

## La Loi constitutionnelle de 1982. Droit des autochtones

James O'Reilly

Volume 25, Number 1, 1984

La Loi constitutionnelle de 1982 : un premier bilan

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/042588ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/042588ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

O'Reilly, J. (1984). La *Loi constitutionnelle de 1982*. Droit des autochtones. *Les Cahiers de droit*, 25(1), 125–144. <https://doi.org/10.7202/042588ar>

Article abstract

This article deals with the rights of the Aboriginal Peoples of Canada recently recognized in the *Constitution Act, 1982*. It provides a brief analysis of the nature and scope of these rights and their historical context by reference to some of the principal cases on Indian title.

There is a short treatment of section 91(24) of the *Constitution Act, 1867*, and finally a summary of the 1983 Constitutional Accord on Aboriginal Rights and the amendments to the Constitution of Canada contemplated by the Accord.

# La Loi constitutionnelle de 1982 droit des autochtones

---

James O'REILLY \*

*This article deals with the rights of the Aboriginal Peoples of Canada recently recognized in the Constitution Act, 1982. It provides a brief analysis of the nature and scope of these rights and their historical context by reference to some of the principal cases on Indian title.*

*There is a short treatment of section 91(24) of the Constitution Act, 1867, and finally a summary of the 1983 Constitutional Accord on Aboriginal Rights and the amendments to the Constitution of Canada contemplated by the Accord.*

---

	<i>Pages</i>
Introduction .....	126
1. Les droits des autochtones sous le régime français .....	127
2. La proclamation royale de 1763 .....	128
3. La jurisprudence sur la nature du droit indien .....	130
4. L'article 91(24) de la <i>Loi constitutionnelle de 1867</i> .....	134
5. L'article 35 de la <i>Loi constitutionnelle de 1982</i> .....	136
6. Le concept des droits issus de traités .....	137
7. Le mot « existants » .....	138
8. La compétence législative et l'article 35 .....	139
9. Les mots « reconnus et confirmés » à l'article 35 .....	140
10. Les peuples autochtones du Canada .....	140
11. L'article 25 de la <i>Loi constitutionnelle de 1982</i> .....	141
12. L'article 37 — conférence constitutionnelle .....	142
13. L'accord constitutionnel de 1983 sur les droits des autochtones .....	142
Conclusion .....	144

---

\* Avocat, de l'étude BYERS, CASGRAIN.

## Introduction

La *Loi constitutionnelle de 1982* traite des droits autochtones aux articles 25, 35 et 37. Il s'agit, notamment à l'article 35, d'une reconnaissance explicite dans la Constitution de certains droits des autochtones. Ces dispositions sont sans doute les mesures constitutionnelles les plus vastes édictées en faveur des autochtones jusqu'à présent. Évidemment, il faut garder à l'esprit d'autres textes constitutionnels traitant des Indiens qui demeurent, tel l'article 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Mais pour bien saisir la portée de cette nouvelle protection dont bénéficient maintenant les autochtones, il faut au moins analyser brièvement les notions juridiques sous-jacentes. En effet, cet exercice s'avère nécessaire non seulement pour aider à l'interprétation de ces nouveaux articles mais aussi pour mieux situer la position constitutionnelle des autochtones.

De quels droits s'agit-il ?

L'article 35(1) prévoit que les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés. L'alinéa (2) de ce même article spécifie que par l'expression « peuples autochtones du Canada », on entend notamment les Indiens, les Inuit et les Métis du Canada.

L'article 25 fait état non seulement des mêmes droits ancestraux et issus de traités, mais aussi d'autres droits ou libertés sans les expliciter. Cependant, cet article sert surtout à confirmer que les autres dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés* ne portent pas atteinte aux droits et libertés des peuples autochtones du Canada. Cet article stipule aussi que parmi les droits ou libertés « ancestraux, issus de traités ou autres » se trouvent les droits ou libertés reconnus par la *Proclamation Royale du 7 octobre 1763* et les autres droits ou libertés acquis par règlement des revendications territoriales. Nous verrons plus loin que le contenu des droits évoqués aux articles 25 et 35 n'est pas sans ambiguïté. L'accord constitutionnel de 1983 sur les droits des autochtones signé le 16 mars 1983 à la fin de la conférence des Premiers Ministres en témoigne.

Mais les droits constitutionnels des autochtones évoluent. Le processus touchant les droits autochtones a vraiment démarré lors de la considération de la résolution concernant la Constitution adoptée en 1981 et il a été soutenu par l'article 37 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Ce processus se trouve maintenant concrétisé en deux volets : a) par l'obligation contenue à l'accord constitutionnel de 1983 de convoquer une autre conférence constitutionnelle avant le 16 mars 1984 et b) par l'obligation dans ce même accord de soumettre au Parlement et aux assemblées

législatives une modification à la *Loi constitutionnelle de 1982* insérant un nouvel article 37.1 prévoyant deux (2) autres conférences constitutionnelles.

À ces conférences les Premiers Ministres doivent considérer des questions constitutionnelles qui intéressent directement les peuples autochtones du Canada. L'ordre du jour de celles-ci et l'expérience jusqu'à présent assurent que la tâche est loin d'être terminée.

Il est donc facile de prévoir un développement et une précision appréciables des droits constitutionnels des autochtones dans un avenir rapproché. La certitude dans ce domaine n'est donc pas pour demain.

Tout d'abord, l'historique des droits ancestraux sera centré sur les droits territoriaux ou titre indien.

### 1. Les droits des autochtones sous le régime français

Il existe une controverse quant aux droits territoriaux des Indiens sous le régime français<sup>1</sup>. Certains prétendent que la Couronne française n'a jamais reconnu un titre indien en Amérique du Nord et s'est approprié ce territoire en pleine propriété<sup>2</sup>. D'autres prétendent que le titre indien ne dépendait pas de cette reconnaissance et qu'au plus, les Français n'ont affecté le titre indien que sur les parties habitées de la Nouvelle-France<sup>3</sup>. De toute façon, l'exercice par le roi de France d'une prétendue souveraineté incompatible avec un titre indien sur une grande partie de l'Amérique du Nord était pour le moins douteux.

Je suis d'avis qu'au début de la colonisation, les Indiens de la Nouvelle-France possédaient un titre indien découlant du droit commun, tel que constaté par la jurisprudence citée plus loin, notamment *Johnson and Graham's Lessee v. McIntosh*<sup>4</sup>, *Worcester v. State of Georgia*<sup>5</sup>, et les raisons de monsieur le juge Hall dans la cause de *Calder et al. c. Procureur général de la Colombie britannique*<sup>6</sup>.

