

**LES MÉTIS SONT-ILS VISÉS PAR LE PARAGRAPHE 91(24) DE LA
LOI CONSTITUTIONNELLE DE 1867?**

par Bradford W. Morse et John Giokas

Table des matières

SOMMAIRE	160
INTRODUCTION	164
QUI SONT LES MÉTIS?	168
Les nombreuses définitions du mot Métis	168
Le phénomène des populations mixtes	175
Commentaires des auteurs sur l'identité métisse.....	178
Indiens et Métis : une distinction fluide.....	181
Définition des membres des groupes autochtones	183
Le modèle australien	188
LE STATUT CONSTITUTIONNEL DES MÉTIS AVANT 1982.....	190
Réduction des obligations constitutionnelles du gouvernement fédéral envers les Indiens	190
Historique juridique : mention des Métis et des «half-breeds».....	202
Commentaires des auteurs	214
Commentaires des tribunaux.....	224
LA LOI CONSTITUTIONNELLE DE 1982 ET L'AVENIR	238
Participation des Métis à l'élaboration des politiques fédérales	238
Le paragraphe 35(2) : Les Indiens, les Inuit et les Métis	247
SI LES MÉTIS ÉTAIENT DES «INDIENS», QUELLES SERAIENT LES CONSÉQUENCES?	253
Les Métis sont-ils des «Indiens» au sens du paragraphe 91(24)?	253
Les conséquences, en 1993, de l'application du paragraphe 91(24) aux Métis	259
CONCLUSION.....	273
RECOMMANDATIONS	279
NOTES.....	281

SOMMAIRE

Ce document examine la question de savoir si les Métis sont visés par le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. À cette fin, il passe en revue la doctrine et la jurisprudence existantes ainsi que divers aspects historiques et politiques de la relation entre les Métis et les gouvernements canadiens successifs. Il traite notamment des définitions du mot «Métis»; des politiques fédérales, des lois, des commentaires de spécialistes et des décisions judiciaires rendues avant que les Métis acquièrent un statut constitutionnel en 1982; des politiques fédérales et provinciales plus récentes en matière constitutionnelle, de la *Loi constitutionnelle de 1982* et des conférences des premiers ministres qui ont suivi; et des conséquences possibles de l'inclusion des Métis dans le terme «Indiens» du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le document fait valoir qu'il est logique et sensé de considérer que toutes les personnes de sang mêlé sont assujetties à la compétence conférée par le paragraphe 91(24) et que les Métis sont visés par la relation de fiduciaire qui doit exister entre la Couronne et les peuples autochtones.

Plusieurs arguments penchent en faveur de l'inclusion des Métis dans la catégorie des «Indiens» énoncée au paragraphe 91(24). En premier lieu, la participation des Métis à l'élaboration des traités tout au cours de l'histoire du Canada ne fait aucun doute, comme en témoignent l'adhésion des *half-breeds* au Traité n° 3, le titre provisoire des Métis aux termes de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et différentes lois concernant les terres fédérales. En deuxième lieu, il y a l'historique législatif de l'inclusion des personnes «de sang indien» liées aux tribus ou bandes indiennes aux fins de l'établissement des listes prévues par la *Loi sur les Indiens*. Un troisième argument repose sur le libellé de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, des lois concernant les terres fédérales et d'autres lois et décrets mettant en oeuvre le régime de concession de terres. Finalement, le gouvernement

fédéral accorde maintenant aux Métis le même statut constitutionnel qu'aux autres peuples autochtones. La reconnaissance des Métis comme l'un des «peuples autochtones du Canada», à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, est une preuve de cette position du fédéral.

En conséquence, compte tenu des probabilités historiques, des impératifs de la pratique ainsi que de la logique juridique et constitutionnelle, et dans le but de maintenir l'honneur de la Couronne, on ne peut que conclure que le paragraphe 91(24) vise les personnes de sang mêlé. Il serait par ailleurs possible que la Couronne fédérale exerce son pouvoir en matière d'élaboration de traités et s'acquitte, à l'endroit des Métis, des obligations qui lui incombent aux termes de la Constitution. Les tribunaux canadiens devraient, à cet égard, interpréter la Constitution du Canada de façon à reconnaître la responsabilité première du gouvernement fédéral et son pouvoir de promouvoir les intérêts de tous les peuples autochtones au sens des paragraphes 35(2) et 91(24).

L'inclusion des Métis au paragraphe 91(24) entraîne plusieurs conséquences. Le Parlement serait ainsi tenu d'adopter des lois visant les Métis, et les représentants de la Couronne du chef du Canada de traiter avec ces derniers en tant que collectivités et de négocier avec eux des règlements relatifs aux revendications territoriales. Le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien perdrait l'une des principales excuses qu'il invoque pour ne pas traiter avec les Métis. En ce qui concerne l'appareil gouvernemental, le rôle de l'interlocuteur fédéral pour les Métis et les Indiens non inscrits et le Bureau du Conseil privé pourrait être attribué à un nouveau ministre des Affaires autochtones, et un nouveau ministère des Affaires indiennes possédant une structure remaniée pourrait être créé.

Bien que, dans une certaine mesure, cette question — peut-être tout aussi importante — dépasse le cadre du document, on se demande si le fait que les Métis soient visés par le paragraphe 91(24) signifie que le

Parlement n'a pas seulement le pouvoir, mais également l'obligation, d'adopter des lois à leur bénéfice. La reconnaissance constitutionnelle des droits ancestraux et issus de traités des autochtones au paragraphe 35(1), tout comme la définition donnée par le tribunal, dans l'affaire *Guerin*, aux obligations fiduciaires de la Couronne, laisse croire que le gouvernement fédéral manque peut-être à ses obligations fiduciaires lorsqu'il refuse de déposer des lois destinées à reconnaître l'existence de certains peuples autochtones ou à satisfaire aux besoins économiques et sociaux fondamentaux de ces peuples. L'inclusion des Métis au paragraphe 91(24) signifie également que les provinces ne peuvent pas adopter de lois restrictives ou défavorables concernant particulièrement les Métis. Il est probable que les lois visant les Métis de l'Alberta pourraient facilement faire l'objet de contestations fondées sur la Constitution.

