

## Pour en finir avec la *Proclamation royale* : la décision *Côté*

Richard Boivin

Volume 25, Number 1, March 1994

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1056407ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1056407ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Boivin, R. (1994). Pour en finir avec la *Proclamation royale* : la décision *Côté*. *Revue générale de droit*, 25(1), 131–150. <https://doi.org/10.7202/1056407ar>

Article abstract

This article analyses the Québec Court of Appeal decision in *Côté*. Relying on events that occurred shortly after the *Royal Proclamation of 1763* and on recent court decisions, the author suggests that aboriginal title, as a legal right derived from the Indians' historic occupation and possession of their tribal lands, still exists in the province of Québec. He also concludes that the Swegatchy Treaty does not meet the existing treaty criteria elaborated by the Supreme Court of Canada. Finally, the author examines the constitutionality of the challenged laws in light of the *Sparrow* test.

---

## Pour en finir avec la *Proclamation royale* : la décision *Côté*

**RICHARD BOIVIN\***  
Avocat  
Ministère de la Justice, Ottawa

### RÉSUMÉ

*Dans cet article, l'auteur analyse la décision Côté rendue par la Cour d'appel du Québec. En s'appuyant en outre sur les événements qui ont suivi de peu l'adoption de la Proclamation royale de 1763 et sur la jurisprudence récente, il suggère que le titre ancestral de common law existe toujours au Québec au même titre que dans les autres provinces canadiennes. En se repliant sur les critères élaborés par la Cour suprême en matière de traité, l'auteur conclut que le Traité de Swegatchy n'en est pas un. Finalement, en reprenant le test de justification de l'arrêt Sparrow, il examine la constitutionnalité des règlements contestés.*

### ABSTRACT

*This article analyses the Québec Court of Appeal decision in Côté. Relying on events that occurred shortly after the Royal Proclamation of 1763 and on recent court decisions, the author suggests that aboriginal title, as a legal right derived from the Indians' historic occupation and possession of their tribal lands, still exists in the province of Québec. He also concludes that the Swegatchy Treaty does not meet the existing treaty criteria elaborated by the Supreme Court of Canada. Finally, the author examines the constitutionality of the challenged laws in light of the Sparrow test.*

---

### SOMMAIRE

Introduction .....	132
I. Faits .....	133
II. Les décisions antérieures .....	134
A. Jugement de la Cour provinciale .....	134
B. Jugement de la Cour supérieure.....	135

---

\* L'auteur tient à souligner que les opinions exprimées dans cet article ne reflètent pas nécessairement celles du ministère de la Justice du Canada.

III. Analyse de la décision.....	136
A. <i>Proclamation royale de 1763</i> .....	136
1. L'affaire <i>Philibot</i> .....	136
2. L'affaire <i>Finlay</i> .....	138
3. L'affaire <i>Allsopp</i> .....	138
B. Le titre ancestral à l'intérieur du Québec de 1763.....	139
C. Le Traité de Swegatchy.....	142
1. L'étendue géographique du Traité.....	144
D. Le test de justification de l'arrêt <i>Sparrow</i> .....	145
1. Montants exigés pour la circulation en automobile.....	145
2. L'exigence du permis de pêche.....	147
Conclusion.....	149

## INTRODUCTION

L'application de la *Proclamation royale de 1763*<sup>1</sup>, reconnue comme la *Magna Carta* des peuples autochtones<sup>2</sup>, demeure encore à ce jour une inconnue à bien des égards.

En effet, si la Cour suprême a eu l'occasion à maintes reprises de se prononcer sur la portée territoriale de la *Proclamation royale*, la question n'est toujours pas tranchée quant à sa portée au Québec<sup>3</sup>. Dans l'arrêt *Calder*<sup>4</sup>, la Cour suprême est demeurée divisée quant à sa portée territoriale en Colombie-Britannique et le débat juridique n'est pas clos<sup>5</sup>.

Quant à l'application du titre indien de *common law*, s'il ne fait aucun doute qu'il existe dans les provinces de *common law*<sup>6</sup>, la doctrine et la jurisprudence sont profondément divisées quant à ses effets sur le territoire québécois.

1. L.R.C. (1985), app. II, n° 1 [ci-après *Proclamation royale*].

2. *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313, p. 395 [ci-après *Calder*] : « Its force as a statute is analogous to the status of the *Magna Carta* which has always been considered to be the law throughout the Empire. It was the law which followed the flag as England assumed jurisdiction over newly-discovered or acquired lands or territories » (monsieur le juge HALL).

3. Voir *St-Catherine's Milling & Lumber Co. c. R.*, (1888) 14 App. Cas. 46 (Conseil Privé); *R. c. McMaster*, [1926] Ex. C.R. 68; *Easterbrook c. R.*, [1931] R.C.S. 210 et *Calder*, *supra*, note 2.

4. *Supra*, note 2.

5. *Calder*, *ibid.* et *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1991] 3 W.W.R. 97 (C.S.C.-B.) et [1993] 5 W.W.R. 97 (C.A.C.-B.).

6. *Guérin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, p. 379 [ci-après *Guérin*] : « Le droit qu'ils [les Indiens] ont sur leurs terres est un droit, en common law, qui existait déjà et qui n'a pas été créé ni par la Proclamation royale, ni par le par. 18(1) de la *Loi sur les Indiens*, ni par aucune autre disposition législative ou ordonnance du pouvoir exécutif ».

Selon un premier courant<sup>7</sup>, la *Proclamation royale* n'aurait accordé des droits aux Indiens qu'à l'extérieur de la colonie de Québec de 1763 car le comportement et l'intention des Français, jumelés à une interprétation restrictive du document, auraient eu pour conséquence d'éteindre totalement le titre indien sur la majeure partie du territoire québécois de 1763. En vertu d'un autre courant plus récent<sup>8</sup>, et qui s'inscrit dans la foulée d'une ouverture et d'une interprétation plus libérale des droits des autochtones au Canada, le titre indien subsisterait sur l'ensemble du territoire du Québec c'est-à-dire non seulement sur le territoire situé à l'extérieur du Québec de 1763 mais aussi sur tout le territoire non cédé par les Indiens ni acheté par la Couronne à l'intérieur de la colonie<sup>9</sup>.

La Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Côté*<sup>10</sup>, a récemment eu l'occasion de se pencher sur l'interprétation de la *Proclamation royale* et de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>11</sup> eu égard au titre ancestral à l'intérieur de la colonie de Québec de 1763.

## I. FAITS

Les faits qui sont à l'origine de cette affaire sont les suivants : Madame Frida Morin Côté, Frank Côté, Peter Decontie, Russell Tenasco et Ben Decontie sont des Indiens aux termes de la *Loi sur les Indiens*<sup>12</sup>. Ils sont membres de la bande de la rivière Désert et résident sur la réserve de Maniwaki. Ils ont été accusés d'avoir accédé à la ZEC Bras-Coupé-Désert sans payer les droits d'entrée prévus par la loi et les règlements provinciaux<sup>13</sup> et d'avoir contrevenu à un règlement

7. G. STANLEY, « The First Indian "Reserves" in Canada », (1950-51) 4 *Revue d'histoire de l'Amérique française* 178; H. BRUN, *Le territoire du Québec*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1974, pp. 62-69, R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *Traité de droit administratif*, 2<sup>e</sup> éd. Tome 2, Presses de l'Université Laval, 1986, p. 97 et ss.; J. BEAULIEU, C. CANTIN et M. RATELLE, « La Proclamation royale de 1763 : le droit refait l'histoire », (1989) 49 *R. du B.* 317. Voir aussi *Rapport de la Commission Dorion sur l'intégralité du territoire du Québec*, vol. 4.1, Québec, Éditeur officiel, 1971, pp. 389-393.

8. B. SLATTERY, *The Land Rights of Indigenous Canadian Peoples*, Thèse de doctorat, Oxford, 1979; P. DIONNE, « Les postulats de la Commission Dorion et le titre aborigène au Québec : vingt ans après », (1991) 51 *R. du B.* 127. Pour un exposé clair et concis de la problématique voir S. GRAMMOND, « La protection constitutionnelle des droits ancestraux des peuples autochtones et l'arrêt *Sparrow* », (1991) 36 *R.D.McGill* 1382, p. 1385 et ss.

