

Les droits ancestraux des Métis et la mainmise effective des Européens sur le territoire québécois

Métis Aboriginal Rights and Effective European Control Over Québec's Territory

Geneviève Motard

Volume 37, numéro 2-3, 2007

Métissage

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1081642ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1081642ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Recherches amérindiennes au Québec

ISSN

0318-4137 (imprimé)

1923-5151 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Motard, G. (2007). Les droits ancestraux des Métis et la mainmise effective des Européens sur le territoire québécois. *Recherches amérindiennes au Québec*, 37(2-3), 89–95. <https://doi.org/10.7202/1081642ar>

Résumé de l'article

Dans l'arrêt *R. c. Powley*, la Cour suprême du Canada reconnaissait à une communauté Métis le droit d'exercer ses activités traditionnelles en conformité avec ses lois et coutumes tout en faisant fi des législations provinciales et fédérales portant atteinte de façon injustifiée à ce droit. Dans cet arrêt, sont posés les jalons des droits ancestraux des Métis. Plusieurs critères juridiques sont dès lors énoncés afin de déterminer : 1) l'existence même de la communauté Métis, et 2) l'existence des droits ancestraux des Métis. Parmi ces critères, la Cour suprême requiert la preuve de l'existence de la communauté Métis au moment de la mainmise effective des Européens sur le territoire visé par la revendication d'un droit ancestral. Le droit ancestral métis doit également avoir existé au moment de la mainmise effective et son exercice doit avoir continué jusqu'à nos jours. Cet article vise à cerner le traitement judiciaire de la preuve présentée afin d'établir la date de la mainmise européenne sur le territoire revendiqué.



Les droits ancestraux des Métis et la mainmise effective des Européens sur le territoire québécois

**Geneviève
Motard**

Faculté de droit,
Université Laval,
Québec

L'AFFAIRE CORNEAU entendue en Cour supérieure du Québec et le litige opposant Robert Oakes à la Ville de Pohénégamook portaient, pour la première fois, la question des droits constitutionnels des Métis devant les tribunaux du Québec. Les revendications de droits ancestraux par les Métis ou des groupes ayant pour mission de les représenter ont en outre pour conséquence d'interpeller l'autorité étatique sur le territoire. Ainsi, dans l'affaire opposant le Procureur général du Québec à Ghislain Corneau, celui-ci invoquait ses droits ancestraux protégés par le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* [ci-après LC 1982]¹ afin de maintenir un camp de chasse sans acquitter les montants fiscaux réclamés. Dans l'affaire *Oakes*, le prélèvement des taxes municipales était contesté sur la base d'un titre aborigène.

Outre la contestation de l'autorité étatique, ces actions ont aussi des conséquences importantes pour les communautés des premières nations et des Inuits qui revendiquent des droits ancestraux sur le territoire, comme le démontre l'intervention agressive de la Communauté métisse du Domaine du Roy et de la Seigneurie de Mingan [ci-après Communauté du Domaine] dans le litige opposant la première nation innue de Pessamit à la Compagnie Kruger et aux gouvernements du Québec et du Canada au sujet de l'exploitation forestière de l'île René-Levasseur. En effet, la Communauté du Domaine prétend être titulaire d'un titre aborigène conjoint sur le territoire revendiqué par les

Innus et, ce faisant, menace l'exclusivité du titre aborigène innu sur une partie du Nitassinan.

La première difficulté rencontrée par la Communauté du Domaine, à l'instar des autres groupes déclarant représenter les Métis, est de se voir reconnaître par les entités étatiques en tant que « peuple autochtone », tel que cela est entendu au paragraphe 35(2) LC 1982. C'est en 2003 que, dans l'arrêt *R. c. Powley*, la Cour suprême du Canada a précisé la portée de ce paragraphe. Or, tant les entités étatiques que les représentants des Métis font appel aux principes élaborés dans la décision *Powley* afin de trancher la question de l'appartenance à un peuple autochtone².

Dans cette affaire, Steve Powley et Roddy Charles Powley sont tous les deux accusés d'avoir chassé l'original sans permis et d'avoir sciemment possédé du gibier illégalement en contravention de l'article 46 et du paragraphe 47(1) de la *Loi sur la chasse et la pêche* de l'Ontario. Ils invoquent en défense leur statut de Métis et les droits ancestraux qui y sont rattachés. En première instance, le juge de la division provinciale de la Cour de l'Ontario acquitte les accusés puisque le paragraphe 35(1) LC 1982 garantit aux membres de la communauté métisse de Sault Ste. Marie un droit ancestral de chasse à des fins alimentaires auquel la *Loi sur la chasse et la pêche* de l'Ontario porte atteinte de manière injustifiée³. Siégeant en appel, la Cour supérieure de justice, la Cour d'appel de l'Ontario et la Cour suprême du Canada ont, tour à tour, confirmé ce verdict.

Dans sa décision, la Cour suprême a conclu que seule une communauté métisse contemporaine liée à une communauté métisse historique pouvait être titulaire de droits ancestraux au sens du paragraphe 35(1) LC 1982. Dans le cas des revendications de droits ancestraux qui prennent la forme d'activités traditionnelles, la période de la mainmise effective des Européens sert à distinguer les communautés métisses qui répondent au critère d'historicité (R. c. *Powley* 2003 : paragr. 37). En outre, l'identification de cette période sert à déterminer les activités qui ont un caractère ancestral et distinctif. Parallèlement, dans le cas de la revendication d'un titre aborigène métis, ce sera plutôt le moment de l'affirmation de la souveraineté de la Couronne qui devra être évalué par les tribunaux. En ce sens, le critère de l'historicité occupe une place de choix pour la reconnaissance des droits des Métis ; le défaut de démontrer que la communauté contemporaine a un lien avec une communauté métisse historique entraîne pour ses membres l'impossibilité de se voir reconnaître quelque droit ancestral que ce soit par un tribunal et constitue pour les Métis un fardeau supplémentaire dans la recherche de réponses politiques négociées.