Recommandations

1. La Commission royale devrait clairement conclure que les Métis sont inclus dans le terme «Indiens» utilisé au paragraphe 91(24).
2. Les commissaires devraient recommander au gouvernement du Canada de renouveler ses efforts en matière de réforme constitutionnelle dans le but de reprendre et d'améliorer les dispositions relatives aux autochtones contenues dans l'Accord de Charlottetown.
3. La Commission royale devrait conclure qu'il existe une relation de fiduciaire entre la Couronne et les Métis. En outre, elle devrait recommander que le gouvernement fédéral respecte ses obligations fiduciaires en entamant sur-le-champ des négociations exhaustives avec les représentants des Métis.
4. Les commissaires devraient recommander au gouvernement fédéral de prendre immédiatement des mesures dans le but de mettre en application les modifications concernant la *Loi sur l'Alberta* demandées par le gouvernement albertain et par l'Alberta Federation of Metis Settlements Associations. Ces modifications auraient pour effet d'accorder une protection constitutionnelle aux droits résultant des règlements des revendications territoriales des Métis et de régler les questions liées à l'invalidité des dispositions législatives provinciales.

**LES MÉTIS SONT-ILS VISÉS PAR LE PARAGRAPHE 91(24)
DE LA *LOI CONSTITUTIONNELLE DE 1867*?**

PAR BRADFORD W. MORSE ET JOHN GIOKAS

INTRODUCTION

La complexité des questions constitutionnelles et juridiques relatives aux autochtones est bien connue, et elle prend encore plus d'acuité dans le cas des Métis¹. Pourquoi? Premièrement, les Métis eux-mêmes ne s'entendent pas tout à fait sur la définition de leur identité, et les points de vue abondent à ce sujet. Historiquement, le terme «Métis» désignait la population francophone et catholique installée sur la Terre de Rupert et issue des unions entre les Indiennes et les Canadiens français, ainsi que ses descendants. Aujourd'hui, cette expression s'applique dans son sens large et populaire à un groupe plus vaste et toujours aussi indéterminé de personnes qui possèdent une ascendance mixte indienne et non indienne²; les membres de ce groupe peuvent entrer dans la catégorie des Indiens inscrits ou non selon les règles d'inscription énoncées dans la *Loi sur les Indiens*³. Par ailleurs, surtout depuis les années 60, époque où les autochtones ont retrouvé la fierté de leurs origines, c'est par le terme «Métis» que se désignaient eux-mêmes bien des gens d'origine très éloignée de la rivière Rouge, au Manitoba. Il s'en est suivi une grande confusion chez les non-Métis et un désaccord manifeste quant à la définition d'un «vrai» Métis au sein des différents groupes et organismes politiques qui cherchent aujourd'hui à représenter les intérêts des Métis dans différentes parties du pays. Comme chaque groupe a manifestement le droit de décider de lui-même comment ses membres seront définis, toute ingérence externe à cet égard serait tout à fait inopportune, mais il reste que des désaccords fondamentaux existent parmi le peuple métis à cause d'expériences historiques et de visions de l'avenir qui diffèrent.

Une autre raison explique la complexité des questions entourant les Métis, soit le manque évident de principes directeurs établis par les tribunaux. En effet, il existe un nombre très restreint d'affaires portant sur les droits ou le statut des Métis. Soulignons aussi la masse incohérente de dispositions législatives, de politiques et de pratiques relatives aux Métis mises en oeuvre par le gouvernement colonial, puis par les autorités fédérales et provinciales. Par conséquent, nous sommes obligés d'examiner les antécédents législatifs et, dans une mesure beaucoup plus grande que c'est normalement le cas lorsqu'on étudie les questions autochtones, de nous appuyer aussi bien sur les principes fondamentaux que sur des analogies. À cause de cette «disette jurisprudentielle» conjuguée à des initiatives inadéquates de la part du législateur, le débat s'articule autour d'une diversité de points de vue qu'il est difficile de rapprocher.

Un troisième élément vient compliquer l'analyse : le désir assez récent de tous les peuples autochtones de posséder de nouveaux pouvoirs au sein de la fédération canadienne. Grâce à ce mouvement, les Métis sont visés désormais par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui protège les «droits existants — ancestraux ou issus de traités». Ils ont aussi participé, au cours de la dernière décennie, à la série de rencontres multilatérales et de conférences de premiers ministres sur les questions constitutionnelles qui les touchent. Il est difficile, voire impossible, de déterminer comment se rapproche du traitement inégal par les autorités en place cette reconnaissance relativement nouvelle de l'existence, aux termes de la Constitution, d'une catégorie d'autochtones autre que les Indiens et les Inuit.

Compte tenu de tous ces facteurs, il y a lieu de procéder par étapes. Nous proposons donc de diviser notre enquête en cinq volets afin, nous l'espérons, d'atténuer la complexité des questions et de les régler vraiment une fois pour toutes.