9. Il est par contre peu probable que le titre indien existe toujours sur le territoire conventionné de la Baie James. En effet, l'article 2.1 de la *Convention de la Baie James et du Nord québécois et conventions complémentaires*, Québec, Éditeur officiel, 1991, à la p. 6 s'énonce comme suit :

2.1. En considération des droits et des avantages accordés aux présents aux Cris de la Baie James et aux Inuit du Québec, les Cris de la Baie James et les Inuit du Québec cèdent, renoncent, abandonnent et transportent par les présentes tous leurs revendications, droits, titres et intérêts autochtones, quels qu'ils soient, aux terres et dans les terres du Territoire et du Québec, et le Québec et le Canada acceptent cette cession.

10. [1993] R.J.Q. 1350 [ci-après *Côté*]. Demande d'autorisation d'appel en Cour suprême accordée le 3 mars 1994.

11. Constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11 [ci-après *Loi constitutionnelle de 1982*].

12. L.R.C. (1985), c. I-5.

13. *Règlement sur les zones d'exploitation*, Décret 426-82 du 24/282 (R.R.Q. 1981 suppl. p. 370) tel que modifié par le Décret 1283-84 du 6/6/84, (1984) 116 *G.O.* II 2496 adopté en vertu de la *Loi sur la conservation et la mise en valeur de la faune*, L.R.Q., c. C-61.1.

fédéral de pêche<sup>14</sup> qui interdit de pêcher les poissons d'eau douce sans détenir un permis prévu à cette fin. De plus, il est admis que les appelants se sont rendus sur les lieux avec un groupe de jeunes étudiants autochtones pour leur enseigner les méthodes de pêche traditionnelles.

## II. LES DÉCISIONS ANTÉRIEURES

### A. JUGEMENT DE LA COUR PROVINCIALE

En Cour provinciale<sup>15</sup>, le juge Barrière a, dans un premier temps, fait une analyse juridique et historique de la *Proclamation royale* pour conclure que le document ne créait pas de nouveau droit en faveur des Indiens à l'intérieur de la colonie de Québec de 1763 :

À la lecture du texte de la Proclamation royale et des jugements qui l'ont interprétée dont certains ont été rapportés et cités plus haut, la Cour ne peut que conclure que cette Proclamation n'a pas, comme le prétendait la Défense, créé de droits pour les Indiens à l'intérieur de la Colonie appelée Québec.<sup>16</sup>

Deuxièmement, le juge se penche sur la reconnaissance du titre indien et rejette la théorie que les autochtones détiennent un titre indien ancestral qui découlerait de leur occupation et de leur possession historique avant l'arrivée des Européens. En se repliant sur l'affaire *Sioui*<sup>17</sup>, la Cour décide qu'en vertu de la *Proclamation royale*, le titre indien n'existe qu'à l'extérieur de la colonie de Québec de 1763<sup>18</sup>.

En troisième lieu, le magistrat décide que le Traité de Swegatchy, confirmé par le Traité de Caughnawaga, confirme aux Algonquins des droits territoriaux. Ce traité leur confirme donc des droits de chasse et de pêche car ils vivaient en société organisée à l'arrivée des Européens. Toutefois, ce droit est limité à des fins de subsistance<sup>19</sup>.

Quant à l'exigence d'obtenir deux permis, un ayant trait à la pêche pour des fins de subsistance et l'autre à la circulation en automobile, elle ne constitue pas une entrave déraisonnable eu égard à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>20</sup>.

Le juge Barrière conclut donc que les Algonquins ont un droit de chasse et de pêche pour des fins de subsistance parce qu'ils vivaient en société organisée sur un territoire bien avant l'arrivée des Européens mais que l'exigence d'obtenir un permis ne viole aucunement leurs droits protégés par la Constitution. Les appelants sont donc trouvés coupables des infractions reprochées.

14. C.R.C. 1978, c. 852 modifié par DORS/78-359 et DORS/81-660 adopté en vertu de la *Loi sur les Pêcheries*, L.R.C. (1985), c. F-14.

15. [1988] R.J.Q. 1969 (C.P.).

16. *Id.*, p. 1975.

17. *Sioui c. Procureur général du Québec*, [1987] R.J.Q. 1722 (C.A.). Depuis, la Cour suprême du Canada a rendu jugement dans cette affaire [1990] 1 R.C.S. 1025 [ci-après *Sioui*].

18. *Supra*, note 15, p. 1977.

19. *Id.*, p. 1978.

20. *Id.*, pp. 1979 et ss.

## B. JUGEMENT DE LA COUR SUPÉRIEURE

Les mêmes arguments ont été repris en Cour supérieure quant à l'interprétation de la *Proclamation royale* et le juge Frenette partage l'opinion du juge Barrière, c'est-à-dire que le territoire indien n'existe qu'à l'extérieur de la colonie du Québec de 1763<sup>21</sup>. La *Proclamation royale* ne créerait donc pas de nouveaux droits pour les autochtones mais protégerait plutôt le *statu quo*<sup>22</sup>. Il rejette par la suite la possibilité qu'un titre autochtone ancestral puisse encore exister sur le territoire en litige puisque la présence française préalable à la présence britannique ne leur aurait jamais reconnu le droit à l'occupation après qu'elle eut imposé sa souveraineté. Selon le magistrat, le droit interne français permettait même de déposer les Indiens des terres qu'ils occupaient<sup>23</sup>. De toute façon, le juge Frenette met en doute la possibilité que les Algonquins aient occupé le territoire de manière exclusive. Ainsi, la reconnaissance d'un titre ancestral demeure pour le moins très discutable à ses yeux.

Il repousse aussi la prétention qu'un traité soit véritablement intervenu entre les autochtones et les autorités britanniques de l'époque puisque les conférences de Swegatchy et de Caughnawaga de 1760 ne constituent pas des traités au sens où on l'entend en vertu de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*<sup>24</sup>. En soulignant l'interprétation ultra-libérale des juges majoritaires dans l'affaire *Sioui*<sup>25</sup>, le juge demeure convaincu que l'exemple d'un véritable traité demeure l'arrêt *Simon c. La Reine*<sup>26</sup> :

On ne peut aller aussi loin que de conclure que de simples écrits destinés à un usage précis peuvent prendre l'ampleur d'un traité [...] Que les Indiens aient une tradition orale qui doit être respectée ne signifie pas que seul ce point de vue doit être accepté dans l'interprétation de ce qui constitue leurs droits ancestraux.<sup>27</sup>

Finalement, même en tenant pour acquis que les Algonquins possèdent un titre ancestral, le juge conclut que les restrictions imposées constituent une limite raisonnable eu égard à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. En conséquence, tout comme le juge Barrière, le juge Frenette parvient au même résultat et trouve les appelants coupables des infractions reprochées.

Il est opportun de souligner qu'entre les décisions des cours provinciale et supérieure et celle de la Cour d'appel, la Cour suprême a eu l'occasion de pré-

21. [1989] R.J.Q. 1893 (C.S.), pp. 1906-1908.

22. *Id.*, p. 1907 : « La Proclamation royale créait un territoire indien assujéti à la souveraineté, mais qui bénéficiait de la protection royale sur les terres non comprises à l'intérieur des limites des trois colonies précitées [Québec, Floride orientale et occidentale.] » et « Il s'agit d'une proclamation qui fige, comme on le constate, les faits de l'époque ».

23. *Id.*, pp. 1902-1903.

24. *Supra*, note 12. L'article 88 se lit comme suit :

88. Sous réserve des dispositions de quelque traité et de quelque autre loi du Parlement du Canada, toutes lois d'application générales et en vigueur, à l'occasion, dans une province sont applicables aux Indiens qui s'y trouvent et à leur égard, sauf dans la mesure où lesdites lois sont incompatibles avec la présente loi ou quelque arrêté, ordonnance, règle, règlement ou statut administratif établi sous son régime, et sauf dans la mesure où ces lois contiennent des dispositions sur toute question prévue par la présente loi ou y ressortissant.

25. *Supra*, note 17.

26. [1985] 2 R.C.S. 387 [ci-après *Simon*].

27. *Supra*, note 21, p. 1910.

ciser certains paramètres du droit des autochtones<sup>28</sup>. La Cour d'appel a eu l'avantage de bénéficier de ces paramètres.

### III. ANALYSE DE LA DÉCISION DE LA COUR D'APPEL

La Cour d'appel<sup>29</sup> a examiné les mêmes arguments que les cours de première instance et a rejeté les pourvois à la majorité (monsieur le juge Baudouin et monsieur le juge Tyndale). Quant au juge Delisle, il a inscrit une dissidence sur la question relative au permis de pêche.

