75.

<sup>161</sup> *A.G. of Canada v. George*, (1964) 45 D.L.R. (2<sup>e</sup>) 709 : il semble bien qu'il faille rejeter l'opinion exprimée par le juge McRUEB de la Cour supérieure d'Ontario, à l'effet que la Proclamation royale aurait une autorité supra-légale. N. A. M. MCKENZIE, *op. cit. supra*, note 88, p. 568.

canadien comme en droit britannique, il n'y a pas de superlégalité. Et nous ne trouvons, dans la Proclamation, aucun passage visant à assortir celle-ci d'une autorité particulière. Les mots utilisés suggèrent au contraire qu'on ne cherchait pas à en perpétuer les données. En vertu du principe de la suprématie parlementaire, une législation fédérale pourrait librement affecter le titre indien. C'est le sens d'une décision récente de la cour suprême, qui déclare applicable aux Indiens une loi fédérale sur la conservation de la faune, même si l'existence du titre indien, en l'occurrence, était par surcroît confirmée par traité<sup>162</sup>. En raison du même principe constitutionnel, nous ne pensons pas qu'une extinction ou altération du titre indien par loi fédérale, explicite ou tacite, donnerait juridiquement droit à une compensation.

Quant à la loi québécoise, il ne semble pas qu'elle ait pu ni ne pourrait légalement affecter le titre indien. La loi sur les Indiens<sup>163</sup> dit bien que les lois d'application générale dans la province sont opposables aux Indiens<sup>164</sup>. Mais elles le sont, sujettes aux traités et aux lois canadiennes. Or cette référence à l'autorité compétente relativement au droit territorial indien nous semble inclure les prédécesseurs juridiques de celle-ci. Les droits des Indiens qu'on veut ainsi protéger devraient comprendre les droits territoriaux acquis en 1763 et 1868. Une décision très récente de la Cour suprême, sans se montrer aussi explicite, manifeste cette tendance<sup>165</sup>.

### ***L'effet de l'action gouvernementale***

À partir d'une appréciation littérale des passages de la Proclamation royale relatifs aux Indiens<sup>166</sup>, certains ont affirmé qu'il s'agissait là d'une pure gracieuseté de Sa Majesté, révocable en tout temps par voie gouvernementale, parce que faite « pour le présent »<sup>167</sup>. Pourtant, nous l'avons déjà dit, la Proclamation royale avait valeur légale pour la

<sup>162</sup> *Sikyee v. The Queen*, [1964] R.C.S. 642, confirmé dans *A.G. of Canada v. George*, [1966] R.C.S. 267. D. HELSON, *op. cit. supra*, note 88, p. 15. A ce sujet, voir aussi J. C. GORMAN, « The legal status of the Canadian Indian », in : *Canadian Bar Association Papers*, 1955.

<sup>163</sup> S.R.C. 1952, ch. 149, art. 87.

<sup>164</sup> Encore faudrait-il qu'il n'y ait pas de doute sur la constitutionnalité de cette délégation.

<sup>165</sup> *R. v. White and Bob*, (1966) 52 D.L.R. (2<sup>d</sup>) 481. Voir à ce sujet : « A survey of [...] », *op. cit. supra*, note 159, vol. 1, p. 215. Voir aussi *Ex Parte Tenasse*, (1931) 1 D.L.R. 808.

<sup>166</sup> *Documents constitutionnels*, *op. cit. supra*, note 54, vol. 1, p. 140.

<sup>167</sup> *Johnson v. McIntosh*, (1823) 8 Wheaton's Rep. 543, à la page 588. *U.S. v. Tillamooks*, (1946) 329 U.S. 40, à la page 47. *Warman v. Francis*, (1960) 20 D.L.R. (2<sup>d</sup>) 627, aux pp. 631, 637 et 639.

colonie <sup>168</sup>. Et depuis 1763 aucune intervention législative n'a eu pour effet de lui faire perdre cette autorité <sup>169</sup>. C'est donc dire qu'en vertu du principe de la légalité, une démarche gouvernementale n'était pas et ne serait pas de nature à éteindre ou altérer le titre indien stipulé dans la Proclamation royale, ni d'ailleurs dans la loi impériale de 1868 <sup>170</sup>. A moins, bien sûr, qu'il s'agisse d'un mode d'action gouvernementale spécifiquement prévu à cet effet dans la loi elle-même. C'est-à-dire, concrètement, l'extinction ou l'altération du titre indien par la passation d'un contrat formel (traité) avec les intéressés en respectant les conditions prévues dans la Proclamation royale et maintenues depuis <sup>171</sup>. Ce qui n'a encore jamais été fait en ce qui regarde la partie du territoire québécois sujet ou titre indien.