1. Qui sont les Métis?
2. Selon les politiques fédérales, les textes législatifs, la doctrine et la jurisprudence, quel était le statut constitutionnel des Métis avant 1982?
3. Quel éclairage particulier jettent sur les questions relatives aux Métis les politiques fédérales et les politiques provinciales plus récentes en matière constitutionnelle, la *Loi constitutionnelle de 1982* et les rencontres subséquentes des premiers ministres concernant la Constitution et les autochtones?
4. Les Métis sont-ils désignés par le terme «Indiens» au paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*? Le cas échéant, quelles sont les conséquences en 1993?
5. Conclusion

Avant de continuer, il est bon de faire une mise en garde : la présente étude contient certaines généralisations et résume l'évolution historique d'une manière qui passe naturellement sous silence, à un certain degré, les complexités et les contradictions qui sont toujours manifestes dans l'interaction des politiques gouvernementales et des événements historiques dont ont été témoins deux siècles de relations entre les autochtones et l'État. En outre, nous voudrions souligner notre malaise devant l'utilisation, dans la version anglaise, des termes *half-breed* et *mixed blood* en raison de leur connotation négative et raciste. Nous avons néanmoins ressenti l'obligation, en anglais, de les utiliser régulièrement, puisqu'il s'agissait de termes employés communément par les nouveaux venus au XIX^e siècle et pendant une bonne partie du XX^e siècle afin de désigner les descendants de mariages mixtes. En outre, ces expressions étaient régulièrement utilisées dans les textes législatifs ainsi que d'autres documents juridiques en anglais et servaient aussi à distinguer les Métis francophones de la rivière Rouge et d'autres personnes d'ascendance mixte, souvent afin d'isoler les Métis de la société non autochtone. Dans la

mesure du possible, nous avons préféré recourir au terme *Metis* en anglais, puisqu'il est devenu le titre choisi par les intéressés et ne possède aucune connotation négative. En français, que ce soit dans les textes législatifs ou la jurisprudence, seul le terme «Métis» est utilisé; nous ferons en général de même ici.

En outre, notre étude est limitée à plusieurs égards importants. Elle vise à répondre à la question relativement étroite qui nous a été posée, c'est-à-dire déterminer si les Métis sont visés par le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Nous n'abordons pas, sauf de façon accessoire, les questions fondamentales entourant les droits territoriaux des Métis, leur droit inhérent à l'autonomie gouvernementale et la mesure dans laquelle ils possèdent d'autres droits ancestraux et issus de traités.

Notre étude se concentre par ailleurs sur le droit canadien, ce qui ne veut toutefois pas dire que le droit international n'a aucune application à l'égard du peuple métis, mais bien que la nature de la question étudiée justifie de circonscrire notre examen dans des limites plus étroites.

Nous évaluons également la jurisprudence canadienne en fonction de ce qu'elle déclare expressément et de ce qu'elle implique pour les décisions judiciaires futures; nous ne formulons aucun commentaire spécifique quant à l'équité de l'appareil judiciaire ou aux précédents peu glorieux entachés d'impartialité et de préjugés. Il ne fait aucun doute que les juges canadiens, pendant bien des générations, ont imité les politiciens canadiens en faisant preuve de racisme et en étant convaincus de leur propre supériorité. Par conséquent, ils ont passé outre aux lois et aux régimes juridiques des peuples autochtones ainsi qu'à leurs opinions et aspirations. Les tribunaux et les gouvernements ont régulièrement assimilé le paragraphe 91(24) à l'octroi d'une compétence «sur» les Indiens, de la même manière que les autorités fédérales et provinciales avaient compétence «sur» les pêcheries intérieures ou sur l'administration de la justice. Peu ont semblé reconnaître que les peuples autochtones se

trouvaient dans une position sensiblement différente, et rares étaient ceux qui les considéraient comme un ordre souverain de gouvernement à l'intérieur ou à l'extérieur du Canada. Bien qu'elle soit justifiée, une telle critique dépasse la portée du présent mémoire.

QUI SONT LES MÉTIS?

Les nombreuses définitions du mot Métis

L'auteur métis Antoine Lussier soulignait dans une étude relativement récente portant sur l'identité des Métis qu'il semblait y avoir, à une conférence tenue en 1981, une grande confusion quant au terme qui devrait désigner les personnes de sang mêlé vivant au Canada et dans le nord des États-Unis au XIX^e siècle⁴. Après avoir cité les grandes lignes de sept définitions courantes du mot Métis, Antoine Lussier observe que, dans certains cas, ces définitions permettent non seulement à des Indiens non inscrits de se joindre à des organisations métisses, mais que même certains non-autochtones, dans un cas, peuvent faire partie d'une telle organisation (par mariage; la personne obtient alors le statut de membre associé sans jouir du droit de vote ou du droit d'exercer les fonctions de dirigeant)⁵. Fait quelque peu ironique, une autre organisation métisse mentionnée dans cet article, dotée d'objectifs culturels plutôt que politiques, exige que ses membres soient francophones, catholiques et métis, sans toutefois définir ce dernier terme⁶. Selon M. Lussier, ces nouveaux critères n'ont pas permis la réunion des divers groupes culturels métis, mais les ont plus ou moins maintenus séparés⁷. L'évolution constitutionnelle récente étaye cette observation tout à fait convaincante de M. Lussier.

Constitué en 1968 à l'origine pour représenter les Indiens non inscrits et les Métis, le Conseil national des autochtones du Canada (CNAC) a adopté une vaste définition des Métis englobant presque tous les

Canadiens qui possèdent une part de sang autochtone, peu importe leurs origines, et qui se disent Métis. Même si l'histoire des habitants métis de l'ouest du Canada jette les bases juridiques et historiques appuyant les droits ancestraux et issus de traités revendiqués par le CNAC au nom des Métis, ces droits sont plus vastes encore⁸. Les efforts déployés par le CNAC, particulièrement grâce à son vice-président d'alors et dirigeant métis bien connu Harry Daniels, visant à obtenir la reconnaissance constitutionnelle des Métis, peu importe la définition, comme un des «peuples autochtones du Canada» au paragraphe 35(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, ont été couronnés de succès. Malgré tout, les trois organisations métisses des Prairies se sont séparées du CNAC pour former le Ralliement national des Métis (RNM) avant le début de la Conférence des premiers ministres de 1983. Les motifs donnés à la population pour justifier cette séparation tenaient au désir d'assurer une représentation directe par les dirigeants métis à la table de la conférence et à faire progresser les positions favorables à la nation métisse.

