
Existe-t-il un titre indien originaire dans les territoires cédés par la France en 1763 ?

André Émond*

Les anciens alliés autochtones de la France du temps de la colonisation détiennent-ils aujourd'hui un titre indien originaire sur leurs territoires de chasse et de pêche ? L'auteur aborde cette question en supposant, comme l'ont fait les Britanniques, que la France régnait en souveraine sur les territoires qu'elle céda lors du *Traité de Paris*. Les droits des autochtones, s'ils existent, doivent donc être des droits déjà reconnus par l'ancien régime français, ou encore de nouveaux droits conférés par l'actuel souverain britannique ou canadien. L'auteur adopte une démarche positiviste. Dans le premier cas, il tente d'exposer le droit coutumier français par une analyse des différentes sources possibles des droits aborigènes. L'auteur soutient que, indépendamment du comportement des autorités françaises à leur égard, les autochtones pourraient prétendre avoir prescrit certains droits en raison de leur longue occupation du territoire. Dans le second cas, l'auteur synthétise l'ensemble des actions britanniques depuis les derniers mois du conflit militaire jusqu'à l'adoption d'une constitution civile. Il établit un lien entre la stratégie adoptée par les militaires anglais et la constitution de 1763 pour conclure à la volonté de la couronne d'étendre la *common law* du titre indien aux territoires cédés par la France.

Do the native allies of the French during the colonial period have aboriginal rights on their hunting and fishing grounds? The author tackles this question by assuming, as did the British, that France ruled as a sovereign over the territories it ceded in the *Treaty of Paris*. These native rights, if they in fact exist, must be rights recognized by the former sovereign, France, or new rights granted by the actual sovereign, Great Britain or Canada. The author adopts a positivist view. In the first case, he attempts to expound French "*droit coutumier*" by studying possible sources of aboriginal rights. The author believes that, regardless of the conduct of French officials toward them, natives could claim to have acquired certain rights by reason of their prolonged occupation of the land. In the second case, the author summarizes British conduct from the end of the Seven Years war to the adoption of a civil constitution. He establishes a link between the strategy adopted by the British military and the constitution of 1763, and concludes that the Crown has extended common law aboriginal title to territories ceded by France.

* Avocat et candidat au doctorat à l'Université Laval. L'auteur remercie le professeur Ghislain Otis de l'Université Laval qui a fait une prélecture du texte.

© Revue de droit de McGill

McGill Law Journal 1995

Mode de référence : (1995) 41 R.D. McGill 59

To be cited as: (1995) 41 McGill L.J. 59

Sommaire

Introduction

- I. Reconnaissance d'un titre indien originaire par la continuité du droit colonial français**
 - A. Absence d'une coutume particulière garantissant l'occupation autochtone*
 - B. Non-usage du droit des gens comme une source autonome en droit français*
 - C. Acquisition de certains droits d'occupation par l'application des coutumes notoires de droit privé*
- II. Reconnaissance d'un titre indien originaire par l'introduction de la *common law***
 - A. Reconnaissance des droits des autochtones sous le régime militaire*
 - B. Confirmation des droits des autochtones sous le régime civil*
 - 1. La Proclamation de 1763
 - 2. La commission de Murray et les instructions qui l'accompagnent
 - C. Première interprétation des droits des autochtones après l'adoption de la constitution québécoise de 1763*
 - 1. Distinction entre l'autochtone immigrant et celui vivant sur le territoire ancestral
 - 2. Exemples d'application de la politique britannique envers les autochtones

Conclusion

Introduction

Par le traité de paix signé à Paris le 10 février 1763¹, le roi de France, après avoir renoncé à ses prétentions sur l'Acadie, déclarait céder au roi de Grande-Bretagne la souveraineté sur le Canada et le Cap Breton, tout en garantissant à son ancien ennemi la pleine propriété de ces pays². Indépendamment de ce que l'on pouvait penser de la valeur des droits des Français, et donc des effets de la cession, George III s'est comporté comme si le *Traité de Paris* traduisait fidèlement la réalité juridique. Son premier acte d'importance, après la conclusion des pourparlers de paix, fut en effet d'adopter une proclamation organisant politiquement les nouveaux territoires : la *Proclamation royale du 7 octobre 1763*³. C'est dans ce contexte particulier que nous posons la question de l'existence d'un titre indien originaire dans les anciennes possessions françaises, un titre dont l'existence ne dépend «d'aucun traité, ni d'aucune ordonnance du pouvoir exécutif ou disposition législative»⁴.

Jusqu'à l'adoption de la *Proclamation de 1763*, le roi de Grande-Bretagne avait les pleins pouvoirs dans les territoires cédés. Il pouvait reconnaître ou abroger les droits de ses nouveaux sujets, dont les autochtones, indépendamment des articles de capitulation ou du traité de paix. En effet, les accords internationaux ne s'appliquent jamais *ex proprio vigore* en droit interne anglais⁵. Pour savoir quels étaient les droits des autochtones au lendemain de la conquête et s'ils détenaient ou non un titre indien originaire, il faut donc s'en remettre au comportement de la couronne britannique et de ses représentants.

En Amérique, George III a clairement exprimé son intention de respecter tous les titres concédés sous l'autorité des rois de France⁶. Ceci étant, des titres découlant du

¹ Reproduit dans A. Shortt et A.G. Doughty, *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada, 1759-1791*, vol. 1, 2^e éd., Ottawa, T. Mulvey, 1921 à la p. 83 et s. [ci-après *Traité de Paris*].

² *Ibid.*, art. 4.

³ L.R.C. 1985, app. II, no. 1 aux pp. 1-7 [ci-après *Proclamation de 1763*]. La Proclamation, de portée législative, ne peut être contestée pour le motif que son auteur a agi en s'appuyant sur des faits erronés (voir : *Hoani Te Heuheukino c. Aotea District Maori Land Board*, [1941] 2 All E.R. 93 à la p. 97, [1941] A.C. 308 (C.P.), M. le juge Simon [ci-après *Hoani* avec renvois aux All E.R.] ; *Labrador Co. c. R.*, [1893] A.C. 104 à la p. 123, 16 L.N. 67 (C.P.), M. le juge Hannen).

⁴ *Calder c. Colombie-Britannique (P.G.)*, [1973] R.C.S. 313 aux pp. 328, 385, 390, [1973] 4 W.W.R. 1, MM. les juges Judson et Hall [ci-après *Calder* avec renvois aux R.C.S.]. Voir aussi *Guerin c. R.*, [1984] 2 R.C.S. 335 aux pp. 377-78, [1984] 6 W.W.R. 481, M. le juge Dickson. Le titre originaire ou ancestral, qui est la reconnaissance de l'occupation ancienne d'un territoire par une communauté autochtone, se distingue du titre concédé, dont l'existence dépend d'un acte exprès des autorités.

⁵ Voir : *Oyekan c. Adele*, [1957] 2 All E.R. 785 à la p. 788, [1957] 1 W.L.R. 876 (C.P.), M. le juge Denning [ci-après *Oyekan* avec renvois aux All E.R.] ; *Vajresingji Joravarsingji c. Secretary of State for India* (1924), L.R. 51 I.A. 357 à la p. 360, M. le juge Duneidm, cité dans *Hoani*, *supra* note 3 aux pp. 324-25 ; *Hoani*, *ibid.* à la p. 98, M. le juge Simon. Voir aussi l'ouvrage de K. Roberts-Wray, *Commonwealth and Colonial Law*, New York, Frederick A. Praeger, 1966 aux pp. 214-16. *Contra Campbell c. Hall* (1774), 98 E.R. 1045 à la p. 1047, 1 Cowp. 204, M. le juge Mansfield, cité par M. le juge Hall dans *Calder*, *ibid.* aux pp. 387-89.

⁶ L'article 42 des «Instructions au gouverneur James Murray», du 7 décembre 1763, exigeait le res-

droit commun pouvaient aussi exister sans qu'on en trouve la trace dans les registres des terres de la Nouvelle-France. Nul ne sait si le roi de Grande-Bretagne a seulement envisagé cette éventualité. Pour les tribunaux de *common law*, cependant, son silence, peut-être simplement un oubli, ne doit pas être interprété comme une abrogation des droits en cause. Au contraire, on présume que tous les droits de propriété existants ont survécu à l'avènement de la souveraineté britannique⁷. Il faut alors se demander comment et dans quelle mesure l'ancien droit français aurait pu tenir compte de l'occupation autochtone. Nous constaterons que, malgré l'absence d'une reconnaissance légale de leur occupation originale par les autorités françaises, les autochtones peuvent peut-être invoquer à leur profit les règles de la prescription jadis en vigueur dans la colonie, soit pour acquérir une propriété complète, ou encore pour prescrire certains usages définis par les coutumes locales.

Par ailleurs, le régime français eut-il nié tout droit aux autochtones, rien n'empêchait le roi George III de reconnaître de nouveaux droits à certains d'entre eux, ou même à tous. Dans ses autres colonies américaines, la couronne avait l'habitude de reconnaître un titre indien originaire sur les terres libres des autochtones, autrement dit sur ces terres où aucune autre puissance européenne n'avait encore d'emprise et que la Grande-Bretagne a été la première à coloniser⁸. La *common law* de droit public a incorporé cette politique de la couronne⁹. Il n'était pas dit, toutefois, que le droit public anglais s'appliquerait de la même manière sur les terres acquises d'une autre puissance européenne, en l'occurrence celles cédées par la France¹⁰. On ne peut se faire une opinion sans auparavant procéder à un examen de la conduite de Sa Majesté britannique et de ses représentants.

pect des droits des habitants de la Province de Québec. Dans une étude portant sur l'«Extension projetée des limites de la Province», non datée, le gouvernement a reconnu que des Français pouvaient aussi détenir des droits au-delà du territoire de la colonie, ce qui a justifié, en 1774, l'extension de ses frontières (voir Shortt et Doughty, *supra* note 1 aux pp. 180, 526-28).

⁷ Voir : *Oyekan*, *supra* note 5 ; *Amodu Tijani c. Southern Provinces, Nigeria (Secretary)*, [1921] 2 A.C. 399, 90 L.J. 236 (C.P.) ; *Re Southern Rhodesia* (1918), [1919] A.C. 211 (C.P.) ; *Calder*, *supra* note 4.

⁸ Voir *Côté c. R.*, [1993] R.J.Q. 1350 à la p. 1363, M. le juge Baudouin [ci-après *Côté*], autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada accordée, le 3 mars 1994, 23707. L'exception notable est peut-être l'île de Terre-Neuve où l'on a exterminé tous les Beotuks (voir R.-U., H.C., «Report From the Select Committee on Aborigines (British Settlements) with Minutes of Evidence, Appendix and Index» dans *British Parliamentary Papers*, *Anthropology Aborigines* (1837) vol. 2 à la p. 6).

⁹ Voir : *St. Catharine's Milling & Lumber Co. c. R.* (1887), 13 S.C.R. 577 aux pp. 615-16, M. le juge Strong [ci-après *St. Catharine's Milling*] ; *R. c. White* (1964), 50 D.L.R. (2^e) 613 à la p. 647, 52 W.W.R. 193, M. le juge Norris, conf. par (1965), 52 D.L.R. (2^e) 481 (C.S.C.) ; *Calder*, *supra* note 4 aux pp. 328, 385, 390, MM. les juges Judson et Hall.

¹⁰ Ce que certains auteurs semblent supposer *a priori* (voir : P.A. Cumming et N.H. Mickenberg, *Native Rights in Canada*, 2^e éd., Toronto, General Publishing, 1972 à la p. 88 ; B. Slatery, «Understanding Aboriginal Rights» (1987) 66 R. du B. can. 727 aux pp. 737-38 ; P. Dionne, «Les postulats de la Commission Dorion et le titre aborigène au Québec : vingt ans après» (1991) 51 R. du B. 127 à la p. 166).

Nous verrons que les conquérants britanniques, malgré une lecture du droit français défavorable aux autochtones, ont néanmoins reconnu des titres indiens sur les anciennes terres de la couronne de France, à condition qu'elles n'aient pas été concédées en fiefs ou en seigneuries. Ils ont alors fondé leur action sur la politique traditionnelle britannique à l'égard des premières nations, sans tenir compte du droit antérieur, puisque seul le caractère effectif de l'occupation autochtone leur importait.

I. Reconnaissance d'un titre indien original par la continuité du droit colonial français

La doctrine¹¹ et la jurisprudence¹² entretiennent depuis fort longtemps un débat sur l'existence légale d'un titre indien original en Nouvelle-France, de même qu'en Acadie¹³. La question est importante puisque la source du titre indien dans les ancien-

¹¹ Voir : Dionne, *ibid.* ; J. Woodward, *Native Law*, Toronto, Carswell, 1989 ; Ministère de l'Énergie et des Ressources, *Étude sur la présence des Mohawks au Québec méridional de 1534 à nos jours* par M. Ratelle, Québec, février 1991 [ci-après *Étude sur la présence des Mohawks*] ; R. Boivin, «Le droit des autochtones sur le territoire québécois et les effets du régime français» (1995) 55 R. du B. 135 ; B.G. Trigger, *Les Indiens, la fourrure et les Blancs*, Montréal/Paris, Boréal/Seuil, 1990 ; L.C. Green, «Claims to Territory in Colonial America» dans L.C. Green et O.P. Dickason, dir., *The Law of Nations and the New World*, Edmonton, University of Alberta Press, 1989, 1 ; O.P. Dickason, «Concepts of Sovereignty at the Time of First Contacts» dans L.C. Green et O.P. Dickason, dir., *ibid.*, 141 ; C.J. Jaenen, «Characteristics of French-Amerindian Contact in New France» dans S.H. Palmer et D. Reinhartz, dir., *Essays on the History of North American Discovery and Exploration*, Arlington, Texas A & M University Press, 1988, 79 ; R.J. Surtees, «Canadian Indian Treaties» dans *Handbook of North American Indians*, vol. 4, Washington, Smithsonian Institution, 1988, 202 ; Cumming et Mickenberg, *ibid.* ; W.J. Eccles, «Sovereignty-Association, 1500-1783» (1984) 65 Can. Hist. Rev. 475 ; B. Slattery, *The Land Rights of Indigenous Canadian Peoples*, thèse de doctorat, Université Oxford, 1979 [non publiée] ; H. Brun, «Les droits des Indiens sur le territoire du Québec» dans H. Brun, dir., *Le territoire du Québec : Six études juridiques*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1974, 35 ; G.F.G. Stanley, «The First Indian "Reserves" in Canada» (1950-51) 4 Rev. d'Hist. de l'Amér. fran. 178 ; C.C. Royce et C. Thomas, «Indian Land Cessions in the United States» dans J.W. Powell, dir., *Eighteenth Annual Report of the Bureau of American Ethnology to the Secretary of the Smithsonian Institution, 1896-'97*, vol. 2, Washington, Government Printing Office, 1899, 527.

