

## EN JEU : LA PROPRIÉTÉ DU TERRITOIRE D'UNE PROVINCE

Pierre CHAMPAGNE

Volume 107, numéro 3, décembre 2005

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1045637ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1045637ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (imprimé)

2369-6184 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

CHAMPAGNE, P. (2005). EN JEU : LA PROPRIÉTÉ DU TERRITOIRE D'UNE PROVINCE. *Revue du notariat*, 107(3), 441–466.  
<https://doi.org/10.7202/1045637ar>

# EN JEU : LA PROPRIÉTÉ DU TERRITOIRE D'UNE PROVINCE

Pierre CHAMPAGNE\*

## SOMMAIRE

Cet article est une réflexion sur la base d'un choix d'arrêts relatifs au droit de propriété des provinces, notamment celui de la province de Québec, en vertu de l'article 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867* analysé dans le contexte des articles 91(24) de cette loi et 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

## TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION . . . . .	443
I. ÉVOLUTION DE LA JURISPRUDENCE DE 1867 À 1982 : LE RESPECT DE LA PROPRIÉTÉ PROVINCIALE . . . . .	447
1. L'arrêt <i>St.Catherine's Milling</i> . . . . .	447
2. L'arrêt <i>Calder</i> . . . . .	459
3. L'arrêt <i>Smith</i> . . . . .	450
4. L'arrêt <i>Guerin</i> . . . . .	450
5. Conclusion préliminaire . . . . .	451
II. ÉVOLUTION DE LA JURISPRUDENCE DE 1982 À 2004 : L'ÉROSION DE LA PROPRIÉTÉ PROVINCIALE . . . . .	451
1. L'arrêt <i>Sparrow</i> . . . . .	452

---

\* B.A., LL.L. L'auteur, autrefois notaire, fut conseiller juridique au ministère des Affaires indiennes du Nord canadien de 1977 à 2003.

2.	L'arrêt <i>Adams</i> . . . . .	453
3.	L'arrêt <i>Côté</i> . . . . .	453
4.	L'arrêt <i>Delgamuukw</i> . . . . .	453
5.	L'arrêt <i>Renvoi relatif à la sécession du Québec</i> . . .	455
6.	L'arrêt <i>Haïda</i> . . . . .	456
7.	L'arrêt <i>Tlingit de Taku River</i> . . . . .	456
8.	Conclusion préliminaire . . . . .	456
III.	CONCLUSION AFFÉRENTE AUX DEUX PÉRIODES . . .	458
IV.	APPRÉCIATION CRITIQUE ET PROPOSITIONS DE SOLUTIONS . . . . .	459

## INTRODUCTION

L'énoncé d'une nouvelle appropriation de certains éléments du territoire d'une province accompagnée d'une compétence fédérale pourrait surprendre les observateurs et plus particulièrement les notaires préoccupés par le droit à appliquer et par la sécurité des titres de propriété, des baux et des autres droits issus du titre de la Couronne et visant l'utilisation du territoire. En effet, depuis l'adoption de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>1</sup> reconnaissant « [l]es droits existants – ancestraux ou issus de traités – des peuples autochtones du Canada », la Cour suprême a opéré un revirement de la jurisprudence avec l'arrêt *Delgamuukw*<sup>2</sup> et sa notion de titre aborigène assorti de la compétence fédérale sur ce droit ancestral à l'intérieur du territoire d'une province. Par contre, la Cour suprême a retenu l'ancienne jurisprudence en dissociant le droit de propriété d'une province sur son territoire de son pouvoir de légiférer. Elle a ainsi fait primer le pouvoir de légiférer du Parlement fédéral sur « les terres réservées Indiens » situées à l'intérieur d'une province en se fondant sur l'article 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*<sup>3</sup>.

---

1. Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982. R.-U., c. 11). Le paragraphe 35(1) se lit comme suit : « Les droits existants – ancestraux ou issus de traités – des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés. »

2. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010.

3. 30 & 31 Vict. R.-U., c. 3. Le paragraphe 91(24) concerne « [l]es Indiens et les terres réservées pour les Indiens ».

Sous le régime de la common law, seule la couronne est propriétaire des terres. Si une personne acquiert une terre ou en hérite, il la détient en fief simple (*tenant in fee simple*) qui équivaut au domaine utile – soit, pratiquement, un droit de propriété en droit civil. Ce sont des notions qui rappellent la tenure féodale qui prévalait dans le passé en Angleterre. Au Canada, il n'y a qu'une seule reine, qu'une seule couronne et c'est pourquoi elle comparait devant les tribunaux ou devant notaire sous la désignation « Sa Majesté la reine du chef du Canada » ou « du chef du Québec ». Cependant, en 1867, les actifs comprenant les terres publiques ont été divisés et attribués soit aux provinces soit au Canada. L'administration et le contrôle de ces actifs ont été délégués aux diverses législatures et gouvernements. Ainsi, les provinces et le Canada jouissent respectivement de tous les avantages et de tous les bénéfices de la propriété. Toutefois, la distinction fondamentale reparaît, par exemple, lorsqu'une province veut céder une terre au fédéral : elle en cède l'administration et le contrôle, de gouvernement à gouvernement, et la compétence législative fédérale s'ensuit.

(à suivre...)

Bien évidemment, la portée non balisée des droits ancestraux comprenant le titre aborigène à l'intérieur du territoire d'une province suscite beaucoup d'inquiétudes. Cette situation pousse logiquement à s'interroger sur le champ d'application territorial de l'exception contenue à l'article 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, savoir pour ce qui a trait à toutes les terres, mines et minéraux appartenant à une province « restant toujours soumis aux charges dont ils sont grevés, ainsi qu'à tous intérêts autres que ceux que peut y avoir la province ».

Nul doute qu'au cours des discussions précédant l'adoption des lois constitutionnelles de 1867 et de 1982, les négociateurs oeuvrant pour les provinces ne pouvaient s'imaginer que les droits constitutionnels de propriété de chaque province sur son territoire et les pouvoirs législatifs sur le territoire convenu pour chaque province conférés par les articles 92 et 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, seraient encadrés, voire exclus, au cas par cas, et aux dépens des provinces. Ces négociateurs auraient-ils recommandé à leur province mandante respective le partage fédéral-provincial de 1867 ou le libellé actuel de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* s'ils en avaient entrevu les conséquences sur les droits de propriété des provinces et sur les pouvoirs législatifs fédéral ou provincial sur le territoire ? À la lumière de la jurisprudence actuelle, un observateur non averti pourrait conclure qu'il y a apparence de marché de dupes.

Rappelons, à la décharge des négociateurs de la *Loi constitutionnelle de 1867*, auxquels on a sans doute fourni des opinions juridiques et des analyses de risques, que le partage convenu faisait, *inter alia*, des Indiens (et des terres leur étant réservées) des sujets relevant de la compétence exclusive du Parlement fédéral en vertu de l'article 91(24), alors qu'en vertu de l'article 109, les terres,

---

(...suite)

Toutes les réserves indiennes sont des terres réservées, mais l'inverse n'est pas toujours vrai. Les terres réservées sont de compétence fédérale en vertu du paragraphe 24 de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Sa Majesté est propriétaire des terres de réserve qu'elle destine à l'usage exclusif d'une bande indienne. Les terres sujettes au titre aborigène restent à déterminer soit par négociations soit par un tribunal. Sa Majesté est propriétaire de la plupart de ces terres ; dans le cas contraire, il s'agira de propriétés privées. Le titre aborigène en cause sera précisé par un traité au terme de négociations ou par un jugement. Le cas échéant, un tribunal l'exprimera « en un droit moderne en common law » suivant la jurisprudence actuelle de la Cour suprême. Le titre aborigène emporte la qualification de « terre réservée » et relève dès lors de la compétence fédérale.

mines, minéraux et réserves royales devenaient la propriété des provinces, mais assujetties « aux charges dont ils sont grevés, ainsi qu'à tous intérêts autres que ceux que peut y avoir la province », sans référence aucune à une énumération précise de ces charges et intérêts. Vraisemblablement, en 1867, les documents qui décrivaient ces « intérêts autres » en ce qui a trait aux Indiens étaient la *Proclamation royale de 1763*<sup>4</sup> qui leur réservait des « terres précises »<sup>5</sup> et les lois de la province du Bas-Canada de 1850 et 1851<sup>6</sup> au même effet.

