



**LE STATUT JURIDIQUE DES
AUTOCHTONES AU QUÉBEC ET LE PLURALISME**

**A. LAJOIE
J.-M. BRISSON
S. NORMAND
A. BISSONNETTE**

SYNTHÈSE INTRODUCTIVE

(Andrée LAJOIE)..... 1

CHAPITRE 1

L'appropriation du Canada par la France de 1534 à
1760 ou les rivages inconnus du droit
(Jean-Maurice BRISSON)..... 61

CHAPITRE 2

Les droits des Amérindiens sur le territoire sous le
Régime français
(Sylvio NORMAND)..... 107

CHAPITRE 3

Les traités d'alliance entre les Français et les
Premières Nations sous le Régime français
(Andrée LAJOIE et Pierre VERVILLE)..... 143

CHAPITRE 4

L'influence du Régime français sur le statut et les
droits des peuples autochtones du Canada : une
relecture critique de la jurisprudence
(Alain BISSONNETTE)..... 219

BIBLIOGRAPHIE..... 273

TABLE DES MATIÈRES 299

Citer comme suit : A. Lajoie, J.-M. Brisson, S. Normand et
A. Bissonnette, *Le statut juridique des autochtones au Québec et le
pluralisme*, Les Éditions Yvon Blais, Cowansville, 1996, 303 pp.

SYNTHÈSE INTRODUCTIVE

Andrée Lajoie*

INTRODUCTION

A- Problématique

Au printemps 1993, la Commission royale sur les peuples autochtones nous a soumis trois questions portant globalement sur les droits ancestraux et issus de traités sous le régime français et leurs conséquences pour le statut des autochtones au Québec, témoignant par là de ses préoccupations face aux positions prises par divers intervenants à ses audiences¹, positions qui cristallisent une controverse juridique et politique actuelle portant sur la question de savoir si ces droits ont au Québec un contenu et une portée différents de ceux qu'on leur attribue partout ailleurs au Canada. Certes, la solution judiciaire ou politique de ce débat devra tenir compte des hypothèses et des thèses développées jusqu'à présent par les auteurs et les procureurs qui s'opposent sur cette question². Mais pour y répondre

* L'auteure —qui n'est pas historienne— a écrit ce texte avec des préoccupations de théorie du droit. Outre ses collaborateurs immédiats, elle remercie Gérard Timsit pour les échanges théoriques dont il l'a fait bénéficier et Denys Delâge pour son aide sur le plan historique.

1. Barreau de Québec, *Pour une conciliation équitable des intérêts des peuples d'origine autochtone et non autochtone résidant au Québec*. Mémoire présenté à la Commission royale d'enquête sur les peuples autochtones du Canada, 18 novembre 1992; Ghislain Picard, Vice-Chef, Assemblée des Premières Nations du Québec et du Labrador, *Les droits des premières nations au Québec*. Mémoire présenté à la Commission royale d'enquête sur les peuples autochtones du Canada, 25 mai 1993.
2. Parmi ceux qui plaident pour l'existence et l'application au Québec comme partout ailleurs au Canada des droits ancestraux, issus de traités et de la Proclamation royale de 1763, on peut citer, entre autres : P. Dionne, «Les postulats de la Commission Dorion et le titre aborigène au Québec : vingt ans après», (1991) *R. du B.* 127; Brian Slattery, *The Land Rights of Indigenous Canadian Peoples*, dissertation soumise pour l'obtention du diplôme de Ph. D. à l'Université d'Oxford, Saskatoon, University of Saskatchewan, Native Law Centre, 1979, 478 p.; Brian Slattery, *French Claims in North America 1500-1559*, Saskatoon, University of Saskatchewan Native Law Centre, 1980, 31 p.; Brian Slattery, «Understanding Aboriginal Rights», (1987) 66 *R. du B. can.* 727; Brian Slattery, «Aboriginal Sovereignty and Imperial Claims», (1991) 29 *Osgoode Hall L.J.* 681-703. À l'opposé, les auteurs suivants entre autres plaident que le régime français n'ayant reconnu aucun droit aux peuples autochtones, ceux-ci n'ont pu prétendre ni à l'existence de leurs droits ancestraux dans le territoire de la vieille colonie de Québec, ni à l'applicabilité dans ce territoire de la Proclamation royale de 1763; Jacqueline Beaulieu, Christine Cantin et Maurice Ratelle, «La Proclamation royale de 1763 : le droit refait l'histoire», (1989) 49 *R. du B.* 317; Henri Brun, *Le territoire du Québec*, Québec, P.U.L., 1974, p. 30 et suiv.; Leslie C. Green et Olive P. Dickason, *The Law of Nations and the New World*, Edmonton, The University of Alberta Press, 1989, 303 p.

adéquatement, il y avait lieu d'aborder les questions soumises à la lumière de l'ensemble des connaissances pertinentes actuellement disponibles et à les situer dans une perspective critique qui assure leur caractère scientifique en même temps qu'elle prémunit contre la surestimation de leur portée. C'est là l'objectif de nos études dont cet ouvrage vise à rendre compte.

À cet égard, le mandat que nous avait confié la Commission excluait expressément de nouvelles recherches en archives —autres que ponctuelles— pour des raisons de temps et de budget : dans ces circonstances il est évident que non seulement cette synthèse, mais les études qu'elle vise à résumer, n'apportent que peu de connaissances historiques nouvelles. Leur originalité et surtout leur utilité spécifique résident ailleurs. Elles tiennent principalement au fait que nous avons tenté une lecture nouvelle et différente de ces mêmes séquences de faits, à partir d'une autre grille théorique que celle qui a guidé jusqu'ici une partie importante des interprétations juridiques de ces mêmes faits, tant en *common law* canadienne que dans la tradition civiliste québécoise. Par ailleurs, pour reconstruire le droit dans la perspective résultant de cette grille, nous faisons abstraction dans un premier temps des interprétations juridiques disponibles, quitte à les reprendre ensuite dans une analyse critique.

Pour situer notre démarche, il faut d'abord rappeler les questions spécifiques par lesquelles la Commission a formulé son interrogation :

- 1- l'application du droit des gens sous le Régime français, y compris, *inter alia*, les doctrines de la découverte et de l'occupation effective;
- 2- l'incidence, le cas échéant, de l'établissement du régime seigneurial en Nouvelle-France, et du fait qu'il soit subséquemment devenu le seul système par lequel les Français auraient compté satisfaire aux exigences du droit des gens;
- 3- les conséquences de la conclusion de traités avec les Premières Nations.

La Commission nous demandait en outre d'intégrer à la synthèse de nos travaux la réponse du Professeur Brian Slattery à une quatrième question, visant la survie des droits ancestraux et des droits issus de traités pendant la transition entre le Régime français et le Régime britannique, et l'effet de la Proclamation de 1763.

D'entrée de jeu, il faut noter que ces questions elles-mêmes sont posées dans une perspective strictement positiviste, comme si des réponses univoques et certaines pouvaient leur être apportées, et abordent directement l'*application* du droit des gens comme si ce droit se présentait sous forme de «donné» universel pré-existant à sa «découverte» par les juristes, telles les côtes de l'Amérique à l'arrivée de Colomb... Les juristes, même les plus positivistes d'entre eux, savent pourtant qu'il n'en est rien et que le droit est toujours un «construit», et plus encore lorsqu'il s'agit du droit international, sans parler du droit international des XVII^e et XVIII^e siècles.

B- Cadre théorique

C'est donc dans une autre perspective théorique —rattachée d'abord au constructivisme— qu'il a fallu procéder, dans un premier temps, à deux études distinctes visant respectivement à cerner, dans la mesure du possible, le droit des gens en matière de découverte et d'occupation effective à cette époque (implicitement interrogé dans la première question et faisant l'objet de la première partie de l'étude de Jean-Maurice Brisson) et à décrire, autant que faire se peut, l'application qu'en aurait faite la France ici sous le Régime français, aussi bien par la découverte et l'occupation effective qu'à travers l'incidence, le cas échéant, de l'établissement du régime seigneurial en Nouvelle-France et les conséquences des alliances et des traités (visées expressément par les trois questions auxquelles répondent la seconde partie de l'étude de J.-M. Brisson et celles de Sylvio Normand et de la sous-signée).

Cette relecture du droit du Régime français effectuée et mise en rapport avec les effets de la Proclamation royale, il devenait alors possible à Alain Bissonnette d'aborder, dans un deuxième temps, l'analyse, également constructiviste, des interprétations que le droit canadien et québécois ont données par la suite de cette application du droit des gens en Nouvelle-France. Il s'agissait de montrer comment le positivisme dominant au XIX^e siècle et jusqu'à maintenant, aussi bien d'ailleurs en *common law* qu'en droit de tradition civiliste, a donné une vision réductrice d'un corpus juridique élaboré dans un autre contexte, et d'ouvrir la possibilité d'une interprétation à la fois contemporaine et plus proche du sens que lui donnait l'époque qui l'a produit.

Nous n'avons pas la naïveté de croire que notre propre lecture soit *la* «bonne», ni la dernière à être proposée des contacts juridiques entre colonisateurs et colonisés en Amérique du Nord. Comme nos prédécesseurs, et nos successeurs, nous sommes le produit d'un temps et d'un lieu, d'une culture et d'une formation,

instruits sans mérite des «erreurs» déjà commises; inconscients, malgré nos efforts, des nôtres; ignorants, par définition, des apports futurs à la connaissance. Favorisés par le changement de paradigme survenu dans l'approche des sciences sociales et qui rejoint maintenant, avec le retard habituel, le champ juridique, nous avons seulement la prétention de réduire la marge de notre inconscience, et de poser la neutralité du chercheur comme utopique : nous nous en expliquons en exposant les fondements du constructivisme.

Mais la perspective constructiviste entraîne deux autres conséquences au plan théorique. En éclairant d'abord les limites intrinsèques de la portée du droit des gens, pourtant déjà perceptibles même dans la perspective positiviste —pour laquelle le droit international, résultant essentiellement du consensualisme, ne lie encore aujourd'hui les États souverains que s'ils ont signé des traités ou des ententes ou reconnu leurs pratiques mutuelles comme contraignantes— elle mène à choisir une approche pluraliste. En délégitimant par ailleurs le positivisme, elle oblige ensuite à proposer une autre démarche analytique pour la re-construction du droit, une démarche dont la justification et les limites soient cette fois explicitées, ce que nous avons fait en optant pour l'analyse systémale.

Constructivisme, pluralisme, analyse systémale : voilà des choix théoriques dont il convient de nous expliquer au départ, d'autant plus que les considérations théoriques sont rares dans l'univers juridique canadien, où le positivisme non seulement domine la scène, mais la domine à partir d'une hégémonie assumée comme «naturelle» et conséquemment indiscutée.

1. Constructivisme

Dans notre milieu —canadien autant que québécois— comme dans beaucoup d'autres, les juristes ont le plus souvent assumé que le droit existait tel quel dans la réalité objective, où des méthodes sûres, appuyées sur le monopole normatif du législateur étatique et le caractère logiquement déductible des décisions judiciaires, permettraient toujours de le repérer. Même les réalistes américains³, conscients du caractère a-logique du

3. Voir les travaux de Karl Llewellyn, notamment «Some Realism About Realism - Responding To Dean Pound», (1931) 44 *Harv. L.R.* 1222. Également : Walter Wheeler Cook, «The Logical And Legal Basis Of Conflict Of Laws», (1924) 33 *Yale L.J.* 457; Lord Lloyd, *Introduction To Jurisprudence*, 4^e ed., Portland, Oregon, Stevens, 1979 et William Twining, *Karl Llewellyn And The Realist Movement*, Weidenfeld, London, 1973. Pour une synthèse : Harvard Law Review Editorial Board,

discours judiciaire, ont cru qu'il fallait chercher dans les facteurs sociaux une rationalité qui échappait à la logique : le droit continuait de faire partie de cette réalité extérieure à ceux qui cherchent son sens, un sens accessible au chercheur «objectif», pour peu qu'il pose les bonnes hypothèses et les «vraies» questions. C'est le constructivisme qui viendra ébranler ces belles certitudes en posant non seulement que le droit est construit⁴, mais que l'Amérique elle-même a été inventée plutôt que découverte⁵, sans parler des Indiens et des Blancs⁶.

Un constructivisme qui s'est infiltré dans la démarche juridique subrepticement, presque inconsciemment, comme la prose dans l'écriture de M. Jourdain, selon l'habitus d'une discipline qui, peu portée à réfléchir sur elle-même, ne se dispense pas toujours pour autant de réfléchir sur son objet, rejoignant ainsi par des chemins silencieux et détournés des positions équivalentes à celles des autres sciences sociales. Un constructivisme théorisé donc par les épistémologues et les sociologues de la connaissance, bien avant d'être désigné comme tel par les théoriciens du droit⁷, sinon avant d'être pratiqué, sous une forme particulière, par les juristes⁸.

Construit —c'est le cas de le dire— et radicalisé par des épistémologues⁹ héritiers du courant philosophique kantien, le

«'Round And Round' The Bramble Bush: From Legal Realism To Critical Legal Scholarship», (1982) 95 *Harv. L. Rev.* 1669.

4. François GénY, *Science et techniques en droit privé positif*, Sirey, Paris, 1913-1924, (IV-14). GénY et les adeptes de la *Libre recherche scientifique*, qui n'étaient pas encore constructivistes, distinguaient pourtant déjà dans le droit, entre le *donné* et le construit.
5. Paul Watzlawick, directeur d'édition et auteur de la préface, *L'invention de la réalité ou comment savons-nous ce que nous croyons savoir?* Paris, Seuil, 1981, préface, pp. 9-11.
6. Jean-Jacques Simard, «White Ghosts, Red Shadows: the Reduction of North American Natives» dans James A. Clifton, *The Invented Indian: Cultural Fictions and Government Policies*, Transactions Publishers, New Brunswick (U.S.A.) and London (U.K.) 1990, 333-369.
7. Vittoria Villa, «La science juridique entre descriptivisme et constructivisme», dans Paul Amscick, *Théorie du droit et science*, Paris, P.U.F., 1994, 281-291, et surtout Marie-Andrée Bertrand, *Les constructivismes*, texte provisoire d'un séminaire de doctorat en théorie du droit, utilisé avec l'autorisation de l'auteure pour les fins de cette étude. Voir également, dans un contexte proche de celui où s'inscrit notre démarche : E. Le Bris, E. Le Roy et F. Leimdorfer, directeurs d'édition, «Rapport introductif aux journées d'études» dans *Enjeux fonciers en Afrique Noire*, Paris, Orstom et Karthala, 1982, pp. 17-43.
8. Sur la distance qui sépare François GénY, (précité note 4) des constructivistes, voir Gérard Timsit, «GénY, le juge et le silence», dans *Quaderni Fiorentini, per la storia del pensiero giuridico moderno*, 20 (1991), Giuffrè Editore Milan.
9. Paul Watzlawick, précitée note 5 et Ernst von Glaserfeld, *Introduction à un constructivisme radical*, *id.*

constructivisme est mieux connu des juristes comme une sociologie de la connaissance associée à Bourdieu¹⁰. Essentiellement, il pose la «réalité» comme le résultat d'un construit, individuel ou collectif —mais toujours subjectif et souvent inconscient— de ceux qui l'analysent, et cette subjectivité elle-même comme un produit situé au plan historique et social. Ainsi relativisée, la question de la correspondance de nos connaissances construites au réel qu'elles tentent de rejoindre importe moins que le repérage de leur mode de développement et l'identification des intérêts qu'elles servent. D'où l'importance pour le constructivisme des méthodes sociologiques et surtout historiques¹¹.

On aura compris l'intérêt de cette approche pour notre démarche, déjà inscrite dans le champ historique par son objet même, axé sur le statut des autochtones sous le Régime français : il n'était pas possible de continuer à lire le droit des gens du XVIII^e siècle et son application à la Nouvelle-France à travers le regard colonialiste qui, à la faveur du positivisme, a survécu à l'époque¹², évacuant du même coup les limites intrinsèques qui s'y appliquent à titre de droit international.

Car même pour les positivistes, le droit international, fondé sur la souveraineté des États, ne s'impose qu'à ceux d'entre eux qui s'y sont volontairement soumis, ce qui ne peut évidemment être le cas des Autochtones avant l'arrivée des Blancs en Amérique... Constat qui oblige au moins à poser en second lieu la question du pluralisme juridique.

-
10. Pierre Bourdieu, Jean-Claude Chamborderon et Jean-Claude Passeron, «La construction de l'objet», dans *Le métier de sociologue, préalables épistémologiques*, 4^e éd. Paris-La Haye, Mouton, 1983, pp. 51-80.
 11. Sur l'apport respectif de ces deux disciplines et leurs rivalités à cet égard, voir : Le Débat, n° 79, Paris, Gallimard, mars-avril 1994, textes regroupés sous le thème *le territoire du sociologue* et plus particulièrement : Jacques Revel, «Histoire, sociologie, histoire», pp. 105-110; Paul Veyne, «Une distinction rhétorique», pp. 110-114; Jean-Claude Passeron, «Homo sociologicus», pp. 114-133.
 12. On en trouve le reflet dans les manuels les plus connus de droit d'outre-mer (autrefois : droit colonial) notamment, dans l'ordre chronologique : P. Leroi-Beaulieu, *De la colonisation chez les peuples modernes*, 5^e éd., Paris Guillaumet, 1902; P. Dislère, *Traité de législation coloniale*, 4^e éd. Paris, Librairie administrative Paul Dupont, 1914, 2 vols; A. Meringhac, *Traité de législation et d'économie coloniale*, Paris, Sirey, 1925; A. Girault, *Principes de colonisation et de législation coloniale*, 5^e éd. Paris, Sirey, 1927-1930, 5 vols., vol. 1, vol. 3, p. 95 et suiv; P. Dareste, *Traité de droit colonial*, Paris, 1931-32, 2 vols; P. Pluchon, *Histoire de la colonisation française*, Tome I, Paris, Fayard, 1991.

2. Pluralisme

Si le constructivisme s'est imposé à nous presque automatiquement, comme la conséquence pratique incontournable d'une lecture contemporaine de l'histoire du droit des gens et de son application au Régime français, et ne nous est apparu dans sa dimension théorique —selon la tradition propre à la discipline juridique— qu'à l'usage, le pluralisme au contraire s'est présenté comme un parti consciemment pris au départ. Car les limites intrinsèques de la portée du droit des gens, auxquelles j'ai déjà fait allusion, de même que les hypothèses fondamentales des anthropologues sur la naissance du droit dans les sociétés, menaient à poser la question de l'existence d'ordres juridiques autochtones pré-existants à l'arrivée des Français en Nouvelle-France.

C'était donc là notre hypothèse de départ, fondée sur un corpus théorisé à l'intérieur même du champ juridique, où le pluralisme occupe une place de plus en plus importante¹³. Avant de l'appliquer à nos études dans une démarche qui permettra d'éclairer mieux ses conditions d'existence, encore mal définies, il convient d'en expliciter le sens et la portée.

Pour cela, d'abord le distinguer du pluralisme social et politique auxquels il ne se rattache que partiellement. Le pluralisme social peut d'abord signifier cet accueil tolérant d'une société à l'égard de la multiplicité des valeurs impliquée de tout temps par la variété des points de vue et des intérêts portés par les différents groupes qui la composent et, en ce sens, il paraît indissociable, du moins en contexte étatique, du pluralisme politique, matérialisé minimalement par le multipartisme démocratique¹⁴. Si l'on peut concevoir en effet qu'une société non étatique puisse abriter une diversité de courants représentant des valeurs différentes sans pour autant qu'ils s'incarnent dans de véritables partis, comment un État pourrait-il se présenter comme pluraliste s'il refusait même l'expression politique de la différence à travers la structure des partis multiples?

13. Comme le fait bien voir la synthèse qu'y consacre Norbert Rouland dans *Anthropologie juridique*, Paris, P.U.F., 1988, pp. 121-151, et les travaux, ici, de Jean-Guy Belley (analysés plus loin et cités *infra*, note 26) et de Roderick A. MacDonald, notamment : «Pour la reconnaissance d'une normativité juridique implicite et inférentielle», *Sociologie et sociétés*, vol. XVIII, n° 1, p. 47-58.

14. Robert Alan Dahl, *Polyarchy: Participation and Opposition*, New Heaven, Yale University Press, 1971.

Mais le concept de pluralisme social prend parfois un sens beaucoup plus programmatoire. Les tenants de cette variante de la théorie pluraliste posent que la structure politique formelle *doit* respecter celle des groupes de base¹⁵ de la société civile, et s'érige contre le monisme étatique, «opposant à la conception de la société unitaire de la puissance publique une conception pluraliste de l'autorité politique»¹⁶.

Ils estiment que le monisme politique mène à l'État totalitaire et défendent les frontières de la société civile¹⁷, dont j'ai fait voir ailleurs la construction idéologique¹⁸. D'autres font état de cette tendance¹⁹ sans s'y rallier entièrement²⁰.

Pour ma part, je crois que l'on peut utiliser le concept de pluralisme juridique pour reconnaître l'existence d'une multiplicité d'ordres juridiques sur un même territoire à un moment déterminé, pour prendre acte du fait «que l'État occidental, tel que nous le connaissons au Canada et au Québec, n'a sociologiquement pas le monopole de la régulation juridique»²¹, sans pour autant poser la nécessité du pluralisme juridique dans toutes les sociétés où se côtoient des systèmes de valeurs différents. Condition nécessaire au pluralisme juridique, la présence concomitante, dans une même société, de plus d'un système de valeurs n'en constitue en effet pas la condition suffisante : pour son apparition, d'autres facteurs doivent être réunis —encore mal cernés, mais

-
15. Voir entre autres les travaux de Charles Taylor : *Multiculturalisme, différence et démocratie*, Paris, Aubier, 1994; «Modes of Civil Society», (1990) 3 *Public Culture* 95-118; *Sources of the self: the making of the modern identity*, Cambridge Mass., Harvard U.P., 1992 et de James Tully, dont : *Philosophy in an age of pluralism: the philosophy of Charles Taylor in question*, Cambridge-N.Y., Cambridge U.P., 1994.
16. Marc Chevrier, «La conception pluraliste et subsidiaire de l'État dans le rapport Tremblay de 1956 : entre l'utopie et la clairvoyance», *Les Cahiers d'histoire du Québec du XX^e siècle*, n° 2, été 1994, p. 45. L'auteur retrace les antécédants de la théorie contemporaine de la subsidiarité «si centrale à la rhétorique de la Communauté européenne et que reprend la jurisprudence de notre Cour suprême en matière de pouvoir de dépenser» dans la doctrine sociale de l'Église, le personalisme d'Emmanuel Mounier et même chez Harold Laski.
17. *Id.*, p. 7.
18. Andrée Lajoie, «Contributions à une théorie de l'émergence du droit. I- Le droit, l'État, la société civile, le public, le privé : de quelques définitions interreliées», (1991) 25 *R.J.T.* 103-143.
19. Norbert Rouland, *op. cit. supra*, note 13, p. 75 et suiv.
20. *Id.* Il écrit : «Il est exact que tout État n'est pas totalitaire, mais pour les **partisans** du pluralisme juridique *tout État est porteur du danger totalitaire*». Les caractères gras sont de la soussignée et l'italique, de l'auteur.
21. Alain Bissonnette, «Les droits et libertés des peuples autochtones au Canada : débats constitutionnels et identités culturelles», (1989) 19 *Recherches Amérindiennes au Québec* 3-12.

certainement reliés à une égalité suffisante entre des forces dont aucune ne peut dominer complètement l'autre²².

Distinct du pluralisme social, le pluralisme juridique ne doit pas non plus être confondu avec tous les cas de multiplicité de statuts que peut accommoder un système unifié de droit, étatique ou non, confusion à laquelle mènent les définitions trop larges du pluralisme juridique comme, à mon avis, celle que proposait au départ Jacques Vanderlinden : «*l'existence, au sein d'une société déterminée, de mécanismes différents s'appliquant à des situations identiques*»²³ (et dont il s'est d'ailleurs par la suite distancié²⁴). On arriverait en effet ainsi à inclure dans le pluralisme des institutions comme les règles propres à la capacité des mineurs ou des malades mentaux, et d'autres situations plus clairement reliées aux statuts particuliers qu'un système juridique attribue, dans ce qu'il perçoit comme l'intérêt commun, à des catégories de personnes qui ne l'ont pas réclamé ni encore moins défini, et sans rapport avec leurs valeurs.

Il me semble au contraire que le pluralisme juridique est tributaire du pluralisme des valeurs et qu'il commence quand un système juridique unifié attribue à un groupe un régime particulier fondé sur les valeurs de ce groupe, ou qu'un tel groupe, dès lors semi-autonome²⁵, se définit un tel régime particulier dans un nouvel ordre juridique distinct du premier.

Ces distinctions établies, il devient plus facile de cerner les formes multiples qu'a prises cette théorie selon les tendances des auteurs qui s'en réclament. Jean-Guy Belley les analyse sous l'angle sociologique dans un article dérivé de sa thèse de doctorat²⁶. À l'époque contemporaine, il distingue deux conceptions du pluralisme. La première, radicale, chez Gurvitch²⁷ — par ailleurs

22. Pour une ébauche d'hypothèse, voir la postface de : Andrée Lajoie, *Pouvoir disciplinaire et dépistage de drogues : illégalité ou pluralisme?*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1995.

23. Jacques Vanderlinden, «Le pluralisme juridique, essai de synthèse» dans John Gilissen, directeur d'édition, *Le pluralisme juridique*, Institut de sociologie, Éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1972, pp. 19-56.

24. Jacques Vanderlinden, «Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique», *Revue de la recherche juridique Droit Prospectif*, 1993-2, 573.

25. Sally Falk Moore, «Law and Social Change. The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study», (1973) 7 *Law and Society Review* 719-746.

26. Jean-Guy Belley, «L'État et la régulation juridique des sociétés globales : pour une problématique du pluralisme juridique», (1986) *Sociologie et sociétés*, vol. XVIII, n° 1, 11-32.

27. Georges Gurvitch, *L'idée du droit social*, Paris, Sirey, 1932.

qualifiée de «*strong pluralism*» par Griffith²⁸— remet en cause la définition étatique du droit au nom d'un choix pour une forme pluraliste et décentralisée de la démocratie elle-même. La seconde, plus modérée, prônée par Max Weber²⁹, correspond au concept de «*weak pluralism*» chez Griffith³⁰, et s'appuie au contraire sur la définition positiviste du droit, se bornant à constater l'existence de pouvoirs sociaux distincts de l'État et disposant d'un appareil de coercition souvent plus efficace que le sien.

C'est le relais de Weber que prendront les juristes sociologues de l'école française, qui voient dans le pluralisme juridique du droit folklorique ou de l'infra-droit³¹ ou encore un courant parallèle alimentant le droit étatique³². À contre-pied de ce pluralisme intra-étatique, ceux qui ont abordé le droit à partir d'approches externes à cette discipline, mis à part les criminologues, se seraient inspirés d'un pluralisme plus proche de la conception de Gurvitch, et relié à l'analyse du pouvoir lui-même pruriel et décentralisé³³. On ne s'étonnera pas de constater que ce choix ait été avant tout celui des anthropologues³⁴, dont l'objet d'étude se présente en effet comme un pouvoir morcelé dans la réalité sociale.

C'est également celui de R. MacDonald, un théoricien du droit qui a développé, dans le contexte canadien où le multiculturalisme et le pluralisme communautaire constituent une idéologie nationale, une forme particulièrement radicale de pluralisme³⁵ où le rejoint, par des chemins différents et à partir d'un horizon opposé, J. Vanderlinden³⁶. Dans cette vision des

-
28. J. Griffith, «What is legal pluralism», (1986) 24 *Journal of Legal Pluralism* 1.
29. Max Reinstein (ed), *Max Weber on Law in Economy and Society*, Cambridge, Harvard University Press, 1955.
30. J. Griffith, *op. cit. supra*, note 28.
31. Jean Carbonnier, *Sociologie juridique*, Paris, P.U.F., 1978.
32. André-Jean Arnaud, *Critique de la raison juridique*, Paris, L.G.D.J., 1981.
33. Mireille Delmas-Marty estime que ces deux formes de pluralisme seraient actuellement présentes en France, dans le contexte du développement de la Communauté vers l'Union européenne : intra-étatique à cause de la dualité de juridictions internes (droit administratif/droit privé) extra-étatique dans la concurrence entre les interprétations nationale et européenne des droits de l'homme. Voir : *Pour un droit commun*, Paris, Seuil, 1994, pp. 52-121.
34. Voir à ce sujet Norbert Rouland, *op. cit. supra*, note 13, p. 81 et suiv.
35. R.A. MacDonald, «Recognizing and Legitimizing Aboriginal Justice: Implications for a Reconstruction of Non-Aboriginal Legal Systems in Canada», Royal Commission on Aboriginal Peoples, *Aboriginal Peoples and the Justice System*, Ottawa, Department of Supplies and Services, 1993, pp. 232-273.
36. Jacques Vanderlinden, *loc. cit. supra*, note 24.

choses, non seulement le pouvoir normatif est-il vu comme partagé entre l'État et d'autres ordres juridiques parallèles, mais ces ordres normatifs concurrents ne sont pas hiérarchisés, alors que l'État se trouve, pour ainsi dire, décentré et nivelé. Le pluralisme se lit alors au niveau de l'individu, sur lequel se superposent différents systèmes de règles, et non à celui d'un groupe, que l'idéologie multiculturaliste empêche de choisir sans le désigner comme dominant, ni sur un territoire, que la non-hiérarchisation des ordres juridiques empêche en même temps d'identifier...

Il y a donc plusieurs sortes de pluralisme. Une première variété peut être qualifiée de stipulative (Laski, théoriciens de la subsidiarité et certains communautaristes); elle prescrit que toute société *doit* abriter un pluralisme juridique pour respecter les valeurs et les cultures forcément distinctes des sous-groupes qui la composent. Il s'agit là non pas d'un énoncé scientifique, mais d'une opinion respectable, que l'on peut défendre à condition de la présenter comme telle et non d'en faire une définition qui exclurait de l'entité «droit» toute forme de normativité qui ne respecterait pas cet impératif.

S'y oppose le pluralisme descriptif, dont on trouve également plusieurs variantes. L'une d'entre elles, que je qualifierais d'idéologique (Griffith, Macdonald, Belley, Carbonnier, Arnaud) prétend décrire *le* droit en affirmant que dans toutes les sociétés, il est pluraliste : il existerait partout une multiplicité d'ordres juridiques concurrents, — une affirmation qui, élargissant la notion de droit à l'infini, postule ce qui devrait être prouvé, et prive la recherche en théorie et en anthropologie du droit d'un champ intéressant d'investigation³⁷.

Par ailleurs, il me semble exister un autre courant à l'intérieur du pluralisme descriptif, qui n'est ni stipulatif, ni idéologique, en ce qu'il ne postule ni la *nécessité* du pluralisme juridique en présence de pluralisme politique, ni son *existence universelle*, mais propose d'en faire le constat quand on le décèle sur un territoire où cohabitent plus d'une société, ou à l'intérieur d'une société où coexistent des sous-groupes déjà semi-autonomes ou en voie d'autonomisation —ou même, au contraire, en voie d'intégration. Il s'agit alors de reconnaître —dans une société ou sur un territoire, mais non dans la conscience des individus— l'existence d'un tel pluralisme quand il s'en trouve, intra ou

37. Pour un développement de cette critique, voir : A. Lajoie, *loc. cit. supra*, note 18, et Brian Tamanaha, «The Folly of Legal Pluralism», 20 [1993] *Journal of Law and Society* 192-217.

extra-étatique, et dans cette hypothèse, hiérarchisé ou non, selon le cas.

C'est dans cette dernière forme, extra-étatique et non hiérarchisée, que nous posons l'hypothèse du pluralisme sur le territoire de la Nouvelle-France pendant le Régime français même si, à l'époque, cette coexistence des ordres juridiques n'avait pas été conceptualisée et passait par conséquent inaperçue. Pour que cette hypothèse soit vérifiée, il suffira de montrer qu'y existaient, concurremment et sans subordination, plus d'un ordre juridique : d'une part, celui du droit des gens que la France tentait d'imposer par la colonisation et, de l'autre, les ordres autochtones pré-existants sur le territoire. Car non seulement l'existence du pluralisme extra-étatique n'est-elle pas incompatible avec la non-reconnaissance mutuelle de deux ordres juridiques concurrents, mais elle la postule.

a) Le droit des gens

L'existence même du droit des gens, sinon son interprétation, soulève peu de doutes, bien qu'elle en eût justifiés : amalgame des discours et des pratiques des États européens colonisateurs et d'une doctrine savante, souvent énoncée *post-factum*, du XVI^e au XVIII^e siècles, ce corpus a formé la trame, ou pour le moins une source importante, de ce qui allait devenir le droit international moderne. Jean-Maurice Brisson fait voir³⁸ ses imprécisions, ses contradictions, sa portée restreinte : il estime néanmoins qu'il peut servir ici de cadre d'appréciation de la «légalité» de l'appropriation du Canada par la France, si l'on entend par légalité celle qui se lit à l'intérieur de cet ordre juridique, dont l'interprétation dominante elle-même écartait son application aux Autochtones, qui l'eussent évidemment récusée s'ils avaient été informés adéquatement de son existence et de son effet sur leurs intérêts.

En effet, pour l'opinion majoritaire des producteurs du droit des gens, discours et pratiques confondus, les Autochtones —n'étant pas chrétiens et n'ayant pas d'État— n'y étaient pas assujettis, peu importe son contenu, et ne pouvaient le devenir qu'à travers leur propre sujétion au roi de France (ou à tout autre puissance coloniale).

Pour les Autochtones, la question se posait dans des termes encore plus simples, si l'on peut dire : ignorant l'existence

38. *Infra*. Chapitre 1.

de ce corpus à la définition duquel ils n'avaient pas participé et qu'ils n'avaient pas entériné, ils n'en avaient cure. Au surplus, le droit international lui-même n'étant —alors moins encore qu'aujourd'hui— constitué de normes émises par une autorité mondiale, mais seulement de conventions et de pratiques liant les parties qui les ont signées ou en reconnaissent le caractère contraignant, ses règles écartaient elles-mêmes implicitement leur propre application aux peuples colonisés.

On saisit dès lors la contradiction interne qui consiste à considérer ses critères d'appropriation et de subordination comme applicables aux expropriés, et la nécessité de réduire ces derniers à un statut infrahumain pour sortir de cette impasse logique. Elle ne s'explique que par l'analyse du contexte historique qui l'a produit, où la colonisation, comme toute idéologie, secrétait son propre discours justificateur, lui-même suscitant, de la part de certains philosophes, une réplique —marginale et dont l'importance décroît avec le XIX^e siècle— qui allait affirmer la souveraineté autochtone, si non l'existence d'un droit autochtone, pourtant reconnue dans les faits par les colonisateurs eux-mêmes.

b) Le droit autochtone

Les anthropologues du droit sont unanimes à postuler l'apparition du droit dès la présence humaine sur un territoire, la culture étant un attribut de toutes les sociétés et incluant des règles relatives à tous les aspects de la vie sociale : Michael Asch³⁹ montre bien leur convergence sur ce point⁴⁰. Mais la reconnaissance de l'existence d'un droit autochtone n'avait pas attendu les anthropologues contemporains... Montesquieu lui-même n'écrivait-il pas, durant le Régime français : «Ils ont un droit des gens et les Iroquois-même, qui mangent leurs prisonniers, en ont un; ils envoient et reçoivent des ambassades, connaissent des droits de la guerre et de la paix»⁴¹

39. Michaël Asch, «Errors in Delgamuukw, an Aboriginal Perspective», dans Frank Cassidy, *Aboriginal Title in B.C.*, Oolichan Books et Institut de recherches politiques, Lantzville-Montréal, 1992, 221-243, p. 224.

40. Il cite entre autres les oeuvres de Daniel G. Bates et Fred T. Plog; Marvin Harris; Keith Frederick Otterbein, Amal Rassam et Paula G. Rubel ainsi qu'Ernest Lester Schusky, auteurs des principaux ouvrages en langue anglaise d'introduction générale à l'anthropologie au niveau universitaire, publiés durant les vingt dernières années et choisis parce qu'ils représentent cinq approches différentes de cette discipline, de façon à montrer l'accord général sur cette question dans l'ensemble de ce champ. Voir également la synthèse de Norbert Rouland, précité note 13, p. 84 et Léopold Jaroslav Pospisil, «The nature of law», [1956] 18-8 *Transactions of the New York Academy of Sciences* 746-755.

41. Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Tome I, Granier Frères, Paris, 1961, p. 9.

On peut déduire des caractéristiques communes attribuées par ces diverses sources au droit des sociétés traditionnelles qu'il ne peut s'agir que d'un droit toujours non-étatique, souvent coutumier, plus souvent oral qu'écrit, constitué — comme d'ailleurs le droit des gens... — de discours et de pratiques⁴² : on aura saisi que l'affirmation de l'existence d'un droit autochtone pose la question de la définition, toujours ouverte, du droit⁴³. Sans présumer dès maintenant de la solution choisie, il faut noter que la prise en compte du droit autochtone observé en Nouvelle-France sur ce qui constitue le territoire actuel du Québec n'exige pas d'étendre le concept de droit à des règles tacites et muettes comme le font certains phénoménologues⁴⁴, mais simplement au droit oral, souvent consigné sur des *wampums*.

Des recherches récentes ont en effet documenté l'existence d'un corpus de droit extrêmement développé chez les Iroquois⁴⁵ et les Sept Nations⁴⁶. On avait déjà constaté l'existence de systèmes analogues chez les Algonquins, MicMacs, Montagnais, Attikamègues⁴⁷ et Inuit. Ces recherches prouvent d'abord l'existence d'un véritable système juridique applicable à la Confédération Iroquoise, et consigné dans la *Grande Loi de la Paix* ou *Gayanerekowa*, une constitution fédérative remontant à plus de cinq cents ans⁴⁸, qui prévoit l'organisation politique et les interrelations des lignages, villages et nations, aussi bien que les protocoles diplomatiques présidant aux relations internationales, y compris avec les Blancs, et les principes gouvernant la conduite des individus et de groupes :

-
42. Alain Bissonnette, «Le droit à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones», [1993] 24 *R.G.D.* 5-25, p. 12 et «La justice et les autochtones, réflexion sur la nature d'une recherche appliquée», dans *Droit civil et droits autochtones : confrontation ou complémentarité*, Outremont, Association Henri Capitant, (section québécoise), juin 1992, 115-132.
43. *Infra*, p. 15.
44. Voir, notamment, mes commentaires, *infra*, note 84, sur Roderick A. MacDonald, précité note 13.
45. Paul Williams, *The Haudenosaunee Law*, Étude pour la Commission royale sur les peuples autochtones, Ottawa, 1993. Voir également : Elizabeth Dickson-Gilmore, «La renaissance de la Grande Loi de la Paix : conception de la justice au sein de la nation Mohawk de Kahnawake», (1991) XXXI (1-2) *Recherches amérindiennes au Québec* 29-43.
46. Jean-Pierre Sawaya, *Les Sept Nations du Canada : tradition d'alliance dans le Nord-est*, Étude pour la Commission royale sur les peuples autochtones, Ottawa, 1994.
47. William C. Sturtevant, directeur général d'édition, *Handbook of North American Indians*, Washington, Smithsonian Institution, 1978-; vol. 6 «Subarctic», June Helm (ed.), 1981; vol. 15, «Northeast», Bruce G. Trigger (ed.), 1978.
48. P. Williams, précité note 45, p. 11.

Our law is a law of the mind. From giving thanks, to the clearing of the mind through condolence, to coming to one mind in council, to the realization that the Good Mind pursues and accpets peace, the stream that flows through the entire law is that of the mind. [...] Because it is a law of the mind, it is a law of ideas and principles rather than of words and details. [...] The Kayanerekowa is a complete system of law.⁴⁹

Ce droit, dont la conservation est confiée avant tout à la tradition orale, fait l'objet de procédures de mémorisation qui ont moins à envier à l'écriture que l'on ne serait porté à le croire : mémorisation de différentes phrases par différentes personnes, transmission de père en fils, et surtout *wampums*.

Le *wampum*, support de la communication et formalisation de l'échange⁵⁰, sert aussi à conserver les dispositions du droit et des traités. Mais il ne se lit pas comme un livre, c'est plutôt un aide mémoire dont les symboles permettent de se rappeler les engagements dont il symbolise le caractère sacré, et les principes généraux d'un droit plus proche de l'esprit des codes que du détail de dispositions statutaires⁵¹.

Paul Williams en donne plusieurs exemples, dont : le *Wampum Hiawatha*, symbolisant le principe du partage des territoires de la Confédération; celui des Trois Soeurs, le principe de la coopération entre les femmes de différents clans; celui du Chef Mohawk, symbole de son pouvoir; le *Thadadahoh*, le principe de la paix; le *Kayanerokowa*, l'appartenance des chefs à la communauté; celui du Cercle, le principe d'égalité entre les Chefs; celui de l'Arbre, la pérennité du droit et de la paix⁵².

Ce qu'il importe de retenir, c'est qu'un véritable corpus de droit, international et interne, visant aussi bien l'organisation constitutionnelle et politique que le contrôle du sol, le partage des tâches ou l'adoption, préexistait chez les Iroquoïens à l'arrivée des Blancs sur le territoire déjà nommé par eux «l'Isle de la Tortue», et rebaptisé par les Blancs «*after an Italian who had never seen it, Amerigo Vespucci*»⁵³.

49. *Id.*, pp. 47 et 53.

50. J.P. Sawaya, précité note 46, p. 106 et suiv.

51. P. Williams, précité note 45, p. 50.

52. *Id.*, pp. 22, 31, 32, 36, 38, 39.

53. *Id.*, p. 25.

Codifié par écrit sous l'impulsion du colonisateur en plusieurs versions entre la fin du XIX^e et le début du XX^e siècle⁵⁴, ce droit existait alors depuis environ cinq siècles⁵⁵ et avait déjà fait l'objet d'énonciation et de conservation dans la mémoire des Autochtones et sur les *wampums*.

D'autre part, Sawaya⁵⁶ a montré l'existence, après l'arrivée des Blancs, d'une structure politique et juridique liant entre elles les domiciliés des Sept Nations : Iroquois, Algonquins (de Kanehsatake et de Pointe du Lac), Népissingues, Abénaquis, Hurons-Wandats, et les Micmacs. Cette structure, analogue à celle que définit la *Grande Loi de la Paix* pour la Confédération Iroquoise, est si différente du droit des colonisateurs qu'il est impossible de ne pas y voir une organisation propre, inspirée d'un ordre juridique antérieur, ce que d'ailleurs confirment les Autochtones concernés eux-mêmes lorsqu'ils font remonter aux ancêtres le principe du «partage des bois»⁵⁷, qui en constitue l'axe principal.

Certains affirment que les Iroquois de la Confédération n'étaient pas présents sur le territoire du Québec au moment de l'arrivée des Français⁵⁸. Ils estiment donc de peu de conséquence la présence de corpus de droit relatif à cette population, et moins encore celle d'un système juridique chez les «envillagés» des Sept Nations, dont l'occupation antérieure du sol des «réductions» n'est pas claire. À tout événement —et quels que soient les résultats de recherches encore à venir sur ce sujet et les conclusions que l'on puisse tirer de l'absence, sur une partie du territoire nord-américain de peuplades encore semi-nomades lorsqu'elles avaient commencé à

54. *Id.*, p. i.

55. *Id.*, p. 11.

56. Précité note 46.

57. *Id.*, p. 41, citant le *Journal de Daniel Claus*, édité par Jennings, pour le 4 octobre 1767.

58. Il semblerait selon Denys Delâge (communication personnelle, juillet 1994, à propos du texte cité ci-après) que la conclusion la plus probable à ce sujet soit qu'à cette époque ces populations —ignorantes des préceptes du droit des gens...— aient néanmoins fait usage régulier d'une partie du territoire actuel du Québec à des fins de chasse. Il fait état de la controverse existant à cet égard dans «Les Iroquois chrétiens des "réductions", 1677-1770; 1- Migrations et rapports avec les Français», [1991] 21 *Recherches Amérindiennes au Québec* 59-71, p. 61, où il cite : Bruce C. Trigger, *Naives and Newcomers. Canada's «Heroic Heritage» Reconsidered*, Kingston et Montréal, Queen's Mc Gill U.P., 1985, pp. 144-148; Bruce C. Trigger et James F. Pendergast, «St-Laurent Iroquoians» dans *Handbook of North American Indians*, vol. 15, pp. 357-361, précité note 47; Claude Chapedelaine, «Le site de Mandeville à Tracy, Variabilité culturelle des Iroquoiens du St-Laurent», [1989] *Recherches Amérindiennes au Québec* 7-51 et 249-264.

s'adonner à l'agriculture⁵⁹— d'autres populations nomades dont la présence à l'arrivée des Blancs sur le territoire actuel du Québec n'est pas contestée vivaient également à cette époque sous l'empire d'ordres juridiques autochtones distincts.

En effet si les informations sont rares à ce sujet sur les Attikamègues⁶⁰ et certaines autres nations, elles sont concluantes pour les Inuit⁶¹, les Algonquins, les Micmacs, et les Montagnais.

L'organisation locale et politique des Algonquins était patrilinéaire⁶² : la résidence était patrilocale et régissait l'usage des territoires communs⁶³, créant peut-être, après le contact, des droits d'héritage foncier⁶⁴, qui se seraient étendus à des périmètres de trappe⁶⁵. Elle était régie par des règles et coutumes imposant une division du travail basée sur les sexes et qui trouvait son complément dans l'autorisation d'une variété de relations maritales (polygamie, le plus souvent sororale) sur lesquelles baser des alliances —temporaires, saisonnières ou permanentes— des associations coopératives, et diverses formes d'assistance mutuelle. Les décisions y étaient prises au consensus et le leadership exercé par des chefs agissant comme *primus inter pares*, conformément à

-
59. Elles restaient en effet semi-nomades à la fois parce qu'en l'absence d'engrais modernes, cette agriculture impliquait nécessairement une sorte de jachère, et donc de rotation des terres cultivées, et parce que la chasse continuait de servir de complément à ces récoltes, ce qui les amenait à circuler régulièrement sur de vastes territoires.
60. Gérard E. McNulty et Louis Gilbert. «Attikameck (Tête de Boule)», dans *Handbook of North American Indians*, vol. 6, p. 212, précité note 47.
61. Norbert Rouland, *Les modes juridiques de solution des conflits chez les Inuit*, *Études/Inuit/Studies*, vol. 3, n° hors série.
62. Ce qu'il importe de ne pas confondre avec *partriarcial*. Voir *infra*, p. 38.
63. Témoignage de Raynald Parent, Docteur en histoire et spécialiste des questions autochtones, dans l'affaire *P.G. Québec c. Franck Côté et al.*, n° de greffe 565-27-0354-857, 4 mai 1987, p. 69.
64. Edward S. Rogers, «History of Ethnological Research in the Shield and Mackenzie Borderlands», dans *Handbook of North American Indians*, vol. 6, p. 26, précité note 47.
65. *Id.* Cette opinion de Frank G. Speck, (1923), qui écartait la thèse de la propriété collective, fut suivie par la plupart des chercheurs du début du siècle; cependant par la suite, on a vu la détermination de ces territoires comme conséquence de la traite des fourrures et de la colonisation : Eleanor Leacock [dans : «The Montagnais Hunting Territory and the Fur Trade», (1954) *Memoirs of the American Anthropological Association* 78], Edward S. Rogers, [dans : «The Hunting Group-Hunting Territory Complex among the Mistassini Indians», (Anthropological Series 63), (1963) *National Museum of Canada Bulletin* (Ottawa) 195], Ralf Knight [dans : «Ecological Factors in Changing Economy and Social Organisation Among the Rupert House Cree», (1968) *National Museum of Canada Paper* (Ottawa), 15] et Charles E. Bishop [dans «The Emergence of Hunting Territories Among the Northern Ojibwa», (1970) 9 *Ethnology*, n° 1, 15].

un système de valeurs où l'égalitarisme cotoyait la générosité, le partage et l'hospitalité à l'égard des étrangers⁶⁶.

Chez les Montagnais, la résidence d'abord matrilocale serait devenue patrilocale sous l'influence du colonisateur, entraînant également des droits patrilinéaires d'héritage foncier⁶⁷. Caractérisée par d'autres comme bi-latérale⁶⁸, elle était assez flexible —la polygamie et le divorce étaient acceptés— pour assurer la formation d'un groupe d'adultes équilibré quant à l'âge et au sexe de manière à respecter la division du travail selon les sexes. Le leadership y était confié sur une base de compétence, habileté et connaissances, à des chefs agissant comme porte-parole et n'exerçant aucune autorité formelle, dans une société où les femmes exerçaient un pouvoir important⁶⁹. Le rapport à la terre y était défini comme un héritage des ancêtres et considérée comme la source de toute vie, inaliénable, dont nul ne pouvait s'approprier exclusivement les ressources⁷⁰.

L'organisation sociale et politique des Micmacs semble avoir accentué encore davantage, si possible, l'autonomie personnelle dans l'organisation du travail. On constate donc l'absence de subordination hiérarchique, sans toutefois exclure l'existence, préalable au contact avec les Européens⁷¹, de règles relatives à la distribution de la nourriture, ni surtout d'un leadership responsable d'organiser la coopération dans les expéditions de chasse au caribou dans les petits groupes de

-
66. Edward S. Rogers et James G.E. Smith, «Environment and Culture in the Shield and Mackenzie Borderlands», dans *Handbook of North American Indians*, pp. 357-361, vol. 6, p. 141 et suiv., surtout p. 144.
67. Eleanor Leacock, «Matrilocalité in a simple hunting economy (Montagnais-Naskapi), (1955) 11 *Southwestern Journal of Anthropology* n° 1, 31-47.
68. Fred Eggan, directeur d'édition, *Social Anthropology of North American Tribes*, 2^e ed. Chicago, University of Chicago Press, 1955, p. 521.
69. Eleanor Leacock, «Seventeenth-Century Montagnais Social Relations and Values», dans *Handbook of North American Indians*, vol. 6, p. 190 et suiv., précité note 47.
70. José Mailhot et Sylvie Vincent, «Le discours montagnais sur le territoire», Rapport soumis au Conseil Atikamekw-Montagnais, août 1980, photocopié, pp. 1, 3 et 9; «Le droit foncier montagnais», (1982) 15 (2-3) *Interculture* 65-74; Denys Delage, «Épidémies, colonisation, alliances», chapitre troisième d'un ouvrage à paraître, p. 16; Alain Bissonnette, «Droits autochtones et droits civils : opposition ou complémentarité, le cas de la propriété foncière», dans Association Henri Capitant, *op. cit. supra*, note 42, pp. 1-13.
71. Ted J. Brasser, «Early Indian-European Contacts», dans *Handbook of North American Indians*, vol. 15, p. 85, précité note 47.

chasseurs caractéristiques de cette nation⁷². Ces chefs, dont l'autorité leur venait de l'accord de leurs épouses et de leurs enfants, de même que du consentement d'autres dépendants, se réunissaient l'été en Conseil et décidaient, dans l'égalité, de la paix, de la guerre ou de la trêve⁷³. Le concept de propriété, commune ou privée, leur était inconnu : en tenait lieu une relation mythologique, exclusive et réciproque, entre le groupe et les esprits bénéfiques du gibier (*benevolent game spirits*)⁷⁴.

Toutes ces nations autochtones, semi-sédentaires ou nomades, sont donc régies par des ordres juridiques d'une complexité et d'une précision variables, mais visant aussi bien l'organisation familiale, sociale et politique, que le partage des tâches et le rapport au territoire sans parler des alliances dont les rituels se sont imposés aux Français⁷⁵. Il ne s'agit pas d'un droit d'abord constitué de pratiques et de coutumes, qui feraient ensuite l'objet d'une induction à la manière dont la théorie classique conçoit la constitution du *common law* par les Cours royales du Moyen-âge en Angleterre⁷⁶, mais d'un droit d'abord adopté par des groupes égalitaires recherchant —soit collectivement avec l'aide d'un chef-porte-parole, soit par la voie de leurs Conseils— le consensus, avant d'être transmis oralement, confié à la mémoire de personnes spécifiquement désignées pour cette tâche et symbolisé dans des *wampums*, un droit également gestuel et métaphorique, énoncé dans des protocoles auxquels les Français se sont pliés, sans toujours en comprendre tout le sens.

Certes nos recherches ne nous permettent pas d'affirmer que ces ordres juridiques couvrent toutes les nations autochtones présentes sur le territoire du Québec actuel durant le Régime français, et elles devront être complétées à la fois pour préciser les éléments déjà repérés sur les nations dont il vient d'être question et sur celles dont le droit nous est encore inconnu. Mais la préexistence d'ordres juridiques autochtones à l'arrivée des Français sur le territoire actuel du Québec, fondant le pluralisme d'origine qui caractérise au départ le droit d'ici, ne fait aucun doute.

72. John J. Honigman, «Expressive Aspects of Subarctic Indian Culture», dans *Handbook of North American Indians*, vol. 6, pp. 724 et 737-38, précité note 47.

73. Philip K. Bock, «Micmac», dans *Handbook of North American Indians*, vol. 15, p. 116, précité note 47.

74. Brasser, précité note 71, p. 84.

75. Voir *infra*, ch. III, pp. 66-68.

76. K.C. Allen, *Law in the making*, 7th ed., Oxford, Clarendon Press, 1968.

3. Analyse systémale

Si, dès lors, je crois avoir établi la présence d'un pluralisme juridique à l'arrivée des Français sur le territoire actuel du Québec, je suis parfaitement consciente que ma démonstration repose sur la coexistence de plusieurs corpus de règles que le positivisme n'inclurait pas dans le «véritable droit», celui qui, selon cette théorie, mérite vraiment son nom parce qu'il a été adopté par un État, consigné par écrit et appliqué par des tribunaux capables de le sanctionner. Le droit autochtone, énoncé oralement par des Conseils qui ne relèvent pas d'un État, conservé dans la mémoire des hommes et consigné sur des pictogrammes, appliqué sans l'aide de tribunaux institutionnalisés, ne satisfait à aucun de ces critères.

Le droit des gens non plus, à bien y penser, bien que le fait n'ait pas souvent attiré l'attention des interprètes positivistes, plus indulgents à son égard, pour dire le moins. Car, en fixant l'attention sur son application aux colonies par une puissance colonisatrice étatique, on a réussi à occulter le fait que le droit des gens, international par nature, était constitué au départ de pratiques des États, non écrites, sauf à retardement par une doctrine savante sans pouvoir étatique, et hors possibilité de sanction internationale.

La question, celle que tout juriste normalement constitué voue sa carrière à éviter, se pose donc : est-ce du droit? qu'est-ce que le droit, qu'est-ce que ce droit-là, que l'on convoque à témoin de pluralisme? Le changement récent de paradigme dans le champ juridique, et le discrédit croissant où se trouve conséquemment réduit le positivisme, ont laissé la voie libre à la créativité théorique à cet égard, et les propositions de remplacement ne manquent pas : la revue *Droits*, qui n'a jamais si bien porté son nom, en recensait, il y a quelques années, pas moins de vingt-huit⁷⁷.

Pour ne pas reprendre ici ce débat⁷⁸, je me contenterai de rappeler les critères qui guident ma recherche, encore loin de son terme. Évitant l'essentialisme qui ferait du droit une réalité objective à repérer, et prenant pour acquis —sans pour autant renoncer à une éventuelle définition universelle— que le droit c'est, dans une société donnée, ce que l'on désigne comme tel, je suis en effet depuis un certain temps à la recherche d'une définition fonctionnelle du droit ouverte au moins aux trois corpus auxquels

77. *Droits*, Revue française de théorie juridique, n° 10, 1989.

78. Andrée Lajoie, *loc. cit. supra*, note 18.

on réfère généralement au Québec quand on parle de droit : le droit étatique écrit de tradition romano-germanique, souvent qualifiée ici de «civiliste», le *common law* —non-moins étatique et tout aussi écrit, quoiqu'on en dise— et le droit autochtone pré et post-colonial.

Après discussion des alternatives⁷⁹, j'ai opté —dans une perspective au départ provisoire, mais qui s'incruste— pour l'analyse systémale, une théorie particulièrement adéquate pour l'objet de la présente recherche et dont je vais tenter de résumer ici les éléments essentiels. Mon choix pour cette conception du droit s'est en effet confirmé au cours de la présente étude en constatant qu'il s'agit d'une théorie non seulement susceptible de répondre, fût-ce au prix de certains aménagements, aux exigences énoncées précédemment, mais particulièrement éclairante sur l'instauration, ici, de la forme de pluralisme qui caractérise notre système juridique. Pour la clarté de la suite de cette étude, il convient d'exposer ici cette théorie, élaborée, à travers plusieurs textes, par Gérard Timsit⁸⁰.

L'auteur propose de «définir le droit par son caractère obligatoire, mais de le faire de manière que cette obligation, d'une part ne soit pas nécessairement référée à l'État et que, d'autre part, sa portée puisse varier en fonction du degré de spécificité des interrelations qui rendent la norme obligatoire»⁸¹.

Dans sa conception, c'est l'intensité du caractère obligatoire d'une règle, relié à la prédictibilité de son exécution, au «degré de contrôle exercé sur son décodage», qui en fait la juridicité. Ce degré de contrôle du décodage d'une règle résulte des stratégies normatives adoptées, dans une société, aussi bien par l'instance qui l'émet que par ceux auxquels elle s'adresse.

Inscrite dans le courant herméneutique⁸², pour lequel un texte n'acquiert de sens qu'à travers sa réception par ses lecteurs successifs, cette théorie pose en effet que le droit n'existe que dans

79. *Id.* et «La normativité professionnelle dans le droit : trajets et spécificité formelle», dans J.G. Belley et autres, *Le droit soluble : contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, L.G.D.J., Paris, 1996.

80. «Sur l'engendrement du droit», (1988) *R.D.P.* 39-75; «Sept propositions pour une définition systémale du droit», dans (1989) *10 Droits: Les noms de la loi*, Paris, P.U.F., coll. «Les voies du droit», 1991; *Les figures du jugement*, Paris, P.U.F., coll. «Les voies du droit», 1993.

81. «Sur l'engendrement du droit», cité note précédente, p. 45.

82. Voir, entre autres : Hans G. Gadamer, *Vérité et méthode*, Paris, Seuil, 1976; Umberto Eco, *Sémiotique et philosophie du langage*, P.U.F., 1988; Paul Ricoeur, *Du texte à l'action, Essais d'herméneutique II*, Paris, Seuil, 1986.

l'interaction entre celui qui émet la règle et ceux auxquels elle s'adresse. Ainsi, la règle de droit n'est pas terminée lorsque son auteur — législateur ou autorité réglementaire, par exemple — l'a énoncée : il n'a alors procédé qu'à sa *pré-détermination*, une opération qui réserve toujours à celui qui l'applique un certain degré de discrétion, si minime soit-il, quant à ses conditions d'application et au champ de compétence qu'elle vise, degré de discrétion dans lequel s'inscrira la *co-détermination*.

Pour illustrer ces concepts qui structurent la théorie systémale et en faciliter d'abord la compréhension avant de montrer comment elle s'applique aussi au droit des gens et au droit autochtone, j'utiliserai un exemple tiré du droit positif canadien, délibérément choisi dans un domaine présumé familier aux lecteurs de cette étude, soit une disposition de la *Loi sur les Indiens* :

«Lorsque le conseil de la bande a attribué à un Indien la possession d'une terre dans une réserve, le ministre peut, à sa discrétion, différer son approbation et autoriser l'Indien à occuper la terre temporairement, de même que prescrire les conditions, concernant l'usage et l'établissement, que doit remplir l'Indien avant que le ministre approuve l'attribution». ⁸³

Le législateur canadien s'est ici livré à la pré-détermination du droit : il a énoncé une règle dont il n'a pas complètement cerné le champ de compétence, laissé pour une part au choix final du juge : qui est un Indien au sens de la loi? comment faut-il interpréter, dans l'article 2 (1), l'expression «qui est inscrit à titre d'Indien ou doit l'être»? De même, les conditions d'application de la règle sont laissées à la discrétion du ministre : «...le ministre peut, à sa discrétion, différer son approbation et autoriser l'Indien à occuper la terre temporairement, de même que prescrire les conditions...». Dans ces circonstances, il s'agit d'une règle pré-déterminée, certes, mais pas entièrement fixée, et qui demande à l'être : ce sera le rôle de la co-détermination, essentielle dans cette théorie à l'existence même de la règle de droit.

S'inscrivant ainsi dans cette marge de manoeuvre que leur laisse le pré-déterminant, le juge, l'administration, le justiciable — qui interprètent la règle, l'appliquent ou s'y conforment — vont exercer la marge d'autonomie qui leur est laissée dans le choix de la direction qu'il convient de lui donner quant à ses conditions d'application et au champ de compétence qu'elle vise : c'est la *co-détermination*. Dans l'exemple que j'ai choisi, la

83. *Loi sur les Indiens*. S.R., ch. 1-6, art. 20 (4).

co-détermination relève alternativement du juge et de l'administration. Tout d'abord le champ d'application sera fixé par l'administration —et, en cas de contestation, par le juge— qui devra décider si tel individu qui sollicite la possession d'une terre dans une réserve se qualifie comme «Indien» au sens donné à ce mot par l'article 1 (2) de la *Loi*. Ensuite, les conditions d'application seront aussi fixées par l'administration, puisqu'elles relèvent expressément de la discrétion du ministre.

Enfin, ces deux opérations complémentaires —pré et co-détermination— ne se déploient pas dans un vacuum, mais dans l'aire des valeurs acceptables dans la société où elles se déroulent, et qui les surdétermine. Cette *surdétermination* résulte ainsi des contraintes qui découlent, pour l'application du droit, de la présence d'un champ de valeurs qui lui sert de support interprétatif. Pour revenir à notre exemple, les conditions, concernant l'usage et l'établissement, que doit remplir l'Indien pour se voir confirmer par le ministre l'attribution de la possession d'une terre, seront choisies en tenant compte des valeurs acceptables dans la réserve et la dans la société canadienne. Il en va de même pour «l'attribution» de l'identité indienne : elle doit découler de critères conformes aux valeurs collectives, autrement l'administration, le pouvoir judiciaire et, à la limite, le législateur, perdront leur légitimité.

Ce qui, me direz vous, ne manque pas de se produire, surtout en ce qui concerne «l'attribution» de l'identité indienne... Mais précisément, cela résulte du fait que les contraintes découlant de la surdétermination seront nécessairement plus impératives si elles sont sous-tendues par un seul système de valeurs juridiques, un seul principe intégrateur. Cette situation, qualifiée de *monologisme*, peut survenir dans les petites sociétés dont la survie matérielle ou identitaire est fragile, aussi bien que dans les régimes totalitaires. Mais on peut parfois l'observer même hors de tels contextes, notamment lorsque, dans un domaine spécifique du droit, une idéologie cohérente domine une société donnée pour une certaine période. Un exemple vient à l'esprit : l'interprétation du droit civil à partir du principe de la primauté implicite de la propriété privée pendant l'émergence du capitalisme dans les sociétés occidentales.

Cependant, tel n'est pas toujours le cas, loin de là, et la situation la plus fréquente dans les sociétés pluralistes modernes, où plusieurs courants de pensée s'affrontent sur l'enjeu que constitue le droit et son interprétation, c'est le *dialogisme*, un autre mode de surdétermination dans lequel plusieurs principes intégrateurs de l'interprétation/application du droit entrent en compétition. On aura compris que c'est de dialogisme précisément

qu'il s'agit dans l'exemple qui m'a servi à illustrer les concepts de la théorie systémale, notamment à propos de l'attribution de l'identité indienne, que l'État canadien se croit autorisé à déterminer selon des critères techniques reliés à l'inscription à un registre, alors que pour les Autochtones, du moins les traditionalistes parmi eux, il s'agit d'une attribution qui relève de leur propre détermination collective.

Bien que ma démonstration se soit appuyée volontairement sur un exemple de droit positif canadien, on aura sans doute saisi que la théorie systémale offre une conception du droit qui, n'exigeant pas l'intervention de l'État, ni de forme institutionnelle particulière pour l'adoption du droit, peut accueillir non seulement cette forme de droit étatique, mais aussi bien le droit des gens que le droit autochtone. Le droit des gens tout d'abord, —pré-déterminé en Europe par les pratiques et le discours justificateur des États et la doctrine savante; co-déterminé par les autorités coloniales ici; surdéterminé par le champ des valeurs culturelles de la France coloniale. Le droit autochtone ensuite⁸⁴ — prédéterminé par les décisions des Nations ou des Conseils, transmises oralement et mémorisées par les personnes désignées et consignées dans les *wampums*; co-déterminées, dans le cas du droit interne, par les structures décrites dans la *Grande Loi de la Paix* et, dans le cas des alliances et des traités, par les Chefs y intervenant comme porte-parole de leurs Nations, la surdétermination s'effectuant dans les deux cas dans le champ culturel autochtone.

Mais ce qui augmente l'intérêt de cette théorie pour notre propos, comme nous le verrons dans la suite de cette étude, c'est l'éclairage que le concept de dialogisme jette sur les divergences ambiguës entre les interprétations respectivement autochtone et française des protocoles d'alliance et des actes unilatéraux de possession, sans parler des modes d'occupation du sol et des symboles législatifs et judiciaires de soumission politique. La perception plus précise, que permet ce concept de dialogisme, de la dualité des champs culturels français et autochtone comme renvoyant à des sens différents pour les mêmes actes juridiques, sens différents prolongés dans des ensembles interprétatifs parallèles et soutenus par des ordres juridiques distincts, enrichit

84. La question reste ouverte de savoir si l'analyse systémale peut aussi rendre compte d'un droit coutumier non exprimé, de «présupposés tacites gouvernant l'agir des collectivités», selon l'expression de Roderick A. MacDonald, (*loc. cit supra*, note 13). Mais si cette question risque de se poser éventuellement à l'égard de certaines formes de droit auxquelles les anthropologues du droit sont susceptibles de référer dans les sociétés autochtones (Voir M. Asch, *supra*, note 39), elle ne se pose pas à propos des formes de droit autochtone repérées au cours de cette étude sur le territoire de la Nouvelle-France pendant le Régime français.

notre compréhension de l'implantation du pluralisme ici, et ouvre peut-être une piste pour l'analyse des conditions plus générales d'émergence du pluralisme dans d'autres contextes.

• • •

C'est donc à partir de ces positions théoriques —constructivisme, pluralisme juridique, analyse systémale du droit— que nous avons abordé les questions soumises par la Commission sur les conséquences du Régime français sur le statut actuel des Autochtones au Québec, et ce sont ces perspectives théoriques qui structurent la synthèse de nos travaux, dont on trouvera les résultats détaillés dans les chapîtres qui suivent.

Cette synthèse⁸⁵ couvre en premier lieu le Régime français (I), période où le droit des gens, dont le contenu sera d'abord brièvement analysé, en mettant en évidence les conditions de sa production et leur effet sur son énoncé (A), a été appliqué ici par la France, dans un contexte de pluralisme juridique qui sous-tendra mon analyse (B). Elle aborde ensuite la période post-Conquête (II), par l'analyse des effets de la Capitulation et de la Proclamation royale sur le statut des Autochtones au Québec, lus respectivement dans l'ordre juridique canadien et québécois (A) et dans les ordres juridiques autochtones (B), dont la survivance soulève des questions —pour la plupart reliées à la suite des événements survenus depuis la Conquête britannique— restées jusqu'ici sans réponse et que nous nous contenterons de formuler.

85. Qui ne dispense en rien de la lecture des chapîtres qui suivent, dont elle ne reprend ni toute la substance, ni les démonstrations sur lesquelles ils s'appuient, ni encore moins les sources auxquelles ils renvoient.

I- LE RÉGIME FRANÇAIS

C'est au XVII^e siècle que s'inscrit la colonisation française en Amérique, sous l'égide du droit des gens, cette règle du jeu de la découverte et de la colonisation par laquelle les puissances européennes vont fonder, les unes à l'égard des autres, leurs titres sur des territoires jusqu'alors inconnus. Avant de voir quelle application la France en a faite ici, il faut cerner le contenu et les conditions de production de ce corpus imprécis.

A- Le contenu et la portée du droit des gens⁸⁶

Né, à l'orée du capitalisme marchand, du discours savant des juristes philosophes et des pratiques opportunistes des hommes politiques, dans le contexte de l'affranchissement, à l'égard de la Papauté, de puissances rivales dans la découverte et la colonisation, le droit des gens porte les marques de sa bâtardise. Ballotés au gré de rapports de forces fluctuants, les enjeux contradictoires qui le polarisent —souveraineté de principe des premiers occupants et légitimité possible de l'expansion européenne et de ses modalités— n'y seront jamais réduits au statut d'objet d'une règle de droit univoque. Ils suscitent, au contraire, un chassé-croisé de discours prescriptifs ou critiques et de pratiques théorisées ou rhétoriques, invoquant pareillement le droit naturel ou romain, la philosophie ou la morale, et pareillement issus d'une conjoncture où tous les moyens sont bons —et doivent être fabulés quand ils ne sont pas disponibles— pour assouvir les ambitions rivales. Bref du vrai droit, pris en flagrant délit d'incubation dans son milieu naturel, forcément politique.

Mais les laboratoires socio-historiques de production du droit, malgré leur intérêt pour les théoriciens, ne favorisent pas pour autant le repérage des règles en voie de formation. C'est après coup, au XIX^e siècle, que les positivistes projetteront les exigences de la sécurité juridique et de la justification du colonialisme sur cet ensemble flou pour en dégager des doctrines auxquelles ils prêteront une précision absente de leurs origines. Car pour l'heure, le droit des gens —pré-positiviste, ne l'oublions

86. Aux fins de mise en rapport des différents éléments de réponse que nous apportons aux questions soumises par la Commission, je résume sur ce point les énoncés essentiels du texte de Jean-Maurice Brisson (*infra*, ch. I) et certains éléments de celui de Sylvio Normand (*infra*, ch. II), sans en reprendre ni la démonstration ni les références. Il importe donc que le lecteur se réfère à ces textes de base pour saisir la portée et les nuances de l'ensemble.

pas— livre de lui-même une image moins claire, aux contours plus estompés et, pour tout dire, brouillée en son centre de contradictions irréductibles comme les intérêts qui les portent.

1. Souveraineté de principe des premiers occupants

Une convergence apparaît, à la fin du XV^e début du XVI^e siècles, entre les intérêts des États du nord de l'Europe —France comprise— et le discours de certains juristes savants, née de leur opposition commune à l'hégémonie politique et idéologique des pays ibériques, confortée par le support de la Papauté, convergence qui va conduire les uns et les autres à affirmer, contre la doctrine alors dominante qui refuse de voir dans les peuples autochtones des États doués d'une organisation suffisante pour en faire des sujets du droit des gens, la souveraineté de principe des premiers occupants sur leur territoire.

L'intérêt de cette affirmation pour les rivaux de l'Espagne et du Portugal est facile à saisir : comment mieux se dégager de la tutelle temporelle du Pape et contester l'emprise des États ibériques sur le Nouveau-Monde, qu'en affirmant la souveraineté des premiers occupants sur des territoires encore à découvrir et qu'une bulle pontificale de 1492 venait de partager entre ces deux puissances privilégiées par le Saint-Siège? Quant aux clercs et aux juristes, qui n'ont jamais, à aucune époque, été indifférents aux intérêts des pouvoirs montants, on comprend d'autant plus aisément qu'ils aient théorisé ceux des États où se déplaçait le pôle du capitalisme naissant, que le principe semblait universellement incontournable : quelle société peut nier l'occupation comme fondement de ses droits territoriaux sans scier, littéralement, la branche sur laquelle elle est assise?

Politiques et juristes confondus —de François 1^{er} à Blackstone, en passant par Vittoria et même Vattel— ce courant a donc affirmé la souveraineté de principe des premiers occupants, selon une trajectoire déclinante, et jamais sans réserves. Mais ses deux composantes l'ont affirmé sur des modes distincts. La soumission des clercs n'étant jamais tout à fait ce qu'elle paraît être, les juristes en ont en effet profité au passage pour contester non seulement l'autorité temporelle des Papes, mais aussi celle des États colonisateurs, auxquelles les Autochtones —reconnus «Princes chrétiens» pour la circonstance— devaient également échapper.

C'est autrement, on le devine, que les pratiques étatiques, qui restent l'élément dominant du droit des gens, ont nuancé ce même principe, tentant de limiter ses effets à mesure que la colonisation en faisait voir les inconvénients. Selon un procédé rhétorique bien connu, il s'est agi, une fois postulée l'existence

d'un droit naturel applicable à toutes les nations et susceptible de fonder une souveraineté initiale des autochtones dans l'antériorité de leur titre sur le territoire, de circonscrire les limites de ce principe gênant pour le colonisateur, notamment en affirmant la légitimité possible de l'expansion européenne.

2. Légitimité possible de l'expansion européenne et de ses modalités

Le déclin du principe de la souveraineté du premier occupant se confond donc avec l'affirmation de la légitimité de l'expansion européenne, fondée sur des arguments liés à la démographie (l'Europe serait surpeuplée) aussi bien qu'au droit naturel (la terre appartient au genre humain) et à la productivité nécessaire à la justice distributive (une économie si peu développée ne permettrait pas au genre humain de survivre). Ces arguments, prônés par ceux mêmes qui avaient, au départ, affirmé la souveraineté des populations autochtones sur leur territoire d'origine, notamment Vittoria, vont rapidement justifier les moyens nécessaires à cette expansion métropolitaine en terre désormais coloniale : découverte, accompagnée ou non, selon les théories, de gestes d'appropriation symbolique ou d'occupation effective; conquête; acquisition par cession ou prescription.

Le mode d'appropriation le plus courant des *terra nullius* —c'est-à-dire habitées par des Autochtones auxquels les Européens ne reconnaissent pas le degré de civilisation ou d'organisation politique requis pour devenir sujets du droit des gens et bénéficier de sa protection— était la découverte, accompagnée de gestes matériels d'appropriation, comme l'érection d'une croix, (Portugal) et de déclaration explicite, mais pas nécessairement publique, de prise de possession (Espagne, Angleterre, Hollande, France), parfois même notariée (Espagne). Selon l'opinion traditionnelle, la priorité de découverte accompagnée de prise de possession effective, qui peut n'être que fictive, suffit donc à fonder un titre que le droit colonial dominant affirme être opposable à tous.

On devine que ces pratiques et leur discours justificatif se sont butées à des obstacles de toutes sortes : imprécision des frontières de l'étendue possédée; exigences variables —selon la conjoncture et le rapport de forces— des États européens rivaux, en matière d'effectivité de la possession pour la reconnaissance des titres; résistance et modalités de collaboration des populations autochtones, induisant d'autres stratégies de colonisation. Une seconde tendance doctrinale et d'autres pratiques se sont donc développées, représentant une autre version du droit des gens, selon laquelle les terres habitées par les indigènes ne pouvaient être transférées aux colonisateurs que par cession ou conquête.

Quelles que soient pourtant les conclusions auxquelles on en vienne sur le contenu du droit des gens, l'examen de ses formes mène au moins à poser l'hypothèse d'un niveau semblable de développement du droit, à cette époque, dans les sociétés autochtones et coloniales : des deux cotés de l'Atlantique, les pratiques et les discours dominent la scène juridique; certes plus souvent écrits chez les uns que chez les autres, ces deux corpus réputés si différents —mais dont le plus imprécis n'est pas nécessairement celui qu'on a cru— semblent rivaliser en matière de symbolisme.

B- L'application du droit des gens en Nouvelle-France⁸⁷

C'est ce droit des gens, mouvant et contradictoire, que la France aurait appliqué ici, et c'est à son aune que se mesure la légalité —lue dans l'ordre juridique colonial— de son appropriation du Canada. Mais, dans la perspective à la fois constructiviste et pluraliste où nous nous situons, il importe de tenter de saisir, dans la mince mesure de nos connaissances sur le sujet, le sens que donnaient les ordres juridiques autochtones à ces mêmes pratiques qui matérialisaient, aux yeux des Français, l'application du droit des gens.

1. Analysée dans la perspective du droit colonial

Les modes d'application —au Canada par les Français— du droit des gens, sur lesquels la Commission nous interroge, doivent donc être replacés dans la grille d'ensemble des modes d'acquisition des territoires colonisés que ce droit légitimait. En l'absence de conquête militaire, j'examinerai donc successivement, à la lumière des différentes tendances repérées dans le contenu du droit des gens, la découverte accompagnée de gestes d'appropriation, l'occupation effective et la cession.

87. Je livre ici sur ce point une synthèse visant la mise en rapport des différents éléments de réponse que nous apportons aux questions soumises par la Commission. Elle intègre certains éléments du texte de Jean-Maurice Brisson (découverte, gestes d'appropriation, politiques d'appropriation effective, application du droit criminel; *infra*, ch. I) et de celui de Sylvio Normand (gestes d'appropriation, application du droit, effets du régime seigneurial; *infra*, ch. II), et du mien (prises de possessions, alliances, traités; *infra*, ch. III) sans en reprendre ni la démonstration ni les références. Tout lecteur qui négligerait de se référer aux chapitres suivants aurait une vue tronquée et peu nuancée de notre contribution.

a) La découverte accompagnée de gestes d'appropriation

L'appropriation initiale de l'Amérique par la France repose sur deux découvertes successives, celle de Verrazano, qui, selon une narration courante, désigna du pont de son navire la terre d'Amérique comme possession française en 1523, et surtout celle de Cartier qui, comme chacun sait, planta une croix à Gaspé en 1534, et plusieurs autres au cours de ses voyages entre 1534 et 1536. D'autres découvreurs au service de la France —entre autres : de Villieu, Normandin, Fornel, St-Lusson, La Vérendrye— procédèrent de la même manière jusqu'au milieu du XVIII^e siècle, par des gestes symboliques, parfois publics, parfois occultes, et dont ils ne donnaient pas toujours la même interprétation, sur place au moment de poser le geste solennel, et dans le récit qu'ils en faisaient par la suite. Ces prises de possession, unilatérales et symboliques, satisfaisaient à la version la plus traditionnelle du droit des gens, fondée sur la croyance dans la supériorité inhérente des Européens, et pour laquelle même la possession effective peut n'être que symbolique.

On devine qu'elles sont contestées par les relectures contemporaines du droit des gens. D'abord parce que le sens donné, à l'époque, à ces gestes symboliques —notamment à l'implantation des croix— est mis en doute : il n'aurait été attribué que plus tard dans la diplomatie française et les croix auraient servi à des fins de navigation. Ensuite parce que ces actes de possession auraient été contestés en général, et en particulier à Gaspé et à Sault-Ste-Marie : un argument qui rejoint les exigences de l'analyse systémale, pour laquelle il n'y a pas de droit sans co-détermination, c'est-à-dire sans réception, sous forme d'interprétation ou d'application, par ceux auxquels il s'adresse.

Mais la contestation de la validité de ces prises de possession symboliques n'a pas attendu la relecture contemporaine du droit des gens, elle était déjà formulée à la fin du XVIII^e siècle, notamment par De Martens, tenant d'un second courant du droit des gens pour lequel l'occupation effective était requise pour fonder l'acquisition.

b) L'occupation effective

L'opinion traditionnelle invoque trois modes d'application, par la France ici, du critère d'occupation effective, prôné par le courant le plus exigeant du droit des gens en matière d'appropriation des territoires coloniaux : les commissions attribuées par le roi de France jusqu'en 1625, et les concessions de

terres en vertu de l'application ici du régime seigneurial en matière foncière et la soumission des Autochtones aux lois coloniales.

Le roi a en effet attribué des commissions, notamment à Roberval, de la Roche, Noël, Chauvin de Tonnetuit, et aux Compagnies des Cent Associés et des Indes Occidentales, dans lesquelles on note des attributions de pouvoir politique et juridique sur des terres à conquérir. Par ailleurs, l'implantation du régime seigneurial ici est considérée par les tenants de l'application du droit des gens à la fois comme une preuve d'occupation effective à l'égard du territoire en général et — compte tenu du fait que certaines de ces concessions (Sillery, Sault St-Louis et Deux-Montagnes) ont été consenties en faveur des Autochtones— comme une preuve que les Autochtones qui détenaient des territoires, les tenaient du roi. Enfin, l'application du critère d'occupation effective passerait aussi par l'émission d'ordonnances de portée générale et d'autres, à l'intention expresse des Autochtones, de même que par la sujétion de certains Autochtones aux tribunaux coloniaux.

i) Attributions de commissions

Même une interprétation strictement positiviste du droit des gens ne peut, à mon avis, tirer aucun argument des commissions attribuées par le roi car, à l'exception de celles des Cent Associés et des Indes Occidentales⁸⁸, elles s'énonçaient non pas comme des attributions de territoire, mais le plus souvent comme des mandats de découverte et d'habitation. Lorsque la conquête était mentionnée, elle était posée comme condition d'exercice d'une souveraineté déléguée qui, au surplus, ne s'est jamais matérialisée.

L'application du droit des gens par le truchement du régime seigneurial et de la soumission des Autochtones au droit colonial, substantif et judiciaire, pose des problèmes plus complexes, et peut être lue différemment dans une perspective positiviste et dans une perspective constructiviste.

88. Dans ces deux cas, l'attribution était faite «en toute propriété, justice et seigneurie», une expression où le mot propriété ne peut avoir le sens de propriété exclusive, qu'il n'acquerra que deux siècles plus tard, sous l'influence de l'instauration du capitalisme, dont le code Napoléon sera le reflet. Sur cette question, voir *infra*, p. 82 et suiv.

ii) Régime seigneurial

S'agissant d'abord de l'application ici du régime seigneurial, les positivistes la voient comme l'exercice par le roi de la souveraineté à travers l'attribution de la propriété privée aux seigneurs et aux censitaires, y compris autochtones le cas échéant. Dans cette optique, les différents droits exercés par les Autochtones sur différentes parties du territoire —colonies, domaine du roi, réductions et terres inoccupées— sont conceptualisés comme des tolérances autorisées par le droit français, des exceptions à des règles qui ne furent jamais vraiment générales, des exemples de statuts particuliers dont regorgeait le droit français à l'époque, comme d'ailleurs encore maintenant. Ils y voient conséquemment une appropriation valide par possession effective.

Cette conception positiviste —postérieure à la période d'application du droit des gens en cause ici, préalable, elle, à l'avènement du positivisme— peut être contestée, à partir d'une approche constructiviste, sur trois plans : celui du contexte, celui des faits, celui enfin du concept de propriété.

Le contexte : celui des objectifs poursuivis par la France ici, reliés au commerce des fourrures, qui ne requérait ni l'appropriation du sol ni la sujétion des Autochtones. Dans ces circonstances, le discours d'appropriation des autorités coloniales françaises, rhétorique et destiné à rendre leur titre opposable à leurs rivaux européens, n'entraîne aucun effet juridique à l'égard des Autochtones, d'ailleurs non informés des prétentions territoriales que les positivistes ont attribuées, *ex post facto*, aux colonisateurs.

Les faits, ensuite, qui ne peuvent pas ne pas contredire ce discours, essentiellement rhétorique et destiné à l'exportation. Sur le plan local, en effet, les pratiques coloniales reconnaissaient les droits exercés sur le territoire par les Autochtones : chasse, pêche, circulation, expéditions guerrières, mais aussi contrôle de l'accès, puisque ce n'est que suite à des permissions expresses que les Français ont pu s'y installer, sauf à soulever des protestations des premiers occupants. Par ailleurs les Français et les Autochtones se sont respectivement comportés comme titulaires de la souveraineté sur les territoires sur lesquels ils étaient établis séparément, compte tenu que les Français, peu nombreux, avaient peu de raisons d'empiéter sur les terres des Amérindiens. Enfin, les autorités coloniales, lorsqu'elles établirent les Amérindiens sur le territoire qu'elles estimaient contrôler, le firent sous un mode qui dérogeait au fonctionnement habituel du système seigneurial.

Un examen du concept de propriété en usage à l'époque —déformé dans l'intervalle par la lecture anachronique qu'en ont faite les positivistes au XIX^e siècle— permet en troisième lieu de comprendre comment les Français et les Autochtones ont pu cohabiter sans qu'il y ait pour autant appropriation du sol par les premiers au détriment des seconds. Pour saisir cette réalité disparue de l'imaginaire juridique depuis la cristallisation du concept de propriété exclusive qui culmine, à la faveur de l'évolution du capitalisme au XIX^e siècle, dans le Code Napoléon, il faut remonter à la conception morcelée de propriété qui régnait à l'époque antérieure. S'y entrecroisent un faisceau de droits démembrés et dont l'exercice simultané permet des emprises multiples sur un même bien, et particulièrement sur un même bien foncier : droits de chasse, de pêche, de circulation étaient ainsi compatibles avec celui de première récolte, de cens ou même d'habitation. Les Autochtones, qui n'avaient jamais prétendu à la propriété des terres, ni exclusive, ni même individuelle, ni pour la chasse ni pour la culture, ne pouvaient conséquemment pas saisir une intention française —d'ailleurs pareillement impossible avant sa conceptualisation— d'affirmer leur propriété exclusive sur un terroir qu'ils partageaient sans trop de heurts.

iii) Application du droit colonial aux Autochtones

Les intendants locaux ont émis, sous le régime français des ordonnances visant spécifiquement les Amérindiens envillagés, dont il est loin d'être clair qu'elles ont été suivies. Par ailleurs, aussitôt la colonie dotée d'institutions permanentes, les autorités ont explicitement affirmé que les Autochtones seraient assujettis au droit criminel français et quelques cas amenés devant les tribunaux attestent que cette politique a parfois été appliquée. Cependant, l'analyse de l'administration de la justice jusqu'en 1760 tend plutôt à montrer que, contrairement aux populations amérindiennes établies en Nouvelle-Angleterre, les Autochtones ont bénéficié ici, dans les faits, d'une immunité presque complète vis-à-vis de la justice criminelle. Dans les cas d'exception à cette immunité, l'administration de la justice à leur égard ne dépendait pas des tribunaux ordinaires, mais du Gouverneur.

Il semble donc que l'ambiguïté de la politique coloniale française, constatée à propos des modes d'occupation foncière, soit plus accentuée encore en ce qui concerne l'application du droit colonial et la sujétion aux tribunaux et qu'elle ait pareillement fondé des interprétations successivement divergentes des mêmes faits.

Les positivistes, pour lesquels le droit est complet dès qu'il est énoncé et indépendamment de son interprétation ou de son

application éventuelle, ont vite fait de conclure —et cela pour une époque préalable à l'avènement de leur théorie— que la seule émission d'ordonnances et l'annonce de l'assujettissement de la population autochtone à un certain corpus de droit suffit à produire cet assujettissement.

De même, le régime institutionnel particulier aménagé pour les rares Amérindiens amenés devant les tribunaux leur fournit une preuve de la soumission des Autochtones à la justice coloniale et de la souplesse des institutions juridiques françaises, qui ne donneraient ici qu'un autre exemple des nombreux régimes d'exception dont elles regorgent.

À l'opposé, les historiens constructivistes ou simplement critiques et les juristes ralliés à l'analyse systémale, ou même au réalisme américain qui prévaut chez les *common lawyers*, décriront les mêmes faits autrement. Pour parler d'assujettissement, les premiers exigeront que l'application des lois et de l'administration de la justice soit plus que marginale et exceptionnelle, alors que les seconds, exigeront pour parler de droit, qu'une règle soit non seulement énoncée mais appliquée plus souvent qu'autrement. Les uns et les autres, distinguant le discours rhétorique des pratiques concrètes, concluront que le verre est aux neuf dixièmes vide et qu'il n'y a pas assujettissement des personnes, ni application du droit.

c) La cession

En dehors de la découverte accompagnée de gestes d'appropriation et de l'occupation effective, restait une troisième voie pour l'appropriation des terres coloniales : la cession, seule alternative à la conquête pour la tendance critique du droit des gens. De telles cessions, généralement survenues au terme de guerres perdues, se matérialisent le plus souvent dans des traités. Il y avait donc lieu d'examiner la pratique des traités entre les Français et les Autochtones sous le régime français pour vérifier une éventuelle cession de territoire de la part des seconds en faveur des premiers.

Au lieu de véritables traités au sens classique, on trouve d'abord des alliances, conclues sur le mode des protocoles autochtones et selon les règles de la diplomatie iroquoise, suivies par les Nations membres de l'Alliance laurentienne, et qui seront interprétées différemment à certains égards par les parties.

L'examen des alliances françaises avec les Montagnais, les Algonquins et les Hurons, loin de permettre de conclure à des

cessions de territoires ou de droits de leur part, démontre au contraire la sujétion des Français aux formes du droit autochtone en cette matière, où ils ont dû se contenter d'un rôle de partenaire parmi d'autres. Cette position de faiblesse relative, au début de la colonisation, s'explique par les maigres moyens consentis par la France pour réaliser une politique ambitieuse sur le plan commercial : ces alliances la dispensaient d'un peuplement qu'elle ne souhaitait ou ne pouvait pas réaliser. Quoiqu'il en soit, les alliances ont constitué des échanges symboliques entre alliés où même les juristes les plus positivistes seraient en peine de repérer la moindre cession de territoire ou de souveraineté en faveur des Français.

Vers la fin de la période, alors que l'inversion du rapport démographique, l'appauvrissement progressif des Autochtones suite à l'échange inégal, et leur besoin accru de protection ont amené un renversement du rapport de forces, un certain nombre de traités de forme classique sont conclus entre les Iroquois et les Français, selon le mode européen : écrit, et même parfois notarié. Ce sont des traités d'assistance mutuelle et, avant tout, de non-agression. Aucun de ceux que nous avons pu analyser ne comporte de cession de territoire, et le seul qui décrit les Autochtones comme les sujets et les vassaux du roi le fait dans le préambule rhétorique d'une déclaration unilatérale, faite en l'absence et à l'insu des intéressés. Pas plus que les précédents, ce traité n'a-t-il d'ailleurs été respecté ou appliqué. Ni les positivistes, pour lesquels les dispositions préambulaires n'ont pas d'effet juridique opératoire, ni par ailleurs les réalistes et les tenants de l'analyse systémale qui refusent de voir du droit respectivement sans application ou sans la participation co-déterminante de ceux auxquels il tente de s'appliquer, ne liront là une sujétion des Iroquois aux Français.

Comme l'ensemble de ses pratiques françaises en Amérique, le comportement de la France dans la conclusion des alliances et des traités révèle que l'absence de moyens et de support matériel de la part de la métropole ne lui a pas permis d'atteindre les objectifs ambigus qu'elle énonçait sur le mode rhétorique, à l'intention de ses concurrents européens, et sans les communiquer à ses partenaires autochtones.

En somme, la lecture positiviste du droit des gens comporte une version traditionnelle, qui justifie l'acquisition de territoires autochtones par le colonisateur par la seule découverte, accompagnée d'actes unilatéraux de prise de possession. Selon cette position extrême, on pourrait conclure que la France a acquis le Canada par les seuls gestes de Verazzano, Cartier et autres explorateurs. Une version plus critique et plus exigeante du droit

des gens mène à affirmer la validité de l'acquisition du Canada par la France à partir d'une occupation effective appuyée sur une lecture positiviste du régime seigneurial et peut-être même de la sujétion très partielle des Autochtones aux lois coloniales.

Notre lecture du droit des gens, observé à l'intérieur de l'ordre juridique colonial, mais interprété selon notre approche théorique —constructiviste et systématique— implique une attitude plus critique, qui replace le droit des gens dans le contexte de son élaboration, et d'exigences plus poussées à l'égard de la validité du droit. Elle nous mène à conclure que les Français ont cohabité ici avec leurs alliés autochtones dans l'ambiguïté, sans acquérir la propriété exclusive du territoire, ni assujettir d'autre population que, peut-être, certains individus envillagés. Ce n'est pas la seule lecture qu'on en puisse faire, et le droit autochtone, à partir d'autres concepts, en propose une autre, pourtant analogue.