C'est pourquoi il nous a semblé pertinent de faire ressortir les grands traits du critère de la mainmise effective, tel qu'il a été appliqué par les tribunaux à la suite de l'arrêt *Powley*. L'objectif visé par ce texte est de présenter l'état actuel de la jurisprudence afin de dégager des indicateurs factuels à partir desquels les tribunaux ont fixé la date de la mainmise effective des Européens dans une région donnée. Les conclusions présentées ici sont toutefois limitées par le nombre restreint de décisions qui appliquent et explicitent ce critère et par le fait qu'aucune décision n'a encore été rendue au Québec à ce sujet.

LA NATURE DES DROITS ET L'ÉLABORATION DES CRITÈRES JURIDIQUES

L'arrêt R. c. *Sparrow*, rendu en 1990 par la Cour suprême du Canada, marque le début d'un développement jurisprudentiel visant à circonscrire la portée des droits ancestraux des peuples autochtones au Québec et au Canada, tels qu'ils ont été enchâssés au paragraphe 35(1) LC 1982. Bien que cet arrêt énonce un test de justification permettant aux gouvernements de porter atteinte aux droits ancestraux, aucune définition juridique de cette notion n'en ressort. Il faudra attendre les arrêts R. c. *Van der Peet* et *Delgamuukw c. Colombie-Britannique* (tel que modifié en 2005 par l'arrêt R. c. *Marshall, R. c. Bernard*) pour comprendre la nature et l'étendue des droits.

Tout d'abord, une distinction s'impose entre les droits ancestraux et les droits issus de traités. D'une part, les droits issus de traités sont issus de « contrats » *sui generis* qui ont été conclus entre les peuples autochtones et la Couronne. La valeur juridique de ces contrats dépasse celle du contrat privé, mais n'a pas non plus la valeur d'un traité international. Au sens de la Constitution, seront par exemple considérés comme des traités les traités de paix, d'amitié et de cession ainsi que tout autre document confirmant l'engagement entre l'État et un peuple autochtone et dont l'objet porte sur les droits collectifs de celui-ci (Grammond 2003 : 251). L'interprétation d'un traité historique par les tribunaux devra respecter les objectifs poursuivis par les parties lors de la conclusion du traité (voir R. c. *Marshall, R. c. Bernard*). D'autre part, les droits ancestraux sont des droits qui proviennent de la présence même des nations autochtones et de leurs cultures. Il s'agit en fait du moyen de concilier l'occupation du territoire par les sociétés autochtones et par la Couronne.

Comme le rappelle la Cour suprême dans l'arrêt R. c. *Marshall, R. c. Bernard*, il existe une grande diversité de droits ancestraux. Dans l'état actuel du droit, les droits ancestraux sont reconnus sous deux formes : 1) activités traditionnelles et 2) titre aborigène⁴. Or, la nature des droits en cause déterminera les règles juridiques applicables dans un cas donné.

LES ACTIVITÉS TRADITIONNELLES

Dans ce premier cas de figure, le droit protégé est une activité, coutume ou tradition distincte. Sous cette forme, la reconnaissance d'un droit ancestral permet au groupe qui en est détenteur de définir la manière de l'exercer, le moment et, dans une certaine mesure, le lieu de son exercice. Toutefois, seules les activités faisant partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit seront protégées par la Constitution (R. c. *Van der Peet* 1996 : paragr. 44-46). D'entrée de jeu, il appartient au tribunal de cerner la revendication de la partie autochtone et à celle-ci d'en faire la démonstration. Pour ce faire, la partie autochtone devra établir que la coutume, pratique ou tradition a, pour elle, une importance fondamentale. Ainsi, seules les activités, coutumes et traditions qui « véritablement faisai[en]t de la société ce qu'elle était » seront protégées par la Constitution, ce qui exclut les activités communes à toutes les sociétés, les activités exercées occasionnellement et celles qui possèdent un caractère secondaire (R. c. *Van der Peet* 1996 : paragr. 55-56). Ensuite, la partie autochtone devra démontrer que les activités en cause marquent la continuité avec celles qui étaient exercées avant le contact avec les Européens. Puisque, de l'avis des tribunaux, la présence antérieure des peuples autochtones sous-tend l'enchaînement constitutionnel de leurs droits, ce caractère doit se refléter par la nature même des droits et, par conséquent, dans les critères qui les définissent. En d'autres mots, l'antériorité de l'occupation autochtone est une composante même du droit ancestral revendiqué et cette antériorité doit être prouvée au tribunal. Or, juridiquement, l'antériorité s'est traduite par le moment du contact entre les Européens et les premières nations ou les Inuits. C'est par conséquent ce moment qui devra être ciblé et démontré au tribunal. Pour la Cour suprême, « il suffit que cette preuve tende à démontrer lesquels des aspects de la collectivité et de la société autochtones datent d'avant le contact avec les Européens » (R. c. *Van der Peet* 1996 : 555). En établissant ce critère, les tribunaux cherchent donc à identifier les activités qui ont un caractère ancestral ou traditionnel, tentant ainsi de cerner les activités protégées qui sont par leur nature même « autochtones » et les activités non protégées en raison de leur origine européenne. Cette approche soustrait de la protection constitutionnelle toute activité d'origine européenne.