Nous analyserons maintenant les conclusions de la Cour d'appel qui se divisent en quatre parties : La *Proclamation royale*, le titre ancestral à l'intérieur de la colonie de Québec de 1763, le Traité de Swegatchy et le test de justification de l'arrêt *Sparrow*<sup>30</sup> concernant la limite des droits prévus à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* appliqué aux droits exigés pour la circulation automobile à l'intérieur de la ZEC et l'exigence d'obtenir un permis de pêche.

#### A. PROCLAMATION ROYALE DE 1763

Outre la lecture de la *Proclamation royale*, une analyse du contexte géo et sociopolitique de l'époque qui a entouré son adoption s'avère nécessaire pour déterminer les effets du document sur le territoire québécois. Mais au-delà des événements historiques qui ont précédé l'adoption de la *Proclamation royale* et qui ne doivent pas être ignorés, bien au contraire, les événements subséquents à son adoption sont trop souvent laissés pour compte dans le débat qui entoure la polémique de son application et de ses effets.

Il est malheureux que la Cour d'appel dans l'arrêt *Côté* ne soit pas sortie des sentiers battus et ait surtout concentré les efforts de son analyse, pour déterminer l'existence d'un titre ancestral, sur les événements qui ont précédé l'adoption de la *Proclamation royale* et ait négligé les faits contemporains qui ont suivi de peu la conclusion du document comme nous l'enseigne l'arrêt *Sioui*<sup>31</sup>. Ces événements ne doivent pas être interprétés isolément mais doivent être jumelés aux situations qui ont mené à l'adoption de la *Proclamation royale* afin de permettre de dégager et de concilier l'interprétation envisagée par les autorités de l'époque au lendemain de l'adoption de la *Proclamation royale*.

#### 1. L'affaire *Philibot*

Un premier événement survenu en 1766, soit seulement trois ans après l'adoption de la *Proclamation royale*, permet déjà de tirer certaines conclusions quant à l'existence du titre ancestral dans la colonie de Québec de 1763. En effet,

28. *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075 [ci-après *Sparrow*]; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85; *Sioui*, *supra*, note 17 et *Procureur général de l'Ontario c. Bear Island Foundation*, [1991] 2 R.C.S. 570.

29. *Supra*, note 10.

30. *Sparrow*, *supra*, note 28.

31. *Sioui*, *supra*, note 17, p. 1060. De plus, cette arrêt a affirmé que les tribunaux en matière de droits des autochtones peuvent se fonder sur des documents de nature historique, considérés comme de la preuve extrinsèque, en vertu de la notion de connaissance judiciaire. *Id.*, p. 1050.

le juge Gwynne dans l'arrêt *St. Catherine's Milling and Lumber Co. c. La Reine* explique qu'un dénommé Philibot, s'étant fait octroyer une concession de 20 000 acres de terres au Québec par Sa Majesté, aurait essuyé un refus de la part des autorités du Conseil de Québec parce que les terres exigées à Restigouche<sup>32</sup> auraient été revendiquées par les Indiens comme leur propriété et que la concession aurait violé les termes de la *Proclamation royale* :

By the Haldimand papers in the Canadian Archives it appears that in December, 1766, one Philibot, having an order of his Majesty in Council, dated the 18th June 1766, directed to the Governor and Commander-in-Chief of the Province of Quebec, for a grant of 20,000 acres in that Province, petitioned the Governor, praying that the grant might be assigned to him on the Restigouche at a place indicated by him, and the Committee of Council at Quebec having taken the matter of the petition into consideration reported *that the lands so prayed to be granted to the petitioner were or were claimed to be the property of the Indians, and as such, by His Majesty's express command as set forth in his proclamation of 1763, not within their power to grant.*<sup>33</sup>

Selon l'interprétation de la Cour d'appel, seules les « terres réservées », qui correspondent aux sept terres de mission ou villages indiens créés ou autorisés par les autorités françaises, sont protégées par la *Proclamation royale*<sup>34</sup>. Cette thèse semble se replier uniquement sur la version française de la *Proclamation royale* et ne cadre pas avec la version originale anglaise<sup>35</sup>. De plus, la région de

32. Restigouche faisant partie de la limite géographique du Québec de 1763 établie par la *Proclamation royale* :

Le gouvernement du Québec, sera borné sur la côte du Labrador par la rivière Saint-Jean et de là par une ligne s'étendant de la source de cette rivière à travers le lac Saint-Jean jusqu'à l'extrémité sud du lac Nipissin traversant de ce dernier endroit, le fleuve Saint-Laurent et le lac Champlain par 45 degrés de latitude nord, pour longer les terres hautes qui séparent les rivières qui se déversent dans ledit fleuve Saint-Laurent de celles qui se jettent dans la mer, s'étendre ensuite le long de la côte nord de la baie des Chaleurs et de la côte du golfe Saint-Laurent en passant par l'extrémité ouest de l'île d'Anticosti et se terminer ensuite à ladite rivière Saint-Jean.

33. *St-Catherine's Milling and Lumber & Co. c. La Reine*, (1886) 13 R.C.S. 570, p. 652. (Les italiques sont de nous). Voir aussi K.M. NARVEY, « The Royal Proclamation of 7 October 1763, the Common Law and native rights to land within the territory granted to the Hudson's Bay Company », (1974) 38 *Sask. L. Rev.* 123, pp. 175 et 177; B. SLATTERY, *The Land Rights of Indigenous Canadian Peoples*, *supra*, note 8, pp. 266-267; D. JOHNSON, *The Taking of Indian Lands in Canada : Consent or Coercion*, University of Saskatchewan, Native Law Centre, 1989, pp. 33-34 et P. DIONNE, *supra*, note 8, p. 144.

34. Pour une description des villages ou missions voir M. RATELLE, *Étude sur la présence des Mohawks au Québec méridional de 1534 à nos jours*, Québec, Éditeur officiel, 1991, p. 15 : « Les Sept Nations vivant dans des villages ou missions sont mentionnées, entre autres, dans les conférences tenues entre William Johnson et les Indiens, comme étant ceux de *Caghnaageys* (Iroquois du Sault-Saint-Louis), des Canassadaga = appellation iroquoise d'Oka et Adarundax = Algonquins sur la même mission à Oka), des Skaghquanes (Nipissings d'Oka au Lac des Deux Montagnes), des Swegatchies (Iroquois de Swegatchy (Oswegatchie) au sud du fleuve Saint-Laurent en face du fort La Galette), des *St. Francis Indians* (Abénaquis de Saint-François), des *Three River's Indians* (Algonquins de Pointe-du-Lac), et ceux de Québec les Hurons de Lorette ». Voir aussi L. OSTOLA, *The Seven Nations of Canada and the American Revolution 1774-1783*, Thèse de maîtrise en histoire, Université de Montréal, 1989 [non publiée], pp. 20 et ss.

35. *Supra*, note 1. « And whereas it is just and reasonable, and essential to Our interest and the Security of Our Colonies, that the several Nations of Tribes of Indians, with whom we are connected, and who live under Our Protection, should not be molested or disturbed in the



Restigouche située dans la péninsule gaspésienne ne correspond pas à un des villages ou terres de mission et ne fait donc pas partie des supposées « terres réservées ». C'est donc dire que Philibot, en possession d'une pétition de Sa Majesté, aurait dû se voir octroyer sans trop de difficultés les terres exigées dans la péninsule gaspésienne si seules les « terres réservées » étaient protégées par la *Proclamation royale*. Pourtant, la réaction et la décision du Conseil de Québec dans l'affaire Philibot au lendemain de l'adoption de la *Proclamation royale*, permet de suggérer que les Britanniques hésitaient à octroyer les terres non achetées, non cédées, et occupées ou possédées par les Indiens à l'intérieur de la colonie de Québec.

## 2. L'affaire *Finlay*

Le Conseil de Québec aurait aussi refusé une pétition présentée par un dénommé Finlay au nom de certains Acadiens pour des raisons analogues :

On 16 May 1767, the same Committee, with the Chief Justice once again in attendance, turned down a petition of Hugh Finlay, on behalf of certain Acadians, for a grant of land upon or near the River Restigouche in the Bay of Chaleur stating : « *The Committee are of opinion that the Lands mentioned in the Petition are Lands claimed by the Indians, whose Right has not been ascertained till it is no grant should be given that may prejudice their claim* ». <sup>36</sup>

## 3. L'affaire *Allsopp*

En 1766, un groupe de marchands avait l'intention d'ériger des postes de traite à Tadoussac, Chicoutimi et Sept-Îles à l'intérieur de la colonie de Québec. Ils furent prévenus de l'illégalité de leur projet par le Conseil de Québec :

If Mr. Allsopp or any other person erect buildings upon the lands reserved to the savages in this province by His Majesty's Proclamation they shall be prosecuted with the utmost rigour of the law. <sup>37</sup>

Peu de temps après, Allsopp et les autres marchands furent sommés de quitter les terres et de démolir les bâtiments qu'ils avaient fait construire <sup>38</sup>.