Or comme dans la répartition des compétences au sein de la fédération canadienne le gouvernement suit normalement le législatif, cette faculté de transiger sur le titre indien appartiendrait, selon ce que nous avons déjà vu, au gouvernement fédéral <sup>172</sup>. Sauf, peut-être, en ce qui regarde le territoire annexé en 1912. La loi d'annexion transférerait en effet cette compétence au Québec :

« La province de Québec reconnaîtra les droits 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, et ladite province supportera et acquittera toutes les charges et dépenses se rattachant à ces remises ou en résultant ; »

« Nulle pareille remise ne sera faite ou obtenue qu'avec l'approbation du Gouverneur en conseil » <sup>173</sup>.

L'on peut s'imaginer le pourquoi de cette prescription. Le gouvernement fédéral, de qui provenait en dernières mains le territoire, voulait s'assurer qu'il n'aurait pas à s'occuper de négocier et surtout de compenser l'extinction du titre indien sur un territoire dont le domaine supérieur appartenait au Québec. Mais on peut douter de la constitutionnalité de la mesure face à l'article 91 (24) de l'A.A.N.B., malgré la précaution

<sup>168</sup> *Campbell v. Hall*, (1774) 1 Cowp. 204.

<sup>169</sup> *The King v. McMaster*, (1926) R.C. de l'É. 68. *R. v. White and Bob*, (1965) 50 D.L.R. (2<sup>e</sup>) 613, à la page 636.

<sup>170</sup> 31-32 Vict., ch. 105 : *Acte de la Terre de Rupert*.

<sup>171</sup> *Documents constitutionnels*, op. cit. supra, note 54, vol. 1, pp. 140-141. S.R.C. 1952, chap. 149, art. 39 : *Loi sur les Indiens*.

<sup>172</sup> K. LYSYK, « The Unique Constitutional Position of the Canadian Indian », *R. du B. Can.* 513, à la page 517 : « [...] it appeared that only the Crown in right of Canada was competent to take a surrender of the lands from the Indians. In short, the federal government, while the surrender operated to perfect the title of the Province to the lands surrendered ».

<sup>173</sup> 2 Geo. V, ch. 45, art. 2, c) et d) (Canada) et S.Q. 1912, sess. 1, ch. 7, art. 2, c) et d).

prise au deuxième paragraphe. Quoiqu'il en soit, il s'agit manifestement, dans l'un et l'autre cas <sup>174</sup>, d'une procédure obligatoire et non d'un ordre de procéder.

Quant aux actes du gouvernement québécois, attentatoires aux droits territoriaux aux Indiens, leur légalité serait plus que douteuse. Il faut noter, toutefois, que ce titre indien, tel que nous l'avons circonscrit, n'empêcherait vraisemblablement pas le gouvernement québécois d'agir à l'endroit de territoires dont il détient quand même le domaine supérieur <sup>175</sup>. Agir lui-même, en respectant le titre indien ; faire des concessions sujet au titre indien <sup>176</sup>.

Enfin, les restrictions à l'action du gouvernement québécois pourraient surtout dépendre en définitive, de l'action du temps sur la survie du titre indien.

### **L'effet du temps**

En droit canadien nous n'avons pu trouver d'indications sur l'effet que pourrait avoir l'écoulement du temps sur la survie du droit territorial des Indiens. Vu qu'il s'agit d'un droit de nature réelle, d'un droit sur un territoire, il n'est pas tellement possible de prétendre que ce droit survit dans la mesure seulement où des Indiens tirent encore aujourd'hui leur subsistance de la chasse. Toutefois, rien n'interdit de croire qu'il subsiste seulement sur la partie du territoire québécois originairement soumise au droit indien sur lequel s'exerce effectivement ce droit. Comme dit la jurisprudence américaine, le titre indien serait fonction d'une « actual occupancy » <sup>177</sup>. À tout le moins pensons-nous qu'un non usage

<sup>174</sup> La loi de 1912 se réfère, en définitive, à la Proclamation royale.

<sup>175</sup> *St. Catherine's Milling v. Ontario*, (1888) 14 App. Cas. 46, à la page 58 : « The Crown has all along had a present proprietary estate in the land, upon which the Indian title was a mere burden. The ceded territory was at the time of the union, land vested in the Crown, subject to "an interest other than that of the Province in the same", within the meaning of sect. 109 ».

<sup>176</sup> *Official opinions . . .*, *op. cit. supra*, note 124, vol. VIII, p. 264 : « The Government owns the original fee of the soil, and may grant the same while the lands remain in the possession of the Indians ». *Beecher v. Wetherby*, (1877) 95 U.S. 517, à la page 525 : « The right of the U.S. to dispose of the fee of lands occupied by them has always been recognized by this court from the foundation of the government ». *Mitchel v. U.S.*, (1835) 9 Peter's Rep. 711. *U.S. v. Fernandez*, (1836) 10 Peter's Rep. 404. *Lattimer v. Poteet*, (1840) 14 Peter's Rep. 4.