Le mandat du RNM consistait à militer exclusivement pour les questions relatives aux Métis, et non pas celles qui touchaient aussi les Indiens non inscrits ou hors réserve, dans le cadre des conférences subséquentes des premiers ministres sur la Constitution⁹. La définition d'un «Métis» établie par le RNM s'attache principalement aux descendants des habitants de l'Ouest canadien à qui le gouvernement fédéral avait promis des terres à la fin des années 1800 ainsi qu'aux autres personnes possédant du sang autochtone acceptées comme Métis par les communautés métisses qui ont suivi :

[TRADUCTION] Toute personne qui peut montrer qu'elle descend de personnes considérées comme des Métis en vertu de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*; toute personne qui peut montrer qu'elle descend de personnes considérées comme des Métis en vertu de la *Loi des terres fédérales* de 1879 et de 1883; et toute autre personne qui peut prouver son ascendance autochtone et qui a été acceptée comme métisse par la communauté métisse¹⁰.

Cette définition a été légèrement modifiée dans l'accord relatif à la nation métisse proposé par le RNM au Canada, aux cinq provinces de l'Ouest et aux Territoires du Nord-Ouest en 1992 durant les négociations qui ont entouré l'Accord de Charlottetown :

[TRADUCTION]

a) «Métis» s'entend d'un autochtone qui s'identifie lui-même comme Métis, qui se distingue d'un Indien ou d'un Inuit et qui descend de Métis qui ont reçu ou eu le droit de recevoir des terres et (ou) des certificats d'argent en vertu des dispositions de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* ou de la *Loi des terres fédérales*, ainsi que leurs modifications.

b) «Nation métisse» s'entend du groupe de Métis visé au paragraphe a) et des personnes d'ascendance autochtone qui sont acceptées par ce groupe¹¹.

Cet accord n'a pas encore été signé par le gouvernement du Canada, les cinq provinces ou le gouvernement des Territoires du Nord-Ouest.

Toutefois, le RNM cherche toujours à obtenir l'acceptation officielle de l'accord et à en poursuivre la mise en oeuvre.

Plus récemment, le RNM a proposé à des fins de discussion un projet de Constitution du gouvernement et du peuple métis contenant une définition quelque peu différente d'un Métis, notamment :

[TRADUCTION]

6.(1) Aux fins de la présente Constitution, le terme «Métis» désigne une personne autochtone qui s'identifie comme métisse, qui se distingue d'un Indien et d'un Inuit,

a) et est un descendant de Métis qui ont reçu ou ont eu le droit de recevoir des terres et (ou) des certificats d'argent en vertu de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* ou de la *Loi des terres fédérales* ainsi que leurs modifications,

b) ou est reconnu comme un Métis aux termes des textes législatifs adoptés par le Parlement de la nation métisse.

(2) Aux fins d'identifier les membres de la nation métisse, le Parlement de la nation métisse doit établir des textes législatifs régissant le recensement et l'inscription du peuple métis du Canada¹².

Ce n'est pas d'hier que les auteurs cherchent à définir ce qu'est un Métis. Les recherches d'Antoine Lussier à ce sujet mettent au jour un débat semblable qui s'est tenu il y a plus de 100 ans. Une liste tirée d'un journal d'anthropologie de 1875 montre qu'il existe neuf catégories différentes de personnes pouvant être considérées comme des membres de la race métisse¹³. Nous savons, d'après les registres historiques, qu'il régnait un certain degré de confusion tout au long du XIX^e siècle et encore au début du XX^e siècle quant à la définition de ce qu'était un Indien et de ce qu'était un Métis; on se demandait aussi dans quelle mesure un Métis était aussi un Indien et dans quelles circonstances. Par exemple, durant les négociations des traités Robinson-Supérieur et Robinson-Huron dans la province du Canada en 1850, les chefs ont demandé à ce que les avantages conférés par les traités soient étendus aux Métis qui vivaient parmi eux. Les négociateurs coloniaux ont laissé les chefs décider du mode et du degré de participation de ces gens¹⁴.

Le Traité n° 3 inclut de fait les Métis comme groupe «en vertu de leur sang indien¹⁵», au moyen de l'adhésion à Rainy River en 1875, mais il s'agit du seul cas. Les adhésions au Traité n° 5 entre 1876 et 1910 montrent que les Métis participent individuellement à la portion du traité qui vise l'Ontario¹⁶. Un groupe métis de Moose Factory, en Ontario, a demandé à être visé par le Traité n° 9 en 1903, mais s'est heurté au refus des négociateurs fédéraux et provinciaux. Néanmoins, bon nombre de personnes métisses ont été incluses à titre d'Indiens à ce moment et par voie d'adhésions au Traité n° 9 en 1929-1930¹⁷.

Dans les Prairies, la situation était différente : les Métis anglophones et francophones étaient non seulement plus nombreux et militairement unis, mais aussi extrêmement utiles pour la Couronne, voire essentiels, en qualité d'intermédiaires et d'interprètes pour la négociation des traités numérotés. Il semble qu'une distinction s'opérait dans l'esprit des négociateurs fédéraux, toutefois, entre les Métis qui cultivaient la terre

dans des collectivités établies de la même façon que les colons non autochtones, ceux qui chassaient le bison à la manière des Métis et des Indiens, ainsi que ceux qui s'identifiaient totalement aux Indiens, vivant avec eux et parlant leur langue¹⁸. Les membres de ce dernier groupe ont eu la permission d'adhérer au traité à titre d'Indiens s'ils le désiraient et s'ils étaient acceptés par la bande comme membres. Ceux qui ont adhéré au traité étaient alors assimilés par les bandes, aux termes de la *Loi sur les Indiens*, sans qu'aucune distinction ne soit établie entre eux et d'autres Indiens.