¹² Dans *R. c. Isaac* (1975), 13 N.S.R. (2^e) 460, M. le juge en chef MacKeigan de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse opina que les Français n'avaient pas cherché à éteindre les droits des autochtones, laissant sous-entendre qu'ils les avaient d'abord reconnus. Un de ses successeurs, M. le juge en chef Clarke, s'est exprimé au même effet dans *R. c. Denny* (1990), 94 N.S.R. (2^e) 253, 55 C.C.C. (3^e) 322, en citant l'ouvrage du professeur P.W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 2^e éd., Toronto, Carswell, 1985 à la p. 563. Plus récemment, M. le juge Baudouin de la Cour d'appel du Québec, dans *Côté*, *supra* note 8, a souligné le sérieux de la thèse selon laquelle l'avènement de la souveraineté française a emporté le transfert en pleine propriété des droits fonciers et territoriaux, et du coup provoqué l'extinction des droits aborigènes. C'est un avis que partageaient MM. les juges Taschereau et Gwynne, de la Cour suprême du Canada, dans l'affaire *St. Catharine's Milling*, *supra* note 9 aux pp. 644, 651.

¹³ Nous ne traitons pas la question de l'existence d'un titre indien original en Acadie. Cette région, cédée par la France lors du traité d'Utrecht de 1713, a souffert d'une guérilla de tous les instants entre autochtones et Britanniques qui n'a pris fin qu'en 1760, après la chute de la Nouvelle-France. Le

nes possessions françaises pourrait être ce titre indien originaire, reconnu par les Français, dont la *common law* présume qu'il aurait survécu à l'avènement de la souveraineté britannique. La nature et la portée du titre seraient alors tributaires de l'ancien droit français¹⁴. Le débat est cependant mal engagé. On semble vouloir tenir une liste comptable d'événements, d'anecdotes même, pour ou contre chacune des thèses en présence, en oubliant les exigences de la procédure judiciaire. Il revient à celui qui prétend posséder un bien d'établir son titre. Faute d'acte de concession ou ordonnance législative constatant leur titre, les autochtones doivent pouvoir alléguer une règle du droit commun et les faits permettant de l'appliquer.

A. Absence d'une coutume particulière garantissant l'occupation autochtone

En Nouvelle-France, pays de la Coutume de Paris¹⁵, il fallait établir la présence d'une coutume garantissant l'occupation autochtone. Toute coutume devait présenter certaines caractéristiques. Elle devait être publique, observée par la plus grande partie des habitants, et suivie de façon constante pendant une très longue période (de quarante à cent ans)¹⁶. Elle pouvait être notoire ou privée. Reconnue par tous, la coutume notoire était appliquée d'office par le juge ; la coutume privée, dont la constance était moins évidente, nécessitait l'administration d'une preuve¹⁷. Une coutume était plus qu'une simple pratique ou un usage. À ce facteur matériel s'ajoutait un élément psychologique : ceux qui y étaient soumis devaient être convaincus d'obéir à une règle obligatoire. La conviction que l'application d'une règle était juste ou opportune pouvait être un facteur de mise en œuvre d'une réglementation pressentie, mais ne suffisait pas à créer la coutume. Seule la croyance juridique des membres du corps social était déterminante¹⁸. Cependant, le poids de leur opinion variait. On observait en particulier l'opinion des tribunaux, des autorités administratives et autres organes chargés d'appliquer le droit, car on reconnaît une règle du droit positif quand sa force obligatoire est assurée par un appareil de contrainte¹⁹. Toutefois, il n'y avait aucune coutume notoire traitant expressément des droits fonciers des autochtones, ce qui explique l'actuel débat. Il reste donc la possibilité de prouver l'existence d'une coutume privée²⁰.

contexte ne permettait donc ni la colonisation anglaise ni l'établissement de relations stables entre ces deux communautés (voir : S.E. Patterson, «Indian-White Relations in Nova Scotia, 1749-61 : A Study in Political Interaction» (1993) 23 *Acadiensis* 23 aux pp. 52-55 ; Annexe à la lettre des lords du commerce à Egremont, 8 juin 1763, reproduit dans Shortt et Doughty, *supra* note 1 aux pp. 106-107).

¹⁴ Voir K. McNeil, *Common Law Aboriginal Title*, Oxford, Clarendon Press, 1989 aux pp. 269-70.

¹⁵ On trouve un texte commenté de la Coutume de Paris dans Cugnet, *infra* note 70.

¹⁶ Voir R. Filhol, «La preuve de la coutume dans l'ancien droit français» dans *Recueils de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, vol. 17, Bruxelles, Librairie Encyclopédique, 1965, 357 aux pp. 358-59.

¹⁷ *Ibid.* à la p. 359.

¹⁸ Voir W. Henrich, «Recherches sur la problématique du droit coutumier» dans *Recueil d'études sur les sources du droit*, t. 2, Paris, Sirey, 1934 aux pp. 288-90.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Quoiqu'on ait mis par écrit la Coutume de Paris au seizième siècle, il était toujours possible de faire la preuve d'une nouvelle coutume en établissant un usage certain et immémorial (voir : A. Esmein, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, 14^e éd., Paris, Sirey, 1921 ; A. Dumas, *Histoire du droit français*, Aix-en-Provence, Pensée universitaire, 1946 à la p. 234).

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

Il y avait les directives de 1665 de Louis XIV à l'intention du gouverneur de Courcelles²¹. Elles lui enjoignaient de traiter les autochtones avec justice et équité, de ne jamais recourir à la violence contre eux, et interdisaient à quiconque de s'appropriier les terres sur lesquelles ils vivaient²². Toutefois, le roi n'avait prévu aucun mécanisme de cession ou d'extinction de titres indiens, ce qui fait douter qu'il entendait en reconnaître un²³. Certains auteurs ne semblent pas troublés par cette apparente lacune et expliquent que les Français s'établissaient là où il n'y avait pas d'autochtones²⁴. Peut-être a-t-on ainsi respecté la propriété de leurs villages, mais certainement pas celle de leurs territoires de chasse et de pêche²⁵. On le voit aux nombreuses concessions seigneuriales qui ont été faites aux colons sans jamais prévoir d'indemnité pour les autochtones²⁶, alors que ces concessions étaient situées tout au long des rives nord et sud du fleuve Saint-Laurent ainsi que sur les côtes de la Gaspésie, autrement dit sur les meilleures terres de la colonie²⁷. Dans la péninsule gaspésienne, par exemple, plus précisément dans la Baie des Chaleurs, à l'embouchure de la Grande-Rivière et de la Restigouche, les administrations des gouverneurs Frontenac, Vaudreuil et Jonquière concédèrent à des Français des terres dont les Micmacs faisaient pourtant bon usage²⁸. Loin de laisser indifférents les autochtones, le manque de tact des Français aurait plutôt provoqué leur

²¹ Voir Législature de Québec, Instructions pour le Sieur de Courcelles au sujet des indiens, reproduit dans *Collection de manuscrits contenant lettres, mémoires, et autres documents historiques relatifs à la Nouvelle-France*, vol. 1, Québec, Auspices de la législature de Québec, 1883.

²² *Ibid.* à la p. 175.

²³ Les auteurs Cumming et Mickenberg attirent notre attention sur ce point (*supra* note 10 à la p. 79).

²⁴ Voir Cumming et Mickenberg, *ibid.* aux pp. 83-84. Voir aussi : Jaenen, *supra* note 11 aux pp. 89-90 ; Ministère des affaires indiennes et du Nord Canada, *The French Relationship with the Native Peoples of New France and Acadia* par C.J. Jaenen, Ottawa, 1984 aux pp. 46-47 [ci-après *The French Relationship*] ; Eccles, *supra* note 11 aux pp. 480, 493.

²⁵ Voir Dickason, *supra* note 11 à la p. 223.

²⁶ Voir : Jaenen, *supra* note 11 à la p. 88 ; Cumming et Mickenberg, *supra* note 10 aux pp. 80, 81 ; Royce et Thomas, *supra* note 11 à la p. 548 ; Stanley, *supra* note 11 à la p. 209. Par exception, des Français auraient acheté quelques arpents de terres dans la vallée de l'Illinois (voir *The French Relationship*, *supra* note 24 à la p. 42). Notons qu'une concession seigneuriale emportait un droit de propriété plein et entier (*dominion plenum*) le seigneur ayant le domaine utile et le domaine direct réunis (voir Lelièvre, Angers, L.C. Rep., *Décisions des tribunaux du Bas-Canada : Questions seigneuriales*, vol. 1 A, Québec/Montréal, Augustin Côté/Bureau de la Minerve, 1856 aux pp. 51a, 62a, 63a (représentant l'opinion de onze juges sur les douze que comptaient ensemble la Cour du banc de la reine et la Cour supérieure)).

²⁷ Voir S. Courville, S. Labrecque et J. Fortin, *Seigneuries et fiefs du Québec : nomenclature et cartographie*, Sainte-Foy (Québec), CÉLAT, 1988.

²⁸ *Ibid.* aux pp. 104, 119. Ces concessions ont été invoquées plus tard par les Anglais pour nier les droits des Micmacs (voir *infra* note 148 et le texte correspondant).

ressentiment²⁹. La politique interdisant le recours à la violence, prônée par Louis XIV dans ses instructions, était donc apparemment plus une tactique d'apaisement que la volonté d'obéir à une règle de droit.

D'autres documents indiquent que les Français parlaient à l'occasion de leurs amis autochtones plus en termes d'alliés que de sujets³⁰. C'était le cas des Micmacs de l'Acadie, un territoire cédé par la France à la Grande-Bretagne par le traité d'Utrecht de 1713. Il faut cependant préciser que les Français, loin d'avoir à l'esprit le bien des Micmacs, cherchaient surtout à éviter les reproches des Anglais qui souffraient des attaques autochtones, alors que les deux nations européennes étaient officiellement en paix³¹. Pourtant, le rôle des Français n'était pas aussi passif que ce qu'ils prétendaient. Citons l'exemple du gouverneur Saint-Ovide qui avait reçu instruction de susciter la révolte des Micmacs contre les Anglais résidant en Acadie³², et qui s'y employa autant par le mensonge que par des présents³³. C'est le contexte dans lequel il faut situer un discours de ce gouverneur déclarant à ses hôtes Micmacs que la France, par le traité d'Utrecht, n'avait cédé que ses propres droits (la souveraineté), sans affecter la possession de leurs terres³⁴. Il semble pour le moins imprudent d'utiliser ce discours afin de prouver l'existence légale d'un titre indien.

Le dossier historique démontre de plus que les Français ont été prompts à reconnaître la souveraineté et le titre des Indiens alliés à l'Angleterre, les Iroquois³⁵. Les of-

²⁹ Voir Trigger, *supra* note 11 à la p. 453.

³⁰ Voir «Rapport de Monsieur de Vaudreuil au ministre», 6 septembre 1716, et Lettre de Monsieur de Lajonquière au gouverneur Philipps, 7 mars 1751, reproduits dans *Législature de Québec, Collection de manuscrits contenant lettres, mémoires, et autres documents historiques relatifs à la Nouvelle-France*, vol. 3, Québec, Auspices de la législature de Québec, 1883 [ci-après *Manuscrits historiques*] aux pp. 19, 502, 503.

³¹ Voir : «Rapport de Monsieur de Vaudreuil au ministre» reproduit dans *Manuscrits historiques*, *ibid.* ; «Mémoire de M. de Vaudreuil au duc d'Orléans, Régent du royaume», février 1716 reproduit dans Québec, Secrétariat de la province, *Rapport de l'archiviste de la Province de Québec*, R. Paradis Imprimeur du Roi, 1947-48 aux pp. 291, 295.

³² On fait référence à ces instructions dans un résumé des dépêches adressées à Messieurs de Longueuil et Bégon, rédigé le 7 mai 1726, dans J.R. Brodhead, *Documents Relative to the Colonial History of the State of New York*, vol. 9, Albany (New-York), Weed Parsons, 1855 à la p. 956.

³³ Le gouverneur, mis au fait que les Anglais construisaient des magasins, demanda aux Micmacs ce qu'ils en pensaient. Les Micmacs lui ont répondu qu'ils étaient persuadés qu'il s'agissait de forts pour les empêcher de chasser et de chercher du secours. Il les confirma dans cette idée et leur suggéra de s'y opposer (voir «Rapport de Monsieur de Saint-Ovide», 14 novembre 1732 reproduit dans *Manuscrits historiques*, *supra* note 30 aux pp. 164-65).

³⁴ Voir «Discours de St-Ovide», sans date, cité dans *The French Relationship*, *supra* note 24 à la p. 40. Jaenen croit que l'on a aussi tenu ce discours devant les Abénakis de la Gaspésie (*ibid.*). Il se trompe, car la prétention des Français était plutôt que ce territoire ne faisait pas partie de la cession prévue au traité d'Utrecht (voir «Mémoire sur les limites de l'Acadie, envoyé à Monseigneur le duc d'Orléans par le père Charlevoix», 29 octobre 1720 reproduit dans *Manuscrits historiques*, *ibid.* aux pp. 49-51).

