

QUELS SONT LES PARTENAIRES AUTOCHTONES AVEC LESQUELS LA COURONNE ENTRETIENT UNE RELATION HISTORIQUE ?

André Émond*
Sainte-Foy

Successeur de la Couronne britannique sur le continent américain, le gouvernement du Canada a endossé la responsabilité qui incombait au colonisateur de protéger les possessions et usages des premiers occupants autochtones. L'un et l'autre ont par ailleurs conclu plusieurs traités et accords de revendication territoriale afin de respecter leur engagement. Cet article vise à identifier les créanciers des obligations régaliennes, à savoir qui, des individus, clans, bandes ou nations autochtones, jouit d'un recours contre le gouvernement. Il s'agit, en d'autres termes, de déterminer quels sont les titulaires des droits protégés, ceux ayant l'autorité pour les céder ou pour intenter une action en justice afin de les faire respecter. L'auteur conclut que les seuls droits protégés sont les droits collectifs des sociétés autochtones. Ces sociétés, héritières des anciennes communautés politiquement indépendantes, sont aujourd'hui les bandes, en partie des reliquats d'anciennes nations détruites, en partie des bandes reconstituées à partir d'autres bandes plus petites. L'auteur conclut également que les sociétés autochtones détentrices des droits collectifs constituent des personnes morales en common law. Seule la société, une bande en l'occurrence, peut donc céder ou défendre ses droits. Toutefois, comme toute autre personne morale, elle doit le faire par des représentants dûment autorisés, c'est-à-dire conformément à ses règles internes, ses coutumes, pratiques et traditions.

Successor to the British crown on the American continent, the Government of Canada has assumed the responsibility which rested upon the colonial government to protect the property and customs of the first native occupants. In fact, both have concluded treaties and agreements about territorial claims in order to fulfil their commitment. This article attempts to identify the creditors of the crown's obligations, to wit who, amongst the native individuals, clans, bands or nations, has a recourse against the government. In other words, the issue is to determine who are the holders of the protected rights, those having authority to transfer them or to bring an action to vindicate them. The author concludes that the only protected rights are the collective rights of the native societies.

These societies are the successors of ancient, politically independent communities; today, part of these societies are remnants of former bands

* André Émond, de la Faculté de droit, Université Laval, Sainte-Foy, Québec.

which have been destroyed, and part are bands made up of former, smaller bands. The author also concludes that the native communities which hold those collective rights are legal persons at common law. Therefore, only the community, the band in this case, can transfer its rights or vindicate them. However, like any other legal person, it can only do so through its duly authorized representatives, that is in compliance with its old rules, its customs, practices and tradition.

<i>Introduction</i>	131
I. <i>La problématique découlant du caractère inter-sociétal des droits autochtones protégés</i>	132
II. <i>L'identité de la collectivité autochtone détentrice des droits inter-sociétals</i>	138
A. <i>La réorganisation des collectivités autochtones</i>	138
B. <i>Des collectivités autochtones jouissant d'une personnalité juridique en common law</i>	142
C. <i>Le pouvoir des chefs autochtones d'engager leur collectivité</i>	145
III. <i>L'identité des membres des collectivités autochtones</i>	148
A. <i>La bande détentrice des droits concédés par le souverain</i>	148
B. <i>La bande détentrice des droits issus de traité</i>	148
C. <i>La bande détentrice des droits ancestraux</i>	150
<i>Conclusion</i>	154

Introduction

Lorsqu'elle a établi sa souveraineté en territoire canadien, la Couronne de Grande-Bretagne a promis de protéger les possessions et usages des autochtones contre les fraudes et les empiétements. Cet engagement historique a imposé à la Couronne diverses obligations¹, notamment des obligations de fiduciaire². En outre, parce que Sa Majesté était seule à pouvoir négocier l'abandon des droits ancestraux des autochtones, une condition pour assurer quelque protection contre les fraudes, on a alors négocié en son nom plusieurs

¹ Voir, à propos de l'engagement historique de la Couronne, A. Émond, «Obligations découlant du rapport historique entre la Couronne et les autochtones du Canada» (1997) 2 R.C.L.F. (à paraître).

² *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *Blueberry River Indian Band c. Canada*, [1995] 4 R.C.S. 344.

traités et accords de revendication territoriale³, générant ainsi autant d'obligations nouvelles⁴.

Nous voulons, dans cet article, identifier les créanciers des obligations régaliennes, à savoir qui, des individus, clans, bandes ou nations autochtones, jouit d'un recours contre le gouvernement. Exprimé autrement, il s'agit de déterminer quels sont les titulaires des droits protégés, ceux ayant l'autorité pour les céder ou pour intenter une action en justice afin de les faire respecter⁵.

On ne peut cependant se contenter d'identifier les entités titulaires des droits; encore faut-il connaître les modalités régissant leur prise de décision. En effet, si un individu est capable d'agir seul, une collectivité conduit toujours ses affaires par personnes interposées, par des représentants, et ce, dans le respect des règles que cette collectivité se donne. Pour juger de l'état actuel du droit, nous devons aussi tenir compte de l'évolution des structures sociales des autochtones, qu'elle soit due à la dynamique interne de leurs sociétés, à l'influence des colonisateurs européens ou plus probablement à une combinaison de ces facteurs.

I. La problématique découlant du caractère inter-sociétal des droits autochtones protégés

La *common law* a reconnu l'existence des droits ancestraux des autochtones. Ces droits, a jugé la Cour suprême du Canada, sont les coutumes, pratiques et traditions qui font partie intégrante de la culture distinctive des sociétés autochtones, et dont l'origine remonte à une période antérieure au contact avec les Européens⁶. On compte parmi les droits ancestraux des usages liés aux

³ *Indian Treaties and Surrenders*, en 3 vols., Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1891 et 1912, réimpression par Fifth House Publishers, Saskatoon, 1993; B. Clark, L. Patterson et le Mic Mac Grand Council, *The Mi'kmaq Treaty Handbook*, Sydney / Truro, Native Communication Society of Nova Scotia, 1987; D. Delage, J.-P. Sawaya, M. Jetten et R. Sioui, *Les sept feux, les alliances et les traités autochtones du Québec dans l'histoire*, Québec, Rapport soumis à la Commission royale d'enquête sur les peuples autochtones, 1996; *Convention de la Baie-James et du Nord québécois*, Québec, éditeur officiel du Québec, 1991; *L'accord entre les Inuit du Nunavut et Sa Majesté la Reine en chef du Canada*, Ottawa, Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien et la société Inuvavik, 1993; *Nisga'a Treaty Negotiations; Agreement-in-Principle*, Gouvernement du Canada, la Province de Colombie-Britannique et le conseil tribal Nisga'a, 15 février 1996.

⁴ Même lorsque les traités n'ont fait que confirmer des obligations existantes, ils constituaient néanmoins des sources positives de protection : *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387 aux pp. 401-402, M. le juge Dickson.

⁵ Cette question n'a pas encore été tranchée d'après l'arrêt *Bande indienne Oregon Jack Creek c. C.N.*, [1989] 2 R.C.S. 1069 et [1990] 1 R.C.S. 117. La Cour suprême du Canada s'est alors contenté d'affirmer qu'il s'agissait d'une question de fait ou d'une question mixte de droit et de fait.

⁶ R. c. *Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507 aux pp. 548-564, M. le juge en chef Lamer; R. c. *N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672 à la p. 685,

M. le juge en chef Lamer; R. c. *Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723 aux pp. 743-745, M. le juge en chef Lamer; R. c. *Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821 à la p. 823, M. le juge en chef Lamer; R. c. *Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101 aux pp. 116-118, M. le juge en chef Lamer; et R. c. *Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139 aux pp. 166-168, M. le juge en chef Lamer.

terres. Lorsque ces usages sont suffisamment importants, a précisé la Cour, ils peuvent fonder un droit d'occupation exclusive, un droit possessoire, appelé titre aborigène⁷; ce qui fait du titre aborigène une modalité des droits ancestraux⁸. Droits et titres ancestraux doivent bénéficier de la protection du souverain britannique conformément à la parole donnée.

On notera d'autre part que l'arrivée des Européens n'a pas eu pour effet de bouleverser le régime foncier autochtone en transférant les titres et autres droits d'un titulaire à un autre, furent-ils du même sang; la *common law* a au contraire respecté l'organisation sociale antérieure⁹, avec ses modes d'occupation, d'utilisation et de cession des terres¹⁰. Comme aucun droit n'existe sans sujet, cela signifie que la *common law* a forcément reconnu une personnalité juridique aux détenteurs des droits ancestraux, qu'ils aient été des personnes physiques ou morales. Ces personnes, une fois leur statut reconnu, pouvaient alors légalement céder ou défendre leurs droits. Inversement, toute opération juridique effectuée par des autochtones qui n'avaient pas la capacité d'aliéner, selon le droit tribal, n'était pas reconnue par le droit anglais¹¹.

L'identification des titulaires des droits fonciers autochtones débute conséquemment par une enquête sur le régime ancestral applicable aux terres.

⁷ R. c. *Van der Peet*, *ibid.* à la p. 580, Mme la juge L'Heureux-Dubé, dissidente pour d'autres considérations; R. c. *Adams*, *ibid.* aux pp. 117 et 118, M. le juge en chef Lamer; R. c. *Côté*, *ibid.* aux pp. 166 et 167, M. le juge en chef Lamer. Pour établir un titre aborigène, il semble qu'il faille prouver une possession réelle et exclusive des terres revendiquées. Voir *Baker Lake c. Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien*, [1980] 1 C.F. 518 (1^{re} inst.) aux pp. 557-558, M. le juge Mahoney, cité avec approbation par le juge L'Heureux-Dubé de la Cour suprême du Canada dans R. c. *Adams*, *ibid.* aux pp. 136 et 137. C'est peut-être la raison qui explique ce commentaire du juge en chef Lamer, toujours dans R. c. *Adams*, à la p. 118 : « Afin de comprendre pourquoi les droits ancestraux ne peuvent être inexorablement liés à un titre aborigène, il suffit de rappeler que certains peuples autochtones étaient nomades et que l'emplacement de leurs établissements variait en fonction des saisons et des circonstances (...) Ce fait (quoique je ne me prononce pas sur ce point) pourrait faire obstacle à la preuve de l'existence d'un titre aborigène sur les terres où ils se sont établis. » Tout reposerait donc sur le syllogisme suivant : puisque le titre aborigène confère un droit d'occupation exclusive d'une terre, la preuve d'une occupation exclusive serait nécessaire pour fonder légalement ce titre.

⁸ R. c. *Van der Peet*, *supra* note 6 à la p. 562, M. le juge en chef Lamer; R. c. *Côté*, *supra* note 6 aux pp. 166 et 167, M. le juge en chef Lamer.

⁹ R. c. *Van der Peet*, *supra* note 6 aux pp. 546 et 547, M. le juge en chef Lamer, alors qu'il citait en l'approuvant l'article de W. Pentney, « The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the Constitution Act, 1982, Part II — Section 35: The Substantive Guarantee » (1988) 22 U.B.C. Law Rev. 207, 258, et p. 562, M. le juge en chef Lamer.

