

Les Cahiers de droit



Réflexions sur le sens et la portée au Québec des articles 25, 35, et 37 de la *Loi constitutionnelle de 1982*

Georges Emery

Volume 25, numéro 1, 1984

La Loi constitutionnelle de 1982 : un premier bilan

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/042589ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/042589ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Emery, G. (1984). Réflexions sur le sens et la portée au Québec des articles 25, 35, et 37 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. *Les Cahiers de droit*, 25(1), 145–163.
<https://doi.org/10.7202/042589ar>

Résumé de l'article

The rights of aboriginal peoples may vary from one part of the country to the other. This stems from the origin of Canada, its history, its Imperial and the Constitutional Statutes which have determined the territorial evolution of Canada. The terms of the Quebec Act seem to limit the hunting territories of the Indians to that part of Quebec which was not a part of the Colony in 1763. While a federal law extinguished all aboriginal rights in the territory covered by the James Bay agreements, the amendment of 16 March 1983 may have, for Quebec, important legal consequences in that these agreements may be held to be treaties.

Réflexions sur le sens et la portée au Québec des articles 25, 35, et 37 de la Loi constitutionnelle de 1982

Georges EMERY *

The rights of aboriginal peoples may vary from one part of the country to the other. This stems from the origin of Canada, its history, its Imperial and the Constitutional Statutes which have determined the territorial evolution of Canada. The terms of the Quebec Act seem to limit the hunting territories of the Indians to that part of Quebec which was not a part of the Colony in 1763. While a federal law extinguished all aboriginal rights in the territory covered by the James Bay agreements, the amendment of 16 March 1983 may have, for Quebec, important legal consequences in that these agreements may be held to be treaties.

Tel que le prescrivait l'article 37 de la *Loi constitutionnelle de 1982* (ci-après désignée *Loi constitutionnelle*), le premier ministre du Canada convoqua à Ottawa, les 15 et 16 mars 1983, une conférence constitutionnelle réunissant les premiers ministres provinciaux et lui-même. Les représentants des peuples autochtones du Canada ont été invités à participer aux travaux relatifs aux questions constitutionnelles les concernant directement, notamment la détermination et la définition des droits de ces peuples à inscrire dans la Constitution du Canada.

C'était un espoir illusoire que de croire qu'il pourrait y avoir, à l'occasion d'une seule conférence constitutionnelle, un consensus sur la détermination et la définition du droit des peuples autochtones du Canada.

Indépendamment de l'aspect politique, que je laisse à d'autres le soin de traiter, la question des droits des peuples autochtones du Canada est l'une des plus complexes et des plus difficiles à cerner. Il a été reconnu par les tribunaux canadiens que dans la solution d'un cas d'espèce, c'est avec une extrême prudence que l'on doit faire appel à des décisions ou commentaires qui visent des situations particulières. Le droit autochtones peut varier d'un

* Avocat au Barreau du Québec.

endroit à un autre de sorte que, si dans une région donnée, son existence a été reconnue, il ne faut pas conclure qu'il en soit ainsi dans une autre région¹. Cela tient à l'origine du Canada, à son histoire, aux actes impériaux et aux lois constitutionnelles qui ont déterminé son évolution territoriale. Un bref rappel de l'histoire s'impose.

Au XVII^e et au XVIII^e siècles, la France occupait de vastes territoires de l'Amérique du Nord. En 1674, la France a substitué l'autorité royale à celle des directeurs de compagnies privilégiées, comme la Compagnie des Cent Associés créée en 1627 et dont les privilèges furent retirés par le roi en 1664, et la Compagnie des Indes-Occidentales créée en 1664 et dont la charte fut révoquée en 1674. Par son édit d'avril 1663, Louis XIV créa un Conseil Souverain composé du gouverneur de la colonie, de l'évêque, de cinq conseillers et du procureur du roi. Ce Conseil avait des pouvoirs considérables comme celui « de connaître de toutes causes civiles et criminelles et pour juger souverainement et en dernier ressort selon les loix et ordonnances » du royaume. Plusieurs jugements du Conseil Souverain de la Nouvelle-France attestent que le Conseil Souverain a exercé sa juridiction à l'égard des Indiens, sujets du roi. Le Conseil Souverain fut remplacé en 1686 par un Conseil Supérieur qui perdit en grande partie son pouvoir administratif en 1726 alors qu'à toutes fins pratiques, l'autorité royale fut exercée au Canada par le gouverneur et l'intendant. Pour Louis XIV, le système seigneurial assurait la colonisation progressive du pays. Il visait à occuper le territoire pour le peupler et le développer. Les concessions seigneuriales ont occupé une bonne partie des deux rives du St-Laurent (ce n'est d'ailleurs qu'en 1854 que fut édictée la loi abolissant dans le Bas-Canada les droits et devoirs féodaux). La domination française sur sa colonie de la Nouvelle-France, sa colonisation, les concessions seigneuriales, la création de villages et établissements indiens paraissent donc incompatibles avec l'existence d'un droit ancestral.

C'est la conclusion à laquelle en était arrivé l'Honorable Juge Taschereau dans la clause *St-Catherines Milling* en Cour suprême². À ce sujet, l'Association des Indiens du Québec, dans son mémoire à la Commission Dorion, reconnaissait que le régime français n'avait jamais reconnu l'existence de droits ancestraux sur son territoire, en ces termes :

Plusieurs peuvent se demander pourquoi ces droits aboriginaux n'ont pas été reconnus dans la province de Québec. Nous croyons que cet état de choses

1. *Regina v. Discom and Baker*, (1968) 67 D.L.R. (2d) 619; *Warman v. Francis*, (1960) 20 D.L.R. (2d) 627; *Calder v. Attorney General of Canada*, (1971) 13 D.L.R. (3d) 64 (Cour d'appel de la Colombie britannique).

2. *St. Catherines Milling c. The Queen*, (1887) 13 R.C.S. 577.

dépend seulement de la formation juridique qu'ont reçue nos dirigeants depuis la conquête qui était et qui est une formation juridique française. Le droit français ne reconnaît pas les droits aboriginaux comme le fait le droit britannique.³

Qu'en est-il au moment de la conquête ?