Cette décision du Conseil de Québec fut subséquemment confirmée par un décret impérial publié dans la Gazette du Québec <sup>39</sup>.

---

Possession of such Parts of Our Dominions and Territories as, not having been ceded to, or purchased by Us, are reserved to them, or any of them, as their Hunting Grounds ». (Les italiques sont de nous.)

Attenu 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 sont sous notre protection, la possession entière et paisibles des parties de Nos possessions et territoires qui *ont été réservées* pour ces tribus ou quelques-unes d'entre elles comme territoire de chasse. (Les italiques sont de nous.)

36. B. SLATTERY, *supra*, note 8, p. 267 (Les italiques sont de nous).

37. *Id.*, p. 223 cité dans P. DIONNE, *supra*, note 8, p. 144.

38. *Ibid.*

39. B. SLATTERY, *supra*, note 8, p. 224 note 15 cité dans D. JOHNSON, *supra*, note 33, p. 29.

Si la *Proclamation royale* ne crée pas de droit mais préserve le *statu quo*, le titre ancestral a-t-il pu subsister à l'intérieur de la colonie de Québec de 1763? La *Proclamation royale* n'aurait-elle pas eu pour effet de justement préserver et protéger le titre ancestral à l'intérieur des colonies nouvellement créées<sup>40</sup>? C'est ce que les événements qui ont suivi de peu l'adoption de la *Proclamation royale* semblent indiquer. Les événements subséquents à l'adoption de la *Proclamation royale* semblent donc démontrer que les autorités britanniques de l'époque étaient préoccupées par la possession et l'occupation des terres par les Indiens sur tout territoire de la colonie de Québec<sup>41</sup>. On peut dès lors avancer que la *Proclamation royale* se voulait un document qui reconnaissait et garantissait la quiétude des Indiens ainsi que le titre indien dont étaient grevées les terres qu'ils occupaient ou qu'ils possédaient.

## B. LE TITRE ANCESTRAL À L'INTÉRIEUR DU QUÉBEC DE 1763

La doctrine des droits ancestraux s'est développée aux États-Unis au XIX<sup>e</sup> siècle à travers quelques jugements clés rédigés par le juge Marshall de la Cour suprême<sup>42</sup>. On peut avancer que cette doctrine fait partie de la common law canadienne et s'applique uniformément partout au Canada puisqu'elle découle d'une interprétation de la *Proclamation royale* qui s'appliquait à toutes les colonies britanniques sur le continent américain<sup>43</sup>. En ce sens, la jurisprudence canadienne a accepté et appliqué dès le XIX<sup>e</sup> siècle la teneur des décisions américaines<sup>44</sup>. Cette doctrine des droits ancestraux englobe sans aucun doute la notion de titre ancestral<sup>45</sup> mais peut-être aussi d'autres droits comme le droit à l'autonomie gouverne-

40. D'ailleurs, la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Mitchell c. United States*, (1835) 9 Peters 711 a reconnu que la *Proclamation royale* protégeait les terres ancestrales des autochtones dans les colonies de Floride créées par la *Proclamation royale*. Voir aussi L. DE VORSEY, *The Indians Boundary in the Southern Colonies 1763-1775*, Chapel Hill, The University of North Carolina Press, 1961; C.L. MOWAT, *East Florida As a British Province, 1763-1784*, Berkeley and Los Angeles, 1943; C.B. JOHNSON, *British West Florida, 1763-1783*, New Haven, Conn., 1943 et K. M. NARVEY, *supra*, note 33, pp. 143-150. Dans l'arrêt *Sioui*, *supra*, note 17, p. 1052 le juge Lamer semble confirmer que les terres à l'intérieur de la colonie de Québec sont aussi protégées lorsqu'il souligne dans un *obiter* que la *Proclamation royale* réservait aux Indiens non seulement les terres situées à l'extérieur des limites territoriales de la colonie mais aussi « les établissements permis par la Couronne à l'intérieur de la colonie ». (Les italiques sont de nous.)

41. D'ailleurs, les articles 60, 61 et 62 des instructions données à Murray le 7 décembre 1763 (soit deux mois après l'adoption de la *Proclamation royale*) indiquent assez clairement que les autorités britanniques interprètent la *Proclamation royale* comme protégeant les terres que les Indiens occupent ou possèdent. Voir SHORRT & DOUGHTY, *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada, (1759-1791)*, Ottawa, Imprimeur du roi, 2<sup>e</sup> éd., 1921, pp. 174 et 175.

42. *Johnson c. M'Intosh*, 21 U.S. 543 (1823); *Cherokee Nation c. Georgia*, 30 U.S. 1 (1831); *Worcester c. Georgia*, 31 U.S. 575 (1832).

43. S. GRAMMOND, *supra*, note 8, p. 1387 et A. LAFONTAINE, *La coexistence de l'obligation de fiduciaire de la Couronne et du droit à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones*, Thèse de maîtrise en droit, Université d'Ottawa, 1993 [non publiée], p. 26. Notons aussi que si la *Proclamation royale* peut être une source des droits ancestraux autochtones elle n'en est pas l'unique. Voir *Calder*, *supra*, note 2, p. 328 (monsieur le juge JUDSON), *Guérin*, *supra*, note 6, p. 377 et *Simon*, *supra*, note 26, p. 402.

44. À titre d'exemple voir *St-Catherine's Milling*, *supra*, note 33, p. 610.

45. Le juge Dickson dans l'arrêt *Guérin*, *supra*, note 6, p. 376 interchange indistinctement les notions de titre indien, ancestral, aborigène ou autochtone.

mentale<sup>46</sup>, certaines coutumes<sup>47</sup> ainsi que les droits linguistiques des peuples autochtones<sup>48</sup>.

Quant à la possible existence du titre ancestral dans la colonie de Québec de 1763, qui comprend le droit de chasser et de pêcher<sup>49</sup>, la Cour d'appel rejette l'idée qu'il ait pu juridiquement survivre, compte tenu du caractère spécifique de la conquête et de la colonisation par la France, car la Couronne française s'appropriait les titres et les droits dès la prise de possession du territoire en dépit de la présence autochtone antérieure à la Conquête<sup>50</sup>. Le titre indien de common law reconnu comme un droit *sui generis* en common law et qui découle de l'occupation et de la possession historique des terres par les autochtones<sup>51</sup> ne trouverait donc pas application au Québec.

Pourtant, la doctrine des droits ancestraux ne fait pas nécessairement partie de la common law anglaise au sens strict, et en ce sens, la présence du régime français préalablement au régime anglais n'aurait aucune incidence. On peut avancer que la doctrine des droits ancestraux est plutôt une composante du droit constitutionnel britannique relatif aux colonies qui précéderait l'application de la common law anglaise<sup>52</sup>. Suivant cette théorie, les droits ancestraux existaient en Nouvelle-France bien avant la conquête britannique de 1760 et la signature du Traité de Paris en 1763. À la rigueur, on peut avancer que la doctrine des droits ancestraux aurait été introduite par la signature du Traité de Paris le 10 février 1763 qui confirmait la cession de la Nouvelle-France à l'Angleterre. La common law trouve donc toujours application sur le territoire du Québec en dépit de la présence française. Le point de départ de son application reste cependant à déterminer.

La doctrine des droits ancestraux aurait continué à s'appliquer au Québec même après l'adoption de l'*Acte de Québec*<sup>53</sup> de 1774 qui redonnait au droit privé français en Nouvelle-France ses lettres de noblesse.

46. L'autonomie gouvernementale est peut-être déjà inscrite dans l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Voir COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *Commentaire*, 13 février 1992, p. 26; COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *Partenaire au sein de la Confédération*, 1993, p. 29 et ss.; A. LAFONTAINE, *supra*, note 43, p. 77 et ss. et A. BISSONNETTE, « Le droit à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones », (1993) 24 R.G.D. 5.