Rappelons aussi, à la décharge des négociateurs la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui ont également eu en main des analyses de risques et des opinions juridiques, que le qualificatif « existants » de l'article 35 paraissait figer dans le temps les droits des autochtones<sup>7</sup>, que la conférence constitutionnelle prévue à l'article 37 devait déterminer et définir les droits des peuples autochtones<sup>8</sup> et que, spécialement pour le Québec, l'état du droit à ce moment de même que les positions prises sur la portée territoriale de la *Proclamation royale (1763)* ainsi que sur les effets juridiques du régime colonial français<sup>9</sup> favorisaient la négation des droits ancestraux dans la colonie de Québec de 1763.

\* \* \*

- 
4. Reproduite dans L.R.C. (1985), App. II, n° 1. Confirmé par l'arrêt *St.Catherine's Milling and Lumber Company v. The Queen* (1888), 14 A.C. 46, 54 et 55.
  5. *R. c. Marshall* ; *R. c. Bernard*, 2005 CSC 43, par. 90 et 94.
  6. *Acte pour mieux protéger les terres et les propriétés des sauvages dans le Bas-Canada*, S.C. 1850, c. 42 et *Acte pour mettre à part certaines étendues de terre pour l'usage de certaines tribus de sauvages dans le Bas-Canada*, S.C. 1851, c. 106. Confirmé par *Attorney-General for Quebec v. Attorney-General for Canada*, [1921] 1 A.C. 401, 410 et 411.
  7. Henri BRUN et Guy TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 3<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 152. Toutefois, dans l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, le mot « existants » est interprété comme ne permettant pas de faire revivre des droits éteints – même ceux qui n'étaient pas exercés en 1982 – tout en permettant aux droits d'évoluer avec le temps. Par ailleurs, dans l'arrêt *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010 le juge Lamer indique : « Je m'empresse d'ajouter que la constitutionnalisation par le par. 35(1) des droits ancestraux reconnus en common law ne signifie pas que ces droits épuisent le contenu de cette disposition. ».
  8. Extrait du paragraphe 2 de l'article 37 : « Sont placées à l'ordre du jour [...] les questions constitutionnelles qui intéressent directement les peuples autochtones du Canada, notamment la détermination et la définition des droits de ces peuples à inscrire dans la Constitution du Canada. ».
  9. Ghislain OTIS, « L'évolution constitutionnelle du Québec et des peuples autochtones : le défi de l'interdépendance », conférence présentée à l'Assemblée nationale le 26 octobre 2004, les Conférences Jean-Charles Bonenfant, p. 2 et 3. La conférence est reproduite sur le site Internet de l'Assemblée nationale.

Nous tenterons ici de mesurer les effets sur le territoire québécois de 1867<sup>10</sup> de certaines décisions de la Cour suprême du Canada où l'on applique l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* relatif au droit de propriété reconnu par l'article 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et ce, dans la mesure où le titre aborigène peut affecter ces droits<sup>11</sup>. Suivant notre approche, ces décisions témoignent d'une évolution jurisprudentielle favorable aux compétences fédérales et, partant, défavorable au droit de propriété des provinces. Certes, aucun titre aborigène n'a encore été expressément reconnu par la Cour suprême sur le territoire d'une province dans le cadre de l'article 109<sup>12</sup> de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Une tendance se dessine néanmoins à la lumière des arrêts rendus depuis 1990 avec l'arrêt *Sparrow*, tendance qui nourrira notre réflexion.

Dans les pages qui suivent, nous entendons considérer uniquement comme un fait avéré, sans pour autant les assujettir à un développement quelconque, les reconnaissances maintes fois faites par les tribunaux de l'existence de droits ancestraux avec effet consécutif sur les droits de propriété des provinces. Par ailleurs, le présent texte ne prend pas en compte les traités avec les Indiens ni n'aborde la question de l'application des lois provinciales aux autochtones<sup>13</sup>.

- 
10. COMMISSION D'ÉTUDE SUR L'INTÉGRITÉ DU TERRITOIRE DU QUÉBEC, *Rapport de la Commission d'étude sur l'intégrité du territoire du Québec*, vol. 4.1, « Rapport des commissaires », p. 71 et vol. 4.2, « Mémoires », p. 21, Québec, La Commission, 1967. Il s'agit du territoire de la colonie de Québec décrit dans la *Proclamation royale de 1763* agrandi par l'*Acte de Québec* en 1774 englobant ainsi une partie du « territoire indien » qui est « réservé » aux Indiens dans cette proclamation.
  11. La notion de « titre aborigène » est traitée principalement dans l'arrêt *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 1 R.C.S. 1010.
  12. Dans la dernière affaire connue, les autochtones n'ont pas réussi à établir un titre aborigène sur les territoires concernés, l'un situé au Nouveau-Brunswick et l'autre en Nouvelle-Écosse. Voir *R. c. Marshall*; *R. c. Bernard*, 2005 CSC 43, par. 83. S'ils avaient réussi, il y aurait eu « [a]près cette appréciation de la preuve [...] une étape finale où les conclusions de fait, ainsi interprétées, sont transposées en un droit moderne en common law. » : *R. c. Marshall*; *R. c. Bernard*, 2005 CSC 43, par. 69.
  13. Sur ce dernier point, nous référons le lecteur au solide exposé de René MORIN, « La gouvernance provinciale à l'épreuve des droits des peuples autochtones : pour un fédéralisme équilibré », dans Ghislain OTIS (dir.), *Droit, territoire et gouvernance des peuples autochtones*, Ste-Foy, P.U.L., 2004, p. 101, aux pages 109, 111 et 112. Cet auteur prône notamment « un assouplissement des règles de partage constitutionnel » et suggère que « les tribunaux interprètent la prise en compte par la législation provinciale des droits des autochtones de manière particulière en l'abordant dans le cadre du caractère véritable de la loi ou de son double aspect » (p. 113).

Mentionnons enfin que les arrêts dont nous étudierons le contenu sont répartis sur deux périodes : de 1867 à 1982 (I) et, à la suite de l'avènement de la *Loi constitutionnelle de 1982*, de 1982 à nos jours (II). L'analyse se poursuivra par une conclusion afférente aux deux périodes (III) et se terminera par une appréciation critique et des propositions de solutions (IV).

## **I. ÉVOLUTION DE LA JURISPRUDENCE DE 1867 À 1982 : LE RESPECT DE LA PROPRIÉTÉ PROVINCIALE**

Avant 1982, la Cour suprême du Canada a su dénouer un certain nombre de querelles fédérale-provinciales par l'interprétation des articles 91(24) et 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867* traitant du partage des compétences législatives et des actifs entre le Parlement et les législatures provinciales. Une partie des jugements abordés permet de prendre rapidement connaissance de décisions rendues à la suite des cessions de titres indiens en territoire provincial par des groupes d'autochtones. La question fondamentale à résoudre consistait à déterminer laquelle, de la couronne du chef du Canada ou de la couronne du chef du Québec, bénéficiait de l'administration et du contrôle du territoire cédé. La question du titre indien n'a été traitée qu'accessoirement. Deux autres jugements sont mentionnés, l'un pour souligner la première mention par la Cour suprême de l'existence de titres indiens fondés sur l'occupation historique de terres traditionnelles et leur reconnaissance en common law, l'autre pour indiquer que la couronne du chef du Canada peut être titulaire d'un titre de propriété foncière.

### **1. L'arrêt *St.Catherine's Milling***

La décision *St.Catherine's Milling and Lumber Company v. The Queen*<sup>14</sup>, rendue en 1888, a fourni l'occasion au Comité judiciaire du Conseil privé d'analyser, de paire, les articles 109 et 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Dans cette affaire, le Canada prétendait qu'aux termes d'un traité de 1873 un groupe d'Indiens lui avait cédé son droit de propriété sur certaines terres situées en Ontario. À ce titre, le Canada n'avait-il pas tout loisir de délivrer un permis de coupe de bois les visant ? La Cour n'a pas adhéré à ce raisonnement. Il s'agit d'une décision importante. Ce n'est pas à proprement parler une affaire portant directement sur le titre indien. En effet, la Cour

14. (1888), 14 A.C. 46. Les citations en français sont tirées principalement de l'arrêt *Calder c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1973] R.C.S. 313.



n'a pas estimé nécessaire de déterminer « la nature exacte du droit indien »<sup>15</sup> puisque, aux fins de cette cause, il lui suffisait d'énoncer que la Couronne « a toujours eu un droit fondamental et suprême sous-jacent au titre indien, et qui est devenu un *plenum dominium* dès que le titre indien a été cédé ou autrement éteint »<sup>16</sup>.