³⁵ Voir G.F.G. Stanley, *New France : The Last Phase, 1744-1760*, Toronto, McClelland and Stewart, 1968 à la p. 81.

ficiers français ont alors fait valoir aux Anglais que les Iroquois n'obéissaient qu'à eux-seuls. Accepter la souveraineté de l'Indien était bien sûr une façon de nier celle de l'Anglais, tout en semant la discorde entre les deux alliés. Cette considération tactique mise à part, le fait peut être invoqué à l'appui de la souveraineté iroquoise, mais il ne nous apprend rien sur l'état du droit interne de la colonie, là où la France, tout en se disant souveraine, pouvait exercer quelque contrôle sur les populations indigènes³⁶.

Selon une directive du Ministère de la guerre³⁷, il semble que l'administration française ait été disposée, au début de la guerre de Sept Ans, à reconnaître le droit «primitif» des autochtones sur les terres où ils étaient situés. Agir autrement aurait été une injustice, disait-on³⁸. Il faut alors se demander s'il s'agissait d'une attitude fermement arrêtée, ou plus simplement d'une pause, le temps que la guerre passe. Cela n'aurait pas été une première ; Louis XIV, lors d'une guerre précédente l'opposant à son rival anglais, avait déjà demandé à ses gens d'avoir des égards pour les autochtones en raison de la conjoncture militaire³⁹. Sans qu'il soit nécessaire de mettre en doute la bonne foi du Ministère, nous ne pensons pas que sa directive, seule, suffise pour établir en droit un titre indien. On peut lui opposer toute l'histoire législative de la Nouvelle-France où l'on a ignoré ce supposé droit⁴⁰, sans oublier que toutes les terres mises de côté pour l'usage des autochtones leur ont été concédées comme une faveur du roi plutôt que comme un droit autochtone⁴¹.

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

³⁶ Une distinction que des auteurs, traitant des droits autochtones sous le régime français, omettent de faire (voir : Cumming et Mickenberg, *supra* note 10 à la p. 82 ; *The French Relationship*, *supra* note 24 à la p. 91 ; Dionne, *supra* note 10 à la p. 167).

³⁷ La directive de 1755 a été traduite par Jaenen dans *The French Relationship*, *ibid*.

³⁸ *Ibid.* à la p. 38.

³⁹ Voir «Mémoire du Roy au gouverneur de Frontenac et à l'intendant Bochart Champigny», 14 juin 1695 reproduit dans Québec, Secrétariat de la province, *Rapport de l'archiviste de la province de Québec*, R. Paradis Imprimeur du Roi, 1928-29 à la p. 254.

⁴⁰ Voir : E. Lareau, *Histoire du droit canadien depuis les origines de la colonie jusqu'à nos jours*, vol. 1, Domination française, Montréal, Périard, 1888 ; J. Bouffard, *Traité du domaine*, reproduction de l'édition originale de 1921, Québec, Presses de l'Université Laval, 1977 ; Brun, *supra* note 11 aux pp. 62-63.

⁴¹ M. le juge Gwynne, de la Cour suprême du Canada, a écrit : «It may be admitted that the Kings of France recognized no title in the Indians in any part of the territory in the possession of the Kings of France, whose mode of dealing with the Indians was to make, *ex gratia*, crown grants of land for their conversion, instruction, and subsistence [...]» (*St. Catharine's Milling*, *supra* note 9 à la p. 651). Voir aussi : O.P. Dickason, «Renaissance Europe's View of Amerindian Sovereignty and Territoriality» (1977) 8:3, 8:4 *Plural Societies* 97 à la p. 103 ; Stanley, *supra* note 11 à la p. 209 ; Brun, *ibid*.

B. *Non-usage du droit des gens comme une source autonome en droit français*

Les autochtones pourraient peut-être également invoquer les règles du droit des gens, le droit international du seizième au dix-huitième siècle⁴², à condition qu'il ait été incorporé dans l'ordre juridique interne de la France. Des juristes de cette époque ont effectivement soutenu que les puissances européennes ne pouvaient s'approprier les terres des indigènes sous le prétexte de les avoir découvertes. Nous ne dresserons pas un inventaire de la doctrine sur l'état de ce droit ; d'autres l'ont déjà fait avec compétence⁴³. Nous préférons nous interroger sur l'attitude du juge français face au droit international, en particulier lorsque la règle invoquée, demandant le respect de l'occupation autochtone, contredisait la pratique de son gouvernement.

À l'époque de la France des rois, les Européens assimilaient le droit des gens au droit naturel. C'était du moins la théorie dominante⁴⁴. Le droit naturel est un droit idéal, immuable, identifié à l'idée de justice, que l'on distingue du droit réel, le droit positif de tous les jours, créé par les hommes et par conséquent variable⁴⁵. Inspiré de Dieu, le droit naturel trônait au sommet de la hiérarchie des normes dans une conception moniste du droit⁴⁶. Même les rois devaient théoriquement y obéir, eux qui invoquaient Dieu comme la source de leur autorité⁴⁷. L'œuvre législative du souverain et de ses cours se résumait donc à découvrir ce droit supérieur et à le faire reconnaître dans l'ordre juridique positif interne⁴⁸. Un édit de Louis XIV illustre notre propos : «Qu'on ne dise point que le souverain ne soit pas sujet aux lois de son État, puisque la proposition contraire est une vérité du droit des gens [...]»⁴⁹.

⁴² «Un fait juridique doit être apprécié à la lumière du droit qui lui est contemporain [...]» (Extrait de l'arbitrage de Palmas, cité par l'agent du gouvernement français devant la Cour Internationale de Justice, séance publique du 7 octobre 1953, reproduit dans l'ouvrage de A.-C. Kiss, *Répertoire de la pratique française en matière de droit international public*, t. 1, Paris, Centre national de la recherche scientifique, 1962 à la p. 10).

⁴³ Voir Green, Dickason, Slattery, et Brun, *supra* note 11. Voir aussi *infra* note 54.

⁴⁴ Voir H. Kelsen, *Annales de la philosophie politique*, t. 3, Paris, Presses universitaires de France, 1959 à la p. 70.

⁴⁵ *Ibid.* à la p. 67.

⁴⁶ «[A]insi que les contrats et testaments des particuliers ne peuvent déroger aux ordonnances des magistrats, ni les edicts des magistrats aux coutumes, ni les coutumes aux loix générales d'un Prince souverain : aussi les loix des Princes souverains ne peuvent alterer, ni changer les loix de Dieu et de la nature» (J. Bodin, *Les six livres de la république*, vol. 1, Lyon, Gabriel Cartier, 1593, réimpression par Fayard, Paris, 1986 à la p. 193).

⁴⁷ *Ibid.* à la p. 217. Voir aussi P. Sueur, *Histoire du droit public français, XV-XVIII^e siècle*, vol. 1, Paris, Presses universitaires de France, 1989 à la p. 152.

⁴⁸ Voir J. Declareuil, *Histoire générale du droit français des origines à 1789*, Paris, Sirey, 1925 aux pp. 799-800. La même théorie a prévalu en Grande-Bretagne (voir A. Truyol y Serra, «Théorie du droit international public» dans Académie de droit international de la Haye, *Recueil des cours*, t. 173, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1992, 9 aux pp. 293-94).

⁴⁹ Édit de 1667 de Louis XIV, cité par Declareuil, *ibid.* à la note 24 de la p. 800.

On aurait alors pu croire que la pratique des États pouvait être censurée en s'appuyant sur le droit naturel. Kelsen a plutôt démontré la proposition contraire : le droit naturel a été essentiellement une théorie conservatrice visant à justifier l'ordre juridique établi⁵⁰. T. Hobbes, par exemple, a postulé la conformité du droit positif au droit naturel⁵¹. Grotius en a fait autant en définissant le droit des gens à partir des coutumes⁵². Le jurisconsulte néerlandais C. Van Bynkershoek, tout en critiquant l'approche de ses prédécesseurs, s'est néanmoins référé aux usages des nations lorsque la raison ne permettait pas de trancher une question litigieuse⁵³. Or, justement, à lire les opinions contradictoires des auteurs contemporains de la colonisation, il semble que la raison n'était pas le meilleur moyen pour décider de l'existence d'un titre, reconnu par le droit des gens, qui grèverait les territoires de chasse et de pêche des autochtones⁵⁴.

En plus d'annoncer, par ses méthodes, le triomphe à venir du positivisme juridique, la doctrine du droit naturel a aussi miné le fondement du droit des gens. En effet, les auteurs qui posaient un principe, en apparence généreux, ne manquaient pas de le compléter par des exceptions de façon à défendre la politique de leur pays, contredisant ainsi l'idée même de l'existence d'un droit universel⁵⁵. On sent dans leurs écrits tout le poids de la raison d'État. Les États ont d'ailleurs participé à cette imposture. Ils étaient tous prêts à admettre le principe de la suprématie des droits naturel et des gens dans la mesure où chacun se réservait le monopole de son interprétation⁵⁶. Ce n'était donc pas tant la théorie juridique mais plutôt la pratique du droit, la manière dont il a été interprété et appliqué, qui oblige à écarter le droit international comme une source autonome de droits pour les autochtones. Par conséquent, ces derniers ne peuvent l'invoquer de manière utile pour se faire reconnaître des droits qu'autrement on leur aurait niés.

Notre conclusion s'impose d'autant plus lorsqu'on considère la situation particulière de la France des seizième et dix-septième siècles. Non seulement y a-t-on érigé le dogme de l'absolutisme royal, mais les rois de France, qui se croyaient les héritiers de l'empire de Charlemagne et donc supérieurs aux autres monarques, n'ont jamais accep-

⁵⁰ Voir Kelsen, *supra* note 44 aux pp. 110-19.

⁵¹ Voir T. Hobbes, *De Cive*, Paris, Sirey, 1981, au c. 14, n° 10.

⁵² Voir C. van Bynkershoek interprète ainsi l'oeuvre de Grotius dans son ouvrage *Quaestionum juris publici libri duo*, trad. par T. Frank, New York, Oceana Publications, 1930 à la p. 20.

⁵³ Voir C. van Bynkershoek, «*De foro legatorum, tam in causa civili, quam criminali liber singularis*» dans J. Brown Scott, dir., *The Classics of International Law*, trad. par G.J. Laing, New York, Oceana Publications, 1964 à la p. 18.

⁵⁴ Qu'il suffise de citer deux auteurs français de la fin du dix-huitième siècle : Jean-Jacques Rousseau et Joseph-Robert Pothier. D'un côté, Rousseau, probablement inspiré par les idées de Gentili, Pufendorf et Vattel, prétendait que le travail et la culture étaient les seuls signes d'une propriété digne d'être respectée d'autrui. De l'autre, Pothier, reprenant la thèse de Vittoria mais sans la citer, n'admettait pas que l'on s'approprie une terre déjà habitée sous le prétexte de l'avoir découverte, quel que soit le caractère «sauvage» des habitants (voir : J.J. Rousseau, *Du contrat social*, livre 1^{er}, Paris, Seuil, 1977, c. 9 à la p. 189 ; J.-R. Pothier, *Oeuvres de Pothier*, vol. 9, 2^e éd., Paris, Cosse et Marshal, 1861, au n° 83).

⁵⁵ Ce fut, entre autres, le cas de Vittoria (voir: Green, *supra* note 11 aux pp. 39-47 ; Dickason, *supra* note 11 aux pp. 192-93).

⁵⁶ Voir Dickason, *ibid.*

té en pratique d'obéir à d'autre volonté que la leur⁵⁷. Le professeur Ernest Nys explique ainsi la part minime que prit la France dans le développement du droit des gens⁵⁸. La doctrine de l'époque, celle des découvertes et des premiers temps de la colonisation, tend d'ailleurs à démontrer que la France n'ait alors l'existence d'un ordre juridique international⁵⁹. Il faudra la défaite et l'humiliante paix d'Utrecht de 1713, pour mettre un frein aux prétentions de la France à l'hégémonie, tout en la sensibilisant à la nécessité d'un juste équilibre entre les nations, autrement dit au droit des gens⁶⁰.

C. Acquisition de certains droits d'occupation par l'application des coutumes notoires de droit privé

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

Supposons que le roi de France ait effectivement acquis la propriété du sol en même temps que la souveraineté sur toutes les terres découvertes en son nom. Les autochtones ont néanmoins continué d'occuper certaines terres. Puisque cet état de fait a duré un certain temps, il a pu créer des droits en vertu des règles de la prescription acquisitive (*l'usucapion*), d'autant plus qu'il semble que les autochtones avaient la capacité de prescrire⁶¹. Ils pouvaient alors le faire contre les concessionnaires de la couronne, compagnies ou seigneurs ; et s'il faut croire des auteurs tels Pothier et Loisel, ils auraient même pu prescrire contre le souverain, par cent ans, pour tous les droits qui n'étaient pas attachés à sa souveraineté⁶². Nous évoquerons deux hypothèses qu'il faudrait approfondir.

⁵⁷ La prétention impériale des Rois de France était «la négation même du droit des gens qui s'appuie sur l'interdépendance des États, non point assurément sur la suprématie de l'un des États sur les autres» (E. Nys, *Les théories politiques et le droit international en France jusqu'au XVIII^e siècle*, 2^e éd., Bruxelles, Albert Fontemoing, 1899 aux pp. 111-12).

⁵⁸ *Ibid.* à la p. 111.

⁵⁹ *Ibid.* à la p. 128.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ On sait, d'une part, que les autochtones convertis à la foi chrétienne devenaient des citoyens français (voir L. Rolland et P. Lampué, *Droit d'Outre-Mer*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 1959 aux n^o 57, 212). D'autre part, même les étrangers pouvaient invoquer la prescription de trente ans, «cette prescription n'étant pas une grâce de la loi civile accordée aux citoyens» (voir Pothier, *supra* note 54, «Traité des personnes et des choses» au n^o 49). Les étrangers pouvaient alors *a fortiori* invoquer la prescription immémoriale, dite aussi centenaire.