LE TITRE ABORIGÈNE

Dans ce deuxième cas de figure, le titre aborigène, un droit foncier, comprend le droit à la terre et à ses ressources. Il permet à la communauté qui en est titulaire de décider de l'usage de la terre et des ressources. Cet usage doit cependant être conforme avec la nature du titre aborigène. Pour en démontrer l'existence au tribunal, la partie autochtone devra établir que la communauté dont elle fait partie a occupé exclusivement le territoire revendiqué au moment de l'affirmation de la souveraineté de la Couronne sur ce territoire. L'exclusivité du contrôle est encadrée par les règles de *common law*.

Le choix de périodes différentes pour établir les droits ancestraux prenant la forme d'une activité traditionnelle ou

d'un titre aborigène s'explique par la nature même de ces droits. La plus haute juridiction précise en effet que le critère de l'affirmation de la souveraineté est relié à la charge qu'impose le titre aborigène sur les droits de propriété de la Couronne. Le titre aborigène est un droit foncier qui grève le titre de la Couronne. Par contre, la Cour ne fait pas le même raisonnement en ce qui concerne les autres formes de droits ancestraux. Ceux-ci ne sont pas définis comme des droits fonciers, mais plutôt comme des droits culturels rattachés à une communauté particulière. Dans ce contexte, l'exploitation des ressources n'est qu'un accessoire de l'activité traditionnelle. Alors que le critère de l'affirmation de la souveraineté a pour objectif de marquer le changement de titulaire du droit foncier en litige, le critère du contact a pour but de marquer le commencement d'une transformation culturelle. Le critère de la mainmise effective poursuit ce dernier objectif.

LES SOURCES DU CRITÈRE DE LA MAINMISE EFFECTIVE DES EUROPÉENS

Alors que les critères du contact et de l'affirmation de la souveraineté avaient été déterminés à partir de la nature des droits en litige, le critère de la mainmise effective répond à une exigence supplémentaire. En effet, l'ethnogenèse des Métis impose le choix d'une période postérieure au premier contact, cette période devant néanmoins respecter le cadre posé par l'arrêt *Van der Peet*.

Historiquement, les communautés métisses proviennent de la rencontre entre les peuples autochtones et européens. La protection constitutionnelle de leurs activités traditionnelles ne peut donc pas être établie suivant l'approche du « premier contact » retenue pour démontrer les droits ancestraux des premières nations et des Inuits. En effet, les droits ancestraux des Métis n'existaient tout simplement pas avant le contact avec les Européens puisque les communautés métisses sont issues de ce contact. La transposition intégrale du test préalablement établi n'était par conséquent pas une réponse envisageable à la situation particulière des Métis. Pour y remédier, plusieurs approches auraient pu être adoptées.

Tout d'abord, la thèse des droits dérivés a été résumée et critiquée dans un article par Larry N. Chartrand (2004). Cette thèse prend pour prémisse que les droits ancestraux des Métis sont protégés constitutionnellement en raison des ancêtres aborigènes des Métis. Puisque ce serait là la source des droits des Métis, seules les activités, coutumes ou traditions qui dérivent des activités de ces ancêtres seraient protégées constitutionnellement. Cette façon offre un inconvénient majeur, soit celui d'occulter l'identité et l'histoire métisses qui justifient leur inclusion au paragraphe 35(2) LC 1982 (Chartrand 2004 : 157). Dans l'arrêt *R. c. Powley*, la Cour suprême a pour sa part expressément écarté cette thèse (*R. c. Powley*, 2003 : paragr. 38).

Chartrand souligne ensuite que la date du contact aurait pu être interprétée par la Cour de façon à y inclure les Métis. Les tribunaux auraient alors cherché à identifier le moment du contact entre les peuples métis et les Européens. Suivant cette approche, la présence de la communauté métisse ne serait jamais remise en cause. Or, même s'il s'agit là d'un argumentaire intéressant, la mise en œuvre d'une telle politique judiciaire nous semble ardue. Connaissant déjà les difficultés que posent l'établissement d'une date du contact entre les premières nations ou les Inuits et les Européens, il nous semble que la date du contact entre les peuples métis et européens serait *a fortiori* difficile à établir en raison de la nature de

l'entreprise coloniale, laquelle s'étend nécessairement sur une période de temps plus ou moins longue. En plus, cette approche n'aurait pas épargné à la Cour la difficile tâche de fixer par le droit le concept de « peuple ».

Plaidée dans l'affaire *Powley* par le procureur général de l'Ontario, la date de l'affirmation de la souveraineté de la Couronne est une autre approche qu'aurait pu retenir la Cour suprême pour adapter le test de *Van der Peet* à la situation particulière des Métis. Bien qu'il eût pu y avoir là un fondement juridique conforme à l'entreprise coloniale européenne et aux règles de *common law*, ce choix aurait engendré des injustices supplémentaires pour certains peuples métis qui rencontrent difficilement cette condition (Horton et Mohr 2005 : 793).

Enfin, la professeure Catherine Bell proposait, à l'instar de la juge McLachlin dans l'arrêt *Van der Peet*, de retenir la date de l'apogée de la colonisation européenne (Bell 1997-1998 : 216). La protection constitutionnelle conférée par le paragraphe 35(1) LC 1982 s'étendrait dès lors aux activités, coutumes et traditions ou aux institutions fondamentales des Métis qui se seraient développées avant cette date. Le critère de la mainmise effective, finalement retenu dans l'arrêt *R. c. Powley*, s'apparente à cette dernière thèse. Cette approche, comme les autres, a néanmoins pour conséquence d'écarter certaines communautés et leurs droits de la protection conférée par l'article 35 LC 1982.