Par la suite, le gouvernement fédéral a modifié la *Loi sur les Indiens* à plusieurs occasions pour inciter les Métis qui avaient adhéré à un traité à se dire Métis, à demander un certificat d'argent et à renoncer à leurs droits issus de traités et à leur statut d'Indiens¹⁹. La confusion s'est cependant maintenue : même après ces modifications, les négociateurs fédéraux du Traité n° 8 semblent avoir encouragé les Métis à adhérer au traité et à ne pas prendre le certificat d'argent, mais de nombreux Métis ont refusé de suivre cette suggestion²⁰. Jusque dans les années 30, un nombre tellement élevé de gens alternaient entre les catégories d'Indiens et de Métis que le ministère des Affaires indiennes a décidé d'examiner et d'éliminer des centaines de personnes²¹. Il ne faut pas oublier non plus que bon nombre de personnes d'ascendance indienne, particulièrement dans le nord de ce qui constitue maintenant les Prairies, ont choisi les certificats d'argent et, de ce fait, ont été identifiées comme métisses à cause de leur réticence à s'installer dans des réserves et de leur préférence pour un mode de vie traditionnel axé sur l'exploitation des ressources fauniques en forêt.

Même les Métis séparés d'à peine quelques générations des événements relatifs au président Louis Riel et au gouvernement provisoire de cette période de l'histoire métisse ont éprouvé des difficultés à définir ce qu'est un Métis. La Metis Association of Alberta a proposé une première définition à la Commission Ewing (établie par le gouvernement

albertain en 1934 en vue d'examiner la santé, la scolarité et le bien-être général de la population métisse), soit : quiconque possède du sang indien et adopte un mode de vie habituellement associé aux Métis. Plus tard, l'Association a élargi cette définition pour inclure quiconque s'identifie comme métis et a été accepté par la communauté métisse²².

La Commission Ewing, qui voyait la question métisse surtout comme un problème d'assistance sociale pour la province, semble avoir associé les Métis à la culture indienne, puisque son rapport, publié en 1936, utilise la définition suivante : [TRADUCTION] «Une personne de sang mêlé, blanc et indien, y compris un Indien non visé par un traité, qui vit selon le mode de vie associé à un Indien ordinaire²³». En 1938, la *Metis Population Betterment Act* de l'Alberta a simplement éliminé l'aspect culturel ou lié au mode de vie : [TRADUCTION] «Une personne de sang mêlé, blanc et indien, à l'exception d'un Indien ou d'un Indien non visé par un traité aux termes de la *Loi sur les Indiens*²⁴». En 1940, cette loi a été modifiée pour contenir une règle exigeant que la personne possède au moins un quart de sang indien pour être considérée comme métisse²⁵.

La principale recommandation de la Commission Ewing consistait en l'établissement de peuplements ruraux métis semblables à des réserves, qu'on a appelés à l'origine et par ironie, des colonies. Cette mesure est quelque peu surprenante, puisque le mandat de la Commission consistait à aborder les problèmes de la population métisse dans la province, c'est-à-dire les résidents métis qui vivaient dans la pauvreté. Il y a lieu ici de répéter intégralement un commentaire portant sur l'ambiguïté du traitement des Métis à cet égard :

[TRADUCTION] Tout au long du rapport de la Commission, le caractère unique du Métis semble se limiter à sa pauvreté, à sa mauvaise santé et à son faible niveau de scolarité. Bien entendu, les Métis n'étaient pas réellement les seuls aux prises avec ces problèmes, car bon nombre de colons blancs présentaient les mêmes lacunes [mais il ne s'agissait pas de collectivités entières]. Bien des gens d'ascendance mixte, indienne et blanche, n'éprouvaient pas ces problèmes. Si les Métis étaient réellement de

simples victimes de la Grande Crise, leur situation pouvait être réglée par les mêmes mesures d'aide accordées aux autres citoyens. Le fait que la Commission n'ait pas recommandé qu'ils soient traités de la façon habituelle constitue au moins la reconnaissance implicite que les Métis possédaient quelque chose d'autre en commun. Les commissaires ont mentionné fréquemment la tendance des Métis à adopter un mode de vie commun. Seul ce facteur pouvait justifier la recommandation d'établir des colonies exclusives pour les Métis. Une ambiguïté nous frappe ici : les Métis sont caractérisés à la fois comme peuple ordinaire et spécial. Il est clair que les commissaires, même s'ils s'opposaient farouchement à l'octroi d'un statut spécial aux Métis à l'instar des Indiens, n'avaient d'autre choix que d'admettre le caractère unique des Métis. Cette ambiguïté est mise en évidence : d'une part, les Métis ne devaient pas être forcés à se joindre aux peuplements mais, d'autre part, ils ne pourraient se prévaloir d'aucune autre aide de l'État s'ils ne le faisaient pas²⁶.

Par conséquent, les Métis ont été traités par la province plus ou moins de la façon dont les Indiens avaient été traités par le gouvernement fédéral : ils représentaient un groupe distinct sur le plan culturel et racial, qui devait donc faire l'objet d'un traitement spécial, notamment être dotés d'une assise territoriale distincte puisqu'ils vivaient fréquemment dans des collectivités séparées des réserves indiennes et des colonies non autochtones. Par ailleurs, ils étaient également traités comme des Indiens non inscrits ou hors réserve, car ils ne recevraient d'attention spéciale que s'ils résidaient dans les collectivités distinctes approuvées par le gouvernement.