2. Analysé dans la perspective du droit autochtone⁸⁹

Les ordres juridiques autochtones dont j'ai fait état précédemment sont encore moins faciles à reconstituer que le droit des gens, et ne nous sont que partiellement connus. Ce que nous savons pourtant du rapport au territoire dont ils révèlent l'existence chez les Nations autochtones concernées, et des interprétations autochtones des actes juridiques posés dans le contexte des échanges avec les Français, telles que nous les décrivent les récits des prises de possession et des alliances, ou même les commentaires des traités, éclaire singulièrement notre compréhension de ces éléments centraux pour l'univers juridique autochtone.

Il en découle un constat inéluctable : les Autochtones donnaient aux mêmes actes juridiques une interprétation très différente de celle que, selon les positivistes, les Français auraient tenue pour évidente, et leur lecture, à l'intérieur de leurs ordres juridiques autochtones, des actes de découverte et des gestes d'appropriation symbolique ou d'occupation effective n'était pas celle des Français. Ils ne donnaient pas non plus nécessairement le sens de cession ou soumission aux actes qui connotaient ces attitudes pour les Français.

89. Les interprétations autochtones répertoriées dans cette synthèse sont analysées pour partie dans cette introduction (*supra*, p. 13), et pour partie dans le texte de Sylvio Normand (*infra*, ch. II) et le mien (*infra*, ch. III). Le lecteur voudra bien se rapporter à ces analyses pour une mise en contexte de ces interprétations.

Il importe donc de tenter de cerner ces interprétations distinctes données par les Autochtones à ces actes —gestes d'appropriation, commissions, envillagement sous forme d'attributions de seigneuries, adoption d'ordonnances, alliances et traités— que le droit des gens constituait en modes d'appropriation du territoire ou en actes de soumission au colonisateur, pour faire voir, à travers cette démarche pluraliste, à la fois l'interminable malentendu bilatéral que fut le régime français à certains égards et, sur un autre plan, l'importance des champs culturels dans la surdétermination du droit. En effet, ces divergences d'interprétation se rattachent à des fondements culturels forcément différents, et sans lesquels on ne saisirait pas leur dénominateur commun : c'est donc à souligner ces logiques divergentes, en matière de rapport au territoire et de conception de l'autorité qu'il faut d'abord s'arrêter, avant de montrer leurs ramifications dans les interprétations juridiques respectives des mêmes actes par les Autochtones et les Français.

a) Des logiques différentes

Les différences culturelles entre les Français et les Autochtones étaient importantes et le sont demeurées malgré des échanges significatifs à cet égard⁹⁰. Sous le régime français, celles qui portent sur le rapport au territoire et la conception de l'autorité sont particulièrement importantes pour notre propos.

i) Rapport au territoire

Dans la majorité des pays occidentaux contemporains, le rapport au territoire est politique et public, alors que le rapport individuel à la terre, de droit privé, se concrétise dans un droit de propriété absolu, sous réserve de limitation expresse. Ce caractère absolu de la propriété s'est construit lentement pour répondre aux besoins du capitalisme jusqu'à son aboutissement dans le Code Napoléon; il ne l'avait pas encore atteint au XVIII^e siècle lors de la colonisation du Canada par la France, une époque encore marquée par le partage entre différentes personnes des multiples avantages (saisines) susceptibles d'être générés par un bien.

À la même époque, et sauf exceptions jusqu'à maintenant, le rapport des sociétés autochtones à leur territoire est fort différent. À quelques variations près, les Iroquois, les Montagnais, les Micmacs, les Abénakis et même les envillagés des Sept Nations considéraient le territoire comme un bien

90. Denys Delâge, «L'influence des Amérindiens sur les Canadiens et les Français au temps de la Nouvelle-France», (1992) 2:2 *Lekton* 101-191.

commun à l'ensemble de la nation, hérité des ancêtres et source de toute vie. Le principe du partage communal des ressources avait pour conséquence de le rendre inaliénable et inappropriable privément, son usage impliquant l'obligation d'assurer sa transmission sans détérioration jusqu'à la septième génération. Ce type de rapport semble avoir été généralisé chez les peuples autochtones, et les recherches anthropologiques récentes ont montré, contrairement à ce que l'on avait cru au début du siècle, que les exceptions à ce régime autorisant l'héritage patrilinéaire sont probablement la conséquence de la colonisation et plus particulièrement de la traite des fourrures.

ii) Conception de l'autorité et organisation politique

Les divergences n'étaient pas moindres, au contraire, entre les valeurs culturelles des Autochtones et celles des Français en matière de conception de l'autorité et d'organisation politique. La société française, où la patrilinéarité se confond avec le patriarcat, est alors en train de centraliser le pouvoir entre les mains de l'État monarchique : la subordination hiérarchique indiscutée qui la caractérise y est souvent occultée par un certain paternalisme, reflété dans des formes langagières qui associent le père à l'autorité. Par contraste, l'organisation des sociétés autochtones, notamment iroquoise, montagnaise et micmac, est basée sur le consensus et l'autonomie personnelle, sous-tendus par des valeurs d'égalitarisme et de partage : la subordination politique, la représentativité des chefs, la règle de la décision majoritaire y sont inconnues; la patrilinéarité, rare, n'y est pas équivalente au patriarcat, et le terme de «père» n'y connote pas l'autorité, généralement exercée par les oncles maternels.

b) L'interprétation autochtone des actes juridiques coloniaux

C'est sur cet arrière-plan de valeurs culturelles divergentes qu'il faut analyser les interprétations données par les Autochtones des actes juridiques qui matérialisent leur relation aux Français, et l'éclairage qu'apporte ce champ culturel sur ces interprétations donnerait, si besoin était, une preuve supplémentaire du caractère surdéterminant des valeurs par rapport aux sens multiples que prend toujours le droit dans son application concrète.

i) Gestes d'appropriation

Avant de pouvoir interpréter un acte «juridique» dans le cadre de quelque champ culturel que ce soit, il faut d'abord —c'est

plutôt élémentaire— prendre connaissance des faits qui le matérialisent. Cette condition minimale de communication du droit au moins dans sa dimension formelle a souvent manqué lors des gestes d'appropriation posés par les Français en terre d'Amérique, notamment lorsque Verrazano, désignant l'Amérique du doigt depuis son navire croisant au large des côtes, la déclarait possession française... L'exemple ne serait pas unique de ce type de comportement, puisque l'une des versions de la règle d'appropriation du droit des gens n'exigeait pas que ces gestes soient publics.

Dans ces circonstances, comme dans celles où, bien que publique, le geste d'appropriation était accompagné d'explications visant à tromper les Autochtones sur son but —par exemple : La Vérendrye enterrant chez les Mandans une tablette de prise de possession au nom du roi de France, cependant présentée aux Autochtones comme souvenir de son passage parmi eux— on imagine mal comment les Autochtones eussent pu comprendre qu'il se soit agi-là d'un geste symbolique de conquête.

Mais les malentendus ne se limitent pas à ces circonstances extrêmes : il semble bien en effet que même lorsque les traces de prise de possession étaient visibles, les Autochtones n'en saisissaient pas toujours le sens ou alors les refusaient : l'implantation de la croix de Cartier à Gaspé a soulevé les protestations de Donnacona, affirmant son contrôle du sol et exigeant qu'on lui demande permission, et c'est aux Anglais que les Autochtones de l'Ohio ont dû demander le sens des marques aux armes du roi de France laissées par de Blainville sur leurs terres.

La difficulté de saisir le sens de ces gestes à partir de tout autre culture que celle du contexte colonial européen n'étonnera personne, tant le symbolisme est ténu et semble relever de la pensée magique. Le rejet de l'application de ces symboles non plus, surtout dans une culture dont on sait qu'elle conceptualise le territoire comme une ressource collective, dont il faut prendre soin afin de la transmettre aux générations futures et donc inaliénable à qui que ce soit.

ii) Commissions

Les commissions consenties par le roi à divers marchands et compagnies ne comportaient pas de cessions de terre⁹¹, mais le

91. Sous réserve de celles des Indes Occidentales et des Cent Associés. Voir *infra*, p. 83 et suiv..

plus souvent des mandats de découverte et d'habitation, rarement de conquête, et n'emportaient dans le meilleur des cas qu'une délégation d'autorité politique et non une attribution de propriété. Ce n'est donc pas le rapport à la terre qui serait ici en jeu, mais la conception de l'autorité, si les Autochtones avaient été en mesure d'interpréter ces commissions. Mais comme dans le cas des gestes de prise de possession occultes, ils n'étaient pas informés de l'attribution de ces commissions et n'en ont pas pu déduire que le roi était en train de partager leur territoire entre ses ressortissants en leur attribuant sur eux une autorité politique qu'ils n'ont d'ailleurs jamais exercée...

iii) Envillagement

Le sens que les Autochtones ont donné à leur «envillagement», par lequel la France tentait de matérialiser sa politique de colonisation par sédentarisation et conversion, est moins clair, et nous n'en avons pas de trace sauf pour constater qu'ils estiment encore y avoir gagné des droits, notamment au village Huron et à Kahnesatake. Peut-on en déduire qu'ils ne peuvent pas prétendre avoir obtenu des droits si les Français n'en détenaient pas au départ? Même dans cette hypothèse, que faut-il en conclure, compte tenu de leur conception du rapport au sol, incompatible avec son aliénation mais compatible avec la complémentarité d'emprises distinctes sur un même fond? C'est sans doute le domaine où des recherches supplémentaires, à partir de sources orales ou consignées seraient le plus utiles.

Peu de choses sont certaines à leur égard : les envillagés n'ont pas pour autant renoncé à leur appartenance aux Nations qu'ils quittaient, souvent temporairement, en venant se réfugier chez les Français; leur conversion au christianisme ne signifiait pas pour eux soumission au roi, et ils n'ont pas renoncé non plus par là à leurs droits sur les territoires de chasse et de pêche.

iv) Adoption de mesures régulatrices

À ma connaissance, on ne sait pas quelle interprétation les Autochtones donnaient au contenu des mesures régulatrices et de police émises à leur intention par les autorités coloniales en vue de les soumettre à la justice criminelle coloniale. On sait seulement que dans les rares cas où elles se sont appliquées, il semble que ce ne fut qu'avec le consentement négocié d'Autochtones qui étaient conscients de pouvoir refuser cette application, acceptée seulement en considération du fait qu'ils seraient soumis à cet égard à un régime particulier. Le contexte ne permettrait donc pas facilement de donner à cette affirmation d'autonomie le sens d'une renonciation à la souveraineté.

v) Alliances et traités

Mais le lieu par excellence des interprétations divergentes, ce sont les alliances et les traités, sans doute parce qu'en ce qui concerne les premières, les protocoles sont d'origine autochtone et comportent des séquences d'actes symboliques nombreux, dont la trace a été conservée dans les récits coloniaux.

Il peut s'agir des stages de visiteurs français chez les Autochtones, où ils sont considérés comme des gages de bonne foi et d'amitié et même comme des otages, en qui les Français ne voient que de futurs interprètes en apprentissage, ou de cérémonies pré-guerrières à Cahigué, que Champlain — imbu de sa prétendue supériorité européenne — prend pour des célébrations en son honneur. Il en va de même de ses méprises sur son rôle de chef d'expédition guerrière, inexistant chez les Autochtones sur lesquels il n'a aucun pouvoir et dont il doit au contraire respecter les traditions et la volonté, et sur le rôle d'arbitre entre les Hurons et les Algonquins, qu'on lui attribue selon une pratique courante chez les Amérindiens, où il voit la soumission des Autochtones au roi, se percevant au contraire comme un juge rendant une décision exécutoire, basée sur la responsabilité individuelle alors que la justice huronne et algonquine affirme le caractère collectif de cette responsabilité.

De même, dans les traités et dans les échanges, le qualificatif de père qui, pour les Français implique la soumission à l'autorité, n'a pas le même sens pour les Autochtones de l'Alliance. Cela est vrai aussi bien pour les Nations dont l'organisation sociale est matrilineaire et consensuelle comme les Iroquois — pour lesquels le père, traditionnellement pourvoyeur, n'exerce pas pour autant l'autorité — et dont le modèle de diplomatie a été suivi par les autres membres de l'Alliance, que pour les nations patriliniéaires et néanmoins consensuelles, dont la patrilinéarité n'impliquait pas pour autant le patriarcat en présence d'une très forte tradition égalitariste et respectueuse de l'autonomie des personnes, et cela à un degré impensable pour un Européen habitué à une société hiérarchisée.

Les exemples de telles interprétations parallèles, qualifiées de dialogiques par l'analyse systémale, abondent. J'en ai relevé ici quelques-unes, inspirées par les conceptions, divergentes chez le colonisateur et les colonisés, du rapport à la terre et de l'autorité dans l'organisation sociale et politique, pour illustrer la présence, et indiquer partiellement le contenu, d'ordres juridiques autochtones présents sur le territoire à l'arrivée des Français. Ces ordres juridiques ont interprété les gestes posés ici par les Français en application du droit des gens selon leur propre champ culturel

et leur ont donné un sens distinct de, sinon tout à fait opposé à, celui que leur attribuait les Français.

• • •

Tout au long du Régime français, les Autochtones et les Français ont vécu côte à côte sur un territoire qu'ils occupaient en vertu de représentations symboliques différentes, mais concrètement et concurremment compatibles, selon un mode sans rapport avec la propriété exclusive, un concept alors encore inconnu aussi bien des Français qui ne l'avaient pas encore développé, que des Autochtones, dont le droit ne le reconnaît pas encore à ce jour. Incorporées dans des ordres juridiques distincts, les règles qui matérialisaient ces conceptions du rapport au sol, l'étaient encore au moment de la conquête britannique. Car, en l'absence de conquête militaire, aucun acte posé par les Autochtones ne signifiait pour eux la subordination collective d'aucune de leurs Nations, ni ne permettait par conséquent de conclure que les ordres juridiques autochtones et français se seraient fusionnés.

Dans ces circonstances, on peut donc affirmer qu'en 1760, la question du statut des Autochtones sur le territoire de ce qui allait devenir le Québec n'a pas une mais deux réponses légitimes, selon que l'on se place dans l'ordre juridique autochtone, pour lequel il s'agit d'un statut politiquement autonome, sur un territoire considéré comme une ressource à partager, ou dans l'ordre juridique français, dont les interprétations diverses du droit des gens impliquent des réponses différentes. Pour les positivistes, un statut subordonné, soit suite à l'appropriation par la découverte accompagnée de gestes d'appropriation, soit à l'occupation effective matérialisée par les commissions, le régime seigneurial ou l'application des lois coloniales, ou encore par la cession à travers les traités. Pour les constructivistes et même pour les réalistes — qui rejettent hors du droit les gestes unilatéraux d'appropriation, ne lisent aucune soumission dans les commissions, les alliances ou les traités, contestent l'application du droit colonial aux Autochtones et voient les modes d'occupation du sol, et particulièrement la tenure seigneuriale, comme compatible avec le rapport au territoire des Autochtones — une solution analogue à celle que prône l'ordre juridique autochtone.

La question de savoir si ces ordres juridiques distincts se sont maintenus intacts après la Conquête est une question plus complexe et qui demande à être documentée, et nous revenons sur les interrogations qu'elle soulève en abordant la période post-conquête.

II- LA PÉRIODE POST-CONQUÊTE

À la synthèse de nos travaux sur les conséquences du régime français sur le statut des peuples autochtones au Québec, la Commission nous demandait d'intégrer la réponse du professeur Brian Slattery à la question de la survie au Québec des droits ancestraux et des droits issus de traités pendant la transition entre le Régime français et le Régime britannique. Il s'agissait notamment de cerner par là l'effet de la Capitulation et de la Proclamation royale de 1763, de façon à éclairer la situation contemporaine à cet égard.

Slattery décrit son approche analytique du droit comme organique et évolutive⁹². Il désigne par là une position théorique qu'il distingue du positivisme en ce qu'elle construit le droit comme le produit non pas des lois adoptées par une autorité souveraine disposant du pouvoir de contrainte, mais de pratiques collectives et de traditions reflétant des valeurs et des principes universels. Dans cette perspective, les droits des peuples autochtones au Canada sont vus comme ancrés dans un corpus de droit et de pratiques qui se serait développé en Amérique du Nord depuis le contact entre les populations autochtones et le colonisateur, jusqu'au milieu du XVIII^e siècle. Il s'agirait alors d'une sorte de droit international local et coutumier, particulier à l'Amérique du Nord et qui se serait progressivement intégré au droit colonial britannique. À partir au moins du XVIII^e siècle, à mesure de l'extension des pouvoirs de la Couronne sur les peuples autochtones qui avaient d'abord été ses partenaires commerciaux et ses alliés, on serait en présence d'un corpus désormais interne au *common law* canadien, suite à son passage de la sphère internationale à la sphère «domestique».

Eu égard à la Capitulation et à la Proclamation, il les lit comme des éléments de ce droit inter-sociétal en voie d'intégration au droit colonial britannique à travers leur «écriture» et leur codification. S'agissant dès lors d'instruments juridiques écrits, emportant des effets de droit dans le cadre du droit britannique colonial et constitutionnel, ils sont intégrés au droit positif canadien, ce qui amène Slattery à les analyser selon les techniques standard utilisées pour de tels instruments dans le contexte juridique britannique et canadien. Cette position est partiellement compatible avec la nôtre, le pluralisme extra-étatique⁹³ étant une condition préalable au développement de ce que Slattery décrit

92. Brian Slattery, «Aboriginal Sovereignty and Imperial Claims», (1991) 29 *Osgoode Hall L.J.* 681, plus particulièrement pp. 700-703.

93. Voir *supra*, p. 10 et notes 27 et 28.

comme un droit international local. Mais le pluralisme intra-étatique et la conception inter-sociétale du droit théorisent différemment l'intégration subséquente de deux ordres juridiques antérieurement distincts; quant à savoir si, et quand, les conditions —d'ailleurs fort ambiguës— d'une telle intégration ont été réalisées ici, c'est une question qui n'est pas résolue pour nous⁹⁴, ni non plus, quant au Québec en particulier, pour Slattery⁹⁵.

Dans cette perspective, nous incluons ses conclusions sur les effets de la Conquête à l'égard du statut des peuples autochtones du Québec dans notre synthèse de ces effets tels que lus dans l'ordre juridique canadien et québécois (A), nous réservant d'examiner séparément ces mêmes effets dans la perspective des ordres juridiques autochtones, dans la mesure où nos minces connaissances nous permettent de le faire (B). En conclusion, après avoir fait état du peu que nous savons sur les faits juridiques survenus par la suite et jusqu'à nos jours, nous soulèverons les nombreuses et immenses questions qui surgissent à ce sujet.

A- Les effets de la conquête dans l'ordre juridique canadien et québécois

Des effets de la Capitulation et de la Proclamation royale sur le droit canadien dans son ensemble, tels que les analyse le professeur Slattery, nous avons d'abord extrait ceux qui s'appliquent plus précisément au Québec, quitte à exposer ensuite les lectures alternatives qui en ont été faites.

1. Le droit positif canadien lu par Slattery^{96*}

Pour saisir les effets de la post-conquête sur le statut des peuples autochtones au Québec, il faut distinguer deux étapes dans la période de transition entre les régimes français et anglais : la Conquête, matérialisée par la Capitulation de Montréal, confirmée par le Traité de Paris, et la Proclamation royale.

a) La Conquête : Capitulation et Traité de Paris

Posant au départ qu'il n'est pas nécessaire de résoudre la question controversée de savoir si le changement de colonisateur

94. Voir *infra*, p. 57 et suiv.

95. Communication personnelle, 6 octobre 1994.

96. Cette partie du texte a profité de discussions approfondies entre Brian Slattery, la soussignée, et les autres membres de l'équipe : Alain Bissonnette, Jean-Maurice Brisson, Sylvio Normand et Pierre Verville, ainsi que Denys Delâge.

résulte de la Capitulation de Montréal ou du Traité de Paris, Slattery estime que ce dernier ne constitue pas la seule base du «titre» autochtone, et s'attache donc à analyser la Capitulation, dont il examine à la fois l'effet *ratione materiae*, c'est-à-dire le sens différent et les règles nouvelles qu'elle introduirait dans le droit applicable, et la portée territoriale et *ratione personae*, en les situant dans la perspective plus globale des effets des conquêtes dans le droit des gens et dans le droit colonial britannique de l'époque.

— **Effets *ratione materiae*** Selon sa lecture de ces sources, et s'appuyant à cet égard sur les arrêts *Stuart v. Bowman*⁹⁷, *Wilcox c. Wilcox*⁹⁸ et surtout sur une série de décisions du Conseil privé, dont *Ovekan v. Adela*⁹⁹ les «droits privés»¹⁰⁰ («*private property rights existing at the time of acquisition*») sont présumés maintenus jusqu'à ce qu'ils soient modifiés par l'autorité compétente. En droit colonial britannique, sauf modification au contraire, l'autorité compétente pour modifier ces droits à l'époque, ce peut être le roi, exerçant les prérogatives de la Couronne, aussi bien que le Parlement britannique, à moins d'une délégation par la Couronne aux législatures locales. Or, selon Slattery, la Capitulation constituerait une telle modification eu égard aux «droits privés» («*private property rights existing at the time of acquisition*»)¹⁰¹, les mettant à l'abri de l'exercice de la

97. (1852) 2 L.C.R. 369 (Mont. S.C.); (1853) 3 L.C.R. 309 (Q.B.).

98. 8 C.L.R. 34.

99. [1957] 2 All. E.R. 785.

100. L'expression, dont la traduction française n'est pas heureuse mais doit être maintenue pour la distinguer des véritables droits de propriété, désigne des droits fonciers incluant parfois des droits analogues à la propriété, mais qui ne comportent pas l'emprise exclusive.

101. L'article 2 de la capitulation de Québec dispose : «Les habitants soient Conservés dans La possession de leurs maisons, biens, effets et privilèges», en marge duquel les Britanniques ont apposé la réponse suivante : «Accordé en mettant les armes bas»; l'article 37 de celle de Montréal : «Les seigneurs de Terres, Les Officiers Militaires et de Justice, Les Canadiens, Tant des Villes que des Campagnes, Les francois Etablis ou Commerçant dans toute l'Etendue de La Colonie du Canada, Et Toutes Autres personnes que ce puisse Estre, Conserveront L'Entière paisible porpriété et possession de leurs biens, Seigneuriaux et Roturiers, Meubles et Immeubles, Marchandises, Pelletries, et Autres Effets, même de Leurs bâtimens de Mer; Il n'y Sera point touché ni fait le moindre dommage, sous quelque prétexte que ce Soit : «Il leur Sera Libre de les Conserver, Louer, Vendre, Soit aux Francois ou aux Anglois, d'En Emporter Le produit En Lettres de Change, pelletries Especes Sonnantes ou autres retours, Lorsqu'ils Jugeront à propos de passer en france, En payant le fret, Comme à L'Article 26»; et son article 40 : «Les Sauvages ou Indiens Alliés de sa M^e tres Chretienne Seront maintenus dans Les Terres qu'ils habitent, S'ils Veulent y rester; Ils ne pourront Estre Inquietés Sous quelque prétexte que ce puisse Estre, pour avoir pris les Armes et Servi sa Ma^e très Chrétienne».

prérogative et ne les laissant dorénavant vulnérables à modification que par le Parlement.

En ce qui concerne les lois et systèmes de gouvernement autochtones (*indigenous systems of internal government and laws*), ils auraient été maintenus en vertu non pas cette fois du droit international liant les peuples européens, mais d'une règle particulière du droit international local liant en Amérique du Nord les Britanniques et les Autochtones, et selon laquelle les peuples autochtones retiennent une mesure de *self-government* même après qu'ils aient été placés sous la protection de la Couronne britannique. La mention, par la partie anglaise, en marge du texte de la capitulation : «ils sont sujets du roi», n'y changerait rien, car, dans la théorie de Slattery, la souveraineté britannique n'impliquerait pas la fin du *self-government* autochtone¹⁰².

— **Portée territoriale et *ratione personae*** Quant à la portée de la capitulation, dont l'article 40 vise «les Indiens alliés» des Français¹⁰³ — Français qui en sont les seuls signataires avec les Britanniques — elle touche, selon Slattery, l'ensemble des territoires canadiens sur lesquels la France avait affirmé sa souveraineté, et non seulement les alliés des Français dans les combats qui ont précédé la Capitulation dans la région de Montréal, mais tous les Autochtones encore alliés des Français au moment où le Régime français prend fin.

Sur la portée de la Capitulation à l'égard spécifiquement des Autochtones ennemis des Français et par conséquent alliés des Britanniques, Slattery est silencieux¹⁰⁴; mais sans doute les politiques des vainqueurs ne pouvaient-elles leur réserver un sort moins favorable que celui qu'ils concédaient aux alliés des vaincus.

Il estime cependant que cet article 40 n'épuise pas les droits concédés aux peuples autochtones, droits qui seraient également visés par l'article 37, lequel dispose à l'égard non seulement des catégories de personnes énumérées (seigneurs, officiers, canadiens des villes et campagnes, Français établis et

102. Slattery estime que si, à la fin du XIX^e siècle ou au début du XX^e, il était devenu évident que les nations autochtones avaient — à la faveur d'une «accommodation mutuelle» — été intégrées à la fédération canadienne tout en retenant une certaine mesure de *self-government*, il est très douteux que tel ait été le cas pour plusieurs nations autochtones en 1763 : la réponse ne peut venir que de recherches historiques rigoureuses portant sur chaque nation. Là encore, en pratique, sa position diffère peu de la nôtre : voir *infra*, p. 49 et suiv.

103. Précité note 102.

104. Comme d'ailleurs le texte de la Capitulation, dans la rédaction duquel les Français ne se souciaient évidemment pas des alliés des Anglais.

commerçants dans la Colonie) mais de «*Toutes Autres personnes que ce puisse Estre*»¹⁰⁵.

b) La Proclamation royale de 1763

L'étude très fouillée que Slattery consacre à la Proclamation royale de 1763, notamment à travers les documents préparatoires, porte entre autres sur ses effets au Québec à l'égard tant des systèmes de droit coutumier et de gouvernement autochtones existants, qu'à celui du régime des terres.

— **Systèmes de droit coutumier et de gouvernement** S'agissant des systèmes de droit coutumier et de gouvernement existants —maintenus, selon Slattery, par cette règle particulière du droit international local en vertu de laquelle les peuples autochtones retiennent une mesure de *self-government* même sous la protection de la Couronne britannique— et intégrés par la suite à l'intérieur du droit positif appliqué au Canada, il ne répond pas explicitement à la question de savoir s'ils ont été affectés par la Proclamation, estimant que la protection implicite des lois existantes réfère présument à une «mosaïque de droit français et indigène», demeurée intacte sauf en ce qui concerne les modifications qui découlent directement du changement de souverain, qui passe de la Couronne française à la Couronne britannique.

Aucune disposition de la Proclamation ne visant expressément les lois ou les systèmes de gouvernement autochtones, Slattery induit en effet leur survivance implicite du préambule : «*the several Nations or Tribes of Indians, with whom We are connected and who live under Our Protection*», qui reflète selon lui une situation où les peuples autochtones vivant sous la souveraineté de la Couronne demeuraient des unités politiques autonomes, avec leurs propres territoires, leurs propres lois et leurs structures internes de gouvernement. Le *self-government* des Autochtones serait donc maintenu à l'intérieur du cadre du nouveau système juridique britannique qui assume la pleine souveraineté, à moins d'une abrogation par une loi valide.

— **Régime des terres** L'interprétation que donne Slattery à la Proclamation attribue une portée différente à ses différents articles. En ce qui concerne ses éléments peut-être les plus importants pour les Autochtones au Québec, il estime que la Proclamation reconnaît que les terres occupées et non cédées par

105. Précité note 102.

les Autochtones leur sont réservées même dans la colonie de Québec de 1763 et dans la Terre de Rupert¹⁰⁶, et suspend temporairement toute acquisition des terres désignées : «territoire indien», c'est-à-dire situées à l'extérieur des frontières du Québec, des Florides et de la Terre de Rupert et celles qui s'étalent au-delà de la ligne des Appalaches.

Compte tenu de la géographie politique de l'époque, il en conclut que la plus grande partie des terres du Québec moderne —savoir : la colonie de Québec et la Terre de Rupert— étaient alors ouvertes à la colonisation et pouvaient être cédées par les Autochtones au Gouverneur selon les conditions imposées par la Proclamation (consentement autochtone à travers des assemblées publiques réunies pour la conclusion d'un traité), ne classant comme inaliénable qu'une portion intermédiaire entre ces deux zones. Mais cette portion intermédiaire serait progressivement passée de la zone inaliénable à la zone aliénable à mesure que les frontières du Québec ont été étendues au cours des siècles subséquents.

Sur l'effet, en droit contemporain, de cette interprétation, Slattery est silencieux, pour des raisons qui nous mènent à la même réserve : des lois modifiant le régime des terres ont été passées par la suite, sous l'Union et depuis la Confédération, dont la portée à l'égard de la Proclamation n'a pas été encore cernée et exigerait des études approfondies en l'absence desquelles il est impossible de se prononcer¹⁰⁷.

Au terme de cette analyse, Slattery conclut que le droit positif canadien, dans son état actuel, se lit comme reconnaissant aux peuples autochtones un titre à l'égard des terres qu'ils occupent et qu'ils n'ont pas cédées, de même que leur droit coutumier et une certaine mesure de *self-government*. Bien que, conformément à notre approche pluraliste, nous faisons une lecture analogue de ces droits, de ce système juridique et de cette autonomie gouvernementale *dans l'ordre juridique autochtone*¹⁰⁸, nous ne croyons pas que ce soit la seule conclusion à laquelle on puisse arriver en se situant dans l'ordre juridique canadien et québécois. Tout en étant d'accord avec une grande partie de sa démonstration, nous estimons en effet que d'autres éléments du droit positif

106. «...[the Indians living under the British protection should not be disturbed] in the Possession of such Parts of Our Dominions and Territories as, not having been ceded to, or purchased by Us, are reserved to them, or any of them, as their Hunting grounds».

107. Voir *infra*, p. 58 et suiv.

108. Voir *infra*, p. 54 et suiv..

peuvent donner lieu à des lectures différentes de la sienne, même si elle reste éminemment défendable.

2. Des lectures alternatives possibles du droit positif canadien¹⁰⁹

Les travaux du professeur Slattery sur le droit canadien relatif aux peuples autochtones, et plus particulièrement sur la période qui entoure la Proclamation royale de 1763, sont certes les plus connus et les plus reconnus de ce domaine de recherche et ils jouissent d'un crédit bien mérité. D'autres voix se sont fait entendre cependant, adoptant des positions différentes sur certains points, qui ne sont par ailleurs pas toutes de conséquence sur le statut et les droits des peuples autochtones. Les unes en effet, divergeant sur des questions reliées à la portée de la Capitulation, n'affectent pas directement ces matières (a), mais d'autres, axées sur la portée territoriale de la Proclamation, pourraient avoir des effets plus importants sur le régime des terres (b).

Il ne nous revient pas de choisir entre ces interprétations, d'autant plus que la recherche impliquée par notre mandat ne portait que sur le Régime français. Nous ne sommes donc pas en mesure de formuler une opinion informée, qui exigerait de notre part une comparaison critique des justifications et des perspectives théoriques respectives qui appuient ces positions partiellement divergentes, bref une autre entreprise majeure de recherche. Mais même une esquisse du droit positif canadien et québécois sur la période post-conquête ne mériterait pas son nom si elle ne comprenait pas au moins une description, même sans prétention à l'exhaustivité, de ces points de vue divergents. Des différences d'approche, par ailleurs, entraînent des logiques explicatives différentes qui colorent l'ensemble du tableau, et dont il convient de faire d'abord état.

L'approche organique et évolutive adoptée par Slattery l'amène à concevoir le droit colonial britannique et les pratiques autochtones de l'époque de la Capitulation et de la Proclamation comme un corpus en voie d'intégration, qu'il serait légitime d'interpréter selon les techniques standard utilisées dans le droit britannique et canadien. Dans notre cadre théorique, dont nous avons fait état au départ¹¹⁰, une telle intégration ne saurait survenir qu'en cas d'affaiblissement des ordres juridiques autochtones, un événement dont nous ne savons pas, dans l'état actuel de nos

109. La suite de ce texte n'aurait pu être établie sans la collaboration très active d'Alain Bissonnette.

110. *Supra*, p. 7 et suiv.

recherches, s'il est survenu¹¹¹. Dans ces circonstances, la Capitulation et la Proclamation, qui font pour nous partie du droit colonial britannique et ne lient pas les peuples autochtones¹¹², se lisent comme tels, et se construisent comme le produit, situé au plan historique et social, des intérêts coloniaux britanniques. Pour des raisons différentes, issues du positivisme et parfois du réalisme, certains tribunaux font encore une autre lecture de ce droit. Il reste maintenant à décrire les points de vue sur lesquels débouchent, à certains égards, ces perspectives différentes.

a) La Capitulation

Si nous avons bien saisi la pensée de Slattery, il soutient que la Capitulation lie la Couronne britannique et non seulement conserve les «droits privés» des Canadiens, mais les met à l'abri de l'exercice de la prérogative, ne les laissant dorénavant vulnérables à modification que par le Parlement. L'opinion dominante de la doctrine québécoise —distinguant, comme le fait d'ailleurs Slattery, entre «les droits privés» entendus au sens de droits fonciers et même, dans certains cas, de droits de propriété, et «le droit privé», un corpus plus large englobant les règles qui régissent les particuliers dans les relations juridiques qu'ils entretiennent entre eux— tire cependant une conclusion différente de cette distinction.

Elle pose en effet que la Capitulation, en maintenant les habitants dans leurs droits à l'égard des terres qu'ils détenaient sans mettre l'ensemble du droit privé à l'abri de modification par la prérogative, laisse à la Couronne la faculté de changer le régime de propriété, et donc le contenu des «droits privés», à travers d'éventuelles modifications au droit privé, dont le régime de propriété fait évidemment partie intégrante.

S'appuyant sur *Campbell v. Hall*¹¹³ («Mais s'il [le roi] choisit de conserver les habitants sous sa protection et leur octroie leurs propriétés, il a le pouvoir d'imposer les conditions qu'il croira à propos»), les auteurs posent que ce n'est qu'à partir du moment où, dans la Proclamation, le roi a promis une assemblée législative locale qu'il s'est dépouillé du pouvoir de modifier le droit privé par la prérogative.

111. Voir *infra*, pp. 57-60.

112. Voir *infra*, pp. 54-56.

113. (1774) 1 Cooper 204, 210 (K.B.), 98 E.R. 1045.

Ils estiment que c'est d'ailleurs ce qui s'est passé : les habitants ont été maintenus sur leurs terres, dans lesquelles leurs droits n'ont pas été confisqués, mais le système britannique de franc et commun soccage sera introduit —en dehors des seigneureries à tout le moins— y modifiant ainsi le régime foncier et le contenu des «droits privés». C'est l'opinion qui sous-tend les propos de Morel¹¹⁴, aussi bien que de Morin et Woehrling¹¹⁵, qui s'appuient notamment à cet égard sur les articles 13 et 33 de la Capitulation de Montréal.

Certes, dans cette optique, la question reste posée de savoir ce qui arrive dans le cas des seigneureries lors de l'introduction, par la Proclamation, du droit privé anglais, dont le régime foncier de franc et commun soccage sera difficile à concilier avec la tenure seigneuriale en vertu de laquelle «les droits privés» des seigneurs et censitaires sont exercés, et c'est pourquoi ces derniers protesteront et réclameront le retour du droit privé canadien, réintroduit en 1774. À tout événement, quelle que soit l'issue éventuelle de cette controverse sur la portée matérielle de la Capitulation, elle n'affecte pas les droits des peuples autochtones.

Pour Slattery, ces droits sont en effet doublement maintenus par la Capitulation, spécifiquement par l'article 40, et plus généralement par l'article 37 qui disposerait à l'égard non seulement des catégories de personnes énumérées (seigneurs, officiers, Canadiens des villes et campagnes, Français établis et commerçants dans la Colonie) mais inclurait les peuples autochtones dans l'expression : «*Toutes Autres personnes que ce puisse Estre*».

Dans l'optique opposée, la Capitulation ne concerne que les Français et les Canadiens d'une part, et les Anglais de l'autre, qui en sont les seuls signataires. Malgré les stipulations pour autrui¹¹⁶ qui y sont consenties en leur faveur, elle ne peut être opposée aux Autochtones et n'affecte pas leurs droits, d'autant plus que les Anglais, comme d'ailleurs les Français avant eux, entretenaient avec eux «des relations très proches de celles qui

114. André Morel, *Histoire du droit : sources et formation du droit*, Montréal, Faculté de droit, Coopérative étudiante, 1988, pp. 81-88.

115. Y. Morin et José Woehrling, *Les constitutions du Canada et du Québec du Régime français à nos jours*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1992, pp. 42-51.

116. Le concept de stipulation pour autrui, issu du droit privé, trouve maintenant de nombreuses applications en droit public. En matière de droit aux services de santé, par exemple, on trouve même des stipulations législatives pour autrui. Voir : A. Lajoie, P.-A. Molinari, et J.-M. Auby, *Traité de droit de la santé et des services sociaux*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1982.

étaient maintenues entre nations souveraines»¹¹⁷, concluant avec eux des traités séparés dont certains seront confirmés après la Capitulation¹¹⁸, ce qui eût été contradictoire si ce dernier instrument les avait liés.

Dans un cas comme dans l'autre et quelle que soit la lecture proposée pour le droit colonial relatif à la Capitulation¹¹⁹, les droits des peuples autochtones la traversent sans en être affectés; entre 1760 et 1763, ils restent donc ce qu'ils sont au terme du Régime français¹²⁰.

b) La Proclamation royale de 1763

Si les divergences d'interprétation de la Capitulation sont ainsi sans effet sur les droits des peuples autochtones, il n'en va pas nécessairement de même de celles —encore très actuelles— qui s'expriment à propos de la portée territoriale de la Proclamation royale de 1763. On peut en effet déboucher sur des situations nettement différentes quant aux terres conservées par les Autochtones suivant l'interprétation que l'on donne au texte qui s'énonce :

«[the Indians living under the British protection should not be disturbed] in the Possession of such Parts of Our Dominions and Territories as, not having been ceded to, or purchased by Us, are reserved to them, or any of them, as their Hunting ground.»

Trois lectures différentes sont actuellement en compétition devant la Cour suprême qui devrait bientôt rendre sa décision dans l'affaire *Côté*. Toutes reconnaissent l'application de la Proclamation au territoire de la colonie de Québec¹²¹, mais

117. *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, pp. 1052-53.

118. Voir *infra*, p. 54.

119. Certains posent la question de la conquête elle-même : les Indiens alliés des Français n'ont-ils pas été conquis par la force des armes, indépendamment de la capitulation et ce fait lui-même n'a-t-il pas de conséquences juridiques sur leur statut? Toutefois, les historiens qui posent la question n'y répondent pas, et ce n'est pas à un juriste de le faire... Mais la Conquête elle-même peut-elle être constatée juridiquement et avoir des effets en droit autrement que par la capitulation?

120. Voir *supra*, p. 43 et suiv.

121. Affirmée de façon générale dans *A.G. Ontario c. Bear Island Foundation*, (1984) 15 D.L.R. (4th) 321 et dans *P.G. Québec c. Adams*, (1993) R.J.Q. 1011; voir également : Paul Dionne, «Les postulats de la Commission Dorion et le titre aborigène au Québec : vingt ans après», (1991) 51 *R. du B.* 127.

divergent sur l'étendue de son application à l'intérieur de ce territoire¹²². La plus étroite émane justement de la Cour d'appel du Québec¹²³, dont la décision fait l'objet de ce pourvoi, et limite la portée de la Proclamation aux établissements reconnus comme villages ou missions par les autorités françaises avant 1760, en prétendant s'appuyer sur un *obiter* du juge Lamer dans l'arrêt *Sioui* : «et les établissements *permis* par la Couronne à l'intérieur de la Colonie»¹²⁴. Une opinion, médiane, de la Cour supérieure du Québec¹²⁵, y inclut non seulement les terres cédées comme réserves aux Indiens par les Français que concède la Cour d'appel, mais celles que la Couronne française n'avait pas cédées aux colons et sur lesquelles les Autochtones exerçaient des droits de chasse et de pêche. La plus large, proposée par Slattery, étend comme on l'a vu, la protection de la Proclamation à toutes les terres non cédées par les Indiens à la Couronne et qu'ils continuent d'occuper.

On aura compris que, guidés par l'approche constructiviste exposée dans notre cadre théorique¹²⁶, nous n'avons pas l'intention de trancher ce débat auquel nous estimons qu'il n'existe pas de réponse, mais des réponses, à construire selon l'instance qui les énonce, comme le produit, situé au plan historique et social, des intérêts en jeu. La Cour se trouve dans la position classique où la coince l'interprétation des concepts flous dans un contexte dialogique de pluralisme des valeurs¹²⁷. Bien malin qui prédirait lesquelles elle choisira d'introduire dans son interprétation, entre celles des groupes autochtones et celles de la majorité québécoise, qui reste néanmoins, pour un tribunal canadien, une minorité au Canada... Car si l'on sait que les tribunaux peuvent choisir dans le confort d'appliquer les valeurs majoritaires, on ne connaît pas bien encore les mécanismes par lesquels ils choisissent parfois des valeurs minoritaires, ni lesquelles ils peuvent entériner sans perdre leur légitimité¹²⁸.

122. Des glissements dans la traduction française de la Proclamation pourraient peut-être expliquer ces divergences : voir P. Dionne, *loc. cit.*, note précédente, pp. 136-145.

123. *Côté c. R.*, (C.A.), [1993] R.J.Q. 1350.

124. Précité note 118, p. 1052 [Italique de l'auteur de ce texte].

125. *Côté c. R.*, [1989] R.J.Q. 1893 (C.S.).

126. Voir *supra*, p. 4.

127. Voir *supra*, p. 23.

128. Andrée Lajoie et al., «Les représentations de 'société libre et démocratique' à la Cour Dickson, la rhétorique dans le discours judiciaire canadien», (1994) 32 *Osgoode Hall Law Journal* 295-391.

B- Les effets de la conquête dans les ordres juridiques autochtones

De tout temps, on sait peu de choses du droit oral et gestuel produit dans les ordres juridiques autochtones, et cela est d'autant plus vrai quand il s'agit d'une période éloignée comme celle de la Conquête britannique des possessions françaises d'Amérique. Il convient néanmoins de s'arrêter aux rares éléments dont nous disposons eu égard à la Capitulation et à la Proclamation.

1. La Capitulation

Ce qui est certain, du moins, c'est qu'aucun des documents écrits témoignant de ces événements —qu'il s'agisse de la Capitulation ou du Traité de Paris— n'ont été signés par quelque peuple autochtone que ce soit. Ces ordres juridiques demeurent donc distincts et non affectés par ces instruments, d'autant plus que certaines Nations ont signé avant —et parfois confirmé après— la Capitulation, des traités séparés avec les Britanniques, traités en vertu desquels ils ont obtenu la protection de leurs droits.

Trois exemples nous sont connus. Le plus célèbre, commenté par la Cour suprême dans l'affaire *Sioui*, a été conclu avec les Hurons et leur accorde la liberté d'exercer leurs coutumes et leur religion. En l'absence d'indication quant au territoire sur lequel ces droits pourront s'exercer, la Cour a décidé qu'ils pourraient l'être «sur tout le territoire fréquenté par les Hurons en 1760, en autant que l'exercice des coutumes et des rites ne serait pas incompatible avec l'utilisation particulière que la Couronne ferait de ce territoire»¹²⁹.

Un autre traité, conclu cette fois en août 1760 avec les Algonquins à Swegatchy et consigné par procès-verbal à Kahnawake en 1769¹³⁰, a attiré l'attention des tribunaux à l'occasion de l'affaire *Côté*¹³¹ : il garantissait également aux Indiens signataires la conservation de leurs terres, possessions et territoires de chasse, ainsi que le libre exercice de leur religion, en échange de leur neutralité dans le conflit entre Britanniques et

129. *Sioui*, précité note 118, pp. 1027 et 1071-73.

130. Les traces écrites de ce traité et de ce procès-verbal étant aujourd'hui disparues, la Cour d'appel s'est appuyée sur les mémoires de Sir Williams Johnson et le témoignage de l'historien R. Parent pour en établir le contenu. (*Côté c. R.*, (C.A.), précité note 124, p. 1366.

131. *Côté*, cité note précédente.

Français. Un troisième aurait été conclu entre Murray et les Montagnais avant juin 1760, leur garantissant la protection du roi d'Angleterre et la réouverture du commerce des fourrures¹³².

Compte tenu que les traces de ces traités nous sont parvenues à travers la jurisprudence et la doctrine canadienne et québécoise, nous serions mal placés pour en induire l'interprétation que les Autochtones donnaient alors et donnent maintenant à ces ententes.

Il n'en reste pas moins possible d'en tirer au moins deux conclusions, du moins en ce qui concerne les Nations concernées par ces traités : si l'on peut induire leur conception des événements de leur comportement, les Autochtones signataires de ces traités ne semblent pas s'être estimés liés par les stipulations pour autrui introduites en leur faveur par les Français dans le texte de la Capitulation, sans quoi ces traités ne leur seraient pas apparus nécessaires; par ailleurs ces traités ne contiennent aucune cession de terres, ni renonciation à des ordres juridiques distincts, au contraire.

2. La Proclamation royale de 1763

Dans notre approche pluraliste, des ordres juridiques distincts en concurrence ou en juxtaposition sur un même territoire ne s'interpénètrent que par fusion volontaire ou imposée. S'agissant des ordres juridiques autochtones dont nous avons constaté la présence à la fin du Régime français, et dont nous n'avons trouvé aucun indice de fusion avec l'ordre juridique colonial britannique entre 1760 et 1763, ils sont donc, de leur point de vue interne, étanches à la Proclamation d'une autorité émanant d'un ordre juridique auquel ils n'ont pas reconnu de pouvoir normatif sur un territoire qu'ils estiment leur, bien qu'ils y aient accueilli aussi bien les Britanniques que les Français.

Pourtant, à plusieurs reprises, des Autochtones de toutes Nations ont invoqué la Proclamation à l'appui de leurs revendications, en confirmation de leurs arguments juridiques¹³³. Ils l'ont invoquée non pas comme un acte juridique qui aurait des

132. M. Ratelle, *Contexte historique de la localisation des Attikameks et des Montagnais de 1760 à nos jours*, Québec, Gouvernement du Québec, Ministère de l'Énergie et des Ressources, 1982, pp. 29-30.

133. *The Queen c. The Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, (1981) 4 C.N.L.R. 86, commenté dans P. Dionne, *loc. cit. supra*, note 122, pp. 157-58. Voir également : M. Bolt et J.A. Long, directeurs d'édition, *The Quest for Justice: Aboriginal Ancestral Rights*, Toronto, U. of T. 1985.

effets à l'intérieur de leur propre système, mais comme un fait, une admission de l'autre partie, analogue à un comportement qui donnerait lieu à *estoppel* en *common law* : ainsi les Britanniques et leurs successeurs canadiens ne pourraient pas, après avoir reconnu unilatéralement les droits des Autochtones dans la Proclamation, revenir sur leur parole et les leur dénier par la suite. Si la Proclamation a eu des effets sur les droits des peuples autochtones, ce ne serait pas un effet proprement juridique à l'intérieur de leur propre système normatif, mais plutôt un effet rhétorique dans le cadre de revendications politiques.

. . .

On peut donc conclure ce bref examen de la période qui entoure la Conquête en affirmant qu'après la Capitulation et le Traité de Paris le statut et les droits des peuples autochtones au Québec étaient restés tels qu'ils étaient à la fin du Régime français. Nous les avons alors décrits dans les termes où ils se lisaient alors, aussi bien dans l'ordre juridique autochtone, que dans les interprétations non positivistes du droit colonial¹³⁴, et qu'il convient de reprendre ici pour mémoire :

«Tout au long du Régime français, les Autochtones et les Français ont vécu côte à côte sur un territoire qu'ils occupaient en vertu de représentations symboliques différentes, mais concrètement et concurremment compatibles, selon un mode sans rapport avec la propriété exclusive, un concept alors encore inconnu aussi bien des Français qui ne l'avaient pas encore développé, que des Autochtones, dont le droit ne le reconnaît pas encore à ce jour. Incorporées dans des ordres juridiques distincts, les règles qui matérialisaient ces conceptions du rapport au sol, l'étaient encore au moment de la conquête britannique. Car, en l'absence de conquête militaire, aucun acte posé par les Autochtones ne signifiait pour eux la subordination collective d'aucune de leurs Nations, ni ne permettait par conséquent de conclure que les ordres juridiques autochtones et français se seraient fusionnés»¹³⁵.

134. Bien que motivée différemment selon les cas, cette lecture vaut pour tous, sauf pour les positivistes purs et durs, dont Alain Bissonnette et Sylvio Normand font voir, (*infra*, ch. IV et II) que leur interprétation est anachronique, même à l'intérieur de l'ordre juridique colonial.

135. *Supra*, p. 42.

Après la Proclamation royale de 1763, dans la lecture qu'en font les Autochtones et certains interprètes du droit colonial, ce statut et ces droits continueront de s'appliquer sur toutes les terres non cédées par les Indiens à la Couronne et qu'ils continuent d'occuper. Mais dans l'ordre juridique canadien, il n'y a pas de consensus sur l'étendue géographique à laquelle s'appliquent ces droits territoriaux et, s'agissant du droit positif canadien, c'est la Cour suprême qui aura à trancher à l'occasion de l'affaire Côté.

C'est la mesure —restreinte mais non négligeable— dans laquelle l'examen de la situation juridique prévalant au cours du Régime français éclaire le statut et les droits contemporains des peuples autochtones au Québec. Pour en avoir une meilleure idée —mais non pas une idée définitive ou indiscutable, par ailleurs impossible— il eût fallu étendre les recherches jusqu'à aujourd'hui, car le droit ne s'arrête pas davantage que le temps et modifie sans cesse sa propre image. Nous nous contenterons de formuler les questions qui devraient être soulevées dans l'hypothèse où l'on voudrait cerner l'objet de plus près.

QUELQUES QUESTIONS POUR LA SUITE DU MONDE

En effet, ni le Nouveau-Monde, ni d'ailleurs l'autre, c'est bien connu, n'ont pris fin en 1763. Qu'en est-il, deux siècles plus tard, de ces ordres juridiques alors autonomes, du statut, des droits qu'ils définissaient pour les peuples autochtones? Beaucoup d'eau a coulé sous les ponts fragiles tissés par les alliances conclues sous le Régime français et au début du Régime anglais. Des faits et des lois se sont succédé dont la portée n'est pas facile à apprécier, d'autant plus qu'on ne peut pas cerner aisément non plus quels critères successifs le droit international a reconnu au fil des ans et jusqu'à maintenant pour déterminer ce qui compte comme un acte de sujétion d'un peuple ou une preuve de fusion d'ordres juridiques antérieurement distincts...

Des faits, tout d'abord, militaires, démographiques et économiques, qui peuvent avoir une signification politique, mais dont les effets juridiques ne sont pas clairs. Les Autochtones apparaissent pour la dernière fois à côté des Britanniques comme alliés lors de la guerre américaine de 1812, après quoi leur appui militaire n'est plus nécessaire au maintien de la colonie. Le rapport démographique, dont l'inversion s'était amorcée sous le Régime français, continue d'évoluer à leur détriment jusqu'à son seuil actuel au Québec, apparemment situé entre 0,6 et 1%. Enfin, la dépendance économique, comme le prouvent abondamment et tristement les audiences publiques de la Commission, s'accroît elle-aussi. Mais en contrepartie, un

nouveau rapport de forces, favorable aux peuples autochtones, s'élabore, appuyé sur l'opinion internationale.

Des lois ensuite, constitutionnelles et internes, et leur application.

Dans les lois constitutionnelles qui se sont succédées —en 1774, 1791 et 1840— jusqu'à la Confédération, aucune mention du statut ou des droits des peuples autochtones. Puis en 1867, une attribution au Parlement fédéral de la compétence législative sur les Indiens et les terres réservées aux Indiens¹³⁶ et, en 1982, la constitutionnalisation des droits ancestraux ou issus de traités¹³⁷, dont l'interprétation, qui n'échappe certes pas au contexte politique où elle s'énonce ni aux enjeux qui la sous-tendent, occupe les constitutionnalistes depuis lors et pour longtemps encore.

Dans la législation interne, le repérage même, avant toute interprétation, est moins simple, ne serait-ce qu'en fonction de déterminer quels textes concernent indirectement les questions autochtones, et il n'y avait pas lieu d'y procéder dans le cadre de la présente étude, portant —on voudra bien s'en souvenir— sur le Régime français. Pourtant, on peut relever quelques exemples de lois, ne serait-ce que pour faire voir, justement, l'ampleur des problèmes que soulève l'appréciation de leur effet sur le statut contemporain des peuples autochtones au Québec.

Au milieu du XIX^e siècle, le Parlement uni du Canada a adopté deux lois, l'*Acte pour mieux protéger les terres et les propriétés des sauvages dans le Bas-Canada*¹³⁸ et l'*Acte pour mettre à part certaines étendues de terre pour l'usage de certaines tribus sauvages du Bas-Canada*¹³⁹, autorisant le Gouverneur-en-conseil à désigner des terres à ces fins, ce qui fût fait par un ordre-en-conseil adopté de 8 juin 1854¹⁴⁰. Cette procédure ne respectait apparemment pas la lettre de la Proclamation, qui eût exigé que les terres aliénables l'aient été avec le consentement des Autochtones,

136. *Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91, 24^o.

137. *Loi constitutionnelle de 1982*, art 35.

138. S.C. 1850, c. 42.

139. S.C. 1851, c. 106.

140. Intitulé : «*Cédule indiquant la distribution de l'étendue de terre mis à part et appropriée en vertu du chapitre 106 des Statuts de 1851 au profit et pour l'avantage des tribus indiennes dans le Bas-Canada*» et cité dans J. Fortin et G. Frenette, «L'Acte de 1851 et la création de nouvelles réserves indiennes au Bas-Canada en 1854 : polémique sur la législation locale et la Proclamation», *Recherches amérindiennes au Québec*, 1989, vol. XIX, n^o 1, p. 31.

donné au cours d'assemblées publiques, mais le Rapport des Commissaires spéciaux nommés le 8 septembre 1858 pour s'enquérir des affaires des Sauvages en Canada¹⁴¹ tente d'y apporter une explication.

Notant d'abord que «*la Couronne elle-même, tout en suivant la lettre de cette proclamation, a, comme il a été dit dans une page précédente de ce rapport, acheté des sauvages pour une somme nominale de larges étendues de terres, quelquefois pour des marchandises, quelquefois pour une annuité qui n'avait aucun rapport avec la valeur de la terre*», les commissaires s'efforcent de justifier plutôt le respect de l'esprit de la Proclamation. «*Si cette sauvegarde était établie [le fidéicomis], nous ne voyons pas qu'il fut nécessaire absolument dans la plupart des cas d'obtenir le consentement des sauvages dans la remise de leurs terres, chaque fois que cette remise semblerait clairement être à leur avantage*»¹⁴².

Dans le contexte du droit colonial britannique, ces lois canadiennes pouvaient-elles avoir l'effet de modifier la Proclamation? La réponse dépendrait, entre autres, de l'interprétation —controversée quant à son effet, déclaratoire ou non— du *Colonial Laws Validity Act*¹⁴³. Pour bien faire, il faudrait aussi poser la même question à propos de l'abolition de la tenure seigneuriale, effectuée elle aussi par une loi du Parlement uni¹⁴⁴, et d'autres lois foncières provinciales de portée générale touchant peut-être indirectement les terres des Indiens et certainement la lecture du droit de propriété à l'intérieur de l'ordre juridique québécois — lois qui ne sont pas recensées et dont la validité devrait être au surplus vérifiée dans chaque cas eu égard aux théories relatives au partage constitutionnel des compétences législatives...

Et encore toutes ces lois ne sauraient avoir d'effets que lus dans l'ordre juridique canadien, à moins que les ordres juridiques autochtones ne se soient fusionnés avec le système juridique canadien. Mais pour répondre à la question préalable de savoir si tel est le cas pour l'un ou l'autre des ordres juridiques préexistants, il faudrait, Nation par Nation, établir —à partir de

141. Reproduit à l'annexe 21 aux Statuts du Canada de 1858, 21 Victoria 1856.

142. Italiques de l'auteur de ces lignes. La citation est tirée du texte du Rapport non paginé cité à la note précédente, dans la section intitulée : «Position des tribus indigènes aux yeux de la loi».

143. 28-29 Victoria c. 63 (R.U.).

144. *Acte concernant l'abolition générale des droits et devoirs féodaux*, S.C. 1854, c. 3.

recherches en anthropologie du droit— l'existence d'un ordre juridique d'origine, et son maintien par la suite. Or le respect par les individus de la *Loi sur les Indiens*¹⁴⁵ en ce qui a trait à l'élection des Conseils de bande, l'exercice, dans les mêmes conditions, du droit de vote aux élections fédérales et québécoises, l'acceptation de subsides et de subventions de toutes sortes, constituent-ils des actes de soumission politique collective imputables aux divers peuples autochtones?

Resurgit la question, centrale à la définition du droit dans la théorie phénoménologiste : à partir de quand le comportement individuel constant devient-il normatif? Question de nombre? De caractère collectif du consentement? À quoi le reconnaît-on et qui (combien) décide(nt) à quels critères on le reconnaîtra?

Ce n'est donc qu'au terme de toutes ces recherches —théoriques et empiriques, en droit constitutionnel, en théorie et en anthropologie du droit— que l'on pourrait jeter un meilleur éclairage sur le statut juridique des peuples autochtones dans le Québec contemporain. Encore faudrait-il avoir la modestie et l'honnêteté de reconnaître que les réponses proposées seraient, elles aussi, le produit socialement et historiquement déterminé de leurs auteurs. «L'histoire ne sera jamais scientifique» : c'est Paul Veyne, un historien du Collège de France qui l'écrit¹⁴⁶. Le droit encore moins, si c'est possible, serions-nous tentés d'ajouter, en exhortant les intéressés à investir plutôt dans un avenir décolonisé par la négociation de solutions désormais partagées...

145. Actuellement : L.R.C. (1985), c. 1-5. Pour un historique de cette législation, voir : Centre de recherche historique et d'étude des traités, *Historique de la Loi sur les Indiens, Canada*, Ministère des Affaires indiennes, Ottawa, 1980.

146. Paul Veyne, *Comment on écrit l'histoire*, Paris, Seuil, 1971, repris dans la Collection Points, 1993, pp. 117-122.

CHAPITRE I

L'APPROPRIATION DU CANADA PAR LA FRANCE DE 1534 À 1760 OU LES RIVAGES INCONNUS DU DROIT*

Jean-Maurice Brisson**

INTRODUCTION

«Si une fois on les peut arrester,
ils sont à nous.»¹

Au premier abord, il peut sembler inutile et même inopportun de revoir le processus par lequel la France s'est approprié le territoire du Canada à partir du XVI^e siècle. Pour l'opinion dominante en histoire, la question est entendue depuis longtemps et l'idée selon laquelle cette appropriation a été effective, complète et conforme au «droit» international de l'époque est maintenant bien établie. Assez bien établie, en fait, pour qu'elle continue de gouverner la pensée des juristes du Québec —auteurs et magistrats— qui ont eu à se prononcer sur la question au cours des vingt dernières années.

Et pourtant, depuis ces vingt dernières années, on assiste en la matière à un changement de «paradigme», pour reprendre le mot mis à la mode par Thomas Kuhn², c'est-à-dire au développement de prémisses différentes de celles qui ont traditionnellement servi de base à l'analyse de la présence française au Canada et à l'étude des rapports entre Français et Autochtones pendant cette période. Pour l'essentiel, on cherche en effet à convaincre, dans ce discours en émergence, que la rencontre entre Européens et Autochtones en Amérique doit être perçue comme celle de deux civilisations, profondément différentes il va sans dire, mais néanmoins de stature égale par leurs caractéristiques respectives, tant en ce qui concerne leur organisation politique que leurs institutions juridiques et leurs traditions culturelles.

* Cette étude a été réalisée grâce à la collaboration initiale de Pierre Verville, puis de Jean-Paul Sainte-Marie, au repérage de la documentation pertinente; qu'ils veuillent bien trouver ici l'expression de mon entière reconnaissance.

** Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

1. Propos du père Paul Le Jeune, rapportés dans les *Relations des Jésuites* et cités par George F.C. Stanley, «The First Indian «Reserves» in Canada», (1950-1951) 4 *R.H.A.F.* 178, 179.

2. Thomas S. Kuhn, *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, Nouvelle bibliothèque scientifique, 1972, p. 25 et suiv. Cet ouvrage a d'abord paru en anglais, aux États-Unis, en 1962.

Dans cette perspective, l'appropriation du Canada par la France ne peut plus être envisagée comme un phénomène unilatéral et univoque, que les Autochtones se seraient alors plus ou moins contentés de subir. Les indices accumulés à partir de ce changement de perspective et à la lumière de sources jusqu'alors inexplorées permettent de conclure, à tout le moins, que la réalité de ce phénomène d'appropriation, telle que l'historiographie l'a traditionnellement reconstituée jusqu'à nous, ne peut plus être tenue pour acquise et doit au contraire être réévaluée (II).

Mais ce ne sont pas seulement les faits par lesquels l'appropriation se serait —ou ne se serait pas— matérialisée qui doivent être analysés, mais aussi l'ensemble, imprécis, des justifications d'ordre juridique qui ont été, dans le même temps, élaborées et invoquées par les Européens pour servir de base à leur action colonisatrice.

Pour valoir entre elles, les puissances colonisatrices avaient en effet besoin de règles du jeu, d'un «droit» de l'exploration, de la découverte et de la colonisation, qui fonde leurs titres sur des territoires qui leur étaient jusqu'alors inconnus. La France, au Canada, de même que le Portugal, l'Espagne, la Hollande et la Grande-Bretagne, ailleurs, ont ensemble développé, à travers les modes d'appropriation qu'ils ont pratiqués, une partie déterminante du «droit des gens». Au même moment, mais sans avoir l'impact qu'elle aurait souhaité produire sur l'action des Européens, s'est aussi développée une doctrine du droit des gens, destinée à critiquer et à orienter les entreprises de colonisation. La réunion de ces pratiques des États et de ce discours savant a formé la trame de ce qui allait éventuellement devenir le droit international moderne, et qui peut servir ici de cadre d'appréciation de la légalité de l'appropriation du Canada par la France (I).

I.- LA LÉGALITÉ DE L'APPROPRIATION AU REGARD DU DROIT DES GENS

Ce n'est pas sans un certain embarras que l'on peut aborder la question de la légalité de l'appropriation du Canada par la France au regard du droit international de l'époque. La démarche n'est évidemment pas dénuée d'intérêt : on devine qu'elle va permettre de dire si la France s'est comportée, en cette matière, conformément à une sorte de code de conduite que les Européens auraient alors développé pour s'approprier les territoires redécouverts en leur nom. Mais on ne peut s'empêcher d'observer que c'est probablement là la seule conclusion à laquelle pareille démarche permette de parvenir. Quant à savoir si cette appropriation a été valable sur le plan juridique, produisant ainsi

des effets opposables *erga omnes*, la prudence —pour dire le moins— s'impose.

D'abord, parce qu'il s'agit d'appliquer une question fortement teintée de positivisme à une époque antérieure à l'apparition même de la notion d'État de droit³. On imagine en effet, en arrière-plan de cette question de légalité comme dans l'esprit de ceux qui la posent, tout un éventail de sources formelles du droit d'alors qu'il suffirait de parcourir pour vérifier si le comportement de la France y a ou non été conforme. Or la teneur du «droit» de l'époque est fort éloigné de cette hiérarchie rassurante de sources avec laquelle le juriste d'aujourd'hui est habitué de travailler, si seulement l'on peut dire qu'ait alors existé, sur cette question d'appropriation, une telle chose que du droit. Au départ, en effet, c'est sur une base de droit savant —ou de doctrine— que repose le droit des gens qui nous intéresse, montrant déjà par là une économie d'ensemble à l'inverse de celle que propose le positivisme moderne (A).

Ensuite, parce que cette question de légalité laisse entendre qu'un fois la démarche close, les conclusions arrêtées auront force obligatoire pour toutes les parties impliquées dans le processus, à la manière d'un jugement. Or, on le devine, ce droit des gens applicable aux nouvelles découvertes ne descendait d'aucune autorité internationale dont l'action aurait été contraignante et acceptée comme telle par tous. On constate au contraire que c'est à travers les gestes posés par chacun des États colonisateurs, sur le terrain, que s'est développé un «droit» de l'appropriation (B).

A - L'ambivalence du droit savant

Du XVI^e au XVIII^e siècle s'est développée en Europe une doctrine savante, fondée sur la morale et la philosophie et, occasionnellement, sur le droit romain⁴, destinée à proposer aux États des règles de conduite de leurs affaires internationales. On considère généralement que cette doctrine a formé la base du droit international moderne, du moins dans une vision linéaire —et

3. Apparition que Jacques Chevallier situe en Allemagne au XIX^e siècle : *L'État de droit*, Paris, Montchrestien, Collection Clefs/Politique, 1992, p. 11.

4. Sur la part du droit romain dans l'élaboration du droit des gens, on peut lire : Raoul Genet, «Notes sur l'acquisition par occupation et le droit des gens traditionnels», (1934) *XV Rev. dr. int. lég. comp.* (3^e série) 285, 295-299 et R.Y. Jennings, *The Acquisition of Territory in International Law*, Manchester, Manchester University Press, 1963, p. 3 et suiv.

traditionnelle— de l'histoire⁵. Il était sans doute inévitable qu'à l'époque des grandes «découvertes», on s'intéresse également à l'action coloniale et aux conséquences qu'allait produire la rencontre de puissances rivales à travers leurs entreprises d'exploration et d'exploitation de nouveaux territoires⁶.

Cette doctrine a eu une influence variable sur l'action et la législation des États visés, assez éloignée, au moins dans l'immédiat, de celle qu'a pu exercer la doctrine comme source du droit interne pendant la même période⁷. Antérieure au positivisme, elle nous rappelle cependant «la dépendance congénitale des sciences juridiques par rapport aux ontologies et représentations du monde inventées par des philosophes»⁸. Aussi paraît-il justifié de s'y arrêter, même si l'on peut être tenté de croire, à première vue, que seules les pratiques coloniales ont eu une portée décisive sur l'élaboration des règles applicables à l'appropriation du Nouveau Monde⁹.

Sur l'interprétation qu'il faut donner aux textes par lesquels ce droit savant s'est constitué, on ne trouve guère d'unanimité.

Les uns dénoncent l'utilisation rhétorique mais déformante que l'on a pu faire de cette doctrine pour promouvoir des revendications actuelles sur le statut et les droits territoriaux des peuples autochtones¹⁰, alors que d'autres lui attribuent une incontournable actualité¹¹. On a aussi souvent postulé que cette

-
5. Comme en témoigne, par exemple, l'ouvrage *Les fondateurs du droit international. Leurs oeuvres-Leurs doctrines*, avec une introduction de A. Pillet. Paris, Giard & Brière, 1904, qui expose la pensée des principaux auteurs en la matière, du XV^e au XVIII^e siècle. Voir aussi A. de Lapradelle, *Maîtres et doctrines du droit des gens*, 2e éd., Paris, Les Éditions Inter-Nationales, 1950.
 6. Voir, entre autres, J.H. Parry, *The Age of Reconnaissance*, Berkeley and Los Angeles, University of California Press, 1981, p. 303 et suiv. et G.C. Marks, «Indigenous Peoples in International Law: The Significance of Francisco de Vitoria and Bartolome de Las Casas», (1992) 13 *Aust. Y.B. Int. L.* 1, 18.
 7. André-Jean Arnaud, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris, L.G.D.J., 1969.
 8. Selon le mot de Michel Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*. Paris, Éditions Montchrestien, 1968, p. 1.
 9. C'est l'opinion de R. Genet, *loc. cit.*, note 4, 300.
 10. G.C. Marks, *loc. cit.*, note 6, 9. Pour un exemple contemporain d'utilisation de la pensée de Vitoria, voir «Mémoire sur les droits territoriaux des Indiens de la province de Québec», *Recherche amérindiennes*, vol. 2, 1972, 13, 13-14.
 11. Robert A. Williams, «The Medieval and Renaissance Origins of the Status of the American Indian in Western Legal Thought», (1983) 57 *Southern*

pensée constituait l'assise d'une discipline qui se serait constituée par sédimentation jusqu'au droit international du XX^e siècle¹², pendant que d'autres critiquaient l'idée même d'une «évolution progressive» tendant à masquer «the idiosyncratic dimensions of primitive scholarship»¹³ et le caractère systématique des diverses approches qui se sont succédé jusqu'à aujourd'hui¹⁴. D'autres enfin ont exprimé l'avis que, sur toute question importante, on pouvait trouver, dans cette oeuvre comme dans les exégèses qu'on en a pu faire, des opinions contradictoires¹⁵. Aussi n'est-ce pas sans réserve ou sans forcément faire oeuvre idéologique que l'on peut essayer de dégager, de ce droit savant, des lignes directrices sur la question des modes d'acquisition de territoires habités par des peuples autochtones.

Deux idées semblent dominer la question : celle, d'abord, d'une *souveraineté de principe des premiers occupants* sur leur territoire; celle, ensuite de la *légitimité possible de l'expansion européenne* sur des terres nouvellement «découvertes», bien qu'habitées.

L'idée d'une souveraineté de principe des premiers occupants sur leur territoire a été mise de l'avant, semble-t-il, tout au long de la période qui nous intéresse, quoiqu'en suivant une trajectoire déclinante. Elle n'était bien sûr pas partagée par tout le monde et a été fréquemment contredite par les faits, le cas classique des conquêtes espagnoles l'attestant à l'évidence¹⁶. On trouve en effet, dans les travaux des publicistes de l'époque —et même au-delà du XVII^e siècle—, une reconnaissance *explicite* ou *implicite* du statut des Autochtones, avec comme conséquence l'antériorité de leur titre sur les territoires soumis à leur contrôle.

De Vitoria (1480-1546) jusqu'à de Vattel (1714-1767) et même Blackstone, on peut retracer dans le droit savant des affirmations d'une souveraineté initiale des Autochtones sur

Cal. L. Rev. 1, 69 ou, encore, *Actualité de la pensée juridique de Francisco de Vitoria*, Bruxelles, Bruylant, 1988.

12. A.P. Rubin, «International Law in the Age of Columbus», (1992) 39 *Netherlands Int. L. Rev.* 5.

13. David Kennedy, «Primitive Legal Scholarship», (1986) 27 *Harv. Int. L.J.* 1, 11.

14. *Id.* 37, 97.

15. G.C. Marks, *loc. cit.*, note 6, 49.

16. L.W. McAlister, *Spain and Portugal in the New World (1492-1700)*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1984, p. 73 et suiv. et L. Bethell (ed.), *Colonial Spanish America*, London, Cambridge University Press, 1987, p. 1 et suiv.

l'ensemble du territoire découvert par un État européen¹⁷. Cette reconnaissance d'une souveraineté de principe est née d'une contestation croissante de l'autorité de la Papauté dans le domaine temporel et de ce qui avait fini par être perçu, aux yeux des puissances colonisatrices rivales du Portugal et de l'Espagne, comme une ingérence injustifiée dans l'attribution de la propriété du Nouveau Monde¹⁸. Mise en cause dès le XIII^e siècle¹⁹, cette autorité n'en avait pas moins servi jusqu'à la fin du XV^e siècle à arbitrer les conflits entre le Portugal et l'Espagne, qui les premiers s'étaient lancés dans des entreprises d'exploration. En divisant (géographiquement) le monde en deux — ce qui est toujours commode — une bulle pontificale de 1493 avait réparti l'appropriation éventuelle des espaces à découvrir entre les deux Couronnes²⁰. François I^{er} obtiendra, dans la première moitié du XVI^e siècle, que la portée de ce décret soit restreinte aux territoires alors déjà découverts, laissant ainsi le champ libre à l'appropriation concurrentielle de l'inconnu²¹.

-
17. M.F. Lindley, *The Acquisition and Government of Backward Territory in International Law, being A Treatise on the Law and Practice Relating to Colonial Expansion*. London, Longmans, Green and Co., 1926, p. 12-17; Georges Langford, «Aperçu sur la situation légale des Indiens aux États-Unis d'Amérique. Enseignement à tirer d'une évolution sociale et juridique», (1951) 55 *R.G.D.I.P.* 343, 370; Cornelius J. Jaenen, *The French Relationship with the Native Peoples of New France and Acadia*. Ottawa, Indian and Northern Affairs Canada, 1984, p. 19-21 et Olive P. Dickason, «Concepts of Sovereignty at the Time of First Contacts», dans L.C. Green & O.P. Dickason (eds.), *The Law of Nations and the New World*, Edmonton, University of Alberta Press, 1989, 235, 240.
18. Sur le rôle de la Papauté à l'époque des découvertes, on peut lire : André Decencière-Ferrandière, «Essai historique et critique sur l'occupation comme mode d'acquérir les territoires en droit international», (1937) *XVIII Rev. dr. int. lég. comp.* 362; Leslie C. Green, «Claims to Territory in Colonial America» dans L.C. Green & O.P. Dickason (eds.), *op. cit.*, note 17, 1, 4 et suiv. et A.P. Rubin, *loc. cit.*, note 12, 16, 20.
19. O.P. Dickason, *loc. cit.*, note 17, 165-169 et à la page 241, où l'auteur résume : «International law as it evolved in Europe began to emerge as the Law of Nations (*jus gentium*) during the Age of Discovery as a result of the shift of power from the supranational church to national monarchies». Voir aussi R.A. Williams, *loc. cit.*, note 11, 11.
20. Sur ce partage, la littérature est particulièrement abondante; parmi les ouvrages qui relatent l'événement, on peut lire : Robert Redslob, *Histoire des grands principes du droit des gens*, Paris, Rousseau et Cie, 1923, p. 177 et Paul Fauchille, *Traité de droit international public*, 8e éd., t. I, deuxième partie, Paris, Rousseau et Cie, 1925, p. 686; on peut compléter pour l'analyse par J.H. Parry, *op. cit.*, note 6, p. 303 et suiv.; R.A. Williams, *loc. cit.*, note 11, 33 et suiv. et A.P. Rubin, *loc. cit.*, note 12, 11 et suiv.
21. Ce fait, dont on n'a pas recueilli de preuve directe, est rapporté par Hubert Deschamps, *Les Européens hors d'Europe de 1434 à 1815*, Paris, Presses universitaires de France, 1972, p. 45; Charles-André Julien, *Les Français en Amérique au XVIII^e siècle*, Paris, Centre de documentation universitaire et Société d'édition d'enseignement supérieur, 1976, p. 6 et L.-R. Abenon et J.A. Dickinson, *Les Français en Amérique, Histoire d'une colonisation*. Lyon, Presses universitaires de Lyon, 1993, p. 17.

Mais la contestation est aussi menée, en dehors du politique proprement dit, par les philosophes, Francisco de Vitoria en tête, qui s'emploient à faire émerger une sorte de droit naturel applicable à toutes les nations et qui échappe à l'emprise de la papauté en même temps qu'il s'impose aux royaumes. Tous les peuples organisés — les Autochtones répondant à ce critère y compris — doivent être assujettis à ce *jus gentium*²², suivant l'appellation utilisée en droit romain pour décrire le droit applicable à la fois au citoyen et à l'étranger, qui repose sur l'idée fondamentale d'une égalité entre États : «the Indian peoples were «gentes» in this sense; they formed organized and independent States; their princes ruled by accepted titles, and were subject, equally with the princes of Europe, to *Jus gentium*»²³. Ce principe d'égalité emporte bien sûr que les Autochtones, comme les princes chrétiens eux-mêmes, échappent au pouvoir temporel de la papauté (comment pourrait-il en être autrement de toute façon?), mais aussi à celui des États colonisateurs²⁴. Ainsi en arrive-t-on à formuler explicitement, Vitoria le premier, que les Autochtones «were the true possessors of America by virtue of their occupation of these lands from time immemorial. This was the initial statement of *aboriginal rights*»²⁵.

D'autres, à la suite de Vitoria, iront dans le même sens, mais d'une manière de plus en plus mitigée²⁶. De Belli jusqu'à Pufendorf, en passant par Gentili, Suarez, Grotius et Textor, on voit se développer un système de justification de la préemption des territoires habités par des Autochtones qui repose sur la légitimité de l'occupation ou de la guerre²⁷. Au fur et à mesure que l'on se

22. Sur l'origine de l'appellation, voir : Arthur Nussbaum, *A Concise History of the Law of Nations*. New York, The Macmillan Company, 1947, p. 59; J.H. Parry, *op. cit.*, note 6, p. 305 et 306 et O.P. Dickason, *loc. cit.*, note 17, 162-163.

23. J.H. Parry, *op. cit.*, note 6, p. 305-306.

24. Antoine Favre, *Principes de droit des gens*. Fribourg, Éditions universitaires. Librairie de droit et de jurisprudence, 1974, p. 45; G. Langford, *loc. cit.*, note 17, 369 et A.P. Rubin, *loc. cit.*, note 12, 23, 24.

25. C.J. Jaenen, *op. cit.*, note 17, p. 19; dans le même sens : M.F. Lindley, *op. cit.*, note 17, p. 20; R.A. Williams, *loc. cit.*, note 11, 70 et suiv.; D. Kennedy, *loc. cit.*, note 13, 24 et suiv. et G.C. Marks, *loc. cit.*, note 6, 38 et suiv. Sur l'oeuvre de Vitoria, on peut lire en outre : Ernest Nys, «Les publicistes espagnols du XVII^e siècle et les droits des Indiens», (1889) 21 *Rev. dr. int. lég. comp.* 532, 555-560; A. Nussbaum, *op. cit.*, note 22, p. 58-64 et A.P. Rubin, *loc. cit.*, note 12, 20 et suiv.

26. La formule est un peu courte, mais elle reste valable si l'on accepte de dire que les exigences requises de la présence européenne pour qu'elle emporte appropriation d'un territoire habité par des Autochtones se relâchent, en s'éloignant des modes dérivés d'acquisition que sont la cession ou la conquête.

27. Sur la liste et l'appartenance de ceux qui ont écrit sur la question pendant toute cette période, l'ouvrage de Lindley (*op. cit.*, note 17, p. 10 et suiv.)

rapproche du XIX^e siècle, la portée du principe est à ce point réduite que son existence même doit être mise en cause : la conférence de Berlin de 1885 adoptera d'ailleurs, comme condition suffisante pour fonder la validité de l'appropriation d'un territoire contre les peuples indigènes, le principe de l'occupation effective²⁸. A partir du moment où il a été fermement énoncé par Vitoria, le principe d'une souveraineté autochtone initiale a donc emprunté une trajectoire déclinante : ainsi s'explique l'affirmation selon laquelle, «du point de vue doctrinal, le droit international ne semble pas avoir évolué dans le sens habituel»²⁹.

En réalité, au terme de la période qui nous intéresse, le principe paraît avoir été renversé au profit d'un discours de *légitimation de l'expansion européenne*.

Tous ceux qui, associés à l'élaboration du droit des gens, ont admis l'existence d'une quelconque souveraineté autochtone ne l'ont jamais fait sans restriction. Car ce que l'on donne d'une main, on cherche avec autant de conviction, à mesure que la colonisation s'étend, à le reprendre de l'autre; si la souveraineté autochtone existe, existent aussi des moyens d'y porter atteinte, sinon de l'éteindre.

Disons tout de suite, pour ne plus y revenir, qu'il s'est aussi trouvé des auteurs qui n'ont jamais admis l'existence d'une telle chose que la souveraineté autochtone³⁰. Pour les autres, deux théories ont été successivement développées pour justifier l'action colonisatrice de l'Europe : celle de la *conquête*, d'abord, puis celle de l'*occupation effective*. Puisque l'on admet initialement que les peuples autochtones peuvent être titulaires de la souveraineté, il doit bien se trouver des motifs ou des circonstances susceptibles de la leur faire perdre. Si l'on excepte en effet l'oeuvre de Las Casas

reste un point de départ essentiel. Il faut compléter par : A. Nussbaum, *op. cit.*, note 22, p. 72 et suiv.; H.B. Jacobini, *A Study of the Philosophy of International Law as Seen in Works of Latin American Writers*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1954, p. 12 et suiv. et L.C. Green, *loc. cit.*, note 18, 39-64.

28. Sur la conférence de Berlin de 1885, voir : R. Genet, *loc. cit.*, note 4, 312 et suiv.; Charles Rousseau, *Droit international public*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1953, p. 245-246 et D.P. O'Connell, *International Law*, vol. I, London, Stevens & Sons Ltd., 1965, p. 479-480. La déclaration adoptée au terme de la conférence ne valait que pour l'appropriation de l'Afrique, et pour l'avenir seulement.
29. Henri Brun, «Les droits des Indiens sur le territoire du Québec», dans *Le territoire québécois*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1974, p. 35, à la p. 40.
30. M.F. Lindley, *op. cit.*, note 17, p. 18-19.

(1474-1566)³¹, préoccupé surtout de l'aménagement des rapports entre le colonisateur et les Autochtones et tenant pour irréversibles, bien que les jugeant condamnables, les conquêtes espagnoles, on voit apparaître dans le droit savant, à partir de Vitoria lui-même, la possibilité légitime pour les Européens de s'approprier par la force les terres habitées par des Autochtones³².

Au moment où le Canada est conquis, en 1760, cette possibilité d'acquérir des territoires est cependant en voie de trouver son fondement dans la théorie de l'occupation.

À partir de préoccupations utilitaires —surpopulation réelle ou prétendue des pays européens³³, nécessité de profiter des richesses inexplorées de territoires habités en partie seulement et qui restent largement vacants³⁴— ou religieuses —légitimité de la propagation de la doctrine chrétienne³⁵—, on est en voie de réduire, sinon de nier, l'idée même d'une souveraineté autochtone.

De Vattel (1714-1767)³⁶ est considéré comme le principal promoteur de cette vision des choses. Pour lui, l'appropriation d'un territoire inhabité et sans maître, ou sur lequel «il ne se trouve que des peuples errants, incapables, par leur petit nombre, de l'habiter tout entier» est justifiée. En se fondant sur le postulat que «la terre appartient au genre humain pour sa subsistance», toute nation dont le territoire est insuffisant pour assurer le maintien de sa population peut légitimement occuper, pacifiquement, celui d'une autre, s'il s'agit d'une «vaste contrée» dont une partie seulement est utilisée. Une «habitation vague» de territoires aussi étendus «ne peut passer pour une véritable et légitime prise de possession». Si l'on peut admettre l'existence d'une certaine souveraineté au profit des indigènes —du moins implicitement— dans la contribution de Vattel, il est

31. Sur l'apport de Las Casas, voir : E. Nys, *loc. cit.*, note 25, 543 et suiv.; J.H. Parry, *op. cit.*, note 6, p. 308 et suiv.; O.P. Dickason, *loc. cit.*, note 17, 201 et suiv.; G.C. Marks, *loc. cit.*, note 6, 20 et suiv. et A.P. Rubin, *loc. cit.*, note 12, 32 et suiv.

32. La plupart des auteurs cités à la note 25 ont pris soin de montrer, en la nommant, la «face cachée» de l'oeuvre de Vitoria. Il faut y ajouter D. Kennedy, *loc. cit.*, note 13, 27 et suiv.

33. Geoffrey S. Lester, «Primitivism Versus Civilization: A Basic Question in the Law of Aboriginal Rights to Land», dans *Our Footprints Are Everywhere, Inuit Land Use and Occupancy in the Labrador*, Nain (Labrador), Labrador Inuit Association, 1977, p. 351, p. 356 et suiv.

34. W.E. Washburn, «The Moral and Legal Justification for Dispossessing the Indians», dans J.M. Smith (ed.), *Seventeenth Century America*, Chapel Hill (North Carolina), University of North Carolina Press, 1959, p. 22 et suiv.; A. Favre, *op. cit.*, note 24, p. 47; C.J. Jaenen, *op. cit.*, note 17, p. 20.

35. A. Nussbaum, *op. cit.*, note 22, p. 70 et L.C. Green, *loc. cit.*, note 18, 56.

36. Voir *Les fondateurs du droit international*, *op. cit.*, note 5, p. 73-79.

vraisemblable de croire qu'elle devra s'effacer progressivement au profit de celle de l'occupant, car «on ne s'écarte pas des vues de la nature en resserrant les sauvages dans des bornes plus étroites»³⁷. En admettant que la souveraineté autochtone puisse être diminuée sur le plan territorial, ou niée sur le plan politique, Vattel annonce —ou consacre— donc l'«univers concentrationnaire³⁸» des réductions et la transformation d'une aptitude au gouvernement en simples droits de propriété. Tout le XIX^e siècle, écrit Sibert, «sera dominé par la négation générale du droit naturel»³⁹. L'élaboration d'un droit également applicable à toute population organisée vivant sur un territoire, amorcée par les publicistes espagnols au XVII^e siècle, sera compromise par l'avènement de l'opinion selon laquelle, en droit international moderne, «les indigènes n'ont que des droits limités. Ils ont des droits de propriété. Mais tant qu'ils n'ont pu former d'État, au sens moderne du mot, ils ne sont pas souverains»⁴⁰.

B- La diversité des pratiques

Le droit savant de l'époque n'a guère eu d'influence décisive sur le comportement des États colonisateurs⁴¹. Quel qu'ait été son impact sur le droit international des droits de la personne⁴², il faut bien admettre que, pendant la période qui nous intéresse, c'est la pratique des États qui a formé la composante déterminante du «droit» applicable aux entreprises de colonisation.

-
37. Passage cité dans R. Genet, *loc. cit.*, note 4, 310; voir aussi R. Redtslob, *op. cit.*, note 20, p. 270; G. Langford, *loc. cit.*, note 17, 370; C.J. Jaenen, *op. cit.*, note 17, p. 21-22; L.C. Green, *loc. cit.*, note 18, 73-79 et O.P. Dickason, *loc. cit.*, note 17, 239-240.
38. Selon le mot de Denys DELÂGE, *Le pays renversé : Amérindiens et Européens en Amérique du nord-est (1600-1664)*, Montréal, Les Éditions du Boréal, 1991, p. 298; dans le même sens : G. LANGFORD, *loc. cit.*, note 17, 403.
39. Marcel Sibert, *Traité de droit international public*, t. 1, Paris, Dalloz, 1951, p. 12.
40. François Luchaire, *Droit d'outre-mer*, Paris, Presses universitaires de France, 1959, p. 25.
41. Si l'on excepte la réception —de courte durée— des idées de Vitoria et Las Casas dans la législation coloniale de l'Espagne : E. Nys, *loc. cit.*, note 25, 542-543 et 555; E. Nys, «Les juristes espagnols et la science du droit des gens», (1912) 14 *Rev. dr. int. lég. comp.* (2e série) 614, 620-621; R.A. Williams, *loc. cit.*, note 11, 9, 40 et suiv., 93-94 et O.P. Dickason, *loc. cit.*, note 17, 203 et suiv., 211-213. Voir, pour la situation en France, Marcel Trudel, «Louis XIV et son projet de déportation», (1950-1951) 4 *R.H.A.F.* 157, 166-169.
42. Douglas Sanders, «The Re-Emergence of Indigenous Questions in International Law», (1983) 3 *Can. H. Rights Y.B.* 3, 5-11 et Rosalie Schaffer, «International Law and Sovereign Rights of Indigenous Peoples», dans Barbara Hocking (ed.), *International Law and Aboriginal Human Rights*, The Law Book Co., 1988, p. 19.

Divers modes d'acquisition de territoires ont été pratiqués ou invoqués, pendant cette période, par les Européens : la simple découverte, la découverte accompagnée de gestes symboliques d'appropriation, la découverte suivie d'une occupation effective, la conquête, l'acquisition par voie de cession ou, enfin, par voie de prescription⁴³. Le recours à l'un ou l'autre de ces modes d'acquisition dépend bien sûr des intentions de l'État colonisateur, mais surtout des moyens dont il dispose pour les mettre en oeuvre, d'une part, et de l'intensité de la concurrence que lui livrent, vis-à-vis d'un territoire donné, des puissances rivales, d'autre part.

On s'entend généralement pour dire que tous les pays européens engagés dans des entreprises d'exploration ont alors adopté des pratiques minimales d'appropriation des territoires découverts⁴⁴ :

- le **Portugal** a eu systématiquement recours à des gestes matériels d'appropriation au moment de la découverte d'une *terra nullius* (érection d'une croix ou de monticules de pierres, prélèvement d'une poignée de terre, abandon sur place d'animaux domestiques), mais généralement sans accompagner cette prise de possession de déclarations formelles, orales ou écrites⁴⁵;
- l'**Espagne** a pratiqué un rituel d'appropriation qui, à quelques exceptions près, a été constamment observé : déclaration explicite de prise de possession, geste matériel d'appropriation (érection d'une croix, par exemple), manifestation physique de l'intention d'exercer son emprise sur le territoire (coupe d'un arbre, par exemple), constatation par écrit, attestée par des témoins et rédigés par un notaire, du processus d'appropriation d'un territoire donné⁴⁶;
- l'**Angleterre**, de même, prenait possession d'un territoire par un geste symbolique d'appropriation (érection d'une croix

43. Lindley (*op. cit.*, note 17) et Jennings (*op. cit.*, note 4), entre autres, font l'analyse de ces modes d'acquisition.

44. F. Luchaire, *op. cit.*, note 40, p. 25; L.C. Green, *loc. cit.*, note 18, 7-17 et 70; O.P. Dickason, *loc. cit.*, note 17, 228-231.

45. A.S. Keller, O.J. Lissitzyn & F.J. Mann, *Creation of Rights of Sovereignty through Symbolic Acts, 1400-1800*, New York, Columbia University Press, 1938, pp. 22-32. Bien que critiqué à l'occasion, cet ouvrage n'a pas été remplacé et reste incontournable.

46. A.S. Keller *et al.*, *id.*, pp. 33-48; on peut compléter par M.S. McDougal, H.D. Lasswell & I.A. Vlasic, *Law and Public Order in Space*, New Haven, Yale University Press, 1963, p. 833, 838-849.

portant inscription d'une appropriation au nom de la Couronne), accompagné d'une déclaration explicite affirmant la souveraineté du roi sur le territoire acquis⁴⁷;

- la **France**, elle aussi, a adopté des règles semblables, en prônant que la simple découverte ne pouvait fonder titre à moins d'être suivie d'actes explicites de prise de possession (érection d'une croix, là encore, mise en terre d'une plaque portant inscription au nom du roi), qui n'avaient cependant pas à être formellement accompagnés d'une proclamation publique de prise de possession⁴⁸;
- la **Hollande**, de même, ne se serait pas distinguée de façon significative à ce chapitre des pratiques développées par les autres pays européens, sinon pour avoir recours plus fréquemment que les autres à l'acquisition moyennant contrepartie⁴⁹.

S'il est incontestable que se soit développée *une sorte de droit commun de l'appropriation*, l'unanimité n'est cependant pas faite sur la question de savoir quelle pouvait être la portée juridique réelle de ces pratiques. Restait en effet à déterminer, «entre les nations comme entre les philosophes, si des croix, des poteaux, des inscriptions, etc..., suffisaient pour acquérir ou pour conserver la propriété exclusive d'un pays qu'on ne cultive pas»⁵⁰. Et l'on mesure facilement l'ampleur du problème quand on sait que, dans la quasi-totalité des cas, «the discoverers and explorers in the service of the European maritime nations dit not specify with any degree of precision the extent of the territory which they claimed to have acquired for their sovereign by acts of symbolic possession»⁵¹.

47. A.S. Keller, *op. cit.*, note 45, p. 49-56, 98-99; M.S. McDougal *et al.*, *id.*, p. 850.

48. *Id.*, 131; confirmé généralement par C.J. Jaenen, *op. cit.*, note 17, p. 17 et par M.S. McDougal *et al.*, *op. cit.*, note 46, p. 849-850.