47. *Conolly c. Woolrich*, (1867) 11 L.C. Jur. 197 (C.S.-Qué.); (1869), 1 R.L.O.S. 253 (C.A.-Qué.). Dans cette affaire, la Cour a validé un mariage intervenu entre un Blanc et une indienne Cri conclu conformément aux lois et aux coutumes autochtones. C'est donc dire que les lois autochtones étaient toujours valides sur le territoire du Québec et n'avaient pas été abrogées. Pour une discussion sur le sujet voir *Partenaire au sein de la Confédération*, *id.*, p. 6 et ss.

48. Sur cette dernière question voir : J. RICHSTONE, « La protection juridique des langues autochtones au Canada », dans *Langues et droit*, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1989, pp. 259-278.

49. Dans *Adams c. La Reine*, [1993] R.J.Q. 1011 [ci-après *Adams*] (demande d'autorisation d'appel en Cour suprême accordée le 9 décembre 1993), la majorité de la Cour d'appel du Québec a conclu qu'un droit de pêche ancestral reconnu et confirmé par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* est un droit accessoire et ne peut exister de façon autonome. Il doit nécessairement être rattaché à un titre indien ancestral territorial.

50. *Côté*, *supra*, note 10, p. 1363.

51. *Guérin*, *supra*, note 6, pp. 376 et 379; *C.P. c. Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654, p. 678; *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322, p. 340, *Sparrow*, *supra*, note 28, p. 1103 et *Baker Lake (Hamlet) c. Ministre des Affaires indiennes*, [1980] 1 C.F. 518, pp. 556 et 557.

52. B. SLATTERY, « Understanding Aboriginal Rights », (1987) 66 R. du B. can. 727, p. 737.

53. L.R.C. (1985), app. II, n° 2.

Dans l'arrêt *Ontario (Procureur-général) c. Bear Island Foundation*<sup>54</sup>, la Cour a conclu que si l'article 3 de l'Acte de Québec<sup>55</sup> avait eu pour effet d'abroger les conditions procédurales pour l'achat de terres prévues dans la *Proclamation royale*, le titre de la bande de Temegami demeurerait toutefois intact. Il a par contre, été éteint ultérieurement par le Traité Robison-Huron (1850). Il n'en demeure pas moins que le titre ancestral aurait survécu à l'intérieur de la colonie de Québec de 1763 après 1774 bien que la procédure de cession prévue à la *Proclamation royale* ait été abrogée. Ce titre ancestral de common law s'appliquerait donc encore aujourd'hui dans la province de Québec de la même façon qu'il s'applique à l'ensemble du Canada.

Cette position trouve écho dans l'arrêt *Roberts c. Canada*<sup>56</sup> où la Cour suprême du Canada vient appuyer la proposition de l'application uniforme du titre ancestral de common law partout au Canada.

Dans cette cause, une bande indienne poursuivait Sa Majesté en lui reprochant d'avoir manqué à son obligation de fiduciaire. La question qui se posait devant la Cour était de savoir si la Cour fédérale avait la compétence pour entendre le litige en vertu de l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La Cour suprême, dans une décision unanime, a conclu que la Cour fédérale détient en effet la compétence pour entendre le litige puisque le droit relatif au titre aborigène est de la common law fédérale. Cette common law fédérale ferait donc partie d'un ensemble de règles non écrites qui s'appliquent dans le domaine du droit constitutionnel fédéral. On peut donc conclure que cette loi est uniforme sur l'ensemble du territoire canadien et, partant, fait partie de la common law canadienne<sup>57</sup>.

De façon assez révélatrice, dans l'arrêt *Adams*<sup>58</sup>, rendu avant l'arrêt *Côté*, le juge Beauregard de la Cour d'appel du Québec, s'inspirant de l'arrêt *Calder*<sup>59</sup>, laissait croire que le titre ancestral de common law pouvait toujours exister au Québec et protégeait non seulement les terres concédées par les autorités

54. (1989) 58 D.L.R. (4th) 117 (C.A.-Ont.), p. 133 confirmé par la Cour suprême *supra*, note 28.

55. L'article 3 se lit comme suit :

3. Pourvu aussi, et il est établi, que rien de ce qui est contenu dans cet Acte ne s'étendra, ou s'entendra s'étendre à annuler, changer ou altérer aucuns droits, titres ou possessions, résultant de quelque concessions, acte de cession, ou d'autres que ce soit, d'aucunes terres dans ladite province, ou provinces y joignantes, et que lesdits titres resteront en force, et auront le même effet, comme si cet Acte n'eut jamais été fait.

56. *Supra*, note 51.

57. La COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *Partenaire au sein de la Confédération*, *supra*, note 46, p. 20 élucide le concept de « common law fédérale » :

L'expression « common law fédérale » vise plutôt à décrire un ensemble de règles fondamentales non écrites qui est commun à tout le Canada et qui s'applique en principe à tous les ressorts, que ce soit la common law anglaise, le droit civil français ou bien le droit coutumier autochtone qui leur est propre.

La doctrine des droits ancestraux est de la « common law » en ce sens qu'elle n'émane pas de dispositions légales ou constitutionnelles et qu'elle ne dépend pas de ces dernières pour avoir force de loi. Elle repose plutôt sur les droits que détenaient à l'origine les peuples autochtones et qui ont été reconnus dans la coutume née des rapports entre ceux-ci et les colons français et anglais à partir du XVII<sup>e</sup> siècle.

58. *Supra*, note 49.

59. *Supra*, note 2.

françaises mais aussi les terres occupées véritablement par les Indiens. De plus, ce titre ancestral aurait reçu une protection suite à l'adoption de la *Proclamation royale* afin que les Indiens ne soient pas dépossédés des terres qu'ils occupaient<sup>60</sup>.

Conséquemment, il nous semble donc juste de conclure que le titre ancestral de common law existe toujours, non seulement à l'extérieur de la colonie de Québec de 1763, mais aussi à l'intérieur de ses frontières et ce, partout où le titre n'a pas été acheté par la Couronne ou concédé par les Indiens.

### C. LE TRAITÉ DE SWEGATCHY

Il est désormais établi en droit canadien que la nature *sui generis* des traités signés entre les peuples autochtones et les gouvernements de l'époque n'équivaut pas à un traité intervenu entre deux ordres de gouvernements souverains, c'est-à-dire que les principes de droit international qui ont trait à la résolution des traités ne sont pas déterminants bien qu'ils puissent à l'occasion servir par analogie<sup>61</sup>. De plus, la Cour suprême a interprété de façon libérale un document signé par le général Murray en 1760 qui garantit aux Hurons le libre exercice de leurs coutumes et de leur religion et jugé que ce document constituait un traité<sup>62</sup>. Les traités et les lois qui visent les autochtones doivent recevoir une interprétation libérale et toute ambiguïté doit leur profiter<sup>63</sup>.

Dans l'affaire *Côté*, la Cour d'appel devait décider si la Conférence de Swegatchy (confirmée par celle de Caughnawaga) avait valeur de traité. Contrairement aux décisions *Sioui* et *Simon* où la Cour suprême avait en sa possession un document, les traces écrites de Swegatchy et de Caughnawaga ont totalement disparu. La Cour d'appel, en l'absence d'un document, s'est donc repliée sur les *Papers of Sir Williams Johnson*<sup>64</sup> qui ont été reconnus par la Cour suprême comme une source fiable, pour conclure que les mémoires de Sir Williams Johnson

60. *Adams*, supra, note 49, pp. 1020 et 1021 : « Même si dans *R. c. Bonhomme* et dans *R. c. Sioui*, la Cour suprême a laissé entendre que les seuls établissements indiens que la proclamation a voulu protéger étaient les établissements « qui leur avaient été permis par la Couronne », j'interprète cet enseignement d'une façon libérale et je tiens pour acquis, pour les fins qui nous intéressent, que la proclamation protégeait les terres qui, à l'époque, faisaient l'objet d'une occupation par les Indiens, l'occupation dont il est question dans *Calder* » et à la p. 1022 : « Interprétant d'une façon libérale l'arrêt *R. c. Sioui*, et étant d'opinion qu'à la suite des Articles de la capitulation de Montréal la proclamation a voulu protéger les terres que les Indiens occupaient véritablement même sans permis formel, je suis également d'opinion que l'article 35 paragraphe 1 protège les titres indiens concédés d'une façon informelle par les autorités françaises de l'époque », et à la p. 1025 : « La proclamation avait pour but, à l'intérieur de la colonie du Québec de 1763, qu'on ne dépossède pas les Indiens des terres qu'ils occupaient ». (Les italiques sont de nous.)

61. *Simon*, supra, note 26, p. 404.