¹⁰ Voir *infra* note 60 et le texte correspondant, ainsi que les arrêts *St. Catherine's Milling and Lumber Co. c. The Queen* (1887), 13 Can. S.C.R. 577 aux pp. 662-663, M. le juge Gwynne et R. c. *Van der Peet*, *ibid.* à la p. 544, M. le juge en chef Lamer, alors qu'il analysait l'idée essentielle exprimée par le juge Marshall dans l'arrêt *Worcester c. Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832).

¹¹ « Lettre de l'attorney general de New York John Tabor Kempe au surintendant William Johnson », 12 août 1976, *The Papers of Sir William Johnson*, vol. 11, Albany, The University of the State of New York, 1953 aux pp. 886, 889 [ci-après cité : « P.S.W.J. »]; R.L. Barsh et J.Y. Henderson, *The Road: Indian Tribes and Political Liberty*, Los Angeles, University of California Press, 1980 à la p. 36.

Vu les difficultés que cette entreprise comporte, notre ambition se limitera à reprendre les rares consensus dégagés par la communauté des historiens, sociologues et anthropologues ayant étudié la question. Nous procéderons à cette revue plus loin, après avoir clarifié quelques concepts ainsi que les enjeux du débat.

On entend généralement, par le droit des biens, les différentes manières qu'ont les sociétés d'organiser les propriétés, ou les règles régissant «les relations entre les hommes et les choses et celle des hommes entre eux quant à l'appropriation et l'usage des choses»¹². Un droit foncier se définit donc par le ou les pouvoirs qu'une personne exerce à l'égard d'une terre, en conformité avec les règles établies par sa société, cette dernière se portant garante de l'effectivité du droit. Par exemple, dans les sociétés libérales, le droit foncier le plus complet est le titre de propriété (title of ownership); il confère à ses détenteurs les pouvoirs d'user, de jouir et de disposer librement de leurs biens, sous réserve des restrictions prévues par la loi¹³. D'autres types de droits fonciers peuvent aussi coexister au sein d'une même société, incluant ou non le titre de propriété¹⁴. Seules l'imagination et leur utilité en limitent le nombre et la portée. Il reste que tous ces droits sont le produit d'une société unique; ce sont des institutions intra-sociétales¹⁵.

À moins d'entretenir un état de guerre permanent, les sociétés qui se voient connaître également entre elles des règles de propriété de caractère inter-sociétal¹⁶. La règle la mieux connue, chère aux États modernes, est celle où l'on doit respecter le pouvoir absolu de son voisin sur son territoire, autrement dit sa souveraineté¹⁷. Apparemment, des règles différentes régissaient les relations entre les sociétés autochtones d'Amérique du Nord peu avant

¹² J.-L. Berger, *La propriété*, Paris, Dalloz, 1994 à la p. 1. Voir également C.B. Macpherson, «The Meaning of Property», dans C.B. Macpherson (éd.), *Property : Mainstream and Critical Positions*, Toronto, University of Toronto Press, 1978, 1 à la p. 4.

¹³ H. Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1994 aux pp. 456 et 568, au mot «propriété» et expression «titre de propriété».

¹⁴ Les sociétés autochtones d'Amérique du Nord ignoraient le concept de titre de propriété foncière. Parmi de nombreuses sources, voir J.-E. Roy, *Principes de gouvernement chez les Indiens du Canada*, extrait des «Mémoires du XV^e Congrès des Américanistes», Québec, Dussault & Proulx, imprimeurs, 1907 à la p. 18; M.R. Gilmore, «Some Indian Ides of Property» (1928) 5 *Indian Notes* 137; G.S. Snyderman, «Concepts of Land Ownership Among the Iroquois and Their Neighbors», W.N. Fenton (éd.), *Symposium on Local Diversity in Iroquois Culture*, Smithsonian Institution, Bureau of American Ethnology, bulletin n° 149, Washington, 1951 aux pp. 15-34; E.T. Freyfogle, «Land Use and the Study of Early American History» (1985) 94 *Yale L.J.* 717 à la p. 723; R. Fumoleau, *Aussi longtemps que le fleuve coulera : la nation dènèe et le Canada*, Sillery (Qué.), Les éditions du Septentrion, 1994 à la p. 28.

¹⁵ J.C. Smith, «The Concept of Native Title» (1974) 24 *U.T.L.J.* 1, 4; W. Cronon, *Changes in the Land; Indians, Colonists, and the Ecology of New England*, New York, Hill and Wang, 1983 aux pp. 58 et 59.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Charte des Nations-Unies*, 26 juin 1945, art. 2.

l'arrivée des Européens; du moins certains indices, observables ici et là, nous portent à le croire, comme les chevauchements de leur territoire respectif¹⁸, et la mise en commun de leurs ressources avec des communautés voisines ou dans le besoin¹⁹. Mais peu importe la nature et la portée des droits qu'elle détenait, chaque société était libre de les répartir entre ses membres selon son entendement (i.e. en conformité avec ses propres règles intra-sociétales)²⁰, ou de ne pas les répartir du tout, et ainsi conserver aux droits leur caractère commun ou collectif originaire.

Au Canada, la *common law* a reconnu les droits et titres inter-sociétaux, soit ce qui appartient au groupe, à la société politique elle-même²¹. Elle pourrait aussi reconnaître les droits fonciers dévolus aux individus et sous-groupes en vertu des règles coutumières internes²². Ces droits présentent toutefois moins d'intérêt pour notre étude, en ce sens que la Couronne a forgé une relation particulière avec des sociétés autochtones indépendantes, non avec ses composantes²³. La protection régalienne promise aux autochtones visait effectivement à prévenir les fraudes et les empiètements commis par des

¹⁸ H. Brody, *Maps and Dreams*, New York, Pantheon Books, 1982 à la p. 172; W. Cronon, *supra* note 15 à la p. 63; A.F.C. Wallace, «Political Organization and Land Tenure Among the Northeastern Indian, 1600-1830» (1957) 13 *Southwestern Journal of Anthropology* 301 à la p. 312; R. c. *Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075 à la p. 1094, M. le juge Dickson, rapportant le témoignage de l'anthropologue Suttles.

¹⁹ E. Leacock, *The Montagnais "Hunting Territory" and the Fur Trade*, Menasha, American Anthropologist, mémoire n° 78, 1954, surtout aux pp. 6 et 7; J. Helm, «The Dogrib Indians», M.G. Bicchieri (éd.), *Hunters and Gatherers Today*, Toronto, Holt, Rinehart et Winston inc., 1971, 51 à la p. 76; E.S. Burch, «Traditional Eskimo Societies in Northwest Alaska» (1980) 4 *Senri Ethnological Studies* 253 à la p. 276; E.S. Rogers et E. Leacock, «Montagnais-Naskapis», W.C. Sturvenant (éd.), *Handbook of North American Indians*, vol. 6 (subarctic), 1981, 169 à la p. 181; et J.Y. Henderson qui soutient que l'éthique de partage caractérisait le régime foncier autochtone, dans «First Nation Legal Inheritances in Canada : The Mikmaq Model» (1996) 23 *Man. L.J.* 1 aux pp. 21-24.

²⁰ W. Cronon, *supra* note 15 à la p. 58. Pour une illustration jurisprudentielle, lire les motifs du juge Brennan de la Haute cour d'Australie dans *Mabo c. Queensland*, [1992] 66 A.L.J.R. 408 à la p. 431.

²¹ R. c. *Sparrow*, *supra* note 18 à la p. 1112, M. le juge Dickson; R. c. *Van der Peet*, *supra* note 6, plus particulièrement les pp. 547 et 549, M. le juge en chef Lamer; J.C. Smith, *supra* note 15 à la p. 4; B. Slaterry, «The Legal Basis of Aboriginal Title», dans F. Cassidy (éd.), *Aboriginal Title in British Columbia*, Lantzville (British Columbia), Oolichan Books, 1992, 113, aux pp. 113-121.

²² Voir l'exemple australien : *Mabo c. Queensland*, *supra* note 20 à la p. 431, M. le juge Brennan.

²³ Énoncé de politique du roi George III, la *Proclamation royale de 1763*, L.R.C. (1985), app. II, n° 1 aux pp. 4 et 5 (ci-après cité : «Proclamation de 1763»), a rappelé que la Couronne entretenait des relations avec des «nations ou tribus sauvages». Voir également *infra* les notes 60-68 et le texte correspondant. La Cour d'appel fédérale a d'ailleurs remarqué que la jurisprudence n'avait jamais invoqué le devoir fiduciaire de la Couronne pour l'obliger à arbitrer un conflit interne à une bande : *Corbière c. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, (1997) 142 D.L.R. (4th) 122 à la p. 154 (la Cour).

étrangers, qu'ils aient été de race européenne ou indienne²⁴. Voilà pourquoi les droits fonciers autochtones sont demeurés aliénables entre les membres d'une communauté²⁵, et inaliénables sauf à la Couronne en dehors de cette communauté²⁶.

Cela nous amène à distinguer la propriété commune (communal property) de la propriété collective (collective property). La première expression renvoie au concept de copropriété indivise, un bien sur lequel plusieurs personnes ont un droit, une quote-part, et qui n'a pas été matériellement divisé entre elles. La seconde implique plutôt l'idée que le bien appartient au groupe lui-même, pris

²⁴ Grande-Bretagne, *Representation of the Lords Commissioners for Trade and Plantations to the King on the State of the British Colonies of North America*, Londres, 1721, reproduit par l'Institut canadien de microproductions historiques, 1984, document n° 47298 à la p. 39 ; «Lettre des lords du commerce au gouverneur Clarke», 6 décembre 1738, E.B. O'callaghan et als. (éds.), *Documents Relating to the Colonial History of the State of New York*, vol. VI à la p. 138 (ci-après cité : «N.Y.C.D.»); M. Farrand, «The Indian Boundary Line» (1905) 10 *American Historical Review* 782 aux pp. 788 et 789, un article portant sur les traités négociés entre 1764 et 1770 dans la foulée de l'adoption de la *Proclamation de 1763*.

²⁵ Dans un rapport gouvernemental sur les affaires indiennes, on pouvait lire : «In their wild state they (les autochtones) cultivate one large field in common but in most of the settlements in Canada they have advanced beyond this stage, and each individual cultivates his own field or farm — They are never disturbed in the possession of this, and they are generally allowed to dispose of it, during their life or by bequest, to any other Member of the Tribe.» «Report on Indian Land Tenure», 1844, dans C.M. Johnston (éd.), *The Valley of the Six Nations; A Collection of Documents on the Indian Lands of the Grand River*, Toronto, University of Toronto Press, 1964 aux pp. 303 et 304. Voir au même effet les titres des «Concessions accordées aux Six Nations par le gouverneur Simcoe», les 14 janvier et 1 avril 1793, dans *Indian Treaties and Surrenders*, vol. 1, *supra* note 3 aux pp. 7-10, ainsi que les propos tenus par le gouverneur Cathcart aux Algonquins et Nipissings, vers 1845, dans «Council at the Lake of the Two Mountains», Archives nationales du Canada (ci-après cité : «A.N.C.»), RG10, *Indian Affairs*, bob. C-11469, vol. 94 aux pp. 38453 et 38454.