Dans le cadre de son analyse des compétences respectives du Canada et des provinces, la Cour ne voit pas comment, en s'appuyant sur l'article 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui est situé dans la partie de la loi qui traite du partage des pouvoirs législatifs, on peut priver les provinces d'un droit qui leur est attribué expressément dans une autre partie de cette même loi qui, pour sa part, traite du partage des actifs et des revenus<sup>17</sup>. L'article 109 est ainsi jugé suffisant pour conférer à chaque province « the entire beneficial interest of the Crown in all lands within its boundaries »<sup>18</sup>.

*Avant une cession* du titre indien, le rapport entre le titre indien et le droit de propriété de la couronne est ainsi décrit par la Cour : « Sa Majesté a toujours eu un droit de propriété actuel sur les terres et le titre des Indiens ne faisait que le grever »<sup>19</sup> ou, comme indiqué plus haut, « un droit fondamental et suprême sous-jacent au titre indien »<sup>20</sup>. *Après une cession* du titre indien, le titre de propriété de la

15. *St. Catherine's Milling, ibid.*, 55 : « the precise quality of the Indian right » La traduction française est tirée de *Calder c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1973] R.C.S. 313, 322. Sur cette retenue quant au contenu, le juge Lamer cite le Conseil privé en indiquant qu'il n'était pas « nécessaire d'exprimer une opinion sur ce point ». *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 116.

16. *St. Catherine's Milling, ibid.*, 55 : « there has been all along vested in the Crown a substantial and paramount estate, underlying the Indian title, which became a plenum dominium whenever that title was surrendered or otherwise extinguished. ».

17. *Ibid.*, 59. Le passage complet du jugement se lit comme suit : « Their Lordships are, however, unable to assent to the argument for the Dominion founded on sect. 92(24) [lire 91(24)]. There can be no à priori probability that the British Legislature, in a branch of the statute which professes to deal only with the distribution of legislative power, intended to deprive the Provinces of rights which are expressly given them in that branch of it which relates to the distribution of revenues and assets. The fact that the power of legislating for Indians, and for lands which are reserved to their use, has been entrusted to the Parliament of the Dominion is not in the least degree inconsistent with the right of the Provinces to a beneficial interest in these lands, available to them as a source of revenue whenever the estate of the Crown is disencumbered of the Indian title. » (p. 59).

18. Sauf les exceptions prévues ailleurs dans la loi. *Ibid.*, 57.

19. *Ibid.*, 58 : « The Crown has all along had a present proprietary estate in the land, upon which the Indian title was a mere burden. ».

20. *Ibid.*

province devient complet<sup>21</sup>, et la province jouit pleinement de son droit aux bénéfices<sup>22</sup>. Soulignons ici que le titre indien est, aux dires de la Cour, un droit personnel, de la nature d'un usufruit<sup>23</sup>.

D'autres décisions du Comité judiciaire du Conseil privé ont confirmé, à la défaveur du Canada qui voulait vendre une terre cédée<sup>24</sup>, se faire rembourser une indemnité en argent ou recevoir le revenu de ces terres affecté au même effet<sup>25</sup>, qu'une cession de terres au Canada par un groupe d'Indiens avait comme conséquence un retour de celles-ci sous l'administration et le contrôle de la province, et cela sans obligation aucune envers le Canada.

## 2. L'arrêt *Calder*

La décision *Calder*<sup>26</sup>, rendue en 1973, a donné l'occasion aux juges de la Cour suprême de faire connaître leurs opinions divergentes et non majoritaires sur l'application de la *Proclamation Royale*

21. *Ibid.*

22. *Ibid.*, passages cités aux notes 17 et 18. *Nation Haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, par. 59 : « les terres situées dans la province [TRADUCTION] « peuvent constituer une source de revenus [pour la province] dans tous les cas où les biens de la Couronne ne sont plus grevés du titre indien ».

23. *Ibid.*, 54 : « the tenure of the Indians was a personal and usufructuary right, dependent upon the good will of the Sovereign. » C'est un droit personnel puisqu'il n'est aliénable qu'en faveur de la couronne (voir *Attorney-General for Quebec v. Attorney-General for Canada*, [1921] 1 A.C. 401, 408). Le juge LeBel s'exprime ainsi dans *R. c. Marshall* ; *R. c. Bernard*, 2005 CSC 43, 134. « Cette réserve ou charge grevant le titre de la Couronne a été qualifiée d'usufruit. La notion d'un usufruit détenu par une collectivité sur un territoire a été employée pour la première fois par cette Cour dans *St. Catharines Milling and Lumber Co. c. The Queen* (1887), 13 R.C.S. 577. Le juge en chef Ritchie a eu recours à cette analogie pour expliquer le rapport entre les intérêts de la Couronne et ceux des Autochtones dans le territoire. La notion d'usufruit est utile en ce qu'elle s'appuie sur un démembrement du droit de propriété entre un propriétaire et un usufruitier. Un titre usufruitaire sur toutes les terres non cédées est considéré comme une protection de l'utilisation et de la jouissance absolue de leur territoire par les peuples autochtones. ».

24. *Ontario Mining Company v. Seybold*, [1903] A.C. 73 ; *Attorney-General for Quebec v. Attorney-General for Canada*, [1921] 1 A.C. 401. Voir aussi Patrice GARANT, « Les réserves indiennes », dans COMMISSION D'ÉTUDE SUR L'INTÉGRITÉ DU TERRITOIRE DU QUÉBEC, *Rapport de la Commission d'étude sur l'intégrité du territoire du Québec*, vol. 4.3, « Études juridiques », Québec, La Commission, 1967, p. 130, aux pages 135, 136, 139 et 140.

25. *Dominion of Canada v. Province of Ontario*, [1910] A.C. 637 ; *Attorney-General for Dominion of Canada v. Attorney-General for Province of Ontario*, [1898] A.C. 247. Voir aussi Patrice GARANT, *ibid.*, p. 136 et 137.

26. *Calder c. Colombie Britannique*, [1973] R.C.S. 313.

de 1763 en Colombie-Britannique et sur l'extinction des droits ancestraux des Nishgas. Cette décision contient toutefois une reconnaissance à l'effet que des droits ancestraux (alors simplement désignés comme « titre indien » ou « titre aborigène ») pouvaient exister là où ils n'ont pas été valablement éteints. Ce titre découlant de l'occupation historique a été reconnu comme « un droit en common law »<sup>27</sup>. La propriété de la province n'était pas, quant à elle, contestée dans cette affaire.

### 3. L'arrêt *Smith*

Pour sa part, l'arrêt *Smith*<sup>28</sup>, rendu en 1983, porte sur les conséquences d'une cession, consentie en 1895 afin de vendre une partie de réserve, sans que le gouvernement n'ait par la suite procédé à la vente, est au même effet que les décisions du Conseil privé afférente à une cession de titre par un groupe d'Indiens.

### 4. L'arrêt *Guerin*

La décision *Guerin*<sup>29</sup>, rendue par la Cour suprême du Canada en 1984, bien que introduite après 1982, traite d'un bail signé en 1955. La majorité des juges ne fait pas de distinction fondamentale, en droit, entre une réserve indienne et un territoire traditionnel<sup>30</sup>. La Cour souligne que les arrangements constitutionnels qui s'appliquaient dans les affaires *St.Catherine's Milling* et *Smith* ne s'appliquaient pas en l'espèce puisque Sa Majesté du chef du Canada était pleinement propriétaire de la réserve<sup>31</sup>.

---

27. *Ibid.*, 328, 344, 352, 375, 402 et 404 ; L'arrêt *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322, 22, contient la mention suivante : « Dans l'arrêt *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313, cette Cour a reconnu le titre aborigène comme un droit, en common law, découlant de l'occupation et de la possession historiques par les Indiens de leurs terres tribales. ».