Le chancelier Boyd, qui siégeait en Chancery Division dans l'arrêt *St-Catherines Milling*, s'exprime ainsi à ce sujet :⁴

At the time of the conquest, the indian population of Lower Canada was a body christianized and *in possession of villages and settlements*, known as the « Indian Country ». By the terms of capitulation they were guaranteed the enjoyment of these territorial rights in such lands which, in course of time, became distinctively and technically called « Reserves ». (Les soulignements sont de nous)

Dans l'affaire *Joseph Donegani v. Jean-Antoine Donegani*⁵, le Conseil privé, dans sa décision du 2 février 1835, s'est exprimé ainsi sur l'effet de la cession du Canada à l'Angleterre :

The cession of Canada to the English, of course, varied the Law of alienage in one respect, mainly in respect of the sovereign of the country. When the King of England became King of Canada, the natives of Canada became his subjects. Canada became part of the dominion of the English Crown, subject to be governed by its local law.

Lord Mansfield, dans l'affaire *Campbell v. Hall*⁶, avait énoncé dès 1774, certains principes applicables à l'égard des territoires acquis par l'Angleterre en 1763, dont celui que les lois applicables avant la conquête demeuraient en vigueur à moins d'être modifiées par le conquérant.

Sur le sujet, P. B. Mignault, dans *Le droit civil canadien*, s'est exprimé ainsi :⁷

Donc au lieu de garantir aux habitants du pays la conservation de leurs lois et usages, on avait répondu d'une manière évasive que les Canadiens devenaient sujets du Roi. Cependant, d'après les principes du droit international, les habitants d'un pays conquis restent soumis aux lois qui les gouvernaient avant la conquête jusqu'à ce que ces lois soient abrogées par les autorités compétentes.

Comme le soulignent Henri Brun et Guy Tremblay, dans leur ouvrage intitulé *Droit Constitutionnel*, la *Proclamation de 1763*⁸ marque l'origine juridique de la province de Québec.

3. Mémoire des Indiens, Commission Dorion, vol. 4.2, p. 34.

4. *Regina v. St. Catharines Milling and Lumber Co.*, 10 O.R. 196, p. 210 (Chancery Division).

5. (1835) Stuart's Report, 605 ; 1 R.S.R.Q., p. 433.

6. (1774) 98 E.R. 1045 (King's Bench Division).

7. *Le Droit Civil Canadien*, t. 1, Montréal, Théoret, 1895, p. 24.

8. S.R.C. 1970, Appendice n° 1, p. 116.

Les auteurs décrivent l'évolution du territoire étatique canadien et québécois et l'on aurait avantage à s'y référer.⁹

À la conquête, le Canada était entouré de possessions anglaises. Dans ces possessions, « la politique coloniale britannique reconnaissait aux Indiens du Canada des droits fonciers et prévoyait des compensations lorsque l'appropriation ou l'utilisation des terres portait atteinte à leur occupation traditionnelle. »¹⁰

Dans une étude intitulée « Les droits et libertés des peuples autochtones du Canada »¹¹, Kenneth M. Lysik rappelle que la *Loi constitutionnelle* ne définit pas l'expression « droits ancestraux » et « que le gouvernement fédéral a justifié son refus initial d'inclure dans la *Loi constitutionnelle* une clause reconnaissant les droits ancestraux, en alléguant l'absence d'une définition précise et acceptée de tous et par l'extrême difficulté de la question. »

Selon Lysik, l'expression « droits ancestraux se définit par le droit des autochtones sur des terres qu'ils ont traditionnellement occupées, droits qui n'ont pas été cédés par des traités avec la Couronne ou éteints par un texte législatif... L'expression peut aussi avoir un sens qui est étroitement lié à l'usage des terres par les autochtones et désigner, en particulier, les droits de chasse, de pêche et de trappage... L'expression peut également être employée pour désigner de façon générale tout droit propre aux peuples autochtones, soit fondé sur le droit du premier occupant, les dispositions d'un traité, des clauses constitutionnelles, la loi, la coutume ou toute autre source »^{11a}.

Un droit ancestral n'est-il pas celui qu'on tient des ancêtres, du fait qu'ils ont vécu en tant que société organisée sur un territoire donné depuis un temps immémorial? Un peuple autochtone ne peut prétendre à ce droit collectif ancestral s'il ne rencontre ces critères.

Je suis prêt à n'accepter que la première définition que Lysik donne des « droits ancestraux », les mots de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle* « les droits existants — ancestraux ou issus de traités » ne semblant pas permettre une interprétation plus large.

Aux termes de la *Proclamation royale*^{11b}, là où elle s'appliquait, il a été décrété « de réserver pour le présent » pour l'usage des nations ou tribus

9. *Droit Constitutionnel*, Montréal, Éditions Yvon Blais Inc., 1982.

10. Brochure des Affaires Indiennes et du Nord Canada, « *LE MAINC* », les autochtones, le nord, tour d'horizon, Ottawa, 1982.

11. Dans G. A. BEAUDOIN et W. S. TARNOPOLSKY (éd.), *Charte canadienne des droits et libertés*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1982, 591, p. 606.

11^a. *Idem*, pp. 606 et 607.

11^b. *Supra*, note 8.

sauvages en relation avec l'Angleterre et vivant sous sa protection, la possession entière et paisible des parties des possessions et territoires qui n'ont été ni concédés ni achetés et ont été réservés pour ces tribus ou quelques-unes d'entre elles comme territoires de chasse. La *Proclamation royale* excluait de ces terres et territoires ceux compris dans les limites de la Province de Québec de 1763 et ceux concédés à la Compagnie de la Baie d'Hudson. La *Proclamation royale* faisait défense d'acheter les terres qui avaient été réservées aux sauvages dans les parties des colonies où l'Angleterre avait cru à propos de permettre des établissements. Sur cette partie du territoire situé en dehors des limites de la colonie du Québec et ailleurs que dans les territoires qui ont été concédés et achetés, les Indiens ont alors bénéficié d'un droit de chasse et de pêche.