Le phénomène des populations mixtes

Il n'est pas évident de cerner la source d'une si grande confusion sur cette question. Étymologiquement, «Métis» signifie simplement «mixte» et le terme est défini comme suit dans *Le Petit Robert*²⁷ :

1. Vx. Qui est mélangé; qui est fait moitié d'une chose, moitié d'une autre.
2. (Metice, 1615; du port. de même orig.) Qui est issu du croisement de races, de variétés différentes dans la même espèce. Dont le père et la mère sont de races différentes.

Une fois qu'il y a eu croisement, le caractère métis ne disparaît jamais, même chez les enfants des unions subséquentes. Toutefois, le mariage entre Métis crée une identité distincte et un nouveau peuple, voire une nouvelle race selon certains.

Dans les dictionnaires anglais, un Métis est une personne de «sang mêlé²⁸». L'histoire appuie ces définitions. En effet, les termes «Métis» et «sang-mêlé» étaient généralement utilisés au XIX^e siècle par les Euro-Canadiens de l'Est pour décrire les personnes de sang mêlé, indien et blanc²⁹. Certains auteurs soulignent que le terme «Metis» en anglais apparaît pour la première fois dans ce qui constitue actuellement le Manitoba pour désigner des personnes d'ascendance mixte, française et indienne, tandis que le terme *half-breed* était réservé aux personnes d'autres ascendances mixtes européennes (surtout anglaise ou écossaise) et indiennes³⁰.

On retrouve des personnes de sang mêlé ailleurs qu'au Canada, comme en témoigne le terme *Mestizo*, qui est l'équivalent espagnol de «Métis» et qui désigne les populations mixtes de l'Amérique centrale et de l'Amérique du Sud³¹. Aux États-Unis, il y a toujours eu des *half-bloods*, mais il ne s'agissait habituellement pas d'une population distincte de bandes ou de tribus indiennes comme au Canada, sauf à un degré limité dans le Montana et le Dakota du Nord. De fait, tout au long de l'histoire américaine, les *half-bloods* ont souvent joué un rôle dans les affaires internes des tribus³².

Le phénomène des ascendances mixtes ne se limite pas non plus aux Amériques, car une première étude comparative de l'Ouest canadien et des colonies sud-africaines révèle l'existence de plusieurs groupes «hybrides» ou «métis» dans le sud de l'Afrique³³. Bien qu'elles soient généralement connues sous le nom de *Basters*, ces personnes se sont vu répartir en diverses catégories selon leur mode de vie : *Griquas*,

Berganaars et *Orlams*. L'évolution politique de ces groupes du continent sud-africain permet de dégager certains parallèles surprenants avec celle des Métis des Prairies canadiennes, y compris une série de soulèvements contre les autorités coloniales africaines au début du siècle.

Le terme Métis apparaît pour la première fois dans les ouvrages historiques canadiens pour désigner la population mixte de l'ouest du Canada. C'est ce que les historiens appellent souvent la «nation métisse» associée à la traite des fourrures et à la création de la province du Manitoba en 1869-1870. En raison de l'importance historique de l'émergence d'une population métisse relativement vaste et distincte dans l'ouest du Canada au XIX^e siècle et à cause du rôle central joué par Louis Riel dans les deux conflits avec l'État canadien, on a eu tendance bien naturellement à associer le terme Métis seulement à la nation métisse, à l'entrée du Manitoba dans la Confédération ainsi qu'à la répartition subséquente des terres en vertu de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*³⁴ puis de la *Loi des terres fédérales*³⁵ aux personnes de sang mêlé qu'on présumait rattachées à la nation métisse.

Certains auteurs, plus particulièrement bon nombre de Métis de l'est du Canada, s'opposent à cette frontière occidentale traditionnelle et au recours au commerce des fourrures pour expliquer les origines des Métis. Ils s'attachent plutôt à la présence de personnes et de groupes d'origine mixte depuis l'arrivée des premiers explorateurs et colons européens³⁶. Les écrits d'un des pionniers français en Acadie mentionnent les enfants issus des rapports entre les femmes micmaques et les marins français³⁷. Des auteurs plus récents soulignent l'existence d'une collectivité métisse distincte, dès 1650, dans ce qui est actuellement la Nouvelle-Écosse³⁸. La présence d'un nombre notable de personnes d'ascendance mixte chez les Indiens de l'Ontario et dans au moins une collectivité distincte qui leur est propre est aussi mentionnée dans des comptes rendus portant sur les traités du XIX^e siècle pour cette province³⁹. Il existe une population autochtone

distincte dans le sud du Labrador ayant choisi très clairement et sciemment de s'identifier comme métisse et de former la Labrador Metis Association en vue de promouvoir ses intérêts politiques et juridiques, y compris une revendication territoriale globale au cours des dernières années. Voilà qui dénote une réalité à la fois historique et contemporaine du caractère «métis» bien éloignée des colonies de la rivière Rouge et du territoire de la nation métisse.

Même dans les coins reculés des provinces de l'Ouest et dans les territoires du Nord, il existe des collectivités d'ascendance mixte dont les membres se disent métis, sans pourtant avoir aucun lien avec la nation métisse des débuts du Manitoba et de la Saskatchewan. Un grand nombre de ces personnes ont adhéré à des traités comme membres de bandes indiennes durant la négociation des traités n^{os} 5, 8, 10 et 11 ou ont reçu des certificats d'argent, ou encore y avaient droit à titre de «Métis» en vertu de la *Loi des terres fédérales*. Il est évidemment possible que des Métis, en tant qu'individus, aient été visés par les autres traités numérotés des provinces des Prairies. Des personnes métisses de la Colombie-Britannique s'identifient aussi comme telles sans avoir aucun rapport avec ces événements.