- 
1. CUMMING & MICKENBERG, *Native Rights in Canada*, 2<sup>nd</sup> ed., 1972, chapitre 11; Brian SLATTERY, *The Land Rights of Indigenous Canadian Peoples*, Oxford, 1979, pp. 83-94 et Henri BRUN, « Les droits des Indiens sur le territoire du Québec », (1969) 10 *Cahiers de Droit* 415, particulièrement aux pp. 440 et 441.
  2. Voir l'opinion de monsieur le juge Taschereau de la Cour suprême du Canada dans *St. Catherines Milling and Lumber Co. c. The Queen*, (1887) 13 R.C.S. 577 aux pp. 644, 645 (mais ses motifs n'ont pas été retenus par le Conseil Privé dans la même cause); *la Société de développement de la Baie James c. Kanatewat*, [1975] C.A. 166 à la p. 172.
  3. *Native Rights in Canada*, *supra*, note 1, aux pp. 84, 85.
  4. (1823) 8 Wheaton 543.
  5. (1832) 6 Peters 515.
  6. [1973] R.C.S. 313.

À cet effet, la souveraineté du roi de France comme telle n'affectait pas le titre indien, mais diminuait évidemment une souveraineté indienne. Cette souveraineté du roi de France n'a pas eu pour conséquence d'éteindre le titre indien sur la majeure partie de la Nouvelle-France, laquelle demeurait sous le contrôle et l'occupation des Indiens<sup>7</sup>. Il se peut que le titre indien ait été éteint dans les parties plutôt restreintes de la Nouvelle-France occupées par les colons en vertu des concessions particulières à cause de cette souveraineté ainsi exercée<sup>8</sup>. D'ailleurs, c'est dans la vieille colonie que des concessions de terres ont été faites en faveur des Indiens sous le régime français<sup>9</sup>.

Mais il y a eu également des traités entre le Gouverneur de la Nouvelle-France et les Indiens à la suite des autorisations royales de traiter avec ceux-ci et des instructions royales de ne point usurper les terres que les Indiens habitaient<sup>10</sup>.

Enfin, l'article 40 de la Capitulation de Montréal en 1760 prévoyait que les Indiens seraient maintenus dans les terres qu'ils habitaient<sup>11</sup>. Par conséquent, je suis d'opinion que le régime français a tout au plus affecté les droits territoriaux des Indiens dans l'ancienne colonie du Québec telle que décrite dans la Proclamation Royale de 1763<sup>12</sup>. Aussi, c'est quand même le droit public anglais qui prévaut dans ce domaine et il faut maintenant examiner celui-ci afin de déterminer si le titre Indien a survécu au régime français<sup>13</sup>. Nous arrivons à la *Proclamation Royale de 1763*.

## 2. La Proclamation Royale de 1763

Cette Proclamation est non seulement mentionnée à l'article 25 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, elle a eu une grande influence sur l'article 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Elle revêt une importance capitale pour l'interprétation de l'expression « les droits ancestraux » aux articles 35 et 25 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

7. *Native Rights in Canada*, *supra*, note 1, pp. 84-85; *Connolly v. Woolrich*, (1867) 11 L.C. Jur. 197.

8. *Native Rights in Canada*, *supra*, note 1, pp. 83-84.

9. BRUN, *supra*, note 1, aux pp. 440-441; *Native Rights in Canada*, *supra*, note 1, aux pp. 79-80.

10. Voir SLATTERY, *supra*, note 1, aux pp. 83-94.

11. Voir la citation dans BRUN, *supra*, note 1, à la p. 441.

12. Pour l'autre point de vue, voir *Rapport de la Commission d'Étude sur l'Intégrité du Territoire du Québec; le Domaine Indien*, vol. 4.1, Québec 1971; BRUN, *supra*, note 1.

13. *Native Rights in Canada*, *supra*, note 1, à la p. 85; *Calder et al. c. Procureur général de la Colombie britannique*, [1973] R.C.S. 313.

Dans la cause célèbre sur le titre indien de *Calder c. Procureur général de la Colombie britannique*<sup>14</sup>, monsieur le juge Hall réitère la description de la Proclamation Royale comme étant la Déclaration des droits indiens.

La *Proclamation Royale* s'appliquait à de vastes régions de l'Amérique du Nord et englobait une bonne partie des territoires qui sont devenus les provinces de Québec, de l'Ontario, des Prairies et probablement la Colombie britannique.

La Cour suprême a décidé en 1966 dans la cause de *Sigereak c. The Queen*<sup>15</sup>, que la Proclamation Royale ne s'appliquait pas dans la terre de Rupert (aussi connue sous le nom de Terres de la Compagnie de la Baie d'Hudson). Cependant son application à la Colombie britannique et aux provinces maritimes et aux territoires du Nord-Ouest reste à être tranchée définitivement<sup>16</sup>.

La *Proclamation Royale* visait essentiellement l'organisation gouvernementale de l'Amérique du Nord tenant compte des nouvelles acquisitions.

Elle a établi quatre gouvernements distincts, le Québec, la Floride orientale, la Floride occidentale et la Grenade. Mais la *Proclamation Royale* a expressément réservé sous la souveraineté de la Couronne britannique pour l'usage des Indiens toutes les terres et tous les territoires non compris dans les limites des trois (3) gouvernements ni dans les limites du territoire concédé à la compagnie de la Baie d'Hudson ainsi que toutes les terres et tous les territoires situés à l'ouest des sources des rivières qui de l'ouest et du nord-ouest vont se jeter dans la mer.

La *Proclamation Royale* a donc créé un « territoire indien » sur une partie considérable de l'Amérique du Nord<sup>17</sup>. Cependant, même à l'intérieur des colonies, les terres qui n'ont pas été cédées ou achetées par la Couronne se trouvaient également réservées pour les Indiens<sup>18</sup>.

---

14. [1973] R.C.S. 313 à la page 394-395 ; la citation est de monsieur le juge Gwynne de la Cour suprême du Canada dans *St. Catherine's Milling & Lumber Company c. The Queen*, (1887) 13 R.C.S. 577 à la p. 652.

15. [1966] R.C.S. 645.

16. Voir *Calder c. Procureur général de la Colombie britannique*, *supra*, note 6, pp. 323, 394 et ss., opinions opposées de messieurs les juges Judson et Hall ; *La Reine v. Smith*, (1981) 113 D.L.R. (3d) 522, Cour fédérale d'appel ; *R. v. Isaac*, (1975) 13 N.S.R. (2d) 460, Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse ; *The Queen v. The Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, (1981) 4 C.N.L.R. 86, Cour d'appel d'Angleterre.