49. A.S. Keller *et al.*, *op. cit.*, note 45, p. 132-141; confirmé généralement par Howard R. Berman, «Perspectives on American Indian Sovereignty and International Law, 1600 to 1776», dans J.C. Mohawk & O.R. Lyons, *Exiled in the Land of the Free: Democracy, Indian Nations and the U.S. Constitution*, Sante Fe, Clear Light Publishers, 1992, 125, 135 et suiv. et Bruce G. Trigger, *Natives and Newcomers: Canada's «Heroic Age» Reconsidered*, Kingston and Montréal, McGill-Queen's University Press, 1985, p. 330-331.

50. Selon le mot attribué à de Martens (1789) et cité par M.F. Lindley, *op. cit.*, note 17, p. 139; sur la controverse au sujet de la portée de ces gestes, voir : M.S. McDougal *et al.*, *op. cit.*, note 46, p. 831 et suiv. et G.C. Marks, *loc. cit.*, note 6, 50.

51. A.S. Keller *et al.*, *op. cit.*, note 45, p. 149; dans le même sens : M.S. McDougal *et al.*, *op. cit.*, note 46, p. 847 et suiv.

Suivant l'opinion traditionnelle, la priorité de découverte suffit alors à fonder titre, pourvu que la découverte ait été accompagnée de possession⁵². Cette «possession» peut n'être que fictive, et se matérialiser simplement par un acte symbolique de prise de possession⁵³, elle ne cesse pas pour autant d'être «effective». Et, suivant toujours l'opinion traditionnelle, ce mode d'appropriation suffit à lui seul pour rendre le titre de propriété et le droit à l'exercice de la souveraineté ainsi acquis opposables *erga omnes*, c'est-à-dire aussi bien aux États rivaux qu'aux peuples autochtones, s'il en est, vivant sur un territoire donné⁵⁴. Dans cette dernière hypothèse, en effet, les territoires acquis sont assimilés, à toutes fins utiles, à des terres inhabitées, et s'il arrive, comme ce fut le cas entre autres pour l'Angleterre et la Hollande en Amérique du Nord, qu'il y ait eu appropriation en outre par voie de «cession», de tels arrangements ne peuvent être envisagés autrement que comme des contrats administratifs de droit interne, pour parler moderne, et non comme des «traités»⁵⁵.

Cette lecture traditionnelle de la pratique des États a été vivement critiquée, non pas parce qu'elle est en elle-même indéfendable ou parce qu'elle ne coïnciderait pas avec le «droit» savant de l'époque, mais parce qu'elle est démentie par les faits.

La critique se place successivement sur deux plans pour contester l'opinion traditionnelle.

-
52. E. Nys, *Le droit international*, vol. I, Bruxelles, Imprimeur du Roi, 1912, p. 441; R. Redslob, *op. cit.*, note 20, p. 208; F.A.F. von der Heydte, «Discovery, Symbolic Annexation and Virtual Effectiveness in International Law», (1935) 29 *Am. J. Int'l Law* 448, 452; A.S. Keller *et al.*, *op. cit.*, note 45, p. 148-149; et J. Charpentier, *La reconnaissance internationale et l'évolution du droit des gens*, Paris, Pedone, 1956, p. 70.
53. P. Fauchille, *op. cit.*, note 20, p. 687-688; R. Genet, *loc. cit.*, note 4, 302-303; et A. Nussbaum, *op. cit.*, note 22, p. 53-54.
54. R. Genet, *loc. cit.*, note 4, 300-301, 302; A.S. Keller *et al.*, *op. cit.*, note 45, p. 10 et 13; H. Brun, *loc. cit.*, note 29, 48 et 53; Christopher J. Joyner, «The Historical Status of American Indians under International Law», *The Indian Historian*, vol. 11, no 2 (Décembre 1978), p. 30, à la p. 31; et Brian Slatery, «Aboriginal Sovereignty and Imperial Claims», (1991) 29 *Osgoode Hall L.J.* 681, 685 et suiv.
55. Et encore, car il est courant d'exprimer des doutes sur la capacité juridique des Autochtones à contracter : A.S. Keller *et al.*, *op. cit.*, note 45, p. 6 et 12; G.F.C. Stanley, *loc. cit.*, note 1, 209; ou Alphonse Rivier, *Principes du droit des gens*, t. 1, Paris, Arthur Rousseau, 1896, p. 188 : «Les prétendus contrats de vente ou d'échange, faits avec des chefs sauvages afin de donner à l'occupation l'apparence extérieure d'une acquisition en vertu de cession, sont dépourvus de valeur juridique, ne fût-ce que pour ce seul motif que l'une des parties contractantes n'a pas la volonté consciente requise pour le consentement, ce que l'autre partie n'ignore pas».

D'abord, en ce qui concerne *les rapports des États colonisateurs entre eux*, l'histoire démontrerait plutôt qu'au lieu de se fonder invariablement et exclusivement sur des gestes symboliques d'appropriation pour asseoir leurs titres ou contester celui des autres, les États colonisateurs ont invoqué en leur faveur —ou imposé aux autres— des règles du jeu variables selon la conjoncture et les enjeux en cause⁵⁶. En somme, on conclut plutôt, de ce point de vue, «[that] it cannot be said that any precise doctrine of territorial acquisition was ever strictly adhered to in practice» et que l'opinion contraire est sujette à caution : «bad history made bad law»⁵⁷.

On peut citer, à titre d'illustration de l'inutilité ou de l'insuffisance du mode d'appropriation par possession fictive :

- les prétentions de l'Espagne à la propriété du Nouveau Monde sur la base de bulles pontificales de la fin du XV^e siècle, sous réserve des droits du Portugal⁵⁸; et tous les reculs qu'elle a dû subir au cours du XVII^e⁵⁹;
- les prétentions de l'Angleterre à la propriété de Terre Neuve et de la Baie d'Hudson, entre autres, sur la seule base de la découverte qu'en aurait faite John Cabot (accompagné de son fils Sebastian, qui déformera ensuite les faits à loisirs) à la fin du XV^e siècle⁶⁰;
- l'exigence formulée par François I^{er}, en 1540, selon laquelle ne seraient considérés comme appartenant valablement à un autre État que «les lieux habités et défendus» et non pas ceux qu'on s'était contenté de «découvrir de l'oeil»⁶¹;
- la pratique générale des Européens, en Amérique par exemple, attestant que l'on exigeait mutuellement les uns des autres que l'appropriation soit suivie d'une occupation effective, la

56. F.A.F. von der Heydte, *loc. cit.*, note 52, 457 et suiv.; L.C. Green, *loc. cit.*, note 17, 227 et suiv.

57. D.P. O'Connell, *International Law*, vol. I, London, Stevens & Sons, 1965, p. 468 et 470.

58. M.F. Lindley *et al.*, *op. cit.*, note 17, p. 130.

59. J.H. Parry, *op. cit.*, note 6, p. 319; et R. Redsiob, *op. cit.*, note 20, p. 175, 177.

60. G.M. Wrong, *The Rise and Fall of New France*, vol. I, New York-Toronto, Macmillan, 1928, p. 76; W.E. Washburn, *loc. cit.*, note 34, 17; et M.S. McDougal *et al.*, *op. cit.*, note 46, p. 850-851. Pour d'autres exemples de revendication du Canada par l'Angleterre, voir W.J. Eccles, «Sovereignty-Association (1500-1783)», (1984) 65 *Can. Hist. Rev.* 475, 493-495.

61. F.A.F. von der Heydte, *loc. cit.*, note 52, 457; et Charles-André Julien, *Les voyages de découverte et les premiers établissements (XV^e XVI^e siècles)*, vol. I, Paris, Presses universitaires de France, 1948, p. 146.

question de savoir à quelles conditions cette occupation devenait bel et bien effective restant cependant entière...⁶²

Ensuite, en ce qui concerne *les rapports entre les États colonisateurs et les peuples autochtones*, on a cherché à nier que, par leur pratique, les Européens aient systématiquement considéré les habitants des territoires «nouvellement» découverts comme dépourvus d'aptitude à la souveraineté. Il appert plutôt, de la pratique des Européens en Amérique du Nord par exemple, qu'ils ont été forcés de reconnaître les Autochtones comme constitués en nations avec lesquelles ils devaient transiger, et ce tout au long de la période qui nous intéresse⁶³. Des ententes ont dû être conclues, qui avaient pour objet de céder des territoires et de créer des alliances à des fins militaires ou commerciales, attestant ainsi que l'on admettait avoir affaire à des pairs.

Contre l'opinion traditionnelle, la critique est plutôt d'avis que les rapports entre Européens et Autochtones se sont établis non pas à partir du *degré de civilisation* reconnu aux indigènes, mais en fonction de leur *degré d'organisation* comme groupements humains⁶⁴. Ainsi est-il possible de conclure qu'aux yeux des États européens, la simple découverte accompagnée de gestes symboliques d'appropriation n'était pas jugée suffisante pour acquérir un titre véritable sur des territoires habités par des Autochtones et que «the royal grants and charters asserted a title against Europeans only, and were considered as blank paper so far as the rights of the native were concerned»⁶⁵. La découverte et l'appropriation symbolique ne pouvaient conférer, suivant l'expression consacrée, qu'«an inchoate title» : pour être véritablement appropriées, les terres habitées par des indigènes ne pouvaient l'être que par voie de cession ou de conquête⁶⁶, étant entendu qu'au besoin, la notion même de conquête pouvait recevoir des acceptions imprévues⁶⁷.

*

-
62. W.E. Washburn, *loc. cit.*, note 34, 17-18; M.S. McDougal *et al.*, *op. cit.*, note 46, p. 833, 844; et L.C. Green, *loc. cit.*, note 18, 17-18.
63. G. Langford, *loc. cit.*, note 17, 350, 352-353; et H.R. Berman, *loc. cit.*, note 49, *passim*.
64. M.F. Lindley, *op. cit.*, note 17, p. 22-23, 45; et D.P. O'Connell, *op. cit.*, note 57, p. 470.
65. M.F. Lindley, *id.*, p. 29 et p. 26-27, 31; et W.E. Washburn, *loc. cit.*, note 34, 18.
66. M.F. Lindley, *id.*, p. 43-44, 136; F.A.F. von der Heydte, *loc. cit.*, note 52, 454; et M.S. McDougal *et al.*, *op. cit.*, note 46, p. 832.
67. On a déjà proposé que des gestes d'appropriation symbolique pouvaient constituer, en eux-mêmes, des «acts of conquest» : G.S. Lester, *loc. cit.*, note 33, 354 (note 131); voir aussi W.E. Washburn, *loc. cit.*, note 34, 26-27.

Bien malin qui pourrait dire si le comportement de la France vis-à-vis du Canada a été ou non conforme au droit des gens de l'époque, s'il a été valide sur le plan juridique ou entaché d'illégalité. Toute conclusion en la matière est malaisée, ne serait-ce qu'en raison du fait que le droit international en cause, en admettant même que l'on puisse lui attribuer une quelconque normativité, a été construit unilatéralement, sans que les Autochtones du Nouveau Monde aient été formellement associés, sinon comme objets, à sa fabrication.

Si l'on s'en tient seulement à la logique interne du système pratiqué par les Européens, on peut certainement deviner que l'action colonisatrice de la France s'en est inspiré, comme on peut le vérifier en abordant la réalité du phénomène d'appropriation à travers l'historiographie. Pour le reste, on est tenté d'avancer que la question de la légalité du processus, compte tenu de la juridicité discutable du droit des gens d'alors, constitue avant tout une question anachronique, formulée à partir d'aujourd'hui pour être retrempée dans une époque où elle n'a pas la même résonance.

II- LA RÉALITÉ DE L'APPROPRIATION À TRAVERS L'HISTORIOGRAPHIE

Si l'appropriation du Canada par la France constitue au mieux, sur le plan de la légalité, une question anachronique, celle de la réalité du phénomène paraît plutôt oiseuse. Tant de gestes ont été posés par le colonisateur, puis racontés, puis narrés de nouveau, constamment, pour s'inscrire dans les mentalités parmi les certitudes que l'on est fondé de prétendre qu'il s'agit là d'une cause entendue, dont il est inutile de refaire le procès (A). À partir du moment, cependant, où l'on se préoccupe de mettre en lumière le rôle et les droits des premiers occupants —du moins à l'époque— du territoire, en considérant qu'ils formaient des communautés politiques à part entière, la remise en cause de ce qui a été traditionnellement tenu pour acquis sur la question devient possible (B).

A- Un phénomène tenu pour inscrit dans l'ordre des choses

L'historiographie ne laisse guère de doute sur l'intention constamment entretenue par la France de s'approprier les territoires de l'Amérique du Nord «découverts» en son nom. Bien qu'il ait fallu longtemps avant qu'on décide de «passer de l'exploration à

l'exploitation»⁶⁸ véritable des territoires, on a relevé un nombre considérable de gestes qui, très tôt, ont accrédité l'idée selon laquelle l'exploration visait entre autres à faire entrer les terres découvertes dans le domaine du roi.

À travers l'historiographie dominante, on ne trouve nulle part de contestation du fait que la colonisation française a bel et bien eu pour résultat d'accroître considérablement les possessions de la Couronne, en vertu d'une «politique d'extension du royaume»⁶⁹ à laquelle Champlain se réjouira d'avoir participé, en permettant que «la France reçoive l'honneur d'être augmentée et enrichie d'un pays dont l'estendue excède plus de seize cent lieues de longitude, et de latitude près de cinq cents»⁷⁰. Ni l'immensité du territoire convoité, ni la présence de peuples autochtones n'ont fait obstacle à une interprétation univoque de l'action coloniale française en la matière, et l'unanimité paraît acquise quant à l'effet que les gestes d'appropriation posés ont pu produire sur le plan juridique.

En tant que telle, l'histoire de l'appropriation du Canada par la France est donc, en quelque sorte, une histoire courte.

D'abord parce qu'elle repose tout entière sur l'érection d'une croix faite à Gaspé par Cartier en 1534, «une grande date dans l'histoire du monde»⁷¹, à partir de laquelle «la France peut revendiquer un pays nouveau»⁷². Les relations de l'événement sont innombrables jusqu'à aujourd'hui⁷³, à tel point qu'il est difficile de trouver un ouvrage général d'histoire du Canada ou de l'expansion coloniale française qui n'en fasse pas mention, à

68. Pierre Chaunu, *Conquête et exploitation des nouveaux mondes*, Paris, Presses universitaires de France, 1969, p. 348.

69. Hubert Deschamps, *Les méthodes et les doctrines coloniales de la France, du XVI^e siècle à nos jours*, Paris, Armand Colin, 1953, p. 22.

70. *Lettre au roi*, 1630, citée par H. Deschamps, *id.*, p. 26. Sur l'imprécision des limites du territoire canadien au XVII^e siècle, voir C.-A. Julien, *op. cit.*, note 21, p. 149.

71. Claude de Bonnault, *Histoire du Canada français (1534-1763)*, Paris, Presses universitaires de France, coll. «Colonies et empires», 1950, p. 2.

72. Marcel Trudel, *Histoire de la Nouvelle-France, Les vaines tentatives (1524-1603)*, Montréal, Fides, 1963, p. 85.

73. Y compris dans des ouvrages que l'on pourrait situer en périphérie de la documentation usuelle : Jean Bouffard, *Traité du domaine*, Québec, Le Soleil, 1921, p. 5-6; G.M. Wrong, *op. cit.*, note 60, p. 53-54; G. Hanotiaux et A. Martineau, *Histoire des colonies françaises*, t. I, Paris, Plon, p. 11; G. Louis-Jarry, *L'empire français d'Amérique*, Paris, Armand Colin, 1938, p. 60-61; Henri Blet, *Histoire de la colonisation française*, Paris, B. Arthaud, 1946, p. 57; et H. Deschamps, *Les voyages de Samuel de Champlain*, Paris, Presses universitaires de France, 1951, p. 7. L'événement a bien sûr été décrit par Jacques Cartier, *Relations*, Édition critique par Michel Bideaux, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1986, p. 116-117.

moins bien sûr qu'il n'ignore délibérément les tentatives d'implantation de la France en Amérique parce qu'elles se sont soldées par un échec. Partout, sauf erreur — compte tenu de l'abondance de la documentation⁷⁴ —, ce geste est interprété comme ayant matérialisé une intention non équivoque d'appropriation du territoire redécouvert, encore qu'il arrive que l'on soit assailli d'un doute sur la valeur d'un titre acquis par un simple «emblème administratif»⁷⁵.

L'histoire de l'appropriation du Canada par la France est aussi une histoire courte parce que, à la suite du geste initial de Cartier, les différentes manifestations du comportement de la métropole vis-à-vis du territoire ont été perçues, pour l'essentiel, comme la simple matérialisation des premières intentions. Entre la «découverte» de Cartier et la conquête de 1760, le processus d'acquisition du territoire par la France s'est développé par sédimentation, l'écoulement du temps et les événements qui l'ont marqué ayant inévitablement eu pour effet d'accroître la maîtrise et les dimensions de l'espace occupé. Le processus, bien sûr, n'a pas été linéaire, en ce sens qu'il a été souvent compromis par des affrontements militaires, soit avec l'Angleterre, soit avec des peuples autochtones, affrontements dont certains, en Acadie par exemple, ont été déterminants. Mais en dépit de ces aléas, l'orientation fondamentale de l'entreprise d'appropriation et ses résultats mêmes ont été tenus et présentés comme incontestables, sinon comme allant de soi.

Pour le juriste qui cherche, à travers l'historiographie, la manière dont une grande partie de l'Amérique du Nord, non seulement est passée sous domination française, mais serait aussi tombée par le fait même dans le domaine de la Couronne, l'opinion dominante peut être résumée en trois propositions.

1° *Le territoire de la Nouvelle-France —et donc celui du Canada— a été acquis par découverte et, le plus souvent, prise de possession à travers des gestes symboliques d'appropriation, conformément aux pratiques les plus répandues de l'époque*⁷⁶.

74. Cette étude a été rédigée à partir de la documentation disponible à l'Université de Montréal, à l'Université McGill et à l'Université du Québec à Montréal. Plusieurs ouvrages français d'histoire coloniale ou portant sur l'acquisition de territoires ne sont cependant pas disponibles au Canada.

75. Lionel Groulx, *Histoire du Canada français*, Montréal, L'Action nationale, 1950, p. 25; le doute était passager : il est dissipé dès la page suivante. Sur l'ambiguïté du droit des gens, voir aussi Edmond Lareau, *Histoire du droit canadien*, Montréal, A. Périard, 1888, p. 4-5.

76. J. Bouffard, *op. cit.*, note 73, p. 5-6.

Dès 1524, Giovanni Verrazano, un Florentin agissant selon toute vraisemblance pour le roi de France, prend possession de l'Amérique du Nord en longeant la côte est du continent depuis la Floride jusqu'au Cap-Breton⁷⁷. Il dresse des cartes au terme de son exploration, en implantant sur les territoires «découverts» une toponymie française, à travers laquelle le nom de «Nouvelle-France» serait apparu pour la première fois. Il efface ainsi la toponymie anglaise semée par John Cabot au nom de l'Angleterre en 1497, au cours d'un voyage où ce dernier aurait de même pris possession du continent pour ses commettants. L'entreprise de Verrazano ayant été à son tour oblitérée par des explorations conduites pour le compte de l'Espagne, de 1524 à 1526, la prise de possession du territoire par Cartier —«le héraut de la Croix»⁷⁸— en 1534 acquiert ainsi une utilité propre, en s'inscrivant «à la première page de nos annales»⁷⁹.

Entre 1534 et la fin du régime français, les historiens ont par ailleurs relevé un nombre considérable de gestes d'appropriation qui ont été posés, le plus souvent, à l'occasion de voyages d'exploration intérieure du continent, quoique ce ne soit qu'à partir du début du XVII^e siècle, moment où l'occupation française commence à être définitive⁸⁰, qu'apparaissent les exemples les plus significatifs de la politique d'acquisition du sol. Une liste chronologique de ces exemples, qui ne se veut pas exhaustive, permet d'attester la constance de cette politique, en même temps que la variété des formes auxquelles on a eu recours, quand elles sont connues :

- le 3 mai 1536, au cours de son deuxième voyage, érection par Cartier d'une croix aux armes du roi de France au havre Sainte-Croix, près de Stadaconé⁸¹;

77. J.B.A. Ferland, *Cours d'histoire du Canada*, 2e éd., Québec, N.S. Hardy, 1882, p. 15; S. Letac, *Histoire chronologique de la Nouvelle-France depuis sa découverte jusqu'en l'an 1632*, Édition critique par E. Réveillaud, Paris, G. Fischbacher, 1888, p. 41 (l'édition originale de l'ouvrage est de 1689); G.M. Wrong, *op. cit.*, note 60, p. 48, 76; C.-A. Julien, *op. cit.*, note 61, p. 79-89; G. Lanctôt, *Histoire du Canada*, 5e éd., Montréal, Librairie Beauchemin, 1967, p. 72-74; et C.J. Jaenen, *op. cit.*, note 17, p. 22.

78. N.E. Dionne, *Jacques Cartier*, 2e éd., Québec, Imprimerie Emile Robitaille, 1933, p. 98.

79. C. Pouliot, *La grande aventure de Jacques Cartier*, Québec, 1934, p. 159.

80. Marcel Trudel, *Histoire de la Nouvelle-France*, II, *Le comptoir (1604-1627)*, Montréal, Fides, 1966, p. ix.

81. M. Trudel, *op. cit.*, note 72, p. 111-112, G.M. Wrong, *op. cit.*, note 60, p. 65.

- le 5 juin 1613, Champlain plante une croix portant les armes de France à l'île Sainte-Croix, sur la rivière des Outaouais, comme il l'a fait, relate-t-il, «aux autres lieux où nous avons posé»⁸²;
- en juillet 1615, Champlain baptise le lac des Hurons de *Mer douce*, donnant ainsi un exemple parmi tant d'autres de l'occultation de la présence autochtone par un changement de toponymie⁸³;
- en août de la même année, Champlain encore, avec le missionnaire Le Caron, plante une croix en Huronie, marquant ainsi l'occupation officielle des Grands Lacs par la France et par l'Église⁸⁴;
- en 1666, à l'occasion d'une expédition menée par Tracy en Iroquoisie, on plante à nouveau une croix en affichant «les armes de Sa Majesté»⁸⁵;
- en exécution des instructions données par l'intendant Talon, leur enjoignant de «prendre possession, arborer les armes du roi, et dresser des procès-verbaux pour servir de titres»⁸⁶, quelques explorateurs prennent possession de parcelles de territoire : vers l'ouest, de Saint-Lusson s'approprie au nom du roi, le 14 juin 1671, le saut Sainte-Marie, en y plantant une croix, geste accompagné d'une déclaration solennelle qu'il fait épée dans une main, poignée de terre dans l'autre, le tout suivi d'une cérémonie religieuse⁸⁷; au nord, en 1672, Albanel et de Saint-Simon prennent possession de la Baie de James⁸⁸;

82. M. Trudel, *op. cit.*, note 80, p. 201.

83. *Id.*, p. 217; sur la «conquête» du territoire à travers l'appellation des lieux, il faut lire Denys Delâge, «L'influence des Amérindiens sur les Canadiens et les Français au temps de la Nouvelle-France», *LEKTON*, vol. 2, n° 2, automne 1992, p. 103, pp. 108-109.

84. M. Trudel, *op. cit.*, note 80, p. 219.

85. Marc Jetten, *La reconnaissance et l'acquisition de la propriété autochtone en Amérique du Nord (du 17e au 19e siècles) : le cas des nations domiciliées au Canada*, Rapport final présenté à la Commission royale sur les peuples autochtones, Septembre 1993, p. 15.

86. P. Bilodeau, R. Comeau, A. Gosselin et D. Julien, *Histoire des Canadas*. 2e éd., Montréal, Hurtubise HMH, 1978, p. 103.

87. *Id.*: C.J. Jaenen, *op. cit.*, note 17, p. 25-26.

88. R. Bilodeau *et al.*, *id.*, p. 103.

- le 3 mars 1682, de la Salle prend possession du Mississippi au nom du roi de France et, trois jours plus tard, de la Louisiane⁸⁹;
- des documents rédigés en 1687 et 1699 affirment qu'il y aurait eu découverte et prise de possession symbolique par la France de la région de la Baie d'Hudson⁹⁰;
- en 1717, de Louvigny rapporte avoir pris possession un an plus tôt, par conquête, d'un territoire situé au sud des Grands Lacs, en remettant aux Autochtones vaincus le texte d'une entente attestant l'appropriation au nom du roi⁹¹;
- en 1732, Joseph Normandin établit la frontière séparant le nord du lac Saint-Jean du territoire de la Compagnie de la Baie d'Hudson, en plaçant quatre fleurs de lys sur autant d'arbres, en marquant un pin rouge de trois croix, puis un dernier arbre d'une fleur de lys et d'une croix⁹²;
- en 1749, de Blainville enterre six plaques de plomb affirmant la propriété de la France sur la vallée de l'Ohio, en affichant au surplus les armes du roi sur des arbres situés le long de la rivière⁹³.

Ces gestes d'appropriation, on le constate, débordent largement le territoire actuel du Québec, et même celui du Canada de l'époque, dont l'étendue a varié au cours de plus de deux siècles de présence française. Ils montrent cependant que s'était développé un *modus operandi* qui atteste que la métropole, en marquant son emprise et en bornant son étendue physique, ne semblait guère douter de son droit de s'appropriier unilatéralement les territoires convoités. En matière d'exploration, pourrait-on dire en galvaudant à peine une maxime de droit civil, prise de possession vaut, alors, titre.

2° À cette vaste entreprise d'appropriation symbolique, que l'on pourrait situer sur le terrain de l'imagerie, sinon de l'invention⁹⁴, s'ajoute, pour l'historiographie traditionnelle,

89. *Id.*, p. 118.

90. C.J. Jaenen, *op. cit.*, note 17, p. 26.

91. *Id.*, p. 27.

92. *Id.*

93. *Id.*

94. Il n'est pas sans intérêt de signaler ici que le nouveau *Code civil du Québec*, à son article 938, attribue la propriété du trésor découvert dans le fonds d'autrui « pour moitié au propriétaire du fonds et pour l'autre moitié à

l'ensemble des gestes et des textes qui ont matérialisé une volonté d'occupation effective du territoire.

Il n'est sans doute pas utile et il serait de toute manière vain de prétendre pouvoir présenter ici une histoire qui a été abondamment reconstituée et documentée ailleurs, notamment dans l'oeuvre patiente et magistrale de Marcel Trudel. On peut cependant retenir, en simplifiant, deux séries d'événements dont le cumul a fini par accréditer l'idée que le territoire de la Nouvelle-France est alors passé, de façon irréversible jusqu'en 1760, aux mains de la métropole.

Il y a, d'un côté, toute cette lignée de textes qui ont été lancés par la Couronne de France dans la poursuite de sa politique d'exploration et d'exploitation du territoire revendiqué par Cartier⁹⁵. Disons tout de suite, pour ne plus y revenir, que cette politique a forcément varié, la volonté d'exploitation commerciale du territoire, considéré surtout comme comptoir, le disputant constamment à la volonté de colonisation proprement dite, qui suppose, du moins dans une acception courante du terme, des initiatives intensives de peuplement. Mais en dépit de cette oscillation entre deux pôles souvent perçus comme inconciliables, l'intention d'exercer une mainmise sur une partie substantielle de l'Amérique du Nord est demeurée constante.

Les textes en cause ici sont ceux qui ont été émis, après les premiers voyages de Cartier, jusqu'à ce que la métropole décide de dissoudre, en 1674, la Compagnie des Indes occidentales, mise sur pied dix ans plus tôt avec monopole d'exploitation des colonies françaises en existence⁹⁶.

On peut rapprocher, dans un premier temps, toutes les commissions émises par le roi à des individus chargés de pousser plus avant le travail d'exploration amorcé par Cartier, et qui

celui qui l'a découvert, à moins que l'inventeur [«the finder» dans le texte anglais] n'ait agi pour le compte du propriétaire». Le droit québécois s'inscrit ainsi dans le prolongement de la tradition juridique française, où l'usage du terme est consacré : Jean-Christophe Galloux, «Du droit de l'inventeur sur ses découvertes : à la recherche d'un droit fabuleux», (1991) 25 *R.J.T.* 65. Dans le même sens, O.P. Dickason (*loc. cit.*, note 17, 231) qualifie ce mode d'appropriation de «wishful thinking».

95. Sur toute cette période d'exploration, on peut lire : M. Trudel, *op. cit.*, note 72, p. 125 et suiv. et 217 et suiv.; et C.-A. Julien, *op. cit.*, note 61, p. 147 et suiv. ou, du même auteur, *op. cit.*, note 21, p. 118 et suiv. Certaines des commissions émises par François Ier ont été reproduites par André Vachon, *Rêves d'empire. Le Canada avant 1700, Approvisionnement et services Canada*, 1982, p. 32 et suiv.

96. R. Bilodeau *et al.*, *op. cit.*, note 86, p. 86.

s'étaient de 1541 jusqu'à la création de la Compagnie des Cent-Associés, en 1627. Malgré des variations dans le vocabulaire, ces commissions sont en effet voisines par le langage et par le propos : qu'il s'agisse de celles attribuées à Roberval (1541) ou à de La Roche (1577, 1578, 1597, 1598) ou de celles destinées à Chauvin (1599) puis à De Mons (1603), elles ont toutes en commun de viser la « découverte et habitation des terres et contrées du Canada »⁹⁷, en donnant parfois mandat de les conquérir sur les « barbares », puisqu'elles ne sont habitées « par sujets de nul Prince Chrétien »⁹⁸.

On peut regrouper aussi, dans un deuxième temps, les actes par lesquels la Couronne, ne se bornant plus à n'agir qu'en maître, concède, soit à des personnes, soit à des compagnies, tout ou partie de la Nouvelle-France, comme si le territoire lui appartenait.

Viennent d'abord à l'esprit, dans le genre, les concessions qui ont été faites à la Compagnie des Cent-Associés⁹⁹, en 1627, puis à la Compagnie des Indes occidentales¹⁰⁰, en 1664, par lesquelles elles se voyaient attribuer la propriété de tout le territoire, avec une ampleur comparable aux revendications initiales de Verrazano. Mais ces deux exemples, significatifs pour l'importance des ambitions qu'ils exprimaient davantage que pour les résultats qu'ils ont produit sur le plan de la colonisation, ont été précédés d'initiatives d'apparence plus modeste, sans doute, mais tout autant révélatrices du sentiment qu'avait la Couronne d'être devenue — très tôt — maître du territoire. Dès 1577, en effet, dans une commission émise pour mener plus avant l'exploration entreprise par ses prédécesseurs, de La Roche est institué vice-roi des terres qu'il pourra occuper, « en plus d'en être le propriétaire personnel »¹⁰¹. En réalité, dans la plupart des commissions émises jusqu'en 1664 comme dans celles qui ont été évoquées plus haut, il y a concession, sous une forme ou sous une autre, de terres actuellement connues ou éventuellement

97. Lettre de Henri IV du 28 décembre 1602, citée par M. Trudel, *op. cit.*, note 72, p. 243; voir aussi H. Deschamps, *op. cit.*, note 69, p. 14; et C.-A. Julien, *op. cit.*, note 21, p. 7.

98. M. Trudel, *op. cit.*, note 72, citant respectivement le texte d'une commission de 1577 (p. 217), puis de 1598 (p. 232); voir aussi A.S. Keller *et al.*, *op. cit.*, note 45, p. 109 et M.S. McDougal *et al.*, *op. cit.*, note 46, p. 833 et suiv.

99. M. Trudel, *op. cit.*, note 80, p. 437 et 455; R. Bilodeau *et al.*, *op. cit.*, note 86, p. 60 et suiv.; et Albert Tessier, *Histoire du Canada*, t. I, Montréal, Éditions du Pélican, 1959, p. 25.

100. R. Bilodeau *et al.*, *op. cit.*, note 86, p. 86; et W.J. Eccles, *loc. cit.*, note 60, 483.

101. M. Trudel, *op. cit.*, note 72, p. 217.

découvertes, et cette concession est accompagnée le plus souvent d'un monopole commercial de même étendue géographique¹⁰².

L'ensemble de ces textes, qui parlent d'appropriation et de concession, illustre à souhait l'affirmation selon laquelle, sous l'Ancien régime, «la conception patrimoniale de la souveraineté fait traiter les colonies comme des *possessions du Roi* au même titre que le territoire français»¹⁰³. Intéressée par la colonisation et l'expansion des terres placées sous sa domination, la Couronne, parce qu'elle est dépourvue de moyens, exerce la souveraineté par délégation, en ayant recours à cet instrument — ce «subterfuge»¹⁰⁴, a-t-on pu suggérer— qu'est la compagnie de colonisation. Mais si le moyen est critiquable —il est d'ailleurs constamment contesté à l'époque par les entrepreneurs exclus—, il n'en atteste pas moins que c'est en toute confiance dans la légitimité de ses titres de «propriété» que la Couronne agit, et y a recours.

L'ensemble de ces textes, qui s'étalent de 1541 à 1664, ne suffit cependant pas à prouver qu'il y a eu occupation effective du Canada de l'époque, même s'ils manifestent à l'unisson l'intention de la réaliser. Aussi faut-il évoquer ici le processus —le plus achevé parmi les modes de colonisation disponibles¹⁰⁵— par lequel le régime seigneurial a été implanté, et qui donne une mesure plus juste, parce que réelle, du degré d'occupation du sol qui a pu être atteint.

Inauguré en 1541 par une initiative qui n'a alors pas eu de suites¹⁰⁶, le régime seigneurial, ce mode d'exploitation du sol par lequel la propriété est fractionnée en cascade depuis le roi jusqu'au censitaire, ne s'est étendu au Canada que lentement, si seulement l'on peut dire qu'il ait jamais connu le succès compte tenu de l'immensité du territoire prétendument occupé par ailleurs. Ce n'est en effet qu'à partir de 1634 que le processus de distribution des terres se poursuit d'une façon continue, après quelques

102. *Id.*, p. 125 et suiv. et 217 et suiv.; et L.C. Green, *loc. cit.*, note 18, 31-34.

103. D.G. Lavroff, *Droit d'outre-mer et de la coopération*, Paris, Dalloz, 1971, p. 5.

104. H. Deschamps, *op. cit.*, note 69, p. 22; aussi : C. Rousseau, *op. cit.*, note 28, p. 243 et F. Luchaire, *op. cit.*, note 40, p. 11.

105. Si l'on excepte la transplantation pure et simple, dont Colbert, dans une lettre de 1666 à Jean Talon, semble avoir rêvé : «Il est notoirement impossible que toutes ces pensées de former de grands et puissants États puissent réussir si l'on n'a des peuples inutiles à faire passer dans les lieux où on veut les établir»; cité par Pierre Pluchon, *Histoire de la colonisation française*, t. I. *Le premier empire colonial*, Paris, Fayard, 1991, p. 312-313.

106. M. Trudel, *op. cit.*, note 72, p. 139.

initiatives isolées dans le premier quart du XVII^e siècle¹⁰⁷. Accélééré sous l'intendance de Talon, le mouvement est interrompu par les autorités de 1714 à 1731, à cause de difficultés d'exploitation des terres déjà concédées. À la veille de la conquête, 7,5% seulement des terres à concéder l'ont été, qui ne représentent au surplus que 12% des terres cultivables¹⁰⁸.

Même si, par rapport à l'ensemble du territoire, les seigneuries n'occupent qu'une portion congrue, limitée à la vallée du Saint-Laurent, elles constituent autant d'indices d'une volonté de la métropole d'aménager et de permettre des établissements permanents au Canada. La légitimité et la légalité du phénomène paraissent tellement aller de soi que l'on va jusqu'à concéder, sans doute en toute bonne foi, des seigneuries à des Autochtones¹⁰⁹, ou du moins à des communautés religieuses pour eux¹¹⁰, jetant ainsi sans le savoir —et avant la lettre— les bases provisoires d'un système fiduciaire.

En somme, par le propos et par le geste, la France colonisatrice manifeste et concrétise une intention non équivoque de ne pas s'en tenir exclusivement à l'appropriation symbolique pour affirmer son emprise sur le territoire du Canada, et table sur des initiatives de peuplement pour lui donner une dimension tangible.

3° *L'appropriation du Canada par la seule exploitation directe du sol n'a jamais suffi à assurer à la France la domination de tout le territoire revendiqué.*

Pour des raisons multiples, l'établissement de la population coloniale a toujours été contenu dans des limites restreintes. Soit en vue d'assurer la sécurité des personnes, soit parce que la colonie a été le plus souvent perçue et utilisée comme un territoire commercial, dans tous les cas à cause de la faiblesse endémique du peuplement¹¹¹, les établissements permanents de colons n'ont jamais représenté qu'une infime partie du Canada.

107. M. Trudel, *op. cit.*, note 80, p. 313.

108. Proportion établie à partir des chiffres fournis par R. Bilodeau *et al.*, *op. cit.*, note 86, p. 208.

109. Marcel Trudel, *Histoire de la Nouvelle-France*, III, *La seigneurie des Cent-Associés*, t. 2, La société, Montréal, Fides, 1983, p. 599-600.

110. *Id.*

111. Charles-André Julien, *Les Français en Amérique de 1713 à 1784*, Paris, Centre de documentation universitaire et Société d'enseignement supérieur, 1977, p. 165; M. Trudel, *op. cit.*, note 80, p. 438; et L.-R. Abenon et J.A. Dickinson, *op. cit.*, note 21, p. 72 et 74. Il faut dire que la nature, dans la répartition aveugle de ses richesses, avait attribué «à la

Même si le fait est notoire, comme d'ailleurs tout ce qui a été dit jusqu'à maintenant de l'action de la France vis-à-vis du territoire, il est essentiel de le rappeler ici, pour le mettre en évidence. Car c'est sur ce fait, pourrait-on dire, que repose en grande partie la difficulté de la question de la propriété du Canada sous le régime français, dont on commence seulement depuis peu à percevoir toute l'ampleur.

À côté de ce mode indiscutable d'occupation du sol qu'est la concession des terres à des fins agricoles, il a fallu développer des moyens d'assurer le contrôle effectif du reste du territoire vis-à-vis des puissances colonisatrices rivales, en l'occurrence l'Angleterre à partir du XVII^e siècle.

Dans l'historiographie traditionnelle, contrôle et appropriation du territoire ont été à toutes fins utiles confondus. Par l'établissement d'alliances militaires, de postes de traite, de missions et, surtout, de forts à travers le Canada, ce contrôle a été établi —avec le résultat final que l'on sait. Mais toutes ces mesures ont été généralement perçues comme autant de signes d'une occupation effective du territoire, bien que d'intensité moindre que dans la vallée du Saint-Laurent.

En réalité, à partir du moment où il y avait présence française, en qualité suffisante pour résister aux prétentions territoriales adverses —anglaises ou autochtones—, on pouvait conclure qu'il y avait par là contrôle adéquat équivalant à occupation effective¹¹². Certes, ce n'est pas sans ironie que l'on constate parfois que l'emprise française en dehors des villes se résumait à «un semis de forts», à des «postes militaires dispersés, aux effectifs trop maigres»¹¹³, ou encore à «des retraites palissadées dans lesquelles se confinaient quelques soldats et quelques chasseurs»¹¹⁴. Mais l'insuffisance des moyens déployés, lorsqu'on la relève, sert davantage à expliquer la chute éventuelle de la Nouvelle-France qu'à mettre en cause, avant cette échéance, la portée de l'occupation.

France les grands espaces vides, à l'Angleterre la plaine littorale variée» : J. Meyer, J. Tarrade, A. Rey-Goldzeiguer et J. Thobie, *Histoire de la France coloniale des origines à 1914*, Paris, Armand Colin, 1991, p. 68-69.

112. Comme le constate W.J. Eccles (*loc. cit.*, note 60), «military force was the real determinant» (p. 476), pourvu, bien sûr, qu'elle soit «sufficient to impose the will of the occupying power on the people in the territory to which title was claimed» (p. 478).

113. P. Pluchon, *op. cit.*, note 105, p. 316 et 317.

114. Paul Leroy-Beaulieu, *De la colonisation chez les peuples modernes*, 5^e éd., Paris, Guillaumin, 1902, p. 153; dans le même sens : W.J. Eccles, *loc. cit.*, note 60, 498.

Se sont donc constituées, au fil du temps, deux zones d'occupation française, l'une à vocation d'abord agricole, l'autre destinée à l'exploitation du commerce des fourrures, toutes deux sous contrôle «permanent», sans doute, mais où l'efficacité du contrôle, surtout en dehors de la colonie proprement dite, reposait sur une collaboration étroite des Autochtones¹¹⁵.

Ce fait, on l'a noté, est essentiel : car si, dans une certaine vision des choses, il est possible de soutenir que la partie du territoire effectivement exploitée par une population sédentaire serait devenue, étant inhabitée au moment des premiers établissements permanents, une «possession» française, il est plus difficile d'étendre cette conclusion à tout ce territoire où, en réalité, le contrôle était conjoint, sinon placé sous suprématie autochtone.

Pour l'historiographie traditionnelle, cette intensité variable de la présence française n'a guère été perçue comme un obstacle à l'appropriation complète du territoire revendiqué. Pourquoi l'aurait-elle été quand les autorités coloniales elles-mêmes, à l'époque, «never doubted their right unilaterally to acquire lands not already under Christian control»¹¹⁶? Aussi est-il possible de clore le débat de l'appropriation par l'addition des preuves qui ont été présentées ici en trois propositions : appropriation symbolique, documents attestant une volonté d'occupation effective, matérialisation de cette volonté par concession de terres et construction de postes fortifiés. Le Canada est alors devenu possession française, en somme, parce que les Français l'ont occupé.

Pour rendre compte de la pensée dominante sur la question de l'appropriation du Canada par la France avant 1760, il ne suffit cependant pas de s'en tenir à l'inventaire des preuves. Il reste encore à dire, parce que c'est là le plus important, sur quelles bases et selon quel agencement elles ont été réunies et orientées.

Or sur ce plan, il faut d'abord, du moins pour une partie importante de la documentation, dresser un procès-verbal de carence, sauf à entrer de plain-pied dans le registre de l'implicite.

Pendant longtemps en effet —et il est difficile de fixer la borne ultime de cette période ou même d'affirmer qu'elle est

115. Brian Slattery, *The Land Rights of Indigenous Canadian Peoples as affected by the Crown's Acquisition of their Territories*, University of Saskatchewan Native Law Centre, 1979, p. 91; W.J. Eccles, *The Canadian Frontier (1534-1760)*, New York, Holt, Rinehart & Winston, 1969, p. 5; et D. Delâge, *loc. cit.*, note 83, 146.

116. C.J. Jaenen, *op. cit.*, note 17, p. 29.

révolue—, l'appropriation du Canada par la France a été tenue pour inscrite dans l'ordre des choses. Le Canada était devenu possession française parce qu'il paraissait tout simplement inconcevable qu'il puisse en avoir été autrement, sans qu'il soit seulement nécessaire de douter que cet inconcevable ait pu exister.

Cette attitude n'est peut-être pas aussi étonnante qu'elle paraît, du moins si l'on accepte l'opinion selon laquelle «le phénomène colonial, dans son ensemble, a provoqué [en France] peu de troubles de conscience ou de discussions idéologiques jusqu'en 1914»¹¹⁷. Il n'en demeure pas moins que, jusqu'au milieu du siècle actuel, on a pu admettre sans doute que l'appropriation avait bel et bien profité au colonisateur, parce que la rencontre des Français et des Autochtones avait mis en présence deux groupes d'inégale envergure : l'inféodation de l'un était perçue comme la conséquence naturelle et souhaitable de l'arrivée de l'autre, car, pour les Européens d'alors, «la civilisation européenne se confond avec la civilisation humaine»¹¹⁸.

C'est probablement Girault qui a le mieux exprimé —en y adhérant— ce sentiment de supériorité qui traverse l'historiographie coloniale de la France, lui pour qui une «race d'hommes n'a pas le droit de faire bande à part, de se refuser à toute communication avec les autres et d'inutiliser des territoires immenses dont elle ne sait pas tirer parti. [...] La question est en effet de savoir si les Européens doivent se résigner à tous les maux qu'entraîne l'*over population* pour permettre à quelques milliers de sauvages de se manger entre eux. Or n'est-ce pas là précisément ce qui serait monstrueux?»¹¹⁹

Dans cette perspective, il n'est même pas nécessaire de poser la question de la légalité ni de la légitimité de l'appropriation : d'abord, parce que «la supériorité de civilisation des Européens [...] sur les sauvages est écrasante»¹²⁰ et que c'est un bienfait que de leur administrer le progrès, même au prix de leur disparition¹²¹; ensuite, parce que le colonisateur a développé de lui-même une image bienveillante, paternaliste, qui tend à faire

117. G. Blardone *et al.*, *Initiation aux problèmes d'outre-mer*. Lyon, Chronique sociale de France, 1959, p. 26.

118. *Id.*

119. A. Girault, *Principes de colonisation et de législation coloniale*, 3e éd., t. I, Paris, Sirey, 1907, n° 7, p. 25; dans le même sens : P. Leroy-Beaulieu, *op. cit.*, note 114, p. 140.

120. H. Deschamps, *op. cit.*, note 73, p. 12.

121. Voir les ouvrages cités à la note 119.

de lui plus que les autres un peuple «sympathique aux races étrangères et primitives»¹²².

Cette vision des choses, que l'on attribuait aux Européens du temps mais que les historiens ont aussi faite leur jusqu'à récemment, est aujourd'hui abandonnée. On sait en effet jusqu'à quel point, malgré la chute démographique que les Autochtones ont subie sous le régime français jusqu'en 1760, les rapports entre Français et Autochtones ont été souvent éloignés, par la force des choses, de cette vision réductrice¹²³. Mais en percevant, de façon dominante, les peuples autochtones comme une communauté humaine sous-développée, l'histoire traditionnelle a empêché que se pose, *pour elle-même*, la question de la légalité de l'appropriation du Canada par la France.

À côté de ceux qui, renversant complètement la perspective, en sont arrivés à conclure que les réserves avaient été instituées, dans l'exercice banal du droit de propriété de la Couronne française sur le territoire, «for [the] spiritual and economic betterment [of the Indian]» et que toute concession territoriale faite à l'intention des Autochtones «flowed not from a theoretical aboriginal title but from the clemency of the crown or the charity of individuals»¹²⁴, d'autres opinions ont été exprimées pour justifier —et démontrer— que l'appropriation du Canada par la France a été totale et irréversible.

Débarassé de la gangue idéologique qui vient d'être évoquée, le point de vue qui prévaut aujourd'hui fait plutôt reposer le phénomène de l'appropriation sur le consensualisme ou, encore, sur une logique de conquête¹²⁵. Pour certains, en effet, les Français se seraient installés au Canada du consentement des Autochtones, et seraient devenus «propriétaires» du territoire du seul fait de l'autorisation générale qu'on leur aurait accordée de le peupler, avec le résultat qu'il n'y aurait «pas eu spoliation de

122. P. Leroy-Beaulieu, *op. cit.*, note 114, p. 140; sur cette idéologie, il faut lire C.J. Jaenen, *op. cit.*, note 17, p. 6-7, 9 et 11 et Bruce G. Trigger, *op. cit.*, note 49, p. 317 et suiv.

123. C.J. Jaenen, «Pelletteries et Peaux-Rouges : perceptions françaises de la Nouvelle-France et de ses peuples indigènes aux XVIe, XVIIe et XVIIIe siècles», *Recherches amérindiennes*, vol. 13, n° 2, 1983, p. 107; du même auteur : «The Meeting of the French and Amerindians in the Seventeenth Century», dans J.M. Bumsted (ed.), *Interpreting Canada's Past*, vol. 1, *Before Confederation*, Toronto, Oxford University Press, p. 27; et D. Delage, *loc. cit.*, note 83, 164, 175.

124. G.F.C. Stanley, *loc. cit.*, note 1, 210 et 209. L'auteur ajoute, pour plus de netteté (p. 209) : «The lands which were set aside for the Indians were granted not of right but of grace».

125. Par exemple : G.S. Lester, *loc. cit.*, note 33, 355; et H. Brun, *loc. cit.*, note 29, 49-51.

l'indigène»¹²⁶. Pour d'autres, enfin, il n'y aurait jamais eu de reconnaissance, par les Français, d'une souveraineté indigène au Canada : «At no time was there any recognition on the part of the French crown of any aboriginal proprietary rights in the soil»¹²⁷. Le peuplement, au contraire, s'est fait sans indemnisation des peuples autochtones, qui auraient ainsi été expropriés¹²⁸. L'acquisition du territoire n'a par ailleurs jamais été accompagnée de traités ou d'actes de cession avec les Autochtones¹²⁹. On en conclut donc, à partir des éléments de preuve qui ont été identifiés plus haut, que «with the fall of the Ancient Regime in 1760, the old province of Quebec passed into English hands with a history of non-recognition of Indian title and no land cession treaties»¹³⁰.

B- Un processus dont la portée est désormais contestée

Depuis une vingtaine d'années, une «nouvelle» histoire des rapports entre Européens et Autochtones à l'époque de la colonisation s'est constituée. Préoccupée de mettre en lumière l'importance du rôle des peuples autochtones d'alors, de corriger le caractère unilatéral et «colonial» de l'histoire traditionnelle, cette nouvelle histoire a donc cherché à regarder un même objet d'analyse sous un autre angle. On a donc entrepris de contester, sinon de renverser «le modèle général d'analyse historiographique des autochtones appliqué à toute l'Amérique du Nord, qui fut établi au XIX^e siècle et qui servait à justifier la préemption du territoire indien par les Européens»¹³¹.

126. M. Trudel, *op. cit.*, note 72, p. 268; cette opinion a été réaffirmée par l'auteur vingt ans plus tard (*op. cit.*, note 109, p. 599).

127. Comme le rapportent P.A. Cumming et N.H. Mickenberg (ed.), *Native Rights in Canada*, 2e éd., Toronto, The Indian-Eskimo Association of Canada in association with General Publishing Co., 1972, p. 80; dans le même sens : Maurice Torrelli, «Les Indiens du Canada et le droit des traités», [1974] *A.F.D.I.* 227, 234.

128. Bruce G. Trigger, *Les enfants d'Aataentsic*, Montréal, Libre Expression, 1991, p. 834 : «Contrairement aux Hollandais, les Français ne se préoccupèrent aucunement d'acheter aux Amérindiens les terres qu'ils voulaient coloniser et refusèrent de reconnaître leur souveraineté. Ils s'efforcèrent plutôt d'obtenir formellement leur allégeance aux représentants de la couronne de France».

129. M. Torrelli, *loc. cit.*, note 127, 227.

130. P.A. Cumming *et al.*, *op. cit.*, note 127, p. 81; C.J. Jaenen, «French Sovereignty and Native Nationhood during the French Régime», dans J.R. Miller (ed.), *Sweet Promises: A Reader on Indian-White Relations in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1991, p. 19, p. 21-22, qui critique cette opinion émise également par d'autres auteurs qu'il signale; et O.P. Dickason, *Canada's First Nations: A History of Founding Peoples from Earliest Times*, Toronto, McClelland & Stewart, 1992, p. 176 et 233.

131. Bruce G. Trigger, «Pour une histoire plus objective des relations entre colonisateurs et autochtones en Nouvelle-France», *Recherches amérindiennes*, vol. 11, n° 3, 1981, p. 199, à la p. 200.

Traversé par l'idée que l'arrivée des Européens allait marquer le «triomphe de la civilisation sur le barbarisme»¹³², ce modèle traditionnel a surtout été mis en cause par des travaux qui ont eu pour propos de montrer que les Autochtones pouvaient être perçus, non plus simplement comme les objets d'une histoire subie, mais comme les sujets à part entière d'une rencontre égalitaire. La plupart des travaux qui ont été écrits dans cette perspective «révisionniste» ont porté sur les relations qui se sont établies, au cours d'une période donnée, entre les Autochtones et les Français ou les Britanniques¹³³, ou ont visé à reconstituer la vie des peuples autochtones pour elle-même¹³⁴; plus rarement s'est-on intéressé, sinon de façon incidente, à la question territoriale comme telle, surtout pour le Canada d'avant 1760¹³⁵. Aussi les preuves recueillies jusqu'à maintenant pour remettre en cause l'opinion établie en matière de droits territoriaux sont-elles plus souvent circonstancielles que directes.

Il en est ainsi, par exemple, pour ce qui regarde le problème de l'assujettissement des Autochtones à la justice criminelle coloniale : sans rapport immédiat avec la question de la propriété du sol, cette dimension des relations entre Français et Autochtones est néanmoins susceptible de révéler jusqu'à quel point, le cas échéant, les autorités ont été amenées à admettre ou à reconnaître l'indépendance politique des premiers occupants et, partant mais par ricochet, leur «souveraineté» territoriale (2°).

On dispose cependant d'assez de preuves directes —ou du moins présentées comme telles— pour avancer l'idée, sans nécessairement affirmer qu'elle est assez forte pour que l'opinion traditionnelle doive être abandonnée, que les gestes d'appropriation posés par la France vis-à-vis du Canada n'ont pas suffi à lui faire acquérir le territoire (1°).

132. *Id.*

133. Aux textes déjà cités de D. Delâge, C.J. Jaenen, et B.G. Trigger, on peut ajouter : A.G. Bailey, *The Conflict of European and Eastern Algonkian Cultures, 1504-1700*, Toronto, University of Toronto Press, 1969; C.J. Jaenen, *Friend and Foe: Aspects of French-Amerindian Cultural Contact in the 16th and 17th centuries*, [Toronto], McClelland & Stewart, 1976 et D. Delâge, «L'alliance franco-amérindienne», *Recherches amérindiennes*, vol. 19, n° 1, 1989, p. 3.

134. Par exemple : C. Heidenreich, *Huronian: A History and Geography of the Huron Indians, 1600-1650*, Toronto, McClelland & Stewart, 1971.

135. Entre autres : J.D. Hurley, *Children or Brethren: Aboriginal Rights in Colonial Iroquoia*, Saskatoon, University of Saskatchewan Native Law Centre, 1985; C.J. Jaenen, *loc. cit.*, note 130; et B. Slattery, «Understanding Aboriginal Rights», (1987) 66 *R. du B. can.* 727.

- 1° *Pourquoi peut-on dire que les gestes d'appropriation posés par la France auraient été insuffisants pour lui permettre d'acquérir le territoire du Canada?*

D'abord, parce que la signification de ceux qui ont été traditionnellement considérés comme fondateurs est douteuse.

Non pas tellement parce qu'en eux-mêmes, ces gestes, comme ceux qui matérialisent une volonté d'appropriation symbolique, confinent à la fiction : bien qu'on les relate parfois avec une pointe de sarcasme, rapportant par exemple que les explorateurs français se sont appropriés le territoire «en enterrant de-ci de-là des plaques de plomb, dont certaines ont été retrouvées»¹³⁶, on n'a pas cherché à en montrer la faiblesse par leur seule appartenance au domaine du rituel. Sans doute ces gestes ont-ils été trop répandus dans la pratique d'alors pour que l'on puisse douter qu'aux yeux des colonisateurs, ils avaient bel et bien une utilité «juridique» parce qu'ils annonçaient le début d'un processus de possession.

En se plaçant cependant à l'intérieur du système d'appropriation de la France vis-à-vis du Canada, on a proposé que ces gestes pouvaient recevoir une interprétation différente de celles habituellement reçues. Ainsi, les croix érigées par Cartier l'auraient été à des fins de navigation, plutôt qu'en vue de marquer l'appropriation du sol au nom du roi de France, dans la mesure où il a été impossible de repérer «*any instances up to 1559 where France cited Cartier's crosses in association with territorial claims, or indeed for any other purpose. The crosses were, of course, summoned up to do duty for France in diplomatic controversies of a later era, but this does not provide us with much insight into the official mind of Cartier's time*»¹³⁷. Il est d'ailleurs significatif que, même dans la littérature traditionnelle, on ne sache pas toujours quel sens attribuer aux croix que l'on a pu ériger ici, y compris par exemple au cours des voyages d'exploration de Champlain¹³⁸.

136. P. Pluchon, *op. cit.*, note 105, p. 311.

137. B. Slatery, «Did France Claim Canada Upon "Discovery"?», dans J.M. Bumsted (ed.), *op. cit.*, note 123, p. 1, à la p. 10.

138. Par exemple : M. Trudel, *op. cit.*, note 80, p. 201, qui limite la vocation des croix plantées par Champlain à de simples points de repère, alors que l'une d'elles porte les armes de France, comme celle érigée par Cartier à Gaspé en 1534, dont l'auteur dit ailleurs qu'elle «équivalait nettement à une affirmation solennelle des droits de la France sur cette terre» (*op. cit.*, note 72, p. 82).

De même les commissions émises par le roi jusqu'à la concession du territoire à la Compagnie des Cent-Associés, en 1627, et même au-delà tendent à démontrer que l'appropriation n'est pas tenue pour acquise, mais constitue plutôt un objectif à atteindre, par ces modes dérivés d'acquisition que sont la conquête ou la cession¹³⁹. Les concessions aux compagnies mises sur pied de 1627 jusqu'en 1664 expriment bien «*an actual disposition of American territory*»¹⁴⁰, mais demeurent des «*speculative titles*»¹⁴¹ dans la mesure où elles énoncent explicitement que des parties importantes du territoire restent à acquérir, sans régler de façon définitive le sort des Autochtones. Et bien qu'à partir de 1674, la colonie soit placée sous l'autorité directe de la Couronne, les commissions émises aux administrateurs coloniaux les enjoignent de traiter «les Indiens avec douceur, justice et équité» et leur commandent «qu'on n'usurpe point les terres sur lesquelles ils sont habituez sous pretexte qu'elles sont meilleures ou plus convenables aux François»¹⁴². Ces instructions seront d'ailleurs, fait significatif, réitérées jusqu'en 1755.

Mais ce n'est pas uniquement parce que les gestes d'appropriation posés pourraient recevoir une interprétation différente que l'on peut contester leur portée. C'est aussi, et surtout peut-être, parce que se sont dressées, devant les prétentions françaises, des protestations formulées par les Autochtones, du moins quand ils ont pu deviner la signification des comportements pratiqués par le colonisateur.

On a souvent tenu pour acquis que, compte tenu de la manière dont le peuplement par les Français s'était organisé, la question de l'appropriation du territoire et des conflits possibles avec les Autochtones avait avant tout constitué «a non-existent issue»¹⁴³. Puisque le territoire avait fini par être partagé en deux

139. B. Slattery, *op. cit.*, note 115, p. 79-82; J.D. Hurley, *op. cit.*, note 135, p. 270; et B. Slattery, *loc. cit.*, note 137, 14 et suiv.

140. B. Slattery, *op. cit.*, note 115, p. 85; mais «the mere inscription of a conveyance in a royal charter could not remedy the absence of an underlying title», comme l'observe J.D. Hurley, *op. cit.*, note 135, p. 273.

141. J.D. Hurley, *op. cit.*, note 135, p. 275; dans le même sens : W.E. Washburn, *loc. cit.*, note 34, p. 25. Voir aussi Dale B. Miquelon, *New France, 1701-1744, «A Supplement to Europe»*, Toronto, McClelland & Stewart, 1987, p. 261.

142. «Commission au Sieur de Courcelles (mars 1665)», citée par B. Slattery, *op. cit.*, note 115, p. 89; le texte des commissions émises après le démantèlement de la Compagnie des Indes occidentales «follow the basic pattern set by Courcelle's Commission of 1665» (p. 89).

143. Selon le mot de P.A. Cumming *et al.*, *op. cit.*, note 127, p. 83; voir aussi W.J. Eccles, *loc. cit.*, note 60, 480 et 498 et C.J. Jaenen, *op. cit.*, note 17, p. 17. L'extrait qui suit résume à lui seul toutes les difficultés de la question : «Les Français, au contraire, les traiteront en amis et en égaux.

zones d'occupation variable, comme on l'a vu, l'affrontement entre Français et Autochtones avait pu, globalement, être évité. À la différence de ce qu'ont pu vivre les Autochtones installés plus au sud lors de leur rencontre avec les colons anglais, les Autochtones du Canada n'auraient donc pas eu à subir la violence du colonisateur, celle des armes comme celle des contrats d'adhésion, procédé qui aurait permis de conclure avec netteté à leur dépossession au profit des Français. Libérés de l'obligation d'avoir recours aux traités en raison de leur situation respective sur le territoire, les parties auraient donc vécu dans une sorte de coexistence pacifique, sous la bienveillante protection générale de la Couronne française.

Or on commence précisément à mettre en évidence que les Autochtones, un peu partout au Canada et dans des circonstances variables, se sont souvent opposés à l'action des Français vis-à-vis du territoire. Les gestes d'appropriation posés, parce que contestés ou incompris (notamment à cause de dol), n'auraient donc pu suffire à fonder titre, ni à dépouiller les occupants d'alors de leurs droits.

L'inventaire de ces défaillances est sans doute bien loin d'être terminé. Mais on peut déjà citer, à titre d'exemples de prétentions contestées : l'érection de la croix de Gaspé par Cartier, en 1534¹⁴⁴; la prise de possession de Sault Sainte-Marie, en 1671¹⁴⁵; et la présence française à la Baie des Puants en 1754¹⁴⁶. Et s'il arrive qu'aucune protestation ne soit formulée, c'est parce que les gestes posés sont interprétés différemment par les Autochtones, qui ne leur attribuent pas de conséquences néfastes, ou sont induits en erreur par les représentations fallacieuses des Français¹⁴⁷. En réalité, par-delà les réactions anecdotiques, il apparaît que l'opposition autochtone se soit exprimée également à

Reconnaissons, pour ne point exagérer leur mérite, que cela leur fut facile. Il y avait tant de place dans les immenses forêts de la Nouvelle-France! Longtemps encore, le colon pourra s'emparer du sol sans exproprier le sauvage»; Émile Salone, *La colonisation de la Nouvelle-France*, Paris, E. Guilmoto, 1905, réimpression par Boréal-Express, 1975, p. 25.

144. O.P. Dickason, *loc. cit.*, note 17, 232; B.G. Trigger, *op. cit.*, note 128, p. 172-173, 197. Cette réaction des Autochtones est d'ailleurs relatée par la littérature traditionnelle.

145. W.J. Eccles, *loc. cit.*, note 60, 485-486.

146. *Id.*, 499.

147. Bruce G. Trigger, *The Children of Aataentsic*. Montréal, McGill-Queen's University Press, 1976, p. 720-721; A.S. Keller *et al.*, *op. cit.*, note 45, p. 106; W.J. Eccles, *loc. cit.*, note 60, 485 (et note 44); et C.J. Jaenen, *op. cit.*, note 17, p. 41, 43-44.

l'égard de l'attitude générale du colonisateur vis-à-vis de l'appropriation des terres¹⁴⁸.

Contre l'histoire traditionnelle, et en admettant à l'occasion que les indices recueillis sont fragmentaires ou contradictoires¹⁴⁹, on remet donc en cause l'opinion selon laquelle la France aurait nié ou éteint toute forme de «souveraineté» aux Autochtones du Canada et, par le fait même, les aurait aussi dépouillés de leurs droits territoriaux¹⁵⁰.

Plusieurs indices permettent de croire que les Autochtones se considéraient comme titulaires de droits exclusifs «*to the lands whose resources they exploited, although in some cases such lands were shared with allied neighbouring peoples*»¹⁵¹, et bien que l'on sache peu de choses «*about the diverse and flexible patterns and concepts of Amerindian property rights, hunting territories and territorial delimitation*»¹⁵².

- L'accès des Français aux territoires non peuplés par eux d'une façon systématique se faisait généralement avec l'accord des Autochtones, quelle que soit la fin poursuivie (exploration, commerce, contrôle militaire) : «*From the days of Jacques Cartier's crossing the «boundary» between the Stadaconans and Hochelagans, and the exacting of tribute by Algonkian bands on the Ottawa River of Huron and French canoe brigades, through the end of the French regime, care was taken about crossing various tribal boundaries*»¹⁵³.
- Les Français ont parfois explicitement reconnu la «souveraineté» des Autochtones¹⁵⁴.

148. W.J. Eccles, *op. cit.*, note 115, p. 6; et D. Delâge, *loc. cit.*, note 83, 143. Dans un texte inédit portant sur les relations entre Autochtones et Européens au XVIII^e siècle, Denys Delâge donne plusieurs exemples de protestations contre l'appropriation des terres en Acadie. Je remercie l'auteur de m'avoir aimablement permis de consulter ce texte.

149. J.D. Hurley, *op. cit.*, note 135, «Summary»; et B. Slattery, *loc. cit.*, note 137, 3, 19-20.

150. B. Slattery, *op. cit.*, note 115, p. 70, 83-85; J.D. Hurley, *op. cit.*, note 135, p. 316; et B. Slattery, *loc. cit.*, note 137, 15. On peut compléter, pour l'Acadie, par W.J. Eccles, *loc. cit.*, note 60, 494.

151. B. Slattery, *op. cit.*, note 115, p. 2.

152. C.J. Jaenen, *op. cit.*, note 17, p. 36.

153. *Id.*, p. 37; dans le même sens : W.J. Eccles, *loc. cit.*, note 60, 498 et *op. cit.*, note 115, p. 5; et M. Trudel, *op. cit.*, note 80, p. 198, 230 et 363.

154. C.J. Jaenen, *op. cit.*, note 17, p. 34, 38; W.J. Eccles, *loc. cit.*, note 60, 475 (note 2), 491; J.D. Hurley, *op. cit.*, note 135, p. 306-311; B.G. Trigger, *op. cit.*, note 49, p. 133, 140; et P.A. Cumming *et al.*, *op. cit.*, note 127, p. 81-82.

- Les Autochtones, de façon générale, se considéraient comme maîtres chez eux¹⁵⁵.

Et d'autres indices tendent à démontrer que l'affirmation, par la France, de droits territoriaux en Nouvelle-France était essentiellement destinée à rendre son «titre de propriété» opposable aux États colonisateurs rivaux (l'Espagne et l'Angleterre), pour empêcher leur expansion, et non en vue d'exproprier les Autochtones¹⁵⁶.

En somme, aux yeux des tenants de la «nouvelle» histoire, *«the keystone of the French relationship, if one can be identified, would appear to have been the inseparability of the military alliances, the commercial encounters, the religious civilizing mission, and concept of Native nationhood under French sovereignty»*¹⁵⁷.

À partir du moment où l'on conclut qu'a bel et bien existé un respect de la France vis-à-vis de l'autonomie des Autochtones, peu importe que ce respect ait été pratiqué par calcul militaire¹⁵⁸ ou commercial, il faut aussi en tirer les conséquences sur un plan plus proprement juridique. Or les conclusions auxquelles on parvient, sur la base de l'information recueillie jusqu'à maintenant, ne sont pas nécessairement unanimes. Pour certains, les éléments de preuve semblent suffisamment concordants pour qu'on puisse affirmer que la France, par le Traité de Paris de 1763, n'a pu céder à la Grande-Bretagne, en ce qui regarde la Nouvelle-France, qu'«a non-existent title»¹⁵⁹. Pour d'autres, la préoccupation principale de la France aurait été d'étendre son empire en Amérique du Nord en exerçant un contrôle sur les peuples autochtones, plutôt que d'occuper le territoire à des fins de peuplement; on n'aurait donc cherché qu'accessoirement à déposséder, si nécessaire, les Autochtones de leurs terres. En

155. B. Slattery, *loc. cit.*, note 137, 2; C.J. Jaenen, *op. cit.*, note 17, p. 51 (note 38); W.J. Eccles, *loc. cit.*, note 60, 478, 498; B.G. Trigger, *op. cit.*, note 49, p. 133, 140; O.P. Dickason, *loc. cit.*, note 17, 231-232; et D. Delage, *loc. cit.*, note 83, 176. Non sans raison puisque, comme le rapporte Jaenen (*id.*, p. 32), des instructions émises en 1716 par le roi interdisaient les établissements ou les concessions en dehors de la colonie proprement dite.

156. B. Slattery, *op. cit.*, note 115, p. 87, 91, 92-94; C.J. Jaenen, *op. cit.*, note 17, p. 46-47; W.J. Eccles, *loc. cit.*, note 60, 479, 481 et 496, où l'auteur qualifie le comportement des Français de «Janusian» attitude; et B. Slattery, *loc. cit.*, note 54, 689 : «In effect, there were divergent streams of state practice, one inter-European, the other European-Aboriginal».

157. C.J. Jaenen, *op. cit.*, note 17, p. 204; dans le même sens : J.D. Hurley, *op. cit.*, note 135, 315-316.

158. J.D. Hurley, *id.*, p. 281.

159. W.J. Eccles, *loc. cit.*, note 60, 510.

somme, «*the Crown's rights to the soil were to be held, not to the exclusion of the indigenous people, but through them*»¹⁶⁰.

«*Where relations of vassalage were established, affirms Slattery, it may be inferred that the Indians were considered to hold their lands from the French King and under his ultimate dominion. As vassals they might in certain circumstances be deprived of their lands by the Crown, in particular for acts of disobedience. Otherwise their rights to the lands they held would remain intact, subject to the King's ultimate title*»¹⁶¹.

Cette hypothèse suppose donc que l'on étudie les rapports de chacun des peuples autochtones avec la France pour déterminer l'étendue des droits dont ils pouvaient être titulaires¹⁶². Mais il paraît établi, pour le moment, que s'est développé, sous le régime français, «*a curious dualism of Native self-determination under French sovereignty*»¹⁶³.

2° *L'assujettissement des Autochtones à la justice coloniale*

Il était prévisible que, dans la poursuite d'une action «civilisatrice» dirigée contre les Autochtones, on finisse par mettre le droit à contribution. On sait que ce n'est pas d'abord à lui que l'on a songé comme moyen d'assimilation, même si, comme l'exprime Roger Bastide, «le Droit constitue une des formes les plus importantes du contrôle social»¹⁶⁴. La conversion religieuse s'est en effet d'abord imposée comme un outil de propagande plus approprié : d'abord parce qu'elle permettait de donner un visage noble aux entreprises de colonisation; ensuite parce que, sur le plan stratégique, on pouvait croire plus efficace d'obtenir l'adhésion de la population autochtone au système de valeurs du colonisateur avant de l'assujettir à la répression par le droit. Aussi n'est-il pas étonnant que l'on se soit préoccupé assez tard, comme on le verra plus loin, de rendre le droit criminel français officiellement applicable à d'autres habitants qu'aux premiers colons.

160. B. Slattery, *op. cit.*, note 115, p. 92; sur la volonté principale du colonisateur vis-à-vis du territoire : B.G. Trigger, *loc. cit.*, note 131, 201; C.J. Jaenen, *op. cit.*, note 17, p. 17; et J.D. Hurley, *op. cit.*, note 135, p. 281.

161. B. Slattery, *op. cit.*, note 115, p. 92.

162. *Id.*; dans le même sens : J.D. Hurley, *op. cit.*, note 135. Henri Brun ne croit pas la démarche nécessaire pour parvenir à la conclusion que les droits des Autochtones ont été éteints : *loc. cit.*, note 29, 45.

163. C.J. Jaenen, *op. cit.*, note 17, p. 32.

164. Roger Bastide, *Le prochain et le lointain*, Paris, Éditions Cujas, 1970, p. 154.

La question de l'assujettissement des Autochtones à la justice criminelle coloniale est intéressante pour nos fins à un double titre : d'abord, parce qu'elle fournit des indices du degré d'autonomie que l'on entendait, le cas échéant, leur accorder; ensuite, parce qu'elle permet de vérifier jusqu'à quel point la métropole a pu mettre en oeuvre des moyens conformes à ses intentions. Mais, sur cette question comme sur bien d'autres, l'information disponible est encore fragmentaire et ne permet certainement pas de parvenir à des conclusions définitives, compte tenu, en outre, de l'ampleur de la période couverte, qu'on ne peut guère —et encore— faire débiter avant la fondation de Québec.

On possède peu d'indices sur ce qu'a été l'administration de la justice au Canada de 1608 à 1664. Suivant les principes admis à l'époque, la fondation d'une colonie emportait l'implantation spontanée du droit français par le seul fait du peuplement. Aussi peut-on croire que, dans leurs rapports juridiques, les habitants nouvellement installés ici ont continué d'avoir recours à leur droit d'origine. Compte tenu du morcellement juridique de la France d'alors, on a donc reproduit, sur une échelle évidemment réduite, le «régime de diversité»¹⁶⁵ qui était pratiqué en métropole en droit privé. En droit pénal, au contraire, il est généralement admis que le droit était alors, pour l'essentiel, unifié : les règles applicables en la matière au Canada ne dépendaient donc pas du lieu de provenance des colons et l'on peut postuler que le même droit a dû servir à trancher tout litige de droit pénal porté devant un tribunal¹⁶⁶.

On ne dispose encore d'aucune étude systématique sur la réalité de l'application du droit français au Canada avant 1664. Certes, on peut relever des exemples, en droit privé et en droit pénal, qui attestent que c'est bien là le droit qui servait de cadre de référence, mais l'essentiel de ces illustrations conserve un caractère anecdotique, y compris sur la question de savoir si les Autochtones y étaient assujettis¹⁶⁷. Tant que le niveau de la

165. Selon le mot d'André Morel, *Histoire du droit*, 6e éd., Montréal, Librairie de l'Université de Montréal, 1980-1981, p. 31.

166. *Id.*, p. 149; et, du même auteur, «L'imposition et le contrôle des peines au Bailliage de Montréal», dans *Études juridiques en hommage à M. le juge Bernard Bissonnette*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1963, 413.

167. André Lachance, *La justice criminelle du roi au Canada au XVIIIe siècle*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1978, p. 7-9; R. Bilodeau *et al.*, *op. cit.*, note 86, p. 78; E. Salone, *op. cit.*, note 143, p. 26 : «Champlain traite les sauvages en enfants gâtés. Il leur passe tout. Les attentats contre les Français demeurent le plus souvent impunis. Quand il obtient une réparation, c'est à la suite de longues négociations»; et François-Xavier Gabeau, *Histoire du Canada*, 8e éd., Montréal, Éditions de l'Arbre, 1944, p. 253-255.

population d'origine française demeurait peu élevée¹⁶⁸ et que restait faible la fréquence des contacts de voisinage avec les Autochtones, le système en place, dont on peut supposer qu'il était rudimentaire, pouvait suffire à la tâche.

Mais à partir du moment où la population a commencé à s'accroître de façon significative, il a paru opportun d'adopter, pour la colonie, diverses mesures à caractère permanent. Sur le plan du droit applicable, qui seul nous retiendra ici, on mettait fin à la diversité qui avait prévalu jusque-là en droit privé, en imposant la Coutume de Paris à l'exclusion de toute autre¹⁶⁹, tout en réaffirmant que le territoire continuerait d'être régi pour le reste par les lois et ordonnances du Royaume, qui pourraient être complétées par le droit local¹⁷⁰.

Il ne semble pas que l'on ait alors songé à assujettir les Autochtones au système juridique en place, puisque les textes pertinents sont silencieux sur la question. Ce silence mériterait à lui seul d'être élucidé, parce qu'il est équivoque : ou il signifie, en effet, qu'il était inutile de disposer sur le sujet, l'assujettissement allant de soi; ou il tend à démontrer que les Autochtones étaient perçus comme échappant à l'emprise du droit colonial, jusqu'à ce que l'on décide d'intervenir officiellement. Ou, encore, qu'il n'était guère utile de se préoccuper de cette question tant qu'elle ne soulevait pas de difficultés particulières. C'est peut-être ainsi qu'il faut comprendre les mesures expresses prises en 1664 et en 1676¹⁷¹ pour rendre le droit criminel français applicable aux peuples autochtones du territoire.

Devant le succès, escompté ou réel selon le cas, des initiatives de sédentarisation des indigènes dans des « réductions » situées le plus souvent à proximité des principaux centres, on ne pouvait plus se contenter de miser sur l'efficacité — au demeurant surtout espérée — de la conversion religieuse. La place de plus en plus importante que les Autochtones occupaient dans la vie quotidienne des colons français, que ce soit à travers le commerce de l'alcool ou des fourrures, justifiait maintenant que l'on affiche sans réserve l'intention de les soumettre à la règle du jeu.

168. Elle était d'environ 2 500 personnes en 1660.

169. Par l'article XXXIII de l'Édit d'établissement de la Compagnie des Indes occidentales, de mai 1664; voir, entre autres, Pierre Lampué, *Droit d'outre-mer et de la coopération*, 4e éd., Paris, Dalloz, 1969 n° 45, p. 45.

170. Comme le prévoyait l'Édit de création du Conseil souverain de Québec, d'avril 1663.

171. A. Lachance, *op. cit.*, note 167, p. 16; E. Lareau, *op. cit.*, note 75, p. 286-287 et 295; J.D. Hurley, *op. cit.*, note 135, p. 78-79; et C.J. Jaenen, dans J.M. Bumsted, *loc. cit.*, note 123, p. 31.

Bien que l'on ne puisse pas, dans l'état actuel des choses, identifier de manière certaine les motifs qui ont déterminé la politique exprimée en 1664 et 1676, il paraît indéniable que l'on a ainsi cherché à profiter du droit pour poursuivre une politique d'assimilation qui, dans le discours officiel, a subsisté pendant toute la durée du régime. Mais, là comme ailleurs, on est obligé de conclure qu'un fossé considérable s'est creusé entre la réalité et les textes, entre les intentions et les gestes. Autant la volonté d'assujettir les Autochtones au droit criminel français a été manifeste, autant la matérialisation quotidienne de cette volonté paraît avoir été compromise dans les faits, jusqu'à la conquête de 1760.

C'est du moins la conclusion que l'on peut dégager de travaux récents sur la question, les premiers, parmi ceux qui sont disponibles en tout cas, à avoir abordé le sujet à partir de recherches aussi approfondies, ou, à défaut, dans une perspective différente de l'historiographie traditionnelle. D'une façon comme d'une autre, en effet, on tend à accréditer l'idée que «French assertions of jurisdiction [over the Indians] remained largely theoretical, unsubstantiated by actual enforcement»¹⁷², au point de pouvoir affirmer que les Autochtones ont bénéficié d'une «quasi-immunité diplomatique»¹⁷³ sur le terrain judiciaire, et qu'ils ont en conséquence vécu, à Montréal du moins, dans une «remarkable independence until the fall of New France»¹⁷⁴.

Les statistiques qui ont été compilées à partir des archives judiciaires de Montréal pour une période qui s'étend de 1669 à 1760 sont étonnantes, et seraient d'autant plus probantes que les Autochtones «domiciliés» sur le territoire de cette agglomération y ont été à la fois plus nombreux et plus proches qu'à Trois-Rivières ou Québec¹⁷⁵.

172. J.D. Hurley, *op. cit.*, note 135, p. 76; dans le même sens : W.J. Eccles, *op. cit.*, note 115, p. 77-78 ou *loc. cit.*, note 60, 487.

173. J.D. Hurley, *op. cit.*, note 135, p. 80 : «Eventually the French were forced to give up their efforts to bring the Indians under their criminal jurisdiction. Instead, they granted something akin to diplomatic immunity to the Indians when in French settlements». Sur toute cette question, il faut lire : Jan Grabowski, *The Common Ground. Settled Natives and French in Montréal, 1667-1760*, Université de Montréal, Thèse présentée à la Faculté des études supérieures en vue de l'obtention du doctorat en histoire, juillet 1993, dont les conclusions sont au même effet. Je remercie l'auteur d'avoir aimablement accepté de mettre un exemplaire de sa thèse à ma disposition.

174. J. Grabowski, *id.*, p. 95.

175. *Id.*, p. 99-100 (mais voir aussi p. 116) et D. DELÂGE, *loc. cit.*, note 83, 153-154.

Sur un total de 76 individus contre qui des poursuites pénales ont été engagées, trois seulement ont été condamnés, puis châtiés¹⁷⁶. Les 73 autres n'ont même pas été innocentés par jugement final en ce sens, mais ont été tout simplement relaxés, après interrogatoire¹⁷⁷. En fait, on ne trouve qu'un seul cas, au cours de cette période, où des conclusions contre l'intimé ont été demandées par la poursuite en stricte conformité du droit officiel¹⁷⁸. Pour le reste, il semble bien que le droit normalement applicable en matière criminelle ait été supplanté par un droit négocié entre les Autochtones et les autorités coloniales.

Entre l'application rigoureuse des textes et leur complète ineffectivité, on a donc plutôt développé un système transactionnel, résultat de concessions réciproques des parties. D'un côté les Autochtones ont accepté que la justice coloniale puisse exercer une certaine emprise sur eux, en consentant à comparaître devant les tribunaux, à se soumettre à des interrogatoires, à subir des arrestations accompagnées de courtes périodes d'emprisonnement et, exceptionnellement, à se voir imposer des châtiments. Mais le déroulement du processus pénal était fort éloigné de ce que prescrivait l'Ordonnance criminelle de 1670, pour dire le moins, en cela que l'instance mue contre un Autochtone prenait fin à partir du moment où il dévoilait l'identité des sujets français qui lui avaient vendu de l'alcool.

Presque toutes les infractions qui faisaient ensuite l'objet de poursuites étaient en effet commises, comme l'attestent les dossiers judiciaires, en état d'ébriété¹⁷⁹. Bien que l'on puisse supposer que l'engouement des Autochtones pour l'alcool favorisait la politique d'assimilation entretenue par les autorités, dans la mesure où il accusait leur dépendance, on jugeait pourtant nécessaire de lutter contre les excès du trafic d'alcool. Aussi le processus pénal, lorsqu'il était enclenché contre un Autochtone, avait-il pour objet principal non pas réprimer la conduite de l'auteur de l'infraction, mais de permettre la condamnation de la personne responsable de son état d'ivresse : «whenever liquor was

176. *Id.*, p. 113 et 190, dont deux ont été exécutés. Selon l'auteur, ce nombre de 76 individus est exhaustif (p. 113) et n'est donc pas le résultat d'une investigation par échantillons. Il est peut-être utile de préciser que les Autochtones ont été souvent impliqués dans le processus pénal pendant cette période, sans toutefois être formellement accusés (p. 100-101).

177. *Id.*, p. 100 et 109 : «The domiciliés made it abundantly clear that prosecution was to remain in their hands. They alone were to deal with their own people».

178. *Id.*, p. 105.

179. W.J. Eccles, *loc. cit.*, note 60, 488 : «The crimes were invariably acts of violence against a person, committed while the perpetrator was intoxicated»; et J. Grabowski, *op. cit.*, note 173, p. 100.

at the origin of violence, the natives were not held responsible for their deeds», puisque «the court chose to prosecute French liquor-traffickers instead»¹⁸⁰.

On mesure facilement l'ampleur de l'immunité dont les Autochtones bénéficiaient vis-à-vis de la justice criminelle, si l'on accepte de considérer l'activité judiciaire officielle comme une simple dimension apparente du phénomène : l'attitude des tribunaux était en effet à ce point laxiste qu'elle pouvait dissuader le plus souvent les autorités compétentes d'entreprendre la moindre initiative contre les délinquants. Il semble en tout cas que le traitement de faveur dont les Autochtones profitaient était notoirement connu de la population française, qui tantôt le réprouvait¹⁸¹, tantôt en tirait parti, certains individus allant jusqu'à perpétrer des crimes maquillés et déguisés «en sauvages»¹⁸².

Certes, au cours du siècle qui a précédé la conquête, l'itinéraire des rapports entre autorités et Autochtones en la matière est loin d'avoir été linéaire. On constate au contraire qu'ici comme ailleurs, on a veillé à sauvegarder les intérêts militaires et commerciaux des parties, la justice se montrant plus répressive quand le rapport de forces était favorable au colonisateur¹⁸³. Mais, en dépit de variations possibles de la politique officielle, l'objectif d'assujettir de façon claire et nette les Autochtones à la justice criminelle ne paraît pas avoir été atteint. En tablant sans doute sur le fait que le contrôle social pouvait s'exercer sur la base de prescriptions religieuses¹⁸⁴, sur le plan du droit, on était réduit à constater que rien ne pouvait être fait contre les Autochtones «que de leur consentement»¹⁸⁵ : pour le reste, on pouvait tout au mieux espérer «de les accoutumer à subir les Loix», ce qui ne pourrait de toute manière être éventuellement obtenu qu'«avec prudence et Ménagement»¹⁸⁶. En somme, ce siècle d'impunité qui se clôt avec la conquête s'inscrit dans le prolongement direct des quelque quarante années qui l'ont précédé, au cours desquelles les

180. J. Grabowski, *id.*, p. 144, 101 et 106, et cela même en cas de meurtre (p. 234).

181. *Id.*, p. 276.

182. *Id.*, p. 276-277.

183. *Id.*, p. 142 et 235; et W.J. Eccles, *loc. cit.*, note 60, 488.

184. M. Trudel, *op. cit.*, note 109, p. 600-601; et J. Grabowski, *op. cit.*, note 173, p. 285.

185. «Mémoire du Roy aux Sr. le Marquis de Vaudreuil et Begon», Versailles, 19 mars 1714, cité par J. Grabowski, *op. cit.*, note 173, p. 110; dans le même sens : «Vaudreuil au Ministre», 6 octobre 1721, cité p. 135.

186. «Mémoire du Roy...», *id.*; sur la non-ingérence des autorités locales en la matière, voir, pour un exemple en 1754, W.J. Eccles, *loc. cit.*, note 60, 487-488.

«Amérindiens qui vivent en milieu français ne sont pas intégrés par la soumission aux lois civiles et criminelles des Français»¹⁸⁷.

CONCLUSION

«Les historiens écrivent l'histoire, affirme Bruce Trigger, l'esprit tourné vers l'avenir»¹⁸⁸. Influencés par le présent, mais prisonniers des données qui ont été préservées jusqu'à eux, ils peuvent être enclins à donner libre cours à des préjugés dont ils ne sont pas toujours conscients. L'acuité avec laquelle se pose aujourd'hui la question des droits territoriaux des Autochtones est assurément de nature à inciter les historiens à regarder le passé sous un autre angle —ou à maintenir au contraire les conclusions qu'ils ont pu défendre jusqu'à maintenant.

Il n'est pas facile de dire si la France s'est effectivement approprié le territoire du Canada avant 1760. Curieusement, la question est nouvelle, puisque, pendant longtemps, on n'a guère pensé qu'il y avait seulement matière à la poser. Aussi paraît-il prématuré, compte tenu de l'état des recherches, de conclure catégoriquement dans un sens ou dans l'autre.

Si l'on se place à l'intérieur du système d'appropriation développé par les Européens vis-à-vis du Nouveau Monde, on peut être tenté, au premier abord, de conclure qu'il a joué en faveur de la France. Par le cumul de gestes symboliques de prise de possession, de l'exploitation directe du sol dans la vallée du Saint-Laurent et du contrôle militaire du reste du territoire, on pourrait à la rigueur admettre que l'ensemble des terres revendiquées soient devenues possession française. Mais à la rigueur seulement : car la notion d'occupation effective est suffisamment imprécise pour que l'on puisse douter de la portée juridique d'un contrôle militaire qui, pour permettre de tenir les puissances rivales à distance, reposait pour l'essentiel sur la collaboration des Autochtones.

Aussi faut-il chercher appui sur des modes d'acquisition plus sûrs, parce qu'apparemment plus nets, pour accepter l'idée que les Autochtones auraient été dépouillés, à l'époque, de leurs droits territoriaux. Comme il est généralement admis —et ceci n'est toujours pas remis en cause à l'heure actuelle— qu'il n'y a pas eu, au Québec, cession de territoires par les Autochtones au profit des

187. Comme le constate M. Trudel, *op. cit.*, note 109, p. 600.

188. Bruce G. Trigger, *Les Indiens et l'âge héroïque de la Nouvelle-France*. Ottawa, La Société historique du Canada. Brochure historique n° 30. 1978. p. 3.

Français, la conquête seule pourrait servir de base à une démonstration de l'appropriation du Canada par la France.

L'avenue est assurément commode puisque, la domination ayant nécessairement été, en ce cas, établie par la force, il n'est alors plus requis de s'interroger sur la conformité du processus au droit international de l'époque. Comme on peut, en outre, faire l'économie du caractère unilatéral du procédé, qui est si gênant lorsqu'il n'est question que de découverte et d'occupation effective. Mais il reste encore à prouver qu'il y a eu domination par la force, ou «subjugation», comme le propose Jennings¹⁸⁹, au point que l'on ne puisse plus douter de l'assujettissement des premiers occupants à l'autorité du conquérant.

Il paraît incontestable que la métropole ait eu la conquête à l'esprit quand il s'est agi de coloniser le Canada, ainsi que le montrent les textes de commissions et de concessions qui ont été lancés pendant toute la durée du régime. Mais en matière d'appropriation, comme d'ailleurs pour ce qui regarde l'assujettissement des Autochtones à la justice coloniale, «on est frappé du contraste entre la richesse des idées et la pauvreté des réalisations»¹⁹⁰. Depuis que l'on a commencé d'écrire l'histoire des rapports entre Français et Autochtones dans une perspective différente de celle qui a traditionnellement prévalu, c'est probablement la constatation la plus importante que l'on ait réussi à faire émerger, que celle de la complexité du réel par rapport à l'univocité des textes officiels.

Au lieu d'accréditer l'idée que les Autochtones ont été conquis, ces travaux récents nous les font plutôt voir comme formant des communautés politiques à part entière, qui exercent une autorité sur les territoires qu'ils occupent, qui protestent contre l'empiétement des Français, qui acceptent de collaborer partiellement, parce qu'ils le veulent bien, au processus judiciaire et qui, en somme, refusent de se considérer comme sujets français parce qu'ils ne peuvent «comprendre l'essence même de la subordination»¹⁹¹.

Il est encore trop tôt pour dire, sur la base de cette «nouvelle» histoire, que l'opinion traditionnelle vis-à-vis du

189. R.Y. Jennings, *op. cit.*, note 4, p. 52.

190. Selon le mot, formulé dans un autre contexte, de C.-A. Julien, *op. cit.*, note 21, p. 25; dans le même sens, J.D. Hurley, *op. cit.*, note 135, p. 315 : «Perhaps the most striking impression left by the materials examined in this thesis is the contrast between the parties' words and deeds».

191. B.G. Trigger, *op. cit.*, note 188, p. 16.

territoire doit être renversée. Mais la démarche est indéniablement féconde, puisqu'elle tend à démontrer que les peuples autochtones jouissaient d'une réelle autonomie politique et territoriale. Ainsi est-on conduit à affirmer que cette réorientation de perspective a mené le droit vers des «rivages inconnus»¹⁹², où la question de l'appropriation du territoire ne peut plus être envisagée comme elle l'a été jusqu'à maintenant. Faudra-t-il, pour en savoir davantage, attendre l'émergence d'une histoire des peuples autochtones qui n'ait pas été écrite «en leur absence»¹⁹³?

192. L'expression est de B.-M. Knoppers, L. Cadiet et C.M. Laberge, *La génétique humaine : de l'information à l'informatisation*, Montréal-Paris, Éditions Thémis-Litec, 1992, p. xi. Voir, sur cette question, B. Slattery, *loc. cit.*, note 54.

193. La formule est empruntée à Fernand Dumont, *L'anthropologie en l'absence de l'homme*, Paris, Presses universitaires de France, 1981.

CHAPITRE II

LES DROITS DES AMÉRINDIENS SUR LE TERRITOIRE SOUS LE RÉGIME FRANÇAIS*

Sylvio Normand

INTRODUCTION

La présente étude vise à déterminer quelle fut l'incidence du régime des terres en Nouvelle-France sur les droits des Amérindiens. Cette recherche s'inscrit dans une problématique plus large selon laquelle les droits des Amérindiens sur le territoire de la Nouvelle-France auraient été complètement annihilés du fait de la découverte, puis de l'occupation subséquente, de ce territoire¹. À la suite de cette extinction, les seuls droits auxquels auraient pu prétendre les Amérindiens se seraient limités à ceux éventuellement reconnus par le régime seigneurial.

* Les abréviations suivantes ont été utilisées dans ce texte :

A.R. : Arrêts et règlements du Conseil supérieur de Québec, et ordonnances et jugements des Intendants du Canada. Québec : E.R. Fréchette, 1855. 650 p.

Coll. manus. : Collection de manuscrits contenant lettres, mémoires, et autres documents historiques relatifs à la Nouvelle-France. Québec : A. Côté, 1883-1885. 4 tomes.