LE CONTACT, LA MAINMISE EFFECTIVE ET L'AFFIRMATION DE LA SOUVERAINÉTÉ

Ces trois étapes de la colonisation de l'Amérique du Nord par les nations européennes visent à cerner des changements survenus dans la société et sur les territoires autochtones. Aussi, alors que le moment du contact pose la question du commencement de la relation entre les premières nations ou les Inuits et les Européens, la mainmise effective cherche plutôt à cibler le moment où un peuple métis est passé sous la domination politique et juridique européenne. L'affirmation de la souveraineté de la Couronne représente plutôt le lien juridique qui unit le pouvoir public à un territoire.

Des principes de droit clairs et bien établis n'épargnent toutefois pas au juriste les difficultés qui découlent nécessairement de leur application aux faits d'une affaire particulière. Si l'expression « premier contact », adoptée comme critère par la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Van der Peet* afin d'établir un droit ancestral, semble claire et précise, la détermination d'une date fixe ne paraît pourtant pas si aisée pour les tribunaux. Dans l'arrêt *R. c. Adams*, rendu un peu plus d'un mois après l'arrêt *R. c. Van der Peet*, la plus haute juridiction se voyait déjà confrontée à une telle difficulté. En effet, alors que l'affaire *Van der Peet* laisse clairement entendre que « la période pertinente est celle qui a précédé l'arrivée des Européens, et non celle qui a précédé l'affirmation par Sa Majesté de sa souveraineté » (*R. c. Van der Peet* 1996 : paragr. 61), la Cour fixe néanmoins, dans les arrêts *R. c. Adams* et *R. c. Côté*, la date du premier contact à l'année 1603, soit au moment de la rencontre de Champlain avec les Algonquins ainsi qu'avec les Mohawks. Or, l'année 1603 ne constitue pas le premier contact entre ces protagonistes. D'autres rencontres ont en effet eu lieu avant celle-là. La plus haute instance motive sa décision en rappelant qu'il lui demeurerait impossible de déterminer quels étaient les peuples autochtones qui vivaient dans la région revendiquée durant les périodes qui ont précédé et qui ont suivi l'année 1603 : aucune preuve concernant la période précédant l'année 1603 ne permet à la Cour de conclure avec satisfaction à la présence

d'une nation plutôt qu'une autre dans la région visée par la revendication du droit ancestral. De plus, la période qui a suivi l'année 1603 fait l'objet d'une preuve contradictoire. La Cour conclut donc que :

L'arrivée de Samuel de Champlain en 1603, et le contrôle effectif exercé en conséquence par les Français sur le territoire qui allait devenir la Nouvelle-France, est le moment qui correspond le plus précisément au « contact avec les Européens » pour l'application du critère établi dans *Van der Peet*. (R. c. *Adams* 1996 : paragr. 46 ; R. c. *Côté* 1996 : paragr. 58, nous soulignons)

Il ne faut toutefois pas en déduire que la date du contact sera fixée au même moment que la date de la mainmise effective. Du moins, c'est ce que démontre la jurisprudence subséquente à l'affaire *Van der Peet*. Ainsi, les tribunaux ont généralement retenu que l'établissement d'une mission, la construction d'un poste militaire ou commercial étaient des événements suffisamment significatifs pour établir la date du contact. Il semble que la recherche du commencement de la relation durable entre Européens et autochtones soit le véritable déterminant du contact⁵.

La mainmise effective, pour sa part, a lieu lorsque les Européens ont l'intention d'imposer leur domination politique et juridique dans une région donnée. C'est par conséquent l'amorce de cette domination politique et juridique qui devra être démontrée aux tribunaux, celle-ci devant s'apprécier en regard des circonstances de chaque affaire. À ce jour, les décisions qui portent sur le critère de la mainmise effective ont été rendues hors Québec, notamment en Ontario, en Colombie-Britannique et en Saskatchewan. Les indicateurs qui se dégagent de ces décisions sont par conséquent principalement liés à l'histoire de la colonisation de ces régions.

L'IMPOSITION D'ACTES D'AUTORITÉ PUBLIQUE

La politique administrative ou coloniale de la nation européenne vis-à-vis du territoire revendiqué est sans doute l'élément prédominant d'un examen portant sur la mainmise effective des Européens. Dans l'arrêt R. c. *Powley*, cet aspect semble en effet le plus important dans la décision de la Cour suprême de conclure que la mainmise effective avait eu lieu dans la période précédant l'année 1850. En effet, alors que plusieurs Européens se trouvaient dans la région de Sault Ste. Marie bien avant l'année 1850, la Cour affirme que les Français et les Britanniques en ont découragé la colonisation jusqu'au milieu du XIX^e siècle. Ainsi, aucune activité agricole n'avait été mise en place par les Français pour des raisons d'ordre politique et économique. Après 1763, les Britanniques s'en seraient également abstenus. Cette politique avait principalement pour but de maintenir la paix avec les peuples autochtones, ce qui permettait aux Britanniques de profiter d'échanges commerciaux importants. Or, la venue massive d'agriculteurs d'origine européenne aurait compromis cet équilibre. Au milieu du XIX^e siècle, les visées politiques de l'empire britannique sur la région changent en même temps que ses besoins économiques. De plus, le mécontentement populaire est manifeste dans la région. Pour sécuriser le territoire et profiter pleinement des terres en vue de répondre à leurs nouveaux besoins, les Britanniques chargent William Benjamin Robinson de négocier avec les populations locales l'achat des terres, notamment dans le but d'en exploiter les ressources minières et forestières. Le Traité Robinson-Huron sera conclu en 1850 et en seront exclues les communautés métisses de la région, sauf dans la mesure où les chefs ojibwas

acceptent de partager les droits découlant du traité avec elles. En résumé, suivant les conclusions de la Cour suprême dans l'arrêt R. c. *Powley*, les communautés métisses se sont développées sans être affectées par les lois et coutumes européennes jusqu'à ce que la politique coloniale qui décourageait la colonisation de la région soit remplacée par une politique qui favorisait cette fois la colonisation et la négociation de traités. À notre avis, les actes d'autorité doivent, pour illustrer une mainmise effective, démontrer l'intention et la capacité de contrôler le territoire par les pouvoirs européens.