⁶² Voir Pothier, *ibid.*, «Traité de la prescription» au n^o 288. À l'appui de son opinion, très controversée, Pothier cite les auteurs Chopin, Bacquet, Salvains et Loisel. Il mentionne aussi Lebreton. Ce der-

La première hypothèse concerne l'acquisition d'un droit de propriété complet. Les autochtones ont en effet conservé un contrôle exclusif de larges portions du territoire, leur possession s'opposant à celle du propriétaire légal⁶³. L'occupation collective de la terre par les autochtones n'était pas un obstacle, car l'ancien droit français reconnaissait que plusieurs individus pouvaient la détenir en commun⁶⁴. Il s'ensuit que les membres d'une communauté autochtone pouvaient posséder une terre les uns pour les autres⁶⁵.

Cependant, l'occupation ne suffisait pas à acquérir ou à se faire reconnaître un droit de propriété. La Coutume de Paris exigeait aussi d'avoir l'*animus domini*, soit la volonté de posséder en tant que propriétaire⁶⁶. Il n'y a pas de formule incantatoire l'établissant ; l'existence de l'*animus domini* est une question de fait. On l'observe lorsque l'occupant pose des actes qui sont «l'expression du droit de propriété, plein, entier et complet»⁶⁷. D'aucuns objecteront que les autochtones, dont la culture était hostile au concept de la propriété individuelle⁶⁸, ne remplissaient pas cette condition. Ils auraient raison s'il était question de prouver le droit d'un seul autochtone, mais nous nous interrogeons sur l'existence du droit de sa communauté. Notre attention doit donc porter sur le comportement de celle-ci. Dès lors qu'une communauté autochtone a effectivement exercé les prérogatives d'un propriétaire, par exemple en exigeant un péage, ou plus généralement en contrôlant l'accès à un territoire⁶⁹, il est difficile de lui

nier, même s'il croyait nécessaire de suivre la règle de l'inaliénabilité en raison de son utilité publique, admettait qu'elle n'avait pas été observée, *nec in consulendo, nec in judicando*. Parmi les contradicteurs contemporains de Pothier, mentionnons C. De Ferrière, *Corps et compilation de tous les commentateurs anciens et modernes sur la Coutume de Paris*, t. 2, 2^e éd., Paris, Gosselin, 1714 aux pp. 300-301; P.J. Brillou, *Dictionnaire des arrêts ou jurisprudence universelle des parlements de France, et autres tribunaux*, t. 2, 2^e éd., Paris, Cavelier père et fils, Brunet, Gosselin, 1727 à la p. 714.

⁶³ Pothier a défini la possession comme étant la «détention d'une chose corporelle que nous tenons en notre puissance» (voir Pothier, *ibid.*, «Traité de la possession» au n° 1).

⁶⁴ «[C]haque pour une certaine part [...] des parts intellectuelles» (Pothier, *ibid.*, «Traité du droit du domaine de la propriété» au n° 17). Voir aussi : P. Ourliac et J.-L. Gazzaniga, *Histoire du droit privé français de l'An mil au Code civil*, Paris, Albin Michel, 1985 aux pp. 212, 213, 218 ; J. Brissaud, *A History of French Private Law*, New-York, Augustus M. Kelley, 1968 aux pp. 312-13 ; G. Antonetti, «Le partage des forêts usagères ou communales entre les seigneurs et les communautés d'habitants» (1963) 40 R. hist. dr. fran. et étrang. 238 à la p. 283.

⁶⁵ C'est une hypothèse que Pothier envisage quand il examine le problème de l'interruption de la prescription lorsque plusieurs possèdent en commun (voir Pothier, *ibid.*, «Traité de la prescription» au n° 55 ; *contra* Corinthe c. Séminaire de Saint-Sulpice (1911), 21 B.R. 316 à la p. 325, M. le juge Carroll).

⁶⁶ Voir Pothier, *ibid.*, «Traité du droit du domaine de la propriété» au n° 27. Les codificateurs du *Code civil du Bas-Canada* se sont inspirés de Pothier pour établir les conditions pour prescrire (voir «Troisième rapport des commissaires chargés de codifier les lois du Bas Canada, en matières civiles» dans *Code civil du Bas Canada : Premier, second et troisième rapports*, Québec, George E. Desbarats, 1865, 360 à la p. 512, art. 12).

⁶⁷ Voir W. Rodys, *Traité de droit civil du Québec*, t. 15, Montréal, Wilson et Lafleur, 1958 à la p. 77.

⁶⁸ Voir, par exemple, l'article de L. Little Bear, «A Concept of Native Title» (1982) 5:1, 5:2 Bull. Can. A. J. 99, auteur auquel nous réfère M. le juge en chef Dickson dans la cause *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075 à la p. 1112, 56 C.C.C. (3^e) 263 [ci-après *Sparrow* avec renvois aux R.C.S.].

⁶⁹ Voir Jaenen, *supra* note 11 à la p. 89.

nier l'intention d'être propriétaire, peu importe que les autochtones aient pris conscience du lien entre leur volonté collective de posséder et le concept juridique abstrait du droit de propriété.

Cugnet, dans son *Traité des Anciennes Loix de Propriété en Canada aujourd'hui Province de Québec*⁷⁰, a soutenu qu'un seigneur ne pouvait agrandir son domaine, par le moyen de la prescription trentenaire, étant donné que les registres de la colonie fixaient les bornes de sa concession. Il a fondé son opinion sur un jugement de l'intendant Hocquart du 16 juillet 1731⁷¹. Ce jugement pourrait être lourd de conséquence car on pourrait l'interpréter comme écartant toute possibilité d'acquérir une propriété par la prescription. Cependant, il resterait la prescription immémoriale, ou centenaire, parce que, selon les jurisconsultes Pothier et Dumoulin, «la possession centenaire doit être regardée plutôt comme un titre, que comme une prescription»⁷².

Une autre hypothèse est que les autochtones aient joui, à l'égard de leurs terres de chasse traditionnelles, de droits d'usage n'équivalant pas à une propriété complète, tels les droits de chasser ou de pêcher. Dans la France métropolitaine, les tenanciers détenaient souvent des droits d'usage sur les eaux, les bois et les pâturages de la seigneurie. La définition précise de ces usages était fixée par la coutume immémoriale de chaque domaine ou par une convention expresse⁷³ de sorte qu'ils pouvaient théoriquement varier à l'infini.

Cherchant à les qualifier selon les catégories du droit romain, la jurisprudence a longtemps hésité entre la servitude, au profit des maisons et des fonds du village, et le droit de propriété collectif, détenu par la communauté villageoise conjointement avec le seigneur⁷⁴. La possibilité pour les autochtones de prescrire certains usages tenait au choix que l'on a fait entre ces deux options. La Coutume de Paris, en effet, ne permettait pas d'acquérir une servitude par une longue jouissance, fut-elle centenaire, sans apporter un écrit en preuve⁷⁵. Or, les autochtones ne disposaient d'aucun écrit concernant leurs terres de chasse et de pêche. Interprétant la Coutume du Berri, la Cour de Cassation a finalement tranché la question de la qualification dans un sens favorable aux autochtones. Elle a jugé qu'un droit d'usage était suffisamment établi par la possession immémoriale de ceux qui le réclamaient, quoique la Coutume ait rejeté toute prescription en matière de servitude, car le droit d'usage participait de la propriété non de la servitude⁷⁶.

⁷⁰ Voir F.J. Cugnet, *Traité des Anciennes Loix de Propriété en Canada aujourd'hui Province de Québec*, Québec, Guillaume Brown, 1775.

⁷¹ *Ibid.* aux pp. 46-48.

⁷² Pothier, *supra* note 54, «Traité de la prescription» au n° 278 citant Dumoulin.

⁷³ Voir : F. Olivier-Martin, *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, Paris, Domat Montchrestien, 1951 à la p. 150 ; Ourliac et Gazzaniga, *supra* note 64 aux pp. 212-13 ; Antonetti, *supra* note 64 à la p. 239.

⁷⁴ Voir Antonetti, *ibid.* aux pp. 282-86.

⁷⁵ Voir Pothier, *supra* note 54, «Traité de la prescription» au n° 286.

⁷⁶ L'arrêt de la Cour de Cassation du 24 avril 1810 confirmait une décision de la Cour d'appel de Bourges rendue le 12 août 1807. Ces arrêts ont été reproduits par M. P.-A. Merlin dans *Répertoire*

II. Reconnaissance d'un titre indien originaire par l'introduction de la *common law*

De ce qu'en savaient les autorités britanniques, un point de vue du reste confirmé par des autochtones, jamais les Français n'auraient acheté un acre de terre indienne⁷⁷. À ce propos, le général Gage, gouverneur militaire de Montréal puis commandant en chef des forces armées en Amérique, a écrit au surintendant William Johnson :

[T]he difference betwixt the French conduct and ours in respect of Lands is worthy Observation ; In these provinces [les anciennes colonies britanniques] The people hold from Indian Grants. In Canada the only Titles the Indians pretend to have to their Lands are by Holdings from the French Kings⁷⁸.

Malgré leur interprétation du droit français, selon laquelle les autochtones ne détenaient aucun titre originaire sur leurs territoires de chasse et de pêche, les Britanniques ont choisi d'agir selon une autre politique, «a different plan» pour reprendre l'expression du général Gage⁷⁹. La décision de respecter les droits d'occupation des anciens alliés autochtones de la France ne s'imposait pas de prime abord. Motivée par des considérations de natures économique et militaire, elle était aussi l'aboutissement d'une stratégie adoptée par les militaires anglais lors de la guerre de Sept Ans.

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

A. Reconnaissance des droits des autochtones sous le régime militaire

Les militaires ont effectivement commencé à esquisser une politique autochtone pour le Canada dans les derniers mois du conflit avec la France. Le plan, très

universel et raisonné de jurisprudence, t. 18, 4^e éd., Paris, Garnery, 1813, au mot «usage». Merlin en a fait par la suite une critique dans *Recueil alphabétique de questions de droit qui se présentent le plus fréquemment dans les tribunaux*, t. 8, 4^e éd., Paris, Remoissenet, 1830, encore ici au mot «usage».

⁷⁷ Paroles des Indiens de la région de l'Ohio rapportées dans le journal de Croghan, adjoint du surintendant des affaires indiennes, le 30 août 1765, reproduit dans C.W. Alvord et C.E. Carter, dir., *The New Régime, 1765-1767*, Springfield (Illinois), Ill. St. Hist. L., 1916 à la p. 47.

⁷⁸ Voir Lettre de Gage à William Johnson, le 12 janvier 1763, dans W. Johnson, *The Papers of Sir William Johnson*, vol. 4, Albany, The University of the State of New York, 1925 à la p. 291 [ci-après Johnson (vol. 4)].

⁷⁹ Voir Lettre de Gage à William Johnson, 7 avril 1766 reproduit dans Alvord et Carter, *supra* note 77 à la p. 212.

simple, était de gagner les autochtones à leur cause en offrant la protection de la couronne, pour eux et pour leurs terres⁸⁰. On n'exigeait pas des autochtones qu'ils se battent aux côtés des soldats anglais, seulement qu'ils n'aident pas l'ennemi français⁸¹. Plus grand sera le nombre de conversions et meilleure sera notre situation militaire, projeta le commandant en chef des forces armées britanniques durant la guerre, le général Jeffery Amherst⁸². Son offre est devenue irrésistible pour les autochtones dès qu'ils se rendirent compte du caractère inéluctable de la défaite française.

Plusieurs documents témoignent des avances britanniques. En juin 1760, le général Amherst demanda à William Johnson de s'allier le plus grand nombre d'Indiens possible⁸³. Le surintendant Johnson se conforma aux ordres reçus. Aucune communauté autochtone n'a été exclue. Johnson entama des négociations avec la Confédération des Sept-Nations du Canada⁸⁴, près de Swegatchy, et déclara aux autochtones que la couronne entendait leur garantir la possession paisible des terres sur lesquelles ils vivaient, ainsi que le libre exercice de leur religion⁸⁵. Plus à l'est, le général Murray a promis aux Hurons de Lorette la liberté de poursuivre

⁸⁰ Voici un extrait d'un message du général Amherst à l'intention des autochtones, rédigé le 27 avril 1760 :

As I have nothing more at Heart than the good and welfare of the Community, I do assure all the Indian Nations, That his Majesty has not sent me to deprive any of you of your Lands and Property ; on the contrary, so long as you adhere to his Interest, and by your behaviour give proofs of the Sincerity of your attachment to his Royal Person and cause, I will defend and maintain you in your just rights [...] («Message du général Amherst aux Indiens», Pennsylvania Archives, Séries 1, 448-49, compilé par F. Jennings dans *Iroquois Indians: A Documentary History of the Diplomacy of the Six Nations and Their League*, 1761, Woodbridge (CT), Research Publication, 1985).

⁸¹ *Ibid.* Voir aussi la lettre du général Amherst au colonel Haldimand, 29 mai 1760, Archives nationales du Canada, *Haldimand Papers*, B-1 à la p. 64.

⁸² Voir «Lettre d'Amherst à Haldimand», le 31 mai 1760, Archives nationales du Canada, *Haldimand Papers*, B-1 à la p. 66. Lire aussi les motifs de M. le juge Lamer dans la cause *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025 aux pp. 1054-55, 56 C.C.C. (3^e) 225 [ci-après *Sioui* avec renvois aux R.C.S.].

⁸³ Voir la Lettre de Johnson à William Pitt, 24 octobre 1760, reproduit dans W. Johnson, *The Papers of Sir William Johnson*, vol. 3, Albany, University of the State of New York, 1921 à la p. 272 [ci-après Johnson (vol. 3)]. Amherst précisa, le 30 août suivant : «You will be best able to Judge what will be the most likely means to hinder the Indians from Joining the Enemy, in which Case, they may be Assured of being permitted to Live in Peace and Quiet, and of receiving all the protection, they can desire» (voir la Lettre de Amherst à Johnson, reproduit dans W. Johnson, *The Papers of Sir William Johnson*, vol. 10, Albany, University of the State of New York, 1951 à la p. 177 [ci-après Johnson (vol. 10)]).

⁸⁴ La Confédération regroupait les communautés villageoises d'Oka/Kanesatake (Mohawks, Algonkins et Nipissings), du Sault-St-Louis/Kahnawake (Mohawks), d'Oswegatchie (Onondagas et Cayugas), de Saint-Francis (Abénakis), et de Lorette (Hurons) (voir *Guide to the microfilm collection* à la p. 651 par Jennings, *supra* note 80).