62. *Sioui*, supra, note 17.

63. *Nowegijick c. R.*, supra, note 28. Ce principe a été interprété de façon plus restrictive en ce qui concerne les lois et les traités modernes. Voir *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, supra, note 28, p. 143 (monsieur le juge LA FOREST, majoritaire) et *Bande Eastmain c. Canada (Administrateur fédéral)*, [1993] 1 C.F. (C.A.), p. 515 (monsieur le juge DÉCARY). Demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême rejetée le 14 octobre 1993.

64. W. JOHNSON, *The Papers of Sir Williams Johnson*, prepared by the Division of Archives and History of the University of the State of New York, Albany: The University, 1921-1962.

qui font référence à une rencontre, étaient suffisants pour conclure qu'il y avait eu traité. Ce faisant, la Cour d'appel s'est quelque peu éloignée des critères élaborés par la Cour suprême pour conclure à l'existence d'un traité.

En effet, si la Cour suprême, dans l'affaire *Sioui*, s'est servie des *Papers of Sir Williams Johnson* dans le but d'appuyer son analyse quant au document signé par le général Murray, la Cour d'appel utilise cette source secondaire comme preuve principale de l'existence d'un traité.

De plus, lorsque les cours ont fait preuve de flexibilité dans leur interprétation, c'était toujours dans le but d'établir la nature juridique d'un document, à savoir s'il avait ou non valeur de traité<sup>65</sup>.

L'arrêt *Sioui*<sup>66</sup> nous enseigne aussi que le contexte historique et la perception de chacune des parties à l'égard de l'engagement des parties s'avèrent importants pour déterminer l'interprétation que les parties pouvaient donner au document qui consigne la transaction avec les Indiens, c'est-à-dire de quelle façon chacune des parties comprenait le traité.

Dans cette affaire, la Cour suprême s'est aussi grandement inspirée des critères élaborés par la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. c. Taylor and Williams*<sup>67</sup>, qui prend en compte l'existence d'un document, et qu'elle a qualifiés de pertinents pour l'analyse du contexte historique. Ces critères sont les suivants : 1) L'exercice continu d'un droit dans le passé et aujourd'hui; 2) les raisons pour lesquelles la Couronne s'est engagée; 3) la situation qui prévalait au moment où le *document a été signé*; 4) la preuve de relations de respect et d'estime entre les négociateurs et 5) la conduite subséquente des parties.

Finalement, bien que la Cour suprême ait mentionné que les formalités entourant un accord soient d'importance secondaire, sa grille d'appréciation s'insère toujours en présence d'un document<sup>68</sup>.

Nous croyons que les propos rapportés par Sir William Johnson ne doivent pas être perçus comme des traités mais plutôt comme des rencontres informelles qui s'inscrivent dans un contexte de négociation et de marchandage par les Britanniques et les Français pour s'assurer le contrôle du continent américain et l'alliance des autochtones. Le contraire mènerait au résultat absurde qu'une rencontre informelle portant sur le commerce, l'échange ou la traite dans un contexte bien précis et arrêté dans le temps mais consigné dans des mémoires ou gribouillé dans un journal personnel, aurait valeur de traité et recevrait une protection constitutionnelle. Suivant ce raisonnement, la remarque dans un journal que certains droits auraient été retirés à un groupe d'autochtones serait-elle une preuve principale suffisante pour conclure que ces droits ont en effet été éteints?

Ainsi, si les propos contenus dans un journal personnel peuvent s'avérer utiles pour interpréter un document principal, il n'en demeure pas moins que la preuve de la conclusion et de l'existence d'un traité nécessite la production d'un document en vertu des critères et des éléments élaborés par la Cour suprême. C'est la conclusion qu'il faut tirer en l'absence de critères plus précis et plus élaborés.

65. *Simon, supra*, note 26 et *R. c. White and Bob*, (1964) 50 D.L.R. (2d) 613 (C.A.C.-B.) (confirmé en Cour suprême (1965) 52 D.L.R. (2d) 481.)

66. *Supra*, note 17, p. 1035.

67. (1981) 62 C.C.C. (2d) 227 cité dans *Sioui, id.*, p. 1045. (Nos italiques.)

68. *Ibid.*

## 1. L'étendue géographique du Traité

Cette partie du jugement est sans aucun doute la plus difficile à concilier avec les principes déjà existants en droit des autochtones.

Après avoir conclu à l'existence d'un traité en l'absence de document, la Cour d'appel a choisi, pour délimiter l'étendue du traité, de se replier sur les critères énoncés dans l'arrêt *Baker Lake*<sup>69</sup> qui s'énoncent comme suit : 1) L'existence d'une société organisée; 2) cette société organisée doit occuper le territoire de façon suffisante; 3) cette occupation doit être exclusive et 4) l'occupation exclusive doit être un fait établi au moment où l'Angleterre a imposé sa souveraineté.

Ces critères ont été élaborés et sont utilisés comme repères pour établir l'existence d'un titre ancestral de common law. Toutefois, la Cour les récupère pour appuyer son raisonnement quant à l'étendue du traité. Après avoir étudié la preuve au dossier, la Cour conclut donc que les Algonquins rencontrent avec satisfaction les critères de l'arrêt *Baker Lake*<sup>70</sup> et que le territoire ancestral comprend la zone désignée de la ZEC Bras-Coupé-rivière Désert<sup>71</sup>. La Cour poursuit en soulignant que les Algonquins constituaient une société organisée et occupaient le territoire de façon « substantielle et effective » pour des fins de chasse et pêche afin d'assurer leur subsistance. Ce raisonnement a ceci d'ironique qu'après avoir nié l'existence du titre ancestral algonquin sur le territoire en question, la Cour fait ensuite une démonstration convaincante du fondement de ce titre ancestral mais l'applique à l'interprétation des traités. La Cour ajoute aussi que la protection dont bénéficient les Algonquins ne peut être restreinte à l'occupation des villages ou des terres de mission et que le contraire s'avérerait « irréaliste et difficilement acceptable dans le contexte de l'époque »<sup>72</sup>. Cette affirmation de la Cour contredit son interprétation quant aux effets de la *Proclamation royale* et nous incite à croire qu'il est difficile de conclure que la Couronne britannique avait l'intention de restreindre le droit des autochtones uniquement aux « terres réservées » à l'intérieur de la Colonie de Québec de 1763. Aussi, on pourrait croire que la Cour hésite, devant l'ampleur des conséquences, à confirmer l'existence du titre indien qui grève une grande partie du territoire du Québec mais, refusant de nier des droits aux autochtones, préfère se rattacher à un traité, par définition plus restrictif quant à son contenu et au territoire qu'il couvre.

De plus, la Cour d'appel a curieusement esquivé la question concernant l'interprétation du Traité de Swegatchy en regard de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*<sup>73</sup>. Cet article, appliqué dans les arrêts *Simon*<sup>74</sup> et *Sioui*<sup>75</sup>, présente un avantage indéniable pour les autochtones en ce qu'il offre une protection suffisante à l'encontre des lois provinciales sans qu'il ne soit nécessaire de faire toute la preuve requise par l'article 35 afin de démontrer une protection constitutionnelle<sup>76</sup>.

69. *Supra*, note 51.

70. *Id.*, pp. 557-558.

71. *Côté, supra*, note 10, p. 1369.

72. *Ibid.*

73. *Supra*, note 12.

74. *Supra*, note 26.

75. *Supra*, note 17.

76. Pour une analyse de l'article 88 voir P. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswell, 1992, pp. 27-13 et ss.

#### D. LE TEST DE JUSTIFICATION DE L'ARRÊT SPARROW

Dans l'arrêt *Sparrow*<sup>77</sup>, la Cour suprême a élaboré un test général qui permet d'évaluer si une loi ou un règlement impose une limite qui se justifie eu égard à l'exercice d'un droit ancestral de pêche. Il appartient à celui qui invoque un droit ancestral de le prouver. Une fois l'existence du droit ancestral prouvée, la cour doit vérifier si la loi ou le règlement contesté porte atteinte au droit ancestral existant. C'est-à-dire, la restriction est-elle déraisonnable? Le règlement est-il indûment rigoureux? Le règlement refuse-t-il au titulaire du droit le recours à un moyen préféré de l'exercer? Si la cour répond par l'affirmative, il y a violation à première vue de la protection accordée par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. L'analyse porte ensuite sur le critère de la justification. En premier lieu, l'objectif poursuivi est-il régulier? Existe-t-il un lien rationnel entre la mesure adoptée et l'objectif poursuivi?<sup>78</sup> Dans l'affirmative, la cour passe au deuxième volet de la mesure de justification en examinant le critère de l'honneur de la Couronne<sup>79</sup>.