Par son article IV, l'*Acte de Québec de 1774*¹² a statué « que ladite Proclamation quant à ce qui concerne ladite province de Québec, que les commissions en vertu desquelles ladite province est à présent gouvernée, que toutes et chacune ordonnances faites pendant ce tems par le Gouverneur et Conseil de Québec qui concernent le gouvernement civil et l'administration de la justice de ladite province, ainsi que toutes les commissions de juges et autres officiers d'icelle, sont, et elles sont par ces présentes infirmées, révoquées et annulées et à compter depuis et après le premier jour de Mai mille sept cens soixante-quinze. »

À ce sujet, l'Honorable Juge Beetz dans l'arrêt *Di Iorio* précise que « cette disposition a pour but d'abroger toutes les ordonnances sans distinctions quant aux matières »¹³ soit civiles ou criminelles.

Il n'est pas déraisonnable de croire que l'*Acte de Québec*, qui a étendu considérablement les limites de la colonie du Québec, devait permettre à la nouvelle autorité civile de légiférer en toute matière civile sur l'ensemble du territoire du Québec ainsi agrandi et d'administrer la justice dans ce territoire sous la réserve de l'article III édictant :

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, résultans de quelques concessions, actes 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.

Cette réserve est d'importance et les tribunaux canadiens n'ont jamais à notre connaissance décidé des droits que cet article garantissait ni ne se sont

12. *Acte de Québec de 1774*, 14 George III, c. 83 (R.U.); S.R.C. 1970, appendice n° 4.

13. *Di Iorio c. Warden de la prison de Montreal*, [1978] 1 R.C.S. 224.

prononcés sur le territoire couvert par cette garantie. L'*Acte de Québec* rétablissait les lois civiles françaises mais stipulait à la clause 9 que rien de ce qui était contenu dans cet acte ne s'étendrait aux terres concédées en franc et commun soccage. Comme le souligne P.B. Mignault¹⁴, « on a voulu se prévaloir de cette disposition pour prétendre que ces terres étaient régies par les lois anglaises. Nos tribunaux ont décidé le contraire¹⁵ ».

Les concessions ou actes de cession ou autres que ce soit de terres faits aux Indiens avant l'*Acte de Québec* sont protégés aux termes de l'article III contre tout empiètement.

Les termes de l'*Acte de Québec* semblent d'autre part permettre à l'autorité civile d'accorder des concessions de terre dans cette partie du Québec qui ne faisait pas partie de la colonie de 1763, limitant d'autant le territoire de chasse des Indiens. La politique était alors de permettre aux Indiens du Québec, par lois et règlements, de chasser et de pêcher sur les terres inoccupées de la Couronne. C'est peut-être à cette politique que le premier ministre du Québec référerait, lorsqu'il a qualifié d'historiques les droits de chasse et de pêche des bandes attikameks et montagnaises.

Quant aux terres réservées aux Indiens et pendant longtemps administrées par des commissaires sous l'autorité du gouverneur, elles ont été mises sous l'administration du « Chief Superintendent of Indian Affairs » en 1860¹⁶ et sont devenues de la compétence du fédéral par la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Certains éléments peuvent permettre de conclure que le droit autochtone au Québec se limite aux établissements dans lesquels vivaient et vivent encore les Indiens ; d'abord l'absence de traités au Québec, dans sa partie au nord des limites de Québec de 1763 ; ensuite l'*Acte pour mieux protéger les terres et les propriétés des sauvages dans le Bas-Canada* de 1850¹⁷, donnant au gouverneur le pouvoir de nommer de temps à autre un commissaire pour toutes les terres ou propriétés dans le Bas-Canada « qui sont et seront mises à part ou appropriées pour la part d'aucune tribu ou peuplade de sauvages et qui seront censés en loi, occuper ou posséder aucune des terres dans le Bas-Canada, qui sont actuellement possédées ou occupées par aucune telle tribu ou peuplade » ; et enfin l'*Acte pour mettre à part certaines étendues de terre pour l'usage de certaines tribus de sauvages dans le Bas-Canada* de 1851¹⁸, prévoyant que « des étendues de terre n'excédant pas en totalité

14. *Supra*, note 7, p. 25.

15. *Stuart et Bowman*, 3 L.C.R. 309 et *Wilcox et Wilcox*, 8 L.C.R. 34.

16. 1850, 13-14 Vict., c. 42.

17. 1851, 14-15 Vict., c. 106.

18. 1860, 23 Vict., c. 151.

230 000 acres pourront, en vertu des ordres en conseil qui seront émanés à cet égard, être désignées, arpentées et mises à part par le commissaire des terres de la Couronne et lesdites étendues de terre seront et sont par les présentes respectivement mises à part et appropriées pour l'usage des diverses tribus sauvages du Bas-Canada ».

La *ratio decidendi* dans l'arrêt *St-Catherines Milling* ne porte que sur la reconnaissance du droit de la province de l'Ontario d'intervenir pour requérir une ordonnance prohibant à *St-Catherines Milling and Lumber Company* l'accès et les droits de coupe sur des terres situées au sud du Lac Wabegon dans cette partie du Canada située entre les Lacs Supérieur et Eagle. La compagnie alléguait un droit qui lui avait été consenti par le Dominion du Canada en 1883. Ces terres avaient été habitées par les Indiens et leur avaient été réservées. Elles faisaient partie des terres qui ont fait l'objet du traité n° 3 en 1873 (le North-West Angle Treaty) avec la tribu des Salteaux du peuple autochtone ojibbeway. Ce traité, dont les dispositions ont été analysées par la Cour, était intervenu au cours de la dispute quant à la ligne de démarcation de la frontière entre l'Ontario et le Manitoba. Il n'est même pas certain que les terres en question en cette cause aient été situées dans la province de Québec de 1774.