²⁶ «Report on Indian Land Tenure», *ibid.* Les autorités ont également inclus une clause d'inaliénabilité des terres lorsque des titres ont été concédés ou reconnus aux autochtones : «Concessions accordées aux Six Nations par le gouverneur Simcoe», *ibid.*; «Council at the Lake of the Two Mountains», *ibid.*; «Lettre de William Claus à Francis Gore», 26 novembre 1806, A.N.C., RG10, *Indian Affairs*, bob. C-13338, vol. 486 aux pp. 4036 et 4037; et «Copy of a Despatch from Lord Glenelg to the Earl of Durham», 22 août 1838, dans *British North American Provinces, Copies of Correspondence Since 1st April 1835, Between the Secretary of State for the Colonies and the Governors of the British North American Provinces Respecting the Indians in those Provinces*, impression ordonnée par la Chambre des communes, 17 juin 1839, réimpression par Canadiana House, Toronto, 1973 aux pp. 5, 7 et 8. Et dès que des lois furent adoptées pour régir la création de réserves indiennes, on y a stipulé que seuls les membres de la bande visée pouvaient, comme avant, se faire reconnaître des droits de propriété, possession ou occupation dans leur réserve (voir, par exemple, l'*Acte pour mieux protéger les terres et les propriétés des Sauvages dans le Bas-Canada*, S. Prov. C. 1850, c. 42, art. 5). Le Comité judiciaire du Conseil privé a donc pu affirmer, dans *Attorney-General for Quebec c. Attorney-General for Canada (Star Chrome)*, [1921] 1 A.C. 401 à la p. 411, M. le juge Duff, que la création d'une réserve, à partir des terres indiennes visées par la *Proclamation de 1763*, ne changeait pas la nature de l'intérêt foncier des autochtones.

comme un tout, comme une personne morale²⁷. Dépendant de la qualification retenue en regard des droits et titres inter-sociétals autochtones, quiconque voudra agir au nom d'une société autochtone, et lier tous ses membres, devra choisir la procédure judiciaire ou de cession appropriée²⁸.

Il faut aussi décanter les différents termes servant à décrire la société autochtone. Nous emploierons le mot *tribu* pour désigner l'unité politique de base, celle qui détenait les droits et titres inter-sociétals²⁹. Elle possédait un nom, un territoire et un mécanisme collectif de décision. Elle agissait normalement de manière indépendante dans ses relations avec les autres organisations politiques, soit pour déclarer la guerre, signer un traité ou encore céder des terres. On doit éviter de confondre la tribu avec la communauté appelée bande, le village indien, qui se reconstituait périodiquement selon un cycle annuel, car une tribu pouvait compter plus d'une bande. On doit pareillement éviter de la confondre avec la nation sociologique ou ethnique. Quoique tribu et nation coïncidaient parfois, très souvent une nation engendrait plusieurs tribus politiquement indépendantes³⁰.

Le débat sur l'identité des détenteurs des droits inter-sociétals autochtones tourne donc autour de deux questions concernant leur organisation : quel groupe constituait la tribu, cette entité qui pouvait être considérée comme politiquement autonome avant le contact avec les Européens ? et est-ce que la tribu, une fois son indépendance perdue³¹, a constitué un simple agrégat de personnes, ou encore possédait-elle une personnalité morale ?

²⁷ R. Gonnard, *La propriété dans la doctrine et dans l'histoire*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1943 à la p. 2.

²⁸ Par exception, en matière pénale, un inculpé autochtone peut toujours invoquer comme moyen de défense un droit appartenant à sa société (R. c. *N.T.C. Smokehouse Ltd.*, *supra* note 6 aux pp. 685 et 686, M. le juge en chef Lamer). Le tribunal examinera alors l'impact de la réglementation gouvernementale sur la société elle-même plutôt que sur la personne inculpée (R. c. *Sampson*, (1995) 67 B.C.A.R. 180 aux pp. 193 et 194 (C.A.) (la Cour)).

²⁹ Les définitions qui suivent ont été proposées par Anthony F.C. Wallace, *supra* note 18 aux pp. 303 et 304.

³⁰ Cette distinction entre nation et tribu n'a pas échappé aux yeux du colonisateur, comme le fait ressortir cet échange de 1762 entre Richard Peters, Benjamin Chew et le surintendant des affaires indiennes Sir William Johnson, reproduit dans F.C. Wallace, *ibid.* à la p. 313 : «To you Sir, who are so well acquainted with Indian Affairs & their Policy and rude forms of Government, it is scarce necessary to premise that altho' in the several Parts of this Continent which they (les Indiens) inhabit and possess, they are divided into Nations, yet each Nation is again subdivided into Tribes, every one of which, from time immemorial have claimed and enjoyed by common Consent certain Tracts of Land, which are bounded or circumscribed by Rivers, Creeks, Mountains, or other natural Land Marks.»

³¹ La perte de l'indépendance autochtone a été corrélative à l'affirmation de la souveraineté britannique : R. c. *Sparrow*, *supra* note 18 à la p. 1103, M. le juge Dickson; R. c. *Van der Peet*, *supra* note 6 aux pp. 539-548, M. le juge en chef Lamer et 577, Mme la juge L'Heureux-Dubé, dissidente pour d'autres considérations).

II. *L'identité de la collectivité autochtone détentrice des droits inter-sociétaux*

À l'échelle du continent nord-américain, l'organisation socio-politique autochtone pouvait varier considérablement d'un peuple à l'autre. Toutefois, la colonisation européenne, en commençant par les guerres impériales et l'introduction du commerce des fourrures, ont eu un effet d'uniformisation.

A. *La réorganisation des collectivités autochtones*

Deux civilisations d'importance et de structures comparables se sont autrefois affrontées dans la région des Grands Lacs : l'iroquoisie et la huronnie. Occupant des terres très fertiles, elles pratiquaient l'agriculture, en plus d'exploiter les ressources que leur procuraient les eaux et les forêts environnantes. Elles jouissaient aussi toutes deux d'une structure gouvernementale complexe³². Chaque bande avait son conseil composé d'anciens qui se réunissaient presque quotidiennement. Un chef, appelé capitaine chez les Hurons et sachem chez les Iroquois, assemblait le conseil et en dirigeait les travaux, chaque décision se prenant à la pluralité des voix. Les conseils se réunissaient en assemblée générale quand les intérêts de leur tribu ou nation le requérait (ici tribu et nation coïncidaient), particulièrement lors des cessions de terres³³. Enfin, sans pour autant renoncer à leur indépendance, plusieurs de ces tribus-nations s'étaient regroupées pour former les confédérations huronne et iroquoise.

Hier, comme aujourd'hui, la géographie déterminait en grande partie la politique adoptée par une société. Hurons et Iroquois occupaient des terres jouxtant les établissements européens, ce qui en faisaient des intermédiaires privilégiés en matière de commerce. Les Hurons ont lié leur sort à celui des Français. Les Iroquois ont préféré l'alliance des Hollandais, puis des Anglais. Chacun a cherché à exclure l'autre des sources d'approvisionnement en fourrure, d'abord au moyen de raids chez l'adversaire, pour aboutir à la guerre totale, une guerre d'extermination que les Iroquois ont gagnée en 1649³⁴.

³² Parmi les nombreuses sources sur la société politique huronne et iroquoise au moment du contact avec les Européens, on peut citer J.-E. Roy, *supra* note 14 aux pp. 12-15; Père Jean de Brébeuf, *Écrits en huronnie*, Montréal, Bibliothèque québécoise inc., 1996 aux pp. 146-171; B. Trigger, *Les Enfants d'Aataentsic : l'histoire du peuple huron*, Montréal, Éditions Libre Expression, 1991 aux pp. 36-42, 81 et 85; D. Delâge, *Le pays renversé: Amérindiens et Européens en Amérique du Nord-Est, 1600-1664*, Montréal, Les éditions du Boréal, 1985 aux pp. 72-73; Dean R. Snow, *The Iroquois*, Oxford / Cambridge, Blackwell Publishers, 1994 aux pp. 52-76.

³³ A.F.C. Wallace, *supra* note 18 aux pp. 311-319.

³⁴ Les derniers moments de leur combat ont été décrits par D. Delâge, *supra* note 32 aux pp. 152-164 et B. Trigger, *supra* note 32 aux pp. 735-750. Parmi les hurons rescapés, un groupe est venu se réfugier chez les Français près de la ville de Québec. Il forme aujourd'hui la communauté de Wendake.

Tant que la confédération iroquoise a duré, l'administration britannique a respecté son autorité; en témoigne le traité signé en 1768 à Fort Stanwix par les chefs indiens au nom de leur confédération³⁵. La guerre d'indépendance des États-Unis a bouleversé l'harmonie de leurs rapports. Forcées de choisir entre les belligérants, quatre des six nations de la ligue iroquoise sont alors restées fidèles à la Couronne de Grande-Bretagne, pendant que les deux autres ont penché du côté des révolutionnaires. Cela en était fini de l'antique confédération³⁶. La défaite subséquente de la coalition anglo-indienne en 1783 a consommé cette rupture, en plus d'ajouter aux maux des Iroquois : ils perdirent le plus gros de leurs terres ancestrales³⁷, et les résidus de chaque nation, de part et d'autre de la nouvelle frontière coloniale, ont laissé leur gouvernement traditionnel se dégrader. Ces nations perdirent finalement leur importance pour ne laisser que les bandes comme structures décisionnelles³⁸.

L'organisation politique avancée des Iroquois et Hurons comptaient parmi les exceptions au Canada³⁹. Hors des pays où l'on pratiquait l'agriculture, des peuples nomades de chasseurs, pêcheurs et cueilleurs se partageaient le territoire, et leur société à l'organisation minimaliste reflétait ce mode d'occupation⁴⁰. Par exemple, chez les peuples algónkiens du Nord, les Cris, Chippewas, Ojibwas, Naskapis, Attikameks, Montagnais et Algonquins, la bande⁴¹ constituait

³⁵ «Deed determining the Boundary Line between the Whites and Indians», 5 novembre 1768, N.Y.C.D., vol. 8 aux pp. 135 et 136.

³⁶ D.R. Snow, *supra* note 32 aux pp. 152-154; C.G. Calloway, *The American Revolution in Indian Country*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995 à la p. 292.

³⁷ D.R. Snow, *supra* note 32 aux pp. 152-157. Pour compenser leurs pertes aux États-Unis, les gouverneur Haldimand et lieutenant-gouverneur Simcoe ont alors concédé d'immenses réserves à leurs alliés Iroquois dans le Haut-Canada : *Indian Treaties and Surrenders*, *supra* note 25, vol. 1 aux pp. 7-10, 251 et 252.