La Cour d'appel a appliqué le test élaboré dans *Sparrow* aux montants exigés pour la circulation en automobile et à l'exigence de détenir un permis de pêche prévus par règlement.

#### 1. Montants exigés pour la circulation en automobile

Le *Règlement sur les zones d'exploitation contrôlées*<sup>80</sup> établit qu'une personne qui désire circuler dans une des zones prévues doit acquitter un droit.

Dans son analyse du critère de justification, la Cour suprême a signalé entre autres que la conservation et la gestion des ressources naturelles seraient considérées comme un objectif régulier<sup>81</sup>. Il doit exister un lien rationnel entre la législation et l'objectif poursuivi. L'application de la norme de justification élaborée par la Cour suprême semble sévère et très exigeante et impose un lourd fardeau à Sa Majesté afin que les droits des autochtones soient pris au sérieux<sup>82</sup>. Si l'on devait retenir un enseignement de l'arrêt *Sparrow*, ce serait qu'il est désormais établi que les droits ancestraux des autochtones ne peuvent plus être banalisés et « que la reconnaissance et la confirmation exigent que les gouvernements, les tribunaux et

77. *Supra*, note 28. Pour commentaires voir entre autres : W.I.C. BINNIE, « The Sparrow Doctrine : Beginning of the End or End of the Beginning? », (1990) 15 *Queen's L. J.* 217 et S. GRAMMOND, *supra*, note 8.

78. *Id.*, p. 1113 et 1114.

79. *Id.*, pp. 1112-1114.

80. *Supra*, note 13. L'article 5.1 se lit comme suit :

5.1 Pour accéder à une zone d'exploitation contrôlée, une personne doit payer des droits :

- 1) d'au plus 3 \$ lorsqu'elle accède seule dans un véhicule;
- 2) d'au plus 5 \$ lorsque 2 personnes accèdent dans un véhicule;
- 3) d'au plus 7 \$ lorsque 3 personnes accèdent dans un véhicule;
- 4) d'au plus 3 \$ supplémentaires par véhicule qui accède ou sort de la zone d'exploitation contrôlée entre 22 heures et 7 heures.

81. *Sparrow*, *supra*, note 28, p. 1113.

82. *Id.*, p. 1119.



l'ensemble des Canadiens soient conscients des droits des peuples autochtones et qu'ils les respectent »<sup>83</sup>.

En vérifiant si une mesure, de par son objet ou son effet, porte atteinte inutilement ou de façon néfaste à l'exercice des droits ancestraux protégés par l'article 35, la Cour d'appel fait référence à l'arrêt *Sparrow*.

Dans l'arrêt *Sparrow*, la preuve a révélé que les Musqueams détenaient un droit de pêche ancestral<sup>84</sup>. La pêche au saumon faisait partie intégrante de la culture des Musqueams et jouait un rôle important qui ne se limitait pas seulement à des fins de subsistance mais servait aussi à la consommation dans des rituels et des activités sociales<sup>85</sup>. La Cour a mentionné que si la restriction imposée quant à la longueur des filets portait atteinte à première vue aux droits ancestraux des autochtones, il appartiendrait au ministère public de démontrer que le règlement était justifiable<sup>86</sup>.

Ainsi, dans l'affaire *Côté*, si le montant exigé par règlement pour la circulation automobile viole à première vue le droit ancestral des Algonquins parce qu'ils n'ont pas accès à leur territoire ancestral librement, peut-on conclure qu'il existe un lien rationnel entre l'exigence de droits pour la circulation en automobile pour les autochtones (la réglementation) et l'entretien des routes (objectif). Comme le prescrit l'arrêt *Sparrow*<sup>87</sup>, quel est l'objectif réel et impérieux qui puisse justifier que les autochtones doivent payer des droits pour circuler sur leur territoire ancestral? Il appartient au ministère public de faire cette preuve.

En appliquant les critères élaborés dans l'arrêt *Sparrow*, la Cour d'appel conclut que la mesure est justifiée. En effet, le droit d'entrée est modeste, non discriminatoire, ne constitue pas un authentique droit d'accès au territoire puisqu'il demeure gratuit si l'accès au lieu se fait par avion, à pied, par portage ou par canot<sup>88</sup>. Finalement, le droit d'accès rend l'exercice des droits plus efficace en ce qu'il permet la réparation des chemins, ponts et divers ouvrages routiers<sup>89</sup>. Au fond, le juge Baudouin compare la situation à celle de l'autoroute à péage<sup>90</sup> et conclut que l'objectif poursuivi par la réglementation est « régulier et légitime, [et] qu'elle n'impose pas, aux droits traditionnels des autochtones, une restriction discriminatoire ou indûment rigoureuse à leur droit de pêche et que, enfin, elle est compatible avec le respect du devoir de fiduciaire de Sa Majesté »<sup>91</sup>.

Conséquemment, aux yeux de la Cour d'appel, le montant exigé semble rencontrer le critère de justification élaboré par la Cour suprême. Il est vrai que l'exigence pour les autochtones de payer un montant pour l'entretien des routes qu'ils utilisent au même titre que les autres usagers semble raisonnable, mais la raisonnable, aussi légitime soit-elle, n'est pas suffisante en soi pour rencontrer l'étape sévère de la justification. Comme l'affirme la Cour suprême dans l'arrêt *Sparrow* :

83. *Ibid.*

84. *Id.*, p. 1093. La Cour a cependant renvoyé la cause en première instance en ce qui a trait à la question de savoir s'il y a eu atteinte au droit des Musqueams et si cette atteinte était justifiée.

85. *Id.*, p. 1099.

86. *Id.*, pp. 1120 et 1121.

87. *Id.*, p. 1113.

88. Ces faits n'ont pas été contestés. *Côté*, *supra*, note 10, p. 1371.

89. *Ibid.*

90. *Ibid.*

91. *Ibid.*

Comme nous l'avons déjà fait remarquer, la gestion et la conservation de ressources constituent vraiment un objectif législatif régulier. Pourtant, le fait que cet objectif soit « raisonnable » ne saurait suffire comme reconnaissance et confirmation constitutionnelles des droits ancestraux. Au contraire, les règlements appliqués conformément à un objectif de conservation ou de gestion peuvent être examinés selon la norme de justification énoncée plus haut.<sup>92</sup>

Nous croyons plutôt qu'il semble difficile de justifier que les critères stricts énoncés dans l'arrêt *Sparrow* quant à la protection des droits constitutionnels prévus à l'article 35 soient satisfaits en ce qui concerne les droits exigés pour la circulation en automobile. En tenant pour acquis que le territoire de la ZEC est situé sur le territoire ancestral des autochtones protégé par traité, il faut se demander si l'objectif poursuivi (le maintien des routes) ne peut être atteint qu'en exigeant des droits aux autochtones.

La reconnaissance de l'existence d'un territoire ancestral pour les Algonquins suppose qu'ils possèdent un titre indien qui n'a été ni cédé par les Indiens ni acheté par la Couronne. Conséquemment, peut-on conclure qu'ils devraient payer un droit pour accéder à leur territoire ancestral qui a été aménagé par les non-autochtones, en dépit de leur titre, sans leur permission? On peut se demander quelle serait la situation juridique des autochtones s'ils avaient cédé leur titre indien? Sans aucun doute la même que celle des non-autochtones. Quel avantage le titre indien peut-il apporter aux Algonquins, si ce n'est un accès gratuit à leur territoire ancestral?

Le montant exigé par le règlement semble donc nuire inutilement à l'accès au territoire des Algonquins. La contribution des Indiens n'est certes pas nécessaire à l'entretien des routes et ne rencontre pas les critères sévères de justification. En affirmant le contraire, la Cour d'appel diminue la portée de l'arrêt de principe *Sparrow* et tend à banaliser la protection des droits ancestraux des autochtones en diluant grandement la portée de la décision *Sparrow* quant à la priorité et au sérieux qu'elle a voulu consacrer aux droits ancestraux protégés par l'article 35.