É.O. : Édits, ordonnances royaux, déclarations et arrêts du Conseil d'État du Roi concernant le Canada. Québec : E.R. Fréchette, 1854. 648 p.

O.C. : Pierre-Georges Roy. *Ordonnances, commissions, etc., etc. des gouverneurs et intendants de la Nouvelle-France, 1639-1706.* Beauveville, L'éclaireur, 1924. 2 tomes.

R.A.P.Q. : *Rapport de l'archiviste de la province de Québec.* Québec : Imprimeur du roi, 1920-21 à 1969.

1. Henri Brun, «Les droits des Indiens sur le territoire du Québec», dans : *Le territoire du Québec : six études juridiques*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1974, p. 49-50. Pour un témoignage de la fin du XVII^e siècle voir : «Mémoire pour les limites de la Nouvelle-France et de la Nouvelle-Angleterre», dans : *Coll. manus.*, tome I, p. 531 :

Les Français ayant découvert les premiers, en 1504, le continent de l'Amérique septentrionale, ainsi qu'il est vérifié par l'histoire de Niflet et de Magnus, continuèrent à y envoyer leurs vaisseaux, soit vers le banc de Terre Neuve, la terre de Labrador, soit vers la Floride, cherchant à s'établir en divers lieux de ce Continent pour la sûreté de leur pesche et la commodité de leur commerce.

Toutes les nations de l'Europe regardoient alors cette partie de l'Amérique comme appartenant de droit aux Français, surtout depuis que Verazant Florentin, en deux voyages qu'il fist, en prit possession, au nom de François premier, et donna le nom de Nouvelle France à ces terres nouvelles.

Encore récemment la Cour d'appel du Québec retenait une telle interprétation :

Il existe, en effet, d'après les sources historiques, une théorie sérieuse et une interprétation du droit de l'époque à l'effet que, dans le droit français de l'époque de la colonisation, la prise de possession d'un territoire au nom du Roi de France emportait conquête véritable, occupation, ou au moins colonisation au sens strict du terme, et donc transfert en pleine propriété de l'ensemble des droits fonciers et territoriaux, qui, par suite, pouvait cependant être concédés, transférés ou vendus. Le droit français de l'époque tenait pour acquis, semble-t-il, le double principe de la prise de propriété et de la non-concession du territoire public, à la différence du droit britannique. L'une des preuves historiques au soutien de cette proposition (sur le bien-fondé de laquelle je m'abstiens de me prononcer, mais qu'il importe toutefois de signaler) est le fait que le colonisateur français, à la différence du colonisateur britannique, n'a jamais, en règle générale, véritablement négocié avec les autochtones des cessions de territoire. Il a simplement cédé des terres à des missions dans le but de regrouper ceux-ci, de les sédentariser et de les évangéliser (...).²

La vérification d'une telle interprétation demande une appréciation du droit en vigueur à l'époque. En effet, l'étude de l'impact provoqué par l'instauration du régime seigneurial dans la colonie ne peut être envisagée sans que ne soient considérées les particularités du droit qui, sous l'Ancien Régime, régissait les rapports entre la personne et les biens. La connaissance des caractéristiques fondamentales de ce droit permettra de mieux saisir en quoi les prétentions respectives des Amérindiens et des Français pouvaient ou non être conciliables. En outre, les pratiques des administrateurs, tant métropolitains que coloniaux, devront être prises en compte.

Pour diverses raisons, qui tiennent notamment aux carences documentaires, à la difficulté de reconstituer un système juridique ayant existé il y a plus de trois siècles et au poids de la tradition juridique, la présente recherche nous place devant des problèmes particuliers.

2. *Côté c. R.*, [1993] R.J.Q. 1350, 1363-1364 (C.A.Q., le juge Baudouin) (la permission d'en appeler à la Cour suprême du Canada a été accordée le 3 mars 1994 : Cour suprême du Canada, *Bulletin des procédures*, 4 mars 1994, p. 353-354).

La principale embûche d'une recherche du type de celle entreprise tient, en partie, à la difficile conciliation de l'histoire et du droit. Le juriste, lorsqu'il interroge le passé, tient souvent peu compte du contexte général d'une époque, mais s'estime lié par les interprétations que différents tribunaux ont données de certains actes ou de certains faits. Notre démarche ayant pour but de déterminer quels étaient les droits reconnus aux Amérindiens sur le territoire sous le Régime français, nous n'adopterons pas les manières habituelles par lesquelles les juristes abordent souvent le passé. Aussi, les interprétations jurisprudentielles postérieures à la Conquête portant sur le régime des terres en Nouvelle-France ne seront pas considérées comme le reflet du droit alors en vigueur.

Le territoire privilégié pour cette étude est celui de l'actuelle province de Québec. Il sera toutefois souvent nécessaire de déborder à l'extérieur de ces frontières pour bien saisir l'étendue des droits des Amérindiens. En effet, certains documents particulièrement éclairants réfèrent à des parties de la Nouvelle-France situées en dehors de ce territoire. Il en va ainsi de la correspondance des autorités coloniales traitant de la situation des Amérindiens de l'Acadie qui étaient fréquemment pris en étau entre les Français et les Britanniques.

Les sources utilisées dans cette étude sont presque essentiellement écrites qu'il s'agisse de textes juridiques ou de la correspondance entre les administrations coloniale et métropolitaine. Le temps alloué pour mener à terme cette étude ne nous a pas permis d'effectuer des recherches plus poussées dans les archives. Nous avons donc dû nous en tenir aux documents publiés. Il fut, en effet, impossible de ratisser l'ensemble des sources historiques disponibles. Les travaux de devanciers, surtout d'historiens, d'ethno-historiens et d'anthropologues, se sont révélés d'une aide considérable. Il est d'ailleurs vraisemblable que le renouvellement de la pensée juridique, en ce qui concerne l'étude de questions telles que celles étudiées ici, passe par une ouverture à l'apport de disciplines externes au droit et à la prise en compte de valeurs culturelles autres que celles qui peuvent être qualifiées de dominantes³.

Dans la mesure du possible nous nous sommes efforcé de tenir compte des prétentions des Français et des Amérindiens⁴

3. Georges E. Sioui, *Pour une autohistoire amérindienne*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1989, p. 50-53.

4. Il faut toutefois tenir compte de la difficulté de découvrir les opinions et les prétentions des Autochtones sur plusieurs questions qui seront étudiées. Sur cette difficulté, voir : Cornelius J. Jaenen, *Les relations franco-*

quant aux droits que chaque groupe pouvait prétendre exercer sur le territoire de la Nouvelle-France. La tâche fut loin d'être aisée, les sources utilisées ayant été pour une très large part, confectionnées par des Français et présentant par le fait même leur vision des choses. Le point de vue des Amérindiens, qui appartenaient à une culture fondée sur la tradition orale, apparaît cependant en filigrane dans plusieurs documents produits par des Français⁵.

Par ailleurs, les possessions françaises d'Amérique s'étendirent sur une partie importante du continent nord américain. Ce vaste territoire comprenait trois colonies : l'Acadie, le Canada et la Louisiane. Ces colonies, qui étaient des lieux d'établissement et de peuplement, étaient peu étendues par rapport à la superficie totale des possessions revendiquées par les Français en d'Amérique⁶. Chacune des colonies possédait son administration propre, soit : un gouverneur, un intendant et un Conseil souverain ou supérieur.

La colonie du Canada avait été, pour l'essentiel, divisée en seigneuries concédées à des seigneurs qui, à leur tour, en avaient accordé des parcelles à des censitaires. Même si cette colonie regroupait une bonne partie de la population française de la Nouvelle-France, les zones d'occupation se limitaient surtout à quelques villes et à leurs abords immédiats, de même qu'aux rives des cours d'eau⁷.

Au nord de la colonie du Canada s'étendait le *Domaine du roi*. Ce vaste territoire qui englobait les bassins de la rivière Saguenay et du lac Saint-Jean était réservé à la traite des fourrures. En l'absence de colonisation, les implantations françaises sur ce territoire se limitaient à quelques postes de traite, donnés à ferme par l'État⁸.

amérindiennes en Nouvelle-France et en Acadie, Ottawa, Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, 1985, p. 13.

5. Jean-Pierre Sawaya, *Les sept nations du Canada : traditions d'alliance dans le Nord-est*, Étude réalisée pour la Commission royale d'enquête sur les peuples autochtones, Sillery, 1994, p. 12.
6. Pour une carte permettant de juger de ce qui fut appelé l'empire français d'Amérique, voir : D.G.G. Kerr, *Historical Atlas of Canada*, 3e éd. rév., Don Mills, Thomas Nelson & Sons, 1975, p. 23.
7. Pour un aperçu de la surface du territoire couverte par les seigneuries, voir : D.G.G. Kerr, *ibid.*, p. 24. Il est à noter que ce territoire constituait une surface de dimension inférieure à la province de Québec telle qu'elle fut établie par la *Proclamation royale de 1763*. Certaines seigneuries au sud et à l'est étaient cependant situées à l'extérieur de ce périmètre (voir : *ibid.*, p. 31).
8. Pour un développement plus complet sur le domaine, voir *infra*, la section 3.3 : Le domaine.

L'établissement des frontières des colonies ne se posa pas au début de la colonisation, mais devint une préoccupation dès la seconde moitié du XVII^e siècle. Ainsi, l'intendant Jean Talon dans le but d'établir clairement l'emplacement des frontières fit placer des bornes aux limites du Canada⁹. Plus tard, en 1713, lors de la conclusion du traité d'Utrecht, les autorités coloniales durent établir la frontière séparant l'Acadie de la Nouvelle-Angleterre¹⁰.

Les distances à franchir pour se rendre d'une colonie à l'autre étaient fort importantes et, selon les saisons, les voyages pouvaient s'avérer longs et pénibles. Entre les colonies vivaient différentes nations autochtones¹¹ dont certaines entretenaient des rapports étroits avec les autorités françaises. Il s'avère cependant que la présence de Français parmi ces nations était habituellement fort limitée. Il pouvait s'agir de commerçants de fourrures, d'explorateurs et surtout de missionnaires. En plus des tâches spécifiques qui leur incombaient, ces personnes ont fréquemment défendu les intérêts français ou même assumé un rôle de représentation des autorités françaises. Il appert que de nombreux Français qui séjournaient en dehors de la colonie jouèrent un véritable rôle d'agents diplomatiques. Les missionnaires notamment purent, à l'occasion, par leur présence dans les communautés autochtones veiller à la préservation des intérêts territoriaux des Français¹².

Il existe un grave danger, auxquels plusieurs auteurs ne semblent pas avoir pris garde, c'est de considérer que ce qui vaut pour le territoire restreint d'une colonie s'applique également pour le territoire situé au-delà de ses frontières¹³.

-
9. «Lettre de M. Colbert à M. Talon, en réponse à ses dépesches de l'année dernière», 5 avril 1666, dans : *Coll. manus.*, tome 1, p. 181, 182.
 10. «Le ministre à MM. de Vaudreuil et Bégon», 28 juin 1713, dans : *R.A.P.Q.*, 1947-1948, p. 218, 219.
 11. Sur l'emploi de la notion de nation, voir : Gilles Havard, *La grande paix de Montréal de 1701 : les voies de la diplomatie franco-amérindienne*, Montréal, Recherches amérindiennes au Québec, 1992, p. 1, note 3.
 12. Ronald Gosselin, «La christianisation de la forêt boréale», dans : Musée du Québec, *Le grand héritage. L'Église catholique et la société du Québec*, Québec, Gouvernement du Québec, 1984, p. 31, 56. À titre d'exemple, pensons aux activités du Père Jean de Lamberville (Cornelius J. Jaenen, «Lamberville, Jean de», dans : *Dictionnaire biographique du Canada*, tome II, Québec/Toronto, Les Presses de l'Université Laval/University of Toronto Press, 1969, p. 356-359) et du Père Gabriel Druillettes (P.-André Sévigny, *Les Abénaquis : habitat et migrations (17e et 18e siècles)*, Montréal, Les Éditions Bellarmin, 1976, p. 83-84 et 214).
 13. Sur la notion de frontière, voir : Jean Blain, «La frontière en Nouvelle-France : perspectives historiques nouvelles à partir d'un thème ancien», (1971-1972) 25 *Revue d'histoire de l'Amérique française* 397-407.

I - LES PRÉTENTIONS ET LES DROITS DU ROI

À la suite de la «découverte» et de l'exploration de nouveaux territoires par ses représentants, le roi de France affirma ses droits sur une partie importante de l'Amérique du nord. Les prétentions des souverains français seront examinées, de même que l'étendue des droits dont ils s'estimaient titulaires.

A - L'effet de la découverte du Canada

Plusieurs historiens ont déjà relevé les développements que des auteurs de traités de droit ont consacrés à l'effet de la découverte sur les terres occupées par des Amérindiens. Même si ces historiens réfèrent fréquemment aux mêmes auteurs, leur appréciation des passages et des extraits sur lesquels ils s'appuient varie à l'occasion. Certains insistent sur la possession reconnue aux Amérindiens, alors que d'autres mettent en exergue l'effet de la découverte par les Européens. Sans reprendre les propos de chacun, un bref rappel des thèses en présence est nécessaire¹⁴.

Les premiers auteurs à s'intéresser aux droits des Amérindiens sur les terres qu'ils habitaient furent des spécialistes du droit naturel et du droit des gens. Certains reconnurent des droits aux premiers occupants sur le territoire. Ainsi, au XVI^e siècle, Francisco de Vitoria présenta les Amérindiens comme les possesseurs d'un continent qu'ils occupaient depuis des temps immémoriaux. En revanche, plusieurs auteurs niaient la souveraineté autochtone sur ces terres peu peuplées et peu exploitées. On en vint à préciser qu'il ne suffisait pas aux Européens de «découvrir» de nouvelles terres pour s'en rendre maître, encore fallait-il qu'ils se les approprient.

Les auteurs d'ouvrages consacrés au droit coutumier se penchèrent également sur l'effet de la découverte de nouvelles terres par des navigateurs européens. La question des droits territoriaux des Autochtones fut prise en compte dans des développements que certains auteurs ont consacrés à la notion de propriété. En droit coutumier, les biens pouvaient s'acquérir par occupation, par accession et par tradition¹⁵. L'occupation, étant un mode primaire d'appropriation des biens, elle ne s'appliquait qu'aux choses

14. Pour une présentation des thèses, voir Henri Brun, *loc. cit.*, note 1, p. 39-44; Cornelius J. Jaenen, *op. cit.*, note 4, p. 20-23 et Olive P. Dickason, *Le mythe du sauvage*, trad. de l'anglais par Jude Des Chênes, Sillery, Septentrion, 1993, p. 143-159.

15. Robert-Joseph Pothier, *Traité sur différentes matières de droit civil, appliquées à l'usage du Barreau: et de jurisprudence française*, tome 4, Paris/Orléans, Jean Debure/Veuve Rouzeau-Montaut, 1774, p. 351.

n'appartenant à personne. Pouvaient ainsi donner lieu à appropriation par occupation les animaux sauvages, les trésors, les épaves et finalement les terres inhabitées.

Au XVIII^e siècle, Robert-Joseph Pothier, célèbre commentateur de l'ancien droit coutumier français, a examiné l'effet de la découverte d'une terre dans son *Traité du domaine*. L'auteur distinguait l'effet de la découverte selon qu'il s'agissait de terres inhabitées ou de terres habitées :

Des navigateurs qui, dans un voyage de long cours, ont découvert une terre qui n'est pas habitée par personne, peuvent, en s'y établissant, en acquérir le domaine, *jus occupationis*, comme d'une chose qui n'appartient à personne.

Si c'étoit au nom de leur prince que ces navigateurs en prissent possession, ce seroit à leur Prince à qui ils acquerroient cette terre.

Mais lorsqu'une terre est habitée, quelque sauvages que nous paroissent les hommes qui l'habitent; ces hommes en étant les véritables propriétaires, nous ne pouvons sans injustice nous y établir malgré eux.¹⁶

Il est manifeste qu'une terre inhabitée était considérée, par le droit coutumier français, comme une *res nullius*. De ce fait, elle relevait de cette partie du droit qui s'appliquait aux biens sans maître et devenait appropriable par le premier occupant. En revanche, une terre habitée ne pouvait être soumise à ce mode d'appropriation. À la même époque, Joseph-Nicolas Guyot tint des propos similaires :

Nul homme, nul souverain, nulle nation ne peut donc s'approprier un pays déjà occupé, parce qu'il n'y a pas de droit du premier occupant, que par celui qui *venit in vacua*.¹⁷

En marge de ces écrits juridiques, il faut tenir compte de la pratique des États. L'administration française au gré des

16. Robert-Joseph Pothier, *ibid.*, p. 374-375.

17. «Occupation», dans : Joseph-Nicolas Guyot, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, tome 12, Paris, Visse, 1785, p. 294. À l'inverse, les terres inoccupées étaient appropriables :
Toute nation qui s'empare d'un pays vacant qui s'y établit ou qui envoie des colonies, en acquiert la propriété.
ibid., p. 296.

explorations estimait accroître le territoire sous la domination du roi de France. Les explorateurs ou les missionnaires avaient l'habitude de signaler leur passage en apposant différentes marques sur le territoire. Ces marques ont longtemps été envisagées comme des actes de prise de possession au nom du souverain¹⁸. Récemment, toutefois, Brian Slattery remettait en cause une telle interprétation et considérait que les croix élevées par Jacques Cartier pouvaient être des balises édifiées à des fins de navigation ou des marques symboliques sans caractère juridique¹⁹. Toutefois, la croix de Gaspé fut vraisemblablement considérée par le chef Donnacona lui-même comme une prise de possession, puisqu'il fit remarquer à Cartier que la terre étant la sienne, sa permission était requise pour planter une telle croix²⁰. En outre, certaines marques apposées sur des territoires nouvellement explorés eurent pour but d'affirmer ou de réaffirmer une prise de possession. L'intendant Talon fait état de cette pratique dans un mémoire dans lequel il fait rapport au roi de l'exploration, par des missionnaires, de territoires nouveaux :

(...) je feray planter partout ou les sujets du Roy se porteront, les armes de sa Majesté avec les marques de sa religion, estimant que si ces précautions ne sont présentement utiles, elles peuvent les devenir dans une autre saison. On assure que la pratique des irroquois est d'arracher les armes et les placards escrits qu'on attache aux arbres des lieux dont on prend possession et les portent aux Anglois ainsy cette nation peut connoistre qu'on prétend d'en demeurer le Maistre.²¹

Les puissances européennes qui se disputaient le Nouveau Monde eurent tôt fait de revendiquer des droits en s'appuyant sur la découverte du territoire. Un mémoire sur la partie septentrionale de la colonie est un bon exemple de l'utilisation qui pouvait être faite d'actes sur lesquels on prétendait fonder des droits : «Le droit de Sa Majté sur toutes les terres de canada est Immemorial et

18. Olive P. Dickson, *op. cit.*, note 14, p. 182 et 188.

19. Brian Slattery, *French Claims in North America, 1500-1599*, Saskatoon, University of Saskatchewan Native Law Center, 1980, p. 9 et s.

20. Cornelius J. Jaenen, *op. cit.*, note 4, p. 23-24.

21. «Addition au présent mémoire», dans : *R.A.P.Q.*, 1930-1931, p. 131, 137. voir aussi : «Mémoire de Talon au roi sur le Canada», 2 novembre 1671, dans : *R.A.P.Q.*, 1930-1931, p. 156, 158. D'autres exemples sont mentionnés par Cornelius J. Jaenen, *supra*, note 4, p. 25-28.

incontestable, puisqu'elles ont été découvertes dès l'année 1504 par les normands et les basques»²².

Toute l'argumentation développée par les Européens, qu'elle ait été basée sur des écrits²³ ou sur des actes à caractère officiel²⁴, ne visait certes pas à convaincre un auditoire²⁵ autochtone. Elle cherchait plutôt à permettre aux puissances coloniales de s'opposer mutuellement leurs prétentions territoriales respectives²⁶. L'importance de pouvoir présenter des pièces à l'appui des prétentions des Européens incitèrent certains à produire des pièces apocryphes²⁷.

Dans un mémoire consacré aux limites de la Nouvelle-France et de la Nouvelle-Angleterre, il est fait référence au consensus qui existait en Europe, depuis le début du XVI^e siècle, à l'effet que «Toutes les nations de l'Europe regardoient alors cette partie de l'Amérique comme appartenant de droit aux Français»²⁸. Par ailleurs, il n'est aucunement fait allusion aux prétentions des nations autochtones.

Si l'installation des Français sur les terres «découvertes» allait peut-être de soi pour les nouveaux arrivants, elle n'était pas nécessairement prisee par les Amérindiens. Ainsi, ceux-ci n'apprécièrent guère que Cartier, lors de son second voyage, s'installe sur leurs terres, sans qu'une permission ne lui soit

22. «Mémoire à Monseigneur le Marquis de Seignelay sur les affaires de la baie du nord en Canada», 12 novembre 1712, dans : *R.A.P.Q.*, 1947-1948, p. 188.

23. Pensons ici aux cartes géographiques anciennes («Mémoire pour les limites de la Nouvelle France et de la Nouvelle Angleterre», 1689, dans : *Coll. manus.*, tome 1, p. 531, 534) ou à des procès verbaux de prises de possession («Lettre de M. Colbert à M. Talon, en réponse à ses dépesches de l'année dernière», 5 avril 1666, dans : *Coll. manus.*, tome 1, p. 181, 182).

24. On pense ici à la pose d'emblèmes.

25. Sur cette notion, voir : Chaïm Perelman, *Logique juridique : nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1979, p. 107-109.

26. Cette hypothèse a déjà été émise par des auteurs, voir notamment : John D. Hurlley, *Children or Brethren: Aboriginal Rights in Colonial Iroquoia*, Thèse de doctorat présentée à l'Université de Cambridge, Cambridge, 1985, p. 256-257 et Cornelius J. Jaenen, *op. cit.*, note 4, p. 41.

27. «Commission de M. d'Avaugour au Sieur Couture, missionnaire, pour se transporter dans les pays habités par les Sauvages de la baie du Nord et prendre possession au nom de Sa Majesté», 10 mai 1663, dans : *O.C.*, tome 1, Lévis, 1897, p. 14. Sur le caractère apocryphe de cette pièce, voir : Joseph-Edmond Roy, *Histoire de la Seigneurie de Lauzon*, Lévis, 1897, tome 1, p. 219-222.

28. «Mémoire pour les limites de la Nouvelle France et de la Nouvelle Angleterre», 1689, dans : *Coll. manus.*, tome 1, p. 531.

accordée²⁹. Tous les Français ne se comportèrent cependant pas de cette façon. Pierre de Chauvin de Tonneluit demanda et obtint des Montagnais la permission d'établir un comptoir à Tadoussac en 1600³⁰. Pour sa part, Champlain, selon son propre témoignage, se vit reconnaître par les Montagnais qui se trouvaient à Tadoussac le droit de peupler «leur terre»³¹. Lorsque plus tard Champlain s'établit à Québec, il occupa un territoire qui ne semblait pas habité par des Amérindiens³².

Des documents montrent que l'administration coloniale s'efforça de porter le moins possible atteinte aux droits des Amérindiens par la colonisation. En 1665, dans des instructions communiquées au gouverneur De Courcelles par le roi, celui-ci indiquait que les Amérindiens ne devaient pas être dépossédés de leurs terres au bénéfice des Français : «qu'on usurpe point les terres sur lesquelles ils sont habituez sous pretexte qu'elles sont meilleures ou plus convenables aux François»³³. Francisco de Vitoria³⁴ et le pape Paul III³⁵ avaient demandé, dès le XVI^e siècle, à ce que l'on ne porte atteinte à la liberté et la propriété des Amérindiens.

Les juristes ont souvent considéré que les Européens s'étaient appropriés le territoire à la suite de la découverte du nouveau continent et des actes officiels qu'ils posèrent alors. Cette perception ne fit toutefois pas l'unanimité et ne fut certes pas partagée par les Amérindiens qui eurent l'occasion de rappeler, assez fréquemment, le maintien de leurs droits sur les terres où ils vivaient.

B- La souveraineté

Lorsque le roi de France invoquait la découverte du Canada et de nouveaux territoires par ses représentants, cela servait

29. Bruce G. Trigger, *Les Indiens, la fourrure et les Blancs*, trad. de l'anglais par Georges Khal, Montréal/Paris, Boréal/Seuil, 1992, p. 184 et 414.

30. *Ibid.*, p. 241.

31. Marcel Trudel, *Histoire de la Nouvelle-France*, volume 1 : *Les vaines tentatives, 1524-1603*, Montréal, Fides, 1963, p. 267.

32. Bruce G. Trigger, *op. cit.*, note 29, p. 205. Il ne faut cependant pas tenir pour acquis qu'aucune nation autochtone ne puisse, pour cette raison, prétendre à des droits sur ce territoire, voir : Georges E. Sioui, *supra*, note 3, p. 111-130.

33. «Instruction pour le sieur de Courcelles au sujet des Indiens», 1665, dans : *Coll. manus.*, tome 1, p. 175.

34. Olive P. Dickason, *op. cit.*, note 14, p. 149.

35. Sur la bulle de Paul III, publiée en 1537, voir : Olive P. Dickason, *ibid.*, p. 49. Le pape Urbain VIII, en 1639, défend la même position.

d'abord et avant tout pour prétendre à la souveraineté à l'égard de ces entités. Aussi, apparaît-il important d'établir la portée de la notion de souveraineté à l'époque qui nous intéresse.

La souveraineté, qui constitue l'exercice d'un pouvoir suprême à l'intérieur d'un État, fut clairement conceptualisée à la fin du XVI^e siècle par le juriste français Jean Bodin³⁶. En France, ce pouvoir fut exercé, de manière absolue, par le roi. Les principales manifestations de la souveraineté demeurent la capacité, reconnue au roi, et ce pour l'ensemble du royaume, d'édicter des ordonnances, d'établir des tribunaux, de lever une armée et d'imposer des taxes³⁷.

Dans la colonie, le roi et ses représentants posèrent des gestes qui tendent à laisser croire qu'ils considéraient être titulaires de la souveraineté. Ainsi, les ordonnances royales de portée générale étaient considérées par le conquérant comme applicables dans la colonie³⁸. Par ailleurs, le roi³⁹ de même que le gouverneur et l'intendant édictèrent des ordonnances pour la colonie seulement⁴⁰.

Un trait caractéristique de l'exercice de la souveraineté à l'intérieur d'une colonie demeurait toutefois la concession de terres à des colons ou même à des Amérindiens. C'est parce que le roi estimait détenir la souveraineté qu'il procéda, de sa propre autorité,

36. Jean-Louis Harouel, Jean Barbey, Éric Bournazel et Jacqueline Thibault-Payen, *Histoire des institutions de l'époque franque à la Révolution*, Paris, Presses universitaires de France, 1990, p. 295.

37. «Souveraineté», dans : Denis Diderot, *Encyclopédie ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, tome 15, Neufchastel, Samuel Faulche, 1765, p. 425-426.

38. Henri Brun, *L'enregistrement des ordonnances royales au Conseil souverain de la Nouvelle-France*, Mémoire pour le D.E.S. présenté à la Faculté de droit et des sciences économiques de l'Université de Paris, Paris, juin 1965, p. 79-83.

39. Le roi avait vraisemblablement les coudées beaucoup plus franches dans la colonie qu'en France. Ainsi, dans l'exercice de son pouvoir législatif, il n'avait pas à sans cesse tenir compte de la susceptibilité des parlements provinciaux. Il put donc, sans difficulté, décider de rendre la Coutume de Paris seule coutume applicable en Nouvelle-France («Établissement de la Compagnie des Indes occidentales», mai 1664, *E.O.*, p. 40, 46, art. 33). Le roi n'abusa cependant pas des pouvoirs qu'il détenait en tant que souverain afin de modifier substantiellement le droit privé et ce même sous la monarchie absolue (Pierre-Clément Timbal et André Castaldo, *Histoire des institutions publiques et des faits sociaux*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 1990, p. 396).

40. Ces ordonnances avaient souvent pour but d'adapter le droit métropolitain à la réalité coloniale. Plusieurs ordonnances furent publiées dans : Pierre-Georges Roy (éd.), *Ordonnances, commissions, etc, etc, des gouverneurs et intendants de la Nouvelle-France, 1639-1706*. Beauceville, L'Éclaireur, 1924, 2 vol.

à des concessions de terres tant à des compagnies qu'à des particuliers. La colonisation d'une colonie contribuait d'ailleurs à affirmer davantage la souveraineté sur un territoire. À ce chapitre, il faut dire que les colons français étaient peu nombreux et regroupés sur un territoire de petite étendue.

Même lorsqu'il cédait la colonie à des compagnies, le roi entendait conserver la souveraineté sous son pouvoir, ainsi que le confirme une lettre de Colbert à Talon : «le Roy luy [la Compagnie des Indes occidentales] ayant concédé le Canada ainsy que tous les autres pays de sa concession en toute seigneurie et propriété ne s'en étant réservé que la souveraineté»⁴¹.

Il demeure cependant difficile de déterminer l'étendue du territoire sur lequel portaient ces prétentions à la souveraineté. Il ne semble pas qu'elles aient visé l'ensemble du continent nord-américain. Selon le droit des gens, l'acquisition de la souveraineté devait être précédée d'une prise de possession formelle d'un territoire, avec l'intention d'y affirmer son pouvoir. Une lettre de Colbert à Talon est éclairante à cet égard :

Le Roy a approuvé que vous ayez fait poser ses armes aux extrémitez de l'estendue du Canada et que vous prépariez en mesme tems à dresser aussy des procès verbaux de prise de possession, *parce que c'est toujours estendre sa souveraineté*, ne doutant pas que vous n'avez en cette occasion fait réflexion avec M. de Tracy et les autres officiers qu'il vaudrait mieux se restreindre à une espace de terre que la colonie sera elle mesme en estat de maintenir, que d'en embrasser une trop vaste quantité dont peut estre ou seroit un jour obligé d'abandonner une partie avec quelque diminution de la réputation de Sa Majesté et de sa couronne⁴². (Soulignés ajoutés).

Selon cette optique, la souveraineté du roi sur le nouveau continent s'est donc étendue au gré des explorations et des prises de possession faites en son nom par des personnes dûment mandatées à cet effet. La découverte seule d'un territoire ne suffisait pas à le soumettre à l'autorité du roi⁴³. D'ailleurs la prise de possession, avec la pose d'emblème et la rédaction d'un procès verbal, visait

41. «Lettre du ministre Colbert à Talon», 5 janvier 1666, dans : *R.A.P.Q.*, 1930-1931, p. 41, 42.

42. «Lettre de M. Colbert à M. Talon, en réponse à ses dépesches de l'année dernière», 5 avril 1666, dans : *Coll. manus.*, tome 1, p. 181, 182.

43. John D. Hurley, *op. cit.*, note 26, p. 257.

d'abord et avant tout à constituer une preuve à faire éventuellement valoir à l'égard des autres souverains européens⁴⁴.

C- Le domaine

Établir l'étendue des droits du roi sur le territoire de la colonie est chose complexe. La question ne peut être envisagée sans tenir compte de l'évolution des institutions de la métropole. La royauté française connue, tout au long de son histoire, des changements significatifs et les relations que le roi entretenait avec son royaume furent marquées par des changements considérables⁴⁵.

La notion de *domaine royal*, qui est d'une importance particulière pour nos propos, doit être considérée avec attention. Dès le départ, il faut garder à l'esprit que la notion évolua considérablement depuis le Moyen-Age jusqu'à la Révolution. Les changements qui marquèrent le domaine furent étroitement liés à la quête des pouvoirs de la royauté.

Sous les premiers Capétiens, le domaine du roi comprenait les terres qui lui appartenaient en tant que seigneur ou qui dépendaient de seigneurs qui relevaient de son autorité. Ce domaine se confondait avec le royaume. Peu à peu, l'autorité du roi s'étendit, grâce à la féodalité et à l'accroissement du domaine. À partir du XIII^e siècle, le roi s'imposa comme suzerain. Les seigneurs, même les plus influents, firent preuve de leur soumission en lui rendant hommage. Dès lors, le roi se situa au faite de la société féodale dont il devint le seigneur suprême à qui tous les autres devaient sujétion. Le système féodal, même dominé par le roi, demeurait un obstacle à l'affirmation des pouvoirs de la royauté. En effet, les vassaux exerçaient très souvent sur leur seigneurie un pouvoir étendu qui limitait d'autant l'emprise de l'autorité royale. Dans le but de contourner cette gêne, la royauté s'efforça d'étendre son domaine en usant de tous les expédients que lui offrait le droit. Elle y parvint notamment par le biais de mariages, de successions et de confiscations.

En France, au XVIII^e siècle, le domaine du roi couvrait à peu près l'ensemble du royaume. Même si la chose peut sembler aller de soi, il faut se garder d'établir une adéquation entre domaine et propriété et considérer que le roi détenait en propriété les terres

44. John D. Hurley, *ibid.*, p. 256-257 et 282.

45. F. Olivier-Martin, *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, Paris, Éditions Domat Monchrestien, 1951, p. 296 s. et Jacques Ellul, *Histoire des institutions de l'époque franque à la Révolution*, Paris, Presses universitaires de France, 1967, *passim*.

comprises dans le domaine royal. Le roi, à l'instar d'autres seigneurs, possédait des châteaux et des terres qui lui appartenaient en propre. La plus grande partie du domaine était toutefois constituée de seigneuries, dont certaines de grande dimensions (les duchés ou les comtés) étaient subdivisées et relevaient de vassaux.

Aux biens fonciers et aux bâtiments qui composaient le domaine (le domaine corporel), s'ajoutaient des droits qui produisaient des revenus (le domaine incorporel). Entraient dans cette dernière catégorie, des droits qui découlaient du droit de justice (droit de confiscation, droit de déshérence, amendes, etc.), des droits émanant de la souveraineté (droit de battre monnaie, droit d'aubaine, droit de bâtardise, etc.) et une série d'impôts (droits à l'importation et à l'exportation de certaines denrées)⁴⁶. Force est de constater que le domaine royal, loin d'être limité à une assise essentiellement foncière, comprenait une panoplie étendue de droits.

À plusieurs égards, le domaine du roi jouissait de prérogatives particulières. Il était notamment considéré comme inaliénable et imprescriptible.

Le domaine du roi dans les colonies françaises d'Amérique constituait une entité distincte du domaine royal métropolitain, il fut d'ailleurs désigné sous le nom de *Domaine d'Occident*. Sans tenter de dresser une liste exhaustive de ses composantes, il est intéressant d'en énumérer les principales.

Le roi pouvait toucher un droit de mutation, appelé droit de quint, lors de l'aliénation d'un fief à l'intérieur de la colonie. En outre, dans plusieurs actes de concessions seigneuriales de la Nouvelle-France, le roi s'était réservé la propriété de certaines mines contenues dans le sous-sol et les bois de chêne, une essence d'une grande utilité pour la construction navale. En droit européen, ces diverses prérogatives étaient reconnues au roi en tant que suzerain. Par ailleurs, le domaine royal comprenait le monopole d'exploitation de la traite des fourrures sur un territoire qui couvrait le bassin de la rivière Saguenay et du lac Saint-Jean. Cette vaste étendue donna lieu à une exploitation par diverses compagnies avant de relever du roi⁴⁷ et d'être, par ailleurs,

46. Joseph-Nicolas Guyot, «Domaine», dans : *op. cit.*, note 17, tome 6, 1784, p. 82-85 et Pierre-Clément Timbal et André Castaldo, *op. cit.*, note 39, p. 498-499.

47. L'intégration dans le domaine du roi semble remonter à 1674, année où disparaissait la Compagnie des Indes occidentales (Cameron Nish, *François-Étienne Cugnet, 1719-1751 : entrepreneur et entreprises en Nouvelle-France*, Montréal, Fides, 1975, p. 12).

désignée sous l'appellation de *Domaine du roi*⁴⁸. Des impôts à l'importation de certains produits étaient inclus dans le domaine, de même que les revenus générés par le monopole à l'exportation des fourrures.

L'administration du domaine royal était mise à ferme et l'adjudicataire désignait un directeur qui voyait à la gestion de la ferme. Cette fonction revint notamment à François-Étienne Cugnet⁴⁹.

En plus de l'exercice de la souveraineté sur toute l'étendue de son royaume, le roi pouvait également prétendre à la propriété de certains biens et droits qui lui appartenaient en propre ou qui lui étaient dévolus en tant que roi de France.

II- LES DROITS DES AMÉRINDIENS

La portée des droits auxquels pouvaient prétendre les Amérindiens sur le territoire sous le régime français a pu varier en fonction de certains facteurs. Parmi ceux-ci, nous considérerons la relation qu'entretenaient les Amérindiens avec les biens et la situation des terres sur lesquelles ils se trouvaient. Le statut et l'assujettissement des Amérindiens au droit français constitue également un élément susceptible de nous éclairer sur la perception qu'avaient les Français des droits des Amérindiens sur le territoire.

A- La relation des Amérindiens avec les biens

En Nouvelle-France, les Amérindiens et les Français concevaient de façon différente les rapports de la personne avec les biens. La nature et l'étendue des droits des Amérindiens seront considérées en tenant compte de la perspective propre à chacun des deux groupes.

48. Les limites de ce territoire, vraisemblablement incertaines, furent délimitées par ordonnance de l'intendant : «Ordonnance au sujet des limites du Domaine du roi, appelé Traite de Tadoussac; du vingt-trois mai, mil sept cent trente-trois», dans : *A.R.*, p. 358. Pour une représentation cartographique, voir : R. Cole Harris et Geoffrey J. Matthews, *Atlas historique du Canada*, tome 1, *Des origines à 1800*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1987, planche 54.

49. Cameron Nish, «Cugnet, François-Étienne», dans : *Dictionnaire biographique du Canada*, tome III, Québec/Toronto, Les Presses de l'Université Laval/University of Toronto Press, 1974, p. 162-166.

1. D'après la conception autochtone

Il n'est pas aisé de déterminer quels rapports exerçaient les Amérindiens avec la terre, à l'époque de la Nouvelle-France. La rareté des sources demeure le principal obstacle. Des recherches, conduites par des anthropologues et des historiens, fournissent des données qui, quoique très parcellaires, permettent tout de même de mieux saisir la singularité du «droit foncier» autochtone⁵⁰.

Les concepts et les règles des droits européens ne sont aucunement adaptés pour décrire les relations entretenues par les Amérindiens avec le territoire. Une étude consacrée aux Montagnais démontre que même si pour eux la notion de «propriété» n'existe pas, ils possèdent dans leur langue des mots qui démontrent l'existence d'un lien juridique sur le territoire⁵¹. Le verbe *tipenitam*, mot d'un contenu sémantique étendu, rend ainsi l'idée de contrôle ou de maîtrise sur une chose. Pour sa part, le verbe *kanauentinam* renvoie plutôt aux modalités d'exercice du droit puisqu'il réfère à la conservation de la chose, à l'obligation de la garder, de veiller sur elle. Titulaires d'un pouvoir sur la terre, les Montagnais estiment aussi devoir en prendre soin.

Le contrôle effectif de vastes territoires par les nations autochtones nord-américaines est bien attesté sous le Régime français. De nombreux témoignages montrent que les Amérindiens possédaient une connaissance approfondie des territoires qu'ils occupaient. Ainsi, ils avaient désigné par un nom spécifique à peu près chaque parcelle ou accident du territoire et certains avaient même dressé des cartes des terres parcourues par les membres de leur communauté⁵². Il n'est nul besoin de rappeler que les Européens bénéficièrent grandement de l'aide des Amérindiens dans leur exploration du continent.

En plus, d'occuper un territoire à des fins de subsistance, les Amérindiens s'approprièrent également certaines routes commerciales. Par exemple, les Hurons, au XVII^e siècle,

50. Alain Bissonnette, «Droits autochtones et droit civil : opposition ou complémentarité? Le cas de la propriété foncière», dans : l'Association Henri-Capitant (section québécoise), *Autochtones et droit*, S.L., 1991, 18 p.

51. José Mailhot et Sylvie Vincent. «Le droit foncier montagnais», *Interculture*, vol. 15, nos. 2-3 (avril-septembre 1982), p. 65, 67-68. Voir aussi, l'arrêt *Calder c. P.G. de la Colombie britannique*, [1973] R.C.S. 313, qui traite de la manière dont les Nishgas envisagent les rapports avec leurs terres (p. 351-375).

52. Denys Delâge, «L'influence des Amérindiens sur les Canadiens et les Français au temps de la Nouvelle-France», *Lekton*, vol. 2, no 2 (automne 1992), p. 102, 105-110.

estimaient qu'il était possible après la découverte d'une route d'en réclamer le contrôle⁵³.

Dans leur rapport aux biens, les Amérindiens privilégiaient la mise en commun des ressources à leur appropriation exclusive⁵⁴. Les Abénaquis, par exemple, estimaient être titulaires de droits collectifs sur leurs terres. Il s'en suit qu'un membre de la communauté ne pouvait être habilité à se départir d'une terre de sa propre initiative sans l'assentiment de la nation⁵⁵. Pour leur part, les Amérindiens domiciliés, regroupés dans la fédération des Sept Feux, considéraient que leurs territoires de chasse et de pêche constituaient un bien collectif affecté à l'avantage de toute la fédération. L'appropriation ou l'usage exclusif d'un bien s'intégrait mal dans un tel système. Il n'est donc pas étonnant que les Amérindiens, lorsqu'ils permirent à des Européens de s'implanter sur leur sol, ne considérèrent pas s'être départis de leurs terres. Ils voyaient plutôt ces ententes comme s'inscrivant dans une alliance entre nations⁵⁶.

Les Amérindiens, en plus de s'appuyer sur leur propre système juridique, firent valoir leurs droits en référant aux catégories du droit civil français. Ils mentionnèrent ainsi aux Français qu'ils ne leur avaient cédé que l'usage et l'usufruit de leurs terres⁵⁷, ayant conservé pour eux la propriété.

Il est vraisemblable qu'en Nouvelle-France, il y eut coexistence de deux régimes distincts gouvernant les rapports entre les personnes et les biens; alors que les Amérindiens fondaient leur régime sur le partage des ressources, les Français privilégiaient la reconnaissance de titres individuels. Il s'agit sans doute là d'un exemple de pluralisme juridique⁵⁸.

53. Bruce G. Trigger, *op. cit.*, note 29, p. 245 et 267.

54. Jean-Pierre Sawaya, *op. cit.*, note 5, p. 40-42 et Denys Delâge, *Épidémies, colonisation, alliances : Amérindiens et Européens aux XVIIe et XVIIIe siècles*, Étude réalisée pour la Commission royale d'enquête sur les peuples autochtones, s.l., [1993], p. 19.

55. «Lettre de Monsieur de Vaudreuil au Gouverneur Shute», 22 décembre 1721, dans : *Coll. manus.*, tome 3, p. 63, 65-66. Voir aussi le témoignage de Antoine de Monschrétien : «Ils ne tiennent la terre appartenir à aucun particulier, non plus que la lumière du soleil», cité dans : Olive P. Dickason, *op. cit.*, note 14, p. 81.

56. Denys Delâge, *op. cit.*, note 54, p. 16-19.

57. «Délibérations du Conseil», 23 mai 1719, dans : *Collection de documents inédits sur le Canada et l'Amérique*, Québec, L.J. Demers, 1888, vol. 1, p. 196, cité par Olive P. Dickason, *Louisbourg et les Indiens : une étude des relations raciales de la France, 1713-1760*, Ottawa, Parcs Canada, 1979, p. 84-85.

58. Sur le pluralisme juridique, voir : Norbert Rouland, *Anthropologie juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 1988, p. 74 et s.

2. D'après la conception européenne

Il est fréquemment soutenu que les Amérindiens ont été complètement dépossédés de leurs droits sur le territoire à la suite de la découverte de celui-ci par les représentants du roi de France. Par ailleurs, les seuls droits auxquels ils auraient pu prétendre leur auraient été concédés expressément. Pourtant même en prenant appui sur le droit français, les Amérindiens ont pu, après la découverte de la Nouvelle-France, conserver d'importants droits sur le territoire. Par leurs agissements les Français purent ainsi laisser croire qu'ils reconnaissaient une souveraineté aux nations autochtones vivant en dehors des colonies. De plus, le droit coutumier français, à cause de sa souplesse, pouvait faciliter la reconnaissance de droits de jouissance en faveur des Amérindiens. Finalement, loin de leur nier tout droit foncier, il est arrivé que les autorités françaises concèdent à des Amérindiens des terres situées à l'intérieur de la colonie.

a) La souveraineté

Le roi de France, on l'a vu, a prétendu à la souveraineté à l'égard du territoire découvert et occupé par ses représentants. Il ne faut cependant pas en conclure qu'étaient niés aux Amérindiens des droits de même nature. Les Européens, en effet, estimaient, qu'au moins avant leur arrivée, les Amérindiens avaient exercé la souveraineté sur les terres qu'ils occupaient. Selon certains, cette prérogative n'aurait d'ailleurs pas disparu du seul fait de la découverte, mais plutôt de par l'exercice effectif d'une souveraineté concurrente. La souveraineté autochtone aurait donc été grugée petit à petit au fur et à mesure de l'implantation des Français :

Ce n'est qu'une fois achevée la conquête de tous les territoires tribaux que les Indiens auraient été soumis au droit du conquérant. Pour en connaître le moment exact et découvrir si des droits éventuels ne subsistent pas, il faudrait inventorier les territoires indiens depuis les débuts de la conquête et montrer comment, un à un, ils sont passés sous la souveraineté du conquérant.⁵⁹

Des indices dans l'organisation administrative de la colonie laissent entendre que les autorités françaises reconnaissaient une certaine souveraineté aux Amérindiens. En effet, les relations avec ceux-ci, comme avec la Nouvelle-

59. Henri Brun, *loc. cit.*, note 1, p. 45. Le mot «conquête» est pris ici au sens de prise de possession d'un territoire. Il faut préciser que si l'auteur expose la thèse, il ne la fait toutefois pas sienne (p. 46).

Angleterre d'ailleurs, relevaient de l'autorité du gouverneur de la Nouvelle-France en vertu de sa juridiction sur la diplomatie coloniale⁶⁰. Si les relations avec les Amérindiens avaient alors été perçues comme étant de simples affaires intérieures à la colonie, elles auraient dépendu normalement de l'intendant.

Plusieurs nations amérindiennes traitaient avec respect les rois européens et leurs représentants dans la colonie. Les Iroquoïens, qui constituaient une société matrilineaire, les désignaient notamment sous le vocable de père. Ils n'estimaient cependant pas pour autant se soumettre à leur autorité : «Ononthio est depuis dix ans mon père, Corlar est depuis longtemps mon frère, et cela parce que j'ai bien voulu : ni l'un ni l'autre n'est mon maître»⁶¹. De fait, ainsi que l'explique Denys Delâge, dans ces sociétés matrilineaires, le «père» voit à la protection de ses enfants sans détenir d'autorité sur eux. L'éducation des enfants revient plutôt à l'oncle maternel⁶². Aussi, pour les Amérindiens de comparer les autorités coloniales ou le roi à un père n'équivalait pas à la sujétion.

Les témoignages sur la perception qu'avaient les Amérindiens de leurs droits territoriaux sont assez peu nombreux. Les seuls qui nous ont été transmis, nous sont souvent parvenus dans des documents confectionnés par des Blancs. Ces témoignages attestent que les Amérindiens estimaient conserver d'importants droits sur le territoire, sinon la souveraineté⁶³.

La déclaration de guerre des Micmacs aux Anglais de Halifax figure parmi les témoignages hautement significatifs sur l'étendue des droits qu'ils prétendaient posséder :

L'endroit où tu es, où tu fais des habitations, où tu bâtis un fort, ou tu veux maintenant comme t'inthroniser, cette terre dont tu veux présentement te rendre maître absolu,

60. André Vaehon, «L'administration de la Nouvelle-France», dans : *Dictionnaire biographique du Canada, op. cit.*, note 12, p. xv, xx.

61. François-Xavier de Charlevoix, *Histoire et description générale de la Nouvelle-France, avec le journal historique d'un voyage fait par ordre du Roi dans l'Amérique septentrionale*, tome 1, Montréal, Éditions Élysée, 1976, p. 431, cité par Gilles Havard, *op. cit.*, note 11, p. 31-32 (la référence est inexacte). Ononthio désigne le gouverneur de la Nouvelle-France et Corlar le gouverneur de la Nouvelle York. Voir aussi : «Lettre de Monsieur Bégon au ministre», 21 avril 1725, dans : *Coll. manus.*, tome 3, p. 117, 120.

62. Denys Delâge, «Les Iroquois chrétiens des «réductions», 1667-1770. I. Migration et rapports avec les Français», *Recherches amérindiennes*, vol. 21, nos 1-2 (1991), p. 59, 64 et Jean-Pierre Sawaya, *op. cit.*, note 5, p. 83-85.

63. Olive P. Dickason, *op. cit.*, note 14, p. 152.

cette terre m'appartient, j'en suis certes sorti comme l'herbe, c'est le propre lieu de ma naissance et de ma résidence, c'est ma terre à moy sauvage; oui, je le jure, c'est Dieu qui me l'a donnée pour être mon pais à perpétuité.⁶⁴

Lors de l'établissement des frontières entre les colonies britannique et française de l'est de l'Amérique du Nord, les Iroquois se montrèrent offusqués lorsque les Britanniques apposèrent des bornes sur ce qu'ils estimaient être la ligne de séparation de la Nouvelle-France et de la Nouvelle-Angleterre⁶⁵. En d'autres occasions, les Français s'enquérèrent d'obtenir leur permission avant de s'établir sur un territoire⁶⁶.

Les Amérindiens vivant en dehors des colonies et qui maintenaient de bons rapports avec les Français n'étaient pas désignés comme des sujets du roi de France, mais plutôt comme ses alliés⁶⁷. La Jonquière a ainsi pu écrire au gouverneur de Boston : «Le Roy, mon maître, ne les [les Amérindiens] regarde point comme ses sujets; bien loin delà il les traite comme ses alliés»⁶⁸. Les autorités coloniales, qui utilisaient cette désignation, trouvaient avantage à une telle distinction puisqu'on ne pouvait, dès lors, tenir les Français responsables des dommages causés aux Anglais par les Amérindiens⁶⁹.

Généralement les puissances coloniales ne furent pas enclines à reconnaître expressément que les Amérindiens jouissaient de la souveraineté. Ceci se comprend aisément,

64. «Déclaration de guerre des Micmacs aux Anglais s'ils refusent d'abandonner Kchibouktouk», dans : Olive P. Dickason, *op. cit.*, note 57, p. 154. Un autre extrait d'une lettre adressée aux Britanniques mérite d'être reproduit :

Nous croyons que cette terre que Dieu nous a donnée, dont nous pouvons compter être aussitôt que les arbres y sont nés ne nous paroît être disputée par personne; cependant nous croyons que vous voulez nous l'ôter par les places que vous habitez, et les menaces que vous nous faites de nous réduire à votre servitude, ce que vous ne devez point espérer. Nous sommes maîtres et dépendants de personne. Nous voulons avoir notre pays libre.

(«Lettre des Sauvages à Monsieur le général Phillips», 2 octobre 1720, dans : *Coll. manus.*, tome 3, p. 46-47).

65. Cornelius J. Jaenen, *op. cit.*, note 4, p. 26-27.

66. Cornelius J. Jaenen, *ibid.*, p. 32.

67. Cornelius J. Jaenen, *ibid.*, p. 31-32.

68. «Lettre de Monsieur de Lajonquière au gouverneur Philipps», 7 mars 1751, *Coll. manus.*, tome 3, p. 502, 503.

69. «Rapport de monsieur de Vaudreuil au ministre», 6 septembre 1716, *Coll. manus.*, tome 3, p. 19; voir au même effet : «Mémoire de M. de Vaudreuil au duc d'Orléans, régent du royaume», février 1716, *R.A.P.Q.* 1947-1948, p. 291, 295.

puisque une telle reconnaissance aurait eu pour effet de nier leur propre prétention à la souveraineté sur le continent. Toutefois, dans certaines circonstances, elles agirent, de telle façon, qu'elles laissèrent croire que les Amérindiens demeuraient souverains sur leurs terres. Ainsi, les Français soutinrent les prétentions des Abénaquis en Acadie, estimant que c'était là le seul moyen de soustraire le territoire aux Anglais⁷⁰.

La négociation de traités entre des nations autochtones et les autorités coloniales agissant au nom du roi de France demeure vraisemblablement la preuve la plus manifeste de la reconnaissance de l'existence d'une souveraineté des nations autochtones. Le meilleur exemple, à cet égard, étant sans doute la négociation de la Grande paix de Montréal de 1701⁷¹.

b) La saisine

La notion de propriété, on l'a vu, était étrangère aux Amérindiens. Ils faisaient généralement peu de cas de la propriété, qu'il s'agisse des terres sur lesquelles ils étaient implantés de même que des choses qui les entouraient. Une telle manière de penser ne facilitait pas la reconnaissance de droits de la nature de ceux que les Européens revendiquaient en leur propre faveur. Pourtant, il nous apparaît que la souplesse de l'ancien droit français peut permettre de concilier les intérêts, à première vue, divergents des Français et des Amérindiens sur les terres assujetties au régime seigneurial⁷².

Le roi, ainsi que nous l'avons déjà affirmé, a prétendu exercer sa souveraineté sur le territoire de la Nouvelle-France. Les concessions de seigneuries qu'il fit montrent qu'en outre il estimait détenir un véritable droit de propriété sur le territoire ou, à tout le moins, une partie de celui-ci. Or, il nous semble que la notion de propriété à laquelle il est souvent fait référence aujourd'hui ne puisse convenir tout à fait à la situation alors applicable. Il est, en effet, essentiel de se rappeler que dans une recherche portant sur le droit de propriété à l'époque de la Nouvelle-France, il faut éviter de considérer que s'appliquait alors la notion d'une propriété exclusive telle qu'elle prévaudra à la fin du XVIII^e siècle.

70. «Mémoire sur les limites de l'Acadie, envoyé à Monseigneur le duc d'Orléans par le Père Charlevoix», 29 octobre 1720, *Coll. manus.*, tome 3, p. 49.

71. Gilles Havard, *op. cit.*, note 11, p. 188.

72. L'hypothèse soumise ici ne vise pas à étendre l'application de la notion de saisine à l'ensemble du territoire sur lequel le roi de France a pu prétendre à la souveraineté, mais uniquement sur la portion restreinte de territoire qui a été assujettie au régime seigneurial.

Le droit coutumier reconnaissait l'existence d'une pluralité de droits, détenus par des personnes différentes, sur un même héritage⁷³. Dans un tel système, un bien était susceptible de propriétés simultanées⁷⁴. Le meilleur exemple qui peut servir à illustrer cette caractéristique du droit coutumier demeure le régime seigneurial.

Le seigneur, à qui le roi avait concédé une seigneurie, pouvait par la suite en céder des parcelles —les censives— à des censitaires⁷⁵. L'un et l'autre se voyaient conférer des droits complémentaires sur la censive. Le seigneur, qui conservait le domaine direct, jouissait de droits tels le cens et rente, le droit de justice, le droit de chasse ou le droit de pêche. Pour sa part, le censitaire, à qui on transmettait le domaine utile, avait le droit d'exploiter la censive et de conserver la propriété des fruits produits. Le seigneur et le censitaire tiraient donc des utilités distinctes d'un même bien foncier⁷⁶. Ces utilités dont chacun avait la jouissance étaient désignées de «saisines».

La notion de saisine⁷⁷ est centrale en droit coutumier. Elle réfère aux multiples avantages, aux diverses jouissances, que peut offrir un bien foncier. L'objet de la saisine est un droit. On est bien loin ici de la propriété reconnue par le Code civil qui est plutôt fondée sur la corporéité du bien.

Les jouissances pouvaient évidemment avoir été consenties par un titre exprès, elles pouvaient, en outre, trouver leur fondement dans une possession de longue durée. Le droit coutumier reconnaissait, en effet, que des droits d'usage pouvaient être reconnus sur des terres seigneuriales, même en l'absence de titre, par possession immémoriale⁷⁸. Les usages forestiers, qui

73. Le mot «héritage» est pris ici au sens de bien foncier.

74. Anne-Marie Patault, «La propriété non exclusive au XIXe siècle : histoire de la dissociation juridique de l'immeuble», (1983) 61 *Revue historique du droit français et étranger* 217, 221-228.

75. Cette faculté devint une obligation de concéder à la suite de l'Édit de Marly du 6 juillet 1711 : «Arrêt du roi qui ordonne que les terres dont les concessions ont été faites, soient mises en culture et occupées par des habitants», dans : *É.O.*, p. 324-325.

76. Sur les droits seigneuriaux en Nouvelle-France, voir : Louise Dechêne, «L'évolution du régime seigneurial au Canada : le cas de Montréal aux XVIIe et XVIIIe siècles», (1971) 12 *Recherches sociographiques* 145-183 et Sylvie Dépatie, Mario Lalancette et Christian Dessureault, *Contributions à l'étude du régime seigneurial canadien*, LaSalle, Hurtubise HMH, 1987, *passim*.

77. Anne-Marie Patault, *Introduction historique au droit des biens*, Paris, Presses universitaires de France, 1989, p. 20-26.

78. J. Brissaud, *Manuel d'histoire du droit privé*, Paris, Albert Fontemoing, 1908, p. 300.

souvent bénéficiaient non pas à une personne mais à un groupe, pouvaient être fondés sur une possession centenaire⁷⁹.

Quoique l'hypothèse ne semble pas avoir été prise en considération jusqu'ici, il est vraisemblable que les Amérindiens pouvaient considérer détenir la jouissance de certains droits sur les terres soumises au régime seigneurial. La souplesse du droit des biens en droit coutumier s'accommodait aisément de jouissances simultanées par plusieurs personnes ou groupes. Ces jouissances auraient pu inclure des droits de chasse, de pêche ou de passage⁸⁰.

c) La reconnaissance expresse

Il appert que le roi et ses représentants dans la colonie évitèrent de concéder expressément des droits aux Amérindiens. L'ambiguïté qui marquait les rapports entre les deux groupes explique probablement cet état de fait. En effet, les autorités françaises eurent souvent avantage à maintenir l'équivoque sur les droits qu'ils prétendaient détenir et ceux qu'ils reconnaissaient aux nations autochtones. Il existe tout de même quelques rares cas où les Amérindiens se firent accorder, à l'intérieur de la colonie, des droits identiques ou apparentés à ceux conférés à des Français⁸¹.

B- La situation des terres

La situation des terres constitue un aspect qu'il est essentiel de considérer pour mesurer l'étendue des droits des Amérindiens. Trois hypothèses distinctes seront étudiées : les terres situées en dehors des colonies, les terres dans les colonies ou en périphérie et finalement les terres soumises au régime seigneurial.

1. Les terres situées en dehors des colonies

En dehors des colonies, les terres demeuraient, bien souvent, habitées par des Amérindiens avec lesquels les Français pouvaient éventuellement avoir des contacts. Il était manifestement impossible à l'administration coloniale d'exercer son autorité sur ce qui constituait, à un certain moment, tout un continent. Il n'est donc pas étonnant que des distinctions aient été établies dans les manières de désigner les différentes portions du

79. Paul Ourliac et J. de Malafosse, *Histoire du droit privé*, tome 2, *Les biens*, 2e éd., Paris, Presses universitaires de France, 1971, p. 407.

80. Il pourrait s'agir notamment de routes commerciales détenues par des Autochtones : voir : Bruce G. Trigger, *op. cit.*, note 29, p. 245 et 267.

81. Voir *infra* section 4.2.3 : Les seigneureries.

territoire, en tenant notamment compte des terres occupées par les Amérindiens. Ainsi, l'expression «terres des sauvages»⁸² désignait des territoires habités par des Amérindiens en dehors des colonies française, britannique ou hollandaise. De même en allait-il lorsqu'on parlait de «leur pays»⁸³, du «pays des Iroquois»⁸⁴, des «habitations des Sauvages»⁸⁵, des «pays [...] qui ne sont habités que par des Sauvages»⁸⁶ pour dénommer les terres d'où venaient des Amérindiens. Les cartes géographiques historiques qui présentaient la Nouvelle-France couvrant une bonne partie du continent nord-américain, loin de représenter un empire soumis, auraient plutôt montré le réseau des alliés de la France⁸⁷.

Les Amérindiens qui ne résidaient pas dans les colonies ne subirent pas la pression des colons français qui auraient souhaité s'établir sur leurs terres. La très faible population des colonies françaises put se satisfaire des vastes étendues de territoire sur lesquelles les nouveaux arrivants s'établirent avec l'assentiment des Amérindiens. Loin d'être désavantagés du maintien des Amérindiens sur leurs terres les Français en tirèrent même profit. Ils recoururent à ceux-ci comme intermédiaires de commerce afin d'entrer en contact avec des nations très éloignées. De plus, la présence de nations autochtones localisées entre les colonies françaises et anglaises servit d'écran de protection. Ce rôle attribué aux Amérindiens constitue d'ailleurs l'un des traits caractéristiques de la politique française en Amérique⁸⁸.

2. Les terres situées dans les colonies ou en périphérie

Des Amérindiens vivaient sur des terres situées à l'intérieur de la colonie ou dans sa périphérie immédiate. Certains occupaient simplement des terres que leurs ancêtres avaient habitées bien avant la découverte du territoire par les Européens, d'autres, au contraire, vinrent s'établir dans la colonie pour des

82. Voir : «Lettre et instructions du Roy à Mons. de Denonville», 1685, 10 novembre 1685, dans : *Coll. manus.*, tome 1, p. 335, 336.

83. «Relation de ce qui s'est passé de plus remarquable en Canada, depuis le départ des vaisseaux, au mois de novembre, 1689, jusqu'au mois de novembre 1690», c. 1690, dans : *Coll. manus.*, tome 1, p. 482, 494.

84. «Mémoire sur le Canada», 1689, dans : *Coll. manus.*, tome 1, p. 551, 563.

85. «Ordonnance du Roi qui défend d'aller à la traite des pelleteries dans les habitations des Sauvages», 15 avril 1676, dans : *E.O.*, p. 86.

86. «Demandes des terres, fonds et habitations concédés au sieur d'Aulnay et à ses auteurs», 1700, dans : *Coll. manus.*, tome 2, p. 364, 367.

87. Denys Delâge, *op. cit.*, note 54, p. 72-73.

88. Olive P. Dickason, *op. cit.*, note 57, p. 45-46.

raisons diverses. Ces Amérindiens étaient désignés sous l'appellation de «domiciliés»⁸⁹.

Les Montagnais habitaient le *Domaine du roi* et rien n'indique que l'administration coloniale ait voulu les en déloger. Il appert plutôt que le commerce des fourrures bénéficiait grandement de leur présence. Les Montagnais n'estimaient d'ailleurs pas que l'existence du *Domaine du roi* était incompatible avec les droits qu'ils exerçaient sur ce territoire. Après la Conquête, ayant appris que les nouvelles autorités désiraient concéder les terres qu'ils occupaient, ils firent valoir leur opposition à un tel projet au Père Coquart, dans les termes suivants :

Mon père nous apprenons qu'on veut donner nos terres, non pas seulement pour y traiter, mais les donner en propriété, une partie à l'un, une partie à l'autre, en sorte que nous serons dépouillés de ce que nous possédons. (...). Nous avons toujours été une nation libre, et nous deviendrons esclaves, ce qui serait dur, après avoir joui si longtemps de notre liberté.⁹⁰

À l'occasion, des Amérindiens, victimes de guerres entre nations ou entre les puissances métropolitaines, vinrent trouver asile dans les colonies. Le cas des Abénaquis, dont le pays était pris en étau entre les colonies française et anglaise, en est un bon exemple⁹¹. Durant une période prolongée, les Français les accueillirent dans la colonie et les traitèrent comme des réfugiés qui, tôt ou tard, regagneraient vraisemblablement leurs terres⁹². Ils furent établis à Bécancourt, à Saint-François⁹³, au Sault de la Chaudière⁹⁴ et à Sillery⁹⁵. Même installés au Canada, ils continuaient de s'intéresser aux questions importantes qui touchaient le reste de leur communauté encore implanté sur les

89. «Lettre de Monsieur le Marquis de Vaudreuil au ministre», 25 octobre 1724, *Coll. manus.*, tome 3, p. 108.

90. Lorenzo Angers, *Chicoutimi : poste de traite, 1676-1856*, Montréal, Les éditions Leméac, 1971, p. 60.

91. Sur cette question, voir : P.-André Sévigny, *Les Abénaquis : habitats et migrations (17e et 18e siècles)*, Montréal, Les Éditions Bellarmin, 1976, p. 173 et 209.

92. «Mémoire du roi à MM. de Vaudreuil et Bégon», 15 juin 1716, dans : *R.A.P.Q.* 1947-1948, p. 296, 300-301.

93. «Lettre de Monsieur le Marquis de Vaudreuil au ministre», 25 octobre 1724, dans : *Coll. manus.*, tome 3, p. 108, 109.

94. P.-André Sévigny, *op. cit.*, note 91, p. 209.

95. «Mémoire touchant les Sauvages abénaquis de Sillery», 1742, dans : *Coll. manus.*, tome 3, p. 194.

terres ancestrales⁹⁶. Les Français considéraient d'ailleurs la nation abénaquise comme un tout, malgré sa dispersion⁹⁷. La présence de ces Amérindiens, en plus de leur assurer une certaine sécurité, permettait aussi de mieux protéger la colonie d'ennemis en provenance du sud⁹⁸. Le regroupement d'alliés militaires au sein même de la colonie, prêts rapidement à intervenir pour soutenir les troupes françaises appelées à la défense de la colonie fut l'un des objectifs recherchés par la politique de domiciliation des Amérindiens au Canada⁹⁹. Il arriva également que les Français incitèrent des Amérindiens à venir s'établir dans la colonie dans le but avoué de les acculturer plus aisément¹⁰⁰.

La fédération des Sept Feux qui regroupait des domiciliés catholiques établis dans la colonie possédait des territoires utilisés à des fins de chasse et de pêche. Ces terres, parfois fort éloignées des villages, s'étendaient sur une superficie immense et ce tant aux États-Unis qu'au Canada. Durant la fin du XVIII^e siècle, la fédération défendit ses droits à l'égard de ses terres auprès des autorités des États américains du Vermont et de New York¹⁰¹.

3. Les seigneuries

Les seigneuries concédées à des communautés religieuses pour le bénéfice des Amérindiens méritent d'être étudiées peu importe qu'elles aient eu ou non pour fonction de satisfaire aux exigences du droit des gens. Certaines d'entre elles étaient concédées directement aux Amérindiens, d'autres à des communautés religieuses pour leur bénéfice.

a) Les concessions pour le bénéfice des Amérindiens

Deux communautés religieuses, les Jésuites et les Sulpiciens, reçurent en concession un certain nombre de seigneuries pour le bénéfice des Amérindiens. Les seigneuries

96. «Mémoire sur l'entreprise que les Anglais de Baston font sur les terres des Abénakis, sauvages alliés des François», 1721, dans : *Coll. manus.*, tome 3, p. 68, 69.

97. «Lettre de Monsieur de Vaudreuil au Gouverneur Shute», 7 juin 1722, dans : *Coll. manus.*, tome 3, p. 78, 81.

98. «M. de Vaudreuil au ministre», 16 novembre 1704, dans : *R.A.P.Q.* 1938-1939, p. 43, 44.

99. P.-André Sévigny, *op. cit.*, note 91, p. 179.

100. «Lettre du Roy à M. de Frontenac», 29 avril 1680, dans : *Coll. manus.*, tome 1, p. 274.

101. Jean-Pierre Sawaya, *op. cit.*, note 5, p. 42-45.

suivantes furent ainsi concédées : Sillery le 13 mars 1651¹⁰², le Sault Saint-Louis les 29 mai 1680¹⁰³ et la seigneurie de Deux-Montagnes le 17 octobre 1717¹⁰⁴.

À la fin des années 1630, les Jésuites s'installèrent à Sillery avec idée d'y ouvrir une mission pour accueillir les Amérindiens¹⁰⁵. Des familles de Montagnais et d'Algonquins s'y établirent. D'autres nations les suivirent. Cette mission constitue la première «réduction» à avoir été mise sur pied en Nouvelle-France. En 1651, la Compagnie de la Nouvelle-France accordait la concession de la seigneurie de Sillery aux Amérindiens; la même année le roi la ratifiait¹⁰⁶. La concession était faite aux «sauvages qui se retirent ordinairement proche de Québec» et non pas au profit d'une nation particulière. L'acte rendait les Amérindiens bénéficiaires de tous les droits seigneuriaux y compris les droits exclusifs de chasse et de pêche. Les Français, déjà établis dans la seigneurie, devenaient redevables, pour l'avenir, de leurs obligations et charges au «capitaine chrétien des sauvages». Les Jésuites, pour leur part, se voyaient attribuer un rôle de protecteurs des Amérindiens, ceux-ci ne pouvant se départir de leurs droits sans l'accord des religieux. Ces derniers devenaient, ni plus ni moins, que des tuteurs.

Le sol étant épuisé et le bois de chauffage rare, les différentes communautés autochtones avaient quitté Sillery à la fin du XVII^e siècle. Seuls les Hurons, qui s'étaient déplacés plus au nord, y résidaient encore. Profitant de la situation les Jésuites s'emparèrent de la seigneurie. Une partie leur fut transmise par un donateur qui détenait un titre vicié. Quant au reste de la seigneurie, les Jésuites se le firent attribuer par les autorités coloniales, au motif qu'il s'agissait de terres abandonnées¹⁰⁷. La ratification de la concession souleva de l'opposition¹⁰⁸ et le roi ne

102. Pierre-Georges Roy, *Inventaire des concessions en fief et seigneurie, foies et hommages et aveux et dénombremens conservés aux Archives de la province de Québec*, tome 1, Beauccville, L'Éclaireur, 1927, p. 295.

103. *Ibid.*, tome 3, p. 216.

104. *Ibid.*, tome 4, p. 221.

105. Isabelle Robert, *Le site de l'ancienne mission des Jésuites à Sillery*. Mémoire de maîtrise présenté à l'École des Gradués de l'Université Laval, Québec, 1990, p. 9 et s.

106. Les deux actes sont reproduits dans : Léon Gérin, «La seigneurie de Sillery et les Hurons de Lorette», dans : *Mémoires et comptes rendus de la Société royale du Canada*, série 2, tome 6 (1900), p. 81-84.

107. Léon Gérin, *ibid.*, p. 100.

108. «Inventaire de documents concernant l'Église du Canada sous le Régime français : Conclusions du procureur général Rucette d'Auteuil sur l'enregistrement de la concession de la seigneurie de Sillery demandée par les Pères Jésuites», 30 juin 1703, dans : *R.A.P.Q.*, 1940-1941, p. 335, 370.

l'accorda que quatre ans plus tard. La manoeuvre des Jésuites fut perçue, par la suite, comme une véritable spoliation¹⁰⁹.

Quelques Iroquois venus à Montréal en 1667 s'établirent à La Prairie¹¹⁰. Ils furent suivis de plusieurs autres qui, accompagnés d'Amérindiens provenant d'autres nations, en vinrent à former un village situé à proximité des habitations des Français. Ce voisinage rendant difficile le contrôle exercé par les Jésuites sur les Amérindiens, il devint impérieux aux yeux des religieux de déménager le village. Ils y parvinrent une fois qu'ils eurent obtenu du roi, en 1680, la concession de la seigneurie du Sault Saint-Louis qui fut aussitôt agrandie par le gouverneur Frontenac¹¹¹.

Les Sulpiciens, pour leur part, obtinrent en 1717, la concession de la seigneurie des Deux-Montagnes pour y installer les Amérindiens de la mission de Sault-au-Récollet. Le déménagement de la mission à l'extérieur de l'île de Montréal permettait de mieux protéger la ville d'éventuelles incursions des Iroquois¹¹².

À n'en pas douter, l'établissement de seigneuries s'inscrivait dans un vaste plan de conversion des Amérindiens. Les Jésuites qui avaient déjà tenté, par divers moyens, de christianiser le pays en vinrent à la conclusion que la sédentarisation était essentielle pour parvenir à leurs fins¹¹³. Ils estimaient qu'ayant acquis un domicile fixe, les Amérindiens seraient plus disponibles pour recevoir les enseignements qu'ils désiraient leur transmettre. Le projet se matérialisa par l'implantation de missions près des comptoirs de traite ce qui facilitait considérablement le contact avec les nomades qui venaient chaque année pour échanger leurs fourrures.

Il faut se garder de croire que seuls les religieux tiraient un avantage de la conversion des Amérindiens. Les autorités

109. Léon Gérin, *op. cit.*, note 106, *passim* et Georges E. Sioui, *op. cit.*, note 3, p. 124-125.

110. Yvon Lacroix, *Les origines de La Prairie (1667-1697)*, Montréal, Les Éditions Bellarmin, 1981, p. 15-43.

111. Pierre-Georges Roy, *op. cit.*, note 102, tome 3, p. 216.

112. «Inventaire de documents concernant l'Église du Canada sous le Régime français : Les Sauvages au Sault-au-Récollet», dans : *R.A.P.Q.*, 1941-1942, p. 183-184. Voir aussi : Denys Delâge, *loc. cit.*, note 62, p. 62.

113. Ronald Gosselin, *loc. cit.*, note 12, p. 40 et 58 et Jan Grabowski, *The Common Ground, Settled Natives and French in Montréal, 1667-1760*, Thèse de doctorat présentée à la Faculté des études supérieures de l'Université de Montréal, Montréal, 1993, p. 43-58.

civiles étaient elles aussi très sensibles à l'importance de la religion comme moyen de tisser des liens avec ces populations. Dans un mémoire sur les Abénaquis, les autorités coloniales signalaient l'attachement qu'était susceptible de leur valoir le sentiment religieux des Amérindiens : «Il faut espérer que la religion à laquelle ils sont fort attachés les maintiendra dans nos intérêts»¹¹⁴.

La concession de seigneuries pour le bénéfice des Amérindiens s'inscrivait dans un projet de sédentarisation. Ceci ressort d'ailleurs clairement des motifs figurant à l'appui de l'acte de concession de la seigneurie de Sillery aux Jésuites par le roi de France : «Savoir faisons que notre désir étant de rassembler les peuples errants de la Nouvelle-France en certains réduits, afin qu'il soient instruits en la foi et en la religion chrétienne (...)»¹¹⁵. Le processus d'acculturation mit du temps à donner des fruits s'il faut en croire le gouverneur Frontenac qui déplorait le faible nombre d'Amérindiens parlant français, n'hésitant d'ailleurs pas à dénoncer le peu d'empressement mis par les Jésuites à la conversion¹¹⁶.

b) Les concessions aux Amérindiens

Les concessions faites directement aux Amérindiens furent des cas rares. De plus, quand il y en eut, elles portèrent sur des étendues relativement peu importantes.

Au milieu du XVII^e siècle, le gouverneur Montmagny concéda au chef algonquin Charles Pachirini un fief en roture¹¹⁷. Il est manifeste que les autorités comptaient par là sédentariser les Amérindiens ainsi que l'atteste l'enregistrement de la concession par la Compagnie de la Nouvelle-France. Le chef Pachirini devait, en effet, s'engager «de travailler incessamment et cultiver les dites terres pour satisfaire aux intentions du Roi, (...)»¹¹⁸. Il appert que la tentative ne connut pas de succès¹¹⁹.

114. «Mémoire sur les Sauvages abénakis», 1731, dans : *Coll. manus.*, tome 3, p. 155.

115. Léon Gérin, *loc. cit.*, note 106, p. 81.

116. «Inventaire des documents concernant l'Église du Canada sous le régime français : M. le comte de Frontenac au ministre Colbert», 2 novembre 1672, dans : *R.A.P.Q.*, 1939-1940, p. 218.

117. Pierre-Georges Roy, *op. cit.*, note 102, tome 1, p. 282.

118. Pierre-Georges Roy, *ibid.*, p. 282-283.

119. Marcel Trudel, *Histoire de la Nouvelle-France*, volume 3 : *La seigneurie des Cent-Associés, 1627-1663*, tome 2, *La société*, Montréal, Fides, 1983, p. 599-600.

En marge de cette initiative des autorités de la colonie, des seigneurs concédèrent des terres à des Amérindiens qui se trouvaient dans leurs seigneuries. Les cas sont rares et les étendues de territoires visées demeurent tout à fait négligeables. Ils constituent tout de même des cas de concessions faites directement à des Amérindiens sans l'intervention des autorités coloniales.

Au début du XVIII^e siècle, les Abénaquis et les Socoquis se firent concéder des terres de la seigneurie de Saint-François-du-Lac par Marguerite Hertel-Crevier et dans la seigneurie de Pierreville par Antoine de Plagnet¹²⁰. Pour leur part, les Abénaquis reçurent des terres de Pierre Robinau, seigneur de Bécancour¹²¹.

Il est manifeste que de telles concessions de terres à des Amérindiens ne relevaient pas d'une politique coloniale, mais étaient une initiative particulière des seuls seigneurs.

C - Le statut et l'assujettissement des Amérindiens au droit français

Les Français établissaient des distinctions entre les Amérindiens selon la religion qu'ils professaient et leur endroit de résidence. Durant une assez longue période, les Amérindiens ne furent pas pleinement assujettis au droit français.

Même si, par hypothèse, une partie importante de l'Amérique du Nord était devenue une possession française par le seul effet de la découverte, les Amérindiens n'avaient pas acquis automatiquement la nationalité française. En fait, celle-ci n'était reconnue aux Amérindiens qu'à certaines conditions bien particulières. La *Charte de la Compagnie des Cent-Associés* prévoyait que les Amérindiens étaient sujets français en autant qu'ils professent la religion catholique¹²². Pour diverses raisons, leur évangélisation ne fut pas facile, guère plus d'ailleurs que leur intégration à la société coloniale¹²³.

Il est vraisemblable que les Amérindiens établis dans la colonie parce qu'ils fuyaient leurs ennemis ou simplement parce

120. Les concessions datent du 23 août 1700 et du 10 mai 1701 : Jacqueline Beaulieu, *Localisation des nations autochtones au Québec : historique foncier*, Québec, Les Publications du Québec, 1986, p. 4-5.

121. La concession date du 30 avril 1708 : Jacqueline Beaulieu, *ibid.*, p. 6-7.

122. Art. xvii, dans : *E.O.*, p. 10.

123. Marcel Trudel, *op. cit.*, note 119, p. 591-603.

qu'ils désiraient se rapprocher des Français¹²⁴ purent être considérés comme des sujets du roi. Ceci était d'autant plus aisé qu'ils étaient souvent convertis au catholicisme et coupés de leur milieu d'origine.

En plus d'avoir souhaité faire des Amérindiens des sujets du roi, les autorités françaises firent des efforts pour les assimiler. Talon insistait sur la nécessité de leur faire apprendre la langue française, plutôt que d'inciter les Français à s'exprimer dans les langues autochtones. Par ailleurs, l'intendant leur accorda des avantages reconnus aux Français comme celui de consommer des boissons alcooliques¹²⁵. La politique métropolitaine alla même jusqu'à souhaiter les mariages mixtes et l'émigration des enfants ou de familles autochtones dans la colonie¹²⁶.

L'assujettissement des Amérindiens au droit français était loin de faire l'unanimité. Les Français eux-mêmes étaient divisés sur cette question. Au début de la colonie, certains administrateurs et des membres des communautés religieuses semblaient tenir pour acquis que leur autorité s'étendait non seulement aux Français mais aussi aux Amérindiens. Ce point de vue n'était toutefois pas partagé par les commerçants¹²⁷.

L'installation à l'intérieur des limites du Canada ou dans sa périphérie immédiate ne suffisait d'ailleurs pas pour assujettir les Amérindiens au droit français. Il fallut, en effet, un arrêt du Conseil supérieur de Québec pour les soumettre aux peines prévues par les lois et les ordonnances françaises dans les cas de meurtre et de viol¹²⁸. Cet assujettissement eut lieu après qu'une Française vivant dans la colonie eût été victime d'un viol. Le Conseil, lors d'une réunion où il fit rassembler les chefs de six nations et échangea avec ceux-ci, reconnut que les Amérindiens ignoraient la teneur des lois coloniales. Les chefs présents acceptèrent de soumettre, pour l'avenir, les membres de leur communauté aux peines prévues par les lois françaises, non sans avoir rappelé cependant que les jeunes Français eux aussi s'étaient

124. Jacques Mathieu, *La Nouvelle-France : les Français en Amérique du Nord, XVIIe-XVIIIe siècle*, Québec/Paris, Les Presses de l'Université Laval/Belin, 1991, p. 106.

125. «Lettre de Talon au ministre Colbert», 13 novembre 1666, dans : *R.A.P.Q.* 1930-1931, p. 54, 58.

126. «Lettre du ministre Colbert à Talon», 20 février 1668, dans : *R.A.P.Q.* 1930-1931, p. 91, 95.

127. Bruce G. Trigger, *op. cit.*, note 29, p. 435.

128. «Arrêt du Conseil supérieur de Québec qui soumet les Sauvages à la peine portée par les lois et ordonnances de France, pour raison de meurtre et de viol, du 21e avril 1664», dans : *A.R.*, p. 16-17.

parfois adonnés à des écarts de comportement. Il faut ajouter que cette soumission valait pour des communautés autochtones installées au Canada ou dans son voisinage immédiat et non pour l'ensemble de la Nouvelle-France.

L'ordonnance de 1676 sur la police vint ajouter à la précédente. Désormais tous les Amérindiens se voyaient assujettis au droit criminel français¹²⁹. Il appert toutefois que cette mesure législative, qui de l'avis de John A. Dickinson cherchait à «intégrer les Amérindiens dans la société coloniale», ne fut pas appliquée¹³⁰. Les Amérindiens, même durant la première moitié du XVIII^e siècle, estimaient qu'ils n'étaient pas soumis au droit criminel français. Le roi se montra très sensible à cette prétention, précisant dans un mémoire aux autorités coloniales qu'il fallait les assujettir au droit avec «prudence et Menagement»¹³¹. Le contrôle de la contrebande à laquelle s'adonnaient les Amérindiens domiciliés s'avéra d'ailleurs impossible. Le gouverneur Beauharnois exposant la situation qui prévalait au Sault Saint-Louis décrivait le lieu comme étant «une espèce de république»¹³².

L'administration de la justice à l'égard des Amérindiens, lorsque le droit s'appliquait, ne dépendait pas des tribunaux ordinaires mais plutôt des tribunaux militaires qui relevaient de la responsabilité du gouverneur de la colonie¹³³. Le Conseil d'État du roi intervint pour mentionner que les réclamations de marchandises et d'effets par les Amérindiens étaient retirées de la juridiction des tribunaux ordinaires pour relever du gouverneur, de l'intendant et du premier conseiller du Conseil supérieur¹³⁴. L'administration de la justice à l'égard des Amérindiens relevait donc d'un régime spécial, même lorsque qu'ils étaient soumis au

129. «Règlements généraux du Conseil supérieur de Québec, pour la police, du 11^e mai 1676», dans : *A.R.*, p. 65, 70 art. xxx. Sur la notification qui fut faite de l'ordonnance, voir : «Arrêt du Conseil supérieur de Québec, qui ordonne de notifier les ordonnances, et les articles 29 et 30 des Règlements généraux pour la Police, du 11 mai 1676, aux Sauvages de Lorette et de Sillery, du 21^e janvier, mil six cent quatre-vingt-six, de relevée», dans : *ibid.*, p. 111-112.

130. John A. Dickinson, «Réflexions sur la police en Nouvelle-France», (1986-87) 32 *McGill L.J.* 496, 507.

131. «Mémoire du roi à MM. de Vaudreuil et Bégon», 19 mars 1714, dans : *R.A.P.Q.* 1947-1948, p. 244.

132. Cité par Denys Delâge, *loc. cit.*, note 62, p. 66.

133. André Lachance, *La justice criminelle du roi au Canada au XVIII^e siècle : tribunaux et officiers*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1978, p. 16-17 et Jan Grawboski, *op. cit.*, note 113, p. 129-142.

134. «Arrêt du Conseil d'État du Roi touchant les réclamations de marchandises ou effets faites par les Sauvages du Canada, du 28^e avril 1716», dans : *E.O.*, p. 355.

droit français. Une étude récente a d'ailleurs démontré que dans la région de Montréal les condamnations d'Amérindiens furent rares¹³⁵. Ce régime se justifiait aisément étant donné la nécessité pour les Français de maintenir des relations étroites avec les Amérindiens tant pour des raisons économiques que pour assurer la sécurité des colonies¹³⁶. L'existence d'un régime particulier d'administration de la justice pouvait s'avérer d'autant plus facile à accepter que l'Ancien Régime connaissait déjà des juridictions particulières, tels les tribunaux ecclésiastiques pour les religieux¹³⁷.

À l'instar des Français, les Amérindiens pouvaient, suivant le droit coutumier, détenir la propriété de biens. Toutefois, certains documents montrent que les autorités civiles semblaient les considérer comme des incapables, qui devaient être assujettis à un régime de protection. Les Jésuites furent désignés pour agir à leur égard en tant que tuteurs et curateurs. Il en résulta que toute convention entre Français et Amérindiens devait se faire par l'intermédiaire des Jésuites, sous peine de nullité¹³⁸. Plus encore, des ordonnances vinrent interdire aux Français d'acquérir les vêtements et les armes des Amérindiens afin qu'ils puissent être en état de s'adonner à la chasse et de répondre des dettes qu'ils avaient pu contracter¹³⁹. On doit toutefois se garder de conclusions trop hâtives avant que des recherches plus approfondies soient consacrées à cette question de l'incapacité des Amérindiens.

Par ailleurs, il serait tout à fait hasardeux de considérer que l'assujettissement au droit métropolitain valait également pour les Amérindiens vivant en dehors de la colonie, ainsi que cela semble ressortir de certaines études¹⁴⁰.

Alors que les Amérindiens résistèrent à leur assujettissement au droit français, ils exigèrent parfois de jouir des mêmes droits que les Français. Ainsi, ils ne prisèrent guère de se voir refuser le droit d'acheter des boissons alcooliques. Cette

135. Jan Grabowski, *op. cit.*, note 113, p. 189-191.

136. Olive P. Dickason, *op. cit.*, note 57, p. 28-29.

137. Edmond Lareau, *Histoire du droit canadien*, tome I, Montréal, A. Périard, 1888, p. 270-277.

138. «Ordonnance de M. de Lauzon qui fait défense aux Français et aux Sauvages de laisser leurs terres et concessions», 12 mai 1656, *O.C.*, tome I, p. 12.

139. «Ordonnance de M. de Frontenac qui défend à toutes personnes de traiter les hardes, poudre, plomb, etc. des Sauvages, et qui porte des peines contre ces derniers pour semblable délit», 12 février 1674, *O.C.*, tome I, p. 163.

140. Henri Brun, *loc. cit.*, note 1, p. 49.

récrimination vint tant des domiciliés que des Amérindiens vivant en dehors de la colonie venus à Montréal pour vendre des fourrures¹⁴¹.

Les Amérindiens, même lorsqu'ils vivaient dans les colonies, jouissaient fréquemment d'un statut spécial. Les autorités ne les considéraient pas pleinement comme des sujets et se montraient réticentes à les soumettre aux prescriptions du droit français.

CONCLUSION

Les prétentions des Français sur le nouveau continent s'étendaient sur un territoire immense. Fréquemment, les autorités françaises se basèrent sur le droit des gens pour fonder leurs revendications. Ils purent ainsi invoquer la découverte et l'exploration de nouvelles terres comme fondement à leurs droits. Il appert toutefois que les prétentions françaises eurent surtout pour but de maintenir en Amérique une sphère d'influence qui s'opposait aux ambitions des autres nations européennes. De fait, les revendications françaises ne causèrent que fort peu de frictions avec les Amérindiens.

Peu nombreux et localisés sur un territoire de petite dimension, les Français eurent peu de raisons d'empiéter sur des terres occupées par des Amérindiens. Ils s'efforcèrent même de maintenir de bonnes relations avec la plupart des nations autochtones. Plusieurs motifs expliquent ce comportement. Le maintien d'un commerce des fourrures prospère venait probablement au premier rang.

Au-delà de leurs prétentions officielles, les Français ont généralement respecté les droits des Amérindiens sur leurs terres. Les deux groupes agirent sur les territoires sur lesquels ils étaient établis, soit les colonies pour les Français et les terres ancestrales pour les Amérindiens, comme titulaires de la souveraineté.

Même à l'intérieur de la colonie du Canada, les Amérindiens qui s'y étaient installés ne furent pas pour autant soumis au même régime juridique que les Français. En effet, les autorités coloniales établirent les Amérindiens sur des terres qui dérogeaient au fonctionnement habituel du système seigneurial. De plus, la situation des Amérindiens se distinguait fréquemment

141. «Inventaire de documents concernant l'Église du Canada sous le Régime français : MM. de Callières et de Beauharnois à M. le comte Jérôme de Pontchartrain», 3 novembre 1702, dans : *R.A.P.Q.*, 1940-1941, p. 360, 361.

de celle des coloniaux tant quant au droit auquel ils étaient assujettis que de la façon dont celui-ci était administré.

L'ancien droit français admettait, plus aisément que le droit actuel, l'existence d'une pluralité de droits sur la propriété foncière. Plusieurs usages auxquels s'adonnaient les Amérindiens sur des terres soumises au régime seigneurial pouvaient donc s'avérer compatibles avec des droits exercés simultanément par d'autres personnes, sans heurter pour autant les fondements du droit coutumier français.

CHAPITRE III

LES TRAITÉS D'ALLIANCE ENTRE LES FRANÇAIS ET LES PREMIÈRES NATIONS SOUS LE RÉGIME FRANÇAIS

Andrée Lajoie et Pierre Verville *

Parmi les questions que la Commission nous a soumises, la troisième —relative aux traités d'alliance conclus entre les Premières Nations et les Français en Nouvelle-France au cours du régime français— est celle dont la réponse risquait d'avoir l'incidence la plus importante sur le statut actuel des Autochtones au Québec, et cela même à l'intérieur de l'approche pluraliste que nous avons adoptée pour l'ensemble de l'étude qui nous a été confiée.

En effet, dans la perspective pluraliste¹ où le droit des autochtones et celui des colonisateurs sont restés parallèles sur le territoire de la Nouvelle-France, faute pour les Autochtones d'être liés par le *jus gentium* auquel leurs nations n'avaient jamais adhéré, la question de savoir si les doctrines de la découverte et de l'occupation effective ont trouvé application ici et celle de l'incidence de l'établissement du régime seigneurial en Nouvelle-France n'ont d'importance que pour la détermination du droit colonial. Il en va autrement des traités d'alliance, dont le contenu eut pu affecter le rapport entre le droit autochtone et le droit colonial, et par conséquent le statut actuel des Autochtones au Québec.

Pour cela, il eût fallu que ces traités aient dépassé —sinon carrément contredit— les objectifs d'alliance pour reconnaître des cessions de territoire ou reconnaître bilatéralement la soumission d'une nation aux autorités coloniales. Dans cette hypothèse, le pluralisme eût pris fin, au profit d'une unification du droit et de la souveraineté française sur la Nouvelle-France ou d'une partie du territoire qui la constituait. On aura compris —à mon usage quelque peu précieux, mais néanmoins utile, du passé antérieur— que, pour la période que visent nos travaux, il n'en est rien.

* Andrée Lajoie, qui n'est pas historienne, a rédigé ce texte avec des préoccupations de théorie du droit et d'analyse du discours, à partir d'une recherche de Pierre Verville, diplômé en histoire et présentement en cours de formation juridique.

1. Pour un exposé de la théorie pluraliste et des autres éléments de notre cadre théorique, voir *supra* : Synthèse introductive, pp. 7 à 20.

Au contraire, l'examen des modalités de la colonisation française en Amérique révèle un projet aux objectifs ambigus (I) implanté à travers des rapports et des modes de coexistence dénotant l'égalité, (II) inaptes à fonder ni la souveraineté juridique ni la domination politique françaises, et dont ressort intact le pluralisme juridique de fait constaté au départ de la situation coloniale.