La décision rendue dans R. c. *Willison* nous paraît conforme à la décision de la Cour suprême dans R. c. *Powley*. Accusé d'avoir, en novembre 2000, tué un cerf près de Falkland, Colombie-Britannique, en dehors de la saison de chasse, Gregory K. H. Willison invoque en défense son identité métisse et son droit de chasse à des fins alimentaires. La mainmise effective est, dans cette affaire, définie comme la date « à laquelle les colons européens ont exercé un contrôle gouvernemental sur le territoire » (R. c. *Willison* 2005 : paragr. 121) et est notamment démontrée par les éléments suivants : création du Dominion, nomination d'un douanier, nomination d'un juge en chef, commencement de la ruée vers l'or. Partagée entre les positions de la défense, qui plaide l'établissement de la date de la mainmise aux années 1859-1864, et de la Couronne, qui avance plutôt les années 1858-1862, la Cour fixe la mainmise effective aux années 1858-1864. En appel, le juge de la Cour supérieure de la Colombie-Britannique n'a pas modifié cette conclusion de fait.

DES CHANGEMENTS DÉMOGRAPHIQUES

Affirmer que la progression de l'entreprise coloniale européenne a entraîné des mutations démographiques chez les populations autochtones relève du truisme. En ce sens, le déplacement des personnes d'origine autochtone fait partie des indices d'une coexistence qui s'installe entre Européens et autochtones. Par exemple, dans l'affaire *Samson Indian Nation and Band v. Canada*, la période du contact a notamment été marquée par des mouvements de population et par une modification des points de ralliement de certaines familles autochtones. De la même façon, la prise de contrôle du territoire entraîne, dans l'arrêt R. c. *Powley*, une migration des Métis vers des régions éloignées, vers la périphérie de la ville ou vers des régions adjacentes, notamment en raison de la présence d'une communauté ojibwa dont ils rejoignent les rangs (R. c. *Powley* 2003 : paragr. 25). Différents registres, journaux de bord d'officiers, de commerçants ou de professionnels, et autres formes de recensement ont été utilisés pour rendre compte des bouleversements démographiques qui ont cours à plusieurs moments de la vie de la communauté. Ainsi, tant la formation d'une communauté métisse que la période de la mainmise effective par les Européens sont démontrées par des changements démographiques. Dans l'affaire *Powley*, les registres utilisés au poste de traite au début du XIX^e siècle mettent en lumière la prédominance des Métis dans la région visée par la revendication, alors que les données du recensement qui datent de la deuxième moitié du XIX^e siècle laissent plutôt entrevoir leur dispersion (R. c. *Powley* 2003 : paragraphes 22, 25-26).

DES CHANGEMENTS ÉCONOMIQUES ET CULTURELS

Tant le moment du contact que le moment de la mainmise effective se caractérisent par des changements d'ordre économique et culturel. Au moment du contact, des changements

dans les points de ralliement saisonniers, le passage d'une culture basée sur une économie de chasseur/cueilleur à une économie de chasseur/commerçant (*Samson Indian Nation and Band v. Canada* 2005 : paragr. 546, témoignage du Dr Von Gernet) ou encore le passage d'une économie basée sur la traite de la fourrure à une économie basée sur l'agriculture, l'industrie minière, l'exploitation forestière ou l'exploitation d'autres ressources naturelles (voir p. ex. R. c. *Willison*) peuvent être remarqués.

Parallèlement, alors que l'émergence de la nation métisse se caractérise par un sentiment d'appartenance à une collectivité et par le développement d'une culture et d'une identité propres, le moment de la mainmise effective, par exemple dans l'arrêt R. c. *Powley* (*Powley* 2003 : paragr. 26), semble plutôt marqué par l'ostracisme, la discrimination et l'humiliation. Plusieurs décisions des tribunaux soulignent le changement dans la perception que se font les Métis d'eux-mêmes. En raison des mesures discriminatoires dont ils font l'objet au moment et à la suite de la mainmise effective par les Européens, les Métis refusent, dans l'affaire R. c. *Powley*, de s'identifier individuellement et collectivement comme tels, illustrant ainsi le transfert du pouvoir qui s'opère ou encore le passage à une nouvelle autorité sur la communauté et sur le territoire métis.

L'arrêt R. c. *Lavolette* offre un autre exemple des changements économiques ou culturels dans la vie communautaire des Métis. Dans cette affaire, Ron Lavolette est accusé d'avoir pêché hors saison à Green Lake en Saskatchewan. Deux positions s'affrontent concernant l'établissement de la date du contrôle effectif par les Européens. La Couronne fixe la mainmise effective à l'année 1870, soit au moment de l'achat de la Terre de Rupert, tandis que la défense plaide pour sa part que la date de la mainmise effective des Européens devrait plutôt être établie au moment où les activités de la Couronne « ont pour effet de changer le mode de vie et l'économie traditionnels métis dans une région donnée » (R. c. *Lavolette* 2005 : paragr. 39). La Cour provinciale de la Saskatchewan rejette la thèse de la Couronne et conclut qu'aucun développement par les Européens n'a eu lieu dans la région avant l'année 1903, lorsque des baux à des fins d'exploitation forestière ont été octroyés. Or, même à cette époque, aucun changement culturel ne semble marquer la vie des Métis. Par conséquent, la Cour fixe à 1912 la date de la mainmise effective, c'est-à-dire l'époque de l'ouverture d'un registre foncier auquel auraient participé les Métis de Green Lake en y enregistrant leurs réclamations (R. c. *Lavolette* 2005 : paragr. 40-41).