La décision *St-Catherines Milling* n'a directement affecté aucun droit indien. Elle a précisé la nature du droit indien sur les terres qui étaient réservées aux Indiens. Je ne peux me convaincre que les Indiens puissent encore aujourd'hui prétendre que les territoires qui leur ont été réservés « pour le présent » en 1763, au nord des limites de la colonie du Québec, comme territoires de chasse, leur soient encore réservés malgré l'*Acte de Québec* de 1774. Si tel était le cas, la conséquence en serait que toutes les concessions qui ont été consenties à partir de 1774, dans le territoire de la province de Québec situé au nord des limites de la colonie de 1763 et au sud de la terre de Rupert, l'auraient été en violation des termes de la *Proclamation royale* et que les nombreuses lois, ordonnances ou règlements limitant de quelque façon l'exercice par les Indiens qui étaient bénéficiaires des droits de chasse seraient inconstitutionnels. Seraient aussi illégales, les concessions ou autorisations qui ont permis entre autres le développement des villes de Témiscamingue, Ville-Marie, Rouyn-Noranda, La Sarre, Roberval, Dolbeau, Arvida, et les villes et villages le long du St-Laurent à l'est de la rivière St-Jean, comme Natashquan et autres, et la construction des barrages Gouin et Manicouagan.

Comme je l'ai souligné précédemment, à la conquête, le Canada était entouré de possessions anglaises qui au cours des ans, à l'exception de celles devenues américaines, ont été jointes au Canada pour en favoriser l'expansion. Le récit historique concernant la question indienne ne serait pas complet sans rappeler brièvement l'évolution territoriale du Canada.

En 1867, les Provinces du Canada, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick ont contracté une union fédérale pour former un Dominion. Les Indiens et les terres réservées aux Indiens sont devenues de la compétence exclusive du fédéral. Sauf dispositions contraires de la *Loi constitutionnelle de 1867*, les adhérents à l'acte confédératif ont conservé leurs lois et leurs tribunaux. L'article 146 de la *Loi constitutionnelle de 1867* autorisait, aux termes et conditions y stipulées, l'admission des colonies ou provinces de Terre-Neuve, de l'Île du Prince-Édouard et de la Colombie britannique, de même que de la Terre de Rupert et du Territoire du Nord-Ouest. Les textes constitutionnels concernant l'adhésion de ces colonies ou provinces de même que de la Terre de Rupert et du Territoire du Nord-Ouest font partie de la Constitution du Canada selon l'article 52(2) de la *Loi constitutionnelle*.

Les termes et conditions approuvés dans les Adresses concernant l'admission de la Colombie britannique ont été approuvés par Sa Majesté. L'article 13 mentionne ce qui suit :¹⁹

Le soin des Sauvages et la garde et l'administration des terres réservées pour leur usage et bénéfice, incomberont au Gouvernement Fédéral, et une ligne de conduite aussi libérale que celle suivie jusqu'ici par le gouvernement de la Colombie-Britannique sera continuée par le Gouvernement Fédéral après l'Union.

La *Loi de 1870 sur le Manitoba* énonce à l'article 31 qu'il importe, dans le but d'éteindre les titres des Indiens aux terres de la province, d'affecter une partie de ces terres non concédées jusqu'à concurrence de 1 400 000 acres, au bénéfice des familles des Métis résidents et la loi fixe les modalités d'exécution.²⁰

Le décret en conseil sur la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest²¹ fait état de l'approbation par Sa Majesté des termes et conditions exprimés dans les Adresses. L'*Acte de cession* prévoit en son article 14 que « toute indemnité à payer aux Indiens pour les terres destinées à la colonisation sera réglée par le Gouvernement Canadien de concert avec le Gouvernement Impérial et la compagnie sera libérée de toute responsabilité à cet égard. »

La *Loi sur l'Alberta*²² de même que la *Loi sur la Saskatchewan*²³ édictent que les terres fédérales, mines et minéraux et les redevances s'y rattachant continuent d'être la propriété de la Couronne et sous l'administration du

19. S.R.C. 1970, appendice n° 10, p. 6.

20. S.R.C. 1970, appendice n° 8, p. 8.

21. S.R.C. 1970, appendice n° 9, p. 18.

22. S.R.C. 1970, appendice n° 9.

23. S.R.C. 1970, appendice n° 20.

gouvernement du Canada pour le Canada et rien dans la loi ne saurait porter préjudice ou atteinte aux droits ou aux biens de la compagnie de la Baie d'Hudson tels que définis dans les conditions sous lesquelles cette compagnie a rétrocédé la Terre de Rupert à la Couronne.

Les trois provinces de l'Alberta, de la Saskatchewan et du Manitoba ont été formées à même les Territoires du Nord-Ouest comprenant le Territoire du Nord-Ouest et la Terre de Rupert.

L'*Acte concernant le gouvernement provisoire de la Terre de Rupert et du Territoire du Nord-Ouest après que ces territoires auront été unis au Canada*²⁴ édicte que toutes les lois en force dans la Terre de Rupert et dans le Territoire du Nord-Ouest à l'époque de leur admission dans l'Union et non contraires à la *Loi constitutionnelle de 1867* resteront en vigueur jusqu'à ce qu'elles soient modifiées par le gouvernement du Canada ou par le lieutenant-gouverneur sous l'autorité de cet Acte.

La *Loi constitutionnelle de 1930*²⁵ énonce que les conventions comprises dans l'annexe de la loi sont confirmées et auront force de loi. Les Conventions avaient principalement pour objet de transférer aux provinces de la Colombie britannique, de l'Alberta, de la Saskatchewan et du Manitoba l'intérêt qu'avait la Couronne du chef du Canada dans les terres à l'intérieur des provinces. Des articles concernent les réserves indiennes et l'un de ces articles mentionne que les Indiens

auront droit que leur province leur assure par les présentes de chasser et de prendre le gibier au piège et de pêcher le poisson pour se nourrir en toute saison de l'année sur toutes les terres inoccupées de la Couronne et sur toutes les autres terres auxquelles les Indiens peuvent avoir un droit d'accès.

L'Île St-Jean, incluse dans la Nouvelle-Écosse en 1763 et renommée Île du Prince-Édouard en 1798, a été admise comme septième province en 1873²⁶. Le gouvernement de l'Île du Prince-Édouard ne possédait pas de terres de la Couronne.