<sup>177</sup> 42 C.J.S. 688, 9. COHEN, ICKED and MARGOLD, *op. cit. supra*, note 80, pp. 294 et 311 : « The Supreme Court has repeatedly held that the Indian's claim of right of occupancy of lands is dependant upon actual and not constructive possession. Beyond doubt, abandonment of claimed Indian territory by the Indians will extinguish Indian title ». *Mitchel v. U.S.*, (1835) 9 Peter's Rep. 711. *U.S. v. Cook*, (1873) 19 Wallace's Rep. 591. *Beecher v. Wetherby*, (1877) 95 U.S. 517. *Williams v. Chicago*, (1917) 242 U.S. 434. *U.S. v. Santa Fe*, (1941) 314 U.S. 339.

durant un certain temps aurait suffi à éteindre le titre indien sur le territoire non utilisé. Le Conseil privé a comparé le titre indien à un droit d'usufruit<sup>178</sup>. Il ne s'agit pas, bien sûr, de l'usufruit du code civil, mais bien plutôt d'un droit *sui generis* du genre usufruitaire. Mais pour pousser un peu plus loin la comparaison, on peut rappeler que l'usufruit en droit civil québécois s'éteint « par le non-usage du droit pendant trente ans »<sup>179</sup>.

En termes concrets, nous sommes portés à croire que les Indiens qui tirent leur subsistance du produit de leurs chasses et pêches ont conservé ce droit sur les territoires qu'ils n'ont pas cessé d'utiliser à cette fin depuis un certain temps. Le reste du territoire consacré en 1763 et 1868 à l'exercice du titre indien serait rentré en pleine propriété dans le domaine public de l'état provincial.

### CONCLUSION

Aucune souveraineté indienne, aucun véritable droit aboriginal, ne subsiste aujourd'hui sur le territoire du Québec.

Par contre, un titre indien de nature privée existe théoriquement sur une immense partie du territoire actuel du Québec, — en l'occurrence sur la partie s'étendant au nord de la province de Québec de 1763<sup>180</sup>.

Ce titre consiste dans le droit d'y chasser et pêcher pour sa subsistance.

Il subsiste encore aujourd'hui en faveur des bandes indiennes qui utilisent effectivement ce territoire comme terrain de chasse et pêche. Il se limite donc, pratiquement, aux portions de ce territoire ainsi utilisées, au bénéfice de ceux qui les utilisent.

La législation fédérale peut éteindre ou altérer ce titre, explicitement ou tacitement, sans entraîner la nécessité juridique d'une compensation.

Les atteintes illégales à ce titre pourraient être déclarées inopposables aux Indiens et, éventuellement, donner ouverture à dédommagement, à

<sup>178</sup> *St. Catherine's Milling v. Ontario*, (1888) 14 App. Cas. 46, à la page 54.

<sup>179</sup> C.c., art. 479.

<sup>180</sup> *Documents constitutionnels, op. cit. supra*, note 54, vol. 1, p. 137 : la Proclamation royale : « Le gouvernement de Québec sera borné sur la côte du Labrador par la rivière Saint-Jean et de là par une ligne s'étendant de la source de cette rivière à travers le lac Saint-Jean jusqu'à l'extrémité sur du lac Nipissin [...] ».

condition qu'un dommage précis soit prouvé. Ces atteintes seraient le fait de lois québécoises ou d'actes du gouvernement du Québec.

Par ailleurs, les parties directement intéressées *pourraient* aussi procéder à l'extinction explicite de ce titre, globalement ou sur une partie quelconque du territoire impliqué, en suivant la procédure prévue à cette fin dans la loi <sup>181</sup>. Ces parties sont, d'une part, le gouvernement fédéral ou, peut-être <sup>182</sup>, dans le cas du territoire annexé en 1912, le gouvernement québécois et, d'autre part, l'ensemble des bandes indiennes chassant dans ces territoires pour l'ensemble des territoires impliqués ou l'une ou l'autre de ces bandes pour un territoire déterminé. Il s'agirait alors, essentiellement, d'une libre convention, conçue de gré à gré.

#### ADDENDA

*Ce n'est qu'une fois notre article imprimé que nous avons pu prendre connaissance du très récent ouvrage de Gérard V. LaForest (Natural Resources and Public Property under Canadian Constitution, University of Toronto Press, 1969), dont le chapitre 7, de même que parties des chapitres 8 et 9 intéressent directement notre sujet.*

*De même James O'Reilly a-t-il transmis sa communication à l'association du barreau canadien une fois que notre article fut sous presse. (Whither the Indians?, paper prepared for the Civil Liberties Section of the Canadian Bar Association, 1969 annual meeting). La seconde partie de son étude est consacrée aux droits territoriaux des Indiens.*

<sup>181</sup> *Ibidem*, vol. 1, pp. 140-141 : la Proclamation royale de 1763. S.R.C. 1952, ch. 149, art. 39 : *Loi sur les Indiens*.

<sup>182</sup> A la condition qu'il faille admettre la constitutionnalité du transfert de compétence découlant de la *Loi de l'extension des frontières de Québec, 1912* (2 Geo. V. ch. 45 et S.Q. 1912 sess 1, ch. 7).