17. S.R.C. 1970, *Appendices* pp. 123 et suivantes ; *Native Rights in Canada*, *supra*, note 1, pp. 23-38.

18. Voir l'opinion de monsieur le juge Gwynne de la Cour suprême du Canada dans *St. Catherine's Milling and Lumber Company v. The Queen*, *supra*, note 14, aux pp. 651-652.

À la lumière de cet aperçu, il faut maintenant examiner la nature du titre indien visé par la *Proclamation Royale* telle qu'élaborée par la jurisprudence en se rappelant que l'expression « titre indien » n'est pas nécessairement la même que celle de droits ancestraux au sens de l'article 35.

### 3. La jurisprudence sur la nature du droit indien

Dans la cause très souvent citée de *St. Catherine's Milling and Lumber Company v. The Queen*<sup>19</sup>, le Conseil Privé a décrit le droit indien prévu à la *Proclamation Royale* comme étant un droit d'usufruit dépendant du bon plaisir du souverain. Il a qualifié ce droit comme étant un droit personnel. Plus tard, le Conseil Privé dans la cause de *Procureur général du Québec v. Procureur général du Canada*<sup>20</sup> a confirmé qu'il s'agissait d'un droit personnel dans le sens qu'il ne pouvait être cédé qu'à la Couronne.

Monsieur le juge Strong de la Cour suprême du Canada, dans la cause de *St. Catherine's Milling and Lumber Company v. The Queen*, avait dit qu'au moment de la Confédération, les Indiens, par suite d'une coutume et d'un usage constants reconnus par la Couronne, étaient considérés comme détenant un certain droit de propriété sur les terres non cédées qu'ils occupaient aux fins de la chasse<sup>21</sup>.

Monsieur le juge Hall dans la cause de *Calder* a non seulement approuvé cette position mais a cité des autorités américaines et d'autres extraits du jugement de la Cour suprême du Canada dans *St. Catherine's Milling and Lumber Company v. The Queen*.

Le cadre de cet article ne permet pas d'analyser en profondeur les arrêts clefs dans ce domaine. Qu'il suffise de citer des passages de certains jugements pour illustrer le développement juridique du titre indien.

Il faut peut-être commencer par l'extrait tiré de l'arrêt *St. Catherine's Milling and Lumber Company v. The Queen* quant à la politique de la Couronne britannique<sup>22</sup>.

« En bref, il s'agit de la reconnaissance par la Couronne d'un titre de la nature d'un usufruit, que les Indiens ont sur toutes les terres qui n'ont pas été cédées.

19. (1888) 14 A.C. 46; voir aussi les causes récentes suivantes sur le titre indien: *Kanatewat c. La Société de développement de la Baie James*, [1974] R.P. 38, [1975] C.A. 166, autorisation d'appeler accordée le 13 février 1975 mais réglée hors cour; *In Re Paulette et al.*, 42 D.L.R. (3d) 8; *Hamlet of Baker Lake c. Minister of Indian Affairs and Northern Development*, [1980] 1 C.F. 518; *The Queen v. The Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, (1981) 4 C.N.L.R. 86.

20. [1921] 1 A.C. 401 à la page 408.

21. *Supra*, note 14, à la page 615, cité par monsieur le juge Hall dans *Calder*, *supra*, note 6, à la page 379.

22. Cité par monsieur le juge Hall dans *Calder*, *supra*, note 6, à la page 376.

Ce titre, même s'il n'est peut-être pas possible d'en donner une définition juridique exacte, suffisait néanmoins à protéger les Indiens en ce qui concerne l'utilisation et la jouissance absolue de leurs terres, même si, en même temps, ceux-ci ne pouvaient pas les aliéner valablement autrement qu'en faveur de la Couronne elle-même, qui détenait le titre suprême, en conformité du droit anglais en matière de propriété immobilière. »

Il est aussi intéressant de citer les extraits de l'arrêt *Johnson v. McIntosh*<sup>23</sup> que le juge Hall a suivi dans *Calder*<sup>24</sup>.

« Les relations qui devaient exister entre découvreurs et autochtones devaient se régler entre eux. Les droits ainsi acquis étant exclusifs, aucun autre pouvoir ne pouvait s'interposer.

Dans l'établissement de ces relations, on n'a, en aucun cas, entièrement omis de tenir compte des droits des autochtones; mais ces droits se sont trouvés nécessairement restreints dans une large mesure. On reconnaissait que les autochtones étaient les occupants de plein droit des terres, et pouvaient juridiquement et légitimement demeurer en possession de celles-ci, et les utiliser à leur gré; mais leurs droits à la souveraineté complète, en leur qualité de nations indépendantes, ont été nécessairement diminués, et leur pouvoir de disposer des terres en faveur de n'importe qui a été nié en vertu du principe initial de base selon lequel la découverte conférait à ceux qui l'avait faite un titre exclusif.

Les différentes nations européennes respectaient le droit d'occupation des autochtones, qu'ils pouvaient exercer à leur gré, mais elles revendiquaient la propriété suprême; elles revendiquaient et exerçaient par suite de ce droit suprême, un pouvoir d'octroyer les terres, alors que celles-ci étaient encore en possession des autochtones. Ces octrois ont été interprétés par tous comme accordant au cessionnaire un titre sous réserve uniquement du droit d'occupation indien. »

Dans cette optique, le juge Hall dans la cause de *Calder* était d'avis que la *Proclamation Royale* constituait un appui au titre indien en plus d'être un document fondamental sur lequel il faut se baser en statuant sur les droits originaux, même si ce n'était pas le fondement unique du titre indien (le juge Judson parlant pour trois (3) juges dans la même cause *Calder* était du même avis sur ce point)<sup>25</sup>.

À cet égard, monsieur le juge Hall dans *Calder* fournit le lien étroit entre la *Proclamation Royale* et le système des traités en adoptant l'appréciation suivante de monsieur le juge Idington de la Cour suprême du Canada dans *Province of Ontario c. Dominion of Canada*<sup>26</sup>.

23. (1823) 8 Wheaton 543.

24. *Supra*, note 6, à la page 382.

25. *Supra*, note 6, aux pp. 322-323, 395.

26. (1909) 42 R.C.S. 1 aux pp 103-4, la citation de monsieur le juge Hall est aux pages 395 et 396 de *Calder*, *supra*, note 6.