³⁸ D.R. Snow, *ibid.* aux pp. 177, 180-183 et 191; C.M. Johnston, «The Six Nations in the Grand River Valley, 1784-1847», E.S. Rogers et D.B. Smith (éds.), *Aboriginal Ontario; Historical Perspectives on the First Nations* (ci-après cité : «Aboriginal Ontario»), Toronto/Oxford, Durun Press, 1994, 167; S.M. Weaver, «The Iroquois: The Consolidation of the Grand River Reserve in the Mid-Nineteenth Century, 1847-1875», *Aboriginal Ontario*, *ibid.* à la p. 182; S.M. Weaver, «The Iroquois: The Grand River Reserve in the Late Nineteenth Centuries, 1875-1945», *Aboriginal Ontario*, *ibid.* à la p. 213; C. Hamori-Torok, «The Iroquois of Akwesasne (St. Regis), Mohawks of the Bay of Quinte (Tyendinaga), Onyota'a:ka (the Oneidas of the Thames), and Wahta Mohawk (Gibson), 1750-1945», *Aboriginal Ontario*, *ibid.* à la p. 258.

³⁹ Voir également l'exemple des Micmacs, dans J.Y. Henderson, «First Nations Legal Inheritances in Canada : The Mikmaq Model» (1996) 23 Man. L.J. 1.

⁴⁰ Ce lien entre la structure sociale et le mode d'occupation a déjà été mis en preuve lors du procès *Baker Lake c. Le Ministre des affaires indiennes eu du Nord canadien*, *supra* note 7 aux pp. 549-551, par le témoignage de l'anthropologue Milton J. Freeman. Voir également les conclusions du juge Mahoney, *ibid.* aux pp. 559-561.

⁴¹ Il s'agissait en réalité de la bande d'été, un rassemblement qui se faisait l'été près d'un lieu de pêche favorable. L'hiver arrivé, les Algonkiens se dispersaient en groupes plus petits pour fréquenter leurs terres de chasse.

l'organisation politique autonome, ou la tribu au sens où nous l'entendons⁴². Cela semblait d'ailleurs la règle chez les peuples vivant de chasse, de pêche et de cueillette⁴³.

La conception que plusieurs bandes de chasseurs-pêcheurs-cueilleurs entretenaient du territoire et de son appropriation, avant le contact avec les Européens, les distinguaient également des peuples d'agriculteurs du sud. En effet, ces bandes ne croyaient pas que la terre leur appartenait, pas plus qu'à aucun autre groupe; tous devaient être libres d'utiliser ses ressources⁴⁴. Il est vrai qu'on définissait fréquemment les bandes par leur territoire d'habitude. Souvent leur nom était le nom du territoire. Mais cela ne signifie pas pour autant qu'elles en excluaient les étrangers. Elman R. Service observa : «Territoriality seems to be often largely a social matter; it is a way of describing membership in a group rather than being rigorously a matter of economic exploitation⁴⁵.» Rada Dyson-Hudson et Eric Alden Smith ont proposé une explication fondée sur l'écologie. D'après eux, une société ignorait l'appropriation exclusive d'une terre lorsque les ressources alimentaires étaient clairsemées ou très mobiles, parce que le coût qu'aurait entraîné la défense du territoire aurait excédé les bénéfices escomptés⁴⁶. Leur droit face aux tiers, ainsi que ces bandes le concevaient, ressemblait donc davantage à un usufruit non exclusif qu'à une propriété foncière. Et c'est une réalité que peut traduire la *common law*, si

⁴² A.F.C. Wallace, *supra* note 18 à la p. 316; E.S. Rogers, «The Mistassini Cree», dans *Hunters and Gatherers Today*, *supra* note 19 aux pp. 90, 122 et 123; G.E. Macnulty et L. Gilbert, «Attikamek (Tête de Boule)», *Handbook of North American Indians*, vol. 6 (Subartic), *supra* note 19 à la p. 208; J.J. Honigsmann, «West Main Cree», *Handbook of North American Indians*, vol. 6 (Subartic), *ibid.* aux pp. 217, 221 et 222; E. Leacock, «The Montagnais-Naskapi Band», D. Damas (éd.), *Contributions to Anthropology: Band Societies*, Ottawa, National Museums of Canada, Bulletin n° 228, Anthropological Series n° 84, 1969, 1 aux pp. 8-16; J.-P. Lacasse, «Le territoire dans l'univers innu d'aujourd'hui» (1996) 40 *Cahiers de Géographie du Québec* 185 à la p. 190; et le témoignage de l'historien Raynald Parent dans l'affaire R. c. *Côté*, *supra* note 6, résumé par le juge en chef Lamer aux pp. 180 et 181.

⁴³ E.R. Service, *Primitive Social Organization, An Evolutionary Perspective*, New York, Random House inc., 1971 aux pp. 46-47 et 50-51. L'auteur a toutefois précisé, *ibid.* à la p. 47, que là où les ressources étaient particulièrement abondantes, comme sur la côte ouest de la Colombie-Britannique, les sociétés autochtones de chasseurs-pêcheurs-cueilleurs, par exception à la règle, ont transcendé le niveau d'organisation de la bande.

⁴⁴ E.S. Rogers et E. Leacock, *supra* note 19 à la p. 181; E. Leacock, *supra* note 19 aux pp. 8 et 9; J. Helm, *supra* note 19 à la p. 76; R.B. Lee, A. Pilling et L.R. Hiatt, «Territorial Boundaries», R.B. Lee et I. DeVore (éds.), *Man the Hunter*, Chicago, Aldine Publishing, 1968, 156 aux pp. 156 et 157; J.-P. Lacasse, *supra* note 42 aux pp. 187 et 189. Le professeur Lacasse ajoute cependant que les Innus d'aujourd'hui, son sujet d'étude, considèrent détenir un titre collectif découlant d'un devoir ancestral de gardiennage, *ibid.* à la p. 191. Il reste à voir si cet argument démontre l'existence d'un titre ancestral ou reflète plutôt les sensibilités et préoccupations actuelles des Innus.

⁴⁵ *Supra* note 43 à la p. 60.

⁴⁶ «Human Territoriality: An Ecological Reassessment» (1978) 80 *American Anthropologist* 21-41. E.F. Andrews a appliqué cette thèse dans son article «Territoriality and Land Use Among the Akulmiut of Western Alaska», E.S. Burch et L.J. Ellanna (éds.), *Key Issues in Hunter-Gatherer Research*, Oxford, Berg Publishers, 1994, 65-93.

nécessaire⁴⁷, étant donné qu'elle dissocie le titre aborigène des droits ancestraux liés à l'exploitation des ressources⁴⁸.

Le commerce des fourrures a profondément transformé les sociétés autochtones car elles ont dû se spécialiser pour s'intégrer aux réseaux d'échanges. Leur rôle fut d'approvisionner en pelleteries les intermédiaires ou grossistes européens. Cris, Chippewas, Ojibwas, Naskapis, Attikameks, Montagnais, Algonquins et autres ont modifié leurs habitudes en conséquence. Ils ont même chassé, et trappé, sans égard à la capacité régénératrice des écosystèmes, avec pour résultat un déclin de la ressource et une compétition accrue pour se la procurer⁴⁹. Cette compétition entraîna à son tour un partage du territoire et de ses lignes de trappe entre les diverses familles composant la tribu, un phénomène qui était apparemment inconnu chez les Algonkiens du Nord avant l'arrivée des Européens⁵⁰.

Nonobstant cette évolution, l'usage privatif des lignes de trappes était et est demeuré un droit intra-sociétal. La survie du droit dépendait par conséquent du bon vouloir de la tribu. Elle pouvait l'éteindre; comme tout autre droit foncier détenu par ses membres, soit en modifiant à nouveau son système de tenure, ou encore en cédant son titre inter-sociétal à la Couronne⁵¹. Cela signifie que

⁴⁷ Il est encore trop tôt pour affirmer que la preuve d'une occupation exclusive est une condition à la reconnaissance d'un titre aborigène. Voir *supra* note 7.

⁴⁸ R. c. Adams, *supra* note 6 aux pp. 117 et 118, M. le juge en chef Lamer et R. c. Côté, *supra* note 6 aux pp. 166 et 167, M. le juge en chef Lamer.

⁴⁹ D. Delâge, *supra* note 32 aux pp. 130-136 et 152-172; C. Martin, *Keepers of the Game*, Berkely / Los Angeles / London, University of California Press, 1978 aux pp. 175 et 176.

⁵⁰ C'est le point de vue presque unanime des chercheurs qui ont publié récemment. Voir C. Martin, *ibid.* aux pp. 175 et 176; E.T. Freyfogle, *supra* note 14 à la p. 722, note infrapaginale 13; E. Leacock, *supra* note 19, en particulier pp. 6-9 et 14-15; E.S. Rogers et E. Leacock, *supra* note 19 à la p. 181; E.S. Rogers, *supra* note 42 à la p. 105; J.-P. Lacasse, *supra* note 42 à la p. 190; C.A. Bishop, «The Emergence of Hunting Territories Among the Northern Ojibwa» (1970) 9 *Ethnology* 1 aux pp. 1-3; et A. Tanner qui, tout en exprimant des doutes à ce sujet, constate qu'il s'agit de la thèse dominante, dans «The New Hunting Territory Debate : An Introduction to Some Unresolved Issues» (1986) 28(1-2) *Anthropologica* 19 aux pp. 19-21. Notons d'autre part la dissidence de la Commission royale sur les peuples autochtones, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 2 (Une relation à redéfinir), Ottawa, Groupe Communication Canada, 1996 aux pp. 504-507.

⁵¹ Cela a toujours été la compréhension du droit qu'entretenaient les autorités britanniques : «With regard to the mode of tenure experience has taught them (les autochtones) that while the lands are held in common, (...) an individual may at any time be deprived of his farm and be forced to abandon his improvements, perhaps without any compensation, by a decision of the Majority of the Tribe to surrender their lands to the Government.» «Report on Indian Land Tenure», *supra* note 25 à la p. 304. Dans Johnson c. M'Intosh, 8 Wheaton 543 (1823), 592 et 593, le juge Marshall a écrit dans la même veine, avec une nuance de plus : «Admitting their power to change their laws or usages, so far as to allow an individual to separate a portion of their lands from the common stock, and hold it in severalty, still it is part of their territory, and is held under them, by a title dependent on their laws. The grant derives its efficacy from their will; and, if they choose to resume it, and make a different disposition of the land, the courts of the United States cannot interpose for the protection of the title.»

l'entité importante, du point de vue des relations entre la Couronne et les autochtones, est demeurée la société tribale, la bande chez les peuples de chasseurs-pêcheurs-cueilleurs.

Quoique pour simplifier nous ayons parlé de la bande comme d'une structure organisationnelle stable, celle-ci a beaucoup changé depuis l'arrivée des Européens. Plusieurs bandes algonkiennes, par commodité, se sont effectivement regroupées puis fusionnées pour s'établir auprès des postes de traite, ou pour répondre aux exigences administratives du gouvernement⁵². Les nouvelles bandes ont alors tout simplement hérité des droits de leurs prédécesseurs. Ces droits inter-sociétals survivent en autant que la société qui les fonde se maintient sous une forme ou sous une autre, distincte de la société allochtone majoritaire⁵³. À la limite, rien n'empêche les bandes actuelles de se regrouper pour former des entités plus larges⁵⁴.