En somme, des changements culturels et économiques marquent les sociétés métisses au moment de la mainmise effective, mais ces changements ne doivent toutefois pas être suffisants pour que le tribunal en arrive à la conclusion que la communauté métisse a disparu :

La mainmise effective des Européens sur la région a donc eu une incidence sur la communauté métisse de Sault Ste. Marie et sur ses pratiques traditionnelles, sans toutefois faire disparaître cette communauté, comme en témoignent les données des recensements effectués de 1860 à 1890. (R. c. *Powley* 2003 : paragr. 26)

Le tribunal saisi d'un litige portant sur la détermination des droits des Métis aura par conséquent à trouver le juste équilibre entre des changements indiquant le passage à une nouvelle autorité et des changements illustrant au contraire l'assimilation, la disparition ou l'exode d'une communauté donnée.

De l'étude de la jurisprudence qui a traité du critère de la mainmise effective des Européens, nous retenons que deux

types d'éléments de preuve ont été retenus par la Cour suprême dans l'arrêt R. c. *Powley* et par les tribunaux ayant appliqué cette décision. D'une part, les tribunaux ont cherché à identifier des actes d'autorité de la part des pouvoirs européens et, d'autre part, ils ont cherché à cerner des éléments démontrant des changements dans les sociétés métisses. Bien que la présence d'actes d'autorité soit un dénominateur commun à toutes les affaires qui traitent du critère de la mainmise effective, qui sont peu nombreuses faut-il le rappeler, l'importance accordée aux changements dans la société métisse et dans la société européenne est plus incertaine et varie d'une décision à l'autre. Dans certaines décisions, les tribunaux ont jugé bon de fixer la date de la mainmise effective des Européens lorsque les actes d'autorité publique avaient une influence sur la communauté métisse. Dans d'autres décisions, ces changements ont peu d'importance pour la fixation de la date. Ils sont néanmoins pertinents puisque, même si ces indicateurs ne servent pas à établir la date, ils confirment, dans toutes les décisions dont nous avons pris connaissance, l'effectivité de la mainmise européenne. La décision rendue dans R. c. *Belhumeur* confirme cette approche (R. c. *Belhumeur* 2007 : paragr. 182-190).

Par ailleurs, dans l'arrêt R. c. *Powley*, la Cour suprême a, avec raison, pris soin de distinguer le critère de la mainmise effective en droit interne canadien des principes du droit international public relativement aux règles de succession des États. En effet, les objectifs poursuivis par ces deux corpus diffèrent. Pour compléter la liste des indicateurs qui ont été dégagés, il est toutefois possible de s'inspirer des éléments de preuve déposés dans les affaires de droit international public. Comme la Cour suprême l'a cependant mentionné dans l'arrêt *Powley*, les éléments de preuve qui servent à établir l'occupation effective d'un territoire en droit international public ne doivent pas et ne peuvent pas être transposés intégralement dans le droit canadien applicable dans les litiges avec les peuples autochtones. Nous les présentons ici à titre indicatif, les notions d'« occupation effective » et de « mainmise effective » ayant un lien de parenté évident, soit celui de connaître l'identité du titulaire du contrôle réel sur un territoire. Les objectifs visés par ces deux principes sont toutefois très différents, c'est pourquoi les éléments de preuve différeront aussi. En droit international public, le concept d'occupation effective vise à identifier le détenteur de la souveraineté étatique dans le cas d'un titre juridique faible, imparfait ou incertain (Brownlie 2003 : 133-139). Par contre, dans le cas du droit canadien applicable aux autochtones, le concept de mainmise effective vise à identifier les activités culturelles traditionnelles des peuples métis. Dans le premier cas, ce sont uniquement les actes d'autorité publique qui feront preuve du titre juridique (p. ex. : application des lois européennes, comme un registre foncier et/ou civil, présence d'un système fiscal et protection militaire des Européens). Dans le deuxième cas, de tels actes serviront à établir la mainmise effective. Mais, à la différence du droit international public, les aspects politique, social et économique pourront aussi être considérés.

CONCLUSION

Les critères du contact et de la mainmise effective ont pour objet d'identifier les activités ancestrales distinctives qui, de l'avis des tribunaux, proviennent de la période antérieure à l'influence européenne sur les sociétés autochtones. Ces périodes visent donc à cerner lesquelles des activités exercées par les peuples autochtones doivent être protégées par la *Loi constitutionnelle*

de 1982 et être, de ce fait, libres de leur assujettissement aux lois étatiques qui leur portent atteinte de façon injustifiée. Le critère de la mainmise effective des Européens a, au surplus, pour objectif d'identifier les personnes métisses habilitées à exercer des droits ancestraux. En effet, ce critère sert à cibler les communautés métisses historiques, c'est-à-dire celles qui se sont développées avant la mainmise effective européenne sur le territoire. Or, seules les personnes membres de la communauté métisse contemporaine en lien avec une communauté métisse historique sont habilitées par la Constitution à exercer les droits ancestraux qui y sont enchâssés sans entrave injustifiée par l'État.