« Une ligne de conduite pleine de prudence, d'humanité et de justice adoptée par la Couronne britannique pour qu'elle soit observée dans tout marché éventuel conclu avec les Indiens à l'égard des droits qu'ils pourraient penser avoir été énoncée dans la Proclamation Royale de 1763, qui créait, à la suite du Traité de Paris conclu la même année, entre autres, un gouvernement distinct pour le Québec, cédé par ce traité à la Couronne britannique.

Cette ligne de conduite, suivie par la suite par les représentants de la Couronne, a entraîné la conclusion de nombreux traités en vertu desquels les Indiens acceptaient de céder les droits qu'ils étaient censés avoir sur la région désignée dans pareils traités.

Dans ces traités de cession, on stipulait généralement la création de réserves pour les Indiens qui effectuaient pareilles cessions, réserves auxquelles ils avaient accès ou auxquelles ils étaient confinés, à des fins résidentielles. »

Il y a eu comme résultat la conclusion de plusieurs traités et cessions entre la Couronne et diverses nations indiennes de 1780 jusqu'à la Confédération<sup>27</sup>. Plusieurs de ces traités visaient des terres dans le Haut-Canada mais il y avait aussi des traités en Colombie britannique entre les Indiens de la Colombie britannique et la Compagnie de la Baie d'Hudson<sup>28</sup>. En 1850 les traités Robinson Huron et Robinson Supérieur ont été conclus et servirent de modèles pour les traités numérotés qui ont suivi la Confédération.

Mais si la *Proclamation Royale* était une source du titre indien, monsieur le juge Hall dans *Calder* a aussi dit que le titre indien a été reconnu par la Common Law. Monsieur le juge Judson reconnaissait que la Proclamation Royale n'est pas l'unique fondement du titre indien<sup>29</sup>.

La Cour suprême a également confirmé dans l'arrêt *Sikyea c. La Reine*<sup>30</sup> que les Indiens dans la terre de Rupert avaient des droits analogues à ceux décrits à la *Proclamation Royale de 1763*.

Sur ce point, monsieur le juge Hall s'est exprimé comme suit dans *Calder*<sup>31</sup>:

« Dans l'arrêt R. v. Sikyea, p. 66, le Juge d'appel Johnson a dit ce qui suit :

[Traduction] Le droit qu'ont les Indiens de chasser et de pêcher en vue de se procurer leur nourriture sur les terres inoccupées de la Couronne a toujours été reconnu au Canada — au début, à titre de droit connexe à leur droit de "propriété" sur les terres, puis, par les traités en vertu desquels les Indiens ont cédé leur droit de propriété sur ces terres. Dans l'arrêt *Rex v. Wesley* [1932] 2 W.W.R. 337, 26 Alta LR 433, 58 CCC 269, le Juge d'appel McGillivray a

27. Voir *Native Rights in Canada*, supra, note 1, pp. 72, 107 et ss.

28. *Native Rights in Canada*, supra, note 1, pp. 172 et ss.

29. Voir les motifs de monsieur le juge Judson aux pp. 322-323 de *Calder* et les motifs de monsieur le juge Hall à la page 376 de *Calder*, supra, note 6.

30. [1964] R.C.S. 642.

31. *Supra*, note 6, aux pages 397-398.

examiné passablement en détail l'origine, l'historique et la nature du droit que les Indiens ont sur les terres et en vertu des traités dans lesquels ils ont cédé celles-ci ; il est inutile de reprendre ce qu'il a dit. Il suffit de dire que ces droits ont pour origine la proclamation royale qui a suivi le traité de Paris en 1763. Par cette proclamation, il était déclaré que les Indiens devaient être assurés de

“... la possession entière et paisible des parties de nos possessions et territoires qui ont été ni concédées ni achetées par Nous, et ont été réservées pour ces tribus ou quelques-unes d'entre elles comme territoires de chasse.”

Les Indiens habitant les terres de la Compagnie de la Baie d'Hudson n'étaient pas visés par la proclamation ; il est pour le moins douteux que les Indiens de la partie ouest des territoires du nord-ouest au moins, puissent revendiquer quelque droit en vertu de la proclamation, étant donné que ces terres, à cette époque, étaient terra incognita et étaient situées au nord et non pas “à l'ouest de la source des fleuves qui se jettent dans la mer à partir de l'ouest ou du nord-ouest” (citation de la proclamation de 1763 décrivant la région à laquelle s'appliquait celle-ci). Ce fait importe peu parce que le gouvernement canadien a considéré que tous les Indiens du Canada y compris ceux qui habitaient sur des terres réclamées par la Compagnie de la Baie d'Hudson, avaient un intérêt sur les terres et que la cession de cet intérêt devait se faire par traité.

Cette Cour a souscrit à l'avis du juge d'appel Johnson, dans l'arrêt *Sikyea v. La Reine*, 1964, R.S.C. 642, p. 646 dans lequel, parlant au nom de la Cour, j'ai dit ce qui suit :

[Traduction] Eu égard à la question fondamentale ici en jeu, je souscris aux motifs et aux conclusions du Juge d'appel Johnson en Cour d'appel, (1964) 2 C.C.C. 325, 43 C.R. 83, 46 W.W.R. 65. Il a parlé en détail et avec exactitude des questions importantes, compte tenu de leur contexte historique et juridique ; je n'ai rien d'utile à ajouter à ce qu'il a déjà écrit. »

En plus de la *Proclamation Royale*, il faut signaler qu'il y avait un certain nombre de lois édictées avant la Confédération qui régissaient les réserves mises de côté pour les Indiens et qui prévoyaient des dispositions spéciales pour les Indiens<sup>32</sup>.

Par conséquent, lors de la Confédération, il existait déjà une reconnaissance bien répandue du titre indien, un grand nombre de traités avec diverses nations ou tribus indiennes, des politiques bien élaborées de la Couronne britannique quant à ses relations avec les Indiens et des obligations de la Couronne britannique envers les Indiens.

En effet, la Couronne britannique avait assumé le rôle de fiduciaire des Indiens. C'est donc à la lumière de ces données qu'il faut maintenant examiner l'article 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867 (l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867)*.

32. Voir par exemple Statuts du Canada 1850, 13-14 Vict. c. 42.

#### 4. L'article 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*

Cet article 91(24) stipule que l'autorité législative exclusive du Parlement du Canada s'étend à toutes les matières tombant dans les catégories de sujets « les Indiens et les terres réservées aux Indiens ».