⁸⁵ Procès verbal d'une rencontre, tenue le 21 août 1769 à Sault-St-Louis, au cours de laquelle on fit référence à la rencontre d'août 1760 (voir W. Johnson, *The Papers of Sir William Johnson*, vol. 7, Albany, University of the State of New York, 1931 aux pp. 109-10).

leurs coutumes contre leur engagement de rester neutre lors du conflit⁸⁶. Le général ordonna aussi à Thomas Ainslie de se rendre du côté nord du fleuve Saint-Laurent, dans le domaine que s'était réservé le roi de France, et «de prendre tous les Indiens de ce Domaine sous la protection du roi»⁸⁷. Les militaires continueront d'appliquer la même politique au lendemain de la guerre pour consolider leur emprise. William Jolinson s'occupa personnellement des autochtones des Grand Lacs⁸⁸, et il délégua son adjoint de Montréal, Daniel Claus, pour répéter les mêmes assurances aux autres communautés autochtones du Canada qu'il visiterait⁸⁹. Claus a ainsi promis aux Abénakis du nord du lac Champlain qu'ils conserveraient leurs terres⁹⁰. La politique du général Amherst a été menée à bonne fin si l'on en croit l'agent des affaires indiennes, le colonel Guy Johnson, qui affirma que les Indiens du Canada, essentiellement le sud du Québec et de l'Ontario d'aujourd'hui, «were [...] all promis'd [...] a security against encroachments on their lands»⁹¹.

Ces promesses du temps de guerre n'étaient pas vides de sens. La couronne, victorieuse, s'est toujours crue obligée, par la suite, de les respecter intégralement. La Cour suprême du Canada a d'ailleurs récemment consacré le caractère obligatoire de l'accord signé par le général Murray avec les Hurons de Lorette (traité Sioui)⁹², et la Cour d'appel du Québec en a fait autant pour l'accord entre Sir William Jolinson et la Confédération des Sept-Nations (traité de Swegatchy)⁹³.

⁸⁶ Voir R.H. Mahon, *Life of General the Honorable James Murray : A Builder of Canada*, London, John Murray, 1921 à la p. 263.

⁸⁷ Traduction de la Lettre de Thomas Ainslie à l'inspecteur général Jenkin William, 7 août 1786, reproduit dans V. Tremblay, *Histoire du Saguenay depuis les origines jusqu'à 1870*, Chicoutimi (Québec), Société historique du Saguenay, 1968 aux pp. 204-205. Murray a fait allusion à cette mission dans sa lettre à Lord Colvill, le 26 juin 1760, Archives nationales du Canada, *General Murray's Letters*, M.G. 23, G II, 1, vol. 1 à la p. 41.

⁸⁸ Le 3 septembre 1761, Johnson arriva à Détroit pour y rencontrer son adjoint et les représentants de douze nations autochtones des environs. La journée du 9 septembre, il entama les pourparlers en promettant aux autochtones : «[I]t is not at present, neither hath it been his Majestys intentions to deprive any Nation of Indians of their Just property by taking possession of any Lands to which they have a lawful Claim [...]» (voir Johnson (vol. 3), *supra* note 83 à la p. 478).

⁸⁹ «[A]ssure them [les Indiens du Canada] His Majesty intends them nor no Nations of Indians any Harm, as long as they behave properly, on the contrary, gives the greatest assurances of his protecting all such Nations, as have any right to expect it, which they of Canada, as well as others [...] have» (voir Lettre de William Jolinson à Daniel Claus, 20 mai 1761, reproduit dans Johnson (vol. 10), *supra* note 83 à la p. 269).

⁹⁰ Voir Lettre de Daniel Claus au lieutenant-gouverneur Cramahé, 3 juillet 1773, Archives nationales du Canada, *Claus Papers*, M.G. 19, F1, vol. 1 à la p. 159 ; aussi reproduit dans W. Jolinson, *The Papers of Sir William Johnson*, vol. 12, Albany, University of the State of New York, 1957 à la p. 1027 [ci-après Johnson (vol. 12)].

⁹¹ Voir «Colonel Guy Johnson to Lord George Germain», 26 janvier 1776, reproduit dans J.R. Brodhead, *Documents Relative to the Colonial History of the State of New York*, vol. 8, Albany (New York), Weed Parsons, 1857 aux pp. 654-55.

⁹² Voir *Sioui*, *supra* note 82.

⁹³ Voir *Coté*, *supra* note 8.

D'aucuns ont cherché à minimiser l'importance de l'offre des militaires en prétendant que la protection envisagée ne visait que les villages indiens, sans affecter les territoires de chasse et de pêche. La Cour d'appel du Québec, dans *Côté*, a jugé cette interprétation «irréaliste et difficilement acceptable dans le contexte de l'époque»⁹⁴. Une telle interprétation suppose effectivement que les autochtones se seraient contentés de négocier une protection restreinte qui ne tiendrait pas compte d'un attribut essentiel de leur mode de vie traditionnel : la pratique de la chasse et de la pêche. Or, dans l'affaire *Côté*, la Cour a interprété un traité signé avec la Confédération des Sept-Nations, des autochtones partiellement sédentarisés vivant sur les terres de mission⁹⁵. Son argument est d'autant plus probant lorsqu'on s'interroge sur la protection offerte aux communautés nomades, par définition sans établissement permanent, dont la survie dépendait uniquement de la continuation de leurs activités de chasse et de pêche sur les terres tribales. Une interprétation large et libérale, comme il est de règle pour tous les anciens documents concernant les autochtones⁹⁶, ne permet pas d'autre conclusion : les militaires britanniques ont voulu reconnaître l'existence d'un titre indien sur les territoires ancestraux des autochtones.

En signant les articles de capitulation de Montréal et conséquent avec la politique qu'il avait lui-même initiée, le général Amherst a stipulé à l'article 40 que les Indiens alliés du roi Louis XV seraient «maintenus dans les terres qu'ils habitent, s'ils veulent y rester»⁹⁷. Détail important, l'article 40 ne distinguait pas les autochtones domiciliés, habitant les terres des missions religieuses, des autochtones occupant toujours leurs terres ancestrales. Il est vrai qu'une capitulation, un traité de paix, ou tout autre acte en vertu duquel la couronne acquiert la souveraineté sur un territoire, ne peut limiter son pouvoir absolu de légiférer, et partant d'abroger des droits ou d'en reconnaître d'autres⁹⁸. On peut toutefois soutenir que ces documents, sans lier formellement la couronne, faisaient présumer son intention.

⁹⁴ *Ibid.* à la p. 1369.

⁹⁵ L'interprétation de la Cour paraît contredire celle du général Gage, du lieutenant-gouverneur Colden et de l'agent des affaires indiennes Daniel Claus, lorsqu'ils évoquent la question des droits des Indiens des missions (les Indiens qui ont quitté leurs terres ancestrales pour venir s'établir auprès des Français). Il est vrai que ces personnes ne mentionnent pas le traité de Swegatchy, sauf peut-être Claus, mais ils ne pouvaient tous ignorer son existence (voir *infra* notes 133-36 et le texte correspondant). La contradiction pourrait cependant n'être qu'apparente si l'on interprète le traité de Swegatchy comme la Cour suprême a interprété le traité Sioui, c'est-à-dire comme une garantie permettant aux autochtones la continuation de leurs activités sur les terres de la couronne tant que cette dernière ne les occupe pas de manière incompatible (voir *Sioui*, *supra* note 82 à la p. 1071, M. le juge Lamer).

⁹⁶ Voir : *Sioui*, *supra* note 82 aux pp. 1035-36, M. le juge Lamer ; *Nowegijick c. R.*, [1983] 1 R.C.S. 29 à la p. 36, M. le juge Dickson ; *Simon c. R.*, [1985] 2 R.C.S. 387 à la p. 402, 71 N.S.R. (2^e) 15, M. le juge Dickson ; *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85 à la p. 142, 71 D.L.R. (4^e) 193, M. le juge La Forest ; *R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901 à la p. 906, 55 C.C.C. (3^e) 353, M. le juge Wilson.

⁹⁷ Voir l'article 40 de la capitulation de Montréal, reproduit dans Shortt et Doughty, *supra* note 1 à la p. 18. Le professeur Brun propose une autre interprétation mais en se fondant principalement sur l'intention des Français (voir Brun, *supra* note 11 aux pp. 62-63).

⁹⁸ Voir *supra* note 5.

Nous ne nous intéressons pas à une promesse plus qu'à une autre. Leur intérêt vient de leur effet cumulé. Elles traduisaient ensemble une politique visant à reconnaître systématiquement le droit d'occupation des autochtones anciennement sous juridiction française. Plutôt que de la dénoncer, Whitehall a implicitement approuvé la politique de ses militaires. Le 5 août 1763, deux mois avant l'adoption de la *Proclamation de 1763*, les lords du commerce ont exigé du surintendant William Johnson et de ses adjoints des informations sur ces nations autochtones, encore inconnues, qui étaient déjà «under His Majesty's immediate protection»⁹⁹. On semblait donc considérer que la *common law* concernant le titre indien avait été introduite dans l'ancien territoire français, avec pour conséquence que toutes les communautés autochtones du Québec pouvaient l'invoquer, quoiqu'elles n'aient pu faire la preuve d'une entente particulière signée par leurs ancêtres. La *Proclamation de 1763* devait simplement confirmer législativement leurs droits.

B. Confirmation des droits des autochtones sous le régime civil

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

Les règles habituelles d'interprétation permettent le recours au contexte historique afin de déterminer l'intention des auteurs d'un document constitutionnel¹⁰⁰. Le poids de l'histoire devient même prépondérant quand il s'agit de textes aussi anciens que la *Proclamation de 1763* ou la commission du gouverneur Murray. Parce que le sens des mots ou les techniques de rédaction ont pu évoluer, il faut aller au-delà d'une interprétation littérale et exégétique afin d'éviter les anachronismes¹⁰¹. Nous ferons donc l'historique de ces documents.

1. La *Proclamation de 1763*

L'idée d'adopter une proclamation royale concernant la politique de Sa Majesté à l'égard de ses nouvelles possessions date du jour où les lords du commerce en firent la proposition au roi, le 5 août 1763. De l'avis de ces conseillers, inquiets des

⁹⁹ Voir «Lords of Trade to Sir William Johnson», 5 août 1763 dans J.R. Brodhead, *Documents relative to the Colonial History of the State of New York*, vol. 7, Albany (New York), Weed Parsons, 1856 à la p. 535 [ci-après Brodhead (vol. 7)].

¹⁰⁰ Voir, par exemple, la décision portant sur le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721.

¹⁰¹ Voir *Côté*, *supra* note 8 à la p. 1361, M. le juge Baudouin. Voir aussi Dionne, *supra* note 10 à la p. 131.

désordres menaçant la frontière ouest des colonies, une proclamation royale sous le grand sceau de la Grande-Bretagne semblait le moyen approprié pour délimiter les bornes d'un territoire réservé aux Indiens, où aucun établissement européen ne serait permis¹⁰².

On ressassait depuis quelque temps déjà le projet d'une immense réserve autochtone située le long de la frontière¹⁰³. Le roi George III a d'abord pensé qu'il était préférable de soumettre cette contrée à la juridiction du gouvernement d'une colonie. Les lords du commerce, dans leur rapport du 5 août 1763, cherchèrent à l'en dissuader et proposèrent plutôt l'installation d'un commandement militaire. À partir du moment où leur opinion prévalut dans les cercles ministériels, l'adoption d'une proclamation royale devint incontournable. En effet, la commission qui nommait le gouverneur d'une colonie royale était à cette époque considérée comme la constitution de cette colonie¹⁰⁴. Elle décrivait comment, sur un territoire donné, une assemblée représentative pouvait être convoquée, la manière d'y établir des tribunaux, et les droits devant être reconnus aux citoyens. Si le territoire indien avait été placé sous la juridiction d'une colonie, la commission de son gouverneur aurait suffi aux desseins du roi. C'était d'ailleurs ce qui avait été prévu¹⁰⁵. En suggérant de n'en rien faire, les lords du commerce devaient par la même occasion suggérer un autre instrument juridique pour organiser politiquement la réserve indienne de la frontière. Ce fut la *Proclamation de 1763*.

Dans sa réponse du 19 septembre aux lords du commerce, le roi, sous la plume de lord Halifax, approuva non seulement la suggestion d'une proclamation, mais affirma vouloir en étendre l'ampleur pour couvrir d'autres objets : faire connaître la création et les limites des quatre nouvelles colonies ; déclarer la constitution des nouveaux gouvernements et les pouvoirs généraux de leur gouverneur d'octroyer des terres dans leur juridiction ; interdire les achats privés de terres indiennes ; déclarer la liberté de commerce avec les Indiens, sujette à une réglementation à venir ; et conférer aux militaires et agents des affaires indiennes le pouvoir d'appréhender les criminels qui se seraient réfugiés dans la grande réserve indienne de la frontière¹⁰⁶.

Dans le passage de la *Proclamation de 1763* traitant de ce pays indien, George III déclara son plaisir et sa volonté

¹⁰² La lettre est reproduite dans Shortt et Doughty, *supra* note 1 aux pp. 123-26. Les lords du commerce firent référence à cette proposition dans leur lettre, elle aussi du 5 août 1763, à William Johnson (voir Brodhead (vol. 7), *supra* note 99).

¹⁰³ Voir C.W. Alvord, *Genesis of the Proclamation of 1763*, Michigan Pioneer and Historical Society Collections, Lansing, 1908 aux pp. 13-19.

¹⁰⁴ Voir L.W. Labaree, *Royal Government in America : A Study of the British Colonial System Before 1783*, New Haven, Yale University Press, 1930 aux pp. 1-10.

¹⁰⁵ Voir Lettre des lords du commerce à Egremont, 5 août 1763, reproduit dans Shortt et Doughty, *supra* note 1 à la p. 124.

¹⁰⁶ Voir Shortt et Doughty, *supra* note 1 aux pp. 127-28.