## 2. L'exigence du permis de pêche

En ce qui a trait à l'exigence du permis de pêche en vertu du *Règlement de pêche du Québec*<sup>93</sup> pour les autochtones, le juge Baudouin admet que l'obligation d'obtenir un permis de pêche général, indistinctement de celle imposée par les non-autochtones et les autochtones, crée une violation apparente aux droits constitutionnels des Algonquins<sup>94</sup>. Par contre, à ses yeux, le permis n'est pas contraignant et il n'est pas d'avis que :

[...] l'objectif poursuivi n'est pas régulier et légitime, que la détention d'un permis impose une restriction indûment rigoureuse et enfin, que cette atteinte, *prima facie*, est incompatible avec le devoir de fiduciaire de Sa Majesté, au sens donné à cette expression notamment dans *Guérin c. R.* et *Apsassin c. R.*

92. *Sparrow*, *supra*, note 28, pp. 1118 et 1119.

93. *Supra*, note 14. L'article 5 du règlement se lit comme suit :

5. Le Ministre peut, par un permis spécial, exempter les Indiens, les Inuits et les personnes employées en éducation, en gestion ou en recherche biologiques de l'application du présent règlement.

94. *Côté*, *supra*, note 10 à la p. 1372.

Il est vrai qu'à première vue, l'obligation de détenir un permis peut sembler porter atteinte aux droits ancestraux qui bénéficient d'une protection constitutionnelle, mais l'obligation de détenir un permis peut toutefois s'inscrire dans une perspective globale de gestion de la faune<sup>95</sup>. En ce sens, on pourrait avancer qu'il existe un lien rationnel entre la législation qui prévoit l'obtention du permis et l'objectif de préserver, de gérer et de protéger les ressources épuisables pour les générations autochtones futures afin qu'elles puissent continuer à exercer leurs droits. L'exigence du permis semble *a priori* justifiable, contrairement au droit requis pour circuler en automobile sur un territoire ancestral, si la preuve démontre qu'elle s'inscrit dans un cadre global de gestion des ressources, qui peut se justifier.

On pourrait même avancer qu'il est tout à l'avantage des autochtones que des données concernant le nombre potentiel de pêcheurs et le stock de poissons disponible soient colligées. De cette façon, en cas de diminution du stock de poissons, ces données permettraient au gouvernement de prévoir l'allocation des prises à des fins d'alimentation pour les Indiens en regard du critère d'attribution de priorité énoncé dans *Sparrow*<sup>96</sup>.

Affirmer le contraire équivaldrait à soustraire les autochtones de toute réglementation fédérale alors que l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* n'a pas pour effet d'anéantir le pouvoir fédéral de légiférer en vertu de l'article 91(24) mais aménage plutôt son application<sup>97</sup>. L'article 35 n'équivaut pas à une promesse d'immunité<sup>98</sup> et il convient aussi de rappeler que les autochtones n'échappent pas au partage des compétences ni à la souveraineté canadienne<sup>99</sup>.

Ainsi, pour la majorité des juges dans l'affaire *R. c. Nikal*<sup>100</sup>, l'obligation d'obtenir un permis de pêche ne constitue pas une atteinte aux droits ancestraux protégés par la *Loi constitutionnelle de 1982* :

I conclude that the requirement that an Indian hold a licence does not constitute a prima facie infringement of an aboriginal right. *Licensing is a natural part of a centralized scheme to manage fisheries in order to ensure conservation and to achieve a proper allocation of the resource. It is a simple means of determining where and by whom fishing is done and it may provide data necessary to properly manage the resource. Licensing is reasonable and does not cause undue hardship.* The licence is free and available to all band members. It does not deny a right to fish; it is a small part of the regulation.

En effet, ce n'est pas l'obligation de détenir un permis qui était en cause dans l'arrêt *Sparrow*, mais plutôt la portée du règlement fédéral dont certaines restrictions semblaient aller directement à l'encontre des droits ancestraux des Musqueams<sup>101</sup>.

95. *Id.*, p. 1373.

96. *Supra*, note 28, p. 1119.

97. *Ibid.*

98. *Id.*, p. 1110.

99. *Id.*, p. 1103. « Il convient de rappeler que bien que la politique britannique envers la population autochtone fut fondée sur le respect de leur droit d'occuper leurs terres ancestrales, comme en faisait foi la Proclamation royale de 1763, dès le départ, on n'a jamais douté que la souveraineté et la compétence législative, et même le titre sous-jacent, à l'égard de ces terres revenaient à Sa Majesté. »

100. [1993] 5 W.W.R. 629 (C.A.C.-B.), pp. 641 et 652. (Les italiques sont de nous.)

101. L'appelant, Ronald Sparrow, avait été accusé d'avoir pêché avec un filet dérivant plus long que celui autorisé par le permis de pêche. C'est le contenu de la mesure qui avait un effet sur les droits ancestraux existants et non pas la mesure elle-même.

Par contre, bien que le permis imposé par règlement en cause dans l'arrêt *Côté*, soit gratuit, n'impose aucune restriction quant au nombre de poissons qui peuvent être capturés, il n'en demeure pas moins que le permis est soumis à une discrétion ministérielle. Si, pour les juges de la majorité, cette discrétion ministérielle « ne paraît pas, en soi et nécessairement attentatoire aux droits des appelants ni déraisonnable » il n'en demeure pas moins que les Algonquins peuvent se voir nier l'octroi d'un permis dans l'optique d'exercer leurs droits ancestraux. Nous croyons que cette possibilité, aussi infime puisse-t-elle être, suffit à porter atteinte aux droits protégés par l'article 35 et n'est pas justifiable eu égard aux critères énoncés dans l'arrêt *Sparrow* comme le souligne avec justesse le juge dissident Delisle :

[...] je ne peux accepter que l'exercice d'un droit protégé par la Constitution canadienne puisse être soumis à une discrétion ministérielle, même révisable judiciairement.<sup>102</sup>

D'ailleurs, cette même Cour d'appel, dans l'arrêt *Adams*, était aussi d'avis que l'obligation d'obtenir un permis ne violerait pas les droits autochtones protégés constitutionnellement mais qu'en revanche l'octroi d'une discrétion ministérielle serait inopérante car elle ignorerait les préoccupations des autochtones<sup>103</sup>.

Nous croyons donc que la simple exigence d'obtenir un permis, si la preuve démontre qu'elle s'inscrit dans le cadre d'un plan global de conservation et de gestion concernant la pêche, est justifiable et ne porte pas atteinte aux droits ancestraux des peuples autochtones, si ce permis est gratuit<sup>104</sup>, respecte l'attribution de priorité<sup>105</sup> et ne nuit pas inutilement à l'exercice des droits des peuples autochtones<sup>106</sup>.

## CONCLUSION

Le droit des autochtones au Canada ne cesse d'évoluer depuis l'arrêt *Calder* rendu en 1973 mais les tribunaux québécois hésitent encore à reconnaître la portée réelle du titre indien sur le territoire du Québec. Les contradictions de la Cour d'appel dans les jugements *Côté* et *Adams* soulevées dans cet article, témoignent de ses vales hésitations. Ce faisant, les tribunaux québécois vont à l'encontre du courant d'interprétation large et libérale développé par la jurisprudence de la Cour suprême du Canada ces dernières années et ignorent les jugements rendus par les juridictions des cours supérieures du Commonwealth<sup>107</sup>.

102. *Côté*, *supra*, note 10, p. 1376.

103. *Supra*, note 49, p. 1020 : « L'article 35 n'empêche certes pas le législateur d'exiger qu'un Indien qui est titulaire d'un droit reconnu et confirmé par l'article 35 paragraphe 1 obtienne un permis avant de pêcher (ne serait-ce que pour permettre à un agent de conservation de vérifier que le pêcheur est vraiment indien), mais les conditions de la délivrance de ce permis doivent être prévues dans une loi ou un règlement afin qu'on puisse vérifier si ces conditions respectent les critères auxquels réfère l'arrêt *Sparrow* » (monsieur le juge BEAUREGARD). Voir aussi les commentaires au même effet du juge dissident ROTHMAN, p. 1042.

104. *Nikal*, *supra*, note 100.

105. *Sparrow*, *supra*, note 28, p. 1119.

106. *Ibid.*

107. *Mabo c. State of Queensland*, (1992) 66 A.L.J.R. 408.

En rejetant l'existence d'un titre indien de common law à l'intérieur de la colonie de Québec de 1763, le jugement de la Cour d'appel du Québec a pour conséquence inacceptable de reconnaître que les droits des Indiens du Québec sont plus limités que ceux des Indiens qui habitent le reste du Canada. Cette approche incongrue ne s'insère certes pas dans l'histoire constitutionnelle canadienne et répudie l'ouverture dont fait preuve la communauté internationale à l'égard des droits des peuples autochtones.