La *Loi sur Terre-Neuve*²⁷ fut sanctionnée le 23 mars 1949. L'article 1 décrète que l'Accord renfermant les conditions de l'Union du Canada et de Terre-Neuve, reproduit dans l'annexe, est ratifié et a force de loi nonobstant toute disposition des lois constitutionnelles de 1867 à 1946. La province de Terre-Neuve s'est assujettie à ces lois constitutionnelles comme si la province avait été l'une des provinces primitivement unies sous les réserves qui y sont

24. S.R.C. 1970, appendice n° 7.

25. S.R.C. 1970, appendice n° 25.

26. S.R.C. 1970, appendice n° 12.

27. S.R.C. 1970, appendice n° 30.

exprimées. Aussi sous certaines réserves, toutes les lois en vigueur dans Terre-Neuve à la date de l'Union ou immédiatement avant ladite date y subsistent comme si l'Union n'avait pas eu lieu.

Par les lois relatives à l'extension des frontières du Québec de 1898 et de 1912, les limites nord de la province de Québec ont été agrandies pour y inclure une partie des Territoires du Nord-Ouest. La Convention de la Baie James et du Nord québécois, la Convention du Nord-Est québécois de même que les lois fédérale et provinciales qui ont été adoptées pour leur donner effet, régissent ce territoire. La *Loi sur le règlement des revendications des autochtones de la Baie James et du Nord québécois*²⁸ «éteint tous les revendications, droits, titres et intérêts autochtones quels qu'ils soient aux terres et dans les terres du Territoire, de tous les Indiens et de tous les Inuit, où qu'ils soient...»

Rappelons qu'il n'y eut aucun traité, avec les Indiens au Québec, dans cette partie du Québec comprise entre le nord des limites de la colonie du Québec de 1763 et les limites sud de la Terre de Rupert d'alors. Il existe au Canada près de 100 traités presque tous passés en dehors du Québec. Le plus grand nombre des traités vise des territoires compris entre la frontière occidentale du Québec et les Montagnes Rocheuses ainsi qu'une région au sud de l'Île de Vancouver. Ces traités, passés à des périodes différentes, avaient pour objet de régler des situations locales.

Ce bref tour d'horizon de l'histoire canadienne sur la question indienne au Canada, témoigne des problèmes quasi impossibles à régler avant qu'intervienne un consensus sur la détermination et la définition des droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada. Ce sont ces droits que l'article 35 de la *Loi constitutionnelle* a reconnus et confirmés.

Dans ce contexte historique de l'évolution du Canada, il m'est maintenant plus facile de vous faire part brièvement de mes réflexions sur le sens et la portée au Québec des articles 25, 35 et 37 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

L'article 25 est ainsi libellé :

25. Le fait que la présente charte garantit certains droits et libertés ne porte pas atteinte aux droits ou libertés — ancestraux, issus de traités ou autres — des peuples autochtones du Canada, notamment :

- a) aux droits ou libertés reconnus par la Proclamation royale du 7 octobre 1763;
- b) aux droits ou libertés acquis par règlement de revendications territoriales.

28. S.C. 1976-77, c. 32, art. 3(3).

L'article 25 est l'un des 34 articles de la Partie I de la *Loi constitutionnelle* dont le titre est : « Charte canadienne des droits et libertés ».

Je suis d'accord avec Kenneth Lysik lorsqu'il écrit :

L'article 25 a donc comme effet juridique d'assurer que la garantie des droits et libertés que contient la Charte n'affecte en rien les autres droits et libertés des peuples autochtones. C'est une disposition qui a pour but de préserver des droits et non d'en créer des nouveaux ou d'augmenter ou de modifier de quelque façon le statut constitutionnel ou légal des droits qui existent déjà ou qui pourraient être créés indépendamment de la Charte. En dernière analyse, l'article 25 ne constitue qu'une simple règle d'interprétation pour les autres dispositions de la Charte.²⁹

Je pourrais ajouter qu'elle constitue aussi une règle d'interprétation des dispositions de l'article 35 qui constitue le seul article de la Partie II de la *Loi constitutionnelle*.

Selon le deuxième alinéa de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle*, on entend par « peuples autochtones du Canada » notamment des Indiens, des Inuit et des Métis du Canada. Les droits et libertés auxquels ils peuvent prétendre avoir droit sont des droits collectifs³⁰. Le vocable « notamment » indique qu'il y a d'autres peuples autochtones au Canada visés par cette disposition. L'expression de « peuples autochtones du Canada » est une notion nouvelle dans le droit constitutionnel canadien. Le dictionnaire Robert définit « peuple » comme un « ensemble d'hommes vivant en société habitant un territoire et ayant en commun un certain nombre de coutumes, d'institutions. » Plusieurs groupements d'autochtones au Canada rencontrent ces critères par opposition à une « nation » qui est formée d'un groupe d'hommes auxquels on suppose une origine commune.

Je laisse aux experts des sciences politiques le soin de jongler avec les concepts de peuple, nation ou race. L'historien Jacques Bainville a écrit :

Le peuple français est mieux qu'une race, c'est une nation.

Par la généralité de ses termes, plus particulièrement du mot « autres », je suis satisfait que l'article 25 de la *Loi constitutionnelle* englobe tous les droits et libertés des peuples autochtones quelle qu'en soit la source, tels les droits ancestraux, ceux issus de traités, les droits découlant d'actes impériaux ou législatifs ou même les libertés découlant de politiques gouvernementales à l'égard de ces peuples autochtones. L'article 25, à titre d'exemple, mentionne les droits ou libertés acquis par règlement de revendications

29. *Supra*, note 11, p. 597.