Si je propose d'aborder les alliances en examinant les modalités de la colonisation française, ce n'est pas par hasard. Il faut voir en effet que parler de «*traité d'alliance*», c'est utiliser un langage à la fois doublement colonialiste et doublement mensonger.

Doublement mensonger d'abord puisque les seuls traités franco-autochtones de la période, conclus avec les Iroquois, ne visent pas tant à créer des alliances pour l'avenir qu'à mettre fin à des guerres passées, alors que si, dans les autres cas, il s'agit bien d'alliances, il n'y a guère-là de traité au sens traditionnel, tels que les reconnaîtrait une lecture positiviste du droit : aucun écrit signé ou reconnu par les deux parties ne permet de repérer le contenu de ces alliances, réduites à des pratiques cérémoniales, et dont les traces ne se retrouvent, au mieux, que dans les sources de la seule partie coloniale ou dans la tradition orale autochtone, dont on sait les difficultés d'accès. Doublement colonialiste ensuite, parce que qualifier ces pratiques de «*traité*», c'est en même temps les inscrire dans les conceptualisations du droit colonial, et occulter non seulement l'existence des formes différentes que prennent les alliances dans le droit autochtone, mais l'adoption de ces formes autochtones par la partie française.

Puisque ces alliances n'ont pas fait l'objet de traités au sens traditionnel, consignés dans un écrit, et doivent se lire dans les comportements des parties, l'analyse juridique de leur contenu et de ses conséquences postule une recherche préalable, menée à partir de méthodes strictement historiques², tout d'abord dans les archives coloniales, dont le temps ne nous a permis de consulter que l'index analytique³, puis dans certaines sources autochtones que le Comité nous a suggérées comme alternative à une enquête anthropologique sur les sources orales, dont on ne nous avait

-
2. Pour une justification de nos choix théoriques en droit (analyse systémale) et en histoire (constructivisme), voir *supra* : Synthèse introductive, p. 4 et suiv. et p. 20 et suiv.
 3. MG 1 France, Archives des Colonies, Série C 11A, Correspondance générale. Canada. Transcription, 1540-1784, 9.300 m. Instrument de recherche n° 856. Voir à cet égard les limites de notre mandat, *supra*, Synthèse introductive, pp. 1-2.

donné ni le temps ni les moyens. J'ai donc pris contact avec les personnes-ressources désignées pour les nations huronne-wendat, algonquienne et attikamek-montagnaise, et la Commission nous a fourni les données recueillies par Paul Williams en ce qui concerne les Mohawks⁴. Tels sont les paramètres concrets de la recherche dont ce texte livre les résultats.

Compte tenu de ces contraintes méthodologiques, il faut, pour saisir le sens et la portée des alliances que les Français et les Premières Nations ont conclues en Nouvelle-France, les situer dans le contexte des divergences entre le projet français en terre américaine — axé sur l'appropriation, la colonisation, l'évangélisation — et la réalité des modes de coexistence, trahissant au contraire les rapports d'égalité imposés par la situation concrète.

I - LE PROJET FRANÇAIS EN TERRE AMÉRICAINE : DES OBJECTIFS AMBIGUS

Le projet français en Amérique s'inscrit lui-même au départ dans la place que tente de prendre la France dans les rivalités déclenchées, entre les États européens, par l'instauration du capitalisme. Consciente des enjeux vitaux de politique extérieure qu'introduit ce changement de paradigme économique, la monarchie française voudrait rivaliser avec les autres puissances européennes, Espagne, Angleterre, Hollande, Portugal, qui l'ont devancée dans la constitution d'empires coloniaux porteurs de richesses et de prestige.

Et pour cause : préoccupée par ses revendications sur le royaume de Naples et le duché de Milan⁵, coïncée par les guerres de religion, à la fois reflet de son retard idéologique et accentuation de son retard économique, elle n'a pas vraiment les moyens de ses ambitions, les moyens de la colonisation par laquelle doit passer, aux termes du *jus gentium*, l'appropriation qu'elle convoite. Qu'à cela ne tienne, ce que le trésor public, épuisé par les guerres, ne peut lui offrir, elle tentera de l'obtenir des marchands, en contrepartie de la concession de monopoles relatifs à la traite des fourrures.

Que les conditions nécessaires au succès commercial de ces monopoles — le maintien des activités de chasse des

4. Les documents qui nous ont été fournis par ces personnes sont identifiés dans la bibliographie.

5. John A. Dickinson, «La colonisation française en Amérique du Nord», dans Lucien-René Abenon et John A. Dickinson. *Les Français en Amérique : histoire d'une colonisation*. Lyon. Presses Universitaires de Lyon, 1993, p. 14.

Autochtones et l'élimination des frais non directement reliés à l'obtention des fourrures— soient respectivement incompatibles avec la sédentarisation et l'évangélisation des chasseurs autochtones et l'installation de colons européens, inutile au commerce des fourrures, apparaît aujourd'hui comme une évidence.

En était-il de même à l'époque pour un État européen à court de moyens financiers et dont l'attention était requise ailleurs? Les Français étaient-ils conscients de l'incompatibilité de leurs objectifs énoncés avec les moyens choisis pour leur réalisation? Si oui, on peut penser que leur discours revêtait un caractère uniquement idéologique et ne visait qu'à gagner du temps; si non, on peut au moins affirmer que ce discours ne tenait compte ni des intentions, ni des intérêts de ceux à qui les Français confiaient la réalisation de leurs politiques, ni de la possibilité concrète de leur réalisation. Il en résulte un discours qui va nécessairement diverger des pratiques.

A - Le discours

Le discours lui-même, en-deça de ses divergences avec les pratiques en matière d'alliance, est déjà marqué par cette conjoncture difficile où la France ne peut que vivre ses contradictions le mieux possible en gagnant du temps : c'est sur le mode rhétorique qu'il énoncera des objectifs politiques, soutenus par des moyens inadéquats, tributaires des intérêts personnels de ses commis, comme si déjà s'y inscrivait l'orientation différente à laquelle les pratiques ne pourront pas échapper par la suite.

1. Des objectifs politiques, énoncés sur un mode rhétorique

Le discours officiel de la France, destiné à ses partenaires européens, énonce son projet américain en termes d'appropriation, de colonisation, d'évangélisation.

a) Appropriation

C'est d'abord le discours d'une puissance avide, non pas même de conserver l'hégémonie qui lui échappe, mais plus simplement de ne pas se voir exclure complètement de l'appropriation du Nouveau-Monde. Selon Eccles, le danger était réel :

The countries first making these discoveries, both in the Americas and the Orient, were determined to exclude all

*other nations from the benefits to be derived from the new found lands.*⁶

Dans ces circonstances le discours, adressé à l'auditoire spécifique des pays européens⁷, visait à les convaincre de la détermination de la France à s'affirmer comme partie prenante dans le partage amorcé de l'univers non-européen et même, selon le même auteur, à impressionner les compétiteurs en donnant l'image — vraie ou fausse, peu importe à la limite — d'une vraie colonisation, de façon à affirmer son prestige. Peut-être même ce discours contribuerait-il par là à assurer effectivement à la France sa part de l'univers colonial en décourageant les autres puissances de s'aventurer sur le territoire convoité? À tout événement, il n'y a pas de doute sur les destinataires de ce discours, il s'agit bien des puissances coloniales européennes rivales :

*In fact, when the French Crown intervened in Americas, it was more a reaction against the growing colonial might of Spain and Portugal than an attempt to establish a French Empire overseas.*⁸

b) Colonisation

En cette matière, Eccles, allant au-delà des deux hypothèses proposées plus haut, favorise celle d'une France peut-être moins consciente de l'incompatibilité entre la colonisation et les exigences des monopoles commerciaux, qu'indifférente aux effets de ces monopoles sur une colonisation absente de ses objectifs, sauf peut-être en post-scriptum, comme une condition gênante :

As for occupying any part of that inhospitable region, the French certainly had no such desire. The French Crown laid claim to the land, but it was really a claim intended to exclude all but French subjects from the

-
6. William J. Eccles, «Sovereignty-Association 1500-1783», in *Essays on New-France*, Toronto, Oxford University Press, 1987, p. 157.
 7. Sur le concept d'auditoire et son utilité dans l'analyse rhétorique du discours politique et juridique, voir : Chaim Perelman, *Traité de l'argumentation*, 5^e édition, Bruxelles, Éditions de l'Institut de sociologie, U.L.B., 1988; *Logique juridique, nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1970; et surtout : en collaboration avec Paul Foriers, *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 1978. Au Canada, voir : Marc Gold, «La rhétorique des droits constitutionnels», (1988) 22 *R.J.T.* 1-35.
 8. William J. Eccles, *France in America*, Édition révisée, Markham (Ontario), Fitzhenry & Whiteside, 1990, p. 1.

*Indian trade, the Gulf fisheries and the seal and whale hunt.*⁹

Dans cette perspective, le roi va octroyer d'abord un mandat à Roberval, puis à d'autres sujets, dans des termes qui dénotent une intention politique de conquête. À partir du XVII^e siècle, ce sont des monopoles commerciaux qui seront attribués à des compagnies de marchands.

Le mandat attribué en 1541 à Roberval est large et éloquent : il s'agit de «prendre possession et commander tous les pays de Canada et Ochelaga et autres circonjacens», et d'exercer les pouvoirs de «faire loix, edictz, statuz et ordonnances politiques et autres». S'y trouvent énoncées deux obligations, l'une de peuplement et l'autre de christianisation¹⁰.

Trois autres commissions seront accordées avant la fin du XVI^e siècle : la première en 1578 au Marquis de La Roche, nommé «vice-roy des dites terres neuves et pays qu'il prendra et conquerra sur lesdits barbares»¹¹, la seconde dix ans plus tard à Jacques Noël, neveu de Cartier, et la troisième, en 1599, à Pierre Chauvin de Tonnetuit, pour dix ans, sur la partie la plus prospère du territoire. Les deux dernières sont assorties de conditions prévoyant respectivement l'obligation, dans le premier cas, de «faire la peuplade audict pays» tout en réduisant les Autochtones «à la connaissance de Dieu et de sa foy crestienne»¹², et, dans le second, de procéder en contrepartie à l'implantation de cinq cent colons¹³.

À partir de là et jusqu'à l'institution du Conseil souverain, une nouvelle politique s'instaure, qui va lier les mandats de colonisation aux monopoles dorénavant accordés aux marchands, politique sans doute destinée à remédier à l'échec des tentatives antérieures de colonisation, bien que les auteurs ne s'entendent pas sur l'interprétation qu'il convient de lui donner.

Eccles y voit une volonté d'exclure les étrangers de ce commerce¹⁴, Dickinson estimant au contraire que la multitude des intervenants français déjà présents sur ce marché suffisait à leur en

9. William J. Eccles, *op. cit.*, note 6, p. 161.

10. John A. Dickinson, *op. cit.*, note 5, p. 23.

11. *Id.*, p. 28.

12. *Id.*

13. *Id.*

14. William J. Eccles, *op. cit.*, note 6, p. 159.

assurer le contrôle¹⁵. Mais il est plus probable que la France, dont le trésor public n'a pas les moyens de financer la colonisation, reste consciente de la nécessité d'y procéder au risque de nuire à sa position sur l'échiquier politique. Or, les moyens utilisés jusque-là n'ont pas porté fruit.

En effet, en 1640, quinze ans après la formation de la Compagnie des Cent Associés, la population résidente totale de la Nouvelle-France ne s'élèvera qu'à 356 personnes¹⁶ : il y a lieu de croire qu'au début de ce siècle elle était encore inférieure et que d'autres moyens aient dû être envisagés pour remédier à la situation dont, précisément, la création de la Compagnie des Cent Associés et, plus tard, celle des Indes Occidentales.

L'Acte pour l'établissement de la Compagnie des Cent Associés cherche à donner aux sociétaires tous les moyens d'attirer des colons, notamment la faculté de distribuer des terres. Mais, probablement sans illusion sur le succès escompté, on table déjà sur la conversion et l'acculturation des Autochtones en encourageant les Associés à «amener les peuples qui y habitent à la connoissance du vrai Dieu, de faire policer et instruire à la foi et religion catholique, apostolique et romaine», en considération de quoi, «Ordonnera Sa Majesté que les descendants des François qui s'habitueront au dit pays, ensemble les sauvages qui seront amenés à la connoissance de la foi et en feront profession, seront censés et réputés naturels françois, et comme tels pourront venir habiter en France quand bon leur semblera...»¹⁷.

Suite à l'insuccès de la Compagnie des Cent Associés, qui «n'était pas assez puissant[e] pour soutenir ce pays et pour y envoyer les forces et les hommes nécessaires tant pour l'habiter que pour le défendre»¹⁸, le roi octroie les mêmes pouvoirs et monopole à la Compagnie des Indes Occidentales, et les mêmes droits et privilèges en métropole aux colons et aux convertis : bref, il considère la colonie du Canada comme une province de France¹⁹.

15. John A. Dickinson, *op. cit.*, note 4, p. 28.

16. William J. Eccles, *op. cit.*, note 6, p. 35.

17. Maurice Ratelle, *L'application des lois et règlements français chez les Autochtones de 1627 à 1760*. Québec, Ministère de l'Énergie et des Ressources, Direction des Affaires Autochtones, 1991, p. 4.

18. Acceptation du roi de la démission de la Compagnie de la Nouvelle-France, mars 1663, cité par Maurice Ratelle, *op. cit.*, note 17, p. 5.

19. *Id.*

c) Évangélisation

Inscrite dans cette perspective coloniale de transformer les habitants du lieu en actifs commerciaux, la mission d'évangélisation, on a pu le noter dans les mandats et commissions, accompagne toujours celle de colonisation. Dickinson, pourtant moins négatif à l'égard des intentions de la France qu'Eccles, l'estime par ailleurs destinée à donner le change au Saint-Siège²⁰. Le discours ne s'adresserait donc pas seulement aux compétiteurs directs, mais à l'arbitre implicite des conflits européens, le Vatican, dont la bienveillance à l'égard des pays colonisateurs dépend de leur inclinaison à favoriser l'évangélisation.

C'est certainement l'élément le plus idéologique du discours de la France sur ses objectifs en terre d'Amérique, celui qui va de soi, sans discussion. Il est en effet fondé sur la représentation coloniale qui fait des Autochtones des êtres sous-développés, sans foi, ni loi, ni roi²¹. On ne les inclut pas dans le concert des nations :

The French held that the Indians had not received diplomatic recognition as belonging to the "family of nations".²²

Ils font plutôt partie du paysage, des éléments incontournables dont les colons vont devoir tenir compte :

«Pour les nouveaux arrivants, les Amérindiens font partie de ces réalités du pays avec lesquelles il faut savoir composer, voire même transiger, compte tenu de la superposition des activités militaires et commerciales qui caractérise si bien l'établissement d'une colonie nouvelle».²³

Dans l'esprit colonial de l'époque, la seule façon de remédier à cet état de chose, c'est la christianisation, qui constitue

20. John A. Dickinson, *op. cit.*, note 5, p. 23.

21. Cornelius Jaenen, «The French relationship with the Amerindians», Paper presented at IV Convegno Internazionale dell' Associazione Italiana di Studi Canadesi, Università di Messina, Messina, March 25-28, 1981, pp. 5-9.

22. Olive P. Dickason, *Louisbourg and the Indians : A study in imperial race relations, 1713-1760*, Ottawa, Coll. Histoire et Archéologie, Ministère des Affaires Indiennes et du Nord, Publié par Parcs Canada, 1976, p. 32.

23. Isabelle Perrault, «On débarque en Nouvelle-France», in *Recherches Amérindiennes au Québec*, vol. XI, n° 2, 1981, p. 103.

pour ainsi dire la porte d'entrée de l'humanité. La France s'est conséquemment octroyée la mission sacrée de transmettre aux Autochtones les bienfaits de sa civilisation supérieure et de sa religion, les seules qui vaillent, selon elle²⁴. Selon Ratelle et Eccles, deux buts sont ainsi poursuivis à l'égard des Autochtones, qui permettent de relier cet objectif idéologique aux intérêts qu'il véhicule :

«À l'égard des Autochtones, les rois proclamaient vouloir participer à leur christianisation, puis en faire des sujets français» [...] et «...les rois français ont considéré la colonie du Canada comme une extension de leur propre territoire, comme une province de France»²⁵. «The first is to gain their conversion to the Christian and Catholic faith as quickly as possible. His Majesty's second aim is eventually to make these Indians his subjects, labouring usefully to the increase of trade».²⁶

2. Des moyens inadéquats, tributaires des intérêts des commis

Pourtant, en même temps qu'elle affirme poursuivre ces objectifs, la France en assigne la réalisation à des commis qui, jusqu'à Champlain, n'auront pas d'intérêt à les poursuivre, ni l'intention de le faire. En effet, des trois objectifs du projet français en Amérique, seul le premier, l'appropriation, est poursuivi pour lui-même : les deux autres, colonisation et évangélisation, ne sont qu'accessoires et post-scriptum.

Tout se passe comme si la France voulait conquérir l'Amérique sans y mettre le prix, en chargeant ses commerçants de la réalisation de ses propres objectifs politiques, et cela sans même les pourvoir des infrastructures que les autres pays colonisateurs, plus avancés sur le chemin idéologique et institutionnel du capitalisme, offraient généreusement aux leurs. L'une des conditions du fonctionnement de l'économie libérale, c'est son prix social : la prise en charge du coût des infrastructures par l'ensemble de la collectivité, de manière à maximiser les profits d'un petit nombre d'entrepreneurs, ainsi libérés des charges indirectes qu'ils créent. Pour l'avoir oublié — ou, peut-être, ne pas l'avoir encore appris — la France, dont les marchands, prisonniers de la logique commerciale, ne pourront appuyer les objectifs, perdra éventuellement son emprise coloniale sur ce continent.

24. Cornelius Jacnen, *op. cit.*, note 21, p. 2.

25. Maurice Ratelle, *op. cit.*, note 17, p. 3.

26. William J. Eccles, *op. cit.*, note 6, p. 163.

Mais pour l'heure — nous sommes au XVII^e — la faible population de la Nouvelle-France²⁷ est le signe le plus évident qu'elle n'a pas su démontrer une volonté efficace de colonisation, condition principale d'une appropriation effective du territoire : de 356 personnes qu'elle était en 1640²⁸, la population française en Amérique est passée à 2,500 environ vers 1665²⁹ à 16,412 en 1706³⁰. On saisit l'ampleur du désastre si l'on constate qu'à la même époque la population de la Nouvelle-Angleterre, qui a rapidement dépassé celle de la Nouvelle-France³¹ atteint environ 300,000 colons britanniques³²...

La raison en est simple : la colonisation était un objectif poursuivi en vue d'un autre, presque à contrecœur, par les habitants d'un pays agréable à vivre, pourvu de ressources; dans ces circonstances, les cadets français avaient moins d'incitations à émigrer que leurs homologues britanniques à étendre l'empire aux confins du monde. Les Français intéressés au Nouveau-Monde ne l'étaient, pour la plupart, que pour le commerce des fourrures; à cet égard, seul Champlain fera exception, dont les intérêts personnels coïncidaient mieux avec ceux des autorités métropolitaines.

a) Les marchands : la fourrure avant tout

Précédés en Amérique par les pêcheurs des bancs de Terre-Neuve, qui furent les premiers au milieu du XVI^e à établir des contacts et des liens avec les Autochtones et assurèrent par là à la France une chasse gardée sur l'entrée du territoire de ce qui allait devenir la Nouvelle-France³³, les marchands de fourrure ne commencèrent leur commerce que vers la fin de ce siècle, après que la mode des feutres de castors eût rendu la traite de ces peaux rentable³⁴.

27. Denys Delâge, *Le pays renversé : Amérindiens et Européens en Amérique du Nord-Ouest, 1600-1664*, Montréal, Boréal Express, 1985, p. 44.

28. William J. Eccles, *op. cit.*, note 6, p. 35.

29. *Id.*, p. 34.

30. En collaboration, *Documents in Canadian History. New-France 1713-1760*, Toronto, The Ontario Institute for Studies in Education, 1977, p. 9.

31. R. Lamontagne, *L'Atlantique au temps de Maurepas*, Montréal, P.U.M., 1965, p. 87.

32. Committee on Historical Statistics of the Social Science Research Council, *The Statistical History of the United States from Colonial Times to the Present*, Stanford, Fairfield Publishing, 1965, p. 756.

33. John A. Dickinson, *op. cit.*, note 5, p. 26.

34. *Id.*, p. 27.

On découvre alors l'énorme potentiel économique de ce commerce, et le roi va tenter de se servir des monopoles qu'il accorde en cette matière pour procéder indirectement au peuplement de la colonie : ses visées sont politiques, il cherche à s'approprier sa part du Nouveau Monde. Mais il n'en va pas de même de celles des agents coloniaux auxquels il confie — sans d'ailleurs beaucoup d'insistance, surtout au début³⁵ — la réalisation de ses ambitions.

En effet si, aux yeux du *jus gentium*, la colonisation constitue l'occupation continue nécessaire à l'appropriation, elle n'est certainement pas nécessaire à la traite des fourrures. Pour s'enrichir, il suffit, comme l'ont fait longtemps tous les marchands, de venir rencontrer chaque printemps les Montagnais à Tadoussac, pour s'approvisionner en fourrures provenant de nations diverses, pour lesquelles cette nation sert d'intermédiaire³⁶.

On peut certes faire un plus grand profit en commerçant directement avec les nations de l'arrière-pays, et cela mène à s'aventurer plus loin sur le territoire³⁷. Mais s'installer? Dans un climat pareil? Dans un pays immense où des distances hors de l'imaginaire européen ne séparent que des populations autochtones souvent opposées dans leurs intérêts commerciaux? Pourquoi?... L'étonnant est sans doute qu'ils soient venus, et que nous soyons là...

Dans ces circonstances, rien de surprenant à ce que l'installation de colons n'entre pas dans les préoccupations des marchands³⁸, intéressés seulement à une rentabilité³⁹ qui serait compromise par les coûts énormes qu'entraînerait l'établissement d'une population européenne en sol américain⁴⁰.

Tout se passe comme si, dans ses prévisions, le roi, n'avait tenu compte ni des conditions de rentabilité du commerce des fourrures, ni de l'effet sur cette rentabilité des charges représentées par la colonisation, ni de l'incidence de ces dernières sur la concurrence subie par les marchands français du fait de la présence de compétiteurs mieux soutenus par leur métropole, et oeuvrant dans des climats plus favorables.

35. Isabelle Perrault, *op. cit.*, note 23, p. 104.

36. Bruce Trigger, *Les Enfants d'Aataentsic*, Montréal, Éd. Libre Expression, 1991, p. 205.

37. *Id.*, p.

38. John A. Dickinson, *op. cit.*, note 5, pp. 40-41.

39. *Id.*, p. 28.

40. *Id.*, p. 35.

Mais il y a pire. Car, s'il eût suffi d'imposer efficacement la charge de la colonisation aux marchands pour leur retirer toute motivation, l'évangélisation des Autochtones, qui requérait leur sédentarisation, sapait au surplus à sa source même l'approvisionnement de fourrures⁴¹. On a beau savoir que de tout temps les économistes ont eu presque autant de mal à comprendre le présent qu'à prédire l'avenir ou même à expliquer le passé, et prendre en considération l'état d'avancement des connaissances économiques au XVI^e et XVII^e siècles, on ne peut que s'étonner d'une telle contradiction entre les objectifs de la France et les impératifs contraignant les marchands à qui elle en confiait la réalisation.

Faut-il en conclure avec Eccles⁴² que le projet n'était qu'un paravent pour des ambitions strictement commerciales, ou bien l'ignorance et l'absence de moyens ont-elles joué le rôle déterminant dans ces incohérences? Si convaincante que soit la première hypothèse, la contribution de Champlain à la colonisation et sa nomination, en 1613, au poste de lieutenant au vice-roy de la Nouvelle-France⁴³ permettent de conserver aux autorités métropolitaines le bénéfice du doute : on peut imaginer qu'elles aient appris de leurs échecs antérieurs en matière de colonisation comment mieux choisir leurs délégués en Nouvelle-France, ou bien que les pressions de la concurrence internationale leur aient ouvert les yeux. Quoiqu'il en soit, la venue de Champlain allait réorienter la situation.

b) Champlain : des intérêts personnels convergents

Champlain est au départ un marchand de fourrure comme les autres, occupé à défendre, contre les tenants du libre échange, le monopole de son employeur, Pierre du Gua de Monts⁴⁴ et à établir de bonnes relations avec les nations de l'alliance laurentienne, dans un but commercial. Mais à partir de 1606, quand le monopole de de Monts est révoqué, il se cherche en France un protecteur puissant qui lui permette de revenir en Amérique à un autre titre. Il se pose en rassembleur et c'est sous son insistance que sera fondée la Compagnie du Canada⁴⁵.

41. Maurice Ratelle, *op. cit.*, note 17, pp.3-4; Bruce Trigger, *Les Indiens, la fourrure et les Blancs : Français et Amérindiens en Amérique du Nord*, Montréal, Boréal/Seuil, 1990, p. 278.

42. William J. Eccles, *op. cit.*, note 6, p. 1; *op. cit.*, note 6, p. 161.

43. Bruce Trigger, *op. cit.*, note 41, p. 277.

44. John A. Dickinson, *op. cit.*, note 5, pp. 38-39.

45. *Id.*, pp. 39-40.

Ses projets, esquissés dans deux propositions écrites en 1618, visent «l'établissement d'une colonie à économie diversifiée»⁴⁶, dont la fonction principale serait «de convertir les Amérindiens au catholicisme et de leur apprendre à vivre comme des Français, ce qui constituerait un bon moyen d'accroître la population»⁴⁷. L'idée —déjà ancienne pour Champlain, qui la caresse depuis, 1603 selon Trigger⁴⁸— coïncide pourtant admirablement avec les objectifs de la politique coloniale française telle qu'énoncée dans le discours officiel... Champlain était-il un colonisateur né, ou bien l'est-il devenu lorsque ses intérêts professionnels —contrariés par la perte du monopole de de Monts et la nécessité de se trouver un autre poste⁴⁹— l'ont exigé?

Peu importe pour notre propos. Ce qu'il convient de retenir ici c'est qu'il a préconisé et mené une politique d'acculturation des Autochtones d'abord par la francisation⁵⁰ favorisée par l'appui aux mariages mixtes⁵¹ et par l'intégration de familles françaises dans le milieu des Autochtones, où elles devaient donner l'exemple et introduire l'agriculture et la «civilisation»⁵². Par l'évangélisation aussi bien sûr, dont le but principal était pour lui la conversion et la francisation en vue d'une assimilation : c'est lui qui, par ses démarches insistantes, réussit à trouver les sommes nécessaires à la venue des Récollets en Nouvelle-France⁵³.

Le caractère rhétorique du discours officiel français, visible dans l'énoncé d'objectifs formulés en fonction d'une politique extérieure européenne et coïncés par ses impératifs, encore accentué par l'inadéquation des moyens annoncés pour leur réalisation, colore au départ ces objectifs d'ambiguïté. Et l'on peut voir ces moyens dérisoires, présents dans le discours, seulement comme des éléments de ce discours, qu'ils servent alors à relativiser. On peut aussi les voir comme une amorce de pratique : le choix des moyens de mise en oeuvre d'une politique, même énoncé dans un discours, ne constitue pourtant pas moins, en un certain sens, l'amorce de l'action de l'État, la partie métropolitaine de ses pratiques. Quelque soit l'angle sous lequel on considère ces choix de moyens, le concept sous lequel on les

46. Bruce Trigger, *op. cit.*, note 36, p. 267.

47. *Id.*, p. 268.

48. *Id.*

49. *Id.*, p. 271.

50. Bruce Trigger, *op. cit.*, note 41, p. 278.

51. Isabelle Perrault, *op. cit.*, note 23, p. 104.

52. Bruce Trigger, *op. cit.*, note 41, p. 278.

53. *Id.*, p. 280.

qualifie, on ne peut néanmoins les voir que comme l'annonce des véritables pratiques coloniales locales, ces alliances égalitaires que ces choix auront rendues inévitables.

B- Les pratiques

Contrastant avec ce discours officiel qui pose l'appropriation comme un objectif de la politique extérieure française, en tentant de donner le change au plan de la colonisation et de l'évangélisation, la pratique française en Amérique, centrée sur les alliances, va refléter les contraintes de la réalité politique.

1. Le contexte : des exigences incontournables

Le comportement des colonisateurs français locaux —loin de s'apparenter à celui des Anglais et des Espagnols— fait preuve d'un traitement humanitaire et favorable. Cette attitude a d'abord été interprétée comme le résultat d'un choix vertueux et habile : ils auraient été les seuls à «savoir comment gagner leurs cœurs»⁵⁴ comme l'ont souligné certains commentateurs du XVIII^e, et les historiens écrivant dans la perspective coloniale⁵⁵. Pourtant, on entretient aujourd'hui une vision unanimement moins naïve de cette bienveillance, dont on saisit maintenant le caractère intéressé :

*The Indians interfered with english colonisation but were essential to that of the French.*⁵⁶

La vérité c'est que les uns comme les autres étaient prisonniers, dans la logique d'objectifs commerciaux semblables, de leurs moyens respectifs. Les Français n'avaient en la matière aucun choix véritable : handicapés par leur faible nombre comparativement à celui des premiers occupants —«they were so few in numbers they could have been overwhelmed at any time that the Indians determined»⁵⁷— tout autant que par leur absence de moyens matériels et militaires⁵⁸ et leur ignorance des lieux et

54. «Retraduction» d'une citation de Charlevoix, datant de 1774, transposée en anglais par Cornelius Jaenen, *op. cit.*, note 21, p. 3.

55. *Id.*

56. Olive P. Dickason, *op. cit.*, note 22, p. 20.

57. William J. Eccles, *op. cit.*, note 6, p. 20. Voir au même effet, Denys Delâge, «Épidémies, colonisation, alliances», chapitre troisième d'un livre à paraître, p. 68; Olive P. Dickason, *op. cit.*, note 22, p. 11.

58. William J. Eccles, *op. cit.*, note 6, p. 20.

des exigences du climat⁵⁹, ils ont vite compris la futilité de toute tentative d'appropriation et de colonisation. Ils ont fait, contre mauvaise fortune, bon cœur, et utilisé les Autochtones comme instrument de développement commercial.

Car l'impossibilité de la conquête et de la colonisation n'obligeait pas pour autant à renoncer aux profits du commerce des fourrures et les Français, pour peu qu'ils aient jamais poursuivi d'autres objectifs —ce dont on peut douter surtout à propos des colons locaux— ont vite fait de changer de cap :

Once they realised they were not going to turn Indians into Frenchmen, at least not immediately, the French had set about the next best thing : turning them into allies». [...] «Necessity can produce strange alliances.»⁶⁰

Dès lors, les Français ont utilisé les Autochtones comme instrument de développement commercial⁶¹ de façon à étendre leurs activités et leur contrôle colonial sur une grande partie du territoire, à l'encontre des puissances concurrentes⁶². En effet, ils ne pouvaient passer outre «à l'omniprésence du sauvage dans le développement : le commerce le plus lucratif ne se fait qu'en alliance avec lui et suppose l'exploitation de ressources auxquelles il a directement accès de par son ascendant sur le territoire»⁶³. Les Autochtones disposaient d'un formidable réseau d'échange et se trouvaient seuls en position de leur permettre de commercer avec profit sur le marché de la fourrure⁶⁴, déjà en voie d'internationalisation. Non seulement la dépendance des Français à leur égard résultait-elle du contrôle des Autochtones sur l'accès à la fourrure, mais la survie des colons reposait souvent sur leur collaboration, et Dickinson aussi bien que Trigger en donnent des exemples⁶⁵. Au surplus, sans l'assistance militaire des Autochtones, les Français n'auraient pas résisté longtemps sur le territoire à leurs concurrents anglais⁶⁶ :

59. John A. Dickinson, *op. cit.*, note 5, pp. 20-29; Bruce Trigger, *op. cit.*, note 41, p. 241.

60. Olive P. Dickason, *op. cit.*, note 22, pp. 11 et 126; voir aussi, au même effet : William J. Eccles, *op. cit.*, note 6, p. 159.

61. Olive P. Dickason, *op. cit.*, note 22, p. 126.

62. *Id.*, p. 11.

63. Isabelle Perrault, *op. cit.*, note 23, p. 103.

64. John A. Dickinson, *op. cit.*, note 5, p. 38; Denys DELÂGE, *op. cit.*, note 27, p. 93.

65. John A. Dickinson, *op. cit.*, note 5, pp. 20-29 et Bruce Trigger, *op. cit.*, note 41, p. 241.

66. Denys Delâge, *op. cit.*, note 57, p. 68.

«L'importance d'une politique de conciliation demeurera indiscutable; destinée à l'élargissement de l'univers français, elle doit permettre à la colonisation de prendre appui sur le potentiel autochtone».⁶⁷

Cette dépendance ne s'est pourtant pas établie à sens unique, car les Autochtones aussi avaient besoin de l'assistance des Français⁶⁸ sur le plan à la fois militaire et commercial. Militaire pour se défendre contre les Iroquois dans les guerres que menait sans relâche l'alliance laurentienne pour le contrôle de la voie commerciale que représentait, dès cette époque, le Saint-Laurent. Commerciale, car les produits européens ont rapidement fait partie de leur mode de vie, aussi bien en ce qui concerne certaines nécessités de la vie que les biens symboliques. C'est donc d'un besoin mutuel que sont nées les alliances : les Amérindiens avaient besoin de la force militaire des Français, et les Français de support pour leur survie et de liens commerciaux⁶⁹.

Les intérêts des deux parties convergeaient, et cela à l'aube du capitalisme et de sa matérialisation juridique : le passage du statut au contrat⁷⁰ comme instrument de définition des relations interpersonnelles. Les conditions de développement des alliances étaient impérieusement réunies. Dans ces circonstances, les marchands locaux, contrairement aux autorités métropolitaines, n'ont jamais prôné la conquête. Ils ont instauré des relations amicales avec les Autochtones sans jamais les informer d'une quelconque volonté colonisatrice. Le discours tenu en Europe par la France pour ses concurrents coloniaux n'a jamais été traduit pour ses partenaires locaux⁷¹. C'est dans cette perspective qu'il faut aborder la reconstitution des séquences diplomatiques, commerciales et militaires où les alliances ont pris naissance et se sont consolidées.

2. Les alliances : une signification indissociable de leur processus

Si les alliances s'expliquent par la dépendance mutuelle des Français et des Autochtones, elles s'inscrivent aussi dans le contexte d'une guerre entre les Iroquois et les Algonquiens, alliés

67. Isabelle Perrault, *op. cit.*, note 23, p. 106.

68. Maurice Ratelle, *op. cit.*, note 17, p. 6.

69. Denys Delâge, *op. cit.*, note 57 p. 12.

70. Sir Henry James Sumner Maine, *Ancient Law*, 3rd American — from the 5th London ed., New York, Henry Holt and Company, 1875, p. 295 et suiv.

71. Bruce Trigger, *op. cit.*, note 36, pp. 221-222.

successivement à plusieurs autres nations dans ce qui sera plus tard désigné comme l'Alliance laurentienne. Cette guerre, déjà engagée depuis le tout début du XVI^e siècle, va se poursuivre jusqu'à la Paix de Montréal en 1701⁷².

Tout au long de la période, les Algonquiens vont tenter de renforcer leur position par des alliances conclues soit directement, soit par déjà-allié interposé, et c'est dans ce tissu que s'intègrent celles que les Français vont conclure d'abord avec les Montagnais et, par la suite, plus directement avec les Algonquiens eux-mêmes, puis avec les Hurons, au sein de ce réseau préétabli mais encore en voie de développement⁷³. Lorsqu'ils signeront de véritables traités avec les Iroquois, en 1665-66, et plus clairement lors de la Grande Paix de Montréal de 1701, il ne s'agira plus de conclure des alliances visant le commerce et le support militaire, mais de mettre fin aux guerres autochtones pour l'appropriation du commerce des fourrures.

Nous abordons donc ici ces trois alliances⁷⁴ pour tenter de déterminer si elles impliquent, de la part des Autochtones, une forme quelconque de désistement de leur souveraineté. Il s'agira de décrire d'abord les faits concrets qui leur ont donné naissance —principalement à partir des ouvrages de Trigger, basés en grande partie sur les écrits de Champlain édités par Biggar— de manière à fonder ensuite l'analyse des éléments du processus qui les caractérise, pour en dégager le sens juridique.

a) Le processus de conclusion : une séquence d'échanges symboliques

C'est Champlain qui sera le grand architecte des alliances franco-autochtones en Nouvelle-France, et cela même avant le mandat de conclure des traités, qu'il détient à partir de 1613 à titre de lieutenant du vice-roy de la Nouvelle-France⁷⁵, puisque l'alliance franco-montagnaise, à laquelle il a participé, date de 1603. Mais il y avait des précédents : en 1600 Pierre Chauvin de Tonnetuit, détenteur d'un monopole sur la traite des fourrures avait obtenu des Montagnais —contre la promesse de s'installer parmi eux et de les aider à détruire les Iroquois advenant le cas où ils

72. Tiré du témoignage de Raynald Parent. Docteur en histoire et spécialiste des questions autochtones, dans l'affaire *P.G. Québec c. Franck Côté et al.*, n^o de greffe 565-27-0354-857, 4 mai 1987, p. 69.

73. *Id.*, pp. 71-72, lignes 25-28 et 1-7.

74. Tout en réservant l'analyse des traités avec les Iroquois pour la seconde partie de ce texte, qui aborde la continuité des modes de coexistence après la conclusion des alliances.

75. Bruce Trigger, *op. cit.*, note 36, p. 268

refuseraient de faire la paix— la permission de «construire à Tadoussac un comptoir de traite, où il fit hiverner seize hommes»⁷⁶ et, l'année suivante, sa compagnie «obtint du roi la permission d'élargir ses rapports avec les peuples autochtones le long du Saint-Laurent»⁷⁷. C'était l'ébauche des véritables alliances dont la première allait faire des Montagnais les plus anciens alliés des Français en Amérique.

. L'alliance franco-montagnaise

C'est dans la foulée immédiate des tentatives de Chauvin que Trigger situe la naissance de l'alliance franco-montagnaise : deux Amérindiens de Tadoussac avaient passé l'hiver de 1602-03 en France, à l'invitation de Chauvin et de son associé Gravé du Pont, accompagnés de Champlain, auxquels les Montagnais confieront une captive pour l'amener en France l'année suivante⁷⁸. Les invités de 1602 avaient été présentés à Henri IV et purent, à leur retour le printemps suivant, confirmer auprès de leur nation l'appui du roi aux promesses antérieures de Chauvin :

«Fort de cette assurance, Anadabijou, le chef de la bande de Tadoussac, invita les Français à s'établir à cet endroit et à aider les Montagnais à combattre leurs ennemis».⁷⁹

L'échange que constitue cette alliance est donc fort important pour les deux parties, qui y trouvent respectivement leur intérêt⁸⁰ : en droit contemporain, on dirait qu'il s'agit-là des considérations spécifiques à chaque partie dans la conclusion d'une entente⁸¹. Pour les Montagnais : un appui militaire et technologique inexistant jusque-là sur le continent et fort précieux pour combattre leurs adversaires agniers, un rôle d'intermédiaire et d'interlocuteur privilégié avec les nations de l'arrière pays pour la traite des fourrures⁸², lié au principe qu'une tribu ne pouvait circuler sur le territoire d'une autre⁸³, la réception de présents⁸⁴, le prestige du rôle d'intermédiaire et de redistributeur des marchandises européennes échangées contre les fourrures

76. Bruce Trigger, *op. cit.*, note 41, pp. 241-2; *op. cit.*, note 36 p. 220; voir également William J. Eccles, *op. cit.*, note 6, p. 160.

77. Bruce Trigger, *op. cit.*, note 41, p. 241, rapportant Biggar.

78. *Id.*, p. 242.

79. Bruce Trigger, *op. cit.*, note 36, p. 222 et suiv.

80. *Id.*, p. 222.

81. *Id.*

82. Maurice Ratelle, *op. cit.*, note 17, p. 6.

83. Bruce Trigger, *op. cit.*, note 36 p. 205.

84. Raynald Parent, *op. cit.*, note 72, pp. 76, lignes 1-10.

autochtones⁸⁵, qui restera attaché au titre de plus ancien allié des Français auquel les Montagnais attacheront ensuite une très grande importance⁸⁶.

En ce qui concerne les Français : la permission de construire un établissement à Tadoussac en 1603⁸⁷ et un autre à Québec en 1608⁸⁸, d'un intérêt capital pour le commerce de la fourrure et —dans la logique du droit colonial, dont il faut souligner la non-application aux Autochtones qui ne sont même pas informés de son existence ni, à plus forte raison, de son contenu— une affirmation des prétentions territoriales du Roi de France⁸⁹, sans compter l'espoir de contacts directs avec les populations de l'intérieur grâce à l'accès aux territoires de leurs nouveaux alliés⁹⁰.

En fait, les Français venaient de s'inscrire dans le contexte d'une alliance pré-existante, à l'intérieur de laquelle ils n'allaient changer que le rapport de forces⁹¹. C'est une alliance qui allait porter fruit rapidement pour les Montagnais, vainqueurs sur les Iroquois dès 1603-1608, avec le seul concours des couteaux, hachettes et autres nouvelles armes offertes par les Français⁹². Mais deux dangers parallèles menaçaient respectivement les nouveaux alliés : les Montagnais craignaient toujours les Iroquois, beaucoup plus nombreux et sur lesquels aucune victoire décisive n'avait été remportée⁹³, alors que Champlain et de Monts, dont le monopole tirait à sa fin, ne craignaient pas moins la concurrence éventuelle des autres marchands⁹⁴. Pour conjurer la menace des Iroquois et s'assurer du même coup la faveur future des Autochtones au cas de rétablissement du libre échange, le groupe de de Monts offrit à ses alliés autochtones de se joindre à eux pour repousser l'ennemi : Champlain promit de remonter le Richelieu l'été suivant et d'aider les Onontcharonons en impliquant

85. Maurice Ratelle, *op. cit.*, note 17, p. 6; Denys Delâge, *op. cit.*, note 27, p. 132; Bruce Trigger, *op. cit.*, note 36, p. 205.

86. Bruce Trigger, *op. cit.*, note 36, pp. 247, 253; *op. cit.*, note 41, p. 244.

87. Bruce Trigger, *op. cit.*, note 36, p. 222 et suiv.

88. Bruce Trigger, *op. cit.*, note 41, p. 244; Olive P. Dickason, *op. cit.*, note 22, p. 28.

89. Bruce Trigger, *op. cit.*, note 36, p. 267; *op. cit.*, note 41, p. 277.

90. Bruce Trigger, *op. cit.*, note 36, p. 228.

91. Denys Delâge, *op. cit.*, note 57, p. 20; Bruce Trigger, *op. cit.*, note 41, p. 284; Gilles Havard, *La grande paix de Montréal de 1701 : les voies de la diplomatie franco-Amérindienne*, Montréal, *Recherches Amérindiennes au Québec* (Éditeur), 1992, p. 29.

92. Bruce Trigger, *op. cit.*, note 36, p. 222.

93. *Id.*, p. 228.

94. *Id.*

directement ses hommes dans le combat qu'ils livraient aux Iroquois. Cette promesse allait enclencher une alliance plus formelle avec les alliés principaux des Montagnais, les Algonquiens, dont faisaient partie les Onontcharonons.

. L'alliance franco-algonquienne

En effet, les liens établis par les Français avec les Montagnais les avait intégrés à l'Alliance laurentienne que dominaient les Algonquiens : en ce sens une alliance indirecte existait déjà entre les Français et les Algonquiens. Mais les Français, qui cherchaient à communiquer directement avec les Autochtones de l'intérieur à la fois pour découvrir d'autres territoires au nom du roi et traiter les fourrures sans intermédiaire pour un meilleur prix, profitèrent des expéditions guerrières de 1609 et 1610 au lac Champlain et sur la rivière Richelieu pour formaliser leur alliance avec les Algonquiens, et même amorcer celle qu'ils allaient conclure plus tard avec les Hurons.

Effectivement, en 1609, Champlain quitta Québec avec une poignée d'hommes pour accompagner les Montagnais dans une expédition guerrière au lac Champlain contre les Iroquois. Lors d'une escale à l'île Saint-Eloi, ils étaient attendus par des Algonquiens qui s'étaient fait à leur tour accompagner par un groupe appartenant à la nation huronne, les Arendarrhonons, dont ils espéraient obtenir l'alliance, grâce à la forte impression que ferait présumément sur eux la supériorité militaire des Français, leurs alliés par l'intermédiaire des Montagnais⁹⁵.

Pendant deux jours à l'île St-Eloi, il y eût échange de renseignements et de souhaits, démonstration de tir d'arquebuse. À la demande des Algonquiens, on rebroussa chemin vers Québec, pour visiter les bâtiments, échanger les fourrures contre des marchandises européennes, et festoyer pendant cinq ou six jours⁹⁶. L'alliance s'était si bien particularisée entre les Français et les Algonquiens que lors de l'offensive contre les Iroquois vers laquelle se dirigèrent ensuite les alliés au lac Champlain, les Montagnais invitèrent les Français dans leurs embarcations pour manifester leur statut de plus ancien allié, les «conjurant» l'année suivante de les reconnaître comme tels en répétant le même geste dans le contexte de la bataille du Richelieu⁹⁷.

95. *Id.*, p. 243.

96. *Id.*, p. 244.

97. *Id.*, pp. 247, 253.

Les deux expéditions réussirent malgré l'avantage numérique important des Iroquois, grâce à la puissance et à l'effet de surprise des armes françaises. À la suite de ces succès, un comptoir français fût établi à l'Île Saint-Ignace, en territoire algonquien, où les Français pouvaient désormais obtenir des fourrures sans l'intermédiaire des Montagnais, et un échange d'invités permit à Etienne Brulé de passer l'hiver avec les Algonquiens, alors que ces derniers autorisèrent Champlain à emmener avec lui en France Savignon, un allié huron des Algonquiens⁹⁸. L'alliance franco-Algonquienne venait d'être scellée, en amorçant la suivante.

. L'alliance franco-huronne

Le premier chef huron à prendre contact avec les Français fût probablement Ochasteguïn, un membre de la tribu Arendarhonon; les premiers contacts ont eu lieu, au sein de l'alliance franco-algonquienne, vers 1609 lors de la bataille du lac Champlain. Mais l'alliance ne fût vraiment conclue qu'en 1615-1616 à Cahiagué et Québec, par leur grand chef Attironta⁹⁹. Entre les deux, quelques jalons : les batailles du lac Champlain et du Richelieu¹⁰⁰, l'invitation de Champlain au Conseil des chefs hurons en juin 1611¹⁰¹; son voyage en Huronie¹⁰² et celui du grand chef Attironta à Québec¹⁰³. Il convient d'en rappeler les faits marquants, dont le cadeau de «quatre colliers de coquillages et cinquante peaux de castor» offert à Champlain lors du Conseil des chefs en 1611 par les «chefs qui n'avaient pu descendre le fleuve mais qui, comme eux recherchaient une alliance avec les Français»¹⁰⁴.

À cette occasion, les Hurons promirent de faire visiter leur pays à Champlain l'année suivante en y assurant sa subsistance, et Champlain d'y installer un établissement français de défense. L'objectif des Hurons visait l'établissement d'une route efficace pour le commerce direct des fourrures avec les Français, et l'attribution du contrôle de cette route commerciale, découverte par les Arendharonons, à leurs cousins et compétiteurs les

98. *Id.*, p. 257.

99. *Id.*, p. 241.

100. Et dont j'ai traité déjà à propos de l'alliance franco-algonquienne.

101. Bruce Trigger, *op. cit.*, note 36, p. 263.

102. *Id.*, p. 297; *op. cit.*, note 41, p. 251.

103. *Id.*, p. 252.

104. Bruce Trigger, *op. cit.*, note 34, p. 263.

Attignaouantans, plus nombreux et influents, a donné lieu à des transactions complétées au Conseil de 1611¹⁰⁵.

Les promesses échangées en 1611 devaient se matérialiser par le voyage de Champlain auprès de tous les chefs de la Huronie, qui constituait, semble-t-il à son insu, la conclusion d'alliances individuelles avec chacun d'entre eux¹⁰⁶. Célébrée à Cahiagué par des cérémonies pré-guerrières, l'alliance fût scellée solennellement l'été suivant à Québec, où le chef Attironta accompagnait Champlain, qui avait hiverné chez les Hurons. Visite des lieux, échanges de cadeaux, proposition d'échange de visiteurs, rappel des promesses antérieures de Champlain d'installer un établissement à Montréal et promesse d'Attironta d'aide à cette occasion : les Hurons étaient devenus les principaux alliés des Français, qui ne dépendaient plus désormais des Algonquiens pour traiter directement les fourrures avec les Autochtones de l'arrière-pays¹⁰⁷, «un avantage déterminant qui survécut même à la destruction de la Huronie par les Iroquois en 1649-50»¹⁰⁸.

b) La détermination du sens : une lecture juridique de leur processus

Que les alliances franco-autochtones constituent du droit au moins au sens vague où elles ont créé des obligations réciproques pour les parties, peu d'historiens ou de juristes en doutent, peu importe leur position théorique. Certes, on est à mille lieues du droit des positivistes, avec son insistance sur un contenu énoncé dans un texte dont le sens serait repérable par des méthodes reconnues d'interprétation déductive. Pourtant, quelque difficulté qu'éprouvent les juristes classiques à inclure ces alliances dans leur conception du droit, leur caractère manifeste les éloigne tout autant du droit informel et implicite de Macdonald, de ces «présupposés tacites qui gouvernent l'agir des collectivités»¹⁰⁹.

Ce n'est pas dire que le droit autochtone ne soit pas par ailleurs également constitué d'éléments tacites et muets tels que ceux qui fascinent Macdonald¹¹⁰ : faute de recherches plus

105. *Id.*, p. 284 et suiv.

106. *Id.*, p. 297.

107. *Id.*, p. 322; Bruce Trigger, *op. cit.*, note 41, p. 251-252.

108. Gilles Havard, *op. cit.*, note 91, p. 32.

109. R.A. Macdonald. «Pour la reconnaissance d'une normativité juridique implicite et inférentielle», (1986) 18 *Sociologie et sociétés* 47-58.

110. S'exprimant comme témoin expert au procès Côté (*op. cit.*, note 72) Raynald Parent, historien, estime que les règles politiques des Amérindiens sont devenues, «dans l'inconscient collectif des Québécois», des règles que tout le monde connaît (p. 78). Sans mettre en doute une telle

poussées, je n'en sais rien, mais s'il en comporte, ce n'est pas dans les alliances qu'il faut les chercher. Les alliances, au contraire, sont formelles et visiblement concrétisées dans des actes symboliques qui les prédéterminent¹¹¹. D'où la très grande importance de ces formes symboliques. Mais, si la visibilité des protocoles par lesquels les alliances se forment oblige à reconnaître leur existence juridique, leur interprétation est moins simple ou, du moins, a-t-elle été moins univoque.

Codéterminées¹¹² respectivement par les Autochtones et les Français, selon leurs codes culturels respectifs, elles se sont vu attribuer des significations parallèles, reliées au système de valeurs respectif des parties et à leurs mythes fondateurs. En cela, elles constituent des exemples de ce que cette théorie, dite systémale, désigne comme l'effet d'une surdétermination dialogique¹¹³, qui débouche ici sur le pluralisme juridique¹¹⁴, entendu au sens de superposition, au même territoire, de règles respectivement valides dans deux ordres juridiques¹¹⁵ parallèles, qui s'ignorent mutuellement.

En clair : les interprétations distinctes et parallèles que les Autochtones et les Français ont données des alliances, à partir de leurs univers juridiques respectifs, ont conforté la présence de deux systèmes juridiques parallèles déjà existants¹¹⁶. Quoique basées sur deux représentations idéologiques différentes des mêmes séquences d'actes symboliques, ces interprétations parallèles

connaissance de la part des Français contemporains du Régime français, il ne me paraît pas certain que cette connaissance ait rejoint leur inconscient collectif par voie tacite. Je préfère l'hypothèse d'une transmission orale.

111. *Prédétermination* : une opération qui réserve toujours à celui qui l'applique un certain degré de discrétion, si minime soit-il, quant à ses conditions d'application et au champ de compétence qu'elle vise, degré de discrétion dans lequel s'inscrira la *codétermination*. Voir *supra*, notre cadre théorique, Synthèse introductive, p. 22 et suiv.
112. *Codétermination* : direction donnée à la norme par son interprétation ou son application. Voir *supra*, notre cadre théorique, Synthèse introductive, p. 22 et suiv.
113. *Surdétermination* : ensemble des contraintes qui découlent, pour l'application du droit, de la présence d'un champ de valeurs qui lui sert de support interprétatif. Le *dialogisme* est un mode de surdétermination dans lequel plusieurs principes intégrateurs de l'interprétation/application du droit entrent en compétition. Voir *supra*, notre cadre théorique, Synthèse introductive, pp. 23-24.
114. Jean-Guy Belley, «L'État et la régulation juridique des sociétés globales : pour une problématique du pluralisme juridique», *Sociologie et sociétés*, vol. XVIII, n° 1, 1986, 11-32.
115. Guy Rocher, «Pour une sociologie des ordres juridiques», (1989) 29 *C. de D.* 91-120.
116. Voir *supra*, Synthèse introductive, p. 13 et suiv.

demeurent respectivement valides dans leur sphère respective. La surprise ne vient pas de l'existence d'un tel pluralisme, plus fréquent qu'on ne le croit¹¹⁷, mais du fait qu'il se soit prolongé sans heurts importants entre ces corpus parallèles pendant le siècle et demi qu'a duré le régime français. Cette anomalie, si s'en est une, s'expliquerait par la compatibilité des interprétations néanmoins différentes respectivement prônées par les ordres juridiques français et autochtones, compatibilité induite au départ par les contraintes lourdes de la réalité économique et du rapport de forces.

Ces considérations, qui peuvent sembler abstraites, vont s'éclairer à l'examen des formes et du fond des alliances.

• **La forme : des protocoles autochtones, mal compris des Français**

S'il est une caractéristique évidente des alliances, c'est bien la soumission dont elles font preuve, de la part des Français, aux protocoles autochtones¹¹⁸. Formelles et symboliques, exprimées verbalement et parfois consignées sur des «wampums»¹¹⁹, elles comportent comme nous l'avons vu, des célébrations¹²⁰, des échanges de souhaits¹²¹, de cadeaux¹²², de

117. Kahnawake est un exemple frappant, où l'on trouve quatre ordres juridiques parallèles (sans compter le fédéral et le provincial) : le conseil de bande et trois *longhouses*.

118. Marcel Trudel (*Histoire de la Nouvelle-France*, Tome I, «Les vaines tentatives : 1524-1603», Montréal, Fides, 1963-66, p. 88) estime que si les Français ont dû s'initier à la diplomatie et à la langue autochtone, c'est qu'ils étaient demandeurs et clients, en termes de commerce des fourrures aussi bien que d'évangélisation. Voir également, John A. Dickinson, *op. cit.*, note 5, p. 40; Denys Delâge, *op. cit.*, note 57, p. 20; Gilles Havard, *op. cit.*, note 91, p. 13; Olive P. Dickason, *op. cit.*, note 22, p. 21; Cornelius Jaenen, "French Sovereignty and Native Nationhood during the French Régime", in J.R. Miller (Ed.), *Sweet Promises: a reader in Indian-White relations in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1991, p. 20.

119. Denys Delâge, *op. cit.*, note 57, p. 15; Olive P. Dickason, *op. cit.*, note 22, p. 34.

120. Pour l'alliance algonquine : Bruce Trigger, *op. cit.*, note 36, p. 243.

121. Pour l'alliance franco-algonquine : Bruce Trigger, *op. cit.*, note 36, p. 243.

122. Pour l'alliance franco-montagnaise : Raynald Parent, *op. cit.*, note 72, p. 76; pour l'alliance franco-huronne : Bruce Trigger, *op. cit.*, note 36, p. 263, 322; algonquine : Bruce Trigger, *op. cit.*, note 36, p. 263.

visiteurs¹²³ et de prisonniers¹²⁴, des invitations¹²⁵, des voyages réciproques¹²⁶, des permissions¹²⁷, des engagements et des promesses¹²⁸.

Loin de pouvoir imposer leur droit, où les traités sont nécessairement écrits, ce sont ces protocoles et cérémoniaux autochtones que les Français ont dû adopter pour la forme des alliances, comme d'ailleurs ce sont eux qui, les premiers, ont dû apprendre la culture et les langues autochtones¹²⁹. Sur la question de la subordination politique de ceux qui doivent utiliser la langue des autres —question sur laquelle les Québécois sont généralement bien informés— Trigger se donne néanmoins la peine d'écartier toute équivoque :

«Dans les tractations entre tribus, les Indiens utilisaient en général la langue de la tribu la plus puissante politiquement et économiquement. [...] Si les autochtones utilisaient les langues indiennes dans leurs rapports commerciaux avec les Français, on peut en conclure qu'à cette époque, les Indiens ne leur accordaient pas plus de respect qu'ils ne le méritaient».¹³⁰

Mais ces protocoles autochtones, prédéterminant le droit des alliances et imposés par le rapport de forces, les Français ne les comprennent pas toujours ou, plutôt, leur donnent un sens —inspiré de leur propre culture— différent de celui que les Indiens y attachaient.

-
123. Le premier échange de cette nature date de Cartier : Bruce Trigger, *op. cit.*, note 41, p. 242. Pour l'alliance franco-montagnaise : Bruce Trigger, *op. cit.*, note 41, p. 242; pour l'alliance franco-huronne : Bruce Trigger, *op. cit.*, note 36, p. 322; *op. cit.*, note 41, p. 251; John A. Dickinson, *op. cit.*, note 5, p. 40. pour l'alliance algonquine, Bruce Trigger, *op. cit.*, note 36, p. 257.
124. Alliance algonquine, Bruce Trigger, *op. cit.*, note 36 p. 250.
125. Invitation à s'établir : alliance algonquine, Bruce Trigger, *op. cit.*, note 36, p. 266; alliance franco-montagnaise, Bruce Trigger, *op. cit.*, note 36, p. 222. Champlain sur conseil huron : Bruce Trigger, *op. cit.*, note 36, p. 263; en Huronie : Bruce Trigger, *op. cit.*, note 36, p. 284.
126. Champlain en Huronie, Bruce Trigger, *op. cit.*, note 36, p. 297; Attironta à Québec : Bruce Trigger, *op. cit.*, note 41, p. 252.
127. Permissions de s'établir, alliance franco-montagnaise, Bruce Trigger, *op. cit.*, note 36, p. 22, *op. cit.*, note 41, p. 244; Olive P. Dickason, *op. cit.*, note 22, p. 28.
128. Pour l'alliance franco-montagnaise, Bruce Trigger, *op. cit.*, note 41, p. 242; franco-huronne, Bruce Trigger, *op. cit.*, note 36, p. 322; *op. cit.*, note 41, p. 252.
129. Marcel Trudel, *op. cit.*, note 118, p. 88; Cornelius Jaenen, *op. cit.*, note 118, p. 20; Denys Delâge, *op. cit.*, note 27, p. 136.
130. Bruce Trigger, *op. cit.*, note 41, p. 276.

Les exemples d'un tel dialogisme¹³¹ abondent. Il peut s'agir des stages de visiteurs français chez les Autochtones, où ils sont considérés comme des gages de bonne foi et d'amitié et même comme des otages, en qui Champlain ne voit que de futurs interprètes en apprentissage¹³², ou de cérémonies pré-guerrières à Cahagué, que Champlain prend pour des célébrations en son honneur¹³³. Il en va de même de ses méprises sur son rôle de chef d'expédition guerrière, inexistant chez les Autochtones sur lesquels il n'a aucun pouvoir et dont il doit au contraire respecter les traditions et la volonté¹³⁴, et sur le rôle d'arbitre entre les Hurons et les Algonquiens, qu'on lui attribue selon une pratique courante chez les Amérindiens, où il voit la soumission des Autochtones au roi, se percevant au contraire comme un juge rendant une décision exécutoire, basée sur la responsabilité individuelle alors que la justice huronne et algonquienne affirme le caractère collectif de cette responsabilité¹³⁵.

Dans tous les cas, Champlain faisait preuve d'ethnocentrisme. Croyant que l'assimilation était la pierre angulaire de la conquête, il voyait les groupes indiens qui peuplaient les terres revendiquées par la Couronne française comme des sujets du roi, alors que pour les Autochtones, la terre restait inaliénable et les Français n'avaient aucun pouvoir de sujétion surtout en présence d'un rapport numérique aussi favorable¹³⁶.

• **Le fond : des contenus étanches et partiellement divergents**

On le voit, si les interprétations différentes que les Français et les Autochtones ont données des alliances se manifestaient surtout à propos de leur forme et du sens des actes symboliques qui en constituent les séquences protocolaires, elles en rejoignent néanmoins le fond, et notamment les actes de soumission et le rapport à la terre.

Sur ces matières, et à partir des mêmes alliances, deux lignes différentes d'interprétation se sont développées selon des principes intégrateurs distincts et sont restées étanches, enracinées dans les champs culturels respectifs des Autochtones et des

131. *Supra*, note 111.

132. John A. Dickinson, *op. cit.*, note 5, p. 40.

133. Bruce Trigger, *op. cit.*, note 36, pp. 299-300.

134. *Id.*, pp. 225, 250, 277-278, 308, 317.

135. *Id.*, pp. 317-318.

136. Bruce Trigger, *op. cit.*, note 36, pp. 268, 283-284; *op. cit.*, note 41, p. 277. Denys Delâge, *op. cit.*, note 57, p. 16.

Français. Au contraire, sur d'autres éléments du contenu des alliances —reliés aux obligations mutuelles des parties dont l'exécution concrète était exigible dès la conclusion de l'alliance : commerce¹³⁷, non-agression¹³⁸, assistance militaire contre les Iroquois¹³⁹, circulation sur les terres des alliés¹⁴⁰, établissements de postes de traite avec autorisation— les interprétations des Français et des Autochtones convergent dans l'ensemble.

Aux ordres juridiques autochtones pré-existants¹⁴¹, s'est ainsi superposé sur le même territoire un autre ordre juridique, colonial celui-là, et dont le droit, surdéterminé¹⁴² par le champ culturel français, et partiellement semblable au droit autochtone quoiqu'en partie différent, a dès lors provoqué l'apparition, en Nouvelle-France, d'un pluralisme juridique institutionnalisé¹⁴³.

On peut ainsi observer le passage de l'interprétation dialogique des alliances¹⁴⁴ à l'avènement du pluralisme juridique, à travers la dualité des champs de valeurs disponibles pour leur interprétation. Mais on constate en même temps que le dialogisme des champs culturels ne suffit pas à rendre le pluralisme juridique effectif : il faut en outre que ces interprétations soient le fait de véritables ordres juridiques, ce qui était le cas tant des Autochtones¹⁴⁵ que des Français à l'époque.

C'est dire aussi que le pluralisme ne signifie pas toujours divergence : il peut arriver qu'une partie des règles comprises dans et par deux ordres juridiques coïncident. On l'aura constaté par ailleurs : comme par hasard, les éléments sur lesquels les deux

137. Bruce Trigger, *op. cit.*, note 41, pp. 260-269; Olive P. Dickason, *op. cit.*, note 22, pp. 28, 57-58; Gilles Havard, *op. cit.*, note 91, p. 13; Denys Delâge, *op. cit.*, note 27, p. 120.

138. Bruce Trigger, *op. cit.*, note 36, p. 250; Olive P. Dickason, *op. cit.*, note 22, pp. 28, 57-58; Gilles Havard, *op. cit.*, note 91, p. 13.

139. Bruce Trigger, *op. cit.*, note 36, p. 250.

140. *Id.*, p. 222; *op. cit.*, note 41, p. 244; Olive P. Dickason, *op. cit.*, note 22, p. 28.

141. Pour la définition de l'ordre juridique, voir *supra*, note 112; sur l'existence d'un droit autochtone préexistant à l'arrivée des Européens, voir *supra*, notre Synthèse introductive, et —pour les Iroquois, à titre d'exemple— Paul Williams, *Untitled Report to the Commission, Part I: The Tree and the Great Law of the Peace*, p. 1. Plus généralement sur l'apparition concomitante du droit dès l'instauration d'une collectivité humaine : Michaël ASCH, «Errors in Delgamuukw, an Aboriginal Perspective», dans Frank Cassidy, *Aboriginal Title in B.C.*, Oolichan Books et Institut de recherches politiques, Lantzville-Montréal, 1992, 221-243, p. 224.

142. *Supra*, note 111.

143. *Supra*, note 112.

144. *Supra*, note 111.

145. *Supra*, note 141.

interprétations convergent ici : traite, assistance militaire, circulation, établissements, sont ceux qui constituaient la pratique des marchands locaux, alors que ceux sur lesquels elles divergent —soumission politique et propriété du sol— ne sont présentes que dans le discours métropolitain officiel... Comme si le pluralisme observé venait confirmer le caractère rhétorique d'un discours impuissant à s'imposer. Comme si non seulement le champ des valeurs disponibles, mais aussi les pesanteurs de la réalité faisaient partie de la surdétermination du droit...

Que les éléments compatibles des deux corpus constitutifs de ce pluralisme soient ceux sur lesquels convergeaient les intérêts des deux parties localement en présence, n'a rien pour surprendre. Mais comment expliquer que les composantes divergentes de ce pluralisme ne se soient pas heurtées dès le départ dans la réalité de l'application des alliances?

L'explication réside certainement dans l'écart déjà souligné entre le discours et les pratiques coloniales françaises en Amérique. Dans la mesure en effet où elle divergeait de la compréhension autochtone du sens des protocoles, l'interprétation que leur attribuait les Français s'est confinée à leur discours, un discours destiné à leurs compétiteurs européens, consigné dans les seuls récits et requêtes qu'ils adressaient à leurs commettants métropolitains, qu'ils se sont bien gardés de tenir aux Autochtones et que n'ont pas trahi leurs pratiques. Et pour cause : la faible colonisation française et le rapport démographique, si défavorable aux Français à cette époque, permettait aux Autochtones de dominer le rapport de forces à tel point que les Français ne pouvaient affirmer sérieusement devant eux les avoir soumis. Quant à leurs prétentions d'appropriation du sol, par opposition à son usage pour fins de traite et de support militaire —hypothèse invraisemblable à une époque où ni le droit autochtone ni le droit français ne connaissent le droit de propriété exclusive¹⁴⁶— les exprimer clairement eût suffi à faire rejeter à la mer le faible contingent des colons français.

Ce rapport de forces et les carences de la colonisation française ont donc provoqué la suppression¹⁴⁷, en Nouvelle-France, des éléments du discours français inacceptables aux Autochtones et incompatibles avec les exigences de la réalité,

146. Voir, à ce sujet, l'étude de Sylvio Normand, *supra*, p. 127

147. Artifice rhétorique qui occulte une réalité dont l'expression priverait un discours d'efficacité. Voir : Perelman, Chaim, *Traité de l'argumentation*, précité note 7.

au profit de pratiques reflétant les intérêts convergents des deux parties.

Dans ces circonstances, les Autochtones, confrontés uniquement à des pratiques concrètement acceptables pour eux et ignorants du discours que les Français tenaient à l'intention de la métropole, —aussi bien à cause du silence et de l'abstention des Français que de leur propre interprétation des gestes réellement posés— ne connaissaient pas la partie des interprétations françaises des alliances qui divergeait de la leur. Jeanen écrira :

French claims were asserted against European rivals. They were not directed against the native peoples because French settlement was geographically restricted to areas largely uninhabited by them. There were no spectacular confrontations which might have indicated the degree to which the Amerindians understood and accepted the French concept of sovereignty. Instead, a type of dualism evolved [...].¹⁴⁸

Les Autochtones n'avaient donc pas de motifs de s'opposer à un discours dont ils n'avaient pas eu connaissance à l'époque où le rapport de forces leur aurait permis de le faire, alors qu'ils n'y pouvaient plus guère quand ils ont commencé à le percevoir. Ce qui explique également la mise en évidence récente de ces contradictions, depuis le re-renversement de ce rapport de forces, grâce non plus cette fois à la démographie, mais à une opinion internationale favorable à l'écologie et à la *political correctness*.

Ne reste alors à souligner qu'une dernière différence entre les traités à l'europpéenne et les alliances à l'amérindienne : la nécessité, pour le maintien de ces dernières d'une exécution continue¹⁴⁹ et d'un renouvellement cérémonial —dances, chants, rituels, consommation de tabac¹⁵⁰, présents¹⁵¹. Ce qui nous entraîne nécessairement à examiner la continuité des rapports et des modes de coexistence entre Français et Autochtones, gages de renouvellement de ces alliances, ainsi perpétuées dans l'esprit d'égalité qui avait présidé à leur naissance.

148. Cornelius Jaenen, *op. cit.*, note 118, p. 37.

149. Olive P. Dickason, *op. cit.*, note 22, pp. 34,79; Gilles Havard, *op. cit.*, note 91, p. 16.

150. *Id.*

151. Bruce Trigger, *op. cit.*, note 41, p. 260; Gilles Havard, *op. cit.*, note 91, p. 16.

II. LA CONTINUITÉ DES RAPPORTS : DES INDICES D'ÉGALITÉ

Si l'analyse des alliances n'a pas permis d'établir l'existence d'une sujétion des Autochtones aux autorités françaises, ce n'est pas non plus dans les pratiques coloniales subséquentes qu'on en trouvera la preuve : au contraire, l'égalité politique est maintenue, même en présence d'une dépendance matérielle croissante.

A - L'égalité politique maintenue

L'écart entre le discours et les politiques coloniales françaises, observé lors de la naissance des alliances se perpétuera tout au long du régime français. Résumant la période¹⁵², Jaenen estime que, telle que conçue en France au XVII^e siècle, la souveraineté française pouvait coexister avec la reconnaissance de l'indépendance des Autochtones :

The term 'nation' was employed for what later would be called a 'tribe', to designate an ethnic group and a geographical location. European powers were nation-states whose peoples were politically organized under sovereign governments, which possessed coercive powers to maintain order, impose laws and exact dues. The French did not see the Illinois or Micmacs as possessing coercive governments, but they did envisage them as 'nations' in the sense that they were ethnic identities, that they were bound by ties of consanguinity, that they thought and acted as a group in terms of defence, trade, religious observances, and that each "nation" had its own distinctive unwritten laws, customs and traditions.¹⁵³

Distinguant ainsi entre la souveraineté et le «*nationhood*», les Français conciliaient leur discours européen et leur pratique américaine, leurs intérêts idéologiques et les moyens inadéquats qu'ils y consacraient : telle est l'interprétation de Jaenen pour le régime français, dont il y a lieu de croire que ni les Français, ni l'époque, n'aient détenu le monopole. Il suffit en effet de se rapporter à cette position québécoise et contemporaine résumée par l'oxymoron «un Québec indépendant *dans* un Canada fort» ou, plus pertinemment encore, au «*self-government within the*

152. Cornelius Jaenen, *op. cit.*, note 118.

153. *Id.*, p. 37-38.

Canadian federation» que le gouvernement canadien propose aux Autochtones, pour constater jusqu'à quel point les contradictions internes sont le pain quotidien du discours politique tenu sur ce territoire, peu importe l'époque et le locuteur...

Quelles que soient les rationalisations au moyen desquelles les Français ont géré les contradictions de leur comportement global, il faut prendre acte que les rapports qu'ils ont entretenus avec les Autochtones suite aux alliances conclues au début du régime français sont marqués au coin de l'égalité, qu'ils se soient déployés dans le domaine de la diplomatie, de la guerre ou de l'occupation du sol.

1. La diplomatie : un choix imposé

Les gouvernements, contrairement aux individus, ont le choix —en droit interne— entre la contrainte unilatérale et la voie contractuelle, bilatérale. Il leur arrive d'«opter» pour le contrat, de faire ce que Daintith a qualifié dans une expression devenue célèbre, de «*regulating by contract*¹⁵⁴». Il s'agit pour un gouvernement qui ne dispose pas d'un rapport de forces suffisant pour imposer légitimement sa volonté par voie législative de prendre une voie détournée pour arriver à ses objectifs en offrant une incitation contractuelle en échange de la soumission du cocontractant à des normes, dès lors consenties.

Les exemples sont nombreux dans l'histoire, et l'on peut croire que les plus récents : contrats de marchés publics du gouvernement américain à l'époque du New Deal, exercice par le gouvernement fédéral canadien du pouvoir de dépenser dans les sphères de compétence législative des provinces, aient eu comme précurseurs les monopoles de traite de fourrures accordés à charge de colonisation sous le régime français... Cela se produit en général dans des contextes où les termes «choix» et «opter» constituent des euphémismes : la voie unilatérale est si simple, —«le Roi ne traite pas avec ses sujets», dit l'adage— que l'alternative contractuelle n'a pas d'attrait sauf à s'imposer.

Le *regulating by contract* du droit interne constitue une métaphore pour la diplomatie au plan international. Par définition, à l'externe, c'est-à-dire au-delà des limites de la portée de leur juridiction, les États n'ont pas de pouvoir normatif unilatéral : c'est tautologique de le rappeler. À l'égard des personnes, des collectivités et des États qui ne sont pas soumis à

154. Terence Daintith, «Regulating by contracts», (1979) 32 *Current legal problem* 41.

leur autorité, ils doivent recourir à la voie consensuelle, bilatérale, qu'est la diplomatie.

Cette vérité élémentaire, cette nécessité de la scène internationale, pose un problème particulier à la France en Nouvelle-France, qui n'a eu de rapports que diplomatiques, —et encore selon leurs protocoles— avec les Amérindiens, dont elle estimait pourtant qu'ils n'avaient pas été reconnus, au plan diplomatique, comme des membres du concert des nations¹⁵⁵. Jeanen caractérise la situation :

*The Janus-like French position can be understood only when account is taken of the two diplomatic levels or spheres in which French statements must be situated. Sovereignty was stressed in interactions with other nation-states, whereas independence was stressed in the context of continental co-existence. The genius of the French native policy was therefore that no inherent contradiction was perceived between these two positions.*¹⁵⁶

Malgré quelques exceptions, dont Ratelle et Trudel¹⁵⁷, qui n'ont pas distingué entre émettre et appliquer une législation, la très grande majorité des auteurs s'entendent sur le fait que les Français n'ont jamais pu imposer leur autorité aux Amérindiens et ont dû passer par la voie diplomatique négociée pour arriver à leurs fins.

a) L'absence d'autorité unilatérale : des ordres qui ne s'imposent pas

Bien que, selon Ratelle, la «colonie [...] entre 1608 et 1660, ait émis une législation régulière concernant les populations autochtones en général et tout particulièrement celles qui s'inscriront à l'intérieur du système colonial»¹⁵⁸, cette législation n'a pas été reçue par ses destinataires¹⁵⁹. Il lui manque donc un

155. *Supra*, notes 18 et 20.

156. Cornelius Jaenen, *op. cit.*, note 4, p. 38. Noter l'expression «...independence was stressed» et «...no inherent contradiction was perceived» : Bourassa, ayant simplement hérité du «génie» que Cornelius Jaenen prête à nos ancêtres, n'aurait-il rien inventé après tout?

157. Maurice Ratelle, *op. cit.*, note 17, p. 3 et Marcel Trudel, *La Presse*, mercredi 2 mars 1994, p. B 2 (Conclusions d'un rapport historique sur les Mohawks rédigé dans le cadre d'une cause en cour criminelle).

158. Maurice Ratelle, *op. cit.*, note 17, p. 3.

159. Voir *supra*, note 110. Lettre de Beauharnois au ministre, C 11A vol. 79, fol. 115-119, «Les Français ne sont pas en état d'imposer la loi à ces

élément essentiel au droit, la co-détermination, cet élément qui fait du droit l'instrument du pouvoir politique, précisément en jeu ici dans les critères de souveraineté posés par le droit des gens. Ce n'est donc pas seulement à cause du pluralisme que l'autorité coloniale ne s'est pas exercée ici, mais d'abord eu égard aux critères de reconnaissance du droit colonial lui-même : non seulement il n'y a pas eu de soumission au droit, mais il n'y a pas même eu de droit validement adopté à l'égard des Autochtones...

Là-dessus, tous les auteurs, sauf les deux précités qui n'abordent pas la question sous cet angle, sont d'accord. Pour Delâge, «Onontio¹⁶⁰ tenta à plusieurs reprises mais sans succès d'imposer des ordres à ses alliés. Ces ordres n'étaient jamais reçus que comme des propositions à débattre en conseils»¹⁶¹. Jaenen affirme aussi que «There was no question of coercion or threat in dealing with native peoples»¹⁶², estimant qu'une des caractéristiques de la politique coloniale française consistait à éviter toute prétention à gouverner les tribus de l'intérieur, particulièrement en ce qui concerne la question très importante de la traite des fourrures avec les Anglais¹⁶³. Eccles va dans le même sens¹⁶⁴ et Dickason conclut, non sans humour :

*In other words, the French exercised as much authority as they could over the Indians while giving in to their demands.*¹⁶⁵

b) La présence d'une influence : une persuasion toute diplomatique

Loin d'assurer une domination politique par des instruments juridiques, les relations franco-amérindiennes sous le régime français sont essentiellement diplomatiques. Incapables d'exercer une autorité politique faute de nombre et de moyens, les

nations par la force»; sur la nécessité pour imposer la loi d'une augmentation de la population française : Lettre de La Galissonnière au Ministre, C 11A, vol. 91, fol.116-123; sur le droit criminel : Lettre de Duluth à Labarre, C 11A, vol. 6, fol. 231-239.

160. Nom donné aux gouverneurs de la Nouvelle-France par les Autochtones, à partir de M. de Montmagny. Les Autochtones ayant demandé le sens de ce patronyme et s'étant fait répondre : «grande montagne», traduisirent littéralement par Onontio, le terme qui désigne les hautes montagnes dans leur langue.

161. Denys Delâge, *op. cit.*, note 57, p. 66.

162. Cornelius Jaenen, *op. cit.*, note 21, p. 11.

163. *Id.*, p. 12.

164. William J. Eccles, *op. cit.*, note 6, p. 165.

165. Olive P. Dickason, *op. cit.*, note 22, p. 63.

Français ont pris la seule voie qui s'offrait à eux pour promouvoir leurs intérêts — avant tout commerciaux, surtout au début de la période — celle de la négociation. C'est au sein d'alliances pré-existantes que s'est inscrite leur action, surtout axée sur le commerce et l'entraide militaire.

Entrés dans l'alliance laurentienne comme un partenaire parmi d'autres, les Français ont gardé ce statut pendant près d'un demi-siècle¹⁶⁶, pour devenir au XVIII^e siècle, grâce à l'inversion du rapport démographique, le partenaire à peine plus singulier d'une organisation internationale autochtone de nations souveraines, capables de s'en retirer à leur convenance¹⁶⁷ :

«L'alliance ne mettait pas le pouvoir français face à une multitude de nations amérindiennes désorganisées, elle mettait plutôt en face-à-face les Français et une organisation internationale sous le leadership huron jusqu'en 1650 puis, après, sous le leadership de quatre nations, les Hurons, les Outaouais, les Chippewas-Obijwés, et les Potéouatamis. C'est par l'intermédiaire de celles-ci que toutes les autres nations des pays d'en haut étaient reliées aux Français, considérés d'ailleurs comme cinquième partenaire».¹⁶⁸

L'objet des négociations permanentes dans lesquelles les alliances se perpétuaient en se renouvelant portait, comme les alliances elles-mêmes, sur les fourrures et les questions militaires :

*The matters of discussion with the native inhabitants, among whom the French lived more as guests than as rulers, revolved around fur trade issues, inter-tribal wars, the brandy traffic, and missionary activities, and not, as in the case of the English, about land concessions, settlement and treatment of captives.*¹⁶⁹

Les relations se sont matérialisées par des rôles de protection et de médiation entre les nations¹⁷⁰; dans l'établissement de forts, qui avaient des fonctions multiples : non

166. Voir *supra*, point B, 2, «les alliances», p. 14 et suivantes. Voir également : Gilles Havard, *op. cit.*, note 91, p. 29.

167. Denys Delâge, *op. cit.*, note 57, p. 65.

168. *Id.*, p. 64.

169. Cornelius Jaenen, *op. cit.*, note 21, p. 12.

170. Gilles Havard, *op. cit.*, note 91, p. 35.

seulement assurer la protection militaire des Amérindiens¹⁷¹, mais servir d'antennes pour saisir les besoins des Autochtones et les limites acceptables dans lesquelles l'autorité française pouvait s'exercer¹⁷², si ce n'est tenter de «subjuguer à long terme tous les Amérindiens»¹⁷³ et, enfin, surtout dans l'échange de prisonniers, de butin, et principalement de cadeaux.

Bien que tout le «vocabulaire» et l'ensemble du protocole utilisé pour maintenir et renouveler les alliances connote l'égalité, il faut retenir principalement l'utilisation métaphorique des termes de parenté et la prestation de cadeaux, qui jouent un rôle central dans le maintien des liens franco-autochtones.

S'agissant d'abord des métaphores de parenté dans les relations franco-amérindiennes pratiquées au sein de l'Alliance laurentienne, le terme de «père» s'est rapidement substitué à celui de «frère»¹⁷⁴, d'abord utilisé et qui soulignait plus clairement l'égalité. Mais encore une fois, nous sommes devant une interprétation dialogique.

Cette métaphore paternelle —dérivée de la structure hiérarchique des relations dans la famille patriarcale européenne, et sur laquelle les Français d'ici insistaient tant— référerait implicitement, dans leur culture, aux liens de vassalité qu'entretenait le roi avec les seigneurs, et ils en feront bon usage dans leur correspondance avec leurs mandants européens, prenant, par exemple, le rituel de condoléances des Sioux pour un gage d'obéissance de leur part¹⁷⁵. La même métaphore ne renvoyait à rien de semblable dans l'univers autochtone. Cela est vrai aussi bien pour les Nations dont l'organisation sociale est matrilineaire et consensuelle comme les Iroquois —pour lesquels le père, traditionnellement pourvoyeur, n'exerce pas pour autant l'autorité— et dont le modèle de diplomatie a été suivi par les autres membres de l'Alliance, que pour les nations patrilinéaires et néanmoins consensuelles, dont la patrilinéarité n'impliquait pas pour autant le patriarcat en présence d'une très forte tradition égalitariste et respectueuse de l'autonomie des personnes —et cela à un degré impensable pour un Européen habitué à une société

171. Denys Delâge, *op. cit.*, note 57, p. 67.

172. Cornelius Jaenen, *op. cit.*, note 21, p. 11.

173. Denys Delâge, *op. cit.*, note 57, p. 67.

174. Du moins à partir de Frontenac, selon Gilles Havard, *op. cit.*, note 91, p. 32.

175. Archives C 11A vol. 13 fo 229-230, et Denys Delâge, «L'alliance franco-amérindienne 1660-1701», in *Recherches amérindiennes au Québec*, vol. XIX, n° 1, 1989, p. 4.

hiérarchisée— l'autorité était dévolue aux femmes et les oncles maternels exercent une fonction de conseil¹⁷⁶. Les Amérindiens ont donc accepté d'adopter le terme de père pour désigner l'Onontio, car pour eux le père est un pourvoyeur mais n'exerce pas d'autorité, le terme connotant dès lors la protection, et non la sujétion. Ce dont le glissement entre le terme de frère et celui de père témoigne le plus probablement, c'est de la dépendance économique croissante des Autochtones, qui durent en conséquence se soumettre à cette condition exigée par les Français pour traiter avec eux¹⁷⁷.

Ce sont par ailleurs les présents qui caractérisent davantage la déférence diplomatique dont les Français devaient faire état à l'égard de leurs hôtes amérindiens. Les présents ont une importance capitale dans la diplomatie amérindienne, que les Français vont adopter : indissociables du discours, ils servent à entretenir les alliances dont ils appuient les buts.

Pour Delâge, «discours et présents sont toujours associés symboliquement [et] refuser un présent, c'est refuser la parole qui l'accompagne¹⁷⁸» alors que pour Dickason, non seulement «les cadeaux remplacent les mots, ils servent à toute fins pratiques de contrats»¹⁷⁹. La logique du don est considérée par les anthropologues¹⁸⁰ comme fondant des attentes de réciprocité, marquées dans les alliances par l'importance des présents offerts par les Européens aux Autochtones : «Pour les colonisateurs, c'était une obligation qu'il fallait respecter pour signifier leur gratitude envers leurs hôtes amérindiens»¹⁸¹.

Ces cadeaux ont des fonctions multiples, que Jaenen ramène à quatre, dont les trois dernières, on le constatera, coïncident avec l'objet des alliances : réparer l'outrage collectif ressenti par un clan ou un village entier suite à un meurtre ou même à une mort accidentelle ou épidémique, et éviter la

176. Denys Delâge, *op. cit.*, note 57, p. 66-68 et Richard White, *The Middleground: Indians, Empires and Republics in the Great Lakes Region*, Cambridge University Press, U.K., 1991.

177. La Potherie, *Histoire*, Tome 1, p. 245, Francis Jennings, éd. *Iroquois Diplomacy*, pp.120-121, cités par Gilles Havard, *op. cit.*, note 91, p. 30, note 9.

178. Denys Delâge, *op. cit.*, note 27, p. 112.

179. Olive P. Dickason, *op. cit.*, note 22, p. 34.

180. Marcel Mauss, «Le don : formes et fonctions de l'échange dans les sociétés archaïques», in *Sociologie et Anthropologie*. Paris, Presses Universitaires de France, 1973, p. 154.

181. Gilles Havard, *op. cit.*, note 91, p. 14.

vengeance qui pourrait en résulter¹⁸²; créer une atmosphère de générosité et de bonne volonté dans le contexte de la traite des fourrures¹⁸³; gagner des alliés dans un contexte militaire¹⁸⁴, et compenser les Autochtones de l'arrière-pays pour l'établissement des forts et des postes de traite où habitaient les colons¹⁸⁵.

Constitués notamment de couvertures, de vêtements, de fusils, de couteaux, de pipes, de tabac, d'alcool (particulièrement de brandy)¹⁸⁶, distribués lors de cérémonies pleines de harangues, où l'on chantait en fumant le calumet¹⁸⁷, souvent complétées par des banquets¹⁸⁸, le don de présents jouait un rôle très important dans le maintien des alliances¹⁸⁹, bien spécifié par Delâge :

«Contrairement à la tradition européenne où il était du devoir des vassaux d'offrir des présents à leur roi, en Amérique, c'était le roi qui offrait des présents à ses alliés. En effet, à chaque année, lors des cérémonies de renouvellement d'alliance, les représentants du roi de France remettaient à leurs alliés amérindiens des présents de toute sorte : armes à feu, poudre, outils, étoffe, médailles, etc. Ces présents étaient reçus des Amérindiens sans contrepartie. Cela ne contredit qu'en apparence la règle selon laquelle on ne peut pas recevoir sans donner (réciprocité des présents). Pour les Amérindiens ces présents étaient acceptés à titre de contrepartie de la permission accordée aux Français de s'installer sur leur territoire. En effet, ceux-ci ne pouvaient construire des postes ou forts ou des villes en territoire des Amérindiens sans avoir obtenu au préalable la permission de ceux-ci et sans signifier annuellement leur reconnaissance envers leurs hôtes par des présents».¹⁹⁰

182. Cornelius Jaenen, «The role of presents in French-Amerindian trade», texte reproduit dans : Duncan Cameron Éd., *Explorations in Canadian economic History: Essays in honour of Irene M. Spry*, Ottawa, University of Ottawa Press, 1985, p. 237.

183. *Id.*, p. 239.

184. *Id.*, p. 241; Gilles Havard, *op. cit.*, note 91, p. 16; C 11A, vol. 51, fol. 71.72.73.74 ; vol. 11, fol 273-277v (patrouille des lacs St-Louis, St-Pierre et du fleuve).

185. *Id.*, p. 244; C11A, vol. 11, fol 273-277v (Conservation des forts de St-Louis, Détroit, Michilimakinac).

186. *Id.*, pp. 238-39.

187. *Id.*, p. 236.

188. *Id.*, p. 240.

189. *Id.*, p. 249; Gilles Havard, *op. cit.*, note 91, p. 16.

190. Denys Delâge, *op. cit.*, note 57, p. 66.

Dans cette logique, le don de présents de la part du roi aux Autochtones s'est rapidement institutionnalisé¹⁹¹ et leur quantité a augmenté¹⁹². Il s'est bientôt agi d'une dépense lourde pour le trésor français, réticent à faire face à ses obligations en ce domaine¹⁹³. Il en est résulté des requêtes et des protestations de la part des autorités coloniales locales qui ne laissent aucun doute sur la nécessité de ces présents et le danger de perdre les alliances¹⁹⁴ et la colonie¹⁹⁵ en cas de réduction. Dans ces circonstances, en même temps qu'ils confortaient la sécurité de la colonie, les présents s'intégraient de plus en plus à la vie quotidienne des Autochtones, créant une dépendance croissante à l'égard du mode de vie des européens et, par un mécanisme pervers, cimentaient les relations franco-amérindiennes dans l'interdépendance. L'égalité qu'ils connotent est donc à la fois plus réelle et plus complexe qu'il n'y paraît au premier abord; celle que révèlent les rapports continus que les Français entretenaient avec les Autochtones dans le contexte militaire ne l'est pas moins.

2. La guerre : alliés autonomes pour des objectifs compatibles

D'abord entraînés dans les guerres que menaient leurs partenaires de l'alliance laurentienne, en vertu même de leurs engagements au sein de cette alliance et en échange de privilèges commerciaux, les Français se retrouvèrent rapidement en situation de devoir défendre leurs propres intérêts coloniaux contre ceux des Anglais. Dans cette perspective ils ne sont plus seulement les alliés des Algonquiens, puis des Hurons, contre les Iroquois, mais vont utiliser leurs alliés de la Confédération huronne contre l'alliance des Anglais avec la Confédération iroquoise. Inscrites dans un besoin mutuel d'assistance militaire autant que d'intérêts partagés, les guerres menées par les Français en Nouvelle-France

191. *Id.*; Cornelius Jaenen, *op. cit.*, note 182, p. 241; Série C 11A, vol. 59, fol 121, fol 130; vol. 51, fol 71,72,73,74; vol. 12, fol 267-289v; fol 556-622.

192. C 11A, vol. 18, fol 3-21, p. 2-25.

193. C 11A, vol. 12, fol. 267-289v, vol. 12, p. 566-622, plaintes du ministre au sujet des demandes excessives de fonds et menaces d'en retrancher.