28. *Smith c. Canada*, [1983] 1 R.C.S. 554.

29. *Guerin c. Canada*, [1984] 2 R.C.S. 335.

30. *Ibid.*, 379 et 340. « À mon avis, il est sans importance que la présente espèce concerne le droit d'une bande indienne sur une réserve plutôt qu'un titre aborigène non reconnu sur des terres tribales traditionnelles. Le droit des Indiens sur les terres est le même dans les deux cas : voir l'arrêt *Attorney-General for Quebec v. Attorney-General for Canada*, [1921] 1 A.C. 401, aux pp. 410 et 411 (l'affaire *Star Chrome*). ».

31. *Guerin c. Canada, ibid.*, 380, « Aucun problème constitutionnel de cet ordre ne se pose en l'espèce, puisque, en 1938, le gouvernement provincial a transféré à Sa Majesté du chef du Canada le titre de propriété relatif à l'ensemble des réserves indiennes de la Colombie-Britannique. ».

## 5. Conclusion préliminaire

Dans un premier temps, on peut constater que le Comité judiciaire du Conseil privé a décidé en faveur des provinces et a fait primer l'article 109 *Loi constitutionnelle de 1867* sur l'article 91(24) de la même loi lorsqu'il avait à décider en fonction de la propriété des terres et du partage des compétences<sup>32</sup> suivant une cession de terres par un groupe autochtone. Dans un second temps, la Cour suprême du Canada a confirmé, dans l'arrêt *Smith*, le bien-fondé de l'arrêt *St. Catherine Milling*<sup>33</sup>. Il appert donc que la couronne de chaque province a un plein droit de propriété sur les terres, et non la couronne du chef du Canada lorsqu'une cession en bonne et due forme a été consentie par un groupe d'autochtones.

## II. ÉVOLUTION DE LA JURISPRUDENCE DE 1982 À 2004 : L'ÉROSION DE LA PROPRIÉTÉ PROVINCIALE

La *Loi constitutionnelle de 1982* est entrée en vigueur le 17 avril 1982. Le rôle de la Cour suprême du Canada s'en est trouvé amplifié et le droit judiciaire autochtone sur la doctrine des droits ancestraux s'est mis à évoluer rapidement. La Cour suprême, dans une série de jugements, a défini le sens du paragraphe 1 de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Elle a également proposé une nouvelle interprétation de l'article 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. À l'occasion, elle a également traité de l'article 109 de cette dernière loi.

Depuis 1982 et contrairement à la période précédente, les droits ancestraux sont au centre des litiges portés devant les tribunaux et la compétence du Parlement fédéral en la matière est reconnue. Actuellement, les pouvoirs d'une province d'administrer et de contrôler seule les terres lui appartenant ont été sérieusement limités en présence de droits ancestraux. Les arrêts considérés

---

32. *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, 1103. « Les arrêts de principe qui ont défini les droits des Indiens au début du siècle portaient sur des revendications étayées par la Proclamation royale ou d'autres documents juridiques et, même dans ces cas, les tribunaux étaient essentiellement intéressés à établir la compétence législative ou les droits des entreprises commerciales. ». C'est une conclusion réductrice, du moins, en ce qui concerne *St. Catherine's Milling* où on discute beaucoup de propriété puisqu'il fallait décider qui était propriétaire et qui a été décidé sur la base de l'article 109 qui porte sur la propriété.

33. *Smith c. Canada*, [1983] 1 R.C.S. 554, 562, en parlant de *St. Catherine's Milling*. « La validité de cet arrêt est demeurée incontestée et, qui plus est, il n'a jamais été interprété ni appliqué de manière à le modifier. ».

ci-après mettent ainsi en évidence la subordination des droits territoriaux des provinces aux droits ancestraux, y compris le titre aborigène. Notons que les arrêts *Adams* et *Côté* reconnaissent des droits ancestraux en territoire québécois.

### 1. L'arrêt *Sparrow*

C'est avec l'affaire *Sparrow en 1990*<sup>34</sup> que la Cour suprême du Canada a examiné, pour la première fois, le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et sa portée en tant que « promesse faite aux peuples autochtones du Canada »<sup>35</sup>. La Cour a reconnu aux Musqueams l'existence d'un droit ancestral de pêche à des fins de subsistance et à des fins sociales et rituelles<sup>36</sup>. La Cour cite avec approbation un arrêt du Comité judiciaire du Conseil privé où l'on considère que le pouvoir de légiférer du fédéral en matière de pêcheries peut affecter, même sérieusement, le droit de propriété d'une province en vertu de l'article 109<sup>37</sup>. La Cour rappelle que la politique britannique respectait le droit des autochtones d'occuper leurs terres ancestrales, tout en n'écartant pas que « la souveraineté et la compétence législative, et même le titre sous-jacent, à l'égard de ces terres revenaient à Sa Majesté »<sup>38</sup>. Selon la Cour, la reconnaissance constitutionnelle exprimée au paragraphe 35(1) permet donc, dans une certaine mesure, de contrôler la conduite du gouvernement et de limiter fortement le pouvoir du législateur<sup>39</sup>. La Cour souligne aussi l'importance du contexte et d'un examen au cas par cas<sup>40</sup>. Elle avait auparavant conclu que l'un des effets fondamentaux du paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* était de réduire la compétence législative provinciale<sup>41</sup>. Il apparaît que la « présomption » de validité d'une loi (provinciale ou fédérale) serait « maintenant désuète étant donné le statut constitutionnel des droits ancestraux en cause »<sup>42</sup>.

34. *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075.

35. *Ibid.*, 1082 et 1083.

36. *Ibid.*, 1101.

37. *Ibid.*, 1098 : *Attorney General for Canada v. Attorney General for Ontario*, [1898] A.C. 700.

38. *R. c. Sparrow*, *ibid.*, 1103.

39. *Ibid.*, 1110. « La reconnaissance constitutionnelle exprimée dans la disposition en cause permet donc, dans une certaine mesure, de contrôler la conduite du gouvernement et de limiter fortement le pouvoir du législateur. »

40. *Ibid.*, 1111. « Nous tenons à souligner relativement au par. 35(1) l'importance du contexte et d'un examen cas par cas. »

41. *Ibid.*, 1105. « Il accorde également aux autochtones une protection constitutionnelle contre la compétence législative provinciale. »

42. *Ibid.*, 1114.

## 2. L'arrêt *Adams*

Au milieu des années 1990, la Cour suprême du Canada, dans l'affaire *Adams*<sup>43</sup>, s'est prononcée sur l'effet d'un droit exercé indépendamment du titre aborigène. Un autochtone revendiquait un droit de pêche dans un lac donné et fondait sa prétention sur l'existence d'un droit de pêche ancestral rattaché au lac lui-même<sup>44</sup>. En invoquant le critère développé dans l'arrêt *Van der Peet*<sup>45</sup> aux fins de déterminer l'existence de droits ancestraux, la Cour a établi qu'un droit peut être spécifique à un site et profiter à un autochtone ne faisant pas partie du groupe pouvant en revendiquer le titre<sup>46</sup>.

## 3. L'arrêt *Côté*

Dans l'affaire *Côté* en 1996<sup>47</sup>, la Cour suprême, suivant en cela les préceptes de l'arrêt *Adams*, a reconnu aux Algonquins le droit ancestral de pêcher à des fins alimentaires dans les lacs et les rivières du territoire d'une zone d'exploitation contrôlée<sup>48</sup> (Z.E.C.) sans qu'ils soient tenus de prouver, comme préalable à l'existence de ce droit, l'existence d'un titre aborigène sur le territoire de la Z.E.C.<sup>49</sup>. La Cour a aussi rappelé « que le droit relatif au titre aborigène constitue une catégorie distincte de la common law fédérale plutôt qu'un domaine de la common law, du droit civil ou du droit des biens applicable dans la province »<sup>50</sup>. La décision ne fait aucune référence à l'article 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

## 4. L'arrêt *Delgamuukw*

L'arrêt *Delgamuukw*, rendu en 1997<sup>51</sup> se situe dans le cadre d'une revendication par les Gitksans d'un territoire très étendu en Colombie-Britannique. Cette revendication n'a pas été tranchée

---

43. R. c. *Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101.

44. *Ibid.*, par. 34.