Dans la cause *In Re Eskimos*<sup>33</sup> la Cour suprême du Canada a donné une définition assez large de l'expression « Indien » à l'article 91(24). La Cour a décidé que le terme « Indien » incluait les Esquimaux. De plus, tous les juges de la cour ont indiqué que le mot « Indien » était synonyme du mot « aborigène ». Il s'agit donc d'une définition très vaste qui se trouve reflétée dans le nouvel article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Quant aux mots « terres réservées aux Indiens », le Conseil privé a jugé dans la cause de *St. Catherine's Milling and Lumber Company v. The Queen*<sup>34</sup>, que ces mots comprennent toutes les terres réservées sous n'importe quels termes ou conditions pour l'occupation des Indiens. Il s'ensuivait du même jugement que le territoire indien établi par la *Proclamation Royale* tombait dans cette catégorie. Néanmoins, cette même cause et d'autres causes notamment *Ontario Mining Company v. Seybold*<sup>35</sup>; *Dominion of Canada v. The Province of Ontario*<sup>36</sup>; *Procureur général du Québec v. Procureur général du Canada*<sup>37</sup> ont établi clairement que le droit d'usufruit des Indiens ne comprenait pas la nue propriété des terres sur lesquelles le droit d'usufruit des Indiens s'exerçait. La Couronne du Chef de la Province jouissait de ce droit de propriété sujet aux droits d'occupation des Indiens. Cependant ce droit des Indiens constituait un intérêt autre que celui de la Province dans ces terres au sens de l'article 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867*<sup>38</sup>.

Seule la Couronne du Chef du Canada après la Confédération pouvait accepter une cession de ces droits ou les éteindre<sup>39</sup>, mais c'est la Couronne du Chef de la Province qui s'appropriait tous les titres une fois dégrevés de l'intérêt indien. Cette division des droits fonciers a encore son importance pour la bonne compréhension des articles 25 et 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

33. [1939] R.C.S. 104.

34. *Supra*, note 19, à la page 59.

35. *Ontario Mining Company v. Seybold* [1903] A.C. 73.

36. *Dominion of Canada v. The Province of Ontario* [1910] A.C. 637.

37. *Procureur général du Québec c. Procureur général du Canada* [1921] 1 A.C. 401.

38. Voir *St. Catherine's Milling and Lumber Company c. The Queen*, *supra*, note 19, aux pages 58, 59.

39. *Dominion of Canada v. The Province of Ontario* [1910] A.C. 637; *Calder c. Procureur général de la Colombie britannique*, *supra*, note 6.

De plus, c'est en vertu des pouvoirs qui lui sont décernés par l'article 91(24) que la Couronne du Chef du Canada a conclu de nombreux traités et des adjonctions aux traités après la Confédération dans les provinces des Prairies, les territoires du Nord-Ouest, de petites parties de la Colombie britannique et du Yukon et des parties de l'Ontario. Ces traités sont connus comme étant les traités numérotés.

En vertu de ces traités, les Indiens ont cédé leurs droits, titres et intérêts dans leurs territoires traditionnels moyennant des réserves, des droits de chasse, de pêche et de trappage, des indemnités pécuniaires très minimes et d'autres considérations qui se sont avérées peu avantageuses.

Évidemment, ces traités ont joué un grand rôle dans le développement du Canada. Il va sans dire que l'interprétation jurisprudentielle de ces traités ne reflète pas la signification que les Indiens signataires de ces traités ont donné à ceux-ci.

Enfin, et pour mieux cerner le cadre constitutionnel, je me propose de commenter brièvement d'autres aspects de la distribution des pouvoirs législatifs et administratifs concernant les Indiens et les terres réservées pour les Indiens.

La *Loi sur les Indiens*<sup>40</sup> a été adoptée en vertu de l'autorité législative exclusive au Parlement découlant de l'article 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*<sup>41</sup>. En termes très généraux, il semble que les dispositions de la *Loi sur les Indiens* traitant de la définition et de l'enregistrement des Indiens, des réserves, des cessions, des successions, de l'incapacité, des argents, du gouvernement local, de la taxation et des écoles tombent sous l'autorité législative du Parlement<sup>42</sup>.

Par contre, il a été clairement établi que l'article 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* n'avait pas pour effet de créer des enclaves dans une province à l'intérieur des limites desquelles la législation provinciale ne

---

40. *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, c. I-6.

41. *Procureur général du Canada c. Lavell* [1974] R.C.S. 1349.

42. Voir *St. Catherine's Milling and Lumber Company v. The Queen* (1888) 14 A.C. 46; *Procureur général du Canada c. Lavell* [1974] R.C.S. 1349; *Procureur général du Canada c. Canard* [1976] 1 R.C.S. 170; *St. Ann's Island Shooting and Fishing Club c. The King* [1950] R.C.S. 211; *Natural Parents c. Superintendent of Child Welfare* [1976] 2 R.C.S. 751; *R. v. Smith*, (1981) 113 D.L.R. (3d) 522 inf. par (1983) 147 D.L.R. (3d) 237; *Her Majesty the Queen c. Guérin*, (1983) 143 D.L.R. (3d) 416 (présentement devant la Cour suprême du Canada); *Brown v. The Queen*, (1980) 107 D.L.R. (3d) 705; voir aussi l'article par Kenneth LYSYK, « The Unique Constitutional Position of the Canadian Indian », (1967) *Revue du Barreau canadien*, p. 513.

43. *Cardinal c. Le Procureur général d'Alberta* [1974] R.C.S. 695.

pourrait pas s'appliquer<sup>43</sup>. La législation provinciale est susceptible de s'appliquer s'il ne s'agit pas de la législation qui touche aux Indiens et qui est autrement du ressort d'une législature provinciale<sup>44</sup>.

Cependant, il faut tout de même répéter que seul le Parlement ou la Couronne du Chef du Canada peut transiger avec le titre indien ou les droits issus de traités, du moins à venir jusqu'au 17 avril 1982.

Il faut maintenant procéder à une analyse plus approfondie des articles de la *Loi constitutionnelle de 1982* touchant directement les Indiens.

### 5. L'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*

L'article 35 se trouve à la Partie II de la *Loi constitutionnelle de 1982* intitulée « Droits des peuples autochtones du Canada ». Il faut noter que le titre est en principe plus large que le texte de l'article 35. Mentionnons également que l'article 25 de la *Loi constitutionnelle de 1982* vise aussi des droits des peuples autochtones du Canada autres que des droits ancestraux ou issus de traités.

L'article 35(1) stipule que les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés. Le texte anglais se lit comme suit :

« The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed. »

L'article 57 de la *Loi constitutionnelle de 1982* stipule que les versions française et anglaise de la présente loi ont également force de loi.