B. *Des collectivités autochtones jouissant d'une personnalité juridique en common law*

Nous pouvons maintenant essayer de déterminer si la tribu (tribu-bande ou tribu-nation) constituait en droit une personne morale ou un simple agrégat d'individus.

On pourrait prétendre d'emblée que la tribu a toujours joui d'une personnalité juridique. Avant l'arrivée des Européens, elle constituait l'entité politique autonome. Après, consécutivement à l'introduction de la *common law*, la tribu a continué d'exister en tant que société distinctive avec ses coutumes, pratiques et traditions⁵⁵. Or, toute société, si rudimentaire soit-elle, est plus qu'un simple agrégat d'individus; c'est aussi une organisation⁵⁶.

⁵² E.S. Rogers et E. Leacock, *supra* note 19 aux pp. 179 et 180; E. Leacock, *supra* note 19 à la p. 19; E. Leacock, *supra* note 42 aux pp. 8-16; E.S. Rogers, *supra* note 42 aux pp. 122 et 123; et E.S. Rogers, «Band Organization Among the Indians of Eastern Subartic Canada», D. Damas (éd.), *Contributions to Anthropology: Band Societies*, Ottawa, National Museums of Canada, Bulletin n° 228, 1969, 21 aux pp. 32-33 et 38.

⁵³ Nous reprenons à notre compte ces propos du juge Brennan de la Haute cour d'Australie dans *Mabo c. Queensland*, *supra* note 20 à la p. 431 : «But so long as the people remain as an identifiable community, the members of whom are identified by one another as members of that community living under its laws and customs, the communal native title survives to be enjoyed by the members according to the rights and interests to which they are respectively entitled under the traditionally based laws and customs, as currently acknowledged and observed.»

⁵⁴ Ainsi que l'a suggéré la Commission royale sur les peuples autochtones, *supra* note 50, vol. 5 aux pp. 175-181.

⁵⁵ C'était l'un des arguments du juge Addy pour conclure que les bandes, indépendamment de la *Loi sur les Indiens*, jouissaient d'une personnalité morale, dans *Wewayakum Indian Band c. Canada* (1991), 42 F.T.R. 40 à la p. 46 (C.F., 1^e inst.). Voir par contre les arrêt cités *infra* notes 116 et 117.

⁵⁶ E.R. Service, *The Hunters*, 2^e éd., Englewood Cliffs (New Jersey), Prentice Hall inc., 1979 à la p. 46.

Mais autant que la pérennité de la société autochtone, ce sont les pratiques coloniales qui sont déterminantes. Leur importance dans la formation de la *common law* a été soulignée par les tribunaux⁵⁷. Elle tient en partie à la nécessité de concilier l'ordre juridique actuel, notamment le système de tenure, avec l'héritage colonial. Le juge en chef Marshall de la Cour suprême des États-Unis a été le premier à le reconnaître lorsqu'il a discoursé sur la doctrine de la découverte : quelque extravagant soit le principe voulant que la découverte d'un pays fût assimilée à une conquête, a-t-il écrit, «if the property of the great mass of the community originates in it, it becomes the law of the land, and cannot be questioned⁵⁸». De la même façon, si les traités de cession autrefois négociés avec les autochtones ont permis l'implantation des colons dans la plus grande partie du Canada, les procédures de cession normalement suivies pour conclure ces traités ne peuvent plus aujourd'hui être contestées.

Conformément à la pratique officielle depuis l'adoption de la *Proclamation de 1763*⁵⁹, le gouverneur du Canada, lord Dorchester, a rédigé cette directive en 1794 pour régir les cessions de terres autochtones :

All purchases are to be made in public Council with great Solemnity and Ceremony according to the Ancient Usages and Customs of the Indians, the principal Chiefs and leading Men of the Nation or Nations to whom the lands belong being first assembled⁶⁰.

Les gouvernements canadien et impérial avaient donc choisi de reconnaître l'existence d'entités appelées nations ou tribus en négociant avec elles et en acceptant l'autorité de leurs chefs⁶¹. Mais était-ce vraiment un choix, ou plutôt une nécessité ? Car le respect des usages autochtones garantissait corrélativement le caractère effectif des accords conclus au nom de la Couronne⁶². En somme, le pragmatisme s'accommodait de la vertu. Un manquement grave aux usages

⁵⁷ Une importance reconnue par la Cour suprême du Canada dans *St. Catherine's Milling and Lumber Co. c. The Queen*, *supra* note 10 à la p. 613, M. le juge Strong et R. c. *Van der Peet*, *supra* note 6 à la p. 541, M. le juge en chef Lamer.

⁵⁸ *Johnson c. M'Intosh*, *supra* note 51 à la p. 591. Un tribunal ne remet jamais en cause les fondements de l'ordre social existant : voir *Mabo c. Queensland*, *supra* note 20 aux pp. 416 et 417, M. le juge Brennan et le *Renvoi sur les droits linguistique du Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721 aux pp. 747-752 (la Cour).

⁵⁹ *Supra* note 23 à la p. 6.

⁶⁰ «Additional Instructions, Indian Department», 26 décembre 1794, dans E.A. Cruikshank (éd.), *The Correspondence of Lieut. Governor John Graves Simcoe*, vol. 3 (1794-1795), Toronto, Ontario Historical Society, 1925 à la p. 241. On ne doit pas accorder au terme «nation» une importance particulière. En 1764, les lords du commerce lui avaient préféré l'emploi du mot «tribu» dans cette directive : «That no purchase of lands belonging to the Indians [...] be made but at some general meeting at which the principal Chiefs of each Tribe, claiming a property in such lands are present ...» Voir «Plan for the future Management of Indian Affairs», 10 juillet 1764, N.Y.C.D., vol. 7 aux pp. 637 et 641.

⁶¹ Voir, de manière générale, A. Morris, *The Treaties of Canada with the Indians of Manitoba and the North-West Territories*, 1880, réimpression par Coles Publishing, Toronto, 1971, ainsi que les remarques du juge Addy dans *Wewayakum Indian Band c. Canada*, *supra* note 55 à la p. 46.

⁶² W. Duff, *The Indians History of British Columbia*, vol. 1 (The Impact of the White Man), Victoria, Anthropology in British Columbia, Memoir n° 5 à la p. 17.

du pays aurait invalidé quelque accord, comme cette fois, en 1811, où le comte Selkirk a conclu un traité de cession de terres avec des hommes dont la représentativité était douteuse. Plus tard les autochtones ont refusé d'en respecter les termes en arguant que jamais ces individus n'avaient été leurs chefs ni détenu l'autorité pour signer un traité⁶³. Pour éviter à l'avenir une telle méprise, les agents du gouvernement prirent l'habitude, en cas de doute, de demander aux autochtones qu'ils élisent ou confirment publiquement leurs dirigeants⁶⁴.

Les chefs indiens ont agi en tant que représentants de l'entité tribale (*i.e.* la bande chez les chasseurs-pêcheurs-cueilleurs), non comme les mandataires des membres de la tribu pris individuellement. C'est une inférence raisonnable, voire incontournable, étant donné les procédures suivies lors des négociations des traités numérotés et leurs conséquences légales pour les autochtones de l'Ontario et des Prairies.

En effet, bien que les agents du gouvernement réunissaient en conseil le plus grand nombre d'autochtones âgés de dix-huit ans et plus⁶⁵, il y a toujours eu des absents et l'on a procédé malgré leur défaut, parfois en commençant par l'élection des chefs indiens. Ces absents, assurèrent néanmoins les négociateurs gouvernementaux, jouiraient néanmoins des bénéfices prévus au traité⁶⁶. Nul besoin de les faire signer; leur appartenance à une bande signataire suffisait⁶⁷. Beaucoup d'autochtones qui n'avaient pas eu la chance d'être présents lors des pourparlers s'en trouvèrent confortés. D'autres, par contre, se sont plaints d'avoir été placé devant un fait accompli. On leur a répondu qu'ils devaient

⁶³ «Lettre du lieutenant gouverneur Adams G. Archibald au secrétaire d'État pour les Provinces», 3 novembre 1871, cité par A. Morris, *supra* note 61 à la p. 33.

⁶⁴ *Ibid.* Voir aussi les lettres du commissaire aux affaires indiennes Wemyss M. Simpson au secrétaire d'État pour les Provinces, 3 novembre 1871, du lieutenant gouverneur Alexander Morris au ministre de l'intérieur, 11 octobre 1875, du commissaire Thomas Howard au lieutenant gouverneur Morris, 10 octobre 1876, et celle du lieutenant gouverneur Alexander Morris au ministre de l'intérieur, 4 décembre 1876, *supra* note 61 aux pp. 38, 148, 162 et 192. Rappelons qu'un accord ratifié par d'autres personnes que les chefs n'était pas reconnu par le droit colonial. Voir *supra* note 11.

⁶⁵ «Lettre du surintendant des affaires indiennes W. McDougal au gouverneur général en conseil», 3 novembre 1862, citée par A. Morris, *supra* note 61 à la p. 23.

⁶⁶ «Lettre du lieutenant gouverneur Alexander Morris au ministre de l'intérieur», 11 octobre 1875, «Lettre du lieutenant gouverneur Alexander Morris au ministre de l'intérieur», 4 décembre 1876, citées par A. Morris, *supra* note 61 aux pp. 152 et 191.

⁶⁷ «Comme ils ne forment pas une bande distincte, mais qu'ils sont plutôt une ramification de celle d'Albany, il ne fut pas jugé nécessaire de leur faire signer un traité. Ils furent simplement admis en qualité de rejetons d'une bande plus importante.» «Il ne fut pas nécessaire de faire du traité distinct avec les sauvages de Chapleau, car ils font partie des bandes de Fabrique-de-l'Orignal, de la rivière aux Anglais et de divers autres postes déjà sous traité. Il ne nous restait qu'à les reconnaître légalement et à leur remettre leurs rentes.» «Lettres des commissaires Duncan C. Scott, Samuel Stewart et Daniel G. MacMartin au surintendant des affaires indiennes», 6 novembre 1905 et 5 octobre 1906, reproduites dans Canada, *Traité de la Baie-James (Traité N° 9) conclu en 1905 et 1906 et adhésions à ce dernier signées en 1929 et 1930*, Ottawa, Extraits des Documents de la session de 1906 et des Rapports annuels des Ministères de 1929-30 et documents connexes, Ministère des Approvisionnements et Services, 1981 aux pp. 8 et 17.

quand même respecter les termes du traité, sinon le gouvernement y verrait un bris de promesse⁶⁸. Ils étaient liés par ses dispositions comme l'étaient leurs frères de bande. Les chefs et négociateurs indiens, élus sur place, n'ayant reçu aucun mandat des absents, cela aurait été impossible, à moins que la bande n'ait constitué une personne morale pouvant disposer du bien collectif.