45. R. c. *Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507.

46. R. c. *Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101, par. 30.

47. R. c. *Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139.

48. *Ibid.*, par. 31.

49. *Ibid.*, par. 41.

50. *Ibid.*, par. 49. Le texte original provient de *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322, 340, où la juge Wilson indique que « la question à laquelle nous devons donc répondre est donc de savoir si la loi applicable au titre aborigène est de la common law fédérale. Je crois qu'elle l'est. » (par. 29 et 30).

51. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010.

dans le cadre de ce procès. Néanmoins, la Cour suprême a profité de l'occasion pour examiner le contenu précis du titre aborigène. Elle indique d'abord que les termes choisis dans *St. Catherine's Milling* « ne sont pas particulièrement utiles pour expliquer les différentes dimensions du titre aborigène »<sup>52</sup>. En effet, la Cour estime que le titre aborigène est un droit *sui generis* ainsi qualifié « afin de le différencier des intérêts de propriété « ordinaires » comme le fief simple » et en raison de l'impossibilité « d'expliquer entièrement ses caractéristiques en fonction soit des règles du droit des biens en common law, soit des règles relatives à la propriété prévues par les régimes juridiques autochtones »<sup>53</sup>. « L'une de ces dimensions est l'*inaliénabilité* du titre aborigène » sauf en faveur de la couronne<sup>54</sup>. Un autre de ses traits est le fait qu'il est « détenu collectivement »<sup>55</sup>. Le titre aborigène « comprend le droit *exclusif* d'utiliser et d'occuper des terres, c'est-à-dire de le faire à l'exclusion des non-autochtones et des membres d'autres nations autochtones »<sup>56</sup>. Une province peut toutefois, en invoquant sa souveraineté et sous surveillance judiciaire dans le cadre d'une conciliation entre l'occupation antérieure et l'affirmation de la souveraineté, porter atteinte au titre aborigène (p. ex. : l'extension de la foresterie, de l'exploitation minière, la construction d'infrastructures<sup>57</sup>) si elle agit honorablement, de bonne foi<sup>58</sup> et respecte diverses obligations qui vont de la consultation à l'obtention du consentement<sup>59</sup> et, selon le cas, pourvoit à une indemnisation adéquate.

---

52. *Ibid.*, par. 112. « dans l'affaire *St. Catherine's Milling and Lumber Co. c. The Queen* (1888), 14 A.C. 46, dans laquelle le titre aborigène a été décrit comme étant un [traduction] "droit personnel, de la nature d'un usufruit". Par la suite, les tribunaux ont tenté de s'accommoder de cette définition, mais il ressort de leurs décisions que les termes choisis par le Conseil privé ne sont pas particulièrement utiles pour expliquer les différentes dimensions du titre aborigène. »

53. *Ibid.*, par. 112.

54. *Ibid.*, par. 113.

55. *Ibid.*, par. 115.

56. *Ibid.*, par. 185. Il est ironique de penser qu'à peu de choses près, la Cour suprême a reconnu aux autochtones, dans l'affaire *Delgamuukw*, ce que le Conseil privé avait rejeté dans l'affaire *St. Catherine's Milling and Lumber Company, v. The Queen* (1888), 14 A.C. 46, 58 : « Had its Indian inhabitants been the owners in fee simple of the territory which they surrendered by the treaty of 1873, *Attorney-General of Ontario v. Mercer* [...] might have been an authority for holding that the Province of Ontario could derive no benefit from the cession, in respect that the *land was not vested in the Crown at the time of the union*. But that was not the character of the Indian interest. »

57. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique, ibid.*, par. 165.

58. *Ibid.*, par. 204.

59. *Ibid.*, par. 168.

Enfin, la Cour énonce ce que nous appelons une « nouvelle interprétation » du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* en ce qu'il :

protège l'« essentiel » de la quiddité indienne, ou indianité, contre les empiètements provinciaux [...] L'essentiel de l'indianité englobe toute la gamme des droits ancestraux protégés par le par. 35(1). Ces droits comprennent les droits se rapportant à un territoire ; cette partie de l'essentiel de l'indianité découle de la référence aux « terres réservées aux Indiens » au par. 91(24). Cependant, ces droits comprennent également les coutumes, pratiques et traditions qui ne se rattachent pas à un territoire ; cette partie de l'essentiel de l'indianité découle de la compétence du fédéral à l'égard des « Indiens ». Il est interdit aux gouvernements provinciaux de faire des lois portant sur ces deux types de droits ancestraux.<sup>60</sup>

##### 5. L'arrêt *Renvoi relatif à la sécession du Québec*

Dans le jugement *Renvoi relatif à la sécession du Québec*<sup>61</sup> rendu en 1998, la Cour suprême signale que « les modifications de 1982 n'ont pas touché au partage des pouvoirs établi aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui constitue la principale expression textuelle dans notre Constitution du principe du fédéralisme dont il a été convenu au moment de la Confédération »<sup>62</sup>. Les tribunaux en sont venus, pour protéger ce principe, à « chercher un certain équilibre entre le fédéral et les provinces »<sup>63</sup>. La Cour n'aborde en aucune façon l'article 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

---

60. *Ibid.*, par. 177 et 178. René MORIN, « La gouvernance provinciale à l'épreuve des droits des peuples autochtones : pour un fédéralisme équilibré », dans Ghislain OTIS (dir.), *Droit, territoire et gouvernance des peuples autochtones*, Ste-Foy, P.U.L., 2004, p. 101, à la page 121, s'inquiète de la conclusion à laquelle arrive le professeur Hogg « pour qui toutes les dispositions issues d'un accord de revendications territoriales relèveraient vraisemblablement du cœur de la compétence fédérale sur les Indiens et les terres réservées aux Indiens. Si cela devait être le cas, les provinces hésiteront sans doute longtemps avant de participer à la conclusion de telles ententes. » Cet auteur invite également les tribunaux à « envisager les initiatives provinciales vis-à-vis les autochtones avec beaucoup de souplesse car il serait illogique que la prise en compte des droits des autochtones par les provinces, rendue nécessaire par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, soit mise en échec par un problème de partage constitutionnel » (*ibid.*, p. 124).

61. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217.

62. *Ibid.*, par. 47.

63. Henri BRUN et Guy TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 3<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 458.



## 6. L'arrêt *Haïda*

Dans l'affaire *Haïda* en 2004<sup>64</sup>, la Cour suprême devait se prononcer sur le point de départ de l'obligation de consulter et d'accommoder, obligation fondée sur l'honneur d'un gouvernement provincial compte tenu d'un processus de négociation de traité en cours. En effet, les Haïdas ayant revendiqué un titre non encore reconnu sur des îles, ont contesté devant les tribunaux les remplacements de permis de coupe de bois visant ces îles et la cession de ces permis par le gouvernement sans leur consentement. La Cour a estimé que la province avait une obligation de consulter dès l'étape de la concession d'une ferme forestière et peut-être même une obligation d'accommodement substantielle avant la fin des négociations en cours<sup>65</sup>.

## 7. L'arrêt *Tlingit de Taku River*

L'affaire *Tlingit de Taku River* en 2004<sup>66</sup> traite de la question de savoir si le gouvernement de la Colombie-Britannique avait satisfait à son obligation de consultation et d'accommodement. En effet, les Tlingits s'opposaient à la décision de ce gouvernement de permettre, pour atteindre une mine, la construction d'une route traversant leur territoire traditionnel. Les Tlingits avaient cependant participé à la consultation tenue principalement en vertu de la loi provinciale d'évaluation environnementale et du crédit leur avait été accordé. Les mesures de consultation et d'accommodement ont donc été jugées suffisantes.

## 8. Conclusion préliminaire

Considérant qu'une jurisprudence s'appuie sur l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* pour tailler sur mesure une place à des groupes autochtones du Canada dans les territoires reconnus aux provinces par les différents actes constitutionnels les constituant, il est clair, d'abord, que par leur interprétation de l'article 35, les tribunaux font primer l'article 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, sur l'article 109<sup>67</sup> de la même loi. Le Parlement canadien

64. *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511.

65. *Ibid.*, par. 76 et 77.

66. *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, [2004] 3 R.C.S. 550.

67. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 173-178.

profite ainsi d'une interprétation défavorable aux pouvoirs législatifs des provinces sur leur territoire parce que « la réglementation des activités relevant d'un droit ancestral relèvera en effet d'abord de la compétence fédérale [...] aux termes du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* »<sup>68</sup>. Il est également patent que des groupes autochtones se voient reconnaître des droits ancestraux et la probabilité de titres de propriété sous le couvert de l'appellation « titres aborigènes »<sup>69</sup>, voire la reconnaissance de l'apparence d'un titre aborigène et de droits ancestraux avec, dans les deux cas, des effets considérables sur les pouvoirs et la propriété de la province concernée<sup>70</sup>. On peut y voir une tendance favorisant la marche de ces autochtones vers un droit au territoire et qui s'accorde bien avec les jugements rendus depuis 1982.

L'état actuel du droit au Québec est décrit par le professeur Ghislain Otis dans les termes suivants :

Nous ne pouvons plus méconnaître le fait que le Québec n'a pas la capacité constitutionnelle de faire comme s'il était le seul propriétaire des terres et des ressources et comme s'il était, sous réserve du partage fédératif des compétences, le seul maître d'oeuvre du développement du territoire.<sup>71</sup>

Si le droit au territoire lui-même est en cause, Georges Emery conclut pour sa part :

que dans l'hypothèse de l'existence d'un titre aborigène et de droits ancestraux sur les terres que revendiquent les peuples autochtones au Québec, toutes ces terres seraient grevées d'un intérêt autre que celui de la province et elles seraient sous compétence législative fédérale de façon permanente sinon éternelle, c'est-à-dire tant et aussi longtemps que les autochtones ne céderaient pas leurs droits au Canada.<sup>72</sup>

68. Ghislain OTIS, « L'évolution constitutionnelle du Québec et des peuples autochtones : le défi de l'interdépendance », conférence à l'Assemblée nationale, 26 octobre 2004, les Conférences Jean-Charles Bonenfant, p. 2 et 3. La conférence est reproduite dans le site Internet de l'Assemblée nationale, p. 6.

69. *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101 ; *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139 ; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010.

70. *Supra*, notes 68-70. Voir aussi *infra*, note 104.

71. Ghislain OTIS, « L'évolution constitutionnelle du Québec et des peuples autochtones : le défi de l'interdépendance », conférence à l'Assemblée nationale, 26 octobre 2004, les Conférences Jean-Charles Bonenfant, p. 2 et 3. La conférence est reproduite dans le site Internet de l'Assemblée nationale, p. 7.

72. Georges EMERY, *Entente de principe d'ordre général entre les Premières nations de Mamuitun et Nutashkuan et le Gouvernement du Québec et le Gouvernement* (à suivre...)

### III. CONCLUSION AFFÉRENTE AUX DEUX PÉRIODES

Si la Cour suprême du Canada reconnaît un jour l'existence d'un titre aborigène équivalant à la propriété, on peut craindre que les pouvoirs constitutionnels des provinces sur leurs territoires seront très limités et qu'un groupe autochtone ne voudra jamais céder au Canada le titre aborigène qui lui a été reconnu. Les provinces perdront de ce fait des actifs et des revenus.

Par ailleurs, le Parlement fédéral acquerrait des compétences territoriales additionnelles avec la reconnaissance d'un tel titre aborigène<sup>73</sup>. La conclusion d'un accord sur les revendications territoriales pourrait ajouter à la compétence fédérale si cet accord se soldait « par la perte de toute compétence provinciale à l'égard des matières que [les provinces acceptent] de faire entrer dans cet accord »<sup>74</sup>.

Notons qu'un cadre politique aurait pu être convenu en vertu des articles 37 et 37.1 (maintenant abrogés<sup>75</sup>) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. À l'ordre du jour des quatre conférences prévues par ces articles, il y avait notamment « la détermination et la définition des droits » des peuples autochtones. On sait que ces conférences constitutionnelles n'y sont pas parvenues<sup>76</sup> et qu'il en a été de même de l'entente de Charlottetown<sup>77</sup>.

---

(...suite)

*du Canada, Réflexions sur la portée de l'entente de principe d'ordre général entre certains peuples innu et Québec et Ottawa*, février 2003, p. 22.

73. *Ibid.*, p. 26.

74. René MORIN, « La gouvernance provinciale à l'épreuve des droits des peuples autochtones : pour un fédéralisme équilibré », dans Ghislain OTIS (dir.), *Droit, territoire et gouvernance des peuples autochtones*, Ste-Foy, P.U.L., 2004, p. 101, à la page 121.

75. L'article 37 a été abrogé le 17 avril 1983 et l'article 37.1 a été abrogé le 18 avril 1987.

76. Georges EMERY, *Entente de principe d'ordre général entre les Premières nations de Manuitun et Nutashkuan et le Gouvernement du Québec et le Gouvernement du Canada, Réflexions sur la portée de l'entente de principe d'ordre général entre certains peuples innu et Québec et Ottawa*, février 2003, p. 23 ; Henri BRUN et Guy TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 3<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 154. Cependant, la conférence tenue en mars 1983 a donné lieu à la première modification constitutionnelle concernant les ajouts aux articles 25 et 35 et à l'ajout de l'article 35.1 à la *Loi constitutionnelle de 1982*. Les autres conférences ont été tenues en mars 1984, en avril 1985 et en mars 1987.

77. Henri BRUN et Guy TREMBLAY, *ibid.*, p. 155.

En conséquence, les tribunaux, et principalement la Cour suprême du Canada, se sont mis à élaborer un cadre juridique balisant leurs interventions et à décider, au cas par cas<sup>78</sup>, notamment en ce qui a trait à l'usage du territoire d'une province par un groupe d'autochtones en vertu de leurs droits ancestraux, incluant ou non le titre aborigène. L'élaboration de ce cadre a ainsi permis d'introduire sur les terres provinciales la compétence fédérale, bien que la lettre de la *Loi constitutionnelle de 1982* n'ait pas touché au partage des compétences prévu aux articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*<sup>79</sup>.

Les mots « cadre juridique » sont sans doute trop restrictifs puisque la Cour suprême du Canada a avancé, en rendant ses jugements, des concepts assez ouverts, basés sur une approche et des raisonnements originaux à facettes multiples. Il s'agit d'une théorie opérationnelle, mais en voie de parachèvement. En sont issus, entre autres, la reconnaissance de droits ancestraux ou titre aborigène, le code de conduite fondé sur l'honneur de la couronne et les obligations fiduciaires pour les gouvernements provinciaux et fédéral rendus justiciables, la primauté de l'article 91(24), le « spectre » des droits autochtones<sup>80</sup>, un système de droit autochtone préexistant<sup>81</sup>, l'obligation de consulter et d'accommoder. La suprématie parlementaire est ainsi supplantée par la suprématie constitutionnelle<sup>82</sup>.

#### IV. APPRÉCIATION CRITIQUE ET PROPOSITIONS DE SOLUTIONS

En demande ou en défense, la couronne a fait savoir aux tribunaux le sens qu'elle donnait à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et sa mémoire ne peut être mise en cause car il s'est écoulé seulement un peu plus de deux décennies depuis la mise en oeuvre de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La Cour suprême du Canada a répondu que les Pères de la constitution de 1982 n'avaient pas bien compris le sens dudit article 35, notamment en ce qui regarde la

78. *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, 1111 ; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 165 ; Georges EMERY, *Entente de principe d'ordre général entre les Premières nations de Mamuitun et Nutashkuan et le Gouvernement du Québec et le Gouvernement du Canada, Réflexions sur la portée de l'entente de principe d'ordre général entre certains peuples innu et Québec et Ottawa*, février 2003, p. 23.

79. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217.

80. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 138.

81. *Ibid.*, par. 114.

82. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 72.

propriété du territoire provincial et la compétence fédérale. Nul ne pouvait imaginer que la Cour suprême allait inclure et énoncer le noble objet de l'article 35 et décider d'appliquer uniformément, à travers tout le Canada, le droit autochtone, la common law fédérale et sa nouvelle interprétation de l'article 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

La Cour suprême du Canada a établi que le titre aborigène était une matière relevant de la compétence du Parlement fédéral en vertu de l'article 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et que l'article 109 de cette même loi n'apportait, à cet égard, aucun secours aux provinces puisque la décision du Conseil privé dans *St. Catherine's Milling* a « eu pour effet de dissocier le droit de propriété relatif aux terres détenues en vertu d'un titre aborigène de la compétence exercée à l'égard de ces terres »<sup>83</sup>.