[...] de réserver pour le présent [...] pour l'usage desdits sauvages, toutes les terres et tous les territoires non compris dans les limites de Nos trois gouvernements ni dans les limites du 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 mer¹⁰⁷.

En s'appuyant sur ce passage, le Comité judiciaire du Conseil privé a reconnu la présence d'un titre indien sur la bande de terre encerclant, au nord et à l'ouest, l'ancienne colonie de Québec¹⁰⁸. Il est vrai que la terre en litige était située près du lac Supérieur. Toutefois, d'après le rapport de M. John Pownall, secrétaire permanent du *Board of Trade*, rien ne devait distinguer la réserve indienne au nord de la colonie de Québec de 1763 de celle située autour des Grands Lacs¹⁰⁹.

L'impact de la *Proclamation de 1763* sur les droits aborigènes à l'intérieur de la colonie de Québec est moins certain. On a certes interdit les achats privés de terres indiennes, mais dans la mesure où l'on peut se fier aux documents préparatoires cités plus haut, il n'était pas dans les objectifs de ses rédacteurs de définir la portée territoriale des droits aborigènes dans le gouvernement de Québec, quoiqu'ils aient pu y voir l'occasion d'ajouter une mesure de protection. Les désordres auxquels les lords du commerce voulaient remédier ne venait pas de là¹¹⁰. On trouve une référence, peut-être deux, se rapportant au titre indien dans la colonie de Québec. Il y a d'abord le paragraphe introductif de cette partie de la *Proclamation de 1763* traitant des autochtones :

Attendu qu'il est juste, raisonnable et essentiel pour Notre intérêt et la sécurité de Nos colonies de prendre des mesures pour assurer aux nations ou tribus sauvages qui sont en relation avec Nous et qui vivent sous Notre protection, la possession entière et paisible des parties de Nos possessions et territoires qui ont été ni concédées ni achetées et ont été réservées pour ces tribus ou quelques-unes d'entre elles comme territoires de chasse [...]¹¹¹.

Ensuite, dans le même paragraphe se trouve une interdiction aux gouverneurs des nouvelles colonies de concéder quelque terre au delà de leur gouvernement respectif, soit dans la grande réserve indienne. La même exigence a été formulée à l'intention des gouverneurs des anciennes colonies, à la différence près qu'on leur a interdit, en plus, de faire des concessions *sur toute terre qui, n'ayant pas été cédée ni achetée par la couronne, a été réservée aux autochtones*. Cet ajout a pu faire croire, *a contrario*, que les rédacteurs n'avaient pas en vue les terres des nouvelles colonies¹¹². On oublierait

¹⁰⁷ *Supra* note 3 à la p. 5.

¹⁰⁸ Voir *St. Catharine's Milling and Lumber Co. c. R.* (1888), 14 A.C. 46, 58 L.J. P.C. 54 (C.P.).

¹⁰⁹ Voir «Mr. Pownall's Sketch of a Report concerning the Cessions in Africa and America at the Peace of 1763» reproduit dans R.A. Humphreys, «Lord Shelburne and the Proclamation of 1763» (1934) 49 Eng. Hist. Rev. 241 à la p. 258.

¹¹⁰ La révolte de 1763 a surtout impliqué les autochtones de la région des Grands Lacs (voir B. Assiniwi, *L'Odawa Pontiac : L'amour et la guerre*, Montréal, XYZ, 1994 aux pp. 79-80).

¹¹¹ *Supra* note 3 aux pp. 4-5.

¹¹² Voir J. Beaulieu, C. Cantin et M. Ratelle, «La Proclamation royale de 1763 : le droit refait

alors qu'après avoir délimité les frontières du pays indien et défendu aux Européens de s'y établir, les rédacteurs de la *Proclamation de 1763* ont ajouté le paragraphe suivant :

Et Nous enjoignons et ordonnons strictement à tous ceux qui en connaissance de cause ou par inadvertance, se sont établis sur des terres situées dans les limites des contrées décrites ci-dessus ou sur toute autre terre qui n'ayant pas été cédée ou achetée par Nous se trouve également réservée [are still reserved, selon la version originale] pour lesdits sauvages, de quitter immédiatement leurs établissements [nos itاليques]¹¹³.

Les contrées «décrites ci-dessus» étant le pays indien situé au-delà de la frontière et les réserves des anciennes colonies, les autres terres, visées par la *Proclamation de 1763*, englobaient nécessairement l'ancien territoire du Québec¹¹⁴. Mais alors, quelles étaient ces autres terres qui, avant une cession des autochtones ou leur achat par la couronne, étaient des terres réservées ? Deux interprétations ont eu cours. Premièrement, certains ont soutenu qu'uniquement les terres de missions et les villages indiens créés ou autorisés par les autorités françaises étaient inclus¹¹⁵. Deuxièmement, d'autres ont ajouté à ces terres celles que les Indiens détenaient en vertu d'une occupation effective, et qui n'ont pas été concédées par les Français à leurs ressortissants¹¹⁶. Une interprétation textuelle de la *Proclamation de 1763* ne permet pas de choisir. Étant donné qu'elle

l'histoire» (1989) 49 R. du B. 317 à la p. 330.

¹¹³ *Supra* note 3 aux pp. 5-6.

¹¹⁴ Les auteurs Beaulieu, Cantin et Ratelle, croient plutôt que l'expression «contrées décrites ci-dessus» réfère au seul pays indien, ce qui leur permet d'affirmer que les rédacteurs, en utilisant les mots «autres terres», visaient seulement les réserves des anciennes colonies (voir Beaulieu, Cantin et Ratelle, *supra* note 112 à la p. 330). La Cour d'appel du Québec a préféré croire que la *Proclamation de 1763* protégeait, au minimum, les territoires indiens spécifiquement autorisés par les autorités françaises (voir : *Côté*, *supra* note 8 aux pp. 1362-63, M. le juge Baudouin ; *Adams c. R.*, [1993] R.J.Q. 1011 à la p. 1022, M. le juge Beaugrand, dont l'interprétation est plus généreuse que celle de son collègue M. le juge Baudouin [ci-après *Adams*], autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada accordée, le 9 décembre 1993, 23615). En outre, les instructions adressées au gouverneur Murray lui ordonnaient de se conformer aux directives contenues dans la *Proclamation de 1763* à l'égard des Indiens «qui sont sous la dépendance de votre gouvernement [...]», ce qui démontre l'applicabilité du décret royal au territoire du Québec (voir Shortt et Doughty, *supra* note 1 aux pp. 174-75). Dans sa thèse de doctorat, Brian Slaterry cite une traduction française de la *Proclamation de 1763*, faite par le gouvernement de Trois-Rivières le 28 janvier 1764, qui tend aussi à démontrer son application au territoire du Québec (voir Slaterry, *supra* note 11 à la p. 266).

¹¹⁵ Voir : *Côté*, *ibid.* ; Brun, *supra* note 11 aux pp. 35-95 ; R. Dussault et L. Borgeat, *Traité de droit administratif canadien et québécois*, vol. 2, 2^e éd., Québec, Presses de l'Université Laval, 1986 aux pp. 97-98 ; R.J. Surtees, *Indian Land Cessions in Ontario, 1763-1862 : The Evolution of a System*, thèse de doctorat en philosophie, Université Carleton, 1982 [non-publiée] aux pp. 8-9 ; *Étude sur la présence des Mohawks*, *supra* note 11 aux pp. 18-24.

¹¹⁶ Voir : *Adams*, *supra* note 114 à la p. 1022, M. le juge Beaugrand ; Ministère des affaires indiennes et du Nord Canada, *Anglo-Indian Relations In North America To 1763 And An Analysis Of The Royal Proclamation Of 7 October 1763*, par J. Staggs, Ottawa, 1981 aux pp. 358-59 ; Dionne, *supra* note 10 à la p. 138 ; Cumming et Mickenberg, *supra* note 10 à la p. 88 ; Slaterry, *supra* note 11 à la p. 219 ; R. Boivin, «Pour en finir avec la *Proclamation royale* : la décision *Côté*» (1994) 25 R.G.D. 131 aux pp. 136-42.

n'a pas été rédigée dans le but de définir l'étendue des droits des autochtones dans les colonies, il peut être utile d'aller chercher ailleurs, soit dans la commission du gouverneur Murray et les instructions l'accompagnant¹¹⁷, l'interprétation qui convient.

2. La commission du gouverneur Murray et les instructions l'accompagnant

La commission du gouverneur, rédigée en même temps que la *Proclamation de 1763*¹¹⁸, a elle aussi été adoptée sous le grand sceau de la Grande-Bretagne¹¹⁹, ce qui en a fait un document juridique d'égale importance¹²⁰. Cette commission et la *Proclamation de 1763* ont été les instruments de la première constitution québécoise. Malgré un certain chevauchement, les deux documents se complétaient l'un l'autre et doivent donc être interprétés de pair.

La rédaction de la commission de Murray a été faite en des termes généraux. Le quatrième paragraphe lui ordonnait d'exécuter tout ce qui se rattachait à son commandement conformément aux instructions, sous le sceau royal ou par décret du Conseil privé, qui lui seraient en même temps transmises. Ceci restreignait ce qui autrement auraient été de très vastes pouvoirs discrétionnaires. La commission avait aussi prévu la possibilité d'instructions ultérieures¹²¹. Pour ce qui est des terres, elle accorda au gouverneur Murray le pouvoir, conjointement avec le Conseil de la Province, de les distribuer, à condition que cela se fasse dans le respect des instructions royales¹²². La commission contenait aussi plusieurs autres renvois aux instructions. Whitehall pouvait de la sorte infléchir la politique future de la colonie sans pour autant avoir à changer son gouverneur. On parlerait aujourd'hui de l'adoption de ces instructions comme étant l'exercice d'un pouvoir délégué. Elles contenaient des règles aussi importantes que la composition du Conseil et les modalités de convocation de l'Assemblée générale des francs-tenanciers, les organes qui, de concert avec le gouverneur, exerçaient les pouvoirs législatif et réglementaire dans la colonie¹²³. Ne pas reconnaître aux instructions royales valeur de droit serait dans les circonstances du plus grand paradoxe¹²⁴.

Les instructions de Murray requerraient d'assurer la sauvegarde des droits acquis des Français et des Canadiens. Ces derniers pouvaient inscrire dans un registre tous les

¹¹⁷ Le texte de la commission et des instructions est reproduit dans Shortt et Doughty, *supra* note 1 aux pp. 146-80.

¹¹⁸ Le compte-rendu des délibérés du Conseil privé du 5 octobre 1763 fait état de projets de commissions pour les gouverneurs Murray (Québec), Grant (Floride est), Johnstone (Floride ouest), et Melvill (Grenade, Dominique, St-Vincent et Tobago) (*ibid.* à la p. 130).

¹¹⁹ *Ibid.* aux pp. 136, 143.

¹²⁰ Voir Labaree, *supra* note 104 à la p. 6.

¹²¹ Voir Shortt et Doughty, *supra* note 1 à la p. 147.

¹²² *Ibid.* à la p. 173. Si l'on veut connaître l'interprétation donnée aux directives de Sa Majesté, l'étude des décisions du Conseil paraît donc indiquée (voir *infra* notes 139-43).

¹²³ *Ibid.* aux pp. 156-60.

¹²⁴ Voir : Roberts-Wray, *supra* note 5 aux pp. 146-47; I.R. Christie, *Crisis of Empire : Great Britain and the American Colonies, 1754-1783*, London, Edward Arnold, 1966 aux pp. 16-17.

octrois ou concessions faites par l'ancien régime avant le 3 novembre 1762¹²⁵. On a aussi consacré trois articles¹²⁶ aux autochtones où sont décrits les droits leur étant reconnus et le comportement à adopter à leur égard. Le premier, l'article 60, suggérait au gouverneur de nommer aussitôt que possible une personne chargée de transiger avec les Indiens. Ce mandataire devait leur promettre la protection et l'amitié de la couronne. L'article 61 prévoyait une demande d'information sur les Indiens et un ordre de ne pas les molester ou les déranger dans les terres qu'ils occupaient ou possédaient. Enfin, l'article 62 exigeait du gouverneur le respect des dispositions de la *Proclamation de 1763*. Il interdisait donc aux sujets du roi d'acheter ou de prendre possession des terres réservées aux tribus d'Indiens vivant sous la protection royale. Rien n'était prévu pour l'enregistrement du titre indien. Whitehall a probablement pensé que, contrairement aux droits de propriété des colons français, ce titre était inaliénable et se confondait avec l'intérêt de la couronne, d'où l'inutilité apparente de l'enregistrement.

On pourrait dissocier l'article 61 de l'article 62 et prétendre que les terres réservées aux Indiens ne correspondaient pas à celles qu'ils occupaient ou possédaient, le corollaire étant que l'interdiction de les molester sur ces terres ne constituait pas la reconnaissance d'un droit quelconque. Toutefois, il ne faut pas oublier l'article 60 qui prévoit qu'il faut : «[R]assembler lesdits sauvages [...] traiter avec eux, leur promettre protection et amitié de Notre part»¹²⁷. Le roi a voulu offrir sa protection à tous les autochtones, sédentaires ou nomades, un geste qui aurait été vide de sens s'il n'avait visé la sauvegarde de leur unique bien d'importance : la terre. Or, eu égard à la situation des peuples nomades, on ne doit pas présumer que les instructions de la couronne n'avaient aucun effet utile ou, pis encore, que leur but était de tromper les autochtones : son honneur et sa dignité l'interdisaient¹²⁸.

Le roi, par ses instructions au gouverneur Murray, entendait simplement poursuivre la politique entreprise par ses généraux, soit d'offrir aux autochtones la protection de leur droit d'occupation contre l'acceptation de sa souveraineté : «[V]ous devrez plutôt employer les meilleurs moyens possibles pour gagner leur affection et les attacher à Notre gouvernement [...]»¹²⁹. D'application prospective, les instructions visaient les autochtones qui restaient à convaincre. Les autres, ceux auxquels on avait déjà fait cette promesse sous le régime des militaires, bénéficiaient déjà du manteau protecteur de la *Proclamation de 1763*. Ces documents reflétaient l'unité de pensée et d'action des autorités au lendemain de l'épuisant conflit avec la France.