C. Le pouvoir des chefs autochtones d'engager leur collectivité

Les principes suivants appliqués par le juge Addy de la Cour fédérale dans *Wewayakum Indian Band c. Canada et al.*⁶⁹, un litige portant sur la capacité des chefs indiens d'intenter des procédures judiciaires au nom de leur bande, sont transposables lorsque ces chefs veulent céder une terre tribale :

[Indian Bands] do possess a special status enabling them to institute, prosecute and defend a court action. It follows that those claiming to sue in the name of a Band must be prepared to establish their authority to do so when and if that authority is challenged. Any such authorization of course need not be subject to any special rules, laws or procedures other than those prescribed by the traditions, customs and government of the particular Band⁷⁰.

Ce n'est donc pas parce que les autochtones ont élu ou confirmé des chefs qu'ils leur abandonnaient tout le pouvoir. Les chefs devaient remplir leurs fonctions conformément aux coutumes, pratiques et traditions régissant leur communauté.

Il appert que le pouvoir d'un chef indien, selon les coutumes, pratiques et traditions, était surtout d'ordre moral. Son autorité tenait pour l'essentiel à son ascendant, à sa capacité de convaincre les autres, par la force de son éloquence et de sa sagesse. Au sens littéral, il incarnait le *primus inter pares*. Son rôle dans une négociation se résumait à celui de porte-parole de sa tribu⁷¹. Au tout début de l'implantation coloniale, les Britanniques ont eu tendance à exagérer

⁶⁸ «An idea seemed prevalent among the Indians who were absent last year that no treaty had been concluded then; that all which had been done at that time was merely preliminary to the making of the treaty in reality, which they thought was to be performed this year [...] we assured them all further discussion on the subject was useless; that if they declined to accept the terms of the treaty we must return and report to the Government that they had broken the promise made last year.» «Lettre de W.J. Christie et M.G. Dickieson au secrétaire d'État pour les Provinces», 17 octobre 1874, cité par A. Morris, *supra* note 61 à la p. 85.

⁶⁹ *Supra* note 55.

⁷⁰ *Ibid.* à la p. 47, M. le juge Addy.

⁷¹ R. Fumoleau, *supra* note 14 aux pp. 120, 214 et 288; J.-E. Roy, *supra* note 14 aux pp. 10-15; J. de Brébeuf, *supra* note 32 aux pp. 155-171; J.J. Honigsmann, *supra* note 42 aux pp. 221 et 222; E.S. Rogers, *supra* note 52 aux pp. 29, 33 et 34, 40, 46 et 47; E. Leacock, «Seventeenth-Century Montagnais Social Relations and Value», *Handbook of North American Indians*, vol. 6 (subartic), *supra* note 19 aux pp. 190, 191; et la décision du juge Embree dans *R. c. Marshall*, C.P. d. N.É., n^{os} 54-425985, 54-426314 et 54-426315, 27 juin 1996, par. 28.

l'importance du chef indien⁷². Leurs mésaventures les ont guéris de ce travers. Plus tard, après la conquête du Canada, ils ont plutôt choisi de traiter avec des bandes entières. Les papiers du lieutenant gouverneur Morris font ainsi état d'une assemblée de deux mille autochtones lors des négociations du traité des forts Carleton et Pitt (traité n° 6), et de quatre mille pour les traités North West Angle (traité n° 3) et Blackfeet (traité n° 7)⁷³. Certes, les chefs indiens conduisaient les entretiens, mais ils étaient en communication constante avec leurs commettants. Sans eux, il est probable qu'aucun chef n'aurait osé signer un traité, ou tout autre document important, de peur de se faire désavouer par les siens⁷⁴.

Nous en savons peu sur la manière qu'avaient les chefs indiens d'obtenir l'assentiment des leurs. Le 23 août 1876, après quelques jours de négociations, d'échanges et de consultations, le chef cris Ah-tuk-uk-koop aurait demandé à son peuple s'il approuvait les offres gouvernementales, ici le traité n° 6. Selon le lieutenant-gouverneur Morris, tous auraient manifesté leur accord en criant et levant les mains⁷⁵. Le 22 septembre 1877, les chefs Crowfoot, Button, Red Crow, Old Sun et autres chefs des Indiens des plaines auraient sollicité l'approbation de leur nation au traité Blackfeet, dit n° 7, et la nation entière l'aurait approuvé⁷⁶. Parlant cette fois des Dènès des Territoires du Nord-Ouest, signataires des traités n° 8 et 9, René Fumoleau a soutenu que le pouvoir de décision devait avoir été exercé par l'ensemble des membres du groupe ou de la bande, «dont le consentement unanime était nécessaire pour toute entreprise⁷⁷.» L'unanimité nous paraît *a priori* une exigence exagérée. Il semble tout au moins que, pendant les négociations portant sur les traités numérotés, un large consensus était recherché, et peut-être même était-il indispensable pour préserver la cohésion interne des bandes autochtones.

Selon les directives du gouverneur Carleton (lord Dorchester), la cession d'une terre ancestrale ne pouvait se faire qu'en présence des chefs tribaux réunis

⁷²Y. Kawashima, *Puritan Justice and the Indian*, Middletown (Connecticut), Wesleyan University Press, 1986 à la p. 14 et J.W. Springer, «American Indians and the Law of Real Property in Colonial New England» (1986) 30 Am. J. Legal Hist. 25 aux pp. 30 et 31.

⁷³A. Morris, *supra* note 61 aux pp. 90, 197 et 250. Voir aussi *supra* note 65 et le texte correspondant.

⁷⁴Rapportant les paroles d'un chef indien, le lieutenant gouverneur Morris a écrit : «If he had known (qu'il y aurait eu négociation d'un traité) he would have met me with all his people. I am not an undutiful child, I do not throw back your hand, but as my people are not here I do not sign.» «Lettre au ministre de l'intérieur», 4 décembre 1876, citée par A. Morris, *supra* note 61 à la p. 193. Voir au même effet la «Lettre du commissaire aux affaires indiennes Wemyss M. Simpson au secrétaire d'État pour les Provinces», 30 juillet 1871, citée par A. Morris, *supra* note 61 à la p. 35.

⁷⁵«Lettre du lieutenant gouverneur Morris au ministre de l'intérieur», *supra* note 61 à la p. 186.

⁷⁶«Report from correspondence in The Globe newspaper, Toronto», cité par A. Morris, *supra* note 61 à la p. 274.

⁷⁷R. Fumoleau, *supra* note 14 à la p. 214.

en conseil, conformément aux anciens usages et coutumes des Indiens⁷⁸. Et celles-ci voulaient que les chefs obtiennent le consentement de leur tribu. De la conclusion des premiers traités numérotés jusqu'à aujourd'hui, on a généralement respecté cette exigence⁷⁹. Le gouvernement fédéral en a pris acte d'une certaine façon; sa politique, en matière de cession de terres de réserve, reconnaît qu'une majorité des autochtones doit approuver la conclusion d'une entente les concernant⁸⁰. Il aurait pu englober dans sa politique les cas où autochtones et gouvernements négocient un accord portant sur une revendication territoriale globale, et ceux où ils appliquent ou modifient des traités car là aussi les chefs autochtones ont coutume de consulter leur population avant de l'engager⁸¹.

Les impératifs de la modernité ont bien sûr modifié le rôle des chefs indiens; ils assurent maintenant l'intendance, du maintien de l'ordre à l'entretien des infrastructures⁸². Comme les actions en justice n'ont qu'une fonction conservatoire, on peut penser que les chefs autochtones, dûment élus ou encore choisis conformément aux usages, détiennent également le pouvoir d'agir au nom de l'entité tribale. Mais pour le reste, lorsque leurs actes modifient irrémédiablement les droits et obligations de leur bande, compromettant ainsi son avenir, les chefs doivent au préalable demander et obtenir son autorisation⁸³.

⁷⁸ Voir *supra* note 60 et le texte correspondant.

⁷⁹ *Supra* notes 72-77. Parmi les ententes récentes, voir : accord portant sur les revendications territoriales des Inuvialut des Territoires du Nord-Ouest et Yukon (Canadian Press, National general news, 31 mai 1984, 12h30 H.N.E.); accord portant sur les revendications territoriales des Inuit des Territoires du Nord-Ouest et sur la création du Nunavut (Canadian Press, National general news, 12 novembre 1992, 20h40 H.N.E.); accord avec la bande innu de Uashat-Maliotenam du Québec pour la construction d'un barrage sur la rivière Ste-Marguerite (Canadian Press, National general news, 13 juin 1994, 23h10 H.N.E.); entente de principe portant sur les revendications territoriales des Nisga'a de Colombie-Britannique (Canadian Press, National general news, 25 février 1996, 22h45 H.N.E.).

⁸⁰ Depuis 1876 un vote majoritaire des membres de la bande est légalement requis pour ratifier la cession d'une terre de réserve : *Acte pour amender et refondre les lois concernant les Sauvages*, S.C. 1876, c. 18, art. 25.

⁸¹ Accord avec la bande cris de Fort Chipewyan du nord de l'Alberta (Canadian Press, National general news, 22 avril 1986, 11h22 H.N.E.); accord avec la bande Whitefish Lake du nord de l'Alberta (Canadian Press, National general news, 21 décembre 1988, 18h33 H.N.E.); accord de principe avec vingt bandes de la Saskatchewan (Canadian Press, Western regional general news, 22 septembre 1992, 01h46 H.A.E.); accord avec la bande Peter Ballantyne du nord-est de la Saskatchewan (Canadian Press, Western regional general news, 27 février 1993, 00h33 H.N.E.); accord avec la bande de Long Plain du Manitoba (Canadian Press, Western regional general news, 11 avril 1994, 11h43 H.N.E.).

⁸² On pourra consulter la liste des pouvoirs du conseil de bande aux arts. 81-86 de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, c. I-5.

⁸³ Le choix du type de consultation est une autre affaire. Pour vérifier l'appui d'une bande, la politique du gouvernement est présentement de demander qu'on convoque une assemblée publique au cours de laquelle on procéderait par pétition, par plébiscite ou par tout autre méthode conforme aux coutumes de la bande (*Bone c. Sioux Valley Indian Band* N° 290 (1996), 107 F.T.R. 133 à la p. 142 (1^e inst.), M. le juge Heald).

Cette ancienne coutume, pratique ou tradition ne pourrait être modifiée, ou abandonnée, qu'avec l'accord de la bande intéressée⁸⁴.

III. *L'identité des membres des collectivités autochtones*

La manière de déterminer l'effectif d'une bande peut varier dépendant de la source de ses droits : droits ancestraux, droits issus de traité ou droits concédés *ex gracie* par le souverain.

A. *La bande détentrice des droits concédés par le souverain*

Pour les droits concédés aux autochtones, notamment les droits découlant de la *Loi sur les Indiens*⁸⁵, le souverain a le pouvoir de restreindre ou d'élargir à souhait l'éventail des bénéficiaires. C'est ce qu'il a fait et continué de faire depuis les années mille huit cent cinquante en énumérant les différentes catégories de personnes pouvant prétendre au statut légal d'autochtone⁸⁶. Le législateur prenait garde cependant de respecter les droits acquis des individus⁸⁷.