Alors que les critères du contact et de la mainmise effective des Européens sont rattachés à la communauté autochtone dont ils tentent de prendre le portrait à un moment précis de l'histoire, le critère de l'affirmation de la souveraineté est plutôt relié au statut juridique d'un territoire donné. Les tribunaux n'ont pas encore fourni d'indications concernant les éléments requis pour établir le moment de l'affirmation de la souveraineté sur le territoire autochtone. Mais il est possible de soutenir que les critères retenus respecteront les règles du droit international public.

En somme, pour rencontrer la condition de l'effectivité de la mainmise, le nœud gordien restera l'intensité de la possession. En effet, de l'inscription des terres de la région au cadastre foncier européen à l'exploitation agricole de ces terres, la progression de la colonisation diffère d'un endroit à l'autre et d'une époque à l'autre. Au Québec, les réponses varieront d'une région à l'autre. Mais, avant d'étudier l'effet du régime britannique, il faudra s'interroger sur les effets du régime seigneurial, sur les diverses méthodes d'occupation du territoire par les Français et leurs mandataires, sur l'assujettissement des peuples autochtones aux lois et coutumes françaises et, enfin, sur la portée politique de l'alliance franco-amérindienne. Devront également être examinés les actes posés par les compagnies commerciales qui agissaient, au Québec, tant à titre d'acteur privé que public. À cet égard, les tribunaux ont jusqu'à maintenant considéré que ces compagnies, en tant qu'acteurs de développement économique, ont contribué à forger l'identité métisse. Or, la détermination de la mainmise effective est au contraire reliée aux actes d'autorité publique.

Pour finir, soulignons que, dans le cas de la revendication d'un titre aborigène métis, le contrôle exclusif d'un territoire devra être démontré par une occupation exclusive au moment de l'affirmation de la souveraineté sur le territoire revendiqué, l'intensité de ce contrôle s'appréciant suivant les règles de la *common law* (R. c. *Marshall*, R. c. *Bernard* 2005 : paragr. 54-57). Advenant que l'affirmation de la souveraineté par la Couronne survienne avant le moment de la mainmise effective par les Européens, il en découlerait l'impossibilité pour une communauté métisse née entre ces deux moments de revendiquer un titre aborigène, mais subsisterait toutefois la possibilité de revendiquer des droits ancestraux sous la forme d'activités traditionnelles. Cette situation aurait lieu par exemple si l'affirmation de la souveraineté ne s'accompagnait pas d'un contrôle effectif sur le territoire. Pour diminuer les chances qu'une telle situation se produise, les tribunaux devront exiger que le moment de l'affirmation de la souveraineté de la Couronne s'accompagne d'une possession effective du territoire. Dans ce cas, tous les peuples métis reconnus par le paragraphe 35(2) LC 1982 auraient la possibilité de se voir reconnaître, à l'instar des autres peuples autochtones, des droits ancestraux qui

prennent la forme d'une activité traditionnelle ou d'un titre aborigène. Cette interprétation aurait aussi pour effet de faire coïncider le statut juridique d'un territoire avec le détenteur, légitime ou non, de l'autorité politique et juridique.

Notes

1. L'expression « peuples autochtones » fait référence à la Partie II de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), et s'entend notamment des Indiens, Métis et Inuits tel que le prévoit le texte du paragraphe 35 (2) de cette loi. Quant au paragraphe 35(1) LC 1982, il se lit : « Les droits existants – ancestraux ou issus de traités – des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés. »
2. Suivant un communiqué du 24 mars 2006, la Corporation métisse du Québec et l'Est du Canada affirme avoir été retenue à titre d'organisation autochtone par le ministère Pêches et Océans Canada pour la mise en œuvre du Programme autochtone de gestion de l'habitat du poisson dans les régions intérieures au Québec (PAHGRI) (en ligne : http://www.metisduquebec.ca/ir/L_communique24mars2006.htm, consulté le 30 octobre 2006). Suivant le Ministère, cette invitation à participer ne constitue toutefois pas une reconnaissance du statut juridique des Métis au sens de l'arrêt R. c. *Powley*. Les Métis invoquent eux aussi l'arrêt *Powley* devant les tribunaux, voir p. ex. Me Pierre Montour, « Notes et autorités de Corporation Métisse du Québec au soutien de sa requête en intervention amendée » dans l'affaire *Assemblée des Premières Nations du Québec et du Labrador c. Hydro-Québec*, Régie de l'Énergie (Montréal) R-3595-2006, (en ligne : http://www.regie-energie.qc.ca/audiences/3595-06/L_MoyensPrelim3595/Augu3595/C-1-7_Corporation_Requete_L_Amendee_3595_12juin06.pdf, consulté le 30 octobre 2006). Demande d'intervention conservatoire accueillie, mais demande d'intervention agressive visant à faire reconnaître les droits constitutionnels des Métis rejetée. (Régie de l'Énergie, D-2006-117, 6 juillet 2006, Benoît Pepin, Michel Hardy, Richard Carrier, régisseurs).
3. Il est en effet possible, pour l'État, de justifier des lois qui portent atteinte aux droits ancestraux des peuples autochtones. Ces critères ont tout d'abord été élaborés dans R. c. *Sparrow* et précisés par la suite dans de nombreuses décisions.
4. Les tribunaux ne se sont pas encore prononcés sur des droits culturels génériques, comme le sont par exemple les droits linguistiques (Slattery 2000). Dans R. c. *Pamajewon*, la Cour suprême rejette le pourvoi des appelants, membres de la première nation de Shawanaga, qui revendiquaient le droit à l'autonomie gouvernementale. Pour la Cour, l'examen d'une demande de cette nature doit avoir lieu suivant les critères établis dans l'arrêt R. c. *Van der Peet*. Or, cet examen doit se faire suivant les circonstances de chaque espèce. La Cour remplace par conséquent la revendication d'un droit à l'autonomie gouvernementale par « le droit de participer à des activités de jeux de hasard à gros enjeux dans la réserve et de régler ces activités » (R. c. *Pamajewon* 1996 : paragr. 26). Il semble donc que les droits culturels devront tous prendre la forme d'activités traditionnelles spécifiques dont l'exercice contemporain devra se rattacher à un exercice antérieur au moment du contact ou de la mainmise effective.
5. *Samson Indian Nation and Band v. Canada*, 2005 FC 1622 : dans cette affaire, trois experts sont entendus. Le premier, le professeur Ray, un historien, fixe la date du premier contact entre Européens et Cris à l'extérieur du territoire cri entre 1650-1680. Pour cet expert, une relation durable aurait été établie vers la moitié du XVII^e siècle à travers la traite de la fourrure. Le contact en territoire cri est quant à lui fixé à la deuxième partie du XVIII^e siècle, soit au moment de la construction d'un poste de traite. Le deuxième expert, Mme Holmes, avance pour sa part l'idée d'un contact significatif entre les Européens et les autochtones. À son avis, tant que les Européens n'auraient pas voyagé sur le territoire, il n'y aurait pas lieu de parler de contact et cela, même si les Cris ont visité à plusieurs reprises les postes