Commentaires des auteurs sur l'identité métisse

Nombreux sont les auteurs modernes qui ont tenté de résoudre l'énigme de l'identité métisse. Donald Purich, dans son livre publié en 1988, *The Metis*, souligne que ce terme est utilisé de trois différentes façons : pour désigner tous les peuples autochtones qui ne sont ni des Indiens inscrits ni des Inuit; pour désigner toutes les personnes de sang mêlé, même celles qui sont issues de mariages mixtes modernes; pour décrire les descendants des Métis dont les origines peuvent remonter jusqu'à la rivière Rouge au début des années 1800⁴⁰. À son avis, le premier emploi est incorrect, puisqu'il vise principalement des Indiens non inscrits qui, contrairement aux Métis,

désirent acquérir le statut d'Indien aux termes de la *Loi sur les Indiens* et se perçoivent davantage en fonction de leur origine indienne particulière. Le deuxième serait acceptable dans la mesure où ces personnes s'identifient comme des Métis et sont reconnues à ce titre par une organisation métisse. L'histoire et les luttes actuelles du troisième groupe sont le sujet de la majeure partie de son ouvrage, ce qui laisse clairement entendre que, pour lui du moins, les Métis de la rivière Rouge et leurs descendants sont ceux qui peuvent le plus légitimement prétendre au titre.

Thomas Flanagan⁴¹ et Bryan Schwartz⁴² croient à l'existence de deux populations : les membres qui ont une ascendance mixte indienne et non indienne, d'une part, et les descendants de la nation métisse de l'ouest du Canada, d'autre part. Selon Flanagan, aux fins du titre ancestral, seule une définition légale suffira; il semble croire que la seule qui soit disponible figure dans la *Metis Betterment Act*, qui désigne comme métis quiconque possède au moins un quart de sang indien et qui n'est pas un Indien inscrit⁴³. Douglas Sanders convient que les Métis sont différents de la population mixte plus large qu'il caractérise comme des Indiens non inscrits. Il associe également le terme Métis à la nation métisse des débuts du Manitoba et trouve la seule définition légale de Métis dans la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et la *Loi des terres fédérales*, qui contiennent des promesses du législateur à l'endroit des Métis⁴⁴. William Pentney est en général d'accord avec ces énoncés, mais inclurait dans cette définition ceux qui avaient le droit de recevoir le certificat d'argent mais qui ne s'en sont pas prévalus, ainsi que leurs descendants actuels⁴⁵. Il est toutefois important de ne pas oublier que l'approche de Sanders et Pentney laisse croire à une plus grande certitude qu'il n'en existe en réalité, puisque les textes législatifs en question offrent seulement des indices limités quant aux personnes admissibles à des terres ou à des certificats d'argent.

Dans un article plus récent, Catherine Bell examine la question à la lumière du paragraphe 35(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Elle

souligne qu'un certain nombre de termes ont été utilisés tout au long de l'histoire du Canada pour désigner les habitants autochtones, et que la fragmentation de la terminologie à cet égard est en partie attribuable aux définitions légales et administratives visant divers groupes autochtones créées par des textes législatifs fédéraux régissant les Indiens et des programmes fédéraux d'aide aux autochtones. En outre, d'autres divisions sont imputables au refus, par les autorités fédérales, d'assumer leur responsabilité envers les Métis et les Indiens non inscrits⁴⁶. Compte tenu de la nature politique de la terminologie utilisée actuellement et de son morcellement, Catherine Bell a établi cinq grandes catégories de personnes qui pourraient être définies comme métisses :

1. une personne qui possède du sang indien et non indien qui n'est pas un Indien inscrit;
2. une personne qui s'identifie comme métisse et est acceptée par une collectivité issue de la nation métisse;
3. une personne qui s'identifie comme métisse et qui est acceptée par une collectivité qui se dit métisse;
4. une personne qui s'est prévalue, ou aurait pu se prévaloir, des terres accordées par la *Loi sur le Manitoba* ou la *Loi des terres fédérales*, ainsi que ses descendants;
5. les descendants des personnes exclues du régime de la *Loi sur les Indiens* en raison de leur mode de vie⁴⁷.

L'auteur cherche à résoudre le débat afin d'interpréter l'article 35 et s'attache aux membres des catégories 2 et 3 : les descendants de la nation métisse et les personnes liées d'une façon ou d'une autre aux collectivités métisses actuelles⁴⁸.

Antoine Lussier recommande la prudence lorsqu'on veut imposer aux personnes métisses du XIX^e siècle des définitions et des notions modernes qui s'appuient sur une homogénéité découlant de l'existence d'un sentiment de communauté politique au fil des siècles. L'examen des écrits de certains commentateurs du XIX^e siècle porte à croire que les membres anglophones et francophones de la nation métisse et les Métis de l'ouest du Canada ne constituaient pas nécessairement un groupe homogène animé

par une identité commune, malgré les deux conflits qui ont opposé Louis Riel au Canada.

[TRADUCTION] Il est donc important de ne pas oublier qu'il existait un bon nombre de groupes mixtes à la rivière Rouge au XIX^e siècle et que chacun était distinct sur le plan religieux, linguistique et même géographique. Écrire aujourd'hui qu'il s'agissait d'un groupe homogène revient à nier l'histoire et, fait plus important, à attribuer des caractéristiques et une communauté historique à des groupes qui ne se voyaient pas comme tels⁴⁹.

Par ailleurs, nombreux sont ceux qui, aujourd'hui, pourraient être considérés comme des Métis, peu importe la définition utilisée, et qui choisissent de ne pas s'identifier de cette façon. L'approche est aussi différente selon qu'on choisit de voir seulement les Métis dans le contexte de la nation métisse de l'Ouest rattachée aux événements de la rivière Rouge ou qu'on favorise un point de vue pancanadien.