30. *Québec Association of Protestant School Board c. Procureur général de Québec*, JE 82-288, (1983) 140 D.L.R. (3d) 83.

territoriales. La version française de la *Loi constitutionnelle* emploie le terme « acquis » alors que la version anglaise utilise les mots « that may be acquired ». L'article 56 de la *Loi constitutionnelle* édicte que les versions française et anglaise des Parties de la Constitution du Canada adoptées dans ces deux langues ont également force de loi. Quoique le texte français ne semble viser que les règlements de revendications passées et le texte anglais ceux du futur, l'interprétation qui devrait être retenue serait que les droits ou libertés tant des règlements de revendications passés que futurs devraient être protégés. Les droits et libertés découlant de la Convention de la Baie James et du Nord québécois et de la Convention du Nord-Est québécois font partie de ceux que l'article 25 entend protéger. Le juge Deschênes a rappelé récemment :

À titre de disposition constitutionnelle, la Charte doit être interprétée de façon large et généreuse.³⁰

L'Accord constitutionnel de 1983 sur les droits des autochtones signé à Ottawa le 16 mars 1983, prévoit que le premier ministre du Canada et les premiers ministres provinciaux, à l'exception de celui du Québec, déposeront ou feront déposer avant le premier décembre 1983, devant le Sénat et la Chambre des communes et devant les assemblées législatives respectivement, une résolution, établie en la forme de celle qui figure à l'annexe.

Aux termes de la résolution annexée, l'alinéa b) de la *Loi constitutionnelle* est abrogé et remplacé par ce qui suit :

b) aux droits ou libertés existants issus d'accords de revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis.

Vu l'accord du fédéral et de neuf provinces sur dix, il y a lieu de présumer que la Proclamation visée au paragraphe 38(1) de la *Loi constitutionnelle* sera prise dès après l'expiration de l'année suivant l'adoption de la résolution. La question de savoir si la Convention de la Baie James et du Nord québécois et celle du Nord-Est québécois sont ou non incluses dans l'alinéa b de l'article 25, deviendra alors académique.

La Partie II de la *Loi constitutionnelle* n'est composée que de l'article 35 qui est ainsi libellé :

35. (1) Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.
- (2) Dans la présente loi, « peuples autochtones du Canada » s'entend notamment des Indiens, des Inuit et des Métis du Canada.

Cette disposition a une portée beaucoup plus restreinte que celle de l'article 25. Il est question de « droits » et non plus de « droits et libertés ». Il est question de « droits existants » et non plus de droits en général. Ces droits

existants se limitent aux, « droits ancestraux ou issus de traités ». On n'y retrouve plus le vocable « autres ». Ces droits enfin ne sont ni définis, ni déterminés mais reconnus et confirmés. L'article crée plus de problèmes qu'il n'en résout. Les auteurs de la résolution concernant le rapatriement de la Constitution l'ont réalisé puisque, par l'article 37, la *Loi constitutionnelle* a imposé la tenue d'une conférence constitutionnelle pour la définition et la détermination des droits ainsi reconnus et confirmés.

Comme le souligne Kenneth Lysik,

La reconnaissance et la confirmation par l'article 35 des droits ancestraux et issus de traités a cependant pour effet d'« enchâsser » ces droits dans la mesure tout au moins où ils sont protégés par l'alinéa 1 de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle*.³¹

Il faut souligner ici que les Actes préconfédératifs, comme la *Proclamation royale de 1763* et l'*Acte de Québec*, ne font pas partie de la Constitution du Canada. Les « droits existants — ancestraux ou issus de traités » sont ceux qui existaient le 17 avril 1982. Cette disposition, tout comme celle concernant les droits ou privilèges garantis en vertu de la Constitution du Canada quant aux écoles séparées ou écoles confessionnelles, n'a pas le caractère évolutif qu'on attribue généralement aux textes constitutionnels. On ne peut reconnaître ni confirmer que ce qui existe et ce qui est reconnu au moment de telle reconnaissance ou confirmation.

Comme l'indique Lysik, « en ce qui concerne la première des deux catégories de droits, l'expression “ancestraux” désigne des droits historiques qui remontent à la situation qui existait à l'époque de la découverte et de la colonisation du pays par les Européens. »³²

L'auteur ajoute, « des difficultés surgissent, toutefois, si l'on interprète l'expression “existants” comme signifiant que la portée des droits est limitée par la jurisprudence existante ».

Dans le Québec de 1774, il n'existe pas de droits ancestraux au sens strict du mot.

Dans l'arrêt *Calder*³³, le juge Judson a exprimé l'avis que le titre indien est le fait pour les Indiens de vivre en société organisée sur un territoire comme leurs ancêtres l'ont fait depuis des siècles. Le juge Mahoney pour sa part, dans l'arrêt *Baker Lake*³⁴, a donné les éléments de l'établissement d'un titre indien. Les autochtones de même que leurs ancêtres doivent avoir été

31. *Supra*, note 11, p. 602.

32. *Supra*, note 11, p. 603.

33. *Calder c. Procureur général de la Colombie britannique*, [1973] R.C.S. 313.

34. *Baker Lake c. Ministre des Affaires indiennes*, [1980] 1 C.F. 518.

membres d'une société organisée, occupant un territoire sur lequel ils ont exercé leur titre, et cette occupation, qui était un fait accompli à l'époque où l'Angleterre imposa sa souveraineté, doit avoir été à l'exclusion de toute autre société organisée. Les tribunaux pourraient peut-être conclure que « droit ancestral » et « titre indien » s'équivalent, faisant ainsi bénéficier les détenteurs de titres indiens, de la protection constitutionnelle de l'article 35.

Ailleurs au Québec, soit dans cette partie des Territoires du Nord-Ouest qui lui a été intégrée par les lois de 1898 et de 1912, les droits ancestraux, s'ils ont jamais existé, ont été éteints³⁵. Quant aux traités, rappelons qu'il n'y en a pas eu pour la partie du Québec située entre la colonie du Québec de 1763 et la Terre de Rupert. Dans le territoire qui formait la colonie du Québec de 1763, il existe peu de traités, deux ou trois tout au plus. Les droits découlant de ces traités devraient recevoir la protection constitutionnelle soit comme titre indien, soit comme droits existants issus de traités mais comme le souligne Lysik, « la jurisprudence existante ne contient guère de directives quant à la recevabilité d'une action éventuelle fondée sur l'inexécution d'un droit constitutionnel reconnu issu d'une promesse contenue dans un traité. »³⁶

Depuis l'adoption de la *Loi constitutionnelle*, certains de ceux qui soutenaient la thèse que la Convention de la Baie James et du Nord québécois ainsi que la Convention du Nord-Est québécois étaient des lois, semblent vouloir maintenant prétendre que ce sont plutôt des traités et que les droits en découlant de même que les procédures d'amendements qui y sont stipulées sont constitutionnalisés.