L'objectif de la *Proclamation de 1763*, en somme, était de confirmer les droits ancestraux des autochtones ainsi que les titres qui leurs avaient été concédés par les Français. Elle n'a pas eu pour effet de les abroger en se substituant à eux. La Cour suprême du Canada a été claire sur ce point. Selon elle, la *Proclamation de 1763* reconnaît des

¹²⁵ Art. 42 des instructions reproduit dans Shortt et Doughty, *supra* note 1 à la p. 168.

¹²⁶ Arts. 60, 61, *ibid.* aux pp. 174-75.

¹²⁷ Art. 60, *ibid.* aux pp. 174-75.

¹²⁸ Voir Sparrow, *supra* note 68 à la p. 1107, M. le juge Dickson.

¹²⁹ Voir Shortt et Doughty, *supra* note 1 à la p. 174.

droits aux autochtones «sans que cela n'entraîne nécessairement l'extinction de tout autre droit leur étant reconnu par la couronne britannique [...]»¹³⁰. Monsieur le juge Brennan, de la Haute cour d'Australie, a de son côté ajouté : «[A] law which reserves [...] land [...] for the purpose of permitting indigenous inhabitants and their descendants to enjoy their native title works no extinguishment»¹³¹.

C. Première interprétation des droits des autochtones après l'adoption de la constitution québécoise de 1763

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

1. Distinction entre l'autochtone immigrant et celui vivant toujours sur le territoire ancestral

Alors qu'il s'interrogeait sur l'avalanche de réclamations territoriales faites par les autochtones, un problème que les Français ne connaissaient pas, le général Gage suggéra lui-même la réponse : «[...] I believe they [les autochtones] make Difficulty with us because we have gone on a different Plan»¹³². Le général s'était déjà expliqué plus longuement sur le sens de cette politique britannique. Il ressort de sa correspondance avec le lieutenant-gouverneur Colden que les autochtones des territoires cédés par la France devaient être traités sur le même pied que ceux des anciennes colonies britanniques. On reconnaît un titre original si les occupants vivaient toujours sur leurs terres tribales traditionnelles. Les autres, qui ont quitté leur établissement d'origine pour venir s'établir dans la colonie à l'invitation des Français, n'auraient de titres que ceux reconnus par leur société d'accueil. Les droits fonciers de communautés telles Kanawhake et Lorette dépendaient donc uniquement du droit de la Nouvelle-France¹³³. C'est

¹³⁰ Voir *Sioui*, *supra* note 82 aux pp. 1064-65, M. le juge Lamer. La Cour suprême du Canada, dans *Sioui*, a nié que la *Proclamation de 1763* ait eu quelque effet sur les droits issus de traités.

¹³¹ Voir *Mabo c. Queensland* (1991), 66 A.L.J.R. 408 à la p. 432. On pourrait aussi citer l'arrêt du Comité judiciaire du Conseil privé dans l'affaire *Star Chrome* où l'on a jugé que la création d'une réserve ne changeait pas la nature des droits des autochtones (*Quebec (P.G.) c. Canada (P.G.)* (1920), [1921] 1 A.C. 401 aux pp. 410-11, M. le juge Duff).

¹³² Voir Alvord et Carter, *supra* note 77 à la p. 212.

¹³³ Gage voulait démontrer à son interlocuteur l'utilité de la *Proclamation de 1763* pour protéger les terres des anciens alliés autochtones de la France. Le lieutenant-gouverneur Colden répliqua que l'on devait distinguer les Indiens du sud, qui sont des propriétaires originaux pour lesquels une politique de cession des terres avait été établie par la couronne, et les Indiens Caghnawagas (Kanawhake), Abénaquis et autres, qui vinrent s'établir au Canada à l'invitation des Français pour servir de barrière entre eux et les Anglais ; une observation juste selon Gage (voir Lettres des 27 janvier et 6 février 1764, reproduit dans Johnson (vol. 4), *supra* note 78 aux pp. 307, 308, 318). Cette interprétation concorde avec la promesse faite aux Indiens des missions de Kanawhake et de Kanesatake voulant qu'ils jouissent des mêmes droits que sous le régime français : «[Ces Indiens] were promised by Sr. Wm.

pour cette raison que Daniel Claus, l'agent des affaires indiennes pour le Canada, a refusé d'accepter la demande des Hurons de Lorette qui exigeaient de plus grands territoires :

All I have to observe upon the subject is that whenever a nation or people quit their native country in order to settle & abide in any other nation or government [...] it is reasonably supposed & expected that they are to submit & conform themselves to the laws forms & customs of that nation or government, which I dare say you have experienced while this country was governed by the French¹³⁴.

Le général Gage n'aurait pas dit autrement. Il s'est effectivement montré exaspéré des demandes des Indiens de Kanawhake qui voulaient se faire reconnaître un titre sur les terres adjacentes à leur réserve. «[I] believe they have no more Right than I have», a-t-il écrit à William Johnson¹³⁵. Dix jours après, il communiquait avec l'adjoint de Johnson dans la vallée de l'Ohio, Daniel Croghan, le prévenant de se méfier des réclamations non fondées que pourraient faire les autochtones de Fort Chartres ou des rivières Kaskaskias et Ohio. Ces terres, croyait-il, ne leur ont jamais appartenu. Ils y sont venus après avoir fui leurs ennemis en espérant que les Français les protégeraient, et ces derniers ne leur ont concédé aucun titre¹³⁶.

2. Exemples d'application de la politique britannique envers les autochtones

La méfiance des Britanniques ne les empêchait pas de rendre justice lorsque les requêtes des autochtones leur paraissaient fondées. À l'ouest de la colonie, par exemple, dans la région de l'Outaouais, le gouverneur Carleton a dédommagé les Algonquins et les Nipissings pour des terres dont ils avaient été dépossédés¹³⁷.

Johnson in behalf of His Majesty to enjoy the same privileges they did under the french government and perhaps greater» (voir Journal de Daniel Claus, 15 juillet 1773, dans W. Johnson, *The Papers of Sir William Johnson*, vol. 13, Albany, University of the State of New York, 1962 à la p. 622). D'ailleurs, en 1784, le gouverneur Haldimand refusa de reconnaître les droits des Mohawks sur la rive sud du Saint-Laurent parce qu'ils ne pouvaient présenter aucun titre (voir la Lettre de John Johnson au général Haldimand, 11 mars 1784, reproduit dans E.A. Cruikshank, *The Settlement of the United Empire Loyalists on the Upper St. Lawrence and Bay of Quinte in 1784 : A Documentary Record*, Toronto, Ontario Historical Society, 1934 aux pp. 58-59).

¹³⁴ Réponse de Daniel Claus aux Hurons de Lorette dans «Answer to the Hurons of Lorette», 28 juillet 1773, Archives nationales du Canada, *Claus papers*, M.G. 19, F1, vol. 1 à la p. 105.

¹³⁵ Voir Lettre du général Gage à William Johnson, 7 avril 1766, reproduit dans Alvord et Carter, *supra* note 77 à la p. 212.

¹³⁶ Lettre de Gage à Croghan, 16 avril 1766, reproduit dans Alvord et Carter, *ibid.* à la p. 216. De l'opinion des éditeurs, le général commettait alors une erreur de fait car ces autochtones auraient occupé le territoire bien avant l'arrivée des Français (*ibid.*). Il va de soi que l'erreur de fait n'invalide pas l'interprétation du droit du général Gage.

¹³⁷ Voir «Report of a Committee of the Executive Council, present the Honourable Mr. Smith, Mr. De Lacy, Mr. Stewart, and Mr. Cochran, on your Excellency's Reference of the 7th October 1836, respecting the Indian Department» dans British North American Provinces, *Copies or Extracts of*

Ceux-ci avaient exhibé à l'appui de leur prétention une copie authentique de la *Proclamation de 1763*, contresignée par l'agent des affaires indiennes John Johnson à la demande des Algonquins¹³⁸. Au sud de la colonie se trouve la réserve iroquoise de Saint-Régis, un territoire qui chevauche les frontières du Québec, de New-York et du territoire indien. On y aurait confirmé le titre des Iroquois parce que, selon le surintendant Johnson, «[t]he Indians of St. Regis are descended from the Original Proprietors, of course [they] have a Right there [...]»¹³⁹.

La protection de la couronne se manifestait aussi à travers les actes du Conseil de la Province. L'organisme, chargé de la gestion du patrimoine de la couronne, devait examiner les requêtes des colons désirant obtenir des concessions de terres. Il était donc investi du pouvoir d'interpréter les instructions royales relatives aux terres occupées par les autochtones¹⁴⁰. Une copie de tous les journaux du Conseil était adressée à Whitehall qui en étudiait le contenu¹⁴¹. Le fait que la métropole ne soit pas intervenue dans ses affaires ne fait que donner plus de poids aux décisions du Conseil.

Le Conseil de la Province de Québec s'occupa plus particulièrement de la péninsule de Gaspé, une région facile d'accès, encore peu habitée malgré la présence des Micmacs, et qui suscitait la convoitise des Européens. Joseph Philibot a été l'un d'eux. Avec en poche un arrêté en Conseil du roi lui allouant 20 000 acres de terre, le lieu précis restant à déterminer¹⁴², Philibot se rendit en 1766 auprès du Conseil de la Province pour demander son dû. Il désigna des terres baignées par la rivière Restigouche, dans la Baie des Chaleurs. Le Conseil refusa parce que ces terres étaient la propriété des Micmacs, ou revendiquées par eux comme telle, et que, «by His Majestys express command as set forth in his Proclamation of 1763, not within their power to grant»¹⁴³. L'infortuné Philibot reçut la même réponse à deux autres reprises, en 1767 et 1768¹⁴⁴, avant qu'on accède enfin à sa demande, mais cette fois

Correspondence Since 1st April 1835, Between the Secretary of State for the Colonies and the Governors of the British North American Provinces Respecting the Indians in those Provinces, impression ordonnée par la Chambre des communes, 17 juin 1839, réimpression par Canadiana House, Toronto, 1973 aux pp. 27, 32.

¹³⁸ *Ibid.* Voir aussi Johnson (vol. 10), *supra* note 83 à la p. 985.

¹³⁹ Voir Compte-rendu de la rencontre entre Sir William Johnson et les Indiens du Canada, 6 août 1770, reproduit dans Johnson (vol. 12), *supra* note 90 à la p. 843. Il semble que Johnson se soit trompé sur le fondement du droit des Iroquois car la réserve de Saint-Régis leur a été concédée par le roi de France au début de la guerre de Sept Ans (voir Stanley, *supra* note 11 aux pp. 204-205). Johnson donne néanmoins une indication du droit applicable.

¹⁴⁰ Voir Shortt et Doughty, *supra* note 1 à la p. 173.

¹⁴¹ Le secrétaire du Roi, lord Hillsborough, en faisait lui-même la lecture (voir Lettre de lord Hillsborough au lieutenant-gouverneur Cramahé, 18 avril 1772, R.-U., Public Record Office, document C.O. 42/31 à la p. 101).

¹⁴² L'arrêté en Conseil porte la date du 18 juin 1766, Archives nationales du Canada, *Lower Canada Land Papers*, R.G. 1, L 3 L, vol. 157 à la p. 76977 et s.

¹⁴³ Voir «Journal du Conseil de Sa Majesté pour la Province de Québec», le 23 décembre 1766, R.-U., Public Record Office, C.O. 42/27 à la p. 48.

¹⁴⁴ Voir «Journal du Conseil de Sa Majesté pour la Province de Québec», les 22 avril 1767 et 18

pour une terre à Petit-Pasbebiac qui ne souleva pas d'objection des autochtones¹⁴⁵. Le 16 mai 1767, le Conseil refusa une requête semblable présentée par Hugh Finley, au nom de quelques Acadiens, pour une autre terre située dans le bassin de la Restigouche¹⁴⁶.

Infatigables, les Micmacs poursuivirent entre-temps leurs représentations auprès de Québec pour qu'on reconnaisse enfin leurs droits, ce qui amena le gouverneur Haldimand à transmettre au lieutenant-gouverneur Cox cette instruction les concernant : «They must be supported in whatever rights or privileges respecting their hunting etc [...] they are entitled to at Restigouche [...]»¹⁴⁷. Acadiens et Micmacs se querellaient continuellement autour de la rivière Restigouche. On essaya, en 1785, de tracer une frontière départageant les deux camps, mais sans succès¹⁴⁸. Le gouvernement créa alors une commission chargée d'enquêter sur les griefs des autochtones. Cox, qui faisait partie de la commission, a estimé que les Micmacs n'étaient pas propriétaires des terres qu'ils occupaient, car celles-ci avaient été concédées en seigneurie sous le régime français. Elles devaient donc revenir à la couronne après le départ des propriétaires légaux en vertu du droit de retrait. Il a par contre jugé que le droit de pêche des Micmacs dans la Restigouche n'avait pas été éteint et ferait donc «[...] l'objet d'un rapport favorable au gouverneur lord Dorchester (Carleton)»¹⁴⁹.

De l'autre côté du fleuve Saint-Laurent habitaient les Montagnais. Le régime économique particulier régissant leur territoire les a mis à l'abri de la colonisation pendant plus d'un demi-siècle ; suffisamment longtemps pour oublier les promesses passées. Quand le général Murray demanda à Thomas Ainslie de se rendre auprès des Montagnais des postes de traite de Tadoussac et Chicoutimi, l'un de ses buts était de faire obstacle aux Français afin qu'ils n'utilisent pas la voie maritime du Saguenay pour y faire transiter des vivres et des munitions en direction du Haut-Canada¹⁵⁰. Les considérations de nature commerciale n'étaient toutefois pas absen-

août 1768, R.-U., Public Record Office, C.O. 42/27 à la p. 157 et C.O. 42/28 à la p. 554.

¹⁴⁵ Voir «Journal du Conseil de Sa Majesté pour la Province de Québec», 3 novembre 1768, R.-U., Public Record Office, C.O. 42/29 à la p. 20.

¹⁴⁶ Voir «Journal du Conseil de Sa Majesté pour la Province de Québec», 15 mai 1767, R.-U., Public Record Office, C.O. 42/27 à la p. 188.