194. C 11A, vol. 11 fol 273,-277v.

195. C 11A, vol. 51, fol 71-72, 73, 74. (Beauharnois et Hocquart protestent que la dépense ne peut être réduite et devra même être augmentée); vol. 12, fol 267-289v (on ne saurait réduire considérablement ces dépenses sans risquer de perdre la colonie); vol. 52, fol 243-245v (Beauharnois et Hocquart expliquent pourquoi il est difficile de se conformer aux ordres de réduire ces dépenses : ce sont les présents et non la religion qui les attachent aux Français, ces nations n'en feront qu'une avec les Français que lorsque la colonie sera plus puissante). Vol. 52, fol 33-36v, p 30-33. (Mêmes correspondants, même discours; nécessité de donner des présents de vivres aux domiciliés, non intéressés à la culture, et dont les ressources de chasse diminuent tous les jours).

n'impliquent ni la subordination politique de leurs alliés dans les combats menés en commun, ni la sujétion des Iroquois à l'occasion des traités conclus durant le régime Français.

a) Les combats menés avec l'alliance

Entre les premières batailles où les Français avaient appuyé leurs alliés autochtones pour les amener à conclure ou élargir les alliances, et celles qui vont les cimenter par la suite en les renouvelant, l'accent se déplace de la protection primordiale des intérêts militaires des membres de l'alliance contre les seuls Iroquois, vers la défense de ceux des Français et de l'alliance contre les Iroquois et les Anglais. Au terme de cette évolution, les objectifs ne seront plus seulement compatibles, mais communs :

«[...] d'une part le ressentiment commun envers les Iroquois et, de l'autre, une peur partagée de l'expansionnisme des Britanniques qui se trouvaient placés, du fait de leur 'supériorité démographique' —et donc à la différence des Français— 'en rapport antagonique avec les premiers occupants du sol'.¹⁹⁶

D'ailleurs, pendant toute la période, les intérêts commerciaux et proprement militaires des Français comme des Autochtones s'entremêlent dans les motifs d'une guerre quasi-perpétuelle. Si la sécurité de la colonie repose sur les aspects militaires de l'alliance, l'aspect militaire est lui-même tributaire des échanges économiques qui sont le fondement même de l'alliance. Au départ, les Français appuient militairement leurs alliés pour en obtenir des avantages commerciaux, mais leur faible nombre les obligera bientôt à s'appuyer sur eux :

«Moins nombreux que les Amérindiens, moins nombreux que les colons britanniques, les Français ne pouvaient rien sans l'appui des nations amérindiennes dont ils tiraient leur force. Et cette force reposait sur la capacité des Français d'exercer leur leadership pour maintenir un consensus autour de leurs objectifs».¹⁹⁷

Mais les Français, c'est clair, doivent affirmer ce leadership par des moyens diplomatiques et ne sont pas en position d'assumer le commandement des armées : la guerre se déroule en effet selon le scénario colonial habituel, où des armées

196. Gilles Havard, *op. cit.*, note 91, p. 36.

197. Denys Delâge, *op. cit.*, note 57, p. 68.

classiques et étrangères, lourdement équipées, agissant sans discuter sous commandement continu, perdent leurs moyens dans le maquis mal connu où la guérilla se déploie, à l'avantage certain des habitants du lieu, au surplus entraînés à utiliser leur intelligence pour décider du moment et des moyens de l'attaque¹⁹⁸. Les Britanniques avaient noté cette dépendance, commune à tous les peuples colonisateurs, mais encore accentuée dans le cas des Français en Amérique, compte tenu de leur petit nombre : «[...] le seul avantage dont dispose l'ennemi tient à ses relations privilégiées avec les Amérindiens. C'est [dit-il] ce qui assure son hégémonie»¹⁹⁹.

Sous-estimant parfois l'importance de leurs alliés — «Les sauvages sont peu de chose étant nos alliés mais pourroient devenir quelque chose de considérable étant nos ennemis» disaient-ils²⁰⁰ — les Français n'en ont pas moins conscience, qui déplacent Hurons et Abénakis pour protéger leur accès au territoire²⁰¹, et tentent de «bloquer le rapprochement de leurs alliés avec les Iroquois, contre lesquels ils s'appliquaient à attiser les rivalités»²⁰². Les forts les servaient aussi dans ce dessein : le Fort St-Louis n'aurait pas eu d'autre mission que d'empêcher les Indiens locaux de s'allier avec les Britanniques²⁰³.

Dans ce contexte, l'interdépendance se tisse : «[...] les nations amérindiennes alliées défendent donc leur territoire, l'intégrité de leur population, leurs intérêts commerciaux tandis que les Français s'appuient sur celles-ci pour contrer l'expansion de la puissance européenne rivale tout en cherchant à fonder leur propre empire»²⁰⁴. Les Français sont affectés par la précarisation de l'alliance commerciale, face à la concurrence des Anglais, mieux installés dans le capitalisme naissant où leur supériorité économique se manifeste déjà par de meilleurs prix offerts pour les fourrures²⁰⁵.

198. Gilles Havard, *op. cit.*, note 91, p. 34.

199. Propos d'un commentateur anglais rapportés par Denys Delâge, *op. cit.*, note 57, p. 40, qui fait également état de commentaires au même effet du Père Louis Nicolas.

200. Rapporté par Olive P. Dickason, *op. cit.*, note 22, p. 56.

201. William J. Eccles, *op. cit.*, note 6, p. 169, donne l'exemple de Lamothe Cadillac qui convainquit les Hurons, après leur dispersion, de s'installer à Détroit pour contrôler les Grands Lacs, et un autre exemple impliquant les Abénaquis.

202. Denys Delâge, *op. cit.*, note 57, p. 67.

203. William J. Eccles, *op. cit.*, note 6, p. 168; voir également pp. 171-172 sur d'autres manières d'attiser ces rivalités.

204. Denys Delâge, *op. cit.*, note 57, p. 64.

205. Gilles Havard, *op. cit.*, note 91, pp. 36-37; Denys Delâge, *op. cit.*, note 57, pp. 66-68.

Là aussi, loin de contrôler la situation à partir d'une position d'autorité, les Français devront compenser leur faiblesse par des concessions et des efforts d'imagination : installation de comptoirs près des Autochtones pour leur éviter le déplacement, présents multiples et même —anticipant par-là, pour une fois, le développement du capitalisme— achat en bloc de fourrures non encore chassées²⁰⁶. Ils seront forcés de faire davantage, en maintenant les réserves de domiciliés en échange de leur appui militaire²⁰⁷, longtemps après l'échec constaté de leur pouvoir d'assimilation : «Satisfactory economic rewards tended to make loyal military allies. The domiciled tribes, as they were called, made an important contingent in all of the chief French military expeditions»²⁰⁸.

La soumission des Autochtones, absente des combats communs entre alliés, ne se manifesterà pas davantage dans les traités conclus avec les Iroquois.

b) Les traités conclus avec les Iroquois

Contrairement aux alliances conclues entre les Français et les Montagnais, les Algonquiens et les Hurons au début du régime français, les relations plus tardives des Français avec les Iroquois se sont concrétisées dans de véritables traités écrits. Plusieurs traités se sont ainsi succédés depuis 1624 jusqu'à la Grande Paix de Montréal en 1701, qui ont comme principale caractéristique commune, outre leur rédaction unilatérale par la partie européenne, de n'avoir pas été respectés ... comme pour donner raison à Roderick A. Macdonald, pour qui la formalisation du droit dans l'écrit constitue le début de sa décadence, le signe que la règle consignée est en voie d'être remplacée par une autre, implicite, et valide tant qu'elle restera inférentielle²⁰⁹. L'histoire a surtout retenu le Traité de 1665-66, signé entre les Iroquois et le Gouverneur Tracy²¹⁰, mais il convient de s'arrêter d'abord à ceux qui l'ont précédé, généralement lorsque des périodes d'épuisement

206. Denys Delâge, *op. cit.*, note 57 p. 67.

207. C 11A, vol. 12, fol 137-138v : ces Indiens domiciliés ont toujours été utiles aux Français tant en temps de paix par leur chasse qu'en temps de guerre par des raids continus qu'ils ont faits contre les ennemis; vol. 104, fol. 462-471 : «les Sauvages domiciliés ne veulent pas aller en guerre à moins qu'on ne nourrisse leurs femmes et leurs enfants»; vol. 28, fol. 100-147v et vol. 11, fol. 290-293v : nécessité de leur faire des présents.

208. Cornelius Jacnen, *op. cit.*, note 21, p. 23.

209. R.A. MacDonald, *op. cit.*, note 109.

210. Reproduit à l'annexe I, p. 209.

mutuel²¹¹ entraînaient la cessation momentanée des combats, faute de combattants...

• **Le Traité de 1624** serait le premier à être intervenu entre la Confédération iroquoise (*Haudenosaunee*, en langue iroquoise) et une nation européenne²¹². Précédé par une mission française auprès des Hurons pour les dissuader d'une alliance avec les Iroquois, ce traité constituait sans doute la contrepartie du consentement des Hurons à cet égard, en même temps qu'il tentait d'assurer aux Français un meilleur climat pour la traite en leur évitant les distractions et les dépenses occasionnées par la guerre incessante avec les Iroquois²¹³. Il n'aurait été que «brièvement respecté»²¹⁴.

• **Le Traité de 1645** présente un intérêt particulier en ce qu'il reconnaît —quelque soit par ailleurs l'inélégance du procédé par lequel il produit cet effet— l'indépendance des partenaires autochtones des Français dans l'alliance. Le Gouverneur Montmagny y consent en effet à ce que ses alliés les Algonquiens ne soient pas couverts par ce pacte de non-agression conclu entre lui et les Iroquois, de sorte qu'ils soient laissés à eux-mêmes en ce qui concerne la signature d'ententes séparées avec les Mohawks²¹⁵. Cédant par-là, après hésitation, à une condition exigée par les Mohawks pour la signature du traité et transmise confidentiellement ... en latin (!) aux autorités métropolitaines²¹⁶, il aurait réservé sa protection aux seuls Algonquiens envillagés sur les réserves, et déclaré lors d'une rencontre privée avec les Mohawks :

Monsieur le Gouverneur said that there were two kinds of Algonquiens, —one like ourselves, recognized as Christians, the other, unlike us. Without the former, it is certain, we do not make a peace; as for the latter, they

-
211. Howard R. Berman, «Perspectives on American Indian Sovereignty and International Law, 1660-1776», in Oren R. Lyons et John Mohawks (Éd.), *Exiled in the land of the Free: Democracy, Indian Nations and the U.S. Constitution*, Santa Fe, Clear Light Publishers, 1992, p. 145.
212. *Id.*, p. 140 et note 74, citant Trelease, «Indian Affairs», 52; également Marcel Trudel, *The Beginnings of New-France, 1524-1563*, traduit par Patricia Claxton (Toronto : McClelland and Stewart, 1973), pp. 147-148.
213. *Id.*
214. Trelease, «Indian Affairs», cité par Howard R. Berman, *op. cit.*, note 212, p. 140.
215. Howard R. Berman, *op. cit.*, note 211, p. 141.
216. *Id.*, note 76.

*themselves are the masters of their own actions, nor are they united to us like the others.*²¹⁷

Était ainsi confirmée la distinction — chère au droit colonial mais, on le constate, ignorée, et pour cause par le droit autochtone et les Autochtones individuellement— entre les Autochtones païens, qui ne font pas partie du concert des nations, mais peuvent néanmoins devenir des alliés indépendants quand les circonstances l'exigent, et les convertis au christianisme, qui deviennent automatiquement sujets du roi.

Comment s'étonner qu'une distinction aussi perméable aux contradictions et aussi bien cachée n'ait pas effleuré l'esprit de ceux qui se convertissaient, d'autant plus ignorants des conséquences politiques d'un geste représenté et accepté comme religieux, qu'on prenait soin de les leur dissimuler à travers une double barrière linguistique, pour le cas où ils eussent compris le français? Comment prétendre à leur assujettissement volontaire à partir d'un acte dont on savait si bien qu'ils ne l'auraient pas posé s'ils en avaient saisi le sens dans le droit européen, qu'on le leur cachait par des manoeuvres dolosives?²¹⁸ Quoiqu'il en soit, même si des ententes particulières furent par la suite signées entre les Mohawks et les partenaires des Français dans l'alliance, il ne s'est agi, selon Berman²¹⁹, que d'un prélude à la reprise des hostilités et à la conquête de la nation huronne par les Mohawks et les Seneca.

• **Le Traité de 1653** fût la dernière tentative par les Français de négocier la paix avec les Iroquois sans le support d'une force dissuasive. Forts de plusieurs victoires récentes²²⁰, quatre nations iroquoises : les Seneca, les Oneïda, les Onondaga et les Cayuga, auxquelles ne se joignirent que plus tard les Mohawks, avaient sollicité des Français une entente de non-agression, qui devait s'avérer une trêve aussi éphémère que les précédentes²²¹, la guerre ayant repris dès 1658. La leçon semble pourtant avoir été enfin comprise, et c'est dans un autre rapport de forces que vont

217. Fr. Barthelemy Vimont, s.j., R.J. 1644-45, in *Jesuit Relations and Allied Documents*, Thwaites (Ed.), vol. 28, pp. 150-151, 315. Cité par Howard R. Berman, *op. cit.*, note 211, p. 141.

218. Non pas que ce genre de manoeuvre soit exceptionnel ou que les Français en aient eu le monopole : les Britanniques feront de même dans une stipulation pour autrui du Traité d'Utrecht, décrivant à leur insu les membres des Cinq Nations comme des sujets du Dominion de Grande-Bretagne, et s'attirant par la suite une dénégation sous forme de la déclaration d'indépendance des Iroquois de 1748 : William J. Eccles, *op. cit.*, note 6, p. 170. Sur la déclaration, voir *infra*, p. 186.

219. Howard R. Berman, *op. cit.*, note 211, p. 141.

220. Marcel Trudel, *op. cit.*, note 212, pp. 224-227.

221. Howard R. Berman, *op. cit.*, note 211, p. 141 et note 79.

s'engager les négociations qui vont mener à la signature du Traité de 1665-66.

• **Le Traité de 1665-66** s'inscrit dans le contexte de la rivalité accrue entre la France et l'Angleterre en Amérique. C'est une pièce unique d'anthologie rhétorique...

On lit dans le préambule que : «(...) devans les Roys très Chrétiens de glorieuse mémoire auroient souvent avec peril, peines et depenses envoyé leurs sujets a la découverte des pays ynconnus es occuper par les [187v] Nations Sauvages (...) tant pour y Etablir le nom de Christ, que pour y assûjettir a la domination françoise les peuples Sauvages qui les habitents.»²²². Tous les critères du droit des gens —découverte, colonisation, sujétion— sont mentionnés comme respectés, dans un rapport au réel qui, compte tenu des faits, paraît tenir du délire.

L'article 2, qui prévoit un engagement mutuel d'assistance, d'amitié mutuelle et surtout de non-agression entre les parties —auquel l'article 7 énoncera des exceptions jusqu'à ratification pour les escarmouches prévues entre les alliés du roi et les Oneida et Mohawks, qui sont absent de la signature— décrit pour sa part ainsi les alliés des Français : «le dit Seigneur Roy declarant dez a présent qu'yl les tient tous, [Hurons et Algonquins] non seulement soûs sa protection mais comme ses propres sùjets, l'étant une fois [donné?] a Sa Majesté a titre de sùjettion et vasselage».

On notera que la déclaration est unilatérale et faite en l'absence et à l'insu des intéressés. Quant au statut des Iroquois, il est présumé avoir déjà été établi antérieurement :

«Les ambassadeurs cy devant nommez ne sont pas venus demander une nouvelle paix, ne prétendant pas que la première union des yroquois avec les françois soit rompu es blessée; mais seulement supplie que l'on confirme la premisse, en leur accordant la continuation de la même protection qu'yls ont cy devant recue des armes de Sa Majesté».

L'astuce discursive est remarquable : une affirmation incidente, en forme de postulat obligé, glissée dans le préambule qui n'a sans doute pas fait l'objet de discussion comme les articles numérotés, force à présupposer que les Iroquois sont déjà sous la

222. *Archives Nationales de France*, volume 2, folios 187-190v; bobine disponible aux Archives Nationales du Québec : 4M00-1032 A (02).

protection du roi et par conséquent ses sujets. L'ensemble du traité est de la même venue.

Berman en fait une analyse décapante, où les éléments rhétoriques du discours — tout à fait analogues à ceux que je viens de souligner et même à ceux dont j'ai fait état à propos de l'écart entre le discours et les politiques de colonisation au début du régime français — sont si bien débusqués qu'il deviendra difficile ensuite d'en invoquer la lettre au soutien de la subordination des Iroquois, d'ailleurs difficilement défendable au vu de leurs protestations constantes d'indépendance pendant le régime français et jusqu'à maintenant. La parenté de cette analyse avec l'approche rhétorique qui est la mienne m'amène à en citer un extrait exceptionnellement long, que son intérêt dispense d'ailleurs de toute excuse :

In that vein, the Haudenosaunee-French treaty of 1665 marked the beginning of a new era in treaty language, as France and England began to seek documents legitimizing their mutually antagonistic imperial claims. That these treaties were drafted with an eye to Europe is badly evident in the 1665 record of negotiations. The preamble of the agreement began with a lengthy bombastic and self-congratulatory paean to the sacred (and on paper declared to be successful) mission of Louis XIV to achieve dominion over the Iroquois and continued with the assertion that the present conference was merely a renewal of an earlier Confederacy submission to French sovereignty: "[T]he above named Ambassadors [Iroquois] are not come to demand a new peace, not pretending that the first union of the Iroquois with the French is broken or interrupted, but only to supplicate the confirmation of the former by granting them the continuance of the same protection that they formerly received from His Majesty's Arms".

In light of the previous history of warfare between these nations, French rhetoric would be simply absurd were it not for the obvious political intent of the Treaty. By memorializing a fictional earlier acceptance of French sovereignty, the treaty was designed to bolster the sphere of influence claims concerning Iroquoia antecedent to the English conquest of New Netherlands and any subsequent treaty with Haudenosaunee. Louis XIV was well aware of the potential uses of this terminology. Although he had ordered the extermination of the Confederacy, he approved the treaty sent from New-France, 'remarking that you [the Governor] had principally in view to acquire

a possession adverse to the actual or future pretentions of the European nations'.²²³

Dans cette analyse, tout est souligné de ce qui doit l'être : les fausses références et les vraies fictions; les termes mélioratifs pour l'auto-référence, et péjoratifs pour l'autre partie; le caractère légitimant du discours, et l'identification des rivaux européens, tierces parties au traité, comme auditoire cible. Perelman en personne n'aurait pas mieux réduit ce traité à sa vraie dimension, celle d'un texte qui vise si peu les engagements qu'il énonce que non seulement les troupes françaises envahiront une première fois le territoire mohawk quelques mois plus tard, mais que les autorités métropolitaines discuteront par écrit, l'année suivante, avec les autorités locales d'une seconde invasion²²⁴.

La signature de ce traité avait été imposée aux Iroquois par un déploiement de force exceptionnel pour la France : quatre compagnies d'infanterie, un millier de miliciens supplémentaires et d'importantes réserves de munitions avaient été expédiées ici²²⁵, qui n'avaient pas servi à gagner la guerre, mais à faire cette paix, toute précaire qu'elle se soit avérée, pour les avantages escomptés sur l'échiquier international. Peu d'ailleurs importait aux parties, dont il est difficile de croire, à considérer leur comportement subséquent, qu'elles cherchaient vraiment la paix.

À la réalité des pratiques, ce discours, pas plus que les précédents, n'allait changer quoique ce fût. Les nations de la Confédération iroquoise continuèrent de conclure des ententes commerciales, des traités d'alliance militaire et d'autres protocoles de nature internationale avec les Britanniques sans que les Français n'y puissent mais, non plus qu'aux agissements iroquois défavorables aux intérêts français en milieu autochtone²²⁶. Mais il semble bien que la France se soit prise à son propre piège rhétorique : en laissant publier ce traité, et ses ratifications subséquentes par les nations absentes de la signature initiale, les Mohawks et les Oneida, dans le *Corpus universel diplomatique du droit des gens*²²⁷, elle reconnaissait implicitement le statut

223. Howard R. Berman, *op. cit.*, note 211, p. 142.

224. *Id.*, p. 143.

225. *Id.*, p. 141.

226. *Id.*, p. 142.

227. J. Dumont, *Corpus universel du droit des gens : Contenant un Recueil des Traitez d'Alliance de Paiz de Treve, de Neutralitae, de Commerce, d'Aechange... & Autres Contrats, Qui Ont Aete Fait*, 8 vols, La Haye, P. Husson et Charles Crevier, 1726-1731, 6 : 112, 13, 14; 133, 34, cités par Howard R. Berman, *op. cit.*, note 211, note 88.

international de la Confédération iroquoise²²⁸. On ne peut pas jouer sur tous les tableaux, et toujours gagner...

Les Iroquois, eux, ne s'y sont jamais laissés prendre : lorsque les Français leur firent part d'assertions analogues par les Anglais lors du Traité d'Utrecht en 1713, ils déclarèrent n'avoir jamais été sujets d'aucune puissance étrangère²²⁹, et réitérèrent cette affirmation dans une déclaration solennelle d'indépendance prononcée par leur chef Chachouintionni en 1748. Dans l'intervalle, ils avaient signé la Grande Paix de 1701, à côté d'ailleurs des domiciliés²³⁰, ce qui fait bien voir le double discours des Français, niant l'indépendance des nations autochtones dans leurs écrits destinés à la métropole française, et la confirmant en actes sur le terrain colonial, tout en se réservant le choix de la nier ou de l'affirmer selon les besoins du moment dans leur discours à l'intention de leurs alliés européens.

Certes ni le dol, ni la force imposée n'ont été considérés à travers l'histoire comme des causes d'invalidité des traités en droit international positif²³¹. De même, il faut sans doute sortir du cadre positiviste pour souligner que, si les alliances avaient fait l'objet d'interprétations dialogiques, les traités, privés d'application, n'ont, eux, fait l'objet d'aucune co-détermination²³². Leur seul énoncé ne complète donc pas les exigences de la production du droit, du moins selon les théories réaliste ou systématique. Mais toutes ces manoeuvres, dont l'effet est limité par nature au droit colonial, n'ont rien changé à la réalité pluraliste du droit en Nouvelle-France, ni à sa composante autochtone, où aucune renonciation valide à la souveraineté, ni — nous allons le voir — aucune cession de propriété, ne peut être décelée.

228. Howard R. Berman, *op. cit.*, note 211, p. 143.

229. William J. Eccles, *op. cit.*, note 6, p. 170. Certes, dans le cadre du Traité d'Utrecht, ils référaient à l'Acadie, mais rien ne permet de croire que leur position ait été différente à l'égard de l'ensemble du Canada.

230. Gilles Havard, *op. cit.*, note 91, pp. 138-139.

231. À ce sujet voir : Stuart Malawer, *Imposed treaties in International Law*; André Oraison, «Le dol dans la conclusion des traités», 1971, 75 *RGDIP*, 617; Lauterpacht, «Règles générales du droit de la paix», 1937, 62 *RCADI*, 99, pp. 299 à 302; Tous cités dans Sébastien Grammond, «Les traités entre l'État canadien et les peuples autochtones», Mémoire de maîtrise, Université de Montréal, 1993, pp. 52-53.

232. Voir *supra*. Synthèse introductive, p. 22 et suiv.

3. L'occupation du sol : en marge du droit de propriété

La confusion entre la propriété du sol et l'autorité sur les personnes qui s'y trouvent n'est pas propre à notre domaine : pour ne citer que deux exemples canadiens et contemporains, on la retrouve en droit du travail dans les fondements implicites du pouvoir de discipline des patrons, et dans le partage constitutionnel des compétences, qui confie l'autorité législative sur la propriété fédérale au Parlement. Il s'agit d'une confusion sans doute venue du système féodal, où le *dominium* et l'*imperium* sont réunis dans le suzerain : comment s'étonner qu'elle ait brouillé les représentations juridiques du statut des Autochtones en Nouvelle-France, où la colonisation précède la fin de la féodalité française?

Au risque de chagriner beaucoup de collègues juristes, y compris chez les *common lawyers*, pour lesquels le statut des personnes autochtones est intimement lié au «titre indien», je dirai d'emblée que le *statut des personnes* ne me paraît pas devoir se lire dans leur *rapport aux choses*, sauf à prôner un réductionnisme... réifiant. La méprise consiste à estomper les frontières entre le public et le privé, entre le rapport *individuel* au sol, qu'il s'agisse ou non de propriété, exclusive ou non, avec le rapport *collectif* au territoire, un rapport d'autorité. Les deux séquences ne sont pas interchangeable, qui regroupent, de part et d'autre, (individuel/sol/rapport économique d'appropriation) et (collectif/territoire/rapport politique d'autorité). En droit contemporain, quand un individu cède le sol qui lui appartient, il pose un acte de droit privé dont il a la capacité, sans effet de transfert sur le contrôle politique du territoire, un acte de droit public pour lequel il n'a pas compétence.

C'est pourtant le contraire de ce que faisait le droit français féodal. Dans ce système juridique, le rapport individuel à la terre, qui est un rapport économique analogue à la propriété —une propriété non exclusive qui autorise des emprises diverses et simultanées sur le même sol— fonde, par le lien d'interdépendance entre tous ceux qui détiennent de telles emprises, un rapport politique pyramidal entre les 'propriétaires'-vassaux et le suzerain-seigneur-du-domaine. Dans ce contexte, céder sa terre, c'est se soumettre à celui à qui on la remet, parfois d'ailleurs sans même s'en désister. Bref, c'est créer des effets de droit public à partir d'un acte de droit privé, ce qui est parfaitement plausible dans un système qui précède la conceptualisation de cette distinction.

Mais avec la fin de la féodalité, les exigences du capitalisme naissant vont faire de la propriété une réalité économique basée sur une emprise exclusive, dont le transfert n'entraînera plus le changement d'allégeance politique. Or la colonisation de la Nouvelle-France se déroule à l'époque où la France tarde à quitter la féodalité pour rejoindre les autres pays européens dans l'aventure capitaliste. Dans cette conjoncture, on imagine combien devaient être confus des concepts qui ne sont pas toujours clairs pour nous, maintenant.

Par ailleurs, la société autochtone amérindienne, où la France débarque, ne connaît pas ce régime autoritaire hiérarchisé, fondé partiellement sur des rapports individuels au sol, totalement absents de son univers. La hiérarchie y est minimale, c'est le consensus et non le commandement qui sous-tend les décisions, et les rapports à la terre sont à la fois omniprésents et collectifs. Pour les Amérindiens, la terre, reçue du Créateur, est inaliénable et doit être préservée pour être transmise intacte aux générations futures²³³.

Ces conceptions opposées de l'univers et du rapport des êtres humains à la terre et entre eux, qui constituent des champs culturels non seulement distincts et étanches, mais irréconciliables sur le plan des représentations, vont fonder les interprétations dialogiques centrales aux corpus respectifs que constituent le droit colonial et le droit autochtone en Nouvelle-France et, nous l'avons vu, permettre l'émergence du pluralisme juridique qui caractérise le régime français.

Pourtant ces représentations, divergentes et irréconciliables sur le plan des idées, n'auront pas de conséquences sur la compatibilité des comportements français et autochtone sur le sol d'Amérique parce que, confiné dans sa culture respective,

233. L'opinion de Frank G. Speck (rapportée dans Edward S. Rogers, «History of Ethnological Research in the Shield and Mackenzie Borderlands», dans William C. Sturtevant, directeur général d'édition, *Handbook of North American Indians*, Washington, Smithsonian Institution, 1978, vol. 6, p. 26, qui écartait la thèse de la propriété collective et de l'inaliénabilité, fût suivie par la plupart des chercheurs du début du siècle; cependant par la suite, on a vu la détermination de ces territoires comme conséquence de la traite des fourrures et de la colonisation: Eleanor Leacock [dans: «The Montagnais Hunting Territory and the Fur Trade», (1954) *Memoirs of the American Anthropological Association* 78], Edward S. Rogers, [dans: «The Hunting Group-Hunting Territory Complex among the Mistassini Indians», (Anthropological Series 63) (1963) *National Museum of Canada Bulletin (Ottawa)* 195], Ralf Knight [dans: «Ecological Factors in Changing Economy and Social Organisation Among the Rupert House Cree», (1968) *National Museum of Canada Paper (Ottawa)*, 15] et Charles E. Bishop [dans «The Emergence of Hunting Territories Among the Northern Ojibwa», (1970) 9 *Ethnology*, n°1, 15].

chaque partenaire considère sa représentation, son mythe, comme universel et, n'imaginant pas que l'autre puisse attribuer aux mêmes actes des conséquences différentes de celles qu'il y attache, ne voit pas la nécessité de l'informer des siennes... Or, les actes auxquels sont liées ces représentations, eux, sont compatibles. Pour le saisir, il faut se familiariser davantage avec le rapport que les Autochtones entretenaient, et entretiennent toujours dans l'ensemble, avec la terre, et voir comment a pu s'y intégrer le type d'occupation que les Français ont tentée ici.

a) Le rapport autochtone à la terre

Chez les Amérindiens, selon Delâge,

«[...] la terre, héritée des ancêtres et considérée comme la source de toute vie, était inaliénable. Nul ne pouvait s'en approprier exclusivement les ressources : faune, flore, minéraux. Bien sûr, les nations amérindiennes délimitaient dans une certaine mesure les territoires sur lesquels elles se reconnaissaient des droits de gestion et de souveraineté, mais elles ne s'autorisaient pas à les vendre».²³⁴

Plus encore, elle est réputée avoir été, au départ, insusceptible de toute appropriation privée :

«Selon la philosophie indienne, la terre est un bien hérité des ancêtres, dont le seul propriétaire est Dieu et qui a été confiée ou donnée en gardiennage aux générations actuelles en vue de la transmettre aux générations futures. Par conséquent elle ne peut être vendue au sens européen du terme».²³⁵

Dans ces circonstances, il n'y a pas lieu de faire des exceptions pour les Français, la terre ne fait pas l'objet de cession, et toute apparence au contraire est une illusion d'optique culturelle, induite par l'ethnocentrisme de l'observateur. Ce n'est pas dire que les Autochtones n'exerçaient aucune emprise sur un sol qui eût été laissé à l'usage commun sans aucune règle. Dans le langage clair de la tradition orale : «[...] pour les Montagnais, le territoire c'était à eux-mêmes, mais ils étaient prêts à accueillir un allié sur

234. Denys Delâge, *op. cit.*, note 57, p. 16.

235. En collaboration, *Peuples autochtones de l'Amérique du Nord : de la réduction à la coexistence*, Télé-Université, 1989, p. 67; voir également : Cornelius Jaenen, *op. cit.*, note 21, p. 14.

leur territoire en lui donnant la permission de s'établir»²³⁶, ce que confirment par ailleurs Delâge²³⁷, Jaenen, et plusieurs autres auteurs :

*That is not to say that Amérindiens had no concept of possessory rights. The English traders had to obtain permission to cross their territories to the Western tribes. The Montagnais granted rights of passage accross band territory, sometimes exacting a toll, in what anthropologists have called the hunting range system.*²³⁸

Non seulement les droits de passage pour la chasse requéraient-ils l'obtention d'une permission, mais c'était également le cas pour la construction des forts²³⁹, installés partout sur le territoire pour des raisons militaires et commerciales et dont les deux parties tiraient avantage²⁴⁰, comme d'ailleurs pour l'établissement des premiers postes de traite²⁴¹, qui exigeaient les mêmes démarches de la part des Français. Pourtant, «il n'est jamais venu à l'idée des Indiens qui admettaient ainsi des étrangers sur une partie de leurs terres en compensation de quelques présents, que ceux-ci en exigeaient la propriété exclusive»²⁴², ce que confirme et résume Jaenen :

*They made grants without any thought of alienating their lands, but with the idea simply of extending the rights and priviledges to others which they themselves enjoyed on ancestral lands given them by the Great Spirit.*²⁴³

On peut donc conclure en remarquant que les Amérindiens, même s'ils se considèrent maîtres du sol, n'en sont pas des «possesseurs jaloux». Selon leur culture, ils offrent l'hospitalité à ceux qui veulent s'y installer à condition qu'ils ne cherchent pas à transformer leur mode de vie par des moyens coercitifs, bref dans la mesure ou l'occupation commune est

236. Raynald Parent, *op. cit.*, note 72, p. 74.

237. Denys Delâge, *op. cit.*, note 57, p. 72.

238. Cornelius Jaenen, *op. cit.*, note 21, p. 14; voir également : William J. Eccles, *op. cit.*, note 6, pp.172-73; Elizabeth Tooker, *Ethnographie des Hurons, 1615-1649*, Montréal, *Recherches amérindiennes au Québec* (Éd.), 1987, p. 27 et Télé-Université, *op. cit.*, note 235, p. 67.

239. Denys Delâge, *op. cit.*, note 57, p. 72, William J. Eccles, *op. cit.*, note 6, p. 172.

240. Gilles Havard, *op. cit.*, note 91, pp. 32, 34.

241. *Supra*, notes 85, 86.

242. Télé-Université, *op. cit.*, note 235, p. 67.

243. Cornelius Jaenen, *op. cit.*, note 21, p. 20.

compatible²⁴⁴, ce qui, nous allons le voir, était le cas pour le mode français d'occupation.

b) Le mode français d'occupation

Trois caractéristiques spécifient le mode français d'occupation en Nouvelle-France : son importance restreinte, sa concentration le long du St-Laurent, et son intérêt primordial pour le commerce des fourrures, au détriment de l'agriculture. On connaît déjà l'importance de l'intérêt des Français pour la traite, qui explique par ailleurs le faible nombre de ceux qui se sont installés; quant à la concentration le long du St-Laurent, c'était une politique consciente de Colbert, visant à ne pas disperser les ressources²⁴⁵. Ces particularismes n'ont cependant pas entraîné que des inconvénients : cette constellation de facteurs aurait rendu la présence française acceptable aux Autochtones, parce que moins menaçante que celle des Anglais, plus nombreux et dont la politique de peuplement entraînait en concurrence sur le terrain avec les activités de chasse et de pêche des Amérindiens²⁴⁶ :

*There was no displacement of native population to make way for white settlement, there was no advancing and threatening frontier of colonisation.*²⁴⁷

Sur le mode juridique d'occupation française des terres concentrées dans la vallée du Saint-Laurent, Sylvio Normand fait état, dans une autre partie de cette étude, de la compatibilité entre les droits politiques et économiques (chasse et pêche) exercés par les Autochtones sur les terres où s'est appliquée la tenure seigneuriale, et les démembrements de la propriété foncière résultant précisément du régime seigneurial. Je n'y reviendrai pas ici, et je me bornerai à analyser le mode alternatif d'«occupation» que les Français réservaient aux terres de l'intérieur auxquelles ils avaient accès grâce aux alliances conclues avec les peuples qui les habitaient : les «prises de possession», toujours consignées, souvent notariées. Il s'agit d'un mode hautement symbolique, dont les effets quant au transfert de propriété relèvent au mieux de ce que les psychanalystes appellent la «pensée magique», une pensée qui croit que ce qu'elle pense crée ce qu'elle pense²⁴⁸.

244. *Id.*, p. 17.

245. William J. Eccles, *op. cit.*, note 6, p. 163.

246. Cornelius Jaenen, *op. cit.*, note 118, p. 38.

247. Cornelius Jaenen, *op. cit.*, note 21, p. 16.

248. Voir *infra*, note 255.

Les auteurs rapportent plusieurs exemples de telles prises de possession : la démarcation de la frontière entre la Nouvelle-France et la Nouvelle-Angleterre en 1693 par le Sieur de Villieu; le traité entre les Fox et le Sieur de Louvigny en 1716; la détermination de la frontière entre la colonie française et les territoires de la Baie d'Hudson, par Joseph Normandin en 1732, la prise de possession du Labrador par Louis Fornel en 1743²⁴⁹. Mais la plus célèbre, rapportée par Jaenen²⁵⁰, Eccles²⁵¹ et même par une source métis orale²⁵², concerne la prise de possession de Sault-Ste-Marie par St-Lusson en 1671.

Selon le récit de Nicolas Perrot, rédigé plusieurs années plus tard, St-Lusson, en présence d'une assemblée composée de quatre jésuites, quatorze chefs autochtones et deux mille spectateurs, prit possession officielle de rien moins que le territoire des pays d'en haut, «bounded on the one side by the oceans of the north and west, and on the other side by the South Sea [...] declaring to all nations therein that from this time henceforth they are subjects of His Majesty». Eccles commente ainsi les événements :

According to Perrot's account, written several years after the event, and the edited version of the Jesuits, a post bearing the arms of France was erected, an official act of possession drawn up and read to the tribesmen, who were thereby considered to have placed themselves under the protection of, and in submission to, the King of France.

It is extremely doubtful that the Indians had any understanding of what the ceremony purported. The notion that these strangers could somehow claim to have taken possession of their lands would have seemed utterly ridiculous to them: they might as well have laid claim to the air. As for their now being under the protection of a king thousands of miles away, that too would have appeared nonsensical, since it was obviously the French who required the protection of the Indians in that part of the world. The episode is likely an early example of what might be termed the 'Janusian' —two-faced— attitude of the French towards the Indians at that time:

249. Cornelius Jaenen, *op. cit.*, note 118, p. 29.

250. *Id.*, p. 28

251. William J. Eccles, *op. cit.*, note 6, p. 164.

252. *Id.*

*tell Europeans —friends or foes— one thing, and the Indians something quite different, or nothing at all.*²⁵³

Ce type de comportement, déjà signalé à d'autres occasions, semble avoir été particulièrement fréquent en matière de prise de possession, et il arrive qu'on en trouve des traces écrites dans les documents laissés par leurs auteurs. La Vérendrye, à l'occasion d'une prise de possession chez les Mandans, fit cadeau au Chef d'un drapeau et d'une tablette de plomb décorée de rubans. Il écrivit dans ses archives que cette tablette avait été placée par les Mandans dans une boîte, de façon à la conserver pour toujours en mémoire de sa prise de possession de leurs terres au nom du roi. Mais il note aussitôt avoir tenté de leur faire comprendre qu'il leur laissait ces objets en souvenir de son passage parmi eux... Son fils adopta le même comportement chez les Arikaras où, érigeant une pyramide —en mémoire de son passage dans leur pays, selon ce qu'il leur dit— il prit néanmoins soin d'enterrer secrètement sous ce monument une tablette de plomb aux armes du roi! De Blainville avait été moins cachotier en 1749 en affichant les armes du roi sur différents repères dans l'Ohio, mais son geste n'avait pas été mieux compris, dont les Amérindiens demandèrent la signification aux Anglais²⁵⁴.

Il est intéressant de constater que ce type de comportement, très particulier par le délire qu'il connote, a été décrit par les psychanalystes, à la suite des anthropologues. Vouloir donner des effets de réalité à sa pensée et à ses paroles, c'est le propre de la *pensée magique*. Il s'agit d'un concept important dans l'oeuvre de Freud²⁵⁵, qui l'a sans doute emprunté aux anthropologues. À propos des sociétés primitives, Lévi-Strauss, dont Delrieu a révélé la parenté à cet égard de son

253. *Id.*

254. Cornelius Jaenen, *op. cit.*, note 118, pp. 29-30.

255. Freud emploie parfois cette expression pour désigner l'illusion —par exemple de la vie après la mort— dans *Moses and Monotheism*, [dans Standard Edition of the Complete Psychological Works of Sigmund Freud. Translated from the German under the General Editorship of Janes Strachey and Alan Tyson in collaboration with Anna Freud, volume XXIII (1937-1939), London The Hogarth Press and The Institute of Psychoanalysis, 1964]. Mais dans les Nouvelles Conférences (*New Introductory Lectures on Psychoanalysis*, «The Question of the Weltanschauung», même Standard Edition, vol. 22, p. 165) puis dans Totem et Tabou (1912-1913, Standard Edition précitée, vol. XIII, pp. 85-91) où il range par ailleurs la pensée magique dans les manifestations de narcissisme, il entend pensée magique tout à fait dans le sens utilisé ici de pouvoir attribué à la pensée, de croyance dans l'omnipotence des pensées.

oeuvre avec celle de Freud²⁵⁶, réfère en effet à une pensée dont le propre serait d'être efficace par le fait même qu'elle énonce²⁵⁷.

Comment mieux décrire le comportement d'explorateurs prononçant à haute voix devant des assemblées qui n'y peuvent rien, des paroles dont ils croient qu'elles vont effectivement avoir l'effet de leur conférer la possession de terres qu'ils n'ont jamais aperçues et d'assujettir des populations dont, sans même envisager l'obéissance, ils ne peuvent se faire comprendre?... Eh bien, par cette autre définition de la *pensée magique*, extraite d'un dictionnaire d'anthropologie²⁵⁸, et dont on dirait que chaque mot a été écrit en pensant au comportement de St-Lusson, comme si les «primitifs» n'étaient pas ceux que l'on a toujours cru ... :

[...] belief that construction of symbols will give the possessor power over the subject so presented.

Ces situations auxquelles la psychanalyse et l'anthropologie ont été les premières disciplines à s'intéresser, la théorie contemporaine du droit les prend également en compte. Le droit, dans sa conception positiviste a en effet longtemps prétendu avoir des effets opératoires du fait de son seul énoncé, le législateur visant à ordonner la réalité dans les faits dès lors qu'il avait statué ou même déclaré. À la différence des prises de possession et autres formes de pensée magique, ces effets étaient cependant présumés résulter d'une convention consciente, exprimée et socialement consentie, notamment dans le cas de ce que l'on désigne comme des «fictions juridiques» : du moins était-ce là la rationalisation que les juristes proposaient pour ce comportement de leur discipline, jusqu'à ce que le courant herméneutique de la théorie contemporaine vienne souligner la nécessité de manifester ce consentement social par la co-détermination²⁵⁹. Dès lors, l'interprétation et l'application du droit en font partie intégrante, et son seul énoncé ne suffit plus à sa production, ce qui lui permet, justement, d'échapper à la pensée magique, et de dénoncer comme non-droit des prises de possessions comme celles que nous analysons ici.

256. Alain Delricu, *Lévi-Strauss : lecteur de Freud*, Paris, Point Hors Ligne, 1993.

257. Claude Lévi-Strauss, *La pensée sauvage*, Paris, Plon, 1962. Voir également l'exemple qu'il en donne antérieurement —sans toutefois l'avoir déjà désigné comme de la pensée magique— dans le chapitre (XVIII) qu'il consacre à «La leçon d'écriture», dans *Tristes tropiques*, Paris, Plon, 1955, plus particulièrement p. 340 et suiv.

258. Roger Pearson, *Anthropological Glossary*, Malabar (Florida), E. Robert Kreiger, 1985, p. 161.

259. *Supra*, note 110.

Les historiens non plus ne sont pas tendres pour ces prises de possession. Delâge résume bien le sentiment commun à l'égard de ces pratiques :

«Durant toute la période du régime français, l'intérieur du continent est demeuré un pays amérindien. [...] Ce n'est pas parce que les explorateurs français érigèrent un peu partout des croix aux écussons des rois de France et que des notaires les accompagnant rédigeaient en français des actes de possession que le pays cesse d'être amérindien. Les nations amérindiennes rejetèrent explicitement les prétentions françaises, comme les anglaises d'ailleurs, à la souveraineté sur leur territoire : 'cette terre n'est pas à vous' disait un chef huron au gouverneur en 1704, 'elle est à nous et nous la quitterons pour aller où bon nous semblera (sic) sans que personne ne puisse trouver mauvais'». ²⁶⁰

De ces rejets et protestations, nous avons pu retracer plusieurs exemples. Dans un mémorandum français sur les missions iroquoises, on peut lire :

It must seem that the Iroquois recognize no masters. And although the French have posted the coat of arms of France among them before and after the English posted those of England, they nevertheless recognize no domination. That is what they reiterated and tried to establish twice during the summer of the present year. To leave in perpetuity marks of their independance from both the English and the French, they had an act drawn up in proper form to which they put their signs and native hieroglyphs. ²⁶¹

En 1748, estimant sans doute n'avoir pas été compris, ils présentèrent une autre déclaration d'indépendance, cette fois sous forme d'acte authentique reçu au greffe du notaire Dulaurent, signé par les chefs des Six Nations, La Galissonnière et «plusieurs des assistants, surtout ceux qui entendent la langue». On y lit «qu'ils n'avaient cédé leurs Terres à personne, qu'ils comptent qu'elles sont toujours à eux, Qu'ils ne les tiennent que du Ciel» ²⁶².

260. Denys Delâge, *op. cit.*, note 57, p. 65.

261. Cornelius Jaenen, *op. cit.*, note 21, p. 17.

262. Acte authentique des Six Nations Iroquoises sur leur indépendance, 2 novembre 1748, signé au Château St-Louis à Québec et conservé aux Archives judiciaires de Québec, greffe Dulaurent, reproduit à l'Annexe II, p. 215.

D'autres nations, dont les Micmacs, ont protesté suite à leur découverte du Traité d'Utrecht et de la Proclamation de George I à titre de Roi de la Nouvelle-Ecosse en 1715 :

*But learn from us that we are on this ground which you trod under foot and upon which you walk as the trees which you see have started to come forth from it. It is ours and nothing will ever be able to take away from us or make us abandon it.*²⁶³

Devant de telles protestations, les Français temporisaient quand ils n'en reconnaissaient pas le bien-fondé, comme le fit Rouillé dans une lettre à Jonquière —«These Indians claim to be and in effect are independant of all nations, and their lands incontestably belong to them»²⁶⁴— et comme on le constate dans un rapport militaire officiel :

*The Savages in question are free and independant and there are none who may be termed subjects of one crown or the other. The declaration of the Treaty of Utrecht in this respect is erroneus and connot alter the nature of things... These savage nations are governed only by themselves.*²⁶⁵

De même, le Gouverneur St-Ovide réagit aux protestations des Micmacs en les assurant que le roi n'avait jamais voulu les dépouiller de leurs terres mais seulement de céder ses propres droits à la Couronne britannique²⁶⁶. De la Roche-Tillac tente de les cerner :

*At best, the French claim was what the Intendant Claude Thomas Dupuy termed joint ownership or 'sharing everything with the natives by common consent'.*²⁶⁷

Les Abénakis protestèrent aussi suite au Traité d'Utrecht, par lequel les Français, avec lesquels ils s'étaient battus contre les Anglais pour la protection de leur territoire, faisaient une paix séparée, cédant leurs terres du même coup à leur insu. Informés par les Anglais, ils refusèrent d'abord d'y croire, puis, mis en présence du texte, protestèrent avec véhémence à plusieurs

263. Cornelius Jaenen, *op. cit.*, note 21, p. 18; voir également Olive P. Dickason, *op. cit.*, note 22, p. 33 et 73.

264. *Id.*

265. *Id.*

266. *Id.*

267. *Id.*

reprises, même après que les missionnaires aient tenté de les apaiser en affirmant qu'ils se trompaient sur le sens d'un texte qui ne visait pas leurs terres²⁶⁸.

Aujourd'hui encore, dans un autre contexte, la tradition orale montagnaise maintient ces mêmes positions fondamentales. Les propos des anciens regorgent de phrases comme :

«Le Blanc ne pourra pas te dire : 'Cette terre est à moi' il n'a pas le droit de te le dire. D'où cela viendrait-il qu'il puisse te dire 'Cette terre est à moi'. Il n'y avait pas de Blanc ici quand l'Indien y était déjà installé" [...] "C'était la première fois que les Indiens les voyaient. Comment auraient-ils pu les comprendre? Pas un seul aurait pu les comprendre puisqu'ils ne les avaient jamais vus" [...] "Et nous n'avons que faire d'un papier.[...] Il nous servirait à quoi? La rivière est déjà un papier».²⁶⁹

Ces prises de possession formelles soulignent donc encore le double discours des Français, suivant l'auditoire auquel ils s'adressent, produisant une occultation dont leur correspondance montre qu'ils sont conscients. Lu dans le droit des gens, leur discours aux Autochtones et leurs pratiques symboliques ne leur ont pas fait acquérir ces terres jamais habitées, ni jamais transmises. Dans le cadre du pluralisme juridique, ils n'ont pas pu «transférer» non plus une propriété que les Autochtones ne pouvaient leur avoir cédée, en étant eux-mêmes dépourvus puisque leur droit ne connaissait pas ce concept.

Cette égalité politique qui ne se dément pas dans les pratiques diplomatiques, militaires et foncières qui ont prolongé les alliances, les Autochtones l'ont maintenue même dans le contexte d'une dépendance matérielle croissante.

B- La dépendance matérielle croissante

Le contact des civilisations n'est jamais sans conséquences, et quand il se produit sur le mode colonial, jamais sans conséquences nocives pour les colonisés. Pendant le siècle et demi qu'a duré le régime français, la situation des Amérindiens s'est modifiée dans le sens d'une détérioration progressive. On peut lire cette détérioration dans plusieurs indices : renversement

268. *Id.*; voir également William J. Eccles, *op. cit.*, note 6, p. 171.

269. José Mailhot et Sylvie Vincent, «Le discours montagnais sur le territoire», Rapport soumis au Conseil Attikamek-Montagnais, août 1980, polycopié, pp. 1, 3 et 9.

du rapport démographique entre les Français et les Autochtones, appauvrissement progressif, besoin croissant de protection, renversement du rapport de forces. Tout ces facteurs se conjuguent pour affaiblir la position de la population autochtone et, même s'ils n'amèneront jamais les nations à renier leur identité ni à se soumettre politiquement aux colonisateurs, il y a lieu de les analyser pour saisir le contexte dans lequel se sont développées d'autres interprétations de leur statut.

1. L'inversion du rapport démographique

L'avantage démographique des Autochtones sur les Français au début de la colonisation explique en grande partie le caractère égalitaire des relations franco-amérindiennes, dans un contexte où les arrivants n'étaient pas assez nombreux pour menacer les premiers occupants, dès lors tolérants de leur présence, alors que la supériorité technologique et militaire des colonisateurs n'aurait pas été suffisante pour leur assurer la domination, si toutefois ils l'avaient recherchée au lieu du commerce.

Mais avec le passage du temps et l'avènement des épidémies, ce rapport va se modifier progressivement. Lorsque la Conquête britannique viendra mettre fin au régime français au milieu du XVIII^e siècle, il se sera complètement inversé.

Il serait difficile de surestimer l'ampleur de la controverse sur l'importance numérique de la population autochtone en Amérique au moment du contact avec le colonisateur, ou celle de l'écart entre les estimations des spécialistes de ces questions. Grabowsky, qui en fait état dans sa thèse²⁷⁰, rapporte que les nombres avancés par les auteurs²⁷¹ varient entre huit millions quatre cent mille (8 M, 4) et deux cent millions (200 M) pour les deux Amériques réunies au moment du contact. Par ailleurs, comme on ne dispose d'aucune ventilation selon les régions, il n'est pas possible de déterminer la situation démographique des Autochtones vivant alors sur le territoire qui allait devenir la Nouvelle-France. Quant à d'éventuelles estimations de l'ampleur des populations autochtones au milieu du XVIII^e siècle, période de

270. Jan Grabowsky, «The common ground, settled natives and French in Montréal», Thèse de doctorat, Université de Montréal, Juillet 1993, pp. 59-60.

271. Voir à ce sujet : Russel Thornton, *American Indian Holocaust and Survival. A Population History Since 1492*; Norman University of Oklahoma Press, 1987, p. 23; Henry F. Dobyns, «An Appraisal of Techniques with a New Hemisphere Estimate», *Current Anthropology*, 7.4, 1966, pp. 395-416; William N. Donevan (Ed.), *The Native Population of the Americas in 1492*, Madison, The University of Wisconsin Press, 1976; Tous cités in Jan Grabowsky, *op. cit.*, note 270, p. 59.

la Conquête britannique de la Nouvelle-France, je n'en ai pas trouvé de trace écrite.

C'est donc à l'estimation orale de Denys Delâge²⁷² que je me fie pour affirmer que la population autochtone établie sur le territoire du Québec actuel à l'arrivée des Français atteignait vraisemblablement un nombre de l'ordre de quarante mille (40,000) habitants. Avec les mêmes précautions et les mêmes réserves, on peut, selon la même source, estimer à la fin du régime français à plus ou moins cinq mille (5,000) le nombre des envillagés, alors que celui des Autochtones vivant sur le reste du territoire québécois n'aurait pas dépassé quatre mille (4,000), soit un total d'environ neuf mille (9,000) Autochtones sur le territoire du Québec à la Conquête. Entre les deux : guerres et surtout pandémies ont décimé cette population, pour la première fois en contact avec des microbes et des virus importés d'Europe qui aujourd'hui ne seraient pas mortels, mais auxquels elle ne pouvait opposer ni une immunité encore non développée, ni des médicaments, alors inexistants.

Durant la même période, l'évolution de la population française — pour laquelle nous disposons de données plus précises et plus fiables — suivait, malgré la lenteur et la faiblesse de la colonisation, un mouvement inverse : de trois cent cinquante-six personnes (356 personnes) en 1640²⁷³, elle est passée à deux mille cinq cents (2,500) environ vers 1665²⁷⁴ puis à seize mille quatre cent douze (16,412) en 1706²⁷⁵, pour atteindre environ soixante mille (64,041)²⁷⁶, au moment de la conquête britannique. Pour avoir une idée de la masse d'Européens auxquels faisaient alors face les Autochtones sur leur territoire, il faut de plus tenir compte de la Nouvelle-Angleterre, dont la population atteignait 331,711²⁷⁷...

Sous réserve de la fiabilité de ces données, et plus particulièrement de celles qui concernent la population amérindienne, et sans même inclure un seul Britannique, on peut donc estimer que le rapport entre les deux populations est passé d'un Français pour cent Autochtones au moment du contact, à six Français pour un Autochtone en 1760, un passage de cent pour un à un pour six, une diminution de six cents pour cent... On peut sans aucun doute discuter les chiffres et peut-être même ces

272. Estimation de Denys Delâge, communication personnelle, mai 1994.

273. *Supra*, note 26.

274. *Supra*, note 27.

275. *Supra*, note 28.

276. *Documents in Canadian History, op. cit.*, note 30, p. 9.

277. *Supra*, notes 29 et 30.

proportions : ce que personne ne peut mettre en doute cependant, c'est la tendance lourde du mouvement démographique, au détriment de la population autochtone en faveur de la population européenne.

On imagine que cela n'allait pas sans conséquences de part et d'autre, ni au plan économique, ni au plan psychologique, ni au plan militaire.

2. L'appauvrissement progressif

À lui seul, ce dépeuplement allait entraîner l'appauvrissement des populations autochtones, car la réduction des chasseurs va obliger ceux qui restent à une productivité multipliée pour satisfaire à l'échange²⁷⁸. Mais c'est loin d'en être la seule explication.

Raffinant les hypothèses sur les rapports économiques inégaux entre le centre et la périphérie en régime capitaliste pour les appliquer aux rapports entre Autochtones et Français dans le cadre de la traite des fourrures au XVII^e siècle, Delâge²⁷⁹ nous a donné la première explication cohérente de l'histoire de la colonisation française en Amérique, jusque-là plus souvent décrite qu'expliquée, si ce n'est dans les termes idéologiques de l'idéalisation religieuse d'une entreprise qui fût avant tout commerciale.

Il brosse par le fait même le tableau de la détérioration des conditions de vie matérielle subie par les Autochtones au cours de leur appauvrissement progressif. Concluant son propos par une synthèse des effets du contact entre deux civilisations dont l'une était restée à l'écart du développement technologique menant au capitalisme au moment où l'autre entrait dans celui de la manufacture, dans le contexte des rivalités européennes pour l'hégémonie du capitalisme, il écrit :

«L'échange inégal a structuré les rapports qui se sont noués. Au fur et à mesure que les sociétés amérindiennes ont amplifié leur participation à l'échange, elles ont accru leur temps de travail, et cela malgré l'acquisition d'outils plus efficaces. En outre, dans la mesure où le développement des forces productives ne permettait pas aux Amérindiens de reproduire sur place les marchandises

278. Denys Delâge, *op. cit.*, note 27, p. 341.

279. Denys Delâge, *op. cit.*, note 27, pp. 339-340.

européennes, la dépendance vis-à-vis des Européens a constitué la trame sur laquelle se sont tissées les relations de commerce.

En provoquant un transfert permanent de richesses de la périphérie vers le centre, l'échange inégal a donné lieu à une intensification de l'exploitation des ressources et, par voie de conséquence, à une modification du vieil équilibre qui unissait les sociétés amérindiennes à la nature.²⁸⁰

Mais, même si les analyses qu'ils leur ont consacrées s'inscrivaient dans un cadre théorique différent, ces «profonds changements dans la culture matérielle [des Autochtones] dès le régime français»²⁸¹ ne sont pourtant pas passés inaperçus aux yeux des autres analystes de la période²⁸². Que cet appauvrissement ait, à son tour, entraîné pour les Autochtones un besoin accru de la protection des Français, l'envillagement et les «conversions» sont là pour en témoigner.

3. Le besoin accru de protection

À mesure que la colonisation disloque la société amérindienne²⁸³ divers groupes d'Autochtones vont ressentir un besoin croissant de protection de la part des Français, qui ne demandent pas mieux que de profiter de la situation pour tenter de les assimiler, en jouant à leur égard le rôle de pacificateur et surtout de protecteur²⁸⁴.

Pour les Français, il s'agit de les subordonner par-là politiquement au roi. Or, la méprise est toujours la même et toujours aussi grande : pour les Autochtones, le rôle de protecteur et de pourvoyeur, joué dans leur culture par le père, ne connote pas l'autorité, dévolue aux femmes dans ce système matrilineaire²⁸⁵. Les Français, enfermés de leur côté dans leurs propres schèmes, vont pourtant investir beaucoup d'énergie dans cette tentative de les subordonner par le truchement de la protection. Ils arriveront certes à les envillager et à les installer dans une dépendance économique, mais rien ne permet de conclure pour autant qu'il en résulte un assujettissement politique à la France.

280. *Id.*, pp. 339, 340.

281. Maurice Ratelle, *op. cit.*, note 17, p. 2.

282. Cornelius Jaenen, *op. cit.*, note 21, p. 13; Olive P. Dickason, *op. cit.*, note 22, p. 21.

283. Denys Delâge, *op. cit.*, note 27, p. 340.

284. C 11A, vol. 100, fol. 50-51 bis.

285. Voir *supra*, note 175.

En effet, à défaut de réaliser leurs objectifs d'appropriation par la colonisation, les autorités métropolitaines tentaient de les poursuivre par l'assimilation des Autochtones, à travers leur conversion au christianisme. L'institution de «réserves» à proximité des postes de traite européens fût le moyen privilégié de cette politique, instaurée au début sans grand succès. À partir de 1637, les Sulpiciens établirent une réserve à La Prairie près de Ville-Marie et les Jésuites, une autre à Sillery près de Québec²⁸⁶, où l'on trouvait cent soixante-sept Autochtones convertis en 1645, mais seulement deux blancs douze ans plus tard...²⁸⁷.

L'assimilation culturelle avait échoué, mais les réserves, déplacées vers Lorette, Sault St-Louis, St-Régis, Bécancourt et d'autres lieux plus éloignés des établissements européens²⁸⁸, allaient se voir confier une autre fonction, celle d'obtenir l'appui commercial²⁸⁹ et militaire²⁹⁰ des domiciliés en échange de présents²⁹¹ ainsi que de leur subsistance et de celle de leur famille²⁹². Une politique de favoritisme à l'égard des convertis s'installe : «prix chrétien» meilleur que le «prix païen» pour la traite, présents plus généreux d'abord, puis exclusifs ensuite²⁹³, dons d'armes²⁹⁴.

Cette politique, qui n'aurait pas pu réussir «sans une certaine acceptation du dominés»²⁹⁵, va porter fruit à l'égard de plusieurs groupes d'Autochtones qui ont maintenant besoin de protection pour des raisons diversement liées à la désintégration de leur société : réfugiés Abénakis chassés de Nouvelle-Angleterre par les Britanniques, convertis Iroquois fuyant la persécution de leurs villages traditionnalistes, prisonniers et fugitifs divers et marginaux²⁹⁶, mais surtout Hurons cherchant refuge contre les Iroquois. Lorsque la Confédération iroquoise établira son hégémonie sur eux et les pourchassera, ils vont se rapprocher des Français :

286. Cornelius Jaenen, *op. cit.*, note 21, p. 21.

287. Denys Delâge, *op. cit.*, note 27, p. 296.

288. Cornelius Jaenen, *op. cit.*, note 21, p. 21; C 11A vol. 5, fol. 316-319.

289. C 11A, vol. 5, Fol. 316-319.

290. C 11A, vol. 12, fol 137-138v.

291. C 11A, vol. 28, fol. 100-147v et vol. 11, fol. 290-293v; vol. 52, fol. 33-36.

292. C 11A, vol. 104, fol. 462-471 : «les Sauvages domiciliés ne veulent pas aller en guerre à moins qu'on ne nourrisse leurs femmes et leurs enfants».

293. Denys Delâge, *op. cit.*, note 27, p. 129.

294. Elizabeth Tooker, *op. cit.*, note 238, p. 29.

295. Denys Delâge, *op. cit.*, note 27, p. 340.

296. Cornelius Jaenen, *op. cit.*, note 21, pp. 22-23.

«[...] les Hurons deviendront de plus en plus dépendants des Jésuites : en 1647-48, 3,000 Hurons leur demanderont protection et nourriture. Les Jésuites les reçoivent à l'intérieur de Ste-Marie, mais en retour il leur faut se convertir. À l'été 1648, un Huron sur cinq était chrétien. Quelques mois plus tard, la moitié était convertie».²⁹⁷

Dans ces circonstances, il y a lieu de croire Dickason : «ils n'embrassent la religion catholique que par intérêt [...] ils la pratiquent en apparence, en font les exercices, vont même à confesse, mais ils s'y présentent faux honte d'avouer leur turpitude, d'où il est apparent qu'ils en ressortent sans repentir de leurs fautes»²⁹⁸.

Malgré les échecs du début, malgré leur caractère concentrationnaire²⁹⁹, les réserves vont regrouper, à titre de domiciliés, peut-être plus de la moitié des Autochtones demeurant sur le territoire de la Nouvelle-France à la fin du régime français, si l'on se fie aux chiffres de Delâge³⁰⁰ sur la population autochtone au moment de la conquête.

Cette situation, consécutive à leur appauvrissement et aux effets culturels du contact de leur civilisation avec le capitalisme marchand européen, ses produits et ses modes de transfert, témoigne de leur dépendance matérielle et économique. Elle explique l'assimilation superficielle constatée au plan religieux et comportemental. Rien pourtant ne permet d'y lire une sujétion politique, sauf l'interprétation ethnocentrique déjà notée, selon laquelle les Français imputent aux Autochtones leurs propres représentations culturelles, et attachent à leurs comportements des significations que les Autochtones ne soupçonnent pas et dont ils s'empressent de se dissocier lorsqu'ils en ont connaissance.

4. Renversement du rapport de forces

Certes, analyser successivement le renversement du rapport démographique entre les Français et les Autochtones, leur appauvrissement progressif, leur besoin croissant de protection, c'est déjà faire voir le renversement du rapport global de forces

297. Denys Delâge. *op. cit.*, note 27, p. 156.

298. Mémoire apocryphe, cité par Olive P. Dickason, *op. cit.*, note 22, p. 38.

299. Denys Delâge, *op. cit.*, note 27, p. 298.

300. *Supra*, note 271.

dont ils sont victimes à la fin du régime français. Mais pour le cerner adéquatement, il faut encore en souligner les indices proprement politiques.

Ce renversement, longtemps en gestation et dont la charnière se situe sans doute au début du XVIII^e, commence d'abord à se manifester à mon avis sur le plan des formes diplomatiques. Alors que les ententes franco-amérindiennes du début de la colonisation se concrétisaient dans des alliances reposant sur des séquences protocolaires gestuelles et orales, à partir de 1624, c'est la forme de traités écrits que prendront les pactes de non-agression avec les Iroquois³⁰¹. Plus encore, non seulement les déclarations unilatérales d'indépendance de cette nation seront-elles écrites, mais la dernière, rédigée en 1748, sera notariée³⁰².

Mais ce n'est là que le reflet d'un renversement plus fondamental dans le rapport de forces entre la France et ses alliés, et plus largement entre les Européens dominants — bientôt britanniques — et les Autochtones. Le rôle que joue la France lors de la signature de la Paix de 1701 témoigne de la place prépondérante qu'elle prend désormais dans l'Alliance franco-huronne, où elle n'est plus un allié parmi d'autres, mais assume le leadership. Le Traité d'Utrecht fera bien voir quelques années plus tard quels sont les vrais joueurs de cette partie dont l'enjeu est l'Amérique du Nord : les Amérindiens, absents, n'apprendront que plus tard que leur territoire a été cédé par une puissance qui n'en détenait pas la souveraineté. La Conquête de la Nouvelle-France complète cette évolution : ce ne sont plus les Français qui appuient les guerres amérindiennes, ce sont les Amérindiens qui soutiennent les Européens dans un combat qui les oppose les uns aux autres. L'inversion du rapport de forces est achevée :

«D'autonomes qu'elles étaient, les sociétés amérindiennes deviennent la périphérie d'abord économique, puis politique et culturelle du centre : l'Europe».³⁰³

Périphérie, soit, mais sans sujétion politique formelle ou même concrète : la preuve en est que, malgré cette inversion du rapport de force, les Autochtones, même envillagés, signeront la Paix de 1701 à côté des Français, et obtiendront des Anglais, lors de la Conquête, une garantie séparée de leur statut.

301. *Supra*, p. 33 et suiv.

302. *Supra*, p. 45.

303. Denys Delâge, *op. cit.*, note 27, p. 92.

1665-66
Traité de
paix
entre les Français

ANNEXE I

«Traité de paix entre les Français et les Iroquois (1665-66)»

New-York Colonial Manuscripts, vol. 3

Treaty of Peace between the Iroquois and Governor de Tracy.

[TRANSLATED FROM THE FRENCH.]

[New-York Papers III. A. 28.]

ARTICLES of Peace demanded by Six Iroquois Ambassadors, Garakontie, Ammonhouraton, Gationonties, Hotreoti, Hasendaientak and Gannontie of the Omontagué tribe as well in the name of the said Tribe as in that of the two superior Cayugas and Senecas, conjointly with Achimhara of the Oneida Tribe in whose behalf, after he had adjoined himself to the Ambassadors, it was stipulated and granted in the name and on the behalf of the Most Christian King by Messire Alexander de Prouville, Chevalier Seigneur de Tracy, Councilor of the King in his Councils,

Vol. III.

16

Lieutenant General of His Majesty's Arms both in the Islands and Continent of South and North America as well by sea as by land, hereunto sufficiently authorized and empowered by Letters patents granted to him by his Majesty in date the in presence of and assisted by Messire Daniel de Cofreilles Councilor of the King in his Councils, Lieutenant General of his Majesty's Armies and Governor of Acadia, the Island of Newfoundland and of Canada and by Mtre Jean Talon, likewise His Majesty's Councilor and Intendant of Justice, Police and Finance of New France:—

IN THE NAME OF GOD, the Creator of all, be it known to the whole Universe that tho' the former most Christian Kings of Glorious Memory had frequently with danger, trouble and expense sent their subjects to discover unknown Countries occupied by Savage Nations, Barbarians and Infidels yet with so little success that until the reign of the Most High, Most Excellent and Most puissant prince, Louis the fourteenth by the Grace of God, Most Christian King of France and Navarre, their Majesty's Arms were carried only to the Island of Montreal, in the great river St Laurence; but that God, in the reign of the said Lord the King, Louis the Fourteenth, sustaining by his mercy His Majesty's pious designs, strengthening his generous undertakings and blessing his Arms elsewhere victorious, opened to the French, his subjects, the road to the four upper Iroquois Nations and introduced into the Countries bordering on Lake Ontario the said French, as well to establish the name of Christ there as to subject to the dominion of the French the Indian tribes there inhabiting; the above named Ambassadors are not come to demand a new peace, not pretending that the first union of the Iroquois with the French is broken or interrupted, but only to supplicate the confirmation of the former by granting them the continuance of the same protection that they formerly received from his Majesty's Arms and from his subjects who have resided at Onontagué for several years; Whereupon it has been concluded and agreed upon as follows:—

FIRSTLY,

That in as much as the four nations of Onontagué, Cayuga, Seneca and Oneida most humbly supplicate the said Lord the King to bury, with the massacred French, the memory of all the wrongs, excesses, injuries, and violences which they perpetrated in war against them; protesting that they did not want to employ their arms and turn their hatchets against them; that they are even sorry for, and sensibly regret having done so, though they intended only to destroy the Algonquins and Hurons their mortal enemies, protected by the French arms; the said Lord the King leaning much more to the side of clemency than to that of the punishment due to his just resentments, forgets and pardons the said Iroquois the said wrongs, excesses, injuries and violences; And those Iroquois also forgive on their side the checks and offences they experienced, whether from the Hurons or Algonquins, subjects of the said Lord the King, or living under his protection, through infraction of the Treaties of peace formerly made between them, the massacre of their Ambassadors or by the retention of their presents without returning others of a like sort.

2.

That the Hurons and Algonquins dwelling to the north of the River Saint Laurence, from the Esquimaux & Bertiamistes in going up, even to the Great Lake Huron or *Mer douce* and to the north of Lake Ontario, shall not be henceforth disturbed in the chase by the four Iroquois nations or troubled in their commerce going down to trade at Montreal, Three Rivers, Quebec

LONDON DOCUMENTS : II.

123

or any where else, either by land in the woods, or by water in their canoes, on any pretext whatsoever; the said Lord the King declaring from this moment that he holds them all not only under his protection but also as his proper subjects having been once acquired by his Majesty by right of subjection and vassalage; so on the contrary, the said Iroquois Nations shall be obliged to assist them in all their wants, whether in hunting, in peace or in war; and that the differences and enmities which have existed between the said Algonquins and Hurons and between the Iroquois ceasing by the present treaty, there shall be a mutual friendship and assistance between all the said tribes who shall live fraternally for their mutual defence under the common protection of the said Lord the King.

3.

That the said Iroquois Nations having testified the respect and high consideration they entertained for the French name in the person of the man named Le Moynes, inhabitant of Montreal, subject of the said Lord the King, captured by them in War, whom they have carefully preserved and returned with the same care and in the same condition to his proper abode with another Frenchman their prisoner; the said Lord the King will restore to them an Iroquois Woman, a captive of the Algonquins, who resides at Three Rivers, as he now does a Huron woman belonging to a refugee family at Seneca actually a Captive in the Huron fort at Quebec.

4.

That agreeably to their desires and earnest prayers, two Black gowns (that is to say, two Jesuit Fathers) shall be granted them, one of whom shall succeed to the Charitable Charge which the late Father Le Moynes took of their Instruction; that the said Iroquois shall in return entertain towards the said two Black Gowns the like sentiments of gratitude they testified towards the memory of said deceased Father, whose death they declared to have learned passing Three Rivers, with great grief having even made a present to resuscitate him. Likewise that an Armorer be sent them next spring to repair their arms broken against their enemies, and a Surgeon to attend to their sick & wounded which they particularly desire and which the said Lord the King willingly grants to testify to them not only his zeal for the advancement of Christianity & the Establishment of the faith, amongst them as well as their salvation by having them instructed in the principles and mysteries of our Religion, but also the benevolence and charity that induce his Majesty to furnish them temporal assistance so necessary and useful to them against diseases, their domestic enemies and foreign attacks.

5.

That inasmuch as the four Iroquois Nations acknowledge the advantages they have derived from the union with the French and from the communication they had with them, when they had them in their habitations, and in expectation of the like they ask the said Lord the King to cause some French families to remove to Onontagué, Cayuga and Seneca to settle in their country, offering to aid them in their establishment and to sustain them with their power against those Tribes that would wish to oppose or retard it, his Majesty engages to send some thither next Spring along with the Ambassadors who are to bring back the ratification of the present treaty by the four nations, on condition that in each of these fields shall be granted suitable for the erection of Cabins to shelter said families and to plant some Indian corn, to be furnished for seed, in exchange for such their provisions as shall be transported for that purpose

by the French who will furnish the Iroquois tribes with some of these supplies; that hunting and fishing shall be common to the French families, who besides are to expect from the Iroquois all the favorable aid and assistance that true brethren must render the one to the other.

6.

That in order to render the desired union of the Iroquois and French Nations the stronger and more stable; peace the more firm and enduring and correspondence the more easy, there shall be sent from each of the four Upper Nations to Montreal, Three Rivers and Quebec two of the principal Iroquois families to whom fields, grain and Indian corn shall be furnished besides the privilege of hunting and fishing in common, which shall be granted them, and that for the purpose of cementing and more strongly confirming that peace often made and as often broken, and the better to engage the said Lord the King to continue his protection to the whole nation in general, to which this opportunity is presented to manifest its good intentions to hold the French not merely by the hem and the fringe of the garment, but to clasp them cordially around the waist.

7.

That upon the assurance given in the name of the four nations that they will not commit any acts of hostility on the Algonquins and Hurons, the hatchet of the said French, Algonquins and Hurons respectively will remain suspended as regards the said Iroquois Nation until the return of the Ambassadors with the ratification of the present treaty, it being well understood that as there are hunting and war parties of the Oneidas and Mohawks abroad, should these by accident or design attack the French, Algonquins and Hurons (which God forbid) the latter are permitted to repel force by force, and to have recourse to arms for the preservation of their lives ~~without~~ having their justifiable resistance ascribed to an infraction of the treaty in consequence of the death or defeat of said parties.

8.

That as the ignorance of the Mohawks respecting the arrival of the French is inexcusable, the forts constructed and set out on the Richelieu river and in the vicinity of the said Mohawks settlement, being sufficient to apprise them thereof, they are also without excuse for not having sent Ambassadors to sue for peace, like the other Upper Nations; that therefore this tribe alone shall be excluded for the present from this treaty, the said Lord the King reserving to himself to include them should he think proper, when they will send on their part to sue for peace & his protection.

9th and last.

That this present treaty of peace may continue sure, firm and inviolable and be fulfilled in all the parts and articles contained, treated, granted and stipulated therein, between Messire Alexander de Prouville, in presence of and assisted by as above, and the Six Iroquois Ambassadors aforesaid, it shall, after having been read in the Iroquois tongue, be respectively signed on the one side and the other to remain authentic and to be referred to in case of need; and its ratification on the part of the four Upper Nations shall be communicated within four Moons by the return of the same Ambassadors who being unable to sign have voluntarily pledged themselves to affix the distinctive mark of their tribes—The Bear,¹ the Wolf and the Tortoise, in presence of

¹ The word "Bear" is omitted in the London, but inserted in the French copy, (*Paris Doc. I.*) which in many respects is the most correct.—Ed.

LONDON DOCUMENTS : II.

Francois Le Mercier, Member, Priest and Superior of the Society of Jesus at Quebec, of Joseph Marie Chaumonot also priest and member of the said Society, and of Charles Le Moyne inhabitant of Montreal, all Interpreters of the Iroquois & Huron tongues, who have signed as witnesses.

Done at Quebec the thirteenth December, One thousand Six hundred and Sixty five.

ANNEXE II

«Déclaration d'indépendance des Iroquois (1748)»

R.A.P.Q. 1921-22, p. 109

ACTE AUTHENTIQUE DES SIX NATIONS IROQUOISES
SUR LEUR INDÉPENDANCE
(2 NOVEMBRE 1748)

Ce jourd'huy deux novembre mil sept cent quarante huit, deux heures de Releree, nous notaires Royaux en la Prevosté de Québec, y résidens soussignez ayant été mandez, à l'effet cy après, par Monseigneur Le Marquis de La Galissoniere Commandant Général de la Nouvelle-France, et par Monseigneur Bigot Intendant de Justice, Police, finances et de Marine au dit pais Nous sommes transportez dans la Grande Salle d'audience du Chateau St-Louis de Quebec dans laquelle, peu après, se sont assemblez les deputez des Nations Iroquoises cy après nommées. Les dits deputez au nombre d'environ quatre ringts Lesquels étaient accompagnés du Sieur de Joncaire officier dans les Troupes du Roy et Interprete, Lequel nous a dit que ces deputez étoient, pour la pluspart, Les principaux Cheys des dites Nations Sçavoir des Tsonontouans, des Onontagués, des Gayougoïans, des Onevouis, et qu'ils étoient chargez de parler pour les Tascarorins; à L'Instant sont entre dans la de Salle Mes dits Seigneurs Gouverneur Général et Intendant suivis d'un grand nombre d'officiers et d'autres personnes de distinction et S'étant assis, Monseigneur Le Commandant Général a dit Mes Enfans je vous ay appellez aujourd'huy pour vous demander si vous êtes sujets des Anglois ainsy que j'ay ouï dire qu'ils le pretendent et suivant ce que m'ont mandé Mrs Clinton et Shyrye G Gverneurs de Newyork et de Baston dont Voyez les Lettres où ils m'écrivirent que vous êtes Vassaux de la Couronne d'Angleterre et que vous êtes obligez d'aller en guerre pour les Anglois quand ils vous l'ordonnent. Et à L'Instant les dites Lettres ont été montrées en original et Le dit Sieur de Joncaire en ayant pris la Traduction qui étoit aussi sur le Bureau, la leur a Expliquée a haute voix ainsy que la demande de Monseigneur Le Commandant Général qu'ils ont payé bien comprendre Suivant ce que nous ont assuré plusieurs personnes présentes qui entendent leur langue.

Alors Les dits Cheys ont deliberé quelque Temps entr'eux, après quoy Cachoumtiouei chef des Onontagués, parlant au nom de Son Village et de celui des Tsonontouans, a dit qu'autrefois il n'y avoit point de blancs dans tout ce continent, mais que depuis environ cent ans il s'en étoit établis Tant françois qu'Anglois, Qu' Ils avoient lié commerce avec les uns et avec les autres pour avoir des fusils, des Couvertures et autres commoditez qui leur étoient cy devant inconnues, Qu'ils avoient même eu avec plaisir s'établi des Traiteurs dans leur voisinage, mais qu' Ils n'avoient cedé leurs Terres à personne, qu' Ils comptent qu'elles Sont toujours à Eux, Qu' Ils ne les Tiennent que d' Le Ciel.

Il a un en disant que Tout ce qu'il avoit dit étoit au Nom de Toutes les Nations ici présentes par leur députés et même des Tascarorins.

Ensuite S'est levé Toniahac Chef Gorooguan qui a repeté les mêmes choses et qui a ajouté que pour preuve que les six Nations Iroquoises n'étoient point sujettes de L'Angleterre, C'est que dans cette guerre cy et la précédente les Anglois les avoient continuellement

sollicités de prendre la hache contre les françois, ce qu'ils ont refusé constamment et qu'ils refuseront encore voulant se maintenir en paix avec les englois et les françois.

Le Goyougouân a fini en disant qu'il parloit aussi au nom de Toutes les Nations présentes et Tous ont approuvé à leur maniere ordinaire ce qu'il a dit.

Alors Mon dit Seigneur Le Général Nous a reçu acte de Tous ces discours et des réponses faites par les dits députés et approuvées par Tous leurs Contrères. Et a demandé qu'il fût signé de plusieurs des assistans sur tout de Ceux qui entendent la Langue. Ce que Nous luy avons octroyé pour Valoir et Serrir ce que de raison. Et ont Mon dit seigneur Le Commandant general, et Mon dit seigneur Intendant signé ces presenes avec M. Pierre Rigaud de Vaudreuil Ecuier chevalier de l'ordre Royal et militaire de Saint Louis Lieutenant de Roy des Ville et Chateau de Québec et autres officiers et personnes de distinction presens sçavoir M. Jean Victor Varin Commssaire de la Marine ordonateur de Montréal Paul de Becard Ecuyers, S. de Fonville, capitaine dans les troupes du detachment de la Marine entretenues pour le service du Roy en ce pays, Gaspard Chaussegros Ecr., Sieur de Lery capitaine ingénieur en Chef dans les places en ce pays, Daniel Liéard Ecuier, Sr de Beaujeu capitaine des des. Troupes. Et encore deux cy après Lesquels entendent les langues iroquoises, Sçavoir Louis de Chapt Ecuier cdt. de la Corne aussi capitaine des dites Troupes, Pierre de Chapt Ecuier chevalier de la Corne aussi capitaine, Philippe Thomas de Joncaire Ecuier Lieutenant des de. Troupes et interprete susdit, Les Sieurs Lecardeur de Montesson et Dagneaux Douville Ecuier officier des dites Troupes, Louis Dailleboust et Philippe Dagneaux de la Saussaye Ecuiers et du Sieur Louis de Cavelier, aussi interprete et de nous dits Notaires, Et les dits deputez ez nommes ont, à leur regard, ne sachant écrire, fait et Signé les marques de leurs Nations. Fait et arrêté au dit château Saint-Louis de Québec Les jour et en Susdits.

LA GALISSONTÈRE.	BIGOT.
RIGAUD DE VAUDREUIL.	FONVILLE.
VARIN.	LE CHEV. DE LA CORNE.
LA CORNE.	CHAUSSEGROS DE LERY.
BEAUJEU	MONTESSEON.
DAILLEBOUST	JONCAIRE
DAGNIAUX DOUVILLE	DAGNEAUX DE LA SAUSSAYE.
LE CAVELIER.	DULAURENT.
MARQUE DES ONOYOUTS,	Marque des TSONNONTOUANS et TASCARORINS.
Marque des ONONTAGUÉS,	Marque des GOYUGOUÂNS,
PANET.	DU LAURENT (1)

1) Archives Judiciaires de Québec, greffe de Dulaurent.

CHAPITRE IV

L'INFLUENCE DU RÉGIME FRANÇAIS SUR LE STATUT ET LES DROITS DES PEUPLES AUTOCHTONES DU CANADA : UNE RELECTURE CRITIQUE DE LA JURISPRUDENCE

Alain Bissonnette

Il existe aujourd'hui une véritable controverse au sujet de l'influence du Régime français sur le statut et les droits des peuples autochtones du Canada. Si elle entraîne des débats politiques et judiciaires principalement à l'égard du territoire actuellement compris à l'intérieur des frontières de la province de Québec¹, cette problématique concerne, en fait et en droit, tous les territoires américains cédés par la France à la Grande-Bretagne².

Il faut évidemment comprendre le contexte dans lequel cette problématique s'inscrit aujourd'hui. La *Loi constitutionnelle de 1982*³ comporte des dispositions qui ont pour effet de reconnaître et de confirmer les droits existants —ancestraux ou issus de traités— des peuples autochtones du Canada. Les tribunaux canadiens sont évidemment appelés à interpréter ces dispositions. Parmi les questions qui se posent à eux dans ce domaine, il en est quelques-unes qui réfèrent à la situation juridique qui a prévalu à l'égard des peuples autochtones pendant le

1. Deux décisions de la Cour d'appel du Québec à cet égard seront bientôt entendues en appel devant la Cour suprême du Canada : *Adams c. R.* [1993] R.J.Q. 1011 (permission d'en appeler accordée le 9 décembre 1993) et *Côté c. R.*, [1993] R.J.Q. 1350 (permission d'en appeler accordée le 3 mars 1994). Deux mémoires portant sur cette controverse ont été présentés devant la Commission royale sur les peuples autochtones : Barreau de Québec, *Pour une conciliation équitable des intérêts des peuples d'origine autochtone et non autochtone résidant au Québec*, Mémoire présenté à la Commission royale d'enquête sur les peuples autochtones, 18 novembre 1992; Ghislain Picard, Vice-Chef, Assemblée des Premières Nations du Québec et du Labrador, *Les droits des premières nations au Québec*, Mémoire présenté à la Commission royale d'enquête sur les peuples autochtones, 25 mai 1993.
2. «Les territoires soumis à la souveraineté du Roi de France sont divisés en plusieurs grandes régions administratives : Acadie, Canada, Labrador, postes du Domaine du Roi, pays d'en haut (Grands Lacs), Louisiane et territoires de l'Ouest.» Morin, Jacques-Yvan et José Woehrling, *Les Constitutions du Canada et du Québec du régime français à nos jours*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1992, 978 p., à la page 4. Une carte identifiant les territoires d'Amérique du Nord cédés par la France à l'Angleterre en 1714 et 1763 est publiée dans Mousnier, Roland et Ernest Labrousse, *Le XVIII^e siècle. L'Époque des «Lumières» (1715-1815)*, Paris, Presses universitaires de France, Collection Quadrige, 1985, 579 p., à la page 326.
3. Edictée comme l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, (R.-U.) 1982, c. 11, elle est entrée en vigueur le 17 avril 1982.

Régime français : non seulement y a-t-il donc lieu pour eux de connaître ce régime, mais il faut également qu'ils qualifient les conséquences qu'il a pu entraîner sur le statut et les droits des peuples autochtones du Canada.

Dans le cadre du mandat de recherche qui nous a été confié par la Commission royale sur les peuples autochtones, j'ai voulu jeter un éclairage critique sur la façon dont les tribunaux ont jusqu'à présent abordé cette question. Mon propre point de vue ici se fonde principalement sur les règles d'interprétation formulées par la Cour suprême du Canada en matière de droits ancestraux ou issus de traités des peuples autochtones du Canada et sur une approche du phénomène juridique qui se veut consciente des logiques, des conceptions et des méthodes propres aux différents groupes sociaux qui participent à sa formulation ou qui en subissent l'influence.

Je tiens à indiquer que ma perspective s'inscrit dans une pratique professionnelle de juriste et d'anthropologue. Elevé et formé dans un univers culturel de type occidental, j'aborde les réalités historiques, sociales et juridiques principalement en cherchant à comprendre la logique et les enjeux qui caractérisent toute situation particulière, et ce par l'intermédiaire de cueillettes d'informations tirées principalement de matériel écrit, et d'analyses utilisant des méthodes déductives ou inductives de raisonnement. Cette appréhension du réel n'est pas universelle. Dans le domaine particulier des relations établies par les peuples autochtones avec leur environnement social et physique, dans l'interprétation de leur propre histoire et dans la façon d'exprimer leurs droits et leurs aspirations, d'autres manières d'aborder le monde et de s'y exprimer sont clairement manifestées. Je ne prétends aucunement à une approche globale de la problématique que j'aborde. Autrement dit, je m'inscris clairement dans un certain champ culturel, historique et disciplinaire, celui qui caractérise la société dans laquelle j'ai été socialisé. Conscient de leurs mérites mais aussi de leurs limites, je vais amorcer l'élaboration d'une problématique et utiliser des concepts reconnus ou du moins permis par ma tradition intellectuelle. Dans ce sens, ma perspective se situe parmi d'autres et elle ne peut aucunement prétendre à une forme de vérité universelle, immuable ou échappant à l'histoire. Elle a cependant pour ambition de dévoiler certains des fondements paradigmatiques orientant les débats juridiques contemporains relatifs aux droits des peuples autochtones du Canada.

C'est donc uniquement dans cette perspective que j'ai abordé ma recherche, et ce avec deux objectifs limités, mais précis. J'ai voulu, dans un premier temps, clairement identifier la problématique qui, à mon avis, est celle dans laquelle s'inscrivent

les débats juridiques contemporains au sujet de l'influence du Régime français sur le statut et les droits des peuples autochtones du Canada. Dans un deuxième temps, j'ai voulu décrire et critiquer les principales affirmations qui ont été faites par les tribunaux canadiens à ce sujet.

I- LA PROBLÉMATIQUE

Depuis quelques années, la Cour suprême du Canada a rendu quelques décisions majeures relativement aux droits ancestraux ou issus de traités des peuples autochtones du Canada. Toute problématique visant à rendre compte des logiques et des enjeux dans ce domaine précis de la réalité doit inévitablement utiliser ces décisions à titre de données qui structurent les débats. Dans une première partie, je rappellerai donc les éléments compris dans ces décisions qui me semblent particulièrement pertinents pour les fins de mon analyse. Mais cette même problématique doit, en outre, prendre en considération le nouveau paradigme qui, à mon avis, découle de ces décisions récentes de la Cour suprême du Canada. Ce nouveau paradigme peut être qualifié de pluralisme juridique. Dans une deuxième partie, j'identifierai donc ce qui m'apparaît constituer ses principales caractéristiques et je démontrerai comment ce paradigme devrait guider notre interprétation contemporaine de l'influence du Régime français sur le statut et les droits des peuples autochtones du Canada.

A- Deux décisions de la Cour suprême du Canada qui fondent surtout la légitimité du système juridique britannique

Deux décisions de la Cour suprême du Canada retiendront maintenant mon attention : les arrêts *Sparrow* et *Sioui*. Si d'autres décisions ont été rendues par cette même cour au sujet des droits ancestraux ou issus de traités des peuples autochtones du Canada, ces deux-là me semblent marquer un changement paradigmatique fondamental que j'identifierai en deuxième partie. Pour l'instant, à cause de leur très grande importance, je résumerai les principaux raisonnements suivis par les juges en rendant leur décision dans ces deux affaires.

Dans l'affaire *Sparrow*⁴, la Cour suprême du Canada a rendu une première décision qui a tracé le modèle d'analyse devant être suivi par les tribunaux canadiens en matière de droits ancestraux des peuples autochtones.

4. *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, décision rendue le 31 mai 1990.

Selon ce jugement, il faut d'abord que la preuve du droit ancestral soit faite. Deux critères sont utilisés pour en juger. D'une part, il faut que les ancêtres de la personne concernée aient vécu dans la région où le droit est exercé et que ceux-ci aient formé une société organisée avant la venue des Européens. D'autre part, il faut que l'activité en question (pêche, chasse, etc.) ait fait partie intégrante de cette société à cette époque et qu'elle en fasse partie encore aujourd'hui. À une preuve semblable, il est possible d'opposer l'extinction du droit en question. Mais pour convaincre un tribunal canadien d'adopter une telle conclusion, il faut démontrer une intention claire et expresse du Souverain d'éteindre ou d'abroger le droit ancestral en question.

Un droit ancestral existant en 1982 ne peut plus être abrogé par une règle de droit au Canada. Mais il peut cependant être limité par une mesure qui, selon le tribunal, constitue une réglementation légitime. Pour qu'une réglementation soit jugée légitime, il faut que son objectif soit valide et que soit respecté l'honneur de la Couronne dans ses rapports de fiduciaire envers les peuples autochtones.

Par ailleurs, dans l'affaire *Sioui*⁵, la Cour suprême du Canada a analysé un document rédigé par le Général Murray le 5 septembre 1760, soit trois jours avant la Capitulation des Français à Montréal, et elle a conclu que ce document constituait bel et bien un traité au sens de la Loi sur les Indiens⁶. À ce titre, en 1982, le document en question produisait toujours des effets juridiques et la liberté de coutumes et de religion qu'il a reconnue aux Hurons a rendu inopérants deux articles d'un règlement empêchant de faire des feux, de couper des arbres et de camper à l'intérieur des limites d'un parc provincial.

Afin de déterminer la nature juridique de ce document, dont le libellé laissait place à une certaine ambiguïté, le juge Lamer qui a rédigé le jugement a eu recours à une preuve historique et il a conclu son analyse des faits en affirmant qu'à cette époque tant la Grande-Bretagne que la France considéraient les nations indiennes comme jouissant d'une indépendance suffisante et détenant un rôle assez important en Amérique du Nord pour qu'il

5. *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, décision rendue le 24 mai 1990.

6. L'article 88 de cette loi fédérale se lit comme suit : « Sous réserve des dispositions de quelque traité et de quelque autre loi fédérale, toutes les lois d'application générale et en vigueur dans une province sont applicables aux Indiens qui s'y trouvent et à leur égard, sauf dans la mesure où ces lois sont incompatibles avec la présente loi ou quelque arrêté, ordonnance, règle, règlement ou règlement administratif pris sous son régime, et sauf dans la mesure où ces lois contiennent des dispositions sur toute question prévue par la présente loi ou sous son régime. »

s'avère de bonne politique d'entretenir avec elles des relations très proches de celles qui étaient maintenues entre nations souveraines :

«En effet, les métropoles faisaient tout en leur pouvoir pour s'assurer de l'alliance de chacune des nations indiennes et pour inciter les nations coalisées à l'ennemi de changer de camp. Ces efforts, lorsque couronnés de succès, étaient concrétisés par des traités d'alliance ou de neutralité. Cela indique clairement que les nations indiennes étaient considérées, dans leurs relations avec les nations européennes qui occupaient l'Amérique du Nord, comme des nations indépendantes.»⁷

Après avoir établi que le document constituait bel et bien un traité au sens de la *Loi sur les Indiens*, c'est-à-dire un accord «*sui generis*», ni créé, ni éteint selon les règles du droit international, mais engageant la responsabilité de la Couronne britannique et de ses successeurs, le juge Lamer a ensuite analysé sa portée territoriale. Pour ce faire, il a recherché l'intention des parties sur cette question au moment de la conclusion du traité. Sa conclusion a été que :

«Murray et les Hurons envisageaient que les droits garantis par le traité pourraient s'exercer sur tout le territoire fréquenté par les Hurons à l'époque en autant que l'exercice des coutumes et des rites ne serait pas incompatible avec l'utilisation particulière que la Couronne ferait de ce territoire.»⁸

L'intention commune des parties quant à la portée territoriale du traité est donc interprétée par la Cour suprême du Canada comme assurant aux Hurons une protection de leurs coutumes tant et aussi longtemps que l'exercice de ces coutumes demeure compatible avec l'utilisation du territoire décidée unilatéralement par le conquérant britannique —ce sont là les mots utilisés par le juge Lamer— ou par ses successeurs.