Il faut d'abord se poser la question à savoir ce que sont les droits ancestraux ou *aboriginal rights* et s'ils sont l'équivalent du titre indien. Le jugement dans *Calder et al. c. Le Procureur général de la Colombie britannique* fait surtout état du titre aborigène ou du titre indien. Monsieur le juge Judson y traite surtout du titre indien (*Indian title*)<sup>45</sup>. Néanmoins, il dit dans ses notes que le titre indien affirmé équivaut au droit des Indiens de continuer à vivre sur leurs terres comme l'avaient fait leurs ancêtres et que ce droit n'a jamais été juridiquement éteint<sup>46</sup>. Monsieur le juge Hall, quoiqu'il mentionne le droit indien, emploie plus fréquemment « titre indien » ou « titre aborigène » dans la même cause<sup>47</sup>.

44. *Natural Parents c. Superintendent of Child Welfare* [1976] 2 R.C.S. 751 ; *Kruger and Manuel c. The Queen* [1978] 1 R.C.S. 104 ; *Four B Manufacturing Limited c. Les Travailleurs Unis du Vêtement d'Amérique* [1980] 1 R.C.S. 1031.

45. *Supra*, note 6, aux pages 322, 323, 328 et 338.

46. *Supra*, note 6, à la page 328.

47. *Supra*, note 6, aux pp. 352, 354, 380, 390, 394 et 401.

Dans l'arrêt *Kruger and Manuel c. The Queen*<sup>48</sup>, monsieur le juge Dickson parle du titre aborigène. Mais dans la cause de *R. v. Derriksan*<sup>49</sup>, monsieur le juge en chef Laskin s'est prononcé sur un droit aborigène de pêche.

Il y a aussi d'autres éléments pertinents. L'article 31 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*<sup>50</sup> mentionne expressément *Indian title* (la version française est « les titres des Indiens »). Il est possible de soutenir que si le législateur voulait restreindre la notion du droit ancestral au titre indien, il aurait employé l'expression *existing aboriginal title*.

De plus, l'expression « droits ancestraux » semble être plus vaste que la notion du *aboriginal rights* en anglais.

Par conséquent, nous sommes d'accord avec monsieur le juge Kenneth Lysyk quand il dit que l'expression « droits ancestraux » semble être employée dans plusieurs sens dans la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>51</sup>.

Je crois donc que la portée des droits ancestraux est plus vaste que celle du titre indien et l'englobe. À cet égard, il est utile de mentionner l'article 25 de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui ne spécifie pas si les droits ou libertés reconnus par la *Proclamation Royale* du 7 octobre 1763 visent les droits ancestraux ou les autres droits des peuples autochtones du Canada.

## 6. Le concept des droits issus de traités

Il semble bien que le mot « traité » n'a pas toujours la même signification qu'à l'article 132 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. D'ailleurs on précise à l'article 35 qu'il s'agit des droits issus de traités des peuples autochtones du Canada. À mon avis, dans ce contexte il s'agit bien de traités conclus avec les peuples autochtones et généralement des traités conclus avec des Indiens.

Le mot « traité » se retrouve à l'article 88 de la *Loi sur les Indiens* et a déjà été interprété par la jurisprudence. Il semble bien que les tribunaux auront recours à cette jurisprudence afin de délimiter la portée du mot « traité » à l'article 35 (et à l'article 25) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Dans la cause de *Regina v. White and Bob*<sup>52</sup>, monsieur le juge Norris de la Cour d'appel de la Colombie britannique a émis l'opinion que le mot

48. [1978] 1 R.C.S. 104, aux pages 108, 109 et 116.

49. 71 D.L.R. (3d) 159.

50. *L'Acte du Manitoba, 1870*, 33 Vict. c. 3 (Loi de 1870 sur le Manitoba).

51. « The rights and freedoms of the aboriginal peoples of Canada » in *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, eds Tarnopolsky and Beaudoin, 1982, p. 467, aux pp. 480 et ss.

52. (1965) 50 D.L.R. (2d) 613; confirmé (1966) 52 D.L.R. (2d) 481.

« traité » comprend tout engagement des autorités envers les Indiens qui peuvent être considérés comme « la parole de l'homme blanc. » La Cour suprême du Canada a confirmé que le document informel dans cette cause, signé entre les Indiens et le Gouverneur Douglas, rencontrait les critères d'un traité au sens de l'article 88 de la loi sur les Indiens.

Dans la cause de *Pawis c. La Reine*<sup>53</sup>, monsieur le juge Marceau de la Cour fédérale semble considérer les traités comme des accords conclus par la Souveraine avec un groupe de ses sujets (les Indiens) en vue d'établir entre eux des rapports juridiques spéciaux. Il s'agissait en effet de l'équivalent d'un contrat<sup>54</sup>.

Par conséquent, il semble que tout arrangement impliquant la Couronne et des Indiens et se rapportant aux réclamations, titres ou intérêts dans les terres peut être considéré comme un traité.

À prime abord, les *treaties of peace and friendship* dans les provinces maritimes, même s'ils n'ont pas impliqué des cessions de terres, peuvent aussi être considérés comme des traités au sens de l'article 35.

En d'autres termes, on peut soutenir que par analogie aux traités numérotés du Canada, on peut inclure dans le terme « traité » toute entente entre des autochtones et au moins la Couronne fédérale qui vise des arrangements quelconques quant aux territoires traditionnellement occupés par de tels autochtones.

Enfin, il n'y a rien qui empêche que des traités impliquent des Inuit ou des Métis<sup>55</sup>.

Il s'ensuit, à mon avis, que les conventions comme la *Convention de la Baie James et du Nord québécois* et la *Convention du Nord-Est québécois* constituent des traités au sens des articles 35 et 25 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. En effet, le gouvernement du Canada prônait un traité avec les Indiens du nord du Québec comme une des conditions de l'extension des frontières du Québec de 1912<sup>56</sup>.

## 7. Le mot « existants »

L'article 35 parle des droits existants (en anglais *the existing aboriginal and treaty rights*) et l'insertion de cette expression ambiguë a suscité une vive

53. *Pawis c. La Reine* [1980] 2 C.F. 18.

54. Voir aussi *La Ville de Hay River c. La Reine* [1980] 1 C.F. 262.

55. Voir *In Re Eskimos* [1939] R.C.S. 104.

56. Voir jugement de monsieur le juge Malouf dans *Kanatewat (cité comme Gros-Louis) c. La Société de développement de la Baie James* [1974] R.P. 38, aux pages 58, 59.

controverse chez les peuples autochtones. Le mot « existant » peut avoir plusieurs significations.