Je ne crois pas que ces conventions soient des lois mais ce n'est ici ni l'endroit ni le moment pour en faire la démonstration.

Je ne crois pas non plus que ces conventions soient des traités.

Le juge Mahoney, dans l'affaire *Baker Lake*³⁷ a tenu comme acquis que la Convention de la Baie James était un traité en l'affirmant purement et simplement en ces termes :

Après l'incorporation de la Terre de Rupert au Canada en 1870, certaines portions de son territoire ont fait l'objet de traités entre autochtones et gouvernement dont le plus récent est la Convention de la Baie James en 1976.³⁸

Le juge Mahoney a ainsi considéré sur le même pied les traités numéro 1, 2, 3, 5, et 9 et la Convention. Les traités comportent les avantages consentis aux Indiens en compensation de la cession qu'ils ont faite des droits qu'ils prétendaient détenir sur les territoires visés par les traités.

35. *Supra*, note 28.

36. *Supra*, note 11, p. 614.

37. *Supra*, note 34.

38. *Supra*, note 34, p. 532.

Les Conventions de la Baie James et du Nord québécois et du Nord-Est québécois ont une portée beaucoup plus étendue. C'est ainsi que, en plus de la mise de côté de certaines terres dans le territoire au bénéfice des autochtones, du droit d'exploitation qui leur est accordé sur le territoire, des mesures visant à protéger et à promouvoir leur culture, la Convention de la Baie James et du Nord québécois crée des structures municipales et régionales et instaure un régime de terres, de chasse, de pêche et de trappage et d'environnement applicable à tous les Québécois dans l'ensemble du territoire. Il y a d'autres parties contractantes à ces conventions que les autochtones et les gouvernements. Les parties à ces conventions se sont entendues quant au titre à donner à leur entente et le gouvernement du Québec et les sociétés d'État n'entendaient sûrement pas que les lois provinciales d'application générale puissent ne pas s'appliquer sur le territoire qui couvre plus des deux tiers de la province, étant donné les termes de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens* qui prévoit que « sous réserve des dispositions de quelque traité et de quelque autre loi du parlement du Canada, toutes lois d'application générale et en vigueur, à l'occasion, dans une province sont applicables aux Indiens qui s'y trouvent et à leur égard... »

Conclure que les conventions de la Baie James soient des traités pourrait possiblement avoir comme conséquence qu'en raison de la protection constitutionnelle accordée aux droits issus de traités, les amendements aux conventions et les lois fédérale et provinciales adoptées pour donner effet à ces conventions seraient assujettis à la procédure de modification de la Constitution du Canada dans l'hypothèse où de tels amendements affecteraient la substance de ces droits. Qu'en serait-il alors des nouveaux règlements de revendication territoriale? Même s'ils devaient être des traités, les droits qui y seraient stipulés au profit des peuples autochtones ne bénéficieraient pas de la garantie constitutionnelle parce qu'ils auraient alors été obtenus après le 17 avril 1982 et ne constitueraient pas des « droits existants » au sens de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle*.

Les droits des bénéficiaires cris et inuit de la Convention de la Baie James et du Nord québécois sont pourtant bien protégés. Sont aussi bien protégés les droits des bénéficiaires naskapis de la Convention du Nord-Est québécois, les parties à la Convention de la Baie James et du Nord québécois ayant reconnu par l'article 3 de la Convention complémentaire n° 1 que les amendements apportés aux chapitres 23 et 24 de la Convention de la Baie James et du Nord québécois étaient stipulés au profit des Naskapis du Québec. Les lois fédérale et provinciale approuvant, mettant en vigueur et déclarant valide la Convention de la Baie James et du Nord québécois contiennent une clause d'incompatibilité à l'effet qu'en cas de conflit ou d'incompatibilité, la loi l'emporte sur toute autre loi qui s'applique au

territoire de la Baie James dans la mesure nécessaire pour résoudre le conflit ou l'incompatibilité.

La résolution annexée à l'Accord constitutionnel de 1983 modifie l'article 35 de la *Loi constitutionnelle* par l'adjonction de ce qui suit :

(3) Il est entendu que sont compris parmi les droits issus de traités, dont il est fait mention au paragraphe (1), les droits issus d'accords de revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis.

(4) Indépendamment de toute autre disposition de la présente loi, les droits — ancestraux ou issus de traités — visés au paragraphe (1) sont garantis également aux personnes des deux sexes.

La première disposition rédigée en termes généraux entend couvrir tous les accords tant passés que futurs mais la modification, à toutes fins pratiques, ne vise que les conventions de la Baie James.

Le gouvernement fédéral, les provinces et les représentants autochtones signataires de l'Accord constitutionnel de 1983 reconnaissent ainsi que les conventions de la Baie James ne sont pas visées par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle* parce qu'elles ne sont pas des traités.

L'effet de cette modification, pouvant entraîner pour le Québec seulement d'importantes conséquences, est de constitutionnaliser les conventions de la Baie James et possiblement d'assujettir les amendements à ces conventions de même que les amendements aux lois et règlements adoptés pour leur donner effet, à la procédure de modification. L'on pourrait prétendre qu'en certaines circonstances, le Québec ne pourrait amender les lois relatives au territoire de la Baie James sans l'accord du fédéral et sept provinces autre que le Québec et dont la population est d'au moins cinquante pour cent de la population de toutes les provinces.

De plus, étant donné les dispositions de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*, ce ne serait que sous réserve des dispositions des conventions de la Baie James que les lois d'application générale en vigueur, à l'occasion, au Québec, comme entre autres le Code civil, s'appliqueraient à un territoire couvrant plus des deux tiers de la province.

Enfin, les droits et avantages consentis par les conventions de la Baie James ne l'ont pas été seulement en faveur des peuples autochtones cris, inuit et naskapis mais aussi au bénéfice des Cris, Inuit et Naskapis eux-mêmes alors qu'aux termes de l'article 35, ne sont reconnus et confirmés que les droits issus de traités des peuples autochtones.