À partir de ces deux exemples, il est permis de démontrer comment la reconnaissance des droits ancestraux et issus de traités favorise surtout la légitimation du système juridique qui a été importé en Amérique du Nord par les Britanniques et qui a évolué

7. Sioui, *op. cit. supra*, note 5, à la page 1053.

8. *Ibid.*, à la page 1070.

depuis jusqu'à la reconnaissance constitutionnelle des droits des peuples autochtones du Canada.

Ce qu'il faut bien indiquer, dès le départ, c'est que dans l'une et l'autre de ces décisions la souveraineté de la Grande-Bretagne et celle de ses successeurs est constamment réaffirmée de façon péremptoire. Dans l'affaire *Sparrow* :

«Il convient de rappeler que bien que la politique britannique envers la population autochtone fût fondée sur le respect de leur droit d'occuper leurs terres ancestrales, comme en faisait foi la Proclamation royale de 1763, dès le départ, on n'a jamais douté que la souveraineté et la compétence législative, et même le titre sous-jaçant, à l'égard de ces terres revenaient à Sa Majesté.»⁹

Dans l'affaire *Sioui* :

«[L]e désir de la Couronne britannique de coloniser et d'utiliser à son profit les terres conquises ne peut pas non plus faire de doute. Murray s'employait depuis des années à une guerre qui avait pour but d'agrandir les richesses, les ressources et l'influence de la Grande-Bretagne. Il n'aurait vraisemblablement pas accordé, sans plus de précision, des droits absolus qui pouvaient paralyser la Couronne dans l'utilisation des nouveaux territoires conquis.»¹⁰

Dans ces affirmations, le véritable point de vue adopté est exclusivement celui des Britanniques, bien que divers procédés rhétoriques ont été utilisés par les juges dans le but de convaincre leur auditoire que les peuples autochtones partageaient également ce point de vue :

«Dès le départ, on n'a jamais douté que la souveraineté et la compétence législative (...) revenaient à Sa Majesté.»¹¹

9. Sparrow, *op. cit. supra*, note 4, à la page 1103.

10. Sioui, *op. cit. supra*, note 5, à la page 1071.

11. Sparrow, *op. cit. supra*, note 4, à la page 1103, souligné par nous.

«Le désir de la Couronne britannique de coloniser et d'utiliser à son profit les terres conquises *ne peut pas non plus faire de doute.*»¹²

Dans ces deux affirmations, on présume que la question était déjà réglée et évidente pour tous. Et ce qui est à remarquer, c'est qu'on ne discute absolument pas de ce qu'a bien pu être le point de vue des peuples autochtones à ces sujets. Les mêmes juges avaient pourtant affirmé dans les mêmes jugements, d'une part, qu'en matière de droits ancestraux et quant à leur nature, il faut éviter d'appliquer les concepts traditionnels de propriété propres à la *common law* et qu'il est, au contraire, crucial de se montrer ouvert au point de vue des autochtones eux-mêmes¹³ et, d'autre part, qu'en matière de capacité de conclure un traité, il faut analyser la question «avec les yeux des Indiens de l'époque»¹⁴.

Par ailleurs, un autre procédé rhétorique est utilisé explicitement dans l'affaire *Sioui* afin de transformer en règle de droit ce qui n'était qu'un fait. Le juge Lamer a d'abord créé une véritable fiction lorsqu'il a prêté une intention commune aux parties quant à la portée territoriale du traité. Cette intention commune, c'est bel et bien le juge Lamer qui la définit en 1990 et place ainsi les deux parties dans une situation inégalitaire : les Hurons voulant protéger l'exercice de leurs coutumes, le conquérant britannique voulant assurer son désir d'expansion territoriale. De cette intention commune, le juge tire ensuite la conséquence suivante : il suffit de constater quelle utilisation du territoire est décidée par le successeur de la Couronne britannique. Le juge constate ainsi un simple fait sans discuter comment, ni en vertu de quel principe, le législateur en question a pu adopter une règle venant en contradiction avec un droit issu du traité. L'oubli systématique dans lequel ont été plongés les droits en question pendant des années est ainsi légitimé.

En matière de droits ancestraux, la Cour n'a même pas eu besoin d'élaborer une argumentation explicite pour arriver aux mêmes résultats. En effet, les exigences qu'elle impose en matière de preuve de l'existence d'un droit ancestral permettent d'éviter toute discussion sur les raisons qui ont pu empêcher un groupe autochtone de continuer à utiliser un certain territoire. Encore une fois, les faits deviennent du droit.

12. *Sioui*, *op. cit. supra*, note 5, à la page 1071, souligné par nous.

13. *Sparrow*, *op. cit. supra*, note 4, à la page 1112.

14. *Sioui*, *op. cit. supra*, note 5, aux pages 1038 et 1040.

On peut penser qu'en interprétant ainsi les droits des peuples autochtones du Canada, les juges du plus haut tribunal du pays ont rempli leur devoir tel qu'il est prescrit par la disposition constitutionnelle pertinente :

«Les droits existants —ancestraux ou issus de traités— des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.»

Mais comme l'a si bien démontré Gérard Timsit¹⁵, la prédétermination n'est jamais totale. En fait, le juge co-détermine la norme dans un contexte culturel particulier. Dans le cas qui nous concerne, le décodage de la disposition constitutionnelle relative aux droits des peuples autochtones s'inscrit dans une dynamique où s'opposent des valeurs, des croyances et même des idéologies. Nous sommes bel et bien ici devant une situation de dialogisme¹⁶. Or, une telle situation entraîne inévitablement une incertitude dans la détermination de la signification des normes. Face à cette incertitude, quels ont donc été les choix des juges canadiens?

Cherchant à valoriser auprès des peuples autochtones la *Loi constitutionnelle de 1982*, ils ont fait référence à leurs conceptions lorsqu'il a fallu déterminer l'existence d'un droit ancestral ou d'un traité au sens de la *Loi sur les Indiens*. C'est ainsi qu'a été assouplie la règle générale de droit colonial britannique voulant que les droits des habitants d'un territoire sont maintenus en vigueur, même en situation de conquête, tant et aussi longtemps que la Couronne ou ses successeurs n'en décident autrement. La règle a été assouplie afin d'intégrer à la catégorie de droits de propriété telle que définie en *common law*, les façons propres aux peuples autochtones d'occuper ou d'utiliser leurs territoires. La même démarche a également été suivie au sujet des ententes conclues avec les Indiens, celles-ci ne correspondant pas intégralement aux traités conclus en droit international.

Bref, les juges ont tenu compte du point de vue des peuples autochtones afin d'accorder à certaines situations un statut juridique au sein du système juridique de tradition britannique. Mais une fois ce statut obtenu, une fois que ces situations sont devenues des éléments au sein du système global, les valeurs, les croyances, les idéologies auxquelles ont fait référence les juges de la Cour suprême ont beaucoup plus à voir avec la légitimité de

15. Timsit, Gérard, *Les noms de la loi*, Paris, Presses Universitaires de France, Les voies du droit, 1991, 199 p.

16. *Ibid.*, aux pages 164 et 165.

l'État canadien qu'avec le sentiment d'injustice vécu par les peuples autochtones.

En outre, la constitutionnalisation des droits des peuples autochtones —aussi limités soient-ils— crée un nouveau jeu d'équilibre entre eux et les règles de droit applicables au Canada, un juge pouvant arriver à la conclusion qu'une disposition législative ou réglementaire porte, sans justification, atteinte à un droit, dont il aura lui-même préalablement reconnu l'existence. Une telle perspective ne peut que plaire aux Autochtones qui veulent se libérer de certaines normes ou encore qui veulent contester la juridiction des gouvernements à leur égard. Mais dès le moment où les Autochtones exercent un tel recours, ils participent inévitablement à un processus de légitimation de l'ensemble du système juridique canadien, dont les juges demeurent les maîtres d'oeuvre.

C'est ainsi qu'à mon avis la reconnaissance des droits ancestraux et issus de traités des peuples autochtones du Canada favorise avant tout la légitimation du système juridique qui a été importé en Amérique du Nord par les Britanniques, tout en créant, selon moi, un nouveau paradigme permettant d'analyser différemment dorénavant les droits ancestraux et issus de traités des peuples autochtones.

B- La création d'un nouveau paradigme

Quelles que soient les limites qui ont été apportées aux principes fondamentaux qui sont compris dans les arrêts *Sparrow* et *Sioui*, il n'en demeure pas moins que ces deux jugements ont marqué la création d'un nouveau paradigme en droit canadien.

D'abord, en ce qui concerne les caractéristiques ou les attributs des droits ancestraux, la Cour suprême du Canada a indiqué qu'il faut prendre soin d'éviter d'appliquer les concepts traditionnels de propriété propres à la *common law* à ces droits qui appartiennent aux peuples autochtones et qui sont en harmonie avec leur culture et leur mode de vie. La Cour a ajouté, d'une part, qu'il est crucial de se montrer ouvert au point de vue des Autochtones eux-mêmes quant à la nature «*sui generis*» de leurs droits ancestraux et, d'autre part, qu'il serait artificiel d'établir une distinction nette entre un droit ancestral particulier et la manière précise dont il est exercé.

Ensuite, en ce qui concerne la création des traités au sens de la *Loi sur les Indiens*, la Cour suprême du Canada a indiqué qu'ils constituent des accords «*sui generis*» ni créés, ni éteints

selon les règles du droit international, mais découlant plutôt de négociations entre la Couronne et les peuples autochtones, et qui ne se limitent pas à la seule dimension territoriale mais pouvant plutôt comprendre tout le faisceau de droits se rattachant à la notion d'alliance ou de neutralité établie entre la Couronne et les peuples autochtones concernés.

Enfin, en ce qui concerne la situation historique qui régnait en Amérique du Nord entre 1755 et 1763, la Cour suprême du Canada a indiqué que les Français aussi bien que les Britanniques reconnaissent l'importance déterminante des alliances avec les peuples autochtones, tant quant à l'issue de leur propre guerre intercoloniale qu'à l'égard de la sécurité de leurs colonies respectives d'Amérique du Nord :

«Suite aux défaites écrasantes des Anglais aux mains des Français en 1755, les Anglais s'étaient rendus compte que le contrôle de l'Amérique du Nord ne pourrait s'acquérir sans la collaboration des Indiens. Aussi, s'employaient-ils depuis à s'allier le plus grand nombre possible de nations indiennes. Conscients depuis longtemps du rôle stratégique des Indiens pour le succès de tout effort de guerre, les Français n'épargnaient rien non plus pour se les allier ou s'assurer du maintien des alliances déjà acquises.»¹⁷

Ainsi, en ce qui concerne la façon d'analyser les situations qui permettent de conclure à l'existence d'un droit ancestral ou issu de traité, ces deux décisions marquent clairement l'instauration d'une nouvelle logique générale d'analyse et d'interprétation des rapports établis en Amérique du Nord entre les peuples autochtones et les Couronnes française et britannique, à tout le moins du début de leur rencontre jusqu'à la période de transition entre le Régime français et celui instauré par la conquête britannique sur les concurrents français, soit jusque vers 1763. Dans tous ces cas, il faut adopter une interprétation libérale, les ambiguïtés devant être résolues en faveur des peuples autochtones. En outre, il faut dorénavant éviter de véhiculer les préjugés du passé et se fonder plutôt sur les connaissances contemporaines¹⁸.

17. Sioui, *op. cit. supra*, note 5, à la page 1054.

18. Lire à cet égard : *Calder c. P. G. Colombie-Britannique* (1973) R.C.S. 313, à la page 346; *Simon c. R.*, [1985] 2 R.C.S. 387, à la page 589; Sioui, *op. cit. supra*, note 5, à la page 1035; *Sparrow, op. cit. supra*, note 4, à la page 1093; *Mitchell c. Bande indienne de Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85, à la page 143.

C'est à la lumière de ces règles d'interprétation et du nouveau paradigme pluraliste qu'elles instaurent qu'il faut dorénavant analyser les affirmations qui ont été faites par la jurisprudence relativement aux conséquences du Régime français sur le statut et les droits des peuples autochtones du Canada.

II- UNE JURISPRUDENCE FONDÉE SUR DES PARADIGMES RÉVOLUS ET SUR DES RAISONNEMENTS INADÉQUATS

«Tout juriste s'efforce, jour après jour, d'améliorer le droit, c'est-à-dire d'améliorer ses justifications.»¹⁹ Cet idéal formulé sous le sceau du constat nous offre aujourd'hui l'occasion de nous mettre à son diapason. L'analyse des quelques décisions judiciaires qui ont discuté de l'influence du Régime français sur le statut et les droits des peuples autochtones du Canada nous sera surtout utile par ce qu'elle dévoilera sur les paradigmes et les types de raisonnements utilisés jusqu'à présent par les tribunaux.

A. Les décisions judiciaires pertinentes

Il faut le souligner dès le départ, peu de décisions judiciaires ont traité de cette question de l'influence du Régime français sur le statut et les droits des peuples autochtones du Canada. Celles qui l'ont fait se répartissent sur une assez longue période commençant au début du XIX^e siècle. Avant 1982, elles ne pouvaient évidemment pas traiter de la constitutionnalisation des droits ancestraux ou issus de traités des peuples autochtones et elles concernaient principalement des litiges découlant soit des dispositions de la *Loi sur les Indiens*, soit de conflits entre des lois fédérales ou provinciales et les droits ancestraux.

Une question préalable doit toutefois être abordée. Dans quelle mesure le Régime français peut-il avoir une influence sur le statut et les droits des peuples autochtones, alors qu'en droit et en pratique, la France a cédé tous ses droits à la Grande-Bretagne, il y a de cela plus de deux siècles?

Pour certains, cette question ne mérite pas d'être discutée. Ainsi, dans l'affaire *Bear Island*, le juge Steele de la Cour suprême de l'Ontario a affirmé qu'avec la signature du Traité de Paris de 1763, la Couronne britannique a acquis une totale souveraineté à

19. Atias, Christian, *Savoir des juges et savoir des juristes. Mes premiers regards sur la culture juridique québécoise*, Montréal, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, McGill Legal Studies No. 6, 1990, 164 p., à la 69.

l'égard des territoires cédés et que les seuls droits dont peuvent bénéficier aujourd'hui les peuples autochtones sont ceux qui découlent du régime britannique²⁰. Dans l'affaire *St. Catherine's Milling*²¹, le raisonnement suivi par le comité judiciaire du Conseil privé a omis toute discussion sur l'influence du Régime français à l'égard des peuples autochtones, alors que les juges Taschereau et Gwynne avaient pourtant abordé cette question en Cour suprême du Canada²².

Pour d'autres, le Régime français n'ayant pas annulé les droits des peuples autochtones, il importe peu de s'attarder plus longuement sur cette question, puisque la politique britannique ou américaine a toujours été de reconnaître aux peuples autochtones des droits dont la nature et la portée ne cessent cependant d'alimenter les débats judiciaires. Ainsi, aux États-Unis, l'attitude générale est de prendre pour acquis que là où elle est entrée en relation avec les peuples autochtones, la France n'a pas annulé leurs droits²³ ou encore que ce qu'elle a cédé au nouveau souverain ne concernait que le pouvoir de gouverner et de taxer, et non la propriété des terres²⁴. En conséquence, on a adopté les mêmes raisonnements juridiques sur l'ensemble du territoire aujourd'hui américain en matière de titre aborigène. Dans l'affaire *Lipan Apache Tribe*, le juge Davis a affirmé :

-
20. *Attorney General for Ontario c. Bear Island Foundation et al.*, [1985] 1 C.N.L.R. 1, à la page 23 : «The British Crown did not merely take on what the French Crown had but took total sovereignty. Notwithstanding the arguments that were advanced by counsel for the defendants, and the lengthy evidence that he introduced, in his final argument he admitted that all rights were in the British Crown and that the only rights that the defendants might have stemmed from the Royal Proclamation of 1763. I believe that this is the correct proposition which is supported, not only by the evidence, but by previous court decisions.»
21. *St. Catherine's Milling and Lumber Company c. The Queen*, (1888) 14 A.C. 46, 2 C.N.L.C. 541.
22. *St. Catharine's Milling and Lumber Company c. The Queen*, (1887) 13 S.C.R. 577, 2 C.N.L.C. 441, aux pages 507 à 509 et aux pages 515 et 516.
23. Strickland, R. et C.F. Wilkinson (sous la direction de), *Felix S. Cohen's Handbook of Federal Indian Law*, 1982 Edition, Charlottesville (Virginia). Michie Bobbs-Merrill, 1982, 912 p., à la page 54, note 38 : «The French were primarily concerned with establishing a fur trade in North America, rather than with the acquisition of land for settlement.»
24. *Ibid.*, à la page 55, note 45 : «[T]he historical fact is that practically all of the real estate acquired by the United States since 1776 was purchased not from Napoleon or any other emperor or czar but from its original Indian owners. What we acquired from Napoleon in the Louisiana Purchase was not real estate, for practically all of the ceded territory that was not privately owned by Spanish and French settlers was still owned by the Indians, and the property rights of all the inhabitants were safeguarded by the terms of the treaty of cession. What we did acquire from Napoleon was not the land, which was not his to sell, but simply the power to govern and to tax, the same sort of power that we gained with the acquisition of Puerto Rico or the Virgin Islands a century later.»

«La Cour suprême a clairement indiqué que les terres qui étaient auparavant sous la souveraineté de l'Espagne, du Mexique ou de la France ne doivent pas être traitées différemment, en ce qui concerne la question du titre indien, des autres terres de la nation. *United States v. Sante Fe Pac. R.R.*, 314 U.S. 339, 345-46 (1941)».²⁵

Ces propos du juge Davis ont été rapportés en obiter par le juge Hall de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Calder*²⁶. Dans le même sens, au Canada cette fois, le juge MacKeigan de la division d'appel de la Cour suprême de Nouvelle-Écosse a affirmé dans l'affaire *Isaac*²⁷ que les Français n'ont pas annulé les droits des peuples autochtones vivant sur les territoires aujourd'hui compris à l'intérieur des frontières de la Nouvelle-Écosse et a poursuivi son analyse en prenant pour acquis qu'ils existaient donc lorsque la Grande-Bretagne y a exercé sa souveraineté.

En 1867, s'exprimant dans le contexte de l'analyse de la validité en droit d'un mariage conclu selon la coutume crie dans la région de l'Athabasca, l'affaire *Connolly*, et s'inspirant largement de deux décisions majeures rendues par la Cour suprême des États-Unis en matière de droit autochtone, M. le juge Monk de la Cour supérieure du Québec a conclu que ni la France, ni l'Angleterre n'ont aboli les droits territoriaux, l'organisation politique, les lois et coutumes des peuples autochtones avec lesquels leurs représentants étaient entrés en contact dans cette région précise. Discutant, de façon générale, des pratiques françaises dans de vastes régions du territoire américain, il a alors émis l'opinion suivante :

«Long prior to 1670, and, so far back as 1605, Quebec had been established and had become an important settlement. In the early part of the seventeenth century, anterior to 1630, the Beaver and several other companies had been organized at Quebec, for carrying on the fur trade in the west, near and around the Great Lakes, and in the North-West territory. The enterprise and trading operations of these companies and the French colonists generally extended over vast regions of the northern and western portions of this continent. They entered into treaties with the Indian tribes and nations, and carried on a lucrative and extensive fur trade with the natives. Neither the French Government, nor any of its colonists

25. *Lipan Apache Tribe v. United States*, (1967) 180 Ct. Cl. 487, à la page 353.

26. *Calder c. P. G. Colombie-Britannique*, (1973) R.C.S. 313, à la page 392.

27. *R. c. Isaac*, (1975) 13 N.S.R. (2d) 460, 8 C.N.L.C. 493, à la page 516.

or their trading associations, ever attempted, during an intercourse of over two hundred years, to subvert or modify the laws and usages of the aboriginal tribes, except where they had established colonies and permanent settlements, and, then only by persuasion, and as the fiercer and more barbarous of the Indian nations receded, or in the lapse of time, when their barbarism had been subdued by contact with whites, or mitigated by the influences of European civilization. It is quite true, it is contented, they had no right, no lawful authority to do so; yet, as a matter of fact, they appear to have wholly abstained from the exercise of any unjust or arbitrary power in this respect.»²⁸

Certains ont poussé plus loin l'analyse et se sont vraiment interrogés sur les rapports juridiques créés au moment de la cession des territoires concernés. Aux États-Unis, le professeur Cohen a souligné le fait que dans les actes de cession pertinents les droits de propriété des habitants avaient été protégés²⁹. Au Canada, toujours dans l'affaire *Connolly*, mais en appel de la décision de la Cour supérieure, le juge Loranger, dissident à l'égard de la décision finale, a cependant approuvé les propos du juge de première instance relativement au fait que la France n'avait pas aboli les coutumes des peuples autochtones. Avant d'en arriver à cette conclusion, il a procédé à une longue analyse qui mérite d'être reproduite ici :

«Le traité de Paris, fait entre la Grande-Bretagne et la France, le 10 janvier 1763, ayant purement et simplement cédé à la couronne d'Angleterre le Canada, avec toutes ses dépendances, isles et côtes, dans le Golfe et Fleuve Saint-Laurent, et, en général, *tout ce qui dépend des dites terres, isles et côtes, avec la souveraineté, propriété, possession, et tous les droits acquis, par traités ou autrement, que le Roi très chrétien et la Couronne de France ont eu jusqu'à présent sur les dits pays*, il est évident que, dans cette cession, fut cédé le territoire contigu à celui de la Compagnie de la Baie d'Hudson, et qui avait été possédé par les Français. Le district d'Athabasca se trouvait inévitablement dans ce territoire, que je trouve plus tard appelé du Nord-Ouest, et qui se trouvait au nord et à l'ouest des grands lacs, bornés à l'est par la baie d'Hudson et la baie James, comprenait la

28. *Connolly c. Woolrich*, (1867) 17 R.J.R.Q. 75; 1 C.N.L.C. 70, à la page 77.

29. Strickland, R. et C.F. Wilkinson (sous la direction de), *op. cit. supra*, note 23, à la page 55, note 45.

Rivière-Rouge, l'Assiniboine, la vallée de la Saskatchewan, et une étendue de plus de cent mille lieues en superficie. Ce fut par le traité de Paris que ce territoire fut cédé à l'Angleterre (...). (...)

Il est (...) un principe de droit international public, aujourd'hui parfaitement reconnu par les peuples civilisés, et que le droit public anglais n'a jamais dénié, malgré quelques tentatives isolées faites pour le combattre. C'est que, lors de la découverte, conquête ou cession d'un nouveau pays, la législation civile du peuple découvreur, conquérant ou cessionnaire, ne suit pas le droit de souveraineté, en ce sens, que les lois civiles n'y sont pas établies de droit, et imposées, *ipso facto*, aux nouveaux sujets. Si le pays est cédé par un traité qui contienne quelques dispositions, à l'endroit des lois nouvelles ou anciennes, il doit être suivi; dans le cas où il est muet à cet égard, les lois des nouveaux maîtres n'y sont introduites que par une législation expresse. Jusqu'à cette époque, les lois, usages et coutumes établis lors du changement de domination, ou l'établissement d'une domination nouvelle, si le pays est encore barbare, continuent à le régir. Ici, encore, il n'existe aucun monument législatif de la métropole introduisant les lois anglaises dans le territoire (...). (...) Je conclus donc que la prétention de l'Appelante que les lois anglaises étaient en force à Athabasca, en 1803, et que ce sont elles qui ont régi le mariage de Connolly est sans fondement.

Sont-ce les coutumes indiennes? Ici se présente une considération générale, applicable aux sauvages qui n'ont pas encore reçu les bienfaits de la civilisation. Leurs usages ou coutumes sont-ils, dans le sens du droit international privé, des lois étrangères, ayant, dans le cas prévu par ce droit, autorité chez les peuples civilisés? Ce doute m'a frappé au début de la plaidoirie, et j'en ai longuement cherché la solution dans les auteurs qui ont écrit sur la matière, ou dans les décisions des tribunaux. Mes recherches ont été vaines. Je n'ai pas trouvé le cas posé catégoriquement. Ce n'est que par raisonnement, et par des déductions tirées de la nature du droit international lui-même, que la question peut s'éclaircir. (...)

Le droit international fut (...) l'occasion d'un pacte universel, ou société tacite contractée par les nations, à cause de leur convenance et leur utilité réciproque, *ex comitate, ob reciprocam utilitatem*. Si l'on voulait pousser plus loin la comparaison entre cette société et les

sociétés ordinaires, entre ce pacte et les autres contrats, on pourrait dire que ce *comitas gentium* est un contrat synallagmatique, produisant des obligations et des devoirs réciproques; chaque nation s'obligeant à respecter la loi d'autrui, à condition qu'il respecte la sienne. Le droit et le devoir sont ici en corrélation absolue. Pour jouir du droit, il faut avoir une législation susceptible d'être respectée, et, pour exécuter le devoir, il faut, outre la loi, avoir une organisation judiciaire qui en sanctionne la puissance d'exécution. Or, comment les tribus sauvages, qui n'ont pas de lois écrites, qui sont régies par des coutumes incertaines, le plus souvent impossibles à prouver, qui n'ont pas de tribunaux, pas de rapports avec les nations civilisées, pourraient-elles entrer dans ce *comitas gentium*, y prendre leur part des droits, et remplir celle de leurs devoirs? Voilà ce que, envisageant la chose au point de vue rigoureux des principes, je ne puis comprendre. Mais, dans cette matière, toute de convenance et d'utilité, je pourrais presque dire d'expédients légaux, je veux admettre que la pratique a pu faire violence à la théorie. Pour ne pas rendre impossibles les relations avec des peuples civilisés, dans des pays sauvages, soit entre eux, soit avec les natifs, reconnaissons la validité des contrats faits en pays barbares, quoique non revêtus des formes exigées par la civilisation, en leur appliquant la maxime ordinaire, *locus regit actum.*»³⁰

M. le juge Badgeley de la même Cour du Banc de la Reine a également affirmé que le territoire avait été cédé à la Grande-Bretagne par la France, mais que les lois et coutumes des peuples autochtones étaient toujours en vigueur :

«It is true that conquest gave a title which the courts of the conqueror cannot deny, whatever may be the speculative opinion of individuals, respecting the original justice of the claim which has been successfully asserted. But, although this title is acquired and maintained by force, humanity, resting on public opinion, has prescribed rules and limits, by which it may be governed, and, hence, it is very unusual, even in case of conquest, to do more than displace the former Sovereign, and assume dominion over the conquered country, as in the instance of this country, and its cession by France. The

30. *Johnstone c. Connolly*, (1869) 17 R.J.R.Q. 266, 1 C.N.L.C. 151, aux pages 160 à 164.

modern usage of nations would be violated, if private property should be confiscated and private rights annulled. Therefore, the relations of the people to their ancient sovereign or government are dissolved, but the relations to each other, and their customs and usages remain undisturbed.

If this is the actual result of conquest, and if its limits are restricted in this manner, it is manifest, that the mere exclusive right for trading in furs with the inhabitants of the licensed country, does not interfere with the local or national customs of those people. The legislative power alone can change the local law, and substitute, by its mere power, some other; but, even the legislature, would not exercise that power over countries where the local nations have been left in territorial possession, as the Crees of Rebaska. There is nothing to show that the Indian title of the Crees, in the Rebaska territory, has ever been interfered with, or set aside.»³¹

Selon les opinions de ces trois juges, les peuples autochtones sont régis par le droit international en matière de conquête, selon lequel les droits civils et la propriété privée sont maintenus en vigueur sauf si une législation spécifique vient les modifier. Par ailleurs, les rapports établis entre les sujets et le souverain conquis cessent d'exister au moment de la cession. Dans le cas d'espèce, on conclut que la France n'avait aucunement modifié les lois et les coutumes des Cris au moment de la cession et, en conséquence, leurs droits, leurs propriétés privées, leurs coutumes et leurs usages ont continué d'exister suite à la cession tant et aussi longtemps qu'une législation dûment adoptée n'est venue les modifier. Le juge Badgeley affirme pour sa part que le *titre indien* fait partie de ces droits. Il convient d'ajouter que le juge Monk de la Cour supérieure du Québec a précisé, en première instance, une exception au principe général, à savoir que là où ils ont établi des colonies ou des établissements permanents, les Français ont pu, par la persuasion, modifier les lois et les coutumes des peuples autochtones³².

Le juge Malouf de la Cour supérieure du Québec a également adopté la même analyse dans une affaire très célèbre concernant l'émission d'une injonction interlocutoire, mais en ne se référant qu'aux droits de chasse et de pêche :

31. *Ibid.*, aux pages 218 et 219.

32. Connolly, *op. cit. supra*, note 28.

«Les deux autorités française et anglaise étaient concernées par les habitants originels de ce pays. C'était leur désir de reconnaître le droit des Indiens de chasser et pêcher sur toutes les terres inoccupées. Ils ne désiraient pas déranger ce droit, excepté dans les territoires où la terre était nécessaire pour l'établissement des habitants blancs (...).³³

Dans la très célèbre affaire *St. Catharines Milling*, en Cour suprême du Canada, le juge Gwynne a adopté une attitude qui consiste à dire, d'abord, que les Britanniques n'étaient pas tenus de suivre la même politique que les Français envers les peuples autochtones, tout en décidant ensuite que toutes les terres déjà concédées sous le Régime français échappaient à la Proclamation royale de 1763 :

«It may be admitted that the Kings of France recognized no title in the Indians in any part of the territory in the possession of the Kings of France, whose mode of dealings with the Indians was to make, *ex gratiâ*, crown grants for their conversion, instruction, and subsistence, but the fact that the Kings of France so dealt with the Indians presentend no obstacle to the Sovereign of Great Britain, upon acquiring the French title, placing the Indians upon a more just and equitable footing, and recognizing their having a certain title, estate and interest in the lands so acquired by the Crown of Great Britain; and in point of fact this proclamation [la Proclamation royale de 1763], ever since its issue, has been faithfully observed in its integrity, as well within the limits of the then Province of Quebec as in all other the British possessions in North America».³⁴

À la lecture de ce passage, on devrait ranger cette opinion parmi celles qui considèrent inutile d'analyser l'attitude des Français à l'égard des Indiens, puisque seul le droit anglais est véritablement pertinent. Mais, en fait, le juge Gwynne n'a pas suivi son raisonnement jusqu'au bout et il a distingué parmi les territoires préalablement sous la juridiction des Rois de France, ceux où des terres ont été concédées par ces derniers à leurs sujets :

33. *Le chef Max «One-Onti» Gros-Louis et al. c. Société de développement de la Baie James*, [1974] R.P. 38, à la p. 60, également reproduit dans 8 C.N.L.C. 188, à la p. 211.

34. *St. Catharine's Milling*, *op. cit. supra*, note 22, aux pages 515.

«At the time of the cession by the French the greater part of that portion of French Canada, which now constitutes the Province of Quebec had been already granted by the French Kings. To lands so granted the proclamation, of course, had no application, but outside of those granted lands, if there were any Indians claiming title their rights, as declared in the proclamation, were respected.»³⁵

Enfin, la dernière catégorie d'opinions émises par les tribunaux à l'égard du Régime français et de ses conséquences sur le statut et les droits des peuples autochtones, sauf quelques exceptions³⁶, consiste à analyser l'ensemble de la situation en s'appuyant principalement sur le statut territorial des terres concédées par les autorités françaises à leurs sujets.

Ainsi, dans l'affaire *St. Catharines Milling*, dans la cour dénommée Ontario Chancery, le juge Boyd réfère d'abord à la situation créée à l'égard des Français et des Indiens par la conquête :

«The legal and constitutionnal effect of the conquest of Quebec and the cession of Canada was to vest the soil and ownership of the public land in the Crown, and to subject the same to the Royal prerogative. The French and Indian populations that remained in the country became, by the terms of capitulation, the subjects of the King. So far as the latter were concerned, it was stipulated in the articles of capitulation concluded at Montreal (on Sept. 8th, 1760) between Major-General Amherst and the marquis de Vaudreuil as follows: " Article xl: The Savages or Indian allies of His Most Christian Majesty shall be maintained in the lands they inhabit if they choose to remain there : they shall not be molested on any pretence whatsoever for having carried arms and served His Most Christian Majesty; they shall have, as well as the French, liberty of religion, and shall keep their missionaries. *Granted.*»³⁷

Ensuite, il analyse de façon plus particulière la situation juridique des peuples autochtones en prenant pour acquis que tous

35. *Ibid.*, aux pages 515 et 516.

36. Notamment l'opinion, bien entendu, du juge Lamer dans Sioui, *op. cit. supra*, note 5 mais également celle du juge Rothman dans Adams, *op. cit. supra*, note 1, aux pages 1037 et 1039 et 1040.

37. *R. c. St. Catharines Milling and Lumber Company*, (1885) 10 O.R. 196, aux pages 204 et 205, également reproduit dans 2 C.N.L.C. 374, aux pages 382 et 383.

ces peuples avaient déjà été christianisés et sédentarisés au sein de missions catholiques, ce qui, en vérité, n'était pas le cas :

«At the time of the conquest, the Indian population of Lower Canada was, as a body, Christianized, and in possession of villages and settlements known as the "Indian Country". By the terms of capitulation they were guaranteed the enjoyment of these territorial rights in such lands which, in course of time, became distinctively and technically called "Reserves".»³⁸

Selon le juge Boyd, ces droits territoriaux ont été protégés, dès 1777, par une ordonnance du gouverneur Carleton :

«By a Quebec ordinance of Guy Carleton of 1777, (17 George III, ch. 7, sec. 3) it was declared unlawful for any person to settle in the Indian country within that Province without a written licence from the Governor, and no person was allowed to trade, without license in any part of the Province upon lands not granted by His Majesty.»³⁹

En Cour d'appel, le juge Hagarthy a fait sienne cette interprétation historique, alors que le juge Patterson a simplement fait référence à un ouvrage américain traitant indistinctement des pratiques des Européens envers les peuples autochtones⁴⁰.

En Cour suprême du Canada, outre le juge Gwynne, dont nous avons déjà rappelé les propos, toujours dans l'affaire *St. Catharines*, le juge Taschereau a rédigé une assez longue analyse de la situation juridique des Autochtones dans le cadre du Régime français, analyse qui a souvent été reprise, par la suite, par la jurisprudence au Québec. Il faut souligner ici que les quatre autres juges siégeant dans cette affaire n'ont émis aucune opinion sur ce sujet précis. Voici donc l'analyse du juge Taschereau. D'abord, il cite un jugement de la Cour suprême de Louisiane pour affirmer :

«While the different nations of Europe respected the rights (I would say the claims) of the natives as

38. *Ibid.*, à la page 388.

39. *Ibid.*, aux pages 388 et 389.

40. *R. c. St. Catharines Milling and Lumber Company*, (1886) 13 O.A.R. 148, à la page 169 également reproduit dans 2 C.N.L.C. 414, à la page 436.

occupants, they all asserted the ultimate Dominion and title to the soil to be in themselves.»⁴¹

Il indique qu'il en était de même au Canada, mais en poussant beaucoup plus loin les conséquences de sa première affirmation, puisque, contrairement à la jurisprudence américaine qu'il vient de citer, il nie aux peuples autochtones la reconnaissance de quelque droit que ce soit :

«The King was vested with the ownership of all the ungranted lands in the colony as part of the crown domain, and a royal grant conveyed the full estate and entitled the grantee to possession. The contention, that the royal grants and charters merely asserted a title in the grantees against Europeans or white men, but that they were nothing but blank papers so far as the rights of the natives were concerned, was certainly not then thought of, either in France or in Canada.»⁴²

Il justifie sa dernière affirmation de la façon suivante :

«...[I]n any grant of land whatever during the 225 years of the French domination, can be found even an allusion to, or a mention of, the Indian title.

On the contrary, in express terms, de la Roche was authorized to take possession of, and hold as his own property, all lands whatsoever that he might conquer from any one but the allies and confederates of the crown, and, likewise, the charter of the West Indies Company granted them the full ownership of all lands whatsoever, in Canada, which they could conquer, or from which they would drive away the Indians by force of arms. Such was the spirit of all the royal grants of the period.»⁴³

Cette justification n'est que partiellement acceptable, puisque, dans sa propre citation, il est fait référence au statut particulier des alliés des Français, à l'égard desquels il n'est évidemment pas question d'utiliser les armes ni de s'approprier les terres. Ensuite, sans apporter aucune preuve au soutien de son

41. St. Catharines Milling, *op. cit. supra*, note 22, aux pages 507 et 508. Le juge Taschereau cite alors l'arrêt *Breaux c. Johns* 4 La. An. 141, référant lui-même à des décisions de la Cour suprême des États-Unis, à savoir : *Fletcher c. Pecks* et *Johnson c. McIntosh*.

42. *Ibid.*, à la page 508.

43. *Ibid.*, aux pages 508 et 509.

affirmation, il affirme que les concessions territoriales faites par les autorités françaises laissaient à leurs bénéficiaires la charge d'expulser les Autochtones pouvant utiliser les terres visées :

«The King granted lands, seignories, territories, with the understanding that if any of this lands, seignories, or territories proved to be occupied by aborigines, on the grantees rested the onus to get rid of them, either by chasing them away by force, or by a more conciliatory policy as they would think proper. In many instances, no doubt, the grantees, or the King himself, deemed it cheaper or wiser to buy them than to fight them but that was never construed as a recognition of their right to any legal title whatsoever. The fee and the legal possession were in the King or his grantees.»⁴⁴

Discutant ensuite des droits cédés par la France à la Grande-Bretagne, il écarte toute hypothèse voulant que les terres non concédées par les autorités françaises à leurs propres sujets aient pu être affectées par un quelconque droit en faveur des Autochtones, sans pour autant justifier son affirmation :

«Now when by the treaty of 1763, France ceded to Great Britain all her rights of sovereignty, property and possession over Canada, and its islands, lands, places and coasts, including, as admitted at the argument, the lands now in controversy [ces terres n'avaient pas été concédées pendant le Régime français], it is unquestionable that the full title to the territory ceded became vested in the new sovereign, and that he thereafter owned it in allodium as part of the crown domain, in as full and ample a manner as the King of France had previously owned it. That it should be otherwise for the lands in dispute, I cannot see on what principle. To exclude from the full operation of the cession of France all the lands then occupied by the Indians, would be to declare that not an inch of land thereby passed to the King of England, as, at that time, the whole of the unpatented lands of Canada were in their possession in as full and ample a manner as the 57,000 square miles of the territory in dispute can be said to be in possession of the 26,000 Indians who roam over it.»⁴⁵

L'argument qui lui avait permis précédemment d'affirmer que la France n'avait reconnu aucun droit aux peuples autochtones

44. *Ibid.*, à la page 509.

45. *Ibidem.*

avait été tiré du fait qu'aucune mention à cet égard n'apparaissait dans les actes de concessions territoriales rédigés par les autorités françaises. À l'égard des terres non concédées, l'argument ne pouvait plus être utilisé et, en fait, le juge n'a tout simplement fourni aucun argument à ce sujet, indiquant péremptoirement qu'il ne connaissait aucun principe excluant ces terres de la cession faite par la France à l'Angleterre. Chose certaine, le juge Taschereau était tout à fait conscient de l'importance en superficie de ces terres non concédées par les autorités françaises à leurs propres sujets et, par ailleurs, toujours occupées par les peuples autochtones, puisqu'il a alors écrit que l'ensemble des terres non concédées du Canada étaient en leur possession.

Même si dans l'une de ses propres citations, le juge Taschereau a fait référence à la notion d'Indiens alliés, pour lui, il était absolument impensable que la politique générale des Français à l'égard de ceux-ci ait pu créer quelque droit que ce soit :

«For obvious political reasons, and motives of humanity and benevolence, it has, no doubt, been the general policy of the Crown, as it had been at the times of the French authorities, to respect the claims of the Indians. But this, though it unquestionably gives them a title to the favorable consideration of the government, [it] does not give them any title in law, any title that a court of justice can recognize as against the Crown.»⁴⁶

C'est principalement sur cette opinion du juge Taschereau que se sont appuyés les juges et les auteurs québécois affirmant récemment que les Français n'ont jamais reconnu de droits aux peuples autochtones.

Ainsi, dans l'affaire *Decontie*, le juge Orville Frenette de la Cour supérieure a répété en ses propres termes la même opinion, en faisant toutefois indirectement référence aux propos du juge Taschereau, c'est-à-dire en passant par l'intermédiaire de textes de doctrine qui, eux-mêmes, s'étaient appuyés sur l'opinion du juge Taschereau⁴⁷. Dans la même affaire, mais en Cour d'appel, le juge Baudouin a également repris la même argumentation, sans toutefois faire directement référence à l'opinion du juge Taschereau⁴⁸. Encore une fois, la référence est faite par

46. *Ibid.*, à la page 513.

47. *Decontie et al. c. R.*, [1989] R.J.Q. 1893, à la page 1903, note 25 et note 27.

48. Côté, *op. cit. supra*, note 1, aux pages 1363 et 1364, notamment à la note 65.

l'intermédiaire d'une tierce partie, cette fois, il s'agit d'un collègue du juge qui, dans une autre affaire, a repris l'analyse du juge Taschereau⁴⁹. Il s'agit, en fait, du juge Beaugard, mais, à sa décharge, il faut souligner que, contrairement à ce qui a été écrit par le juge Baudouin, il ne s'agissait pas vraiment de l'analyse de son collègue, mais plutôt de l'argumentation du Procureur général du Québec telle que proposée au juge de première instance et telle que résumée par le juge Beaugard dans son propre jugement en Cour d'appel. Dans une récente affaire concernant la municipalité d'Oka, le juge Roland Durand de la Cour supérieure a, quant à lui, expressément fait référence à une partie de l'opinion du juge Taschereau et a approuvé l'affirmation selon laquelle tous les souverains européens avaient affirmé qu'ils détenaient la souveraineté et le titre ultimes sur l'ensemble du territoire américain⁵⁰.

Entre les diverses décisions rendues dans l'affaire *St. Catharines Milling* et les récentes décisions qui ont analysé le statut et les droits des peuples autochtones dans le cadre du Régime français, il faut souligner trois décisions majeures où cette question a été abordée mais uniquement à l'égard des terres concédées en seigneurie par les autorités françaises.

La première concerne la seigneurie d'Oka. Les deux principales questions de droit en Cour supérieure étaient de savoir, d'une part, si la seigneurie appartenait aux Autochtones qui y vivaient et, d'autre part, si le Séminaire de Saint-Sulpice avait manqué à ses obligations envers eux en concédant des portions de la seigneurie à des Blancs. À ces deux questions, le juge Hutchinson a répondu par la négative. Les motifs sont, d'une part, que la preuve des Autochtones n'a pas démontré, selon le juge, qu'ils ont occupé les terres de la seigneurie en tant que propriétaires, alors que l'inverse est vrai en ce qui concerne les Sulpiciens et, d'autre part, que les obligations de ces derniers entraînent certains droits en faveur des Autochtones, mais que ces droits sont assujettis aux décisions du Séminaire⁵¹. Son analyse s'appuie principalement sur le Statut 3 et 4 Victoria, chapitre 30 qui, selon lui, aurait la même force et le même effet qu'un Statut impérial et qui a ignoré les droits des Autochtones protégés par l'article 40 de la Capitulation de Montréal⁵². Même si le juge se

49. Adams, *op. cit. supra*, note 1, à la page 1016.

50. *Oka (Municipalité d') c. Simon*, [1993] R.J.Q. 2416, à la 2433.

51. *Corinthe c. The Ecclesiastics of the Seminary of St-Sulpice*. (1910) 38 Que. S.C. 268, aux pages 278 et 279 également reproduit dans 4 C.N.L.C. 55, aux pages 65 et 66.

52. *Ibid.*, à la page 64.

réfère principalement à la situation sous le régime britannique pour conclure que les Autochtones ne peuvent faire la preuve qu'ils sont propriétaires de la seigneurie, il décrit, en outre, le Régime français comme n'ayant reconnu aucun droit aux peuples autochtones :

«Without doubt the province was first discovered, and possession taken of it, by, or in the name of the king of France, and, actuated by a desire to civilize and christianize the Indians inhabiting the Island of Montreal, this part of the province was conceded by the French king to a company known of the Hundred Associates the title given to them was the same as that granted to other parties, respecting other portions of New France; but the kings of France recognized no title in the Indians. Their mode of dealing with the Indians was to make grants of land to French subjects in trust for the benefit and support of the Indians.»⁵³

Discutant de l'acte de concession de la seigneurie, le juge souligne que l'emplacement a été choisi pour deux raisons :

«...[W]hich place would be more advantageous, not only for the conversion of the Indians (by reason of their being deprived of the opportunity of getting intoxicating liquors), but also to the colony which, by this means, would be protected against the incursions of the Iroquois in times of war (...).»⁵⁴

En appel de ce jugement, la Cour du Banc du Roi confirme la première décision en s'appuyant sur des motifs très semblables. Quant au Régime français, le juge Carroll, qui a rédigé le jugement, conclut que la «propriété absolue» de la seigneurie a été conférée au séminaire de St-Sulpice de Paris⁵⁵ et, par ailleurs, «qu'il est impossible à la lecture des actes de concession, de constater quels droits le roi de France a concédés aux sauvages (...)»⁵⁶. À son avis, les régimes français et britannique ont traité de façon identique les peuples autochtones :

«[I]l est bien douteux que l'art. 40 de la capitulation [de Montréal] et la proclamation royale [de 1763] eussent eu

53. *Ibid.*, aux pages 56 et 57.

54. *Ibid.*, à la page 58.

55. *Corinthe c. Le Séminaire de Saint-Sulpice*, (1911) 21 Que. K.B. 316, à la page 319, également reproduit dans 4 C.N.L.C. 67, à la page 71.

56. *Ibid.*, à la page 77.

l'effet de donner aux sauvages des droits sur les propriétés privées. (...) Ni le roi de France, ni le roi d'Angleterre n'ont entendu conférer des droits de propriété aux sauvages. Ils les traitaient avec tolérance et bienveillance, pour des raisons politiques et humanitaires; mais personne n'aurait songé à donner des titres de propriété à ces enfants des bois, qui, dans leur propre intérêt, devaient être tenus en une espèce de tutelle.»⁵⁷

Le Conseil privé, pour sa part, a approuvé les motifs des cours inférieures, sans analyser toutefois le Régime français⁵⁸.

La deuxième décision concerne la réserve indienne de Caughnawaga. Il s'agissait de savoir si une île adjacente à cette réserve en faisait partie ou si les Autochtones concernés y détenaient des droits de propriété. À la Cour de l'Échiquier, le juge Audette a répondu par la négative en précisant qu'en droit, une concession spécifique est nécessaire pour qu'un droit de propriété soit reconnu⁵⁹. Quant à une preuve de possession de l'île pouvant entraîner, en vertu des articles 2211 et suivants du Code civil, un droit de propriété, le juge la rejette en s'appuyant sur trois motifs. D'abord, il déclare que «[P]ossession of ungranted land by roaming Indians could not remove the fee from the hands of the Crown», ensuite, que la Proclamation royale de 1763 ne concerne que les terres situées à l'extérieur du Québec et, enfin, que «the Indians have not and never had any title to the public domain.»⁶⁰ La Cour suprême du Canada a confirmé le jugement du juge Audette⁶¹.

Enfin, la troisième décision concernait des terrains situés dans une réserve et que les Abénaquis avaient abandonnés. La question de droit consistait à savoir si le gouvernement fédéral avait le droit de vendre ces terrains une fois que l'abandon de ceux-ci avait été fait en fidéi-commis par les principaux intéressés. La Cour du Banc du Roi avait répondu par l'affirmative à cette question⁶², mais cette décision a été renversée par le Conseil

57. *Ibid.*, à la page 76.

58. *Corinthe c. Seminary of St. Sulpice*, (1912) 5 D.L.R. 263 également reproduit dans 4 C.N.L.C. 83.

59. *R. c. Bonhomme*, (1917) 38 D.L.R. 647, à la page 649 également reproduit dans 4 C.N.L.C. 282, à la page 285.

60. *Ibid.*, à la page 286.

61. *R. c. Bonhomme*, (1918) 49 D.L.R. 690 également reproduit dans 4 C.N.L.C. 288.

62. *Star Chrome Mining Co. c. Thompson*, (1917) 24 R.L.N.S. 271 également reproduit dans 4 C.N.L.C. 226.

privé⁶³. Les motifs des deux décisions rendues dans cette affaire ne concernait pas le Régime français, mais plutôt le contenu d'une loi adoptée par le Bas-Canada au milieu du XIX^e siècle. Mais le juge Carroll de la Cour du Banc du Roi a tout de même caractérisé le Régime français de la façon suivante :

«Dans mon opinion, quand bien même les Abénakis auraient été invités à s'établir au pays par les gouverneurs sous le régime français, il appert par les documents historiques que ces gouverneurs n'ont jamais eu l'intention de concéder des titres de propriété collective aux tribus sauvages qui appuyaient la colonie française dans ses guerres contre les Anglais. Ces gouverneurs attiraient ici les sauvages qu'ils croyaient sympathiques à leur cause, dans un but spécial et dans l'intérêt de l'État. Par ces motifs, auxquels il faut ajouter des raisons de philanthropie et de religion, l'autorité traitait bien les sauvages et les laissait en libre possession d'un territoire qu'on leur permettait d'occuper comme territoire de chasse et de pêche.

Les Français ont acquis sur ces tribus une influence considérable, grâce au courage des missionnaires qui ont pénétré chez elles et ont réussi à les christianiser en grand nombre; mais à l'exception des territoires qui auraient été concédés soit par le roi de France, soit par les seigneurs du temps sous le Régime français, il est impossible de dire que l'invitation générale aux tribus sauvages de s'établir sur certains territoires vagues et indéterminés ait conféré des titres de propriété individuelle ou collective à ces tribus. D'ailleurs, ces sauvages n'avaient aucune notion de la propriété collective ou individuelle, tel que ce mot est compris par les blancs.»⁶⁴

Toujours selon l'opinion du juge Carroll, la situation créée par la conquête n'a guère été plus favorable aux Autochtones :

«Telle était la situation sous le Régime français, et la proclamation royale de 1763 n'a eu pour effet que de confirmer les sauvages dans l'occupation des territoires qu'ils détenaient ainsi de la Couronne, mais à titre précaire. Le gouvernement anglais a continué à traiter

63. *Attorney-General for Quebec c. Attorney-General for Canada, Re Indian Lands*, (1920) 56 D.L.R. 373 également reproduit dans 4 C.N.L.C. 238.

64. *Star Chrome, op. cit. supra*, note 62, à la page 231.

convenablement les sauvages au point de vue politique et humanitaire, mais il ne me paraît pas avoir eu l'intention, par cette proclamation royale, de leur conférer des titres de propriété. C'est ce qui a été décidé par les tribunaux de la province d'Ontario, par la Cour suprême et par le Conseil privé dans la cause *St. Catherine Lumber & The Queen*, et dans la cause de *Seybold v. Ontario Mining Co.*»⁶⁵

B- Paradigmes révolus et raisonnements inadéquats

À mon avis, sauf rares exceptions, les décisions judiciaires qui ont traité des rapports entre le Régime français et les droits des peuples autochtones n'ont pas adopté une interprétation libérale permettant d'interpréter les ambiguïtés en faveur des peuples autochtones, notamment lorsqu'il s'agit d'analyser une situation pouvant entraîner la reconnaissance d'un droit ancestral ou issu de traité. En outre, elles ont souvent véhiculé des préjugés du passé. Enfin, elles ont généralement occulté la notion d'alliance, notion qui a pourtant été inscrite dans les rapports entre les Français et les peuples autochtones tant au début du Régime français qu'à sa chute et qui s'est principalement manifestée dans les rapports politiques, juridiques et religieux établis entre les Français et les peuples autochtones et non dans le régime foncier, pour des raisons que j'expliquerai bientôt.

Faute d'au moins discuter des faits présentés en preuve devant eux à la lumière de cette notion d'alliance, ces jugements, sauf exceptions, ont adopté des raisonnements qui ne peuvent jeter un éclairage satisfaisant sur les rapports établis entre les Français et les peuples autochtones et, en conséquence, sur la situation juridique qui en a découlé pour les uns et les autres. En effet, quel qu'ait pu être le régime foncier mis en oeuvre par les autorités françaises à l'égard de leurs propres sujets, il est définitivement reconnu en droit que les peuples autochtones avaient au moment de la transition du Régime français vers le régime anglais la capacité de conclure des traités de paix et d'amitié tant avec les Français que les Anglais. Rappelons à cet égard les affirmations du juge en chef Lamer dans l'affaire *Sioui* :

«... les puissances coloniales reconnaissent aux Indiens la capacité de signer directement des traités avec les nations européennes qui occupaient les territoires d'Amérique du Nord. La situation *sui generis* dans laquelle se trouvaient les Indiens avait forcé les

65. *Ibid.*, aux pages 231 et 232.

métropoles européennes à leur reconnaître une autonomie suffisante pour que puissent être valablement créées des ententes solennelles qu'on a appelé «traités», indépendamment du sens strict que le droit international accordait et accorde toujours à ce terme.»⁶⁶

En outre, l'exercice de la souveraineté française en Amérique ou les prétentions à cet égard, et ce même au sein de la partie peuplée de la colonie du Canada, a toujours été assujéti aux rapports établis entre les représentants des autorités françaises et les peuples autochtones⁶⁷. Au plan strictement juridique, cette donnée fondamentale était manifestée notamment dans les instructions données à ses représentants au pays de la Nouvelle-France par le Roi très chrétien, instructions qui leur permettaient de :

«traiter, contracter à même effet paix, alliance et confédération, bonne amitié, correspondance et communication avec les dits peuples et leurs princes ou autres ayant pouvoir et commandement sur eux; entretenir, garder et soigneusement conserver les traités et alliances dont il conviendra avec eux (...).»⁶⁸.

En Amérique, les Français ont conclu avec plusieurs des peuples autochtones une alliance qu'ils ont dû constamment réaffirmer. Pour ne faire ici référence qu'à la seule paix de 1701, des représentants de pas moins de quarante nations indiennes distinctes ont apposé leurs signatures sur le traité conclu à Montréal le 4 août de cette année⁶⁹. Et, pendant toute la période

66. Sioui, *op. cit. supra*, note 5, à la page 1056.

67. Eccles, W.J., *The Canadian Frontier 1534-1760*, Albuquerque, University of Mexico Press, 1992, 238 p., aux pages 173 à 175; Havard, G., *La Grande Paix de Montréal de 1701 : Les voies de la diplomatie franco-amérindienne*, Montréal, Recherches amérindiennes au Québec, 1992, 222 p., aux pages 33 à 36; White, R., *The middle ground. Indians, empires, and republics in the Great Lakes region, 1650-1815*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991, 535 p., aux pages 176 à 185.

68. Cf. *Commission de commandant en la Nouvelle-France par Mr. le Comte de Soissons, Lieutenant-général au dit pays en faveur du sieur de Champlain du 15^e octobre 1612* reproduit dans MORIN, J. Y. et J. WOEHRLING, *op. cit.*, note 2, dans le Document No 2.

69. Cf. Havard, Gilles, *op. cit. supra*, note 67, aux pages 131 à 139. Sur les rapports d'alliance établis de façon particulière entre les Français et les Iroquois, lire Berman, Howard R., «Perspectives on American Indian Sovereignty and International Law, 1600 to 1776», dans Lyons, Oren et John C. Mohawk (éd.), *Exiled in the Land of the Free. Democracy, Indian Nations and the U.S. Constitution*, Santa Fe, Clear Light Publishers, 1992, 414 p., aux pages 125 à 188; Hurley, John D., *Children or Brethren: Aboriginal Rights in colonial Iroquoia*, Saskatoon, University of Saskatchewan, Native Law Centre, 1985, 338 p.

qui a suivi et ce jusqu'à la conquête britannique, malgré leur ambition d'assujettir les Indiens, les Français ont dû, compte tenu des circonstances géo-politiques propres aux régions où ils cherchaient à étendre leur influence, maintenir cette alliance même s'ils l'ont souvent jugée très chèrement payée et finalement inefficace :

«The French feared that the British would triumph by stripping Canada of its allies and leaving it defenseless. The survival of New France, therefore, made it necessary to accommodate allies who, if considerations of trade alone determined loyalty, would desert to the British. The French could not treat the Algonquians as subordinates; Onontio could not give them orders or ignore their wishes.»⁷⁰

«As the British advantages in wealth and population began to be felt and they closed in on Canada, *mémoires* addressed to the court from the colony pronounced the alliance a failure. The most interesting of these reports is a *mémoire* entitled simply "Des Sauvages". It is at one a backward glance at the policies the French should have pursued, a protracted denunciation of the policy of alliance they had followed, and an assault on the character of the Indians themselves. According to the writer, French expenditures on behalf of the alliance had been in vain. The king's agents had stolen vast amounts of the goods and provisions destined for the Indians; those that reached the Indians had only encouraged them in their indolence and drunkenness. Indians fought for the French, but ineffectually. They were only a band of robbers devoted to theft and cruelty. Indians were, the writer continued, a cowardly and traitorous people lacking both "any sort of feeling" and "ambition".⁷¹

To control these Indians and render them useful, goods should be given them only as direct reward for services provided. But even this was only a poor substitute for the policy that ideally should have been followed. Canadian officials should have encouraged merchants to settle among the Indians as they had in Illinois. Living as traders and farmers and raising families in the *pays d'en haut*, these habitants would have served as examples of

70. Cf. White, Richard, *op. cit. supra*, note 67, à la page 176.

71. L'auteur cite ici le *Mémoire, Des Sauvages*, 1759, AN, C11A, v. 104, f. 481.

industry while providing a counterbalance against Indian conspiracies. The French, by constantly increasing Algonquian wants and selling them corn and trade goods, would have made the Indians dependant upon them. In the end, the French would have been masters of the Indians. Implicit in the denunciation was the reality of the alliance: The French were not masters of the Indians; they were only their allies.»⁷²

Enfin, les Français n'étaient concrètement que très peu nombreux en territoire américain. On oublie trop souvent leur disproportion face non seulement aux autres colons européens mais également face aux Amérindiens⁷³. De plus, ils étaient concentrés sur une portion très limitée de ce territoire et ce n'est que cette portion qu'ils se sont effectivement appropriée selon les règles découlant du régime seigneurial. À l'extérieur de cette dernière, ce qu'ils recherchaient, en premier lieu, c'était de pouvoir commercer avec les nations indiennes et de les maintenir dans leur alliance militaire :

«New France was, in fact, a river empire. Its main bases, Canada and Louisiana, dominated the two great rivers giving access into the interior, where military trading posts —tiny enclaves in the wilderness manned by an officer, a chaplain, and a handful of men amid numerous powerful Indian nations that tolerated them only out of economic necessity tinged with mingled respect and fear— were maintained by the French Crown to hold back the Anglo-Americans who coveted the continent. The fur trade now served political and strategic aims as much as, if not more than, economic ends, and the military establishment dominated colonial society.»⁷⁴

72. *Ibidem*, aux pages 247 et 248. Les chapitre 4 et 6 de cet ouvrage sont des plus éclairants sur toute la question de l'alliance fragile entre Français et nations indiennes d'Amérique.

73. Lire à cet égard, Mousnier, R. et E. Labrousse, *op. cit. supra*, note 2, aux pages 323 et 324. Dans ces pages, Mousnier et Labrousse ont résumé cette situation en une formule percutante : «Les possessions françaises d'Amérique constituaient un Empire immense mais peu peuplé.» Lire également Charbonneau, Hubert et al., *Naissance d'une population. Les Français établis au Canada au XVII^e siècle*, Montréal et Paris, Institut National d'Études Démographiques, Presses de l'Université de Montréal et Presses Universitaires de France, 1987, 232 p.

74. Eccles, W.J., *France in America*, East Lansing (Michigan), Michigan State University Press, 1990, 312 p., à la page 156.

Dans ce contexte, l'occupation proprement dite du territoire demeurait secondaire dans le rapport des Français avec les nations indiennes. Et même si, en théorie, le roi de France s'était réservé ou avait concédé «en toute propriété» à des individus ou à des compagnies relevant de sa juridiction, l'ensemble du territoire américain, jamais lui-même ni ces nouveaux seigneurs n'ont-ils effectivement exercé une maîtrise foncière à l'extérieur des terres longeant le fleuve Saint-Laurent ou des côtes d'Acadie. Comme l'a écrit l'historien Eccles au sujet des prétentions françaises relativement à la région des Grands Lacs et du Mississipi, l'empire français, si empire il y avait, était d'un type bien particulier :

«It was a curious, indeed a unique, form of empire. The French did not really occupy the area they now claimed; in fact, much of it they did not yet claim. They were no more interested in occupying land than were New England seamen who voyaged to Africa for cargoes of slaves or tropical produce. Eventually they had to claim these lands and maintain military garrisons to protect their interests, in just the same way as, in the nineteenth century, European powers seized territory by military force in Africa and the Far East to protect the interests of their traders and missionaries. In North America in the late seventeenth century the French merely voyaged through the lands to trade with the Indians, obtain a cargo of furs, then transport it back to Montreal. The Indians were the important factor. It was they who provided the desired commodity in a semimanufactured state; thus their interests, their traditional way of life, their seminomadic hunting economy, had to be preserved.»⁷⁵

En termes juridiques, et en s'inspirant des critères élaborés par la Cour suprême du Canada en matière d'interprétation des documents historiques, des lois et des traités relatifs aux Indiens : ceux-ci devant recevoir une interprétation libérale, les ambiguïtés devant être résolues en faveur des Indiens et l'analyse réalisée par les tribunaux à cet égard ne devant plus traduire les préjugés du passé mais, bien au contraire, se fonder sur les connaissances contemporaines⁷⁶, comment qualifier les concessions territoriales faites par les autorités françaises et faisant explicitement référence aux peuples autochtones, notamment, à leur capacité de commercer avec les Français? Par exemple, sur la Côte-Nord du Saint-Laurent, le Domaine du Roi était strictement réservé à la traite, la colonisation y étant formellement interdite.

75. Eccles, W.J., *op. cit. supra*, note 67, à la page 110.

76. *Infra*, à la page 15.

Quant aux seigneuries ou concessions qu'on y retrouvait, elles conféraient à leurs détenteurs des droits exclusifs de pêche, de chasse et de traite avec les Amérindiens, l'agriculture n'y étant pratiquée qu'à titre subsidiaire :

«Ainsi l'activité la plus importante entre Tadoussac et Olomanshipu (La Romaine) est la traite des fourrures, alors que la chasse au loup-marin demeure l'activité dominante dans la partie orientale de la côte. Malgré les informations éparses, il est permis de croire que concessionnaires et seigneurs retirent de bons bénéfices de ces activités. Jaloux de leur monopole, ils essaient d'empêcher toute autre forme d'établissement les compétitionnant. Afin de préserver leurs privilèges, certains seigneurs et concessionnaires, bien qu'ayant l'obligation d'établir des colons, repoussent ceux qui tentent de s'installer.»⁷⁷

On peut certainement déduire du libellé de ces concessions territoriales qu'elles se fondaient sur la coutume, le droit et même l'autonomie des peuples autochtones concernés de pratiquer leur mode de vie, soit la chasse, la pêche, le piégeage et le nomadisme, sur d'immenses étendues de territoire non encore occupées par les Français. L'exemple donné ici peut également s'appliquer dans toute la région des Grands Lacs, la vallée du Mississippi et celle de l'Ohio, où, en fait, la traite des fourrures a largement dominé toute autre activité. Dans ces régions, la plupart des postes de traite sont demeurés sous la direction des représentants du Roi de France; quelques-uns seulement ayant été afferchés. Mais, dans tous les cas, la colonisation, en tant que telle, est demeurée une exception mineure au principe général voulant que les peuples autochtones poursuivent leurs activités traditionnelles dans les territoires concernés⁷⁸.

Quant à l'argument voulant que les Français aient eu l'habitude de réserver en faveur des Indiens des territoires délimités assez précisément, on réfère ainsi aux missions établies par les communautés religieuses, dans plusieurs cas, il est évident que le

77. Lire à cet égard : Panasuk, Anne-Marie et Jean-René Proulx, *La résistance des Montagnais à l'usurpation des rivières à saumon par les Euro-Canadiens du 17^e au 20^e siècle*, Université de Montréal, Faculté des études supérieures, mémoire présenté en vue de l'obtention du grade de maître ès sciences (M. Sc.), 1981, 458 p., à la page 45. Tout le chapitre 2 de ce mémoire est des plus éclairants sur l'étendue des droits seigneuriaux et de leur dépendance envers le commerce établi avec les Amérindiens.

78. Lire à cet égard White, Richard, *op. cit. supra*, note 67, notamment aux pages 150, 159, 160 et 181.

but visé consistait essentiellement «à les attacher aux Français» et non pas à leur octroyer un régime foncier limité à la maigre étendue de ces établissements. Si, selon les Jésuites, le but de ces missions était de convertir les Amérindiens à la seule vraie religion, de les sédentariser et de les amener à pratiquer l'agriculture, pour les autorités coloniales, le commerce demeurait la priorité que la religion pouvait faciliter :

«Le missionnaire des Traités peut aussi contribuer beaucoup à affectionner les Sauvages au bien de la traite ou les aliéner (...).»⁷⁹

Or, cette traite, notamment celle des fourrures, ne pouvait être maintenue qu'à la condition de permettre aux Amérindiens de circuler librement sur le territoire. Cette condition était absolument contradictoire avec toute velléité de contraindre les peuples concernés à l'exercice exclusif de l'agriculture à l'intérieur d'un territoire restreint. En effet, comme l'a écrit l'anthropologue Rémi Savard : «Si les Jésuites avaient réussi à transformer les chasseurs montagnais en cultivateurs sédentaires, comme ils le souhaitaient tant, la base économique de cette colonie aurait aussitôt disparu.»⁸⁰ S'il est vrai, comme l'affirmait en 1730 le ministre Maurepas, que le Canada «a été établi pour en tirer du castor et des pelleteries, et pour fournir en partie à la subsistance des îles de l'Amérique», la remarque de Rémi Savard porte à de lourdes conséquences⁸¹.

Outre la poursuite de ces mêmes activités au sein des missions situées à proximité de Montréal, de Trois-Rivières et de Québec, il convient de souligner l'importance militaire accordée à ceux qui ont été désignés comme étant devenus des «Indiens domiciliés». Premier exemple, les Hurons christianisés de Lorette, pratiquant la langue française et étant devenus si proches culturellement de leurs voisins, bien qu'à cet égard on ne soit plus tout à fait certain de l'influence de l'un ou de l'autre des groupes, les Canadiens étant eux-mêmes devenus si différents des Français de France⁸². Quel que soit le régime foncier de la mission où ils

79. Ces paroles sont de l'intendant Hocquart cité ici par Panasuk et Proulx, *op. cit. supra*, note 77, à la page 48.

80. Savard, Rémi, *La voix des autres*, Montréal, L'Hexagone. Collection Positions anthropologiques, 1985, 344 p., à la page 34.

81. Lire à cet égard Pluchon, Pierre, *Histoire de la colonisation française. Tome premier : Le premier empire colonial. Des origines à la Restauration*, Paris, Fayard, 1991, 1114 p., à la page 313.

82. Lire à cet égard *Ibid.*, aux pages 335 à 351; Delage, Denys, «L'influence des Amérindiens sur les Canadiens et les Français au temps de la Nouvelle-France», 1992 *Lektion* vol. 2, n°. 2, pp. 103 à 191; Jacquin,

étaient domiciliés, il est définitivement reconnu en droit qu'ils avaient en 1760 la capacité de conclure des traités de paix et d'amitié tant avec les Français que les Anglais⁸³. L'exemple des Abénaquis est également bien connu. Ils ont à de nombreuses reprises agi comme alliés militaires des Français notamment vis-à-vis les colons de la Nouvelle-Angleterre⁸⁴. Quant aux Iroquois et aux Algonquins, domiciliés au Sault Saint-Louis, à Saint-Régis ou à Oka, leur présence dans ces lieux précis semble avoir été appréciée, d'une part, parce qu'ils pratiquaient à l'occasion le commerce des fourrures, souvent de façon clandestine, et, d'autre part, parce qu'ils n'hésitaient pas à participer à des opérations militaires à caractère offensif ou défensif⁸⁵. Dans l'un et l'autre de ces cas, ils demeuraient des intermédiaires entre les Français et leurs frères demeurés dans leurs terres d'origine, ce qui n'était pas sans créer certaines difficultés pour eux⁸⁶. Il convient de souligner ici que les Français ont demandé à la plupart des nations indiennes de participer à l'effort de guerre, lorsque cela s'est avéré crucial, et qu'ils n'ont pas seulement compté sur la participation des Indiens domiciliés : outre les nations des Pays d'en Haut, les Têtes-de-boule occupant la région actuelle de la Mauricie et qui représentaient alors une nation d'environ 1 500 guerriers ont été invités à participer aux dernières batailles livrées contre les Anglais⁸⁷. Dans tous ces cas, la conclusion tirée par le juge en chef Lamer à l'égard des Hurons, peut très certainement être également adoptée puisque leur situation était identique, chacune de ces nations, y compris les Indiens domiciliés dans les missions, pouvant s'allier militairement et commercialement aussi bien aux

Philippe, *Les Indiens Blancs. Français et Indiens en Amérique du Nord (XVI^e-XVIII^e siècle)*, Paris, Payot, 1987.

83. Sioui, *op. cit. supra*, note 5, à la page 1056.
84. Lire à cet égard : Jaenen, Cornélius J., *Les relations franco-amérindiennes en Nouvelle-France et en Acadie*, Hull, Affaires indiennes et du Nord Canada, Direction générale de la recherche, 1985, 175 p., aux pages 149 à 153, ainsi que Stanley, George F.G., «The first Indian "Reserves" in Canada», 1950 *Revue d'Histoire de l'Amérique française*, L. IV, n^o. 2, 178, aux pages 185 à 191.
85. Lire à cet égard Bartlett, Richard H., *Indian Reserves in Quebec*, Saskatoon, University of Saskatchewan, Native Law Centre, 1984, 44 p., notamment à la page 6; Stanley, George F.G., *Ibid.*, aux pages 196 à 207 et Eccles, W.J., *op. cit. supra*, note 105, à la page 154.
86. Lire à cet égard Surtees, Robert J., «The Iroquois in Canada», dans F. Jennings et al. (éd.), *The History and Culture of Iroquois Diplomacy. An Interdisciplinary Guide to the Treaties of the Six Nations and Their League*, Syracuse, Syracuse University Press, 1985, 278 p., aux pages 67 à 69.
87. Lire à cet égard Ratelle, Maurice, *Contexte historique de la localisation des Attikameks et des Montagnais de 1760 à nos jours*, Québec, Gouvernement du Québec, Ministère de l'Énergie et des Ressources, 1987, 297 p., à la page 29.

Français qu'aux Anglais⁸⁸. En outre, du moins au XVII^e siècle, il n'y avait pas plus de conversions chez eux que parmi les nations nomades et, aussi bien chez les Indiens domiciliés que chez les autres, les politiques de francisation et de christianisation ont échoué⁸⁹.

Certaines décisions judiciaires semblent avoir opposé à un droit général des peuples autochtones sur les terres non concédées par les autorités françaises, l'existence de territoires assez précisément délimités au sein de la partie peuplée de la colonie. Elles n'ont pas démontré cependant en quoi l'existence de ces missions ou réserves ont pu avoir pour effet d'abroger ou de nier l'existence d'un droit plus général. Or, les Autochtones qui vivaient dans ces missions, même s'ils avaient fait le choix de se convertir et de vivre à proximité de la colonie française, n'en demeuraient pas moins en contact quasi-constant avec les autres membres de leur propre nation et avec les autres nations indiennes vivant dans les régions où le régime seigneurial n'avait aucune emprise. Ils servaient très souvent soit comme intermédiaires entre le gouverneur de la colonie et les nations alliées, soit comme réserve militaire au service du gouverneur contre les nations indiennes ennemies ou contre les Anglais⁹⁰. Dans ce contexte, en vertu de quel principe le régime juridique associé aux terres où ces Indiens domiciliés s'étaient établis en Nouvelle-France, pouvait-il modifier les droits des nations qui vivaient à l'extérieur de ces missions?

Outre les remarques que nous avons faites plus haut au sujet des droits seigneuriaux ou de concessions conférant à leurs détenteurs des droits exclusifs de pêche, de chasse et de traite avec les Amérindiens, en fonction de quelles catégories du droit français

88. L'article le plus convainquant à cet égard est sûrement celui de Delage-Denys, «Les Iroquois chrétiens des "réductions", 1667-1770», publié en deux parties dans la revue *Recherches amérindiennes au Québec* : 1991 R.A.Q. vol. XXI, nos. 1-2 et no. 3. La thèse récemment soutenue par Jan Grabowski au sujet des Indiens domiciliés de la région de Montréal va dans ce sens : *The Common Ground. Settled Natives and French in Montréal, 1667-1760*, Université de Montréal, Faculté des études supérieures, thèse présentée en vue de l'obtention du grade de Ph. D. en histoire, juillet 1993, 445 p.

89. Telles sont, en effet, les conclusions de l'historien Eccles, W.J., «Francisation et évangélisation des Amérindiens de la Nouvelle-France au XVII^e siècle», *Sessions d'étude de la Société canadienne d'histoire de l'Église catholique*, 1968, aux pages 33 à 46.

90. Cf. Dechene, Louise, *Habitants et marchands de Montréal, au XVII^e siècle*, Montréal, Boréal compact, 1988, 527 p., aux pages 22 et 23; Havard, G., *op. cit. supra*, note 67, aux pages 37 et 38; Zoltvany, Yves F., *Philippe de Rigaud de Vaudreuil*, Toronto, McClelland and Stewart Limited, 1974, 242 p., aux pages 196 et 197, 207 et 208.

la situation particulière de la région des Pays d'en Haut pouvait-elle être analysée?

On sait que l'ancien droit français a associé, pendant une certaine époque, la propriété foncière à des liens de dépendance personnelle et qu'il était alors à l'origine d'un partage des profits du sol entre seigneur et tenancier⁹¹. Mais, dans le territoire américain, les profits découlant de l'échange entre Français et peuples autochtones n'étaient pas tirés du sol en tant que tel, mais plutôt des animaux à fourrure. Cette distinction a été notamment utilisée par le ministre Maurepas pour signifier au gouverneur Vaudreuil que son titre de seigneur de l'île aux Tourtres ne lui permettait de négocier avec les Indiens que les produits du sol et rien d'autre⁹².

On sait également qu'en France, sous le régime féodo-seigneurial, une portion souvent très vaste du domaine, composée des forêts et des terres impropres à la culture, n'était ni attribuée, ni appropriée, mais qu'elle pouvait cependant être l'objet d'un droit d'usage⁹³. Était-ce le cas pour la majeure partie des territoires où se pratiquaient la chasse et le piégeage permettant le commerce des fourrures? Chose certaine, s'il y a eu conclusion de pactes d'obligations réciproques entre les représentants du Roi français et les peuples autochtones, il n'a jamais alors été question de transfert de propriété quant à la terre en tant qu'objet susceptible d'appropriation en vue d'en tirer des fruits. Et, au surplus, en cas de violation des engagements des peuples autochtones, les autorités françaises n'auraient jamais pu, comme le permettaient les contrats de fief, confisquer la maîtrise dont ces peuples bénéficiaient à l'égard des territoires où ils pratiquaient leurs activités de chasse, de piégeage et de commerce⁹⁴.

Enfin, pendant longtemps en France, du moins dans certaines régions, la terre était présumée libre de liens féodaux. Les nations indiennes n'ayant jamais payé de cens à quiconque, on peut également présumer que les terres qu'elles utilisaient constituaient, dans les catégories de l'ancien droit français, des propriétés allodiales⁹⁵. Il est vrai que ces propriétés, en France, ont subi, à compter du XVII^e siècle, la pression du pouvoir royal,

91. Patault, Anne-Marie, *Introduction historique au droit des biens*, Paris, Presses universitaires de France, Collection Droit fondamental, 1989, 336 p., à la page 37.

92. Zoltvany, Yves F., *op. cit. supra*, note 90, à la page 192.

93. Patault, Anne-Marie, *op. cit. supra*, note 91, à la page 39.

94. Au sujet du contrat de fief, lire *ibid.*, à la page 43.

95. Lire à cet égard, *ibid.*, aux pages 50 à 52.

notamment par le biais de la «directe royale universelle»⁹⁶. Mais la résistance a été forte et ce n'est qu'au XVIII^e siècle que les représentants du Roi ont finalement réussi à mettre systématiquement en oeuvre leurs prétentions à cet égard. Si, pour seules fins de réflexion, il est permis de faire référence à ces éléments de l'ancien droit français qui ont été en vigueur à une certaine époque en territoire métropolitain, on peut alors se demander par quels mécanismes comparables ou en vertu de quel pouvoir, les représentants du Roi de France ont pu agir une fois qu'ils se sont retrouvés en Amérique, et ce notamment à l'égard des terres utilisées par les nations indiennes situées à l'extérieur des établissements érigés par les colons français?

Par ailleurs, même au sein du régime seigneurial proprement dit, tel qu'il a été mis en oeuvre sur les côtes du fleuve Saint-Laurent et sur les côtes d'Acadie, l'analyse qui en a été faite par ces jugements omet de discuter du concept médiéval et coutumier d'appropriation foncière qui a eu cours en France au moins jusqu'à la Révolution de 1789, et selon lequel, contrairement à la propriété du Code civil, on ne se préoccupait que de l'extrême variété des utilités et des profits dont un fonds est susceptible.

Anne-Marie Patault a clairement expliqué l'impossible conciliation entre l'exclusivisme du droit de propriété romain et la simultanéité de la propriété coutumière. L'affrontement entre ces deux paradigmes s'est soldé par le triomphe de la propriété exclusive empruntée au droit romain qui a finalement été consacrée dans le Code civil. Mais, pendant des siècles, en France, un système de «propriétés simultanées» a existé. Ce système permettait une superposition de propriétés différentes sur un même immeuble, chacune d'entre elles portant sur une utilité distincte du même fonds. Les propriétaires se côtoyaient donc, aucun n'étant propriétaire du tout en tant que chose distincte de ses utilités, mais chacun tirant pleinement profit d'un aspect particulier de l'immeuble⁹⁷.

Certains juristes contemporains auront peut-être du mal à comprendre qu'on ait pu parler, dans un cas comme dans l'autre, de droit de propriété. Le paradoxe se dissout lorsque l'on comprend que les pratiques médiévales, qui différaient radicalement de

96. Cf. *ibid.*, à la page 52 : «Le code Michau, en 1629, art. 382 et 383, affirme "la directe royale universelle", confirmée par l'édit d'août 1692 : "Nous n'avons point de droit ni mieux établi ni plus inséparablement attaché à notre couronne que celui de la mouvante et directe universelle que nous avons sur toutes les terres de notre royaume".»

97. *Ibid.*, à la page 15.

l'expérience romaine, ont été qualifiées par les juristes de l'époque à l'aide d'un vocabulaire inadéquat. En effet, à Rome, *proprietas* et *dominium* étaient synonymes. Dans la conception romaine, aucune dissociation n'existait entre la maîtrise et l'objet de la maîtrise, la propriété confondant ainsi chose et maîtrise de la chose. Mais, dès le Haut Moyen Age, le mot «propriété» n'évoque plus la réalité de la puissance solitaire du propriétaire romain; la propriété n'est plus la souveraineté et elle ne se confond plus avec la chose. La nouvelle réalité est que les hommes n'exercent qu'une maîtrise partielle sur une même chose et que cette maîtrise est elle-même enserrée dans la solidarité des rapports sociaux. Mais, dès le XIII^e siècle, les juristes qui ont redécouvert le droit romain et l'ont utilisé pour consolider et légitimer la construction de l'empire chrétien, puis de l'autorité royale dans son propre royaume⁹⁸, ont généralisé les termes romains *proprietas* et *dominium* pour désigner toutefois des pratiques qui ne correspondaient aucunement à ces deux concepts⁹⁹.

La notion de saisine rend sans doute mieux compte des pratiques médiévales et coutumières qui ont eu cours et qui étaient juridiquement reconnues au moins jusqu'à la Révolution française. Cette notion privilégie l'aspect productif de la maîtrise : «Etre en saisine d'une chose, c'est avoir le pouvoir légitime d'en tirer profit.»¹⁰⁰ La saisine constituait donc une technique sociale d'accès à l'utilisation du sol ou des biens susceptibles de procurer un profit. Un même fonds étant susceptible d'offrir différentes utilités, il en découle que plusieurs saisines pouvaient se juxtaposer ou se superposer sur une même terre, chacune constituant un droit de dignité et de profit variable¹⁰¹.

La *common law*, qui a résisté à l'influence romaine, a maintenu un droit de la propriété foncière qui rappelle l'organisation complexe du droit médiéval français. La notion de propriété corporelle y est inconnue, du moins en matière immobilière, où on ne peut aliéner le fonds lui-même, mais seulement un *estate* dans le fonds. En *common law*, comme c'était le cas en droit médiéval français, plusieurs bénéficiaires d'*estate* peuvent coexister sur un même immeuble, chacun

98. À ce sujet, qui demanderait des développements qu'on ne saurait amorcer dans ces pages, lire, entre autres, Berman, Harold J., *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1983, 657 p. et Burns, James Henderson (sous la direction de), *Histoire de la pensée politique médiévale*, Paris, Presses universitaires de France, Collection Léviathan, 1993, 769 p.

99. Patault, Anne-Marie, *op. cit. supra*, note 91, aux pages 18 à 20.

100. *Ibid.*, à la page 21.

101. *Ibid.*, aux pages 22 à 24.

jouissant d'une propriété ou, pour reprendre le vocabulaire de l'ancien droit français, d'une saisine différente¹⁰².

Mon objectif ici est simplement de faire comprendre qu'interpréter le concept médiéval ou coutumier d'appropriation foncière en utilisant le paradigme de la propriété exclusive d'inspiration romaine et consacrée dans le Code civil français tout comme dans le Code civil du Québec, ne peut qu'entraîner la trahison d'une tradition juridique qui a pourtant connu une très longue vie pendant tout l'Ancien Régime. Quant à savoir, si ce paradigme correspond à la logique et aux conceptions des peuples autochtones, c'est là une toute autre question que je n'entends pas aborder pour l'instant. Mais il est évident que le pluralisme juridique instauré par la Cour suprême du Canada en matière d'analyse et d'interprétation des droits ancestraux ou issus de traités des peuples autochtones oblige dorénavant à éviter d'appliquer les concepts traditionnels de propriété —qu'ils soient propres à la *common law*, au droit médiéval et coutumier français ou au Code civil— à ces droits qui sont en harmonie avec la culture et le mode de vie des peuples autochtones¹⁰³.

Ceci dit, aucune des questions que je viens de soulever pour fins de réflexion n'a été spécifiquement traitée par la jurisprudence, ce qui peut encore se comprendre pour les jugements rendus avant que la Cour suprême du Canada ne rende sa fameuse décision dans l'affaire *Calder*¹⁰⁴. À première vue, est sans doute moins compréhensible l'attitude des juges qui, après cette décision de la Cour suprême ainsi que celles rendues dans les affaires *Sparrow* et *Sioui*, ont maintenu la même démarche, tout en connaissant, par ailleurs, les règles d'interprétation nouvellement dégagées par le plus haut tribunal du pays. Sauf exceptions, cette jurisprudence a également omis de vérifier quel statut était donné, dans la pratique, par les Français aux peuples autochtones d'Amérique, à leurs «princes» et à leurs membres, même lorsque certains d'entre eux étaient convertis ou encore lorsqu'ils s'étaient établis à proximité ou au sein de la colonie proprement dite. Or, au moment de la présence française en Amérique, l'importance militaire et commerciale des peuples autochtones était majeure. Les textes officiels français de l'époque

102. *Ibid.*, à la page 34. Kent McNeil a admirablement décrit les règles classiques de la *common law* à cet égard et la façon dont ces règles ont été appliquées aux situations créées par l'expansion de l'Empire britannique dans le monde, notamment à l'égard des peuples autochtones : McNeil, Kent, *Common law aboriginal title*, Oxford, Clarendon Press/Oxford, 1989, 357 p.

103. *Infra*, aux pages 177 à 179.

104. *Calder, op. cit. supra*, note 18.

ont souvent fait référence à leurs «Indiens alliés», ce qui laisse entendre qu'ils ne les considéraient pas comme leurs sujets¹⁰⁵.

Sans doute, l'affirmation par les Français que les Indiens n'étaient pas leurs sujets, leur permettait de ne pas être jugés responsables des actions de ces derniers vis-à-vis des Britanniques, mais il n'en demeure pas moins que la notion d'alliance, par opposition à celle de sujets français, a également été reconnue aux Indiens dans d'autres contextes.

En effet, même si à l'époque des Colbert et Richelieu, la politique française en était une d'assimilation; qu'on voulait alors que «le Canada fut une Nouvelle-France, que les indigènes fussent francisés, qu'il y eût de nombreux mariages mixtes, que la colonie devint une province française»¹⁰⁶ et que, pour ce faire, on accordait à tout Indien christianisé les mêmes droits et privilèges qu'à tout autre sujet français¹⁰⁷, il faut souligner que cette politique à prétention universelle (autrement dit, elle n'était pas limitée aux seules réserves créées au sein de la colonie mais à l'ensemble des nations indiennes y compris au sein de leur territoire respectif) échoua lamentablement : «Malgré les intentions du gouvernement royal, les deux sociétés sont restées distinctes, tout en influant profondément l'une sur l'autre.»¹⁰⁸ En matière criminelle, de façon générale, ce sont les traditions des nations indiennes qui constituaient la logique suivie par les autorités françaises face à des actes jugés répréhensibles perpétrés par des Indiens¹⁰⁹, même

105. Par exemple, dans les échanges entre le gouverneur Philippe de Rigaud de Vaudreuil et les gouverneurs des colonies anglaises, à plusieurs reprises le gouverneur de la Nouvelle-France réplique à ses interlocuteurs que les Abénaquis ne sont pas sujets français mais plutôt des alliés et que c'est à ce titre qu'il les aide, comme ils aideraient les autres, dans leurs guerres contre ceux qui tentent d'envahir leurs territoires. Cf. Zoltvany, Yves F., *op. cit. supra*, note 90, notamment à la page 200. La plupart des nations indiennes vivant dans la région des Grands Lacs ou plus au sud jusque vers la Louisiane ont été, à de maintes reprises, selon les conjonctures du moment et jusqu'à la fin du Régime français, désignées et traitées comme étant des "nations alliées" par les autorités françaises. Cf. White, Richard, *op. cit. supra*, note 67, notamment aux pages 176 à 185.

106. Mousnier, Roland, *Les XVI^e et XVII^e siècles*, Paris, Quadrige/Presses Universitaires de France, 1993, 688 p., à la page 448.

107. Cf. article XVII de l'Acte pour l'établissement de la Compagnie des Cent Associés pour le commerce du Canada contenant les articles accordés à la dite Compagnie par M. le cardinal de Richelieu, le 29 avril 1627 reproduit dans Morin, J.Y. et J. Wochrling, *op. cit. supra*, note 2, dans le Document No 3.

108. Mousnier, Roland, *op. cit. supra*, note 106, à la page 449.

109. Eccles, W.J., *op. cit. supra*, note 67, aux pages 77 à 79. Est au même effet toute la thèse de Grabowski, Jan, *op. cit. supra*, note 88 ainsi que le mémoire de maîtrise de Dionne, Paul, *Le titre aborigène des Indiens Attikamekw et Montagnais du Québec*, Ottawa, Université d'Ottawa, mémoire présenté à l'École des études supérieures et de la recherche en

s'il pouvait arriver dans certaines conditions qu'elles décident d'appliquer leurs propres règles¹¹⁰.

Chose certaine, l'article 40 de la Capitulation de Montréal qualifiait bien les Indiens d'alliés et non de sujets, et ce sans distinguer entre les Indiens domiciliés et les autres. Ceux qui ont prétendu qu'on ne faisait ainsi référence qu'aux Indiens domiciliés au sein des réserves situées à proximité de la colonie¹¹¹, ont certainement occulté le fait que plusieurs des autres articles de cette même Capitulation font référence non seulement aux Canadiens, mais également aux Acadiens et aux Français vivant en Canada et sur les frontières de la colonie, que ce soit en Acadie, au Détroit, à Michilimakinac et autres lieux et postes des pays d'en Haut (article 39 notamment). Et, en outre, ils ont oublié les réalités historiques et géo-stratégiques qui ont mené justement à la conquête de la Nouvelle-France :

«Au cours du XVIII^e siècle néanmoins, l'alliance franco-amérindienne sut perdurer. Il y avait à cela deux raisons principales. L'existence de forts français dans l'Ouest permettait aux autochtones de réduire le coût de transport et réparation de leurs marchandises, avantage dont ne bénéficiaient pas les Anglais. Ces derniers par ailleurs, sous la pression de leur démographie, convoitaient avec âpreté les terres amérindiennes. Le soutien militaire des Français pour contrer cette menace était donc indispensable aux autochtones. Lorsque ceux-ci transgressèrent l'alliance, au cours de la guerre de Sept-Ans, ils se condamnèrent, mais ils condamnaient aussi définitivement les Français.»¹¹²

En outre, la jurisprudence a généralement omis de discuter de la question de l'existence des régimes juridiques proprement autochtones. Évidemment, avant de s'interroger de cette façon, il faut préalablement accepter deux postulats

vue de l'obtention de la Maîtrise en droit, décembre 1984, 220 p., aux pages 48 à 60.

110. L'historien Maurice Ratelle a conclu pour sa part qu'«à l'intérieur de la Colonie et partout là où les moyens étaient adéquats, l'exigence de la part des Français d'appliquer la justice a été affirmée.» Cf. Ratelle, Maurice, *L'application des lois et règlements français chez les Autochtones de 1627 à 1760*, Québec, Gouvernement du Québec, Collection Les études autochtones, 1991, 48 p., à la page 30.
111. Brun, H., «Les droits des Indiens sur le territoire du Québec», dans *Le territoire du Québec : six études juridiques*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1974, à la page 63.
112. Havard, Gilles, *op. cit. supra*, note 67, aux pages 180 et 181.

fondamentaux. Le premier postulat est de reconnaître la rencontre de deux traditions juridiques s'inscrivant, l'une et l'autre, dans des univers historiques et culturels qui leur sont propres. Le deuxième postulat est de chercher à comprendre ces traditions à partir de leurs catégories et de leur logique propres. En acceptant ces deux postulats fondamentaux, il est permis d'éviter le piège de l'ethnocentrisme, piège qui consiste à juger une tradition culturelle étrangère à partir de ses propres catégories et de sa propre logique. Il faut noter qu'une telle attitude est aujourd'hui tout à fait vraisemblable en droit canadien. Dans l'affaire *Calder* notamment, certains juges de la Cour suprême du Canada nous ont, en effet, indiqué qu'il faut éviter de concevoir le «titre indien» à l'aide de catégories appartenant au système foncier du droit anglais¹¹³. Appliquant ce précepte au cas particulier des Nishgas de la Colombie Britannique, ces juges ont étudié des systèmes autochtones de propriété et d'utilisation de terres et de cours d'eau. Ces systèmes étaient clairement définis et mutuellement respectés par les groupes en cause. Même si ces systèmes étaient bien différents de ceux utilisés par le droit anglais, ces juges ont, malgré tout, tiré la conclusion suivante : «... de fait, les Nishgas forment et ont formé de temps immémorial, une entité culturelle distincte, possédant des notions aborigènes de propriété propres à leur culture ...»¹¹⁴. Afin de pouvoir en arriver à une telle conclusion, il faut, évidemment, se fonder «sur les recherches et les connaissances actuelles», comme nous l'a alors indiqué le juge Hall¹¹⁵.

Plutôt que de s'engager dans cette démarche, ce courant jurisprudentiel a adopté la position selon laquelle le régime de propriété et de droit civil français, maintenu en vigueur suite à la conquête britannique, aurait intégré en son sein et dans sa logique l'ensemble du domaine juridique propre aux peuples autochtones.

D'une part, l'argument semble difficilement réconciliable avec le fait que l'*Acte de Québec* de 1774, qui a garanti

113. *Calder, op. cit. supra*, note 18, à la page 354.