Il peut vouloir dire des droits existants de temps à autre. Cette interprétation peut s'appuyer sur le dicton que la loi parle au présent ; cependant, l'absence du mot « existant » à l'article 25 va à l'encontre de cette interprétation sans y être fatale.

Le mot « existant » peut vouloir dire les droits existants au 17 avril 1982. Une difficulté immédiate surgit en ce qui concerne les droits issus de traités. Il est difficile de croire que le législateur a voulu geler tous les droits issus de traités de sorte qu'un droit issu d'une modification d'un traité survenue après le 17 avril 1982 ne serait pas couvert par l'article 35.

Une autre interprétation possible serait que le législateur a tout simplement voulu s'assurer que des droits reconnus aux autochtones lors de l'arrivée des Européens et qui auraient pu être affectés ou transformés depuis ne sont pas ressuscités dans leur forme originale. La logique veut qu'on ne peut ignorer l'histoire juridique du Canada. Cette interprétation aurait le mérite de ne pas remettre en question ce qui a déjà été fait juridiquement.

On peut soutenir également que par les mots « droits ancestraux existants », le législateur voulait dire de tels droits qui n'ont pas été éteints ou cédés. Cette interprétation est peut-être la meilleure en ce qui concerne les droits ancestraux.

Enfin, le mot « existants » peut qualifier le contenu du droit. Dans cette optique, les droits ancestraux demeurent assujettis à l'extinction ou au contrôle législatif et gouvernemental du fédéral<sup>57</sup>. Dans le cas des droits issus de traités, cette interprétation signifie que la Constitution n'aura confirmé que des droits bien diminués à certains égards.

De ces interprétations différentes possibles, j'opte pour le sens de « non éteints » ou « non cédés ». Cette interprétation concilie jusqu'à un certain point la doctrine ayant trait au développement du titre aborigène et les désirs évidents du législateur d'enchasser une protection pour ces droits. Elle a aussi peut-être le mérite de renverser le fardeau de la preuve de sorte qu'il faut que la Couronne prouve l'extinction ou la cession des droits. Inversement, les autochtones n'auraient plus la tâche de prouver l'*existence* du droit vu qu'il est reconnu et confirmé par le truchement de l'article 35.

## 8. La compétence législative et l'article 35

La Constitution du Canada, de par son article 52, est la loi suprême du Canada et rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle

57. Voir *Kruger et Manuel c. The Queen* [1978] 1 R.C.S. 104, à la page 116.



de droit. Je prétends donc que les droits ancestraux ou issus de traités sont maintenant à l'abri de l'extinction ou de contrôle législatif qui touche à la substance (et non nécessairement les modalités de l'exercice) de ces droits.

Dans ce sens, l'article 35 prévoit un droit qui est absolument unique. L'on ne retrouve même pas à la *Charte canadienne des droits et libertés* la protection des droits de propriété ou à l'égard des biens. Il s'ensuit que l'exercice de la compétence législative se trouve diminuée d'autant.

### 9. Les mots « reconnus et confirmés » à l'article 35

Il me semble que ces mots ont pour effet de répudier la thèse que les droits aboriginaux ne donnent lieu qu'à des obligations d'ordre politique. Leur existence juridique ne fait plus de doute.

De même, on ne peut plus soulever, comme la Cour d'appel du Québec l'a fait dans la cause de *La Société de développement de la Baie James c. Kanatewat*<sup>58</sup>, qu'il est possible que le droit indien n'ait jamais existé. Dorénavant, le débat doit se situer au niveau de la subsistance de ces droits.

En terminant ces remarques sur l'article 35(1), il faut signaler que la reconnaissance et la confirmation des droits ancestraux existants laisse très possiblement la porte ouverte aux arguments des Indiens qui ont signé des traités selon lesquels ils n'ont pas cédé tous leurs droits ancestraux et que ceux-ci peuvent facilement comprendre les droits tels que les droits à l'autodétermination, à leur langue et à leur culture. Ceci rejoint le sens le plus large du mot « ancestraux ».

### 10. Les peuples autochtones du Canada

L'article 35(2) semble définir l'expression « peuples autochtones » du Canada mais en réalité ne donne pas une définition complète. Les Indiens, les Inuit et les Métis du Canada sont des peuples autochtones du Canada, mais il peut y avoir d'autres aborigènes. Il semble que l'expression peuples autochtones du Canada puisse être l'équivalent de l'expression « aborigènes » telle que décrite dans la cause *In Re Eskimos*<sup>59</sup>.

Pendant, dans cette cause, le terme « Indiens » s'applique aux Inuit ainsi qu'à tous les aborigènes du Canada, tandis que le terme « Indien » au sens de l'article 35(2) pourrait ne plus avoir la même portée.

Mais je crois que comme dans le cas de l'article 91(24)<sup>60</sup>, le mot « indien » à l'article 35 déborde de la catégorie des Indiens enregistrés en

58. [1975] C.A. 166.

59. [1939] R.C.S. 104.

60. De la *Loi constitutionnelle de 1867*.

vertu de la *Loi sur les Indiens* et inclut les Indiens sans statut. D'ailleurs, cette interprétation est plus conforme à la cause *In Re Eskimos*, à la législation sur les Indiens adoptée avant la Confédération, aux premières lois sur les Indiens et à la *Loi de 1870 sur le Manitoba*.

D'ailleurs, depuis longtemps, je suis d'avis que l'article 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* englobe les Indiens sans statut et les Métis sous la rubrique Indiens et qu'ils sont par conséquent du ressort législatif exclusif du Parlement du Canada, au même titre que les Indiens enregistrés et les Inuit. Mais certaines provinces et même le Gouvernement fédéral semblent prendre pour acquis que les Métis et les Indiens sans statut relèvent de la juridiction provinciale. Je ne suis pas d'accord.

À tout événement, l'article 35 renforce l'argument en faveur d'une juridiction fédérale pour ces peuples parce que les droits visés par l'article 35 ne peuvent être transigés en l'absence du fédéral.

Enfin, je pense qu'il est loisible aux Métis et aux Indiens sans statut de réclamer un titre aborigène lorsque celui-ci n'a pas été éteint ou cédé, au moins en vertu de leur ascendance indienne. D'ailleurs, certains traités, notamment le traité n° 8 de 1899, ont reconnu le bien-fondé de cette situation juridique en donnant le choix aux Métis ou aux Indiens sans statut d'être inclus dans les traités ou de prendre le scrip.

## 11. L'article 25 de la *Loi constitutionnelle de 1982*

L'article 25 assure essentiellement que la *Charte canadienne des droits et libertés* ne saurait être interprétée afin de porter atteinte aux droits des autochtones au sens large.