B. *La bande détentrice des droits issus de traité*

Quant aux droits issus de traités, on peut en principe préciser l'identité des bénéficiaires en se référant à l'intention commune des parties lors de la conclusion de ces ententes⁸⁸. Mais c'est le plus souvent en vain qu'un interprète

⁸⁴ Rappelons ce truisme qu'une société autochtone n'est jamais liée par ses propres coutumes, pratiques ou traditions. Voir *Six Nations Traditional Hereditary Chiefs c. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)* (1991), 43 F.T.R. 132 aux pp. 144 et 145 (1^e inst.), M. le juge Rouleau. Par contre, les membres de cette société le sont, notamment ses chefs. Dans *Bone c. Sioux Valley Indian Band N° 290*, *ibid.* à la p. 141, le juge Heald a écrit à ce propos : «I agree that it is the Band itself, not the Band Council, that has the power to determine what constitutes the Band's custom.»

⁸⁵ *Supra* note 82, arts. 70 (prêts), 71 (exploitation de fermes), 73(g) (traitements médicaux), 114-122 (écoles).

⁸⁶ Les principales dispositions permettant de suivre l'évolution des critères choisis par le législateur sont : *Acte pour mieux protéger les terres et les propriétés des Sauvages dans le Bas-Canada*, *supra* note 26, art. 5; *Acte pour abroger en partie et amender un acte intitulé : Acte pour mieux protéger les terres et les propriétés des Sauvages dans le Bas-Canada*, S.Prov.C. 1851, c. 59, art. 2; *Acte pourvoyant à l'émancipation graduelle des Sauvages, à la meilleure administration des affaires des Sauvages, et à l'extension des dispositions de l'acte trente-et-un Victoria, chapitre quarante-deux*, S.C. 1869, c. 6, art. 6; *Acte pour amender et refondre les lois concernant les Sauvages*, S.C. 1876, c. 18, art. 3; *Loi sur les Indiens*, S.C. 1951, c. 29, arts. 11 et 12; *Loi modifiant la Loi sur les Indiens*, L.C. 1985, c. 27, art. 4.

⁸⁷ Ainsi la *Loi sur les Indiens* de 1951, *ibid.*, renvoyait aux premières lois adoptées sous le régime fédéral pour déterminer quelles étaient les lignées d'Indiens dont le statut était reconnu.

⁸⁸ L'intention commune détermine les droits et obligations des parties à un traité : *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025 à la p. 1070, M. le juge en chef Lamer.

cherchera quelque indice dans les documents eux-mêmes⁸⁹. À défaut, il doit se rapporter au contexte historique⁹⁰. Une *présomption* raisonnable serait que les parties aient voulu observer les règles contemporaines d'appartenance aux bandes. Ces règles constituent des critères objectifs, les seuls en fait qui se rapportent au contexte entourant la signature des traités, et partant les seuls qui puissent légitimement servir d'outil d'interprétation pour quantifier les droits et obligations des parties.

Car les obligations gouvernementales prévues aux traités comprennent fréquemment la fourniture de biens et services aux membres des bandes. Plus les membres sont nombreux, plus la facture du gouvernement s'élève. En adoptant des critères objectifs d'appartenance aux bandes, on empêche ainsi les autochtones d'alourdir le fardeau gouvernemental en accroissement indûment leur effectif. Inversement, ces critères d'appartenance interdisent au gouvernement de fixer lui-même les effectifs des bandes; sinon, plus rien ne l'empêcherait de renier ses promesses en révisant constamment à la baisse, jusqu'à disparition, le nombre d'autochtones couverts par les traités. Il aurait fallu une intervention claire et expresse du législateur pour modifier la composition des bandes bénéficiaires⁹¹.

Cela étant dit, n'oublions pas que les droits issus de traité restent des droits inter-sociétaux, qu'ils appartiennent à la collectivité, à la bande, et non aux individus. Aucun membre ne peut donc s'en servir comme d'une garantie à l'encontre de sa bande. Celle-ci défient toujours le pouvoir de choisir, conformément à ses usages, lesquels parmi les siens pourront exercer les droits reconnus dans le traité⁹².

La détermination des règles d'appartenance aux bandes eu égard aux traités dépend du temps et du lieu de chaque traité.

Pour les anciens traités qui datent d'avant le milieu du dix-neuvième siècle, il n'existait pas d'autres règles que les coutumes, pratiques et traditions d'une société autochtone particulière⁹³. Voici quelques généralités à leur sujet. Outre

⁸⁹ Ce n'est que depuis la signature de la *Convention de la Baie James et du Nord québécois*, *supra* note 3, que les parties ont commencé à définir explicitement le code d'appartenance qui régirait les bandes.

⁹⁰ *R. c. Sioui*, *supra* note 88 à la p. 1070, M. le juge en chef Lamer.

⁹¹ Vu les conséquences sur les droits des autochtones, le fardeau de preuve pour modifier la composition d'une bande bénéficiaire d'un traité devrait être aussi lourd que celui exigé lorsque le législateur éteint des droits issus de traité. Il faudrait donc une preuve très forte, une preuve convaincante (strict proof) : *R. c. Sioui*, *supra* note 98 aux pp. 1061 et 1062, M. le juge en chef Lamer; *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387 aux pp. 405 et 406, M. le juge Dickson; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, 794, M. le juge Cory.

⁹² Voir aussi *supra* note 51 et le texte correspondant.

⁹³ Lors des affaires *R. c. Chevrier*, [1988] 1 C.N.L.R. 128 (C.D. Ont.), et *R. c. Fowler* (1993), 134 N.B.R. (2d) 361 (C.P.), on a retenu comme critère objectif d'appartenance l'exigence d'un lien important (substantial connection) avec la tribu signataire du traité. Outre l'imprécision du critère qui n'aide aucunement à faire avancer le débat, son caractère arbitraire l'invalide. En effet, comment les signataires du traité auraient-ils pu imaginer que des règles différentes de celles qu'ils connaissaient s'appliqueraient ?

les naissances en son sein, une bande tentait de maintenir ses effectifs grâce à des apports extérieurs. On sait, par exemple, que les autochtones se mariaient fréquemment en dehors de leur communauté, qu'ils adoptaient des orphelins⁹⁴, qu'ils intégraient en les assimilant des étrangers, réfugiés ou ennemis défaits, et parfois des communautés entières⁹⁵. Ceci explique le patrimoine génétique très diversifié des bandes amérindiennes, en plus de démontrer que la pureté du sang n'était pas un indice fiable pour décider qui en faisaient parti⁹⁶.

Pour les ententes plus récentes, à partir du moment où le législateur a élaboré un code d'appartenance aux bandes, on peut penser que la bande visée, aux fins d'application du traité, est celle décrite dans la loi alors en vigueur. Il ne s'agit bien entendu que d'une présomption de fait, aucune loi n'ayant jamais précisé à l'avance l'identité des bénéficiaires des traités, sauf pour les cas où des terres auraient été mises de côté à l'usage des autochtones⁹⁷. La présomption sera d'autant plus forte que les autochtones auront été mis au courant de l'existence d'un code statutaire réglementant l'appartenance aux bandes. Leur silence, l'absence de protestation de leur part, et leur adhésion subséquente à un traité équivaldrait à un consentement tacite aux règles prescrites par le code⁹⁸.

Les règles d'appartenance à une bande, qu'elles prennent la forme de coutumes, pratiques ou traditions ou encore d'un code statutaire, sont protégées dans leur état d'origine au même titre que les autres dispositions du traité signé par la bande. Réviser unilatéralement ces règles menacerait l'équilibre qui a d'abord permis l'existence de l'entente. Seul le législateur aurait pu se le permettre, mais avant 1982⁹⁹.

C. La bande détentrice des droits ancestraux

Les droits ancestraux remontent à une période antérieure à l'arrivée des Européens en Amérique. Ils existent et sont reconnus par la *common law* sans

⁹⁴ E.R. Service, *supra* note 43 aux pp. 73-78; E. Leacock, *supra* note 44 aux pp. 152-154.

⁹⁵ *Dictionary of Daily Life of Indians of the Americas*, vol. 1, Newport Beach (Calif.), American Indian Publishers, 1981 aux pp. 57-61, au mot «Adoption». Dans son rapport concernant le gouvernement du Canada, daté du 5 juin 1762, le général Murray a constaté que les nombreuses adoptions et l'assimilation des prisonniers de guerre avaient permis la survie du village huron de Wendake : A. Shortt et A.G. Doughty (éds.), *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada, 1759-1791*, 2^e éd., Ottawa, imprimeur de la Reine, 1921 aux pp. 29, 58.

⁹⁶ Voilà pourquoi les traités numérotés couvrant l'Ouest canadien visaient également ces métis ayant toujours vécu parmi les Indiens et à la manière indienne : A. Morris, *supra* note 61 aux pp. 41, 69, 186-187, 228, 294 et 295.

⁹⁷ Voir les lois et dispositions *supra* note 86.

⁹⁸ C'est en partie le raisonnement adopté par le juge Muldoon dans la cause *Bande de Sawridge c. Canada*, [1996] 1 C.F. 3 à la p. 70 (C.A.) : «...s'il y a déjà eu un droit ancestral de décider de l'appartenance à la bande, ce droit a été éteint de manière décisive à l'époque où le traité a été signé, puisqu'il s'agissait d'une condition de sa conclusion.»

⁹⁹ Voir *supra* note 91.

la preuve «d'aucun traité, ni d'aucune ordonnance du pouvoir exécutif ou disposition législative¹⁰⁰.» La manière de déterminer l'effectif d'une bande, quand il s'agit de l'exercice de ces droits, ne peut donc dépendre que des coutumes, pratiques et traditions de cette bande¹⁰¹. Normalement, on ne devrait pas tenir compte des codes d'appartenance incorporés dans les lois sur les Indiens. Le juge Steele de la Cour fédérale rappelait que : «In this case, if there are valid aboriginal claims, then they belong to the band and not the registered band¹⁰².» Pourtant, on aurait tort de les ignorer complètement. Force nous est de constater que les codes statutaires ont été rédigés ou modifiés en tenant compte des observations des autochtones. Ils constituent dès lors des guides utiles pour suivre l'évolution de leurs usages.

Le premier code, datant de 1850, détaillait ainsi les autochtones qui avaient le droit de réclamer leur appartenance à une bande :

Premièrement Tous sauvages pur sang, réputés appartenir à la tribu ou peuplade particulière de sauvages intéressés dans la dite terre, et leurs descendants :

Deuxièmement Toutes les personnes mariées à des sauvages, et résidant parmi eux, et les descendants des dites personnes :

Troisièmement Toutes personnes résidant parmi les sauvages, dont les parents des deux côtés étaient ou sont des sauvages de telle tribu ou peuplade, ou ont droit d'être considérés comme tels :

Quatrièmement Toutes personnes adoptées dans leur enfance par des sauvages, et résidant dans le village ou sur les terres de telle tribu ou peuplades de sauvages, et leurs descendants¹⁰³.