114. *Ibid.*, à la page 375.

115. *Ibid.*, à la page 346. Un certain nombre d'études ont suivi la démarche proposée dans l'affaire *Calder*, dont notamment Bissonnette, Alain, «Droits autochtones et droit civil : opposition ou complémentarité? Le cas de la propriété foncière», *Recueil des textes présentés à la conférence Henri-Capitant du 12 avril 1991*, Outremont, Association Henri-Capitant (section québécoise), 1992 : 1-13. Lire également les analyses approfondies et éclairantes des anthropologues Mailhot, José et Sylvie Vincent, «Le droit foncier montagnais», (1982) XV(2-3) *Interculture* : 65-74; Mailhot, José et Sylvie Vincent, *Le discours montagnais sur le territoire*, Québec, Rapport soumis au Conseil Attikamek-Montagnais, 1980, 213 p.

officiellement ce maintien du régime antérieur à la conquête, est un texte constitutionnel de droit public anglais à partir duquel l'expression «property and civil rights» doit être interprétée. Étudiant les principes qui président à la détermination du droit fondamental et supplétif en matière d'expropriation, Andrée Lajoie a explicité le raisonnement qui doit être suivi en toute autre matière :

«[L]es principes qui président au choix du droit supplétif et fondamental dans une matière ne sont pas ceux que Challies et les tribunaux ont invoqués (similitude et origine des dispositions) mais plutôt ceux qui découlent des dispositions constitutionnelles pertinentes.

Ces dispositions, on les trouve à l'article 8 de l'*Acte de Québec de 1774* qui ne fait que confirmer, en y apportant une importante exception, un principe de droit international du temps de la conquête. À cette époque en effet, il était reconnu que le droit privé d'un pays conquis ne continuait de s'y appliquer que jusqu'à ce qu'il ait été modifié par le conquérant : c'est ce principe que les tribunaux britanniques ont adapté au droit colonial de l'Empire¹¹⁶, c'est également ce principe qui avait inspiré les termes de la Cession et servi de fondement à la proclamation de Murray en 1763.

Entre cette proclamation et 1774, c'est donc le droit anglais qui s'applique ici en toutes matières. C'est à cette situation, mal tolérée par les anciens colons français, que vient remédier l'*Acte de Québec de 1774*. Par son article 8, il apporte en effet une exception importante : désormais en matière de *property and civil rights*, ce sont les lois «canadiennes» qui s'appliqueront. Mais tout en posant cette exception, l'article 8 confirme le maintien du droit anglais dans toutes les matières qui ne sont pas *property and civil rights.*»¹¹⁷

116. Andrée Lajoie cite ici l'arrêt *Campbell c. Hall*, (1774) 98 E.R. 1045.

117. Lajoie, Andrée, *Expropriation et fédéralisme au Canada*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, Collection Centre de recherche en droit public, 1972, 328 p., aux pages 7 et 8. Lire également Dionne, Paul, «Les postulats de la Commission Dorion et le titre aborigène au Québec : vingt ans après», (1991) 51 *R. du B.* 127; Dionne, Paul, *op. cit. supra*, note 140, notamment aux pages 98 à 104; Lajoie, Andrée, *Contrats administratifs. Jalons pour une théorie*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1984, 242 p., aux pages 46 à 51.

Or, quelques années plus tôt, la *Proclamation royale de 1763* a confirmé officiellement la politique britannique qui a jusqu'à aujourd'hui été suivie en matière de droits autochtones. Comment conclure que les revendications légitimes des Canadiens dans leurs rapports avec le conquérant aient pu transformer les rapports établis, par ailleurs, entre les peuples autochtones et les nouvelles autorités coloniales? Dans les rapports historiques rédigés sur ce sujet, le retour aux lois françaises n'est jamais considéré aller au-delà du traitement que les Canadiens exigeaient pour eux-mêmes :

«Les *Canadiens* étaient tellement assurés de leur bon droit et de la légitimité de leurs demandes qu'ils attendaient tout simplement du roi de Grande-Bretagne la protection que leur accordait autrefois le roi de France.»¹¹⁸

«Étant donné le refus des *Canadiens* d'utiliser le droit anglais dans leurs désaccords privés, il était clairement nécessaire de leur redonner leur propre droit pour s'assurer de leur fidélité.»¹¹⁹

En terminant, en supposant pour fins de réflexion que le droit français ait pu s'appliquer aux peuples autochtones avant 1760 et que c'est de ce droit qu'il faut s'inspirer lorsqu'on étudie les rapports établis entre les Français et les peuples autochtones en Amérique avant la conquête britannique, on peut encore affirmer que leurs coutumes auraient quand même été maintenues en vigueur. En effet, dans un tel régime, on ne supprimait pas, on superposait, laissant ainsi survivre les coutumes ancestrales. Même à l'égard des provinces situées à proximité du pouvoir royal, on souligne que leur assimilation, bien qu'absolue selon certains textes, l'était beaucoup moins aux yeux des observateurs de terrain :

118. Brunet, Michel, *Les Canadiens après la Conquête, 1759-1775*. Montréal, Fides, 313 p., notamment à la page 237, souligné par nous.

119. Kolish, Evelyne, *Changement dans le droit privé au Québec et au Bas-Canada, entre 1760 et 1840 : Attitudes et réactions des contemporains*. Montréal, Université de Montréal, thèse présentée à la Faculté des arts et des sciences, 1980, 2 volumes, vol. I, à la page 72. Cette thèse a également démontré qu'à cause de l'engagement politique des juges généralement d'origine britannique et à cause de leur ingérence dans le législatif et l'exécutif, jusque vers 1840, la confusion a perduré quant à l'administration de la justice du Bas-Canada. C'est ainsi qu'un contemporain a pu écrire en 1835 : «Il y a encore aujourd'hui la même confusion de lois françaises et anglaises, les mêmes incertitudes dans les décisions, le même caprice (sic) dans l'application de la loi qu'il y eut il y a 50 à 60 ans.» Cité par *ibid.*, vol. II, à la page 686.

«Quoi qu'en ait dit Tocqueville, l'Ancien Régime, ce fut le désir et l'effort de la centralisation uniformatrice, plutôt que sa réalisation. La consultation d'humbles documents qui aident à reconstituer la vie quotidienne des intendances et des provinces, même au XVIII^e siècle, fait plus songer à une sagesse souple qu'aux rodomontades absolutistes de Colbert et de ses émules. De l'autorité dans les textes, de l'humanité et une certaine finesse dans l'application.»¹²⁰

Souignons, en outre, que l'annexion de certaines provinces se faisait parfois en préservant la nature particulière du fond du droit reconnu, invoqué et appliqué dans ce territoire. Un droit anciennement existant pouvait donc être maintenu vivant dans un cadre politique et administratif radicalement transformé. C'est ainsi que, par exemple, les *Constitutions de Catalogne* comprenant les *Usages de Barcelone* et la loi *Stratae* ont pu être incorporées au régime juridique du Roussillon de l'Ancien Régime et maintenues en vigueur malgré les intentions réformatrices de l'administration royale¹²¹. En outre, même à l'égard de ses sujets dans son propre royaume, les pouvoirs du Roi n'étaient pas illimités :

«Ce qui caractérise une «monarchie royale» éloignée de tout arbitraire, c'est le souci qu'a son chef de laisser la société civile vivre selon les coutumes et poursuivre ses activités dans le cadre de règles d'action, de libertés et de privilèges qui lui sont propres.»¹²²

Rappelons également l'oeuvre magistrale de Montesquieu *De l'Esprit des Lois*¹²³ rédigée et publiée pendant la première moitié du XVIII^e siècle et qui jouit toujours de la plus haute renommée parmi les juristes francophones. Le magistrat de Bordeaux a souvent fait référence aux peuples autochtones dans son ouvrage et, en tout premier lieu, pour souligner que, parmi les

120. Goubert, Pierre et Daniel Roche, *Les Français et l'Ancien Régime, tome I : la société et l'État*, Paris, Armand Colin, 1991, 383 p., à la page 201.

121. Assier-Andrieu, Louis, *Le peuple et la loi. Anthropologie historique des droits paysans en Catalogne française*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1987, 263 p., notamment à la page 80 et aux pages 91 et 92.

122. Harouel, Jean-Louis, Jean Barbey, Eric Bournazel et Jacqueline Thibaut-Payen, *Histoire des institutions de l'époque franque à la Révolution*, Paris, Presses universitaires de France, Collection Droit fondamental, 1993, 591 p., à la page 300.

123. Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, 2 tomes, Paris, Editions Garnier Frères, 1961. Sur l'accueil accordé à l'ouvrage en France, en Angleterre et en Italie, lire Desgraves, Louis, *Montesquieu*, Paris, Editions Mazarine, 1986, 485 p., aux pages 357 à 395, sous le chapitre intitulé «La 'querelle' de l'Esprit des Lois».

lois positives, eux aussi, ont un droit des gens et un droit constitutionnel ou politique :

«Le droit des gens est naturellement fondé sur ce principe : que les diverses nations doivent se faire, dans la paix, le plus de bien, et, dans la guerre, le moins de mal qu'il est possible, sans nuire à leurs véritables intérêts. (...)

Toutes les nations ont un droit des gens; et les Iroquois même, qui mangent leurs prisonniers, en ont un. Ils envoient et reçoivent des ambassades; ils connaissent des droits de la guerre et de la paix; le mal est que ce droit des gens n'est pas fondé sur les vrais principes.

Outre le droit des gens, qui regarde toutes les sociétés, il y a un droit politique pour chacune. Une société ne saurait subsister sans un gouvernement. (...) [L]e gouvernement le plus conforme à la nature est celui dont la disposition particulière se rapporte mieux à la disposition du peuple pour lequel il est établi.»¹²⁴

Compte tenu du fait que la plupart d'entre eux ne cultivaient pas la terre, ou du moins que, dans son esprit, les principales caractéristiques des peuples autochtones d'Amérique du Nord étaient associées à leurs activités de chasse, Montesquieu a conclu que les lois civiles n'étaient pas très nombreuses chez eux et que les conflits rencontrés par eux devaient être réglés surtout par leur droit des gens :

«C'est le partage des terres qui grossit principalement le code civil. Chez les nations où l'on n'aura pas fait ce partage, il y aura très peu de lois civiles.»¹²⁵

«Ces peuples [qui ne cultivent point les terres], ne vivant pas dans un terrain limité et circonscrit, auront entre eux bien des sujets de querelle; ils se disputeront la terre inculte, comme parmi nous les citoyens se disputent les héritages. Ainsi ils trouveront de fréquentes occasions de guerre pour leurs chasses, pour leurs pêches, pour la nourriture de leurs bestiaux, pour l'enlèvement de leurs esclaves; et, n'ayant point de territoire, ils auront autant

124. *Ibid.*, tome I, aux pages 9 et 10.

125. *Ibid.*, tome I, à la page 300.

de choses à régler par le droit des gens qu'ils en auront peu à décider par le droit civil.»¹²⁶

Si le droit des gens devait permettre la résolution des conflits nés entre eux, rien n'interdisait aux représentants de l'autorité royale française et principalement au gouverneur de la Nouvelle-France, d'intervenir dans le processus à titre de médiateurs. En agissant ainsi, ils mettaient en pratique en milieu américain la figure séculaire en Europe du roi-pacificateur :

«La fonction du droit dans une société traditionnelle, dont le rythme de développement est imperceptible aux acteurs sociaux, consiste à garantir le statu-quo, à maintenir ou rétablir la paix, vitale à la survie du groupe. La manifestation du droit ne prend d'ailleurs ni la figure du législateur, ni celle de l'administrateur, mais bien plutôt celle du juge-pacificateur. Ainsi s'exprime G. Duby à propos du droit franc : "la première fonction du souverain (...) est donc de maintenir (...) la paix et la justice. Au roi, revient la tâche de concorde et de conciliation. Il doit apaiser les conflits, éteindre les haines et amener ceux qui sont déchirés par la colère et la rancune à se donner devant lui le baiser de paix. Le roi est d'abord le juge, celui qui fait la paix, qui apaise : *rex pacificus* ."»¹²⁷

Montesquieu estimait, en outre, que le droit des gens régissait également les relations établies entre les peuples autochtones et les Européens. Ni les lois civiles, ni les lois politiques ou constitutionnelles ne doivent, selon lui, décider des choses qui appartiennent au droit des gens. Après avoir affirmé qu'une société particulière ne fait point de lois pour une autre société, il estimait ridicule de prétendre décider des droits des nations par les maximes du droit civil¹²⁸. Par ailleurs, il fustigeait les Espagnols qui condamnèrent un Inca d'avoir fait mourir quelques-uns de ses sujets, d'avoir eu plusieurs femmes, etc., et ce en se fondant sur leurs lois politiques et civiles et non pas sur les siennes¹²⁹. Même en contexte de conquête —conséquence de la guerre et non de l'alliance, il faut bien le souligner—, Montesquieu indiquait qu'en vertu du droit des gens

126. *Ibid.*, tome 1, à la page 299.

127. Ost, François, «Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice», dans Gerard, Ph., F. OST et M. Van de Kerchove (sous la direction de). *Fonction de juger et pouvoir judiciaire : transformations et déplacements*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1983, 584 p., à la page 19.

128. Montesquieu, *op. cit. supra*, note 123, tome 2, aux pages 186 et 187.

129. *Ibid.*, tome 2, aux pages 189 et 190.

en vigueur et suivi à cette époque, un État qui en avait conquis un autre, continuait à gouverner selon les lois du second, sauf qu'il prenait pour lui-même l'exercice du gouvernement politique et civil¹³⁰. Il ajoutait, péremptoire, qu'en situation de conquête, il ne suffisait pas de laisser à la nation vaincue ses lois : «il est peut-être plus nécessaire de lui laisser ses mœurs, parce qu'un peuple connaît, aime et défend toujours plus ses mœurs que ses lois.»¹³¹ D'une nation vaincue, tout compte fait, de l'avis de Montesquieu, seuls les préjugés nuisibles pouvaient être détruits.

Certains juristes pourraient aujourd'hui prétendre que l'ouvrage de Montesquieu relève de la philosophie et non du droit, pourtant, aux théologiens qui l'accusaient, ce dernier a répondu que son livre n'était pas un traité de théologie, mais un ouvrage de droit¹³². Quoi qu'il en soit, sous l'Ancien Régime, le droit provenait de sources multiples, dont les principales étaient la coutume, le droit canon, la législation royale et la jurisprudence. Certains auteurs ironisent en glissant l'évocation de l'existence d'une autre source, à savoir l'esprit de désobéissance ou de passivité¹³³. Au contraste marqué entre l'autoritarisme de certaines législations royales et le maintien de certaines coutumes pourtant interdites, se mariaient une modération et une souplesse qui se sont accrues jusqu'au XVIII^e siècle¹³⁴. Le roi, qui se voulait le père de ses sujets, a toujours manifesté le souci d'une réelle modération dans l'exercice de son autorité. Les auteurs la qualifiaient de «pure paternelle»¹³⁵. Devant les particularismes locaux et devant les privilèges sociaux, tous deux reposant sur la coutume, les rois n'auraient pu, sans provoquer de très vives résistances, imposer un droit commun universellement applicable¹³⁶.

Philosophique ou sociologique, l'ouvrage de Montesquieu? Mon intérêt ici ne repose guère dans la qualification exacte qu'il convient de lui donner. Je cherche simplement à faire prendre conscience de la logique générale qui animait l'esprit du droit à l'époque de l'Ancien Régime en France et il me semble que les remarques de Montesquieu à l'égard des

130. *Ibid.*, tome 1, à la page 146.

131. *Ibid.*, tome 1, à la page 153.

132. Desgraves, *op. cit. supra*, note 123, à la page 377.

133. Goubert, Pierre et Daniel Roche, *op. cit. supra*, note 120, à la page 198.

134. *Ibid.*, à la page 201.

135. Harouel, Jean-Louis, Jean Barbey, Eric Bournazel et Jacqueline Thibaut-Payen, *op. cit. supra*, note 122, à la page 423.

136. *Ibid.*, à la page 425.

peuples autochtones d'Amérique s'intègrent harmonieusement dans cette logique générale.

Cette logique pourrait être qualifiée de pluraliste, puisqu'elle permettait la coexistence de régimes parallèles ou se superposant. Mais ce pluralisme n'était pas égalitaire, puisque la structure générale de l'organisation sociale correspondait à une pyramide au sommet de laquelle toute autorité venait du Dieu chrétien. En France, sous l'Ancien Régime, la liaison entre la divinité et la royauté était totale :

«L'aspect le plus vénérable et frappant de cette liaison du roi et de la divinité résidait dans la cérémonie du sacre, entourée d'un corps de légendes et de mythes dont la signification juridique, religieuse et populaire était considérable, même si des juristes précisaient parfois que le sacre n'était plus essentiel à la puissance royale. Tout remontait aux Mérovingiens : des anges avaient apporté du Ciel la Sainte Ampoule, dont l'huile mystique, conservée à Reims, oignait le nouveau roi, en une cérémonie au rituel complexe, dont un aspect au moins évoquait le sacrement de l'ordre (notre ordination), et conférait de plus au roi "quasi-prêtre" le pouvoir de guérir, dont aucun ne manqua d'user.»¹³⁷

À ce caractère religieux de la monarchie correspondait évidemment des devoirs, dont celui de respecter Dieu et de défendre la vraie foi. Sauf circonstances exceptionnelles, à cette souveraineté n'était associée qu'une seule et unique religion, la catholique. On comprend mieux pourquoi la conversion des peuples autochtones à la vraie foi était intimement associée à l'affirmation de la présence française en Amérique. Mais cette conversion ne correspondait pas nécessairement à l'abandon par ces peuples de leur droit des gens ou de leurs coutumes, car, à l'époque, et bien qu'essentiellement liée à l'identité du régime, la propagation de la foi ne relevait pas principalement du droit, du moins de l'une de ses sources formelles que constituait la législation royale. Montesquieu :

«On ne doit point statuer par les lois divines ce qui doit l'être par les lois humaines, ni régler par les lois

137. Goubert, Pierre et Daniel Roche, *op. cit. supra*, note 120, à la page 207. La problématique générale de l'émergence de l'État s'appuyant sur la transmutation de la figure royale, ayant elle-même comme point de départ le modèle des deux natures du Christ, est élaborée avec le plus grand brio par Kantorowicz, Ernst, *Les Deux Corps du Roi*, Paris, Gallimard, Collection Bibliothèque des histoires, 1989, 638 p.

humaines ce qui doit l'être par les lois divines. Ces deux sortes de lois diffèrent par leur origine, par leur objet et par leur nature.»¹³⁸

«Nous avons dit que les lois étaient des institutions particulières et précises du législateur; et les moeurs et les manières des institutions de la nation en général. De là il suit que lorsqu'on veut changer les moeurs et les manières, il ne faut pas les changer par les lois : cela paraîtrait trop tyrannique : il vaut mieux les changer par d'autres moeurs et d'autres manières.

Ainsi, lorsqu'un prince veut faire de grands changements dans sa nation, il faut qu'il réforme par les lois ce qui est établi par les lois, et qu'il change par les manières ce qui est établi par les manières : et c'est une très mauvaise politique de changer par les lois ce qui doit être changé par les manières.»¹³⁹

Les missionnaires français établis en Amérique du Nord ont bien souvent voulu transformer les moeurs et les manières des peuples autochtones, notamment en les sédentarisant et en éduquant leurs enfants selon les méthodes françaises¹⁴⁰, mais leur projet était loin d'être achevé au moment où la France a cédé ses territoires américains à la Grande-Bretagne, et ce pour au moins trois raisons. D'abord, parce que les peuples autochtones n'ont jamais reconnu aux missionnaires leur prétention à un monopole exclusif du discours et du pouvoir religieux¹⁴¹. Ensuite, parce que le commerce des fourrures et la guerre intercoloniale dans lesquelles les autorités françaises étaient engagées en s'appuyant sur leur alliance avec les peuples autochtones interdisaient de radicalement transformer le droit des gens et les coutumes de ceux-ci¹⁴². Enfin, parce que la conversion au christianisme

138. Montesquieu, *op. cit.*, tome 2, *supra*, note 123, à la page 169.

139. *Ibid.*, tome 1, à la page 325.

140. Ouellet, Réal et Alain Beaulieu, «Avant-propos», dans Ouellet, Réal (sous la direction de), *Rhétorique et conquête missionnaire : le jésuite Paul Lejeune*, Sillery, Les Éditions du Septentrion, 1993, 137 p., à la page 18; Dickason, Olive P., *Le mythe du Sauvage*, Sillery, Les Éditions du Septentrion, 1993, 451 p., notamment le chapitre XII intitulé «Les missionnaires relèvent le défi», aux pages 267 à 288.

141. Delage, Denys, «La religion dans l'alliance franco-amérindienne», (1991) *Anthropologie et sociétés* 15(1) : 55-87, notamment à la page 63.

142. Dickason, *op. cit. supra*, note 140, notamment à la page 293; Delage, Denys, «Les Iroquois chrétiens des 'réductions', 1667-1770, (1ère partie)», (1991) *Recherches amérindiennes au Québec* XXI(1-2) : 59-78; Delage, Denys, «Les Iroquois chrétiens des 'réductions', 1667-1770. II-Rapports avec la Ligue iroquoise, les Britanniques et les autres nations

n'exigeait pas l'abandon de toutes les conceptions et de toutes les pratiques de ces peuples mais uniquement celles qui étaient jugées mauvaises¹⁴³.

CONCLUSION

À la lumière des règles d'interprétation élaborées par la Cour suprême du Canada à l'égard des droits ancestraux et issus de traités des peuples autochtones et en m'inspirant du nouveau paradigme pluraliste que ces règles d'interprétation instaurent, selon moi, j'ai décrit et critiqué les jugements qui se sont prononcés sur l'influence du Régime français à l'égard du statut et des droits des peuples autochtones du Canada.

Parce qu'ils ont omis de lire les documents d'époque et d'interpréter les faits présentés devant eux à l'aide des conceptions qui avaient cours au moment de l'expansion européenne dans le monde, ces jugements n'ont pas évité l'écueil que l'on pourrait qualifier d'englobement et de mise à néant de ce qui diffère. Ce faisant, ils n'ont pas pu rendre compte notamment de la notion d'alliance entre les peuples autochtones et la Couronne française ainsi que de la possibilité juridique pour ces peuples de pratiquer leurs activités commerciales, militaires et de subsistance même en présence des colons français en terre d'Amérique.

Je me suis ici volontairement restreint au seul droit pratiqué et théorisé par les Français et j'ai cherché à démontrer comment, à l'intérieur d'une même tradition juridique, en l'occurrence celle des Français, ces jugements ont trahi des conceptions qui avaient cours pendant le Régime français, et ce parce qu'ils n'ont pas suffisamment pris garde justement des dimensions historiques et structurelles de tout système d'interprétation.

Je suis, quant à moi, persuadé qu'au moment de la transition du Régime français à celui imposé par les Britanniques sur l'ensemble du territoire nord-américain, c'est clairement la notion d'alliance qui caractérisait les rapports établis entre les peuples autochtones et les Puissances européennes et que c'est à la lumière de cette notion qu'il convient au départ d'analyser la situation juridique qui s'est établie entre ces parties.

autochtones», (1991) *Recherches amérindiennes au Québec* XXI(3) : 39-50.

143. Lire à cet égard Le Bras, Yvon. «Les *Relations* de Paul Lejeune : aux frontières de l'historiographie» dans Ouellet, *op. cit. supra*, note 140, à la page 59.

J'ajoute que c'est cette même notion qui devrait principalement guider les juges canadiens dans leur interprétation actuelle des droits ancestraux ou issus de traités des peuples autochtones du Canada et que, pour ce faire, ils devraient adopter une logique pluraliste du droit faisant place simultanément, et de façon égalitaire, à plus d'un ordre juridique : ceux des peuples autochtones et ceux des Puissances européennes, ces ordres n'étant, les uns par rapport aux autres, ni entièrement indépendants, ni complètement subordonnés.

En y apportant les adaptations nécessaires notamment celles qui concernent ses composantes historiques et culturelles, cette situation correspond au paysage juridique qui prévaut aujourd'hui en Europe et qui a été magistralement décrit par Mireille Delmas-Marty : dans les deux cas, on assiste en effet à un enchevêtrement de systèmes qui oblige de «se donner les moyens de *penser le multiple*»¹⁴⁴.

Les juges canadiens devraient rompre avec un savoir juridique qui ne leur permet pas d'apprivoiser ni de maîtriser cette nouvelle réalité juridique, d'autant plus que la récente constitutionnalisation des droits ancestraux ou issus de traités des peuples autochtones, d'une part, les informe du fait que, pendant des années, ces droits «ont été à toutes fins pratiques ignorés»¹⁴⁵ et, d'autre part, leur commande dorénavant de les protéger en utilisant un raisonnement juridique différent de celui qui régnait avant 1982¹⁴⁶. En suivant une telle démarche, sans doute leur seraient-ils alors permis de dégager peu à peu une véritable légitimité de l'ensemble du système juridique canadien reposant dorénavant sur la reconnaissance ou la création d'un code culturel commun et rejetant au préalable toute violence symbolique à l'endroit de la réalité historique, sociale et culturelle des peuples autochtones.

144. Delmas-Marty, Mireille, *Pour un droit commun*, Paris, Éditions du Seuil, Collection La librairie du XX^e siècle, 1994, 306 p., notamment aux pages 112 et 113. Pour des développements également intéressants sur le pluralisme juridique dans le contexte de la construction de l'Europe, lire Arnaud, André-Jean, *Pour une pensée juridique européenne*, Paris, Presses universitaires de France, Collection Les voies du droit, 1991, 304 p.

145. Sparrow, *op. cit. supra*, note 4, à la page 1103.

146. *Ibid.*, à la page 1111.

BIBLIOGRAPHIE

VOLUMES

- ABENON, L.-R. et DICKINSON, J.A., *Les Français en Amérique, Histoire d'une colonisation*, Lyon, Presses universitaires de Lyon, 1993.
- ALLEN, K.C., *Law in the making*, 7th ed., Oxford, Clarendon Press, 1968.
- AMIN, S., *L'accumulation à l'échelle mondiale*, 2e éd., Paris, Anthropos, 1988, 615 p.
- ANGERS, L., *Chicoutimi: poste de traite, 1676-1856*, Montréal, Les éditions Leméac, 1971, 123 p.
- ARCHIVES PUBLIQUES DU CANADA, MG 1 France, Archives des Colonies, Série C 11A, *Correspondance générale*, Canada, Transcription, 1540-1784, 9.300 m. Instrument de recherche no 856.
- ARNAUD, A.-J., *Critique de la raison juridique*, Paris, L.G.D.J., 1981.
- ARNAUD, A.-J., *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris, L.G.D.J., 1969.
- ARNAUD, A.-J., *Pour une pensée juridique européenne*, coll. "Les voies du droit", Paris, Presses universitaires de France, 1991, 304 p.
- ASSIER-ANDRIEU, L., *Le peuple et la loi. Anthropologie historique des droits paysans en Catalogne française*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1987, 263 p.
- ATIAS, C., *Savoir des juges et savoir des juristes. Mes premiers regards sur la culture juridique québécoise*, coll. "McGill Legal Studies No.", Montréal, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1990, 164 p.
- BAILEY, A.G., *The Conflict of European and Eastern Algonkian Cultures, 1504-1700*, Toronto, University of Toronto Press, 1969
- BARREAU DE QUÉBEC, *Pour une conciliation équitable des intérêts des peuples d'origine autochtone et non autochtone résidant au Québec*, Mémoire présenté à la COMMISSION ROYALE D'ENQUÊTE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES DU CANADA, 18 novembre 1992.
- BARTLETT, R.H., *Indian Reserves in Quebec*, Saskatoon, University of Saskatchewan Native Law Center, 1984, 44 p.

- BASTIDE, R., *Le prochain et le lointain*, Paris, Éditions Cujas, 1970.
- BEAULIEU, J., *Localisation des nations autochtones au Québec: historique foncier*, Québec, Les Publications du Québec, 1986, ix, 154 p.
- BÉDARD, H., *Les Montagnais et la réserve de Betsiamites, 1850-1900*, Québec, Institut québécois de recherche sur la culture, 1988, 149 p.
- BERMAN, H.J., *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1983, 657 p.
- BETHELL, L. (dir.), *Colonial Spanish America*, London, Cambridge University Press, 1987.
- BILODEAU, P., R. COMEAU, A. GOSSELIN et D. JULIEN, *Histoire des Canadas*, 2e éd., Montréal, Hurtubise HMH, 1978.
- BLARDONE, G. et autres, *Initiation aux problèmes d'outre-mer*, Lyon, Chronique sociale de France, 1959.
- BLÉT, H., *Histoire de la colonisation française*, Paris, B. Arthaud, 1946.
- BOITEAU, G., *Les chasseurs hurons de Lorette*, Thèse de maîtrise présentée à l'École des Gradués de l'Université Laval, Québec, 1954, xiv, 173 p.
- BOLT, M. et J.A. LONG (dir.), *The Quest for Justice : Aboriginal Ancestral Rights*, Toronto, U. of Toronto Press, 1985.
- BONNAULT, C. de, *Histoire du Canada français (1534-1763)*, coll. "Colonies et empires", Paris, Presses universitaires de France, 1950.
- BOUFFARD, J., *Traité du domaine*, Québec, Le Soleil, 1921.
- BRISSAUD, J., *Manuel d'histoire du droit privé*, Paris, Albert Fontemoing, 1908, 916 p.
- BRUN, H., *Le territoire du Québec*, Québec, P.U.L., 1974.
- BRUN, H., *L'enregistrement des ordonnances royales au Conseil souverain de la Nouvelle-France*, Mémoire pour le D.E.S. présenté à la Faculté de droit et des sciences économiques de l'Université de Paris, juin 1965, 87 p.
- BRUNET, M., *Les Canadiens après la Conquête, 1759-1775*, Montréal, Fides, 313 p.

- BURNS, J.H.(dir.), *Histoire de la pensée politique médiévale*, «coll. Léviathan», Paris, Presses universitaires de France, 1993, 769 p.
- CARBONNIER, J., *Sociologie juridique*, Paris, P.U.F., 1978.
- CARTIER, J., *Relations*, Édition critique par M. BIDEAUX, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1986.
- CHAMPLAIN, S. de, *Des Sauvages*, Texte établi, présenté et annoté par A. Beaulieu et R. Ouellet, Montréal, Typo, 1993, 282 p.
- CHARBONNEAU, H. et autres, *Naissance d'une population. Les Français établis au Canada au XVIIe siècle*, Montréal et Paris, Institut National d'Etudes Démographiques, Presses de l'Université de Montréal et Presses Universitaires de France, 1987, 232 p.
- CHARLEVOIX, F.-X. de, *Histoire et description générale de la Nouvelle-France, avec le journal historique d'un voyage fait par ordre du Roi dans l'Amérique septentrional*, Montréal, Éditions Élysée, 1976, 3 tomes.
- CHARPENTIER, J., *La reconnaissance internationale et l'évolution du droit des gens*, Paris, Pedone, 1956.
- CHAUNU, P., *Conquête et exploitation des nouveaux mondes*, Paris, Presses universitaires de France, 1969.
- CHEVALLIER, J., *L'État de droit*, coll. «Clefs/Politique», Paris, Montchrestien, 1992.
- Collection de manuscrits contenant lettres, mémoires, et autres documents historiques relatifs à la Nouvelle-France*, Québec, A. Côté, 1883-1885. 4 tomes.
- CUMMING, P.A. et N.H. MICKENBERG (dir.), *Native Rights in Canada*, 2e éd., Toronto, The Indian-Eskimo Association of Canada in association with General Publishing Co., 1972.
- DAHL, R.A., *Polyarchy : Participation and Opposition*, New Heaven, Yale University Press, 1971.
- DARESTÉ, P., *Traité de droit colonial*, Paris, 1931-32, 2 vols.
- DECHENE, L., *Habitants et marchands de Montréal, au XVIIe siècle*, Montréal, Boréal compact, 1988, 527 p.
- DELÂGE, D., *Épidémies, colonisation, alliances: Amérindiens et Européens aux XVIIe et XVIIIe siècles*. Étude réalisée pour la COMMISSION ROYALE D'ENQUÊTE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, S.1, 1993, 87 p.

- DELÂGE, D., *Le pays renversé. Amérindiens et européens en Amérique du Nord-est, 1600-1664*, Montréal, Boréal Express, 1985, 416 p.
- DELMAS-MARTY, M., *Pour un droit commun*, coll. «La librairie du XX^e siècle», Paris, Seuil, 1994, 306 p.
- DELRIEU, A., *Lévi-Strauss : lecteur de Freud*, Paris, Point hors Ligne, 1993, 221 p.
- DÉPATIE, S., M. LALANCETTE et C. DESSUREAULT, *Contributions à l'étude du régime seigneurial canadien*, LaSalle, Editions Hurtubise HMH, 1987, XV, 290 p.
- DESCHAMPS, H., *Les Européens hors d'Europe de 1434 à 1815*, Paris, Presses universitaires de France, 1972.
- DESCHAMPS, H., *Les méthodes et les doctrines coloniales de la France, du XVI^e siècle à nos jours*, Paris, Armand Colin, 1953.
- DESCHAMPS, H., *Les voyages de Samuel de Champlain*, Paris, Presses universitaires de France, 1951.
- DESGRAVES, L., *Montesquieu*, Paris, Editions Mazarine, 1986, 485 p.
- DICKASON, O.P., *Canada's First Nations. A History of Founding Peoples from Early Times*, Toronto, McClelland & Stewart, 1992, 590 p.
- DICKASON, O.P., *Le mythe du Sauvage*, trad. de l'anglais par J. Des Chênes, Sillery, Septentrion, 1993, 451 p.
- DICKASON, O.P., *Louisbourg and the Indians: A study in imperial race relations, 1713-1760*, coll. «Histoire et Archéologie, 6», Ottawa, Ministère des Affaires Indiennes et du Nord, Parcs Canada, 1976.
- DICKASON, O.P., *Louisbourg et les Indiens: une étude des relations raciales de la France, 1713-1760*, coll. «Histoire et archéologie, 6», Ottawa, Parcs Canada, 1979.
- DIONNE, N.E., *Jacques Cartier*, 2e éd., Québec, Imprimerie Émile Robitaille, 1933.
- DIONNE, P., *Le titre aborigène des Indiens Attikamekw et Montagnais du Québec*, Ottawa, Université d'Ottawa, mémoire présenté à l'École des études supérieures et de la recherche en vue de l'obtention de la Maîtrise en droit, décembre 1984, 220 p.
- DISLÈRE, P., *Traité de législation coloniale*, 4e éd., Paris, Librairie administrative Paul Dupont, 1914, 2 vols.

- DONEVAN, W.N. (dir.), *The Native Population of the Americas in 1492*, Madison, University of Wisconsin Press, 1976.
- DUMONT, F., *L'anthropologie en l'absence de l'homme*, Paris, Presses universitaires de France, 1981.
- DUMONT, J., *Corpus universel du droit des gens : Contenant un Recueil de Traitez d'Alliance de Paiz de Treve, de Neutralitae, de Commerce, d'Aechange & Autres Contrats, qui ont Aete Fait*, 8 vols., La Haye, P. Husson et C. Crevier, 1726-1731.
- ECCLES, W.J., *France in America*, rev. ed., Markham (Ontario), Fitzhenry & Whiteside, 1990, 312 p.
- ECCLES, W. J., *The Canadian Frontier 1534-1760*, New York, Holt, Rinehart & Winston, et Albuquerque, University of Mexico Press, 1969 et 1992, 238 p.
- ECO, U., *Sémiotique et philosophie du langage*, Paris, P.U.F., 1988.
- Édits, ordonnances royales, déclarations et arrêts du Conseil d'État du Roi concernant le Canada*, Québec, E.R. Fréchette, 1854, 648 p.
- EGGAN, F. (dir.), *Social Anthropology of North American Tribes*, 2e éd., Chicago, University of Chicago Press, 1955.
- ELLUL, J., *Histoire des institutions de l'époque franque à la Révolution*, 5e éd., Paris, Presses universitaires de France, 1967, 611 p.
- ÉTATS-UNIS, BUREAU OF THE CENSUS, Committee on Historical Statistics of the Social Science Research Council, *The Statistical History of the United States from Colonial Times to the Present*, Stanford, Fairfield Publishing, 1965.
- FAUCHILLE, P., *Traité de droit international public*, 8e éd., t.I, deuxième partie, Paris, Rousseau et Cie, 1925.
- FAVRE, A., *Principes de droit des gens*, Fribourg, Éditions universitaires, Librairie de droit et de jurisprudence, 1974.
- FERLAND, J.B.A., *Cours d'histoire du Canada*, 2e éd., Québec, N.S. Hardy, 1882.
- FRANCIS, D., *Histoire des autochtones du Québec, 1760-1867*, Ottawa, Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, 1984, 78 p.
- FREUD, S., *The standard Edition of the complete psychological works of Sigmund Freud*, translated from the German under the general editorship of J. Strachey and A. Tyson in

- collaboration with A. Freud, London, Toronto, Hogarth Press and The Institute of Psychoanalysis, 1964.
- GADAMER, H.G., *Vérité et méthode*, Paris, Seuil, 1976.
- GARNEAU, F.-X., *Histoire du Canada*, 8e éd., Montréal, Éditions de l'Arbre, 1944.
- GAUDREAU, G., *L'exploitation des forêts publiques au Québec, 1842-1905*, Québec, Institut québécois de recherche sur la culture, 1986, 126 p.
- GÉNY, F., *Science et techniques en droit privé positif*, Sirey, Paris, 1913-1924.
- GIRAULT, A., *Principes de colonisation et de législation coloniale*, 3e éd., t.1, Paris, Sirey, 1907.
- GIRAULT, A., *Principes de colonisation et de législation coloniale*, 5e éd., Paris, Sirey, 1927-1930, vol 1 et 3.
- GOUBERT, P. et D. ROCHE, *Les Français et l'Ancien Régime*, tome 1 : *La société et l'État*, Paris, Armand Colin, 1991, 383 p.
- GRABOWSKI, J., *The Common Ground. Settled Natives and French in Montréal, 1667-1760*, Montréal, Université de Montréal, Thèse présentée à la Faculté des études supérieures en vue de l'obtention du doctorat en histoire, juillet 1993, 445 p.
- GRAMMOND, S., *Les traités entre l'État canadien et les peuples autochtones*, Mémoire de maîtrise en droit (LL.M.), Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1993.
- GREEN L.C. et DICKASON, O.P., *The Law of Nations and the New World*, Edmonton, The University of Alberta Press, 1989, 303 p.
- GROULX, L., *Histoire du Canada français*, Montréal, L'Action nationale, 1950.
- GURVITCH, G., *L'idée du droit social*, Paris, Sirey, 1932.
- HAMELIN, J. et Y. ROBY, *Histoire économique du Québec, 1851-1896*, Montréal, Fides, 1971, xxxvii, 436 p.
- HANOTAUX, G. et A. MARTINEAU, *Histoire des colonies françaises*, t. I, Paris, Plon, 1929.
- HAROUËL, J.-L., J. BARBEY, E. BOURNAZEL et J. THIBAUT-PAYEN, *Histoire des institutions de l'époque franque à la Révolution*, 3e et 5e éd., Paris, Presses

- universitaires de France, Collection Droit fondamental, 1990 et 1993, 591 p.
- HARRIS, R.C. et G.J. MATTHEWS, *Atlas historique du Canada*, t. 1. «Des origines à 1800», Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1987, 198 p.
- HAVARD, G., *La grande paix de Montréal de 1701: les voies de la diplomatie franco-amérindienne*, Montréal, Recherches amérindiennes au Québec, 1992, xii, 222 p.
- HEIDENREICH, C., *Hurononia: A History and Geography of the Huron Indians, 1600-1650*, Toronto, McClelland & Stewart, 1971.
- Historique de la Loi sur les Indiens, 1760-1867*, Ottawa, Ministère des Affaires indiennes et du Nord, 1980, 78 p.
- HURLEY, J.D., *Children or brethren: aboriginal rights in colonial Iroquia*, Saskatoon, University of Saskatchewan, Native Law Centre, 1985, 338 p. (Originally presented as the author's thesis (doctoral, Cambridge)
- JACOBINI, H.B., *A Study of the Philosophy of International Law as Seen in Works of Latin American Writers*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1954.
- JACQUIN, P., *Les Indiens Blancs. Français et Indiens en Amérique du Nord (XVI^e-XVIII^e siècle)*, Paris, Payot, 1987.
- JAENEN, C.J., *Friend and Foe: Aspects of French-Amerindian Cultural Contact in the 16th and 17th centuries*, Toronto, McClelland & Stewart, 1976.
- JAENEN, C.J., *Les relations franco-amérindiennes en Nouvelle-France et en Acadie*, Hull, Affaires indiennes et du Nord Canada, Direction générale de la recherche, 1985, 175 p.
- JAENEN, C.J., *The French Relationship with the Native Peoples of New France and Acadia*, Ottawa, Indian and Northern Affairs Canada, 1984.
- JENNINGS, R.Y., *The Acquisition of Territory in International Law*, Manchester, Manchester University Press, 1963.
- JETTEN, M., *La reconnaissance et l'acquisition de la propriété autochtone en Amérique du Nord (du 17^e au 19^e siècles): le cas des nations domiciliées du Canada*. Étude réalisée pour la COMMISSION ROYALE D'ENQUÊTE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, Waskaganish, 1993, 93 p.
- JULIEN, C.-A., *Les Français en Amérique au XVII^e siècle*, Paris, C.D.U. et SEDES, 1976, 179 p.

- JULIEN, C.-A., *Les Français en Amérique de 1713 à 1784*, Paris, C.D.U. et SEDES, 1976, 335 p.
- JULIEN, C.-A., *Les voyages de découverte et les premiers établissements (XV^e XVI^e siècles)*, vol. I, Paris, Presses universitaires de France, 1948.
- KANTOROWICZ, E., *Les Deux Corps du Roi*, coll "Bibliothèque des histoires", Paris, Gallimard, 1989, 638 p.
- KELLER, A.S., O.J. LISSITZYN et F.J. MANN, *Creation of Rights of Sovereignty through Symbolic Acts, 1400-1800*, New York, Columbia University Press, 1938.
- KERR, D.G.G., *Historical Atlas of Canada*, 3rd ed. rev., Don Mills, Thomas Nelson & Sons, 1975, iii, 100 p.
- KNOPPERS, B.-M., L. CADIET et C.M. LABERGE, *La génétique humaine: de l'information à l'informatisation*, Montréal-Paris, Éditions Thémis-Litec, 1992.
- KOLISH, E., *Changement dans le droit privé au Québec et au Bas-Canada, entre 1760 et 1840 : Attitudes et réactions des contemporains*, Montréal, Université de Montréal, thèse présentée à la Faculté des arts et des sciences, 1980, 2 vol.
- KUHN, T.S., *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, Nouvelle bibliothèque scientifique, 1972. (Cet ouvrage a d'abord paru en anglais, aux États-Unis, en 1962.)
- LA POTHERIE, C.C. (le Roy Bacqueville de), *Histoire de l'Amérique septentrionale*, t. I, Paris, Nion fils, 1753.
- LACHANCE, A., *La justice criminelle du roi au Canada au XVIII^e siècle: tribunaux et officiers*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1978, xvi, 187 p.
- LACROIX, Y., *Les origines de La Prairie (1667-1697)*, Montréal, Les Éditions Bellarmin, 1981, 207 p.
- LAJOIE, A., *Pouvoir disciplinaire et dépistage de drogues : illégalité ou pluralisme?*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1995.
- LAMONTAGNE, R., *L'Atlantique au temps de Maurepas*, Montréal, P.U.M., 1965.
- LAMPUÉ, P., *Droit d'outre-mer et de la coopération*, 4e éd., Paris, Dalloz, 1969.
- LANCTÔT, G., *Histoire du Canada*, 5e éd., Montréal, Librairie Beauchemin, 1967.
- LAPRADELLE, A. de, *Maîtres et doctrines du droit des gens*, 2e éd., Paris, Les Éditions Inter-Nationales, 1950.

- LAREAU, E., *Histoire du droit canadien*, t.1, Montréal, A. Périard, 1888, 544 p.
- LAVROFF, D.G., *Droit d'outre-mer et de la coopération*, Paris, Dalloz, 1971.
- LEGISLATIVE ASSEMBLY OF THE PROVINCE OF CANADA, «Report on the Affairs of the Indians in Canada», dans *Journals of the Legislative Assembly of the Province of Canada*, 2e Parlement, 1ere session, 1844-45, appendice EEE et 2e Parlement, 3e session, 1847, appendice T.
- LEROY-BEAULIEU, P., *De la colonisation chez les peuples modernes*, 5e éd., Paris, Guillaumin, 1902.
- Les fondateurs du droit international: F. de Victoria, A. Gentilis, F. Suarez, Grotius, Zouch, Pufendorf, Bynkershoek, Wolf, Watell, De Martens: leurs oeuvres - leurs doctrines*, avec une introduction de A. PILLET, Paris, Giard & Brière, 1904, 691 p.
- LETAC, S., *Histoire chronologique de la Nouvelle-France depuis sa découverte jusques en l'an 1632*, Édition critique par E. RÉVEILLAUD, Paris, G. Fischbacher, 1888, (l'édition originale de l'ouvrage est de 1689).
- LÉVI-STRAUSS, C., *La pensée sauvage*, Paris, Plon, 1962.
- LÉVI-STRAUSS, C., *Tristes tropiques*, Paris, Plon, 1955.
- LINDLEY, M.F., *The Acquisition and Government of Backward Territory in International Law, being A Treatise on the Law and Practice Relating to Colonial Expansion*, London, Longmans, Green and Co., 1926.
- LLOYD, Lord *Introduction To Jurisprudence*, 4^e ed., Portland, Oregon, Stevens, 1979
- LOUIS-JARRAY, G., *L'empire français d'Amérique*, Paris, Armand Colin, 1938.
- LUCHAIRE, F., *Droit d'outre-mer*, Paris, Presses universitaires de France, 1959.
- MAILHOT, J. et S. VINCENT, *Le discours montagnais sur le territoire*, Québec, Rapport soumis au Conseil Attikamek-Montagnais, 1980, 213 p. (polycopié).
- MAINE, Sir H.J.S., *Ancient Law*, 3rd American — from the 5th London ed., New York, Henry Holt and Company, 1875.
- MALAWER, S., *Imposed treaties in International Law*, Buffalo, William S. Hein & Co, 1977.

- MATHIEU, J., *La Nouvelle-France: les Français en Amérique du Nord, XVI^e-XVIII^e siècle*, Québec et Paris, Les Presses de l'Université Laval et Belin, 1991, 254 p.
- MAUSS, M., *Sociologie et Anthropologie*, Paris, Presses Universitaires de France, 1973.
- McALISTER, L.W., *Spain and Portugal in the New World (1492-1700)*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1984.
- McDOUGAL, M.S., H.D. LASSWELL et I.A. VLASIC, *Law and Public Order in Space*, New Haven, Yale University Press, 1963.
- McNEIL, K., *Common law aboriginal title*, Oxford, Clarendon Press/Oxford, 1989, 357 p.
- MERINGHAC, A., *Traité de législation et d'économie coloniale*, Paris, Sirey, 1925.
- MEYER, J., J. TARRADE, A. REY-GOLDZEIGUER, et J. THOBIE, *Histoire de la France coloniale des origines à 1914*, Paris, Armand Colin, 1991.
- MIQUELON, D.B., «*New France, 1701-1744, a supplement to Europe*», Toronto, McClelland & Stewart, 1987, 345 p.
- MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 2 tomes, Paris, Editions Garnier Frères, 1961.
- MOREL, A., *Histoire du droit : sources et formation du droit*, Montréal, Faculté de droit, Coopérative étudiante, 1988.
- MOREL, A., *Histoire du droit*, 6e éd., Montréal, Librairie de l'Université de Montréal, 1980-1981.
- MORIN, J.Y. et WOEHLING, J., *Les constitutions du Canada et du Québec du Régime Français à nos jours*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1992, 978 p.
- MORISSONNEAU, O.-C., *Population et développement du village huron (réserve indienne, Loretteville)*, Québec. Mémoire de licence présenté à l'Institut de Géographie de l'Université Laval, 1968, iv, 70p.
- MOUSNIER, R. et E. LABROUSSE, *Le XVIII^e siècle. L'Epoque des «Lumières» (1715-1815)*, coll. «Quadrige», Paris, Presses universitaires de France, 1985, 579 p.
- MOUSNIER, R., *Les XVI^e et XVII^e siècles*, Paris, Presses Universitaires de France, 1993, 688 p.
- NISH, C.F., *François-Étienne Cugnet, 1719-1751: entrepreneur et entreprises en Nouvelle-France*, Montréal: Fides, 1975, xxxi, 185 p.

- NUSSBAUM, A., *Concise History of the Law of Nations*, New York, The Macmillan Company, 1947.
- NYS, E., *Le droit international*, vol. I, Bruxelles, Imprimeur du Roi, 1912.
- O'CONNELL, D.P., *International Law*, vol. I, London, Stevens & Sons Ltd., 1965.
- OLIVIER-MARTIN, F., *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, Paris, Éditions Domat Monchrestien, 1951, xi, 763 p.
- OUELLET, R. (dir.), *Rhétorique et conquête missionnaire : le jésuite Paul Lejeune*, Sillery, Les Éditions du Septentrion, 1993, 137 p.
- OURLIAC, P. et J. de MALAFOSSE, *Histoire du droit privé*, t. 2, «Les biens», 2e éd., Paris, Presses universitaires de France, 1971, 452 p.
- PANASUK, A.-M. et J.-R. PROULX, *La résistance des Montagnais à l'usurpation des rivières à saumon par les Euro-Canadiens du 17^e au 20^e siècle*, mémoire présenté en vue de l'obtention du grade de maître ès sciences (M. Sc.), Montréal, Université de Montréal, Faculté des études supérieures, 1981, 458 p.
- PARRY, J.H., *The Age of Reconnaissance*, Berkeley and Los Angeles, University of California Press, 1981.
- PATAULT, A.-M., *Introduction historique au droit des biens*, Paris, Presses universitaires de France, 1989, 336 p.
- PEARSON, R., *Anthropological Glossary*, Malabar (Florida), E. Robert Kreiger, 1985.
- PERELMAN, C., et P. FORIERS, *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Ets Emile Bruylant, 1978.
- PERELMAN, C., *Traité de l'argumentation*, 5e édition, Bruxelles, Éditions de l'Institut de sociologie, U.L.B., 1988.
- PERELMAN, C., *Logique juridique, nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1970.
- PICARD, G., (Vice Chef), Assemblée des Premières Nations du Québec et du Labrador), *Les droits des premières nations au Québec*, Mémoire présenté à la Commission royale sur les peuples autochtones du Canada, 25 mai 1993.
- PLUCHON, P., *Histoire de la colonisation française*, t. 1, «Le premier empire colonial. Des origines à la Restauration», Paris, Fayard, 1991, 1114 p.

- POULIOT, C., *La grande aventure de Jacques Cartier*, Québec, s.n., 1934.
- Rapport de l'archiviste de la Province de Québec*, Québec, Imprimeur du roi, 1920-21 à 1969.
- Rapport des commissaires spéciaux nommés le 8 septembre 1858 pour s'enquérir des affaires des Sauvages au Canada*, S.C. 1858, annexe 21 (21 Vict. 1856).
- RATELLE, M., *Contexte historique de la localisation des Attikameks et des Montagnais de 1760 à nos jours*, Québec, Gouvernement du Québec, Ministère de l'Énergie et des Ressources, 1987, 297 p.
- RATELLE, M., *L'application des lois et règlements français chez les Autochtones de 1627 à 1760*, coll. «Les études autochtones», Québec, Gouvernement du Québec, 1991, 48 p.
- REDSLOB, R., *Histoire des grands principes du droit des gens*, Paris, Rousseau et Cie, 1923.
- REINSTEIN, M. (ed), *Max Weber on Law in Economy and Society*, Cambridge, Harvard University Press, 1955.
- RICOEUR, P., *Du texte à l'action, Essais d'herméneutique II*, Paris, Seuil, 1986.
- RIVIER, A., *Principes du droit des gens*, t. I, Paris, Arthur Rousseau, 1896.
- ROBERT, I., *Le site de l'ancienne mission des Jésuites à Sillery*, Mémoire de maîtrise présenté à l'École des Gradués de l'Université Laval, Québec, 1990, ix, 96 p., annexes.
- ROBESON, V., *New-France 1713-1760*, coll. «Documents in Canadian History», Toronto, Ontario Institute for Studies in Education, 1977.
- ROULAND, N., *Anthropologie juridique*, Paris, P.U.F., 1988, 496 p.
- ROUSSEAU, C., *Droit international public*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1953.
- ROY, J.-E., *Histoire de la seigneurie de Lauzon*, Lévis, 1897-1904, 5 volumes.
- ROY, P.-G., *Inventaire des concessions en fief et seigneurie, foies et hommages et aveux et dénombremens conservés aux Archives de la province de Québec*, Beauceville, L'éclaireur, 1927-1929, 6 tomes.

- ROY, P.-G., *Ordonnances, commissions, etc, etc, des gouverneurs et intendants de la Nouvelle-France, 1639-1706*, Beauceville, L'éclaireur, 1924, 2 tomes.
- SALONE, É., *La colonisation de la Nouvelle-France*, Paris, E. Guilmoto, 1905, réimpression par Boréal-Express, 1975.
- SAUVÉ, L. (dir.) et autres, *Peuples autochtones de l'Amérique du Nord : de la réduction à la coexistence*, Sainte-Foy, Télé-Université, 1989.
- SAVARD, R., *La voix des autres*, coll. «Positions anthropologiques», Montréal, L'Hexagone, 1985, 344 p.
- SAWAYA, J.-P., *Les sept nations du Canada: tradition d'alliance dans le Nord-est*, Étude réalisée pour la COMMISSION ROYALE D'ENQUÊTE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, Sillery, 1994, 211p.
- SÉVIGNY, P.-A., *Les Abénaquis: habitats et migrations (17e et 18e siècles)*, Montréal, Les Éditions Bellarmin, 1976, 247 p.
- SIBERT, M., *Traité de droit international public*, t. 1. Paris, Dalloz, 1951.
- SIMARD, J.-J., *Monographie sur Pointe-Bleue. Rapport préliminaire*, Québec, Université Laval/Laboratoire de recherches sociologiques, 1980, iv, 167 p.
- SIOUI, G.E., *Pour une autohistoire amérindienne*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1989, xviii, 157 p.
- SLATTERY, B., *Ancestral lands alien laws : judicial perspectives on aboriginal title*, Saskatoon, University of Saskatchewan, Native Law Center, 1983.
- SLATTERY, B., *The Land Rights of Indigenous Canadian Peoples as affected by the Crown's Acquisition of their Territories*, Saskatoon, University of Saskatchewan Native Law Centre, 1979, 476 p. (Thesis D. Phil., University of Oxford)
- SLATTERY, B., *French Claims in North America 1500-1559*, Saskatoon, University of Saskatchewan Native Law Centre, 1980, 31 p.
- STRICKLAND, R. et C.F. WILKINSON (dir.), *Felix S. Cohen's Handbook of Federal Indian Law*, 1982 Edition, Charlottesville (Virginia), Michie Bobbs-Merrill, 1982, 912 p.
- STURTEVANT, W.C. (dir), *Handbook of North American Indians*, 20 vols, Washington, Smithsonian Institution, 1978-.

- TAYLOR, C., *Multiculturalisme, différence et démocratie*, Paris, Aubier, 1994.
- TAYLOR, C., *Sources of the self : the making of the modern identity*, Cambridge Mass., Harvard U.P., 1992.
- TESSIER, A., *Histoire du Canada*, t. I, Montréal, Éditions du Pélican, 1959.
- THORNTON, R., *American Indian Holocaust and Survival. A Population History Since 1492*; Norman, University of Oklahoma Press, 1987.
- TIMBAL, P.-C. et A. CASTALDO, *Histoire des institutions publiques et des faits sociaux*, 8e éd., Paris, Dalloz, 1990, xvii, 858 p.
- TIMSIT, G., *Les figures du jugement*, coll. «Les voies du droit», Paris, P.U.F., 1993.
- TIMSIT, G., *Les noms de la loi*, coll. «Les voies du droit», Paris, P.U.F., 1991 199 p.
- TITLEY, E.B., *A Narrow Vision. Duncan Campbell Scott and the Administration of Indian Affairs in Canada*, Vancouver, University of British Columbia Press, 1986, viii, 245 p.
- TOOKER, E., *Ethnographie des Hurons, 1615-1649*, coll. «Signes des Amériques no 6», Montréal, *Recherches amérindiennes au Québec*, 1987.
- TRIGGER, B.C., *Natives and Newcomers. Canada's «Heroic Heritage» Reconsidered*, Kingston et Montréal, Queen's Mc Gill U.P., 1985.
- TRIGGER, B.G., *Les Indiens et l'âge héroïque de la Nouvelle-France*, Ottawa, La Société historique du Canada, Brochure historique n° 30, 1978.
- TRIGGER, B.G., *Natives and Newcomers: Canada's «Heroic Age» Reconsidered*, Kingston and Montréal, McGill-Queen's University Press, 1985.
- TRIGGER, B.G., *The Children of Aataentsic*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 1976.
- TRIGGER, B., *Les Enfants d'Aataentsic*, Montréal, Éd. Libre Expression, 1991.
- TRIGGER, B., *Les Indiens, la fourrure et les Blancs : Français et Amérindiens en Amérique du Nord*, coll. «Boréal Compact, no 38», trad. de l'anglais par G. Khal, Paris et Montréal, Boréal et Seuil, 1990, 542 p.

- TRUDEL, M., *Histoire de la Nouvelle-France*, vol. 1, «Les vaines tentatives : 1524-1603», vol. 2, «Le comptoir, 1604-1627», vol. 3, «La seigneurie des Cent-Associés, 1627-1663, t. 2., La société», Montréal, Fides, 1963-1983.
- TRUDEL, M., *The Beginnings of New-France, 1524-1663*, traduit par Patricia Claxton, Toronto, McClelland and Stewart, 1973.
- TRUYOL SERRA, A. et autres, *Actualité de la pensée juridique de Francisco de Vitoria*, Bruxelles, Bruylant, 1988.
- TULLY, J., *Philosophy in an age of pluralism : the philosophy of Charles Taylor in question*, Cambridge-N.Y., Cambridge U.P., 1994.
- TWINNING, W., *Karl Llewellyn And The Realist Movement*, Weidenfeld, London, 1973.
- VACHON, A., *Rêves d'empire, Le Canada avant 1700*, Approvisionnements et services Canada, 1982.
- VEYNE, P., *Comment on écrit l'histoire*, Coll. «Points», Paris, Seuil, 1993 (1971).
- VILLEY, M., *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, Éditions Montchrestien, 1968.
- WATZLAWICK, P. (dir.), *L'invention de la réalité ou comment savons-nous ce que nous croyons savoir?* Paris, Seuil, 1981.
- WHITE, R., *The middle ground. Indians, empires, and republics in the Great Lakes region, 1650-1815*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991, 535 p.
- WILLIAMS, P., *The Haudenosaunee Law*, Étude pour la COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, Ottawa, 1993.
- WILLIAMS, P., *Untitled Report to the Royal Commission on Aboriginal people. Part I : The Tree and the Great Law of the Peace*, Ottawa, 1993.
- WRONG, G.M., *The Rise and Fall of New France*, vol. I. New York-Toronto, Macmillan, 1928.
- ZOLTVANY, Y. F., *Philippe de Rigaud de Vaudreuil*, Toronto, McClelland and Stewart Limited, 1974, 242 p.

ARTICLES ET ÉTUDES

- Association des Indiens du Québec, «Mémoire sur les droits territoriaux des Indiens de la province de Québec», (1972) 2 *Recherches amérindiennes* 13.

- ASCH, M., «Errors in Delgamuukw, an Aboriginal Perspective», dans F. CASSIDY, *Aboriginal Title in B.C.*, Lantzville-Montréal, Oolichan Books et Institut de recherches politiques, 1992, pp.221-243.
- BEAULIEU, J., C. CANTIN et M. RATELLE, «La Proclamation royale de 1763 : le droit refait l'histoire», (1989) 49 *R. du B.* 317.
- BELLEY, J.-G., «L'État et la régulation juridique des sociétés globales : pour une problématique du pluralisme juridique», (1986) XVIII:1 *Sociologie et sociétés* 11-32.
- BERMAN, H.R., «Perspectives on American Indian Sovereignty and International Law, 1660-1776», dans O. R. LYONS et J. MOHAWKS (dir.), *Exiled in the land of the Free : Democracy, Indian Nations and the U.S. Constitution*, Santa Fe, Clear Light Publishers, 1992, pp. 125 à 188.
- BISHOP, C.E., «The Emergence of Hunting Territories Among the Northern Ojiva», (1970) 9:1 *Ethnology* 15.
- BISSONNETTE, A., «Le droit à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones», (1993) 24 *R.G.D.* 5-25.
- BISSONNETTE, A., «Droits autochtones et droits civils : opposition ou complémentarité, le cas de la propriété foncière», dans *Droit civil et droits autochtones: confrontation ou complémentarité*, Ottawa, Association Henri Capitant, (section québécoise), 1992, pp. 1-13.
- BISSONNETTE, A., «La justice et les autochtones, réflexion sur la nature d'une recherche appliquée», dans *Droit civil et droits autochtones: confrontation ou complémentarité*, Outremont, Association Henri Capitant, (section québécoise), 1992, pp. 115-132.
- BISSONNETTE, A., «Les droits et libertés des peuples autochtones au Canada : débats constitutionnels et identités culturelles», (1990) 19:4 *Recherches Amérindiennes au Québec* 3-12.
- BLAIN, J., «La frontière en Nouvelle-France: perspectives historiques nouvelles à partir d'un thème ancien», (1971-1972) 25 *Revue d'histoire de l'Amérique française* 397-407.
- BOCK, P.K., «Micmac», dans W. C. STURTEVANT (dir.), *Handbook of North American Indians*, vol. 15, Washington, Smithsonian Institution, 1978, p. 116.
- BOURDIEU, P., J.-C. CHAMBORDERON. et J.-C. PASSERON, «La construction de l'objet», dans *Le métier de*

- sociologue, préalables épistémologiques*, 4e éd. Paris-La Haye, Mouton, 1983, pp. 51-80.
- BRASSERT, J., «Early Indian-European Contacts», dans W. C. STURTEVANT (dir.), *Handbook of North American Indians*, vol. 15, Washington, Smithsonian Institution, 1978, p. 85.
- CHAPEDELAINE, C., «Le site de Mandeville à Tracy, Variabilité culturelle des Iroquoiens du St-Laurent», (1989) 19 *Recherches Amérindiennes au Québec* 7-51 et 249-264.
- CHEVRIER, M., «La conception pluraliste et subsidiaire de l'État dans le rapport Tremblay de 1956 : entre l'utopie et la clairvoyance», à paraître dans *Cahiers d'histoire du Québec du XXe siècle*.
- COOK, W.W., «The Logical And Legal Basis Of Conflict Of Laws», (1924) 33 *Yale L.J.* 457.
- DAINTITH, T., «Regulating by contracts», (1979) 32 *Current legal problem* 41.
- DE CAZES, P. «La frontière nord de la province de Québec», (1886) 3 *Mémoires et comptes rendus de la Société royale du Canada* 89-99.
- DECENCIERE-FERRANDIERE, A., «Essai historique et critique sur l'occupation comme mode d'acquérir les territoires en droit international», (1937) XVIII *Rev. dr. int. lég. comp.* 362.
- DECHÊNE, Louise. «L'évolution du régime seigneurial au Canada. Le cas de Montréal aux XVII^e et XVIII^e siècles», (1971) 12 *Recherches sociographiques* 143-183.
- DELÂGE, D., «La religion dans l'alliance franco-amérindienne», (1991) 15:1 *Anthropologie et sociétés* 55-87.
- DELÂGE, D., «Épidémies, colonisation, alliances», chap. 3, dans ouvrage à paraître.
- DELÂGE, D., «L'alliance franco-amérindienne 1660-1701», dans (1989) 19:1 *Recherches amérindiennes au Québec* 4.
- DELÂGE, D., «L'influence des Amérindiens sur les Canadiens et les Français au temps de la Nouvelle-France», (1992) 2:2 *Lekton* 101-191.
- DELÂGE, D., «Les Iroquois chrétiens des "réductions", 1667-1770. II- Rapports avec la Ligue iroquoise, les Britanniques et les autres nations autochtones», (1991) 21:3 *Recherches amérindiennes au Québec* 39-50.

- DELÂGE, D., «Les Iroquois chrétiens des "réductions", 1677-1770; 1- Migrations et rapports avec les Français», (1991) 21:1-2 *Recherches Amérindiennes au Québec* 59-71.
- DICKASON, O.P., «Concepts of Sovereignty at the Time of First Contacts», dans L.C. GREEN & O.P. DICKASON (eds.), *The Law of Nations and the New World*, Edmonton, University of Alberta Press, 1989, p. 235.
- DICKINSON, J.A., «La colonisation française en Amérique du Nord», dans L.-R. ABENON et J. A. DICKINSON, *Les Français en Amérique : histoire d'une colonisation*, Lyon, Presses Universitaire de Lyon, 1993.
- DICKINSON, J.A., «Réflexions sur la police en Nouvelle-France», (1986-87) 32 *McGill L. J.* 496-522.
- DICKSON-GILMORE, E., «La renaissance de la Grande Loi de la Paix : conception de la justice au sein de la nation Mohawk de Kahnawake», (1991) XXI:1-2 *Recherches amérindiennes au Québec* 29-43.
- DIONNE, P., «Les postulats de la Commission Dorion et le titre aborigène au Québec : vingt ans après», (1991) 51 *R. du B.* 127.
- DOBYNS, H.F., «An Appraisal of Techniques with a New Hemisphere Estimate», (1966) 7:4 *Current Anthropology* 395-416.
- ECCLES, W.J., «Francisation et évangélisation des Amérindiens de la Nouvelle-France au XVII^e siècle», dans *Sessions d'étude de la Société canadienne d'histoire de l'Eglise catholique*, 1968, pp. 33 à 46.
- ECCLES, W.J., «Sovereignty-Association (1500-1783)», (1984) 65 *Can. Hist. Rev.* 475.
- FORTIN, J. et G. FRENETTE, «L'Acte de 1851 et la création de nouvelles réserves indiennes au Bas-Canada en 1854 : polémique sur la législation locale et la Proclamation», (1989) XIX:1 *Recherches amérindiennes au Québec* 31.
- GALLOUX, J.-C., «Du droit de l'inventeur sur ses découverte : à la recherche d'un droit fabuleux», (1991) 25 *R.J.T.* 65.
- GENET, R., «Notes sur l'acquisition par occupation et le droit des gens traditionnel», (1934) XV *Rev. dr. int. lég. comp.* (3e série) 285.
- GÉRIN, L., «La seigneurie de Sillery et les Hurons de Lorette», (1900) 6 *Mémoires et comptes rendus de la Société royale du Canada*, série 2, 75-115.

- GOLD, M., «La rhétorique des droits constitutionnels», (1988) 22 *R.J.T.* 1-35.
- GOSSELIN, R. «La christianisation de la forêt boréale», dans *Musée du Québec, Le grand héritage. L'Église catholique et la société du Québec*, Québec, Gouvernement du Québec, 1984, pp. 31-60.
- GREEN, L.C., «Claims to Territory in Colonial America» dans L.C. GREEN & O.P. DICKASON (eds.), *The Law of Nations and the New World*, Edmonton, University of Alberta Press, 1989, pp. 1 et suiv.
- GRIFFITH, J., «What is legal pluralism», (1986) 24 *Journal of Legal Pluralism* 1.
- HARVARD LAW REVIEW EDITORIAL BOARD, «'Round And Round' The Bramble Bush : From Legal Realism To Critical Legal Scholarship», (1982) 95 *Harv. L. Rev.* 1669.
- HEYDTE, F.A.F. von der, «Discovery, Symbolic Annexation and Virtual Effectiveness in International Law», (1935) 29 *Am. J. Int. Law* 448.
- HONIGMAN, J.J., «Expressive Aspects of Subarctic Indian Culture», dans W.C. STURTEVANT (dir.), *Handbook of North American Indians*, vol. 6, Washington, Smithsonian Institution, 1978-, p. 724 et suiv.
- JAENEN, C.J., «French Sovereignty and Native Nationhood during the French Régime», dans J.R. MILLER (dir.), *Sweet Promises: A Reader on Indian-White Relations in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1991.
- JAENEN, C.J., «Pelleteries et Peaux-Rouges: perceptions françaises de la Nouvelle-France et de ses peuples indigènes aux XVI^e, XVII^e et XVIII^e siècles», (1983) 13:2 *Recherches Amérindiennes* 107.
- JAENEN, C.J., «The Meeting of the French and Amerindians in the Seventeenth Century», dans J.M. BUMSTED (ed.), *Interpreting Canada's Past*, vol. I, "Before Confederation", Toronto, Oxford University Press, 1986.
- JAENEN, C., «The role of presents in French-Amerindian trade», dans D. CAMERON (dir.), *Explorations in Canadian economic History : Essays in honour of Irene M. Spry*, Ottawa, University of Ottawa Press, 1985, p.237.
- JAENEN, C.J. «Lamberville, Jean de», dans : *Dictionnaire biographique du Canada*, t.II., Québec/Toronto, Les Presses de l'Université Laval/University of Toronto Press, 1969, pp. 356-359.

- JOYNER, C.J., «The Historical Status of American Indians under International Law», (1978) 11:2 *The Indian Historian* 30.
- KENNEDY, D., «Primitive Legal Scholarship», (1986) 27 *Harv. Int. L.J.* 111.
- KNIGHT, R., «Ecological Factors in Changing Economy and Social Organisation Among the Rupert House Cree», (1968) *National Museum of Canada Paper (Ottawa)* 15.
- LAJOIE, A. et autres, «Les représentations de 'société libre et démocratique' à la Cour Dickson, la rhétorique dans le discours judiciaire canadien», (1994) 32:2 *Osgoode Hall L.J.* 295-391.
- LAJOIE, A., «Contributions à une théorie de l'émergence du droit. I- Le droit, l'État, la société civile, le public, le privé : de quelques définitions interreliées», (1991) 25 *R.J.T.* 103-143.
- LAJOIE, A., «La normativité professionnelle dans le droit : trajets et spécificité formelle», dans J. G. BELLEY et autres, *Le droit soluble : contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, L.G.D.J., 1995, (à paraître).
- LANGFORD, G., «Aperçu sur la situation légale des Indiens aux États-Unis d'Amérique. Enseignement à tirer d'une évolution sociale et juridique», (1951) 55 *R.G.D.I.P.* 343.
- LAUTERPACHT, H., «Règles générales du droit de la paix», (1937) 62 *R.C.A.D.I.* 99
- Le BRIS, E., E. Le ROY et F. LEIMDORFER (dir.) «Rapport introductif aux journées d'études» dans *Enjeux fonciers en Afrique Noire*, Paris, ORSTOM et Karthala, 1982, pp. 17-43.
- LE BRAS, Y., «Les Relations de Paul Lejeune : aux frontières de l'historiographie» dans R. OUELLET (dir.), *Rhétorique et conquête missionnaire : le jésuite Paul Lejeune*, Sillery, Les Éditions du Septentrion, 1993, p. 59.
- LEACOCK, E., «Matrilocality in a simple hunting economy (Montagnais-Naskapi)», (1955) 11:1 *Southwestern Journal of Anthropology* 31-47.
- LEACOCK, E., «Seventeenth-Centry Montagnais Social Relations and Values», dans W.C. STURTEVANT, *Handbook of North American Indians*, vol. 6, Washington, Smithsonian Institution, 1978 -, pp. 190 et suiv.
- LEACOCK, E., «The Montagnais Hunting Territory and the Fur Trade», (1954) *Memoirs of the American Anthropological Association* 78.

- LESTER, G.S., «Primitivism Versus Civilization: A Basic Question in the Law of Aboriginal Rights to Land», dans *Our Footprints Are Everywhere, Inuit Land Use and Occupancy in the Labrador*, Nain (Labrador), Labrador Inuit Association, 1977, p. 351.
- LLWELLYN, K., «Some Realism About Realism - Responding To Dean Pound», (1931) 44 *Harv. L.R.* 1222.
- MACDONALD, R.A., «Pour la reconnaissance d'une normativité juridique implicite et inférentielle», 18:1 *Sociologie et sociétés* 47-58.
- MACDONALD, R.A., «Recognizing and Legitimizing Aboriginal Justice : Implications for a Reconstruction of Non-Aboriginal Legal Systems in Canada», in ROYAL COMMISSION ON ABORIGINAL PEOPLES, *Aboriginal Peoples and the Justice System*, Ottawa, Department of Supplies and Services, 1993, pp. 232-273.
- MAILHOT, J. et S. VINCENT, «Le droit foncier montagnais», (1982) 15:2-3 *Interculture* 65-74.
- MARKS, G.C., «Indigenous Peoples in International Law: The Significance of Francisco de Vitoria and Bartolome de Las Casas», (1992) 13:1 *Aust. Y.B. Int. L.* 18.
- MC NULTY, G.E. et L. GILBERT, «Attikameck (Tête de Boule)», dans W.C. STURTEVANT (dir.), *Handbook of North American Indians*, vol. 6, Washington, Smithsonian Institution, 1978 -, p. 212.
- MOORE, S.F., «Law and Social Change, The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study», (1973) 7 *Law and Society Review* 719-746.
- MOREL, A., «L'imposition et le contrôle des peines au Bailliage de Montréal», dans *Études juridiques en hommage à M. le juge Bernard Bissonnette*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1963, p. 413.
- NYS, E., «Les juriconsultes espagnols et la science du droit des gens», (1912) 14 *Rev. dr. int. lég. comp. (2e série)* 614.
- NYS, E., «Les publicistes espagnols du XVIIe siècle et les droits des Indiens», (1889) 21 *Rev. dr. int. lég. comp.* 532.
- ORAISON, A., «Le dol dans la conclusion des traités», (1971) 75 *R.G.D.I.P.* 617.
- OST, F., «Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice», dans P. GERARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Fonction de juger et pouvoir*

- judiciaire : transformations et déplacements*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1983.
- PASSERON, J.-C., «Homo sociologicus», dans le *Le Débat*, n° 79, Paris, Gallimard, mars-avril 1994, pp. 114-133, (textes regroupés sous le thème «le territoire du sociologue»).
- PATAULT, A.-M., «La propriété non exclusive au XIX^e siècle: histoire de la dissociation juridique de l'immeuble», (1983) 61 *Revue historique du droit français et étranger* 217-237.
- PERRAULT, I., «On débarque en Nouvelle-France», (1981) XI:2 *Recherches Amérindiennes au Québec* 103.
- POSPISIL, L.J., «The nature of law», (1956) 18:8 *Transactions of the New York Academy of Sciences* 746-755.
- REVEL, J., «Histoire, sociologie, histoire», dans le *Le Débat*, n° 79, Paris, Gallimard, mars-avril 1994, pp. 105-110, (textes regroupés sous le thème «le territoire du sociologue»).
- ROCHER, G., «Pour une sociologie des ordres juridiques», (1989) 29 *C. de D.* 91-120.
- ROGERS, E.S., «History of Ethnological Research in the Shield and Mackenzie Borderlands», dans STURTEVANT, W.C. (dir.), *Handbook of North American Indians*, vol. 6, Washington, Smithsonian Institution, 1978-, p. 26.
- ROGERS, E.S. et J.G.E., SMITH, «Environment and Culture in the Shield and Mackenzie Borderlands», dans STURTEVANT, W.C. (dir.), *Handbook of North American Indians*, vol. 6, Washington, Smithsonian Institution, 1978-, pp. 141 et suiv.
- ROGERS, E.S., «The Hunting Group-Hunting Territory Complex among the Mistassini Indians», (Anthropological Series 63), (1963) *National Museum of Canada Bulletin (Ottawa)* 195.
- ROULAND, N., «Les modes juridiques de solution des conflits chez les Inuit», *Etudes/Inuit/Studies*, vol 3, n° hors série.
- RUBIN, A.P., «International Law in the Age of Columbus», (1992) 39 *Netherlands Int. L. Rev.* 5.
- SANDERS, D., «The Re-Emergence of Indigenous Questions in International Law», (1983) 3 *Can. H. Rights Y.B.* 3.
- SCHAFFER, R., «International Law and Sovereign Rights of Indigenous Peoples», dans B. HOCKING (ed.), *International Law and Aboriginal Human Rights*, Sydney, The Law Book Co., 1988.

- SIMARD, J.-J., «White Ghosts, Red Shadows : the Reduction of North American Natives», dans J.A. Clifton, *The Invented Indian : Cultural Fictions and Government Policies*. New Brunswick (U.S.A.) and London (U.K.), Transactions Publishers, 1990, pp. 333-369.
- SLATTERY, B., «Aboriginal Sovereignty and Imperial Claims», (1991) 29 *Osgoode Hall L.J.* 681-703.
- SLATTERY, B., «Did France Claim Canada Upon "Discovery"?, dans J.M. BUMSTED (ed.), *Interpreting Canada's Past*, vol. I, «Before Confederation», Toronto, Oxford University Press, 1986, p. 10.
- SLATTERY, B., «First nations and the Constitution : a question of trust», (1992) 71 *Can. Bar Rev.* 261-293.
- SLATTERY, B., «Rights, communities and tradition», (1991) 41 *U.T.L.J.* 447-467.
- SLATTERY, B., «The constitutional guarantee of aboriginal and treaty rights», (1983) 8 *Queen's L.J.* 232-273.
- SLATTERY, B., «The hidden constitution : aboriginal rights in Canada», (1984) 32 *American Journal of Comparative Law* 361-391.
- SLATTERY, B., «Understanding aboriginal rights», (1987) 66 *Can. Bar Rev.* 727-783.
- STANLEY, G.F.G., «The first Indian "Reserves" in Canada», (1950) 54:2 *Revue d'Histoire de l'Amérique française* 178.
- SURTEES, R.J., «The Iroquois in Canada», dans F. JENNINGS et al. (dir.), *The History and Culture of Iroquois Diplomacy. An Interdisciplinary Guide to the Treaties of the Six Nations and Their League*, Syracuse, Syracuse University Press, 1985, 278 p.
- TAMANAH, B., «The Folly of Legal Pluralism», (1993) 20 *Journal of Law and Society* 192-217.
- TAYLOR, C., «Modes of Civil Society», (1990) 3 *Public Culture* 95-118.
- TIMSIT, G., «Gény, le juge et le silence», (1991) 20 *Quaderni Fiorenti, per la storia del pensiero giuridico moderno* (Milan, Giuffrè Editore).
- TIMSIT, G., «Sept propositions pour une définition systématique du droit», (1989) 10 *Droits* 93.
- TIMSIT, G., «Sur l'engendrement du droit», (1988) *R.D.P.* 39-75.

- TORRELLI, M., «Les Indiens du Canada et le droit des traités», (1974) A.F.D.I. 227.
- TRIGGER, B.C. et J.F. PENDERGAST, «St-Laurent Iroquoians» dans B.C. TRIGGER (dir.), *Handbook of North American Indians*, vol. 15, Washington, Smithsonian Institution, 1978, pp. 357-361.
- TRIGGER, B.C., «Pour une histoire plus objective des relations entre colonisateurs et autochtones en Nouvelle-France», (1981) 11:3 *Recherches amérindiennes* 199.
- TRUDEL, M., «Louis XIV et son projet de déportation», (1950-1951) 4 *R.H.A.F.* 157.
- TRUDEL, M., *La Presse*, mercredi 2 mars 1994, p. B 2 (Conclusions d'un rapport historique sur les Mohawks rédigé dans le cadre d'une cause en cour criminelle).
- VACHON, A. «L'administration de la Nouvelle-France», dans *Dictionnaire biographique du Canada*, Tome II. Québec/Toronto, Les Presses de l'Université Laval/University of Toronto Press, 1969.
- VANDERLINDEN, J. «Le pluralisme juridique, essai de synthèse» dans J. GILISSEN (dir.), *Le pluralisme juridique*, Bruxelles, Institut de sociologie, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1972, pp. 19-56.
- VANDERLINDEN, J., «Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique», (1993-2) *Revue de la recherche juridique Droit Prospectif* 573.
- VEYNE, P., «Une distinction rhétorique», dans le *Le Débat*, n° 79, Paris, Gallimard, mars-avril 1994, pp. 110-114, (textes regroupés sous le thème «le territoire du sociologue»).
- VILLA, V., «La science juridique entre descriptivisme et constructivisme», dans P. AMSELEK, *Théorie du droit et science*, Paris, P.U.F., 1994, pp. 281-291.
- VIMONT, B., «Relations 1644-45», dans R.G. THWAITES (dir.), *Jesuit relations and allied documents*, Cleveland, The Burrows Brothers Co, 1895-1901.
- WASHBURN, W.E., «The Moral and Legal Justification for Dispossessing the Indians», dans J.M. SMITH (ed.), *Seventeenth Century America*, Chapel Hill (North Carolina), University of North Carolina Press, 1959, p. 22 et suiv.
- WILLIAMS, R.A., «The Medieval and Renaissance Origins of the Status of the American Indian in Western Legal Thought», (1983) 57:1 *Southern Cal. L. Rev.* 69.

JURISPRUDENCE CITÉE

- A.G. Ontario c. Bear Island Foundation*, (1984) 15 D.L.R. (4th) 321.
- A. G. Ontario c. Bear Island Foundation et al.*, [1985] 1 C.N.L.R. 1.
- Adams c. R.* [1993] R.J.Q. 1011 (permission d'en appeler accordée le 9 décembre 1993).
- Attorney-General for Quebec c. Attorney-General for Canada, Re Indian Lands*, (1920) 56 D.L.R. 373, 4 C.N.L.C. 238.
- Breaux c. Johns*, 4 La. An. 141.
- Calder c. P.G. Colombie-Britannique*, (1973) R.C.S. 313.
- Campbell c. Hall*, (1774) 98 E.R. 1045.
- Connolly c. Woolrich*, (1867) 17 R.J.R.Q. 75; 1 C.N.L.C. 70.
- Corinthe c. The Ecclesiastics of the Seminary of St-Sulpice*, (1910) 38 Que. S.C. 268, 4 C.N.L.C. 55.
- Corinthe c. Le Séminaire de Saint-Sulpice*, (1911) 21 Que. K.B. 316, 4 C.N.L.C. 67.
- Corinthe c. Seminary of St. Sulpice*, (1912), 5 D.L.R. 263, 4 C.N.L.C. 83.
- Côté c. R.*, [1993] R.J.Q. 1350 (permission d'en appeler accordée le 3 mars 1994).
- Côté c. R.*, [1989] R.J.Q. 1893 (C.S.).
- Decontie et al. C.R.*, [1989] R.J.Q. 1893.
- Johnstone c. Connolly* (1869), 17 R.J.R.Q. 266, 1 C.N.L.C. 151,
- Le chef Max «One-Onti» Gros-Louis et al. c. Société de développement de la Baie James*, [1974] R.P. 38, 8 C.N.L.C. 188.
- Lipan Apache Tribe c. United States*, (1967), 180 Ct. Cl. 487.
- Mitchell c. Bande indienne de Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85.
- Oka (Municipalité d') c. Simon*, [1993] R.J.Q. 2416.
- Ovekan c. Adela*, [1957] 2 All. F.R. 785.
- P.G. Québec c. Adams* (1993) R.J.Q. 1011.
- P.G. Québec c. Franck Côté et al.*, n° de greffe 565-27-0354-857, 4 mai 1987.
- R. c. Bonhomme*, (1917) 38 D.L.R. 647, 4 C.N.L.C. 282.

- R. c. Bonhomme*, (1918) 49 D.L.R. 690, 4 C.N.L.C. 288.
- R. c. Isaac*, (1975) 13 N.S.R. (2d) 460, 8 C.N.L.C.493.
- R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025.
- R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075.
- R. c. St. Catharines Milling and Lumber Company*, (1886) 13 O.A.R. 148, 2 C.N.L.C. 414.
- Simon c. R.*, [1985] 2 R.C.S. 387.
- St. Catharine's Milling and Lumber Company c. The Queen*, (1887) 13 S.C.R. 577, 2 C.N.L.C. 441.
- St. Catherine's Milling and Lumber Company c. The Queen*, (1888) 14 A.C. 46, 2 C.N.L.C. 541.
- Star Chrome Mining Co. c. Thompson*, (1917) 24 R.L.N.S. 271, 4 C.N.L.C. 226.
- Stuart c. Bowman*, (1852) 2 L.C.R. 369 (Mont. S.C.); (1853) 3 L.C.R. 309 (Q.B.).
- The Queen c. The Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, (1981) 4 C.N.L.R. 86
- Wilcox c. Wilcox*, 8 C.L.R. 34.

LÉGISLATION CITÉE

- Acte concernant l'abolition générale des droits et devoirs féodaux*, S.C. 1854, c. 3.
- Acte pour mettre à part certaines étendues de terre pour l'usage de certaines tribus sauvages du Bas-Canada*, S.C. 1851, c. 106.
- Acte pour mieux protéger les terres et les propriétés des sauvages dans le Bas-Canada*, S.C. 1850, c. 42.
- Colonial Laws Validity Act* (R.U.), 28-29 Vict., c. 63.
- Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3, art. 91, 24^o, reproduite dans L.R.C. 1985, app. II.
- Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c.11, art 35. reproduite dans L.R.C.1985, app. II.
- Loi sur les Indiens*, L.R.C.1985, c.I-5, art. 20 (4).

TABLE DES MATIÈRES

SYNTHÈSE INTRODUCTIVE	1
Andrée LAJOIE	
INTRODUCTION	1
A- Problématique	1
B- Cadre théorique.....	3
1. Constructivisme.....	4
2. Pluralisme	7
a) Le droit des gens.....	12
b) Le droit autochtone.....	13
3. Analyse systémale.....	20
I- LE RÉGIME FRANÇAIS	26
A- Le contenu et la portée du droit des gens	26
1. Souveraineté de principe des premiers occupants.....	27
2. Légitimité possible de l'expansion européenne et de ses modalités	28
B- L'application du droit des gens en Nouvelle-France	29
1. Analysée dans la perspective du droit colonial.....	29
a) La découverte accompagnée de gestes d'appropriation.....	30
b) L'occupation effective	30
i) Attributions de commissions.....	31
ii) Régime seigneurial.....	32
iii) Application du droit colonial aux Autochtones.....	33
c) La cession	34
2. Analysé dans la perspective du droit autochtone.....	36
a) Des logiques différentes	37
i) Rapport au territoire.....	37
ii) Conception de l'autorité et organisation politique.....	38
b) L'interprétation autochtone des actes juridiques coloniaux.....	38
i) Gestes d'appropriation	38
ii) Commissions.....	39
iii) Envillagement	40
iv) Adoption de mesures régulatrices	40
v) Alliances et traités.....	41

II- LA PÉRIODE POST-CONQUÊTE	43
A- Les effets de la conquête dans l'ordre juridique canadien et québécois	44
1. Le droit positif canadien lu par Slattery*	44
a) La Conquête : Capitulation et Traité de Paris	44
b) La Proclamation royale de 1763	47
2. Des lectures alternatives possibles du droit positif canadien	49
a) La Capitulation	50
b) La Proclamation royale de 1763	52
B- Les effets de la conquête dans les ordres juridiques autochtones	54
1. La Capitulation	54
2. La Proclamation royale de 1763	55

CHAPITRE I

L'APPROPRIATION DU CANADA PAR LA FRANCE DE 1534 À 1760 OU LES RIVAGES INCONNUS DU DROIT	61
Jean-Maurice BRISSON	

INTRODUCTION	63
I- La légalité de l'appropriation au regard du droit des gens	62
A- L'ambivalence du droit savant	63
B- La diversité des pratiques	70
II- La réalité de l'appropriation à travers l'historiographie	76
A- Un phénomène tenu pour inscrit dans l'ordre des choses	76
B- Un processus dont la portée est désormais contestée	90
CONCLUSION	103

CHAPITRE II**LES DROITS DES AMÉRINDIENS SUR
LE TERRITOIRE SOUS LE RÉGIME****FRANÇAIS..... 107****Sylvio NORMAND**

INTRODUCTION..... 107

- I- Les prétentions et les droits du roi 112
 - A- L'effet de la découverte du Canada..... 112
 - B- La souveraineté 116
 - C- Le domaine..... 119

- II- Les droits des Amérindiens 121
 - A- La relation des Amérindiens avec les biens..... 121
 - 1. D'après la conception autochtone..... 122
 - 2. D'après la conception européenne..... 124
 - a) La souveraineté..... 124
 - b) La saisine 127
 - c) La reconnaissance expresse..... 129
 - B- La situation des terres..... 129
 - 1. Les terres situées en dehors des colonies..... 129
 - 2. Les terres situées dans les colonies ou en
périphérie..... 130
 - 3. Les seigneuries 132
 - a) Les concessions pour le bénéfice des
Amérindiens..... 132
 - b) Les concessions aux Amérindiens..... 135
 - C- Le statut et l'assujettissement des Amérindiens
au droit français..... 136

CONCLUSION 140

CHAPITRE III**TRAITÉS D'ALLIANCE ENTRE LES
FRANÇAIS ET LES PREMIÈRES****NATIONS SOUS LE RÉGIME FRANÇAIS 143****Andrée LAJOIE et Pierre VERVILLE**

- I- Le projet français en terre américaine : des
objectifs ambigus..... 145
 - A- Le discours..... 146
 - 1. Des objectifs politiques, énoncés sur un
mode rhétorique..... 146
 - a) Appropriation..... 148

b) Colonisation.....	147
c) Évangélisation.....	150
2. Des moyens inadéquats, tributaires des intérêts des commis	151
a) Les marchands : la fourrure avant tout	152
b) Champlain : des intérêts personnels convergens.....	154
B- Les pratiques.....	156
1. Le contexte : des exigences incontournables.....	156
2. Les alliances : une signification indissociable de leur processus	158
a) Le processus de conclusion : une séquence d'échanges symboliques.....	159
• L'alliance franco-montagnaise	160
• L'alliance franco-algonquienne.....	162
• L'alliance franco-huronne	163
b) La détermination du sens : une lecture juridique de leur processus.....	164
• La forme : des protocoles autochtones, mal compris des Français.....	166
• Le fond : des contenus étanches et partiellement divergents.....	168
II. La continuité des rapports : des indices d'égalité.....	172
A- L'égalité politique maintenue	172
1. La diplomatie : un choix imposé	173
a) L'absence d'autorité unilatérale : des ordres qui ne s'imposent pas.....	174
b) La présence d'une influence : une persuasion toute diplomatique.....	175
2. La guerre : alliés autonomes pour des objectifs compatibles	180
a) Les combats menés avec l'alliance.....	181
b) Les traités conclus avec les Iroquois.....	183
3. L'occupation du sol : en marge du droit de propriété.....	190
a) Le rapport autochtone à la terre.....	192
b) Le mode français d'occupation.....	194
B- La dépendance matérielle croissante	200
1. L'inversion du rapport démographique.....	201
2. L'appauvrissement progressif.....	203
3. Le besoin accru de protection	204
4. Renversement du rapport de forces	206
Annexes	209

CHAPITRE IV**L'INFLUENCE DU RÉGIME FRANÇAIS
SUR LE STATUT ET LES DROITS DES
PEUPLES AUTOCHTONES DU
CANADA : UNE RELECTURE CRITIQUE
DE LA JURISPRUDENCE.....**

219

Alain Bissonnette

I- La problématique.....	221
A- Deux décisions de la Cour suprême du Canada qui fondent surtout la légitimité du système juridique britannique.....	221
B- La création d'un nouveau paradigme.....	227
II- Une jurisprudence fondée sur des paradigmes révolus et sur des raisonnements inadéquats	229
A- Les décisions judiciaires pertinentes.....	229
B- Paradigmes révolus et raisonnements inadéquats.....	246
CONCLUSION	270
BIBLIOGRAPHIE.....	273