L'article 15 de la Charte aurait pu poser un problème sérieux à cet égard lorsqu'il entrera en vigueur parce qu'il empêche toute discrimination fondée sur la race. La *Loi sur les Indiens* est nettement de cette catégorie et il est loin d'être certain que les tribunaux auraient qualifié la *Loi sur les Indiens* comme foncièrement ayant pour objet d'améliorer la situation des Indiens au sens du paragraphe 2 de l'article 15 (l'exception permise par la Charte à cette discrimination).

Il est quand même intéressant de constater que la Constitution accorde aux droits des peuples autochtones du Canada un genre de préséance, du moins en cas de conflit avec les droits et libertés garantis par la Charte.

Dans un autre ordre d'idées, l'article 25 reconnaît le régime juridique spécial qui régit les autochtones ainsi que le souci du législateur de sauvegarder leurs droits particuliers.

Enfin, l'article 25 ne comporte pas le mot « existants » comme l'article 35. On peut donc soutenir que l'absence du mot « existants » à l'article 25 favorise l'interprétation que nous avons prônée du mot « existants » pour l'article 35, à savoir le sens de « non éteints » ou « non cédés ». En effet, il est difficile d'imaginer qu'en vertu de l'article 25, la Charte ne peut pas porter atteinte aux droits ancestraux « éteints » lorsque de tels droits ne sont pas protégés en vertu de l'article 35.

## 12. L'article 37 — conférence constitutionnelle

La conférence constitutionnelle prévue à l'article 37 a effectivement eu lieu les 15 et 16 mars 1983. Il en est résulté un accord constitutionnel qui prévoit des modifications à la *Loi constitutionnelle de 1982*.

L'article 37 est abrogé le 18 avril 1983 en vertu de l'article 54 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Vu que la conférence est déjà chose du passé, mes commentaires quant à l'article 37 sont plutôt limités.

L'article 37 a mentionné que l'ordre du jour de la Conférence devait inclure un article visant la détermination et la définition des droits de ces peuples à inscrire dans la Constitution du Canada. Ceci a soulevé certains problèmes parce que les articles 35 et 25 renferment déjà des droits inscrits dans la Constitution du Canada. Les peuples autochtones ne voulaient d'aucune façon que les droits déjà inscrits dans la Constitution soient vulnérables à cause de cette phraséologie à l'article 37(2). Pour cette raison, le nouvel article 37.1 proposé suite à l'accord constitutionnel de 1983 ne répète pas cette partie du texte.

## 13. L'accord constitutionnel de 1983 sur les droits des autochtones

Cet accord a été conclu le 16 mars 1983 vers la toute fin de la conférence constitutionnelle. Le Premier Ministre du Canada, les Premiers Ministres de sept (7) provinces et des ministres de deux (2) autres provinces ont signé cet accord. Les représentants des peuples autochtones, à savoir l'Assemblée des Premières Nations, le Comité Inuit sur les affaires nationales, le Ralliement national des Métis et le Conseil des Autochtones du Canada ainsi que les représentants du Territoire du Yukon et des Territoires du Nord-Ouest ont également signé l'accord.

L'accord prévoit qu'il y aura une autre conférence constitutionnelle avant le 16 mars 1984 où l'on devra continuer les discussions constitutionnelles sur des questions autochtones, que les peuples autochtones du Canada y seront invités, qu'il y aura des travaux préparatoires et que seront déposées devant le Parlement et les Assemblées législatives des neuf (9) provinces

participant à l'accord des résolutions autorisant la modification de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Toutes ces démarches se sont matérialisées.

Les modifications proposées ont trait aux articles 25, 35, 35.1, 37.1, 54.1 et à un nouvel article 61.

Quant à l'article 25, l'article 25b) mentionne les droits ou libertés acquis par règlement de revendications territoriales. Il est proposé de substituer pour l'alinéa 25b) les mots « aux droits ou libertés existants issus d'accords de revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis. » Ceci aurait pour effet de préciser que l'on parle des droits déjà acquis ainsi que de ceux qui seraient acquis par accord de revendications territoriales. Le mot « accord » remplace le mot « règlement » dans l'article 25 et il est inséré dans l'article 35 pour élargir le genre d'entente visée.

La modification proposée à l'article 35 aurait pour effet d'inclure sous la rubrique « droits issus de traités » les droits issus d'accords de revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis. Quoique plusieurs soient d'avis que des ententes telles que la *Convention de la Baie James et du Nord québécois* sont déjà des traités au sens de l'article 35, cette rédaction confirmera cette interprétation.

Il est aussi proposé d'ajouter un article afin d'affirmer que les droits visés au paragraphe 1 de l'article 35 sont garantis également aux personnes des deux sexes. À cet effet, l'article 28 ne s'applique pas à l'article 35.

Quant à l'article 35.1, on propose l'insertion d'un article afin de garantir que les autochtones seraient consultés au moyen d'une conférence constitutionnelle avant toute modification de l'article 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, de l'article 25 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ou de la partie II de cette même loi traitant des droits des peuples autochtones du Canada. À cet égard, on a refusé jusqu'à présent de donner un droit de veto aux peuples autochtones sur toute modification future de la Constitution susceptible de les affecter.

L'accord propose aussi un nouvel article 37.1 visant deux autres conférences constitutionnelles où les questions qui intéressent directement les peuples autochtones du Canada seront discutées.

Enfin, il y a deux (2) autres modifications de concordance.

En somme, la conférence constitutionnelle des 15 et 16 mars 1983 et l'accord constitutionnel représentent un grand pas vers l'avant pour les peuples autochtones du Canada. Ils ont pu discuter d'égal à égal avec les Premiers Ministres et l'accord prévoit la consécration de droits additionnels en faveur des autochtones et l'opportunité d'élaborer d'autres droits.

### **Conclusion**

Le droit des autochtones a maintenant acquis sa place comme un domaine important du droit public et du droit constitutionnel. Je suis conscient que je n'ai pas pu aborder plusieurs questions connexes, par exemple l'effet du nouvel article 92A de la *Loi constitutionnelle de 1867* sur l'article 91(24) de cette même loi.

Il y a aussi toute la question de la participation du Gouvernement du Québec à la conférence constitutionnelle et les discussions en cours entre le Gouvernement du Québec et les représentants des autochtones du Québec.

Il n'est pas exclu que ces discussions débouchent sur de nouvelles formules de protection constitutionnelles pour les autochtones du Québec.

Mais que ce soit au niveau judiciaire ou au niveau politique, les droits des autochtones feront l'objet d'une attention grandissante dans un avenir immédiat.