La Cour suprême du Canada retourne ainsi contre les provinces l'argument utilisé par le Conseil privé dans *St. Catherine's Milling* pour rejeter la prétention du Canada à la propriété<sup>84</sup>. Cependant, il faut tout de même noter qu'il n'y avait plus, en 1888, « un intérêt autre que celui de la province » avant la cession. En effet, les terres avaient été *cédees* au Canada par un groupe autochtone et l'article 109 avait été invoqué avec succès par l'Ontario. La Cour n'a donc pas eu besoin de préciser la nature exacte de « l'intérêt autre » avant la cession. C'est pourquoi il ne semble pas approprié d'appliquer mécaniquement l'arrêt *St. Catherine's Milling* en référence à l'article 109 dans les cas où il n'y a pas eu cession ou extinction, ou quand la question de la compétence n'est pas en jeu. Le procédé est d'autant plus inacceptable que le titre indien, avant la proclamation de la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>85</sup>, était défini comme un « droit personnel, de la nature d'un usufruit [...] » ne correspondant pas au titre aborigène<sup>86</sup> perçu comme un « droit foncier *sui generis* » constitutionnalisé.

---

83. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 175. Voir aussi *Nation Haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, par. 59. L'interprétation que la Cour suprême propose de l'article 35 et de l'article 91(24) ignore le rejet des arguments de la couronne du chef du Canada par le Conseil privé et fait prédominer l'article 91(24) et l'article 35 sur l'article 109, le vidant à la fois de la compétence provinciale et de sa substance en attribuant le titre aborigène aux autochtones.

84. *Supra*, note 18.

85. *St. Catherine's Milling and Lumber Company v. The Queen* (1888), 14 A.C. 46, 54. Voir également : *supra*, note 24.

86. *Supra* note 53, par. 111 et le texte qui résume cet arrêt.

En réalité, il se pourrait que les autochtones ne veuillent plus céder les droits liés à leurs titres aborigènes ; certains pensent même que l'extinction des droits n'est pas en accord avec la reconnaissance de l'article 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>87</sup>. De même, il se pourrait que les provinces ne veuillent plus convenir avec les autochtones d'une entente de revendication territoriale<sup>88</sup>. Actuellement, il y a une quasi-impossibilité d'obtenir un titre complet de propriété pour la province, alors que le processus de cession est prévu dans la *Proclamation royale de 1763* par la *Loi sur les Indiens*<sup>89</sup> et dans différents arrêts du Conseil privé et de la Cour suprême mentionnés plus haut. En fait, les décisions de la Cour suprême du Canada et l'expectative de nouvelles décisions favorables aux autochtones ne les incitent pas à la cession de droits.

Les groupes autochtones favorisent plutôt des arrangements avec les provinces sur l'exercice localisé de droits après une reconnaissance générale des droits ancestraux (qui emporte automatiquement la compétence fédérale sur le titre aborigène) sur l'ensemble du territoire traditionnel, et ce, préférablement dans un traité renégociable à échéance convenue. Ce faisant, la province bloque elle-même toute possibilité d'obtenir un titre complet et consent à la compétence fédérale. On peut donc s'attendre à des négociations perpétuelles, avant ou après des accords, entrecoupées ou non de recours aux tribunaux. Ghislain Otis évoque ainsi « un régime plural, qui ne favorise pas la sécurité foncière [...] et fait du territoire [...] un lieu de conflits d'usage »<sup>90</sup>.

Par ailleurs, il n'est pas certain, aux termes de l'arrêt *Delgamuukw*, qu'une province profiterait des effets et des avantages prévus dans l'arrêt *St.Catherine's Milling* si un groupe autochtone venait à céder les droits liés à son titre sur des terres dans le but d'y exercer des activités incompatibles avec une occupation dite « tradi-

---

87. Jean-Paul LACASSE, *Les Innus et le territoire : Innu tipenitamun*, coll. « Territoires », Sillery, Septentrion, 2004, p. 213. « Chose certaine, du point de vue juridique, la politique de l'extinction des droits n'est pas en accord avec l'idée de la reconnaissance et la confirmation des droits ancestraux que l'on retrouve à l'article 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. ».

88. Voir *supra*, notes 63 et 78.

89. L.R.C. (1985), c. I-5, art. 37-41.

90. Ghislain OTIS, « L'évolution constitutionnelle du Québec et des peuples autochtones : le défi de l'interdépendance », conférence à l'Assemblée nationale, 26 octobre 2004, les Conférences Jean-Charles Bonenfant, p. 2 et 3. La conférence est reproduite dans le site Internet de l'Assemblée nationale, p. 6.

tionnelle » ou avec le rapport particulier que le groupe entretient avec ces terres<sup>91</sup>.

Il y a d'abord lieu de déterminer, aux plans politique et légal, le sens constitutionnel du mot « intérêts » dans « tous intérêts autres que ceux que peut y avoir la province »<sup>92</sup>. Pourrait-il s'agir, pour le Québec par exemple, de la partie sise au sud du territoire couvert par la Convention de la Baie James et du Nord québécois ? Dans l'état actuel du droit, cela pourrait signifier que la province perdrait l'usage de ces terres au profit exclusif d'un ou de plusieurs groupes autochtones sans pour autant connaître une diminution de ses responsabilités à l'égard de la population québécoise. Cela pourrait aussi signifier la perte de sa compétence territoriale au profit du Parlement fédéral. Jean-Paul Lacasse souligne ces points à sa façon en parlant du Québec : « Il [le Québec] souhaite remplir ses obligations à l'égard des citoyens en général sans trop d'embarras à sa liberté d'action [...] Québec voudrait bien que la compétence législative fédérale [sur les terres réservées pour les Indiens] disparaisse. »<sup>93</sup> Par ailleurs, commentant le fait que la Cour suprême « reste vague sur le degré d'occupation ancestrale apte à fonder un tel titre [aborigène] », Ghislain Otis conclut que « [l']incertitude ainsi produite précarise les activités non autochtones de développement et l'applicabilité des lois provinciales [...] »<sup>94</sup>.

Rappelons que dans *St. Catherine's Milling*, la Cour précise le sens des mots « propriété » ou « appartenant » utilisés en référence aux terres publiques du Dominion ou d'une province, en indiquant qu'il s'agit non pas de la terre elle-même, qui est attribuée à la Couronne, mais du droit aux bénéfices ou revenus en provenant<sup>95</sup>. Le

---

91. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 131. En effet, « [s]i les autochtones désirent utiliser leurs terres d'une manière que ne permet pas le titre aborigène, ils doivent alors les céder et les convertir en terres non visées par un titre aborigène. »

92. Voir *supra*, note 1

93. Jean-Paul LACASSE, *Les Innus et le territoire : Innu tipenitamun*, coll. « Territoires », Sillery, Septentrion, 2004, p. 218.

94. Ghislain OTIS, « L'évolution constitutionnelle du Québec et des peuples autochtones : le défi de l'interdépendance », conférence à l'Assemblée nationale, 26 octobre 2004, les Conférences Jean-Charles Bonenfant, p. 2 et 3. La conférence est reproduite dans le site Internet de l'Assemblée nationale, p. 6.

95. *St. Catherine's Milling and Lumber Company v. The Queen* (1888), 14 A.C. 46, 56. Le texte complet se lit ainsi : « it must always be kept in view that, wherever public land with its incidents is described as "the property of" or as "belonging to" (à suivre...)

professeur Jean-Paul Lacasse formule l'hypothèse que « [s]i ce droit [de propriété] recouvre l'ensemble du Nitassinan, on comprend facilement que les gouvernements n'y retrouvent pas leur compte »<sup>96</sup>. Déjà, en 1969, l'Association des Indiens du Québec affirmait « que les Indiens [...] demeurent les seuls véritables propriétaires du sol québécois [...] »<sup>97</sup>.