Le fédéral et les neuf autres provinces que le Québec ont facilement donné leur accord à la seule modification d'importance qui n'affectait toutefois que le Québec.

Je serais porté à croire que pour en arriver à un consensus au niveau politique, l'on n'a peut-être pas suffisamment envisagé les conséquences juridiques découlant de l'adjonction du paragraphe 3 à l'article 35.

L'on vante souvent la facture de la Constitution américaine source de fierté nationale pour les Américains. Par contre au Canada, notre Constitution s'écrit de plus en plus la nuit et elle risque ainsi de manquer de clarté. Il est étonnant de voir à quel point les nuits inspirent nos hommes politiques canadiens.

Un autre exemple d'une disposition apparemment rédigée à la vapeur est celle qu'on a convenu d'ajouter à l'article 35 par l'adjonction du paragraphe 4. Tous loueront les bonnes intentions à l'origine de la modification mais à l'analyse, l'on peut se demander ce qu'elle fait dans les paragraphes de l'article 35. Il faut rappeler que les droits ancestraux ou issus de traités visés au paragraphe (1), et qui sont reconnus et confirmés, sont ceux des peuples autochtones. Les mots « indépendamment de toute autre disposition de la présente loi » ne restreignent d'aucune façon les termes de ce paragraphe. Les droits reconnus et confirmés sont également garantis aux personnes des deux sexes. Il n'existe pas de peuples qui ne soient composés que de personnes d'un seul sexe. Voulait-on exprimer par cette modification que les droits ancestraux ou issus de traités n'accordaient pas les mêmes garanties aux personnes des deux sexes ? Était-il de l'intention des signataires de modifier les droits ancestraux ou ceux issus de traités ? Peut-on par une modification constitutionnelle, modifier les droits ancestraux ou ceux issus de traités ? Il ne m'appartient pas d'ajouter sur le sujet, sauf pour dire que la disposition devra être expliquée lorsque la résolution sera soumise pour adoption par la Chambre des communes, le Sénat et les législatures des neuf provinces.

La résolution annexée à l'Accord constitutionnel de 1983 modifie l'article 35 par l'addition d'un article 35.1 ainsi libellé :

35.1 Les gouvernements fédéral et provinciaux sont liés par l'engagement de principe selon lequel le premier ministre du Canada, avant toute modification de la catégorie 24 de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, de l'article 25 de la présente loi ou de la présente partie :

- a) convoquera une conférence constitutionnelle réunissant les premiers ministres provinciaux et lui-même et comportant à son ordre du jour la question du projet de modification ;
- b) invitera les représentants des peuples autochtones du Canada à participer aux travaux relatifs à cette question.

Cette disposition qui ne demande aucune interprétation se limite à l'engagement qui y est pris. Elle constitue une garantie donnée aux peuples autochtones qu'aucune modification de 91(24) de la *Loi constitutionnelle de*

1867 ne sera faite avant que le projet de modification ne soit soumis aux représentants des peuples autochtones lors d'une conférence constitutionnelle réunissant le premier ministre du Canada et les premiers ministres provinciaux.

Les paragraphes pertinents de l'article 37 se lisent comme suit :

37. (1) Dans l'année suivant l'entrée en vigueur de la présente partie, le premier ministre du Canada convoque une conférence constitutionnelle réunissant les premiers ministres provinciaux et lui-même.

(2) Sont placées à l'ordre du jour de la conférence visée au paragraphe (1) 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. Le premier ministre du Canada invite leurs représentants à participer aux travaux relatifs à ces questions...

La résolution annexée à l'Accord constitutionnel de 1983 modifie comme suit ces deux paragraphes :

37.1(1) En sus de la conférence convoquée en mars 1983, le premier ministre du Canada convoque au moins deux conférences constitutionnelles réunissant les premiers ministres provinciaux et lui-même, la première dans les trois ans et la seconde dans les cinq ans suivant le 17 avril 1982.

(2) Sont placées à l'ordre du jour de chacune des conférences visées au paragraphe (1) les questions constitutionnelles qui intéressent directement les peuples autochtones du Canada.

Cette résolution ajoute le paragraphe 4 qui énonce que rien dans la partie IV.1 ne doit être interprété comme modifiant le sous-paragraphe 35.1.

Cette disposition est à caractère plus politique que juridique.

Dans l'hypothèse d'un consensus au niveau politique, les droits des peuples autochtones qui auront été déterminés et définis de même que tous les amendements dont il sera convenu lors des conférences constitutionnelles maintenant prévues ne pourront être inscrits dans la Constitution du Canada que conformément à la procédure de modification. La règle générale exige des résolutions du Sénat et de la Chambre des communes et des résolutions des assemblées législatives d'au moins deux tiers des provinces dont la population confondue représente, selon le recensement général le plus récent à l'époque, au moins cinquante pour cent de la population de toutes les provinces. (Article 38(1)).

Certaines questions exigent outre les résolutions du Sénat et de la Chambre des communes, celles de l'assemblée législative de chaque province. (Article 41).

Il y a des cas où une modification est sans effet dans une province qui a exprimé son désaccord selon la procédure prévue si la modification est

déroatoire à la compétence législative, aux droits de propriété ou à tous autres droits ou privilèges d'une législature.

Lors de la conférence constitutionnelle tenue les 15 et 16 mars 1983, certains peuples autochtones du Canada ont réclamé la souveraineté sur leur territoire et l'autodétermination. Ils ont réclamé la propriété et l'administration de leurs terres, le droit aux ressources renouvelables ou non renouvelables, l'exemption de taxes partout au Canada.

Nous avons démontré que le droit autochtone varie d'une province à l'autre et à l'intérieur d'une province, d'une région à l'autre.

Dans l'hypothèse où l'un ou plusieurs de ces droits seraient inscrits dans la Constitution du Canada, la modification pourrait être jugée déroatoire à la compétence législative, aux droits de propriété ou aux droits et privilèges d'une législature, et la province concernée pourrait exprimer son désaccord et ainsi rendre la modification sans effet sur son territoire. La modification apportée par l'adjonction du paragraphe 3 de l'article 35 devrait être sérieusement étudiée par le Québec à cet égard.