C'était la solution fondée sur la base ethnique et celle du sang. Or, aussi tôt qu'en 1830, elle reflétait le sentiment de beaucoup d'autochtones¹⁰⁴. Les

¹⁰⁰ *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313 à la p. 390, M. le juge Hall; *Guerin c. La Reine*, *supra* note 2 aux pp. 377 et 388, M. le juge Dickson.

¹⁰¹ *R. c. Alphonse*, [1993] 5 W.W.R. 401 à la p. 444 (C.A.), M. le juge Lambert; *Attorney-General for Ontario c. Bear Island Foundation* (1984), 49 O.R. (2d) 353 à la p. 362 (H.C.), M. le juge Steele), conf., (1989), 68 O.R. (2d) 394 et [1991] 2 R.C.S. 570.

¹⁰² *Attorney-General for Ontario c. Bear Island Foundation*, *ibid.* à la p. 362.

¹⁰³ *Acte pour une meilleure protection des terres et de la propriété des Sauvages pour le Bas-Canada*, *supra* note 26, art. 5.

¹⁰⁴ Une remarque de Sir James Kempt, faite en 1830, illustre l'évolution des moeurs autochtones. Il parle en effet de «rooted aversion entertained by the Indians to intermix with the white population, and with other Indian tribes.» «Copy of a Despatch from Sir James Kempt to Sir George Murray», 20 mai 1830, reproduit dans *British Parliamentary Papers, Anthropology-Aborigines*, vol. 3 (Correspondence and Other Papers Relating to Aboriginal Tribes in British Possessions, 1834), Shannon, Irish University Press, 1968 à la p. 95.

autorités coloniales se sont contentées d'en codifier le principe. Mais ce n'était pas encore assez restrictif selon l'opinion de plusieurs, notamment les autochtones du Bas-Canada. À leur demande¹⁰⁵, dès 1851, le législateur a modifié sa loi; il enlèverait à l'avenir leur statut d'autochtone aux femmes qui marieraient des blancs, ainsi qu'aux enfants de ces mariages, et ne reconnaîtrait plus la qualité d'autochtone aux enfants adoptés, lorsque les enfants n'avaient pas déjà ce statut¹⁰⁶. La loi modifiée se lisait :

Premièrement Tous sauvages pur sang, réputés appartenir à la tribu ou peuplade particulière de sauvages intéressés dans les dites terres ou propriétés immobilières, et leurs descendants.

Deuxièmement Toutes personnes résidant parmi les sauvages dont les père et mère étaient ou sont, ou dont l'un ou l'autre était ou est descendu de l'un ou l'autre côté, de sauvages, ou d'un sauvage réputé appartenir à la tribu ou peuplade particulière de sauvages intéressés dans les dites terres ou

¹⁰⁵ Voici le discours qui était tenu à l'époque par les leaders autochtones : «Grand Père, nous venons au nom de tous tes enfants, les Sauvages du Canada, et particulièrement, au nom des Tribus des Sauvages du Sault S^tLouis, de S^tRegis, et du Lac des deux Montagnes dans le district de Montréal, et de S^tFrançois, dans le district des trois Rivières pour te saluer au nom de nos Chefs et de nos Guerriers et nous remercions le Grand Esprit de t'avoir conservé pour nous gouverner. Grand Père, nos coeurs sont tristes et nous sommes dans la peine car nous avons appris qu'on avait fait une Loi dans la dernière session, appelée: Un acte pour la protection des terres et propriétés des Sauvages dans le Bas-Canada. Cette loi, Grand Père va nous faire beaucoup de mal, si tu permet qu'elle soit, exécutée, nous allons te montrer qu'elle est, contre les Lois des Sauvages tes enfants, nous allons te le faire voir, sachant bien que tu nous feras Justice quand tu nous auras entendus (...) tu sais qu'il n'est pas permis à un blanc qui se marie à une sauvagesse de jouir des droits des Sauvages, qu'en se mariant, à un blanc elle perd ainsi que ses enfants, tous ses droits comme membres de Tribu à la quelle elle appartenait (...) Tu vois, Grand Père, comme cette Loi est opposée et contraire à celle de tes enfants et qu'elle peut nous faire beaucoup de mal, parce qu'elle permettra à un grand nombre de blancs qui se diront Sauvages de s'établir parmi nous et de jouir de nos droits et de nos terres.» «Martin Tekanasontie *et al.* James Bruce Elgin, au Sault Saint-Louis», 18 septembre 1850, A.N.C., *RG 10, Indian Affairs*, bob. C-13383, vol. 607 aux pp. 51855-51859. «We have carefully examined the Bill, and it is our astonishment that it has been made in such a way as to render us no relief at all, instead of protecting us, it will only deprive us of our lands and property in very short time, by entering those who are called adopted persons to be considered as Indians to have the same right to our lands as ourselves (...) We cannot conceive how can our Father the Governor, in making a law to protect his Children make one which will throw into greater difficulty, greater loss, and ruin them altogether at last, if he were aware the tendency of such law that admits the whites to be considered Indians on account of their having some Indian blood, or married with the Indians, or adopted.» «Ignace Portneuf, Simon Obomsawine, François de Sales Obomsawine, Louis de Gonzague, à St-François», 6 septembre 1850, A.N.C., *RG 10, Indian Affairs*, bob. C-13383, vol. 607 aux pp. 51840-51841. Ces documents ont été reproduits en entier par D. Delâge, J.-P. Sawaya, M. Jetten et R. Sioui, *supra* note 3 aux pp. 232-235.

¹⁰⁶ *Acte pour abroger en partie et amender un acte intitulé : Acte pour mieux protéger les terres et les propriétés des Sauvages dans le Bas-Canada*, *supra* note 86, art. 2.

propriétés immobilières, ainsi que les descendants de telles personnes; et

Troisièmement Toutes femmes maintenant légalement mariées, ou qui le seront ci-après à aucune des personnes comprises dans les diverses classes ci-dessus désignées; les enfants issus de tels mariages, et leurs descendants¹⁰⁷.

Il faut croire que les nouveaux critères correspondaient aux attentes des autochtones puisque cette fois le Parlement du Canada les a repris dans sa loi sur les Indiens de 1868¹⁰⁸. Depuis, on a réintroduit l'adoption comme moyen d'adhérer à une bande¹⁰⁹, et mis fin à la discrimination entre les hommes et les femmes qui se mariaient avec des non-autochtones¹¹⁰. Pour le reste, toutefois, très peu a changé. Encore récemment, en 1975, au moment de la signature de la *Convention de la Baie James et du Nord québécois*¹¹¹, les Cris et Inuit du Québec ont voulu conserver des critères de même nature¹¹². Les Nisga'a ont aussi reproduit ce schéma en 1996 dans l'accord de principe sur leur revendication territoriale globale qu'ils ont négocié avec les gouvernements¹¹³. Les autochtones ayant influencé le législateur, et vice-versa, c'est un peu comme si les lois, d'une part, et les coutumes, pratiques et traditions autochtones, d'autre part, avaient évolué en symbiose sur près d'un siècle et demi. Sans preuve du contraire, un tribunal devrait donc présumer que les usages autochtones ne diffèrent pas sensiblement du code d'appartenance aux bandes qu'on retrouve dans les lois¹¹⁴.

Étant donné que les lois ne sont qu'un guide pour suivre l'évolution des usages autochtones, une bande pourrait certainement s'extirper du moule législatif, même si elle l'a respecté et fait sien pendant une très longue période. Encore faudrait-il qu'elle le fasse de façon à ce qu'un tribunal puisse constater le changement. Rappelons que ce n'est pas un ou plusieurs individus seuls, même des chefs, qui pourraient changer les coutumes, pratiques et traditions concernant l'appartenance à une bande. Il devrait s'agir d'une décision de la bande prise comme collectivité et comme personne morale conformément à ses règles¹¹⁵.

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ *Acte pourvoyant à l'organisation du Département du Secrétaire d'État du Canada, ainsi qu'à l'administration des Terres des Sauvages et de l'Ordonnance, S.C. 1868, c. 42, art. 15.*

¹⁰⁹ *Loi sur les Indiens, supra note 86, alinéa 2(1)(b).*

¹¹⁰ *Loi modifiant la Loi sur les Indiens, supra note 86, art. 4.*

¹¹¹ *Supra note 3.*

¹¹² *Supra note 3, art. 3(2).*

¹¹³ *Supra note 3, «Eligibility and Enrolment», aux pp. 117 et 118.*

¹¹⁴ C'est la présomption de fait qu'a appliquée le juge Reed dans *Moon c. Campbell River Indian Band* (1996), 114 F.T.R. 269 à la p. 274 (1^{er} inst).

¹¹⁵ Voir *supra* note 84.

Conclusion

Affirmer comme nous l'avons fait que les bandes autochtones jouissent d'une personnalité morale semble aller à contre-courant de la jurisprudence¹¹⁶. Même la Cour suprême du Canada serait au nombre des opposants d'après sa décision *Alliance de la Fonction publique du Canada c. Francis*¹¹⁷. On remarquera, toutefois, que l'analyse de la Cour suprême se limite à une interprétation des capacités, pouvoirs et responsabilités qui sont conférés aux bandes par la *Loi sur les Indiens*¹¹⁸. Or cette analyse n'est pas pertinente quand il s'agit de déterminer quelles sont les entités titulaires des droits ancestraux ou issus de traités. De fait, les bandes existaient sous leur ancienne forme bien avant que ne soit voté la première loi sur les Indiens. Elles ont transigé entre elles, ou avec les gouvernements européens, toujours en tant que sujets de droit capables de disposer de leur patrimoine collectif.

Les bandes ont continué d'exister comme personnes morales indépendamment des différentes lois sur les Indiens. L'effet de ces lois, car elles en ont eu un, n'a été que de structurer la composition des bandes, soit directement par leur incorporation dans un traité, soit indirectement par leur influence sur les coutumes, pratiques et traditions autochtones. Cet effet structurant rend peu probable de grandes variations dans la composition des bandes. On doit néanmoins reconnaître que des variations sont possibles, à la marge, dépendant de la nature du droit en cause : droit ancestral, droit issu de traité ou droit concédé, parce que chacun est régi par un régime juridique qui lui est propre.

¹¹⁶ *Pawis c. La Reine*, [1980] 2 C.F. 18 à la p. 30, M. le juge Marceau; *Attorney-General for Ontario c. Bear Island Foundation*, *supra* note 101 à la p. 362 (H.C.), M. le juge Steele; *Oregon Jack Creek Indian Band c. Canadian National Railway Co.* (1989), 34 B.C.L.R. (2d) 344 aux pp. 349 et 350 (C.A.), M. le juge MacFarlane. *Contra* : *Wewayakum Indian Band c. Canada*, *supra* note 55 à la p. 46, M. le juge Addy.

¹¹⁷ [1982] 2 R.C.S. 72.

¹¹⁸ «Les dispositions de la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, chap. I-6, n'attribuent ni au conseil ni à la bande la personnalité morale.» *Ibid.* à la p. 76, M. le juge Martland.