de traite et ramené des biens d'origine européenne dans leurs communautés. Le tribunal ne semble pas attribuer un grand crédit à cette position ; l'expert devant d'ailleurs admettre qu'aucun auteur n'appuie cette thèse. Enfin, troisième expert à être entendu, Dr Von Gernet considère que l'année 1670, soit le moment de l'établissement d'un poste de traite par la Hudson's Bay Company à York Factory, est la date qui correspond au contact entre Européens et autochtones. À son avis, les Cris n'ont toutefois pas été affectés par la présence européenne avant le XVIII^e siècle. Par ailleurs, dans *R. c. Sappier*, le moment du contact entre les Micmacs et les Européens est fixé au début du XVI^e siècle puisque c'est à cette époque que Jacques Cartier aurait pour la première fois rencontré les Micmacs. Le choix de l'année 1534 est, dans cette affaire, le résultat d'une entente entre les parties au litige.

Jurisprudence citée

- Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010.
Ville de Pohénégamook c. Oakes et al., CQ (Kamouraska) no 250-22-001341-036 (règlement hors cour 19 avril 2007).
Procureur général du Québec c. Corneau, [2008] QCCS 1133 (CanLII).
Procureur général du Québec c. Corneau, [2008] QCCS 1205 (CanLII).
R. c. Adams, [1996] 3 R.C.S.101.
R. c. Belhumeur, [2007] SKPC 114 (CanLII).
R. c. Castonguay, [2003] NBCP 16.
R. c. Chiasson, [2002] 2 C.N.L.R. 220.
R. c. Chiasson, 2005 NBCA 82.
R. c. Côté, [1996] 3 R.C.S.139.
R. c. Gladstone, [1996] 2 R.C.S. 723.
R. c. Howse, [2000] B.C.J. No 905 (QL).
R. c. Howse, [2002] 3 C.N.L.R. 165.
R. c. Laviolette, [2005] 3 C.N.L.R. 202.
R. c. Marshall, R. c. Bernard, [2005] 2 R.C.S. 220.
R. c. Pamajewon, [1996] 2 R.C.S. 821.
R. c. Powley, [1999] 1 C.N.L.R. 153.
R. c. Powley, 47 O.R. (3d) 30.

- R. c. Powley*, [2000] 2 C.N.L.R. 291.
R. c. Powley, [2003] R.C.S. 207.
R. c. Sappier, [2004] 4 C.N.L.R. 252.
R. c. Sparrow, [1990] 1 R.C.S. 1075.
R. c. Van der Peet, [1996] 2 R.C.S. 507.
R. c. Willison, [2005] 3 C.N.L.R. 278.
R. c. Willison, [2006] 4 C.N.L.R. 253
Sahara occidental, avis consultatif 16 octobre 1975 (C.I.J. Recueil 1975, p. 12).
Samson Indian Nation and Band v. Canada, [2005] FC 1622.
Souveraineté sur certaines parcelles frontalières, arrêt 20 juin 1959 (C.I.J. Recueil 1959, p. 209).
Souveraineté sur l'île de Palmas (ou Miangas), Recueil des sentences arbitrales, vol. H, p. 842 dans Charles Rousseau, 1935 : Sentence arbitrale dans le litige relatif à la souveraineté sur l'île de Palmas (ou Miangas). *Revue générale de droit international public*, 3^e série, 9 : 156.

Ouvrages cités

- BELL, Catherine, 1997-1998 : « Metis Constitutional Rights in Section 35(1) ». *Alberta Law Review* 36 : 180.
BROWNLIE, Ian, 2003 : *Principles of Public International Law*. Oxford University Press, Oxford.
CHARTRAND, Larry N., 2004 : « Métis Aboriginal Title in Canada: Achieving Equality in Aboriginal Rights Doctrine », in Kerry Wilkins (dir.), *Advancing Aboriginal Claims: Visions, Strategies, Directions* : 151. Purich, Saskatoon.
GRAMMOND, Sébastien, 2003 : *Aménager la coexistence : les peuples autochtones et le droit canadien*. Éditions Yvon Blais/Bruylant, Cowansville/Bruxelles.
HORTON, Andrea, et Christine MOHR, 2005 : « *R. v. Powley: Dodging Van der Peer to Recognize Metis Rights* ». *Queen's Law Journal* 30 : 772-824.
SLATTERY, Brian, 2000 : « Making Sense of Aboriginal Rights ». *Revue du Barreau canadien* 79(2) : 196.