Il faudrait également trancher cette question avant que l'accumulation des cas d'espèce ne place les provinces devant un fait accompli et que l'équilibre du partage constitutionnel fédéral-provincial intervenu en 1867 ne soit définitivement rompu – sinon dans sa lettre du moins dans les faits en ce qui concerne le territoire. Déjà, dans sa conception d'accommodement à laquelle elle lie les provinces, la Cour suprême prône un équilibre additionnel entre les autochtones et la province<sup>98</sup> et le fait que les droits ancestraux et le titre aborigène ne soient pas encore prouvés ne constituerait pas un obstacle à un tel équilibre<sup>99</sup>.

---

(..suite)

the Dominion or a Province these expressions merely import that the right to its beneficial use, or to its proceeds, has been appropriated to the Dominion or to Province, as the case may be, and is subject to the control of its legislature, the land itself being vested in the Crown. » (À ce propos voir aussi les explications de Patrice GARANT, « Les réserves indiennes », dans COMMISSION D'ÉTUDE SUR L'INTÉGRITÉ DU TERRITOIRE DU QUÉBEC, *Rapport de la Commission d'étude sur l'intégrité du territoire du Québec*, vol. 4.3, « Études juridiques », Québec, La Commission, 1967, p. 130, aux pages 132-135.).

96. Jean-Paul LACASSE, *Les Innus et le territoire : Innu tipenitamun*, coll. « Territoires », Sillery, Septentrion, 2004, p. 219.

97. Georges EMERY, *Entente de principe d'ordre général entre les Premières nations de Mamuitun et Nutashkuan et le Gouvernement du Québec et le Gouvernement du Canada, Réflexions sur la portée de l'entente de principe d'ordre général entre certains peuples innu et Québec et Ottawa*, février 2003, p. 25. Il s'agit d'un extrait du mémoire présenté à la Commission d'étude sur l'intégrité du territoire du Québec que l'on trouve dans COMMISSION D'ÉTUDE SUR L'INTÉGRITÉ DU TERRITOIRE DU QUÉBEC, *Rapport de la Commission d'étude sur l'intégrité du territoire du Québec*, vol. 4.2, Québec, La Commission, 1967, p. 7.

98. *Nation Haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, par. 50 : « Dans *Sparrow*, la Cour a évoqué cette notion, insistant sur la nécessité d'établir un équilibre entre des intérêts sociétaux opposés et les droits ancestraux et issus de traités des Autochtones. »

99. *Ibid.*, par. 50 : « Lorsque l'accommodement est nécessaire à l'occasion d'une décision susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur des revendications de droits et de titres ancestraux non encore prouvées, la Couronne doit établir un équilibre raisonnable entre les préoccupations des Autochtones, d'une part, et l'incidence potentielle de la décision sur le droit ou titre revendiqué et les autres intérêts sociétaux, d'autre part. »



Il est vrai que l'argument « rompre l'équilibre du fédéralisme » fondé sur le début de l'article 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et conférant des droits exclusifs sur les terres provinciales a déjà été jugé non fondé en ce qui regarde l'exercice des pouvoirs<sup>100</sup>. Cependant, ne faut-il pas distinguer entre l'exercice de pouvoirs qui sont conférés par la loi et l'exercice de pouvoirs liés au droit de propriété ? Le Conseil privé a souligné, dans l'arrêt *St. Catherine's Milling*, la distinction à établir entre la répartition du pouvoir législatif et les droits conférés découlant de la répartition des revenus et des biens<sup>101</sup>. Il ne nous semble pas que ce soit le rôle de la Cour suprême du Canada de modifier cet équilibre, ou du moins l'équilibre interne de l'article 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, par interprétation de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* quant à l'étendue territoriale du titre aborigène dans une province et ce, globalement ou graduellement. De plus, à notre avis, la Cour suprême doit prendre conscience que le traitement au cas par cas ne lui permettra pas de tenir compte de l'effet cumulatif des parties du territoire provincial affectées par tout titre autochtone reconnu et qui ne manquera pas de miner constamment l'équilibre du partage constitutionnel fédéral-provincial établi en 1867.

#### – Propositions de solutions

En regard de l'extension de la compétence fédérale qu'entraîne la nouvelle interprétation de l'article 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, nous devons espérer que les arguments de René Morin seront éventuellement approuvés par la Cour suprême du Canada<sup>102</sup>.

En ce qui a trait au titre aborigène et à l'étendue du territoire qu'il affecte à l'intérieur des limites d'une province, il est clair que les mots « restant toujours soumis aux charges dont ils sont grevés, ainsi qu'à tous intérêts autres que ceux que peut y avoir la province », qui se trouvent à la fin de l'article 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, sont une exception aux mots à « Toutes les terres, mines, minéraux et réserves royales [...] appartiendront aux différentes provinces [...] dans lesquelles ils sont sis et situés [...] », qui les précèdent et qui constituent la règle générale.

100. *Ibid.*, par. 59 : « Elle ne peut donc pas prétendre que l'article 35 la prive de pouvoirs dont elle aurait joui autrement. »

101. *Supra*, note 18.

102. Voir *supra*, note 13.

Si l'« intérêt » en question venait par interprétation des tribunaux, à représenter les trois quarts de la province de Québec développés et occupés, sis au sud du territoire couvert par la Convention de la Baie James et du Nord québécois, il nous semble que l'article 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867* perdrait son sens ; que l'exception soit une propriété collective territoriale exclusive et non publique, deviendrait alors la règle et que la province détiendrait en fait la propriété du résidu de son territoire non touché par le titre aborigène et seulement nominalement le simple titre de propriété sous-jacent au titre aborigène représentant l'« intérêt » en question ainsi que des compétences législatives générales<sup>103</sup>. On peut même se demander si la reconnaissance éventuelle par un tribunal d'une certaine souveraineté autochtone<sup>104</sup> ne rendrait pas inopérant l'article 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867* en ce qui regarde le titre sous-jacent des provinces au titre aborigène et les compétences législatives provinciales générales.

Est-il vraisemblable de penser que les législateurs aient envisagé et désiré pareils résultats en 1867 et en 1982 ? Ainsi importe-t-il, à notre avis, dans le contexte des lois constitutionnelles, de requérir des tribunaux qu'ils se prononcent rapidement sur le sens constitutionnel du mot « intérêts » de l'article 109 comme une exception, notamment au plan de la superficie du territoire affecté, et, en corollaire, comme exception au passage du territoire sous compétence fédérale en raison de ces « intérêts ». Rappelons qu'à partir de l'arrêt *Calder*, la Cour suprême ne s'est pas sentie limitée par la description dans *St.Catherine's Milling* du titre indien et l'étendue restreinte du territoire indien.

D'autres solutions harmonieuses pourraient surgir de « la détermination et la définition des droits » des peuples autochtones comme le prévoyaient les articles 37 et 37.1 (maintenant abrogés) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Les textes en résultant constitue-

---

103. Voir, *supra*, note 13 pour certaines distinctions qu'il importe de ne pas perdre de vue. Dans l'arrêt *Haïda*, *supra*, note 62, par. 20, la Cour suprême du Canada réfère brièvement à l'existence d'une souveraineté autochtone : « Les traités permettent de concilier la souveraineté autochtone préexistante et la souveraineté proclamée de la Couronne. »

104. Voir Ghislain OTIS, « L'évolution constitutionnelle du Québec et des peuples autochtones : le défi de l'interdépendance », conférence à l'Assemblée nationale, 26 octobre 2004, les Conférences Jean-Charles Bonenfant, p. 2 et 3. La conférence est reproduite dans le site Internet de l'Assemblée nationale, p. 7, note 20 où l'auteur cite l'affaire *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911 dans laquelle certains juges évoquent une possible souveraineté autochtone.

raient un guide précieux pour le plus haut tribunal du pays. Il y a actuellement une place inoccupée par le premier ministre du Canada et par les premiers ministres des provinces dans le bon déroulement de la mise en oeuvre de la détermination et de la définition des droits. Ce n'est pas une place vide juridiquement et la Cour suprême ne peut pas la combler.

Un retour sur la définition que la Cour suprême donne au mot « existants » dans l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* pourrait être également bénéfique. Il doit être défini de manière à prendre en compte l'état du droit en 1982 et à reconnaître que les droits éteints ne revivent pas. Ce mot atteste qu'on avait fourni aux législateurs un exposé de ces réalités tout en leur indiquant que l'article 35 leur interdirait désormais de nier globalement l'existence de droits ancestraux au Canada ou de les éteindre unilatéralement.