¹⁴⁷ Le 16 août 1780, Archives nationales du Canada, *Haldimand Papers*, B-202 à la p. 106. Un peu plus loin, à la rivière Nouvelle, Cox avait aussi promis aux Indiens par écrit qu'aucune activité ni établissement ne serait permis sur cette terre sans un écrit venant de lui. Il s'est engagé à protéger leurs droits et privilèges en attendant la décision du gouverneur concernant leur réclamation (voir Lettre de Cox au gouverneur Haldimand, le 16 août 1784, Archives nationales du Canada, *Haldimand Papers*, B-202 à la p. 186).

¹⁴⁸ Voir Lettre de Felix O'Hara au gouverneur Haldimand, le 12 septembre 1785, Archives nationales du Canada, *Haldimand Papers*, B-202 à la p. 222.

¹⁴⁹ Voir *Dictionnaire Biographique du Canada*, vol. 4 (1771-1800), Québec, Presses de l'Université Laval, 1980 aux pp. 165, 194 sous les noms de «Joseph Claude» et de «Nicholas Cox».

¹⁵⁰ Voir Lettre de Murray à lord Colvil, le 29 mai 1760, Archives nationales du Canada, *General Murray's Letters*, M.G. 23, G II, 1, vol. 1 à la p. 32.

tes. Ces postes, les seuls établissements européens du Saguenay, desservait le Domaine du Roi, un territoire où le roi de France retirait tous les bénéfices provenant de la traite des fourrures. La continuation de ce monopole commercial pouvait tout autant profiter à la couronne anglaise, et le général Amherst ordonna à Murray de poursuivre la même politique¹⁵¹. Murray s'assura donc de la coopération des Indiens en leur offrant en échange la protection de la couronne¹⁵².

Tout alla comme avant jusqu'à ce que des marchands décidèrent de construire d'autres postes de traite. Ils invoquèrent, au soutien de leur acte, les dispositions de la *Proclamation de 1763* leur garantissant la liberté de commerce avec les Indiens. Le Conseil de la Province ordonna leur destruction en se fiant à un avis du procureur-général, celui-ci ayant jugé que les marchands avaient construit sur des terres réservées aux Indiens par la *Proclamation de 1763*¹⁵³. Un comité du Conseil privé entérina cette décision, mais pour l'unique motif que les terres du Domaine du Roi étaient exclues de l'application des dispositions de la *Proclamation de 1763* sur la liberté de commerce. Rien n'indique que les droits des Indiens de la région aient été considérés, que ce soit pour les nier ou pour les confirmer¹⁵⁴. Cependant, on sait d'une autre source que l'opinion des Montagnais comptait énormément aux yeux du gouvernement britannique¹⁵⁵. Ce gouvernement ne les aurait sûrement pas condamnés lorsque les Montagnais ont interprété la promesse d'Ainslie comme une garantie de la continuation de leurs activités de chasse et de pêche¹⁵⁶.

¹⁵¹ Voir Plaidoyer de Murray à ses supérieurs pour se défendre d'accusations de malversations portées contre lui, non daté, Archives nationales du Canada, *General Murray's Letters*, M.G. 23, G II, 1, vol. 3 à la p. 222.

¹⁵² Voir Tremblay, *supra* note 87.

¹⁵³ Voir Slattery, *supra* note 11 aux pp. 223-24.

¹⁵⁴ Voir «Report from the Right Honorable the Lords of the Committee of Council for Plantation Affairs», Proclamation, 20 octobre 1768, La Gazette de Québec.

¹⁵⁵ Voir Échange entre le lord de la trésorerie et le receveur-général, 10 mars 1766, Archives nationales du Canada, *General Murray's Letters*, MG 23, G II, 1, vol. 3 aux pp. 176-77.

We having been informed that the Posts and places of Resort to which the Indians [and] Savage Nations used at Stated times of the year to come with their Furs and Peltries were formerly kept as part of the Kings Domain and Estate But that a Lease of the said Posts and places hath been granted by governor Murray to a Company of Merchants [...] acquaint us for His Majestys Information whether in your opinion by the Continuance of the said Lease the Confidence of the Savages may be gained And their affections to His Majestys government be conciliated and preserved in the most effectual Manner, or whether the said purposes may not be better Answered and obtained by opening a free Intercourse of Trade between them [and] the Province [nos italiques].

¹⁵⁶ Inquiets des rmneurs courant sur la vente de leurs terres à des particuliers, les Montagnais ont rappelé au gouverneur Murray la promesse faite par son émissaire et le sens qu'ils lui ont donné. Voici leurs propos, tels que les a rapportés le père Coquart dans une lettre au gouverneur Murray, le 12 mars 1765 aux pp. 1-2 :

Sont-ce la les promesses que nous que nous [sic] a fait faire notre père le Roy d'Angleterre ; toi, mon père [le père Coquart], tu nous a dis que son intention était de nous faire jouir des avantages de la paix comme ses autres sujets, nous espérons qu'il voudra bien nous tenir la parole qu'il nous a fait donner [...]

Tout en acceptant le principe de l'existence d'un titre indien originaire dans les anciennes possessions françaises, les autorités britanniques ont néanmoins modulé l'application de ce principe en fonction du territoire visé. Elles ont, en effet, beaucoup plus facilement reconnu le titre indien au nord et à l'ouest de la colonie de Québec, tel que l'a défini la *Proclamation de 1763*¹⁵⁷, qu'à l'intérieur de ses frontières. Cette attitude, de la part des autorités britanniques, reflétait l'importance politique des limites territoriales. Rappelons les engagements du roi George III auprès des autochtones qu'aucun établissement européen ne serait permis sur le territoire indien¹⁵⁸. Par conséquent, la couronne ne pouvait unilatéralement ouvrir de nouvelles terres à la colonisation, et ainsi remettre en cause le tracé des frontières, sans du coup irriter les autochtones et faire courir de graves dangers aux immigrants anglais. Par ailleurs, dans les colonies où les Indiens et les Européens cohabitaient depuis plus d'un siècle et demi, cette éventualité semblait moins probable. La colonie de Québec, par exemple, avait un rapport démographique favorisant les Européens dans une proportion de dix contre un¹⁵⁹. On comprend alors pourquoi Whitehall n'a éprouvé aucun scrupule à favoriser sa colonisation¹⁶⁰. Les autochtones devaient protester avec véhémence pour qu'on daigne les écouter, et l'interlocuteur anglais

Aujourd'hui notre Père Le Roy d'Angleterre a fait par Les armes la Conquête de Ce pays, Ce pays luy appartient donc : C'étaient [*sic*] des terres que le Roy de France s'était réservées elles appartiennent aujourd'hui à notre Père le Roy d'Angleterre, qu'il les prenne donc, qu'il se les réserve nous voulons être ses enfants, et nous luy serons toujours fidèles : nous demandons seulement qu'il nous fasse chasser tranquillement et sans Inquiétude, que nous n'ayions à répondre qu'à luy ou au chef qu'il mettra à Québec pour nous gouverner, mais qu'il ne permette pas que l'on donne ou vende nos terres à plusieurs particuliers (voir la Référence au Fonds d'archives du Conseil exécutif, 03Q-E5, art. 11, aux Archives nationales du Québec).

Malgré cette lettre, le Conseil de la province demanda tout d'abord aux Montagnais de produire un titre de propriété (voir M. Ratelle, en collaboration avec le Bureau du coordonnateur aux affaires autochtones, Ministère de l'Énergie et des Ressources, *Contexte historique et localisation des Attikameks et des Montagnais de 1760 à nos jours*, vol. 1, Gouvernement du Québec, 1987 aux pp. 39-42). Il semble que le Conseil abandonna son exigence et épousa le point de vue des autochtones puisque ce même Conseil a plus tard considéré que leurs terres étaient protégées par la *Proclamation de 1763* (voir Slattery, *supra* note 11 aux pp. 223-24).

¹⁵⁷ *Supra* note 3 aux pp. 1-2.

¹⁵⁸ *Supra* note 3 aux pp. 4-6. Aussi, les traités signés pour préciser les limites du pays indien prévoyaient que toute modification aux frontières se ferait de consentement mutuel (voir «Rapport des lords du commerce sur les affaires indiennes», 7 mai 1768, R.-U., Public Record Office, C.O. 5/69 à la p. 67).

¹⁵⁹ En 1763, la colonie de Québec comptait environ 75 000 habitants alors que le nombre d'autochtones recensés dans ce territoire, encore en 1823, ne dépassait pas 7 000 (voir la carte «Canada, autochtones 1823» dans Service d'information de l'Atlas national, Division des services de géographie, Centre canadien de cartographie, Énergie, Mines et Ressources Canada, *L'Atlas national du Canada*, 5^e éd., 1990).

¹⁶⁰ «I have only to express the satisfaction it gives me to find, by the variety of applications for land which appear upon the last minutes of Council [le Conseil de la Province de Québec], that so great a spirit for cultivation of the vast lands in the colony has spread itself among His Majesty's natural born subjects [...]» (voir Lettre de lord Hillsborough au lieutenant-gouverneur Cramahé, *supra* note 141).

se montrait parfois très exigeant avant de leur reconnaître quelque droit¹⁶¹. Nous convenons donc que les droits des autochtones de la colonie sur leurs terres tribales traditionnelles n'ont pas toujours été respectés, loin de là. Par ailleurs, il paraît indiscutable que les Britanniques aient reconnu le principe de leur existence et promis de les protéger.

Conclusion

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

Pouvait-on acquérir dans la colonie une propriété par la prescription de trente ans ? Cela aurait grandement facilité l'acquisition d'un droit de propriété car la Nouvelle-France et l'Acadie ont été entre les mains de propriétaires privés pendant plusieurs dizaines d'années avant de redevenir des colonies de la couronne. Une fois écartée la prescription trentenaire, il ne reste que celle de cent ans, dite aussi immémoriale. Elle permettait d'acquérir tant une propriété complète que des usages. Mais alors, à moins qu'ils ne limitent leurs prétentions aux terres demeurées en possession de particuliers, les autochtones doivent prétendre avoir prescrit contre la couronne. Nous pensons pourtant que ce fut le cas, non seulement parce que la jurisprudence et une partie de la doctrine française l'ont autrefois admis¹⁶², mais aussi parce que la règle de l'inaliénabilité perdait sa raison d'être en Amérique. En effet, au contraire de la France métropolitaine, où le roi a cherché à mettre un frein à l'érosion de son domaine pour un motif d'intérêt public, l'aventure coloniale par définition impliquait l'aliénation des terres des colonies à des particuliers, même si

¹⁶¹ Comme cette fois où le lieutenant-gouverneur Cox de Gaspé a considéré que les autochtones ne devaient bénéficier d'aucun traitement préférentiel :

Four or five Indian families are settled on river Cascapija, one family only claims the sole right of fishing in said river. I think it an unreasonable claim as the said river is situated between Tracadigaich and Bonaventura, in the heart of our settlement, and where the next township in this bay, for the loyalists ought to be laid out, on account of the said river, and the goodness of the land, therefore said river ought to be [...] not monopolisee, by Savage, Accadian, or any other (voir «Lettre de Cox au gouverneur Haldimand», *supra* note 147).

¹⁶² Voir *supra* note 63.

ces terres faisaient partie du domaine de la couronne. À cela on peut ajouter le fait que le roi, non seulement connaissait les usages des autochtones, mais les encourageait, car toute l'économie de la colonie était fondée sur la continuation des activités traditionnelles de chasse. L'intérêt public au Canada allait donc dans le sens d'une aliénation du domaine de la couronne.

Les droits des autochtones sous le régime français sont un acquis à partir duquel les Britanniques pouvaient ajouter d'autres droits, et ils ne s'en sont pas privés. Ils ont appliqué en Nouvelle-France la même politique qu'ils ont suivie tout au long de leur aventure américaine, soit le respect de l'occupation par les autochtones de leurs terres tribales traditionnelles, sans que l'application de leur politique ne connaisse d'exception. Il faut alors conclure que les autorités britanniques ont voulu étendre à leurs nouvelles possessions la *common law* concernant le titre indien. Nous avons ici profité des travaux de nos prédécesseurs. Notre intention était d'approfondir leurs recherches en offrant une interprétation plus globale des événements et des textes juridiques, et en tentant de démontrer, par l'ajout de sources inédites, ce que nous avons appelé «l'unité de pensée et d'action des autorités britanniques»¹⁶³.

Toutes les questions dont nous avons traité ont un intérêt actuel car la Cour suprême du Canada doit bientôt rendre jugement dans les procès *Côté*¹⁶⁴ et *Adams*¹⁶⁵, deux affaires où l'on a plaidé l'existence d'un titre indien originaire dans le territoire de l'ancienne colonie de Québec, ainsi que l'application de la *Proclamation de 1763* sur ce territoire. L'enjeu de chacun des procès dépasse la mise des plaideurs gouvernementaux et autochtones. La Cour pourrait effectivement se prononcer sur les droits des autochtones sous le régime français, un régime dont on sait qu'il a régi pour un temps la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick, là où les autochtones n'ont pas encore signé de traités de cession. Par ailleurs, si la Cour en venait à la conclusion que la *common law* concernant le titre indien s'applique aux terres anciennement sous juridiction française, les deux provinces maritimes seront également affectées. L'impact des jugements *Côté* et *Adams* se fera aussi sentir ailleurs au Québec. Les nations Algonquine, Micmac, Attikamek et Montagnaise sont bien sûr concernées, elles qui vivent toujours sur leurs anciennes terres tribales. Elles peuvent invoquer tant la *common law* que la Coutume de Paris au soutien de leurs prétentions. Quant aux autochtones immigrants, Mohawks, Abénakis ou Hurons vivant sur les vieilles terres de mission, ils peuvent eux aussi prétendre avoir des droits hors de leur réserve, mais cette fois uniquement en vertu du droit coutumier français.

¹⁶³ Voir à la p. 82 ci-dessus.

¹⁶⁴ Voir *Côté*, *supra* note 8.

¹⁶⁵ Voir *Adams*, *supra* note 114.