Indiens et Métis : une distinction fluide

Les multiples versions de la *Loi sur les Indiens* qui sont entrées en vigueur depuis 1876 n'ont pas fait la lumière sur cette question, surtout parce que le législateur ne s'est pas arrêté sur une base cohérente pour définir ce qu'est un Indien, même pour les fins administratives limitées de cette loi. En effet, selon les années, cette définition a permis l'inclusion, par mariage ou adoption, de personnes n'ayant aucun sang indien, ce qui a eu pour résultat d'exclure assurément d'autres personnes de «pur» sang indien et, en incluant certains membres de sang mêlé (surtout sur une base patrilinéaire), a jeté le doute sur le statut des personnes d'origine mixte. D'après Douglas Sanders, les Métis n'ont pas été exclus du statut d'Indien au moment de la compilation des premières listes de membres et ne peuvent pas plus l'être aujourd'hui, sinon les réserves indiennes se videraient d'au moins la moitié de leur population⁵⁰. Un certain nombre de décisions judiciaires, rendues surtout par des tribunaux inférieurs, concernant les droits de pêche et de chasse des Indiens visés par un traité

ou une loi, ont porté sur cette question sans pouvoir la régler; les tribunaux ont parfois statué que la définition relativement étroite de la *Loi sur les Indiens* prévalait⁵¹, mais ils ont rendu quelquefois des décisions contraires⁵². Plutôt que de dissiper l'incertitude entourant la définition des Métis, les modifications apportées à la *Loi sur les Indiens* par le projet de loi C-31 en 1985 ont tenté partiellement d'éliminer la discrimination pour faire en sorte que la loi ne soit plus incompatible avec l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Cette opération n'a fait qu'ajouter à la confusion.

Bon nombre de personnes qui ont vécu toute leur vie comme métisses se sont soudainement trouvées admissibles, par le jeu du projet de loi C-31, au statut d'Indiens inscrits, en partie à cause de l'abrogation des sous-alinéas 12(1)a)(ii) et (iii). Même certains dirigeants métis ont pu s'inscrire en vertu de la *Loi sur les Indiens*, tout comme les résidents des peuplements métis de l'Alberta. Dans ce dernier cas, l'inscription a entraîné un conflit avec la définition du terme Métis dans la *Metis Betterment Act*⁵³ et les nouveaux Indiens inscrits auraient dû être expulsés des peuplements. Ce problème a été réglé superficiellement par la *Metis Settlements Act* de 1990⁵⁴, puisque la définition de Métis désigne désormais une personne d'ascendance autochtone qui s'identifie avec l'histoire et la culture métisses⁵⁵, ainsi que par le pouvoir décisionnel accordé au conseil du peuplement concernant les effectifs de la collectivité. Par ailleurs, le paragraphe 75(1) de la *Metis Settlements Act* exclut quiconque est inscrit en vertu de la *Loi sur les Indiens* ou est inscrit comme inuit aux termes du règlement d'une revendication territoriale (sous réserve d'une exception très limitée énoncée au paragraphe (2)⁵⁶).

À la lumière du projet de loi C-31, il est donc possible pour certaines personnes qui se définissent comme métisses de s'inscrire en vertu de la *Loi sur les Indiens* et d'être considérées juridiquement comme des Indiens inscrits. Par ailleurs, d'autres Métis qui sont admissibles à

l'inscription en vertu de la *Loi sur les Indiens* et qui sont, à certaines fins, considérés comme des Indiens (à cause de la définition d'Indien figurant au paragraphe 2(1) qui comprend les personnes qui ont «le droit [d'être inscrites]») peuvent choisir de ne pas être inscrits pour des raisons personnelles ou pour éviter de perdre les avantages et les droits conférés par les peuplements métis de l'Alberta.

Définition des membres des groupes autochtones

Diverses approches ont été utilisées historiquement au Canada et ailleurs pour attribuer à certaines personnes un statut juridique qui leur est propre en vertu de leur patrimoine autochtone. Par contre, les auteurs ont accordé peu d'attention à cette question⁵⁷. La plupart de ces méthodes font appel à des critères objectifs appliqués par la majorité de la société aux groupes autochtones, habituellement sans que les principaux intéressés n'y consentent véritablement ou sans qu'ils soient même consultés.

1. Pureté du sang : il était possible d'exiger simplement un pourcentage minimal de sang autochtone. Aux États-Unis, par exemple, le Bureau of Indian Affairs offre un certain nombre de services et de programmes aux «Indiens» seulement s'ils sont membres de tribus reconnues par les autorités fédérales, s'ils vivent dans les réserves fédérales ou près d'une réserve et s'ils possèdent au moins un quart de sang indien⁵⁸. Cette condition a été imposée au Canada en 1869 pour qu'une personne ait droit aux sommes attribuées aux Indiens par l'*Acte pourvoyant à l'émancipation graduelle des Sauvages*⁵⁹. Elle n'a pas été conservée par la suite lorsque les diverses lois postérieures à la Confédération ont été refondues pour constituer l'*Acte des Sauvages, 1876*⁶⁰.
2. Lien de parenté : il s'agit d'une norme connexe qui se rapporte aux liens familiaux avec les membres du groupe déjà reconnu ou accepté comme collectivité autochtone. La pureté du sang est

moins en jeu que l'ascendance du côté du père ou de la mère, bien que les membres d'une même famille, par définition, possèdent normalement certains liens du sang, à moins que l'appartenance familiale ne soit inférée qu'en vue de permettre l'assimilation des étrangers. Soulignons par exemple l'ancienne disposition de la *Loi sur les Indiens*⁶¹ concernant les mariages mixtes, qui conférait le statut d'Indiens inscrits aux enfants de père indien et de mère non indienne, mais pas dans le cas contraire. Ainsi, bien que les enfants dans la première éventualité possèdent la même quantité de sang indien que dans la deuxième, ces derniers ne seraient pas reconnus par le législateur en qualité d'Indiens, puisque la loi utilisait un système patrilinéaire sans égard à la tradition de la nation indienne concernée.

3. Culture, mode de vie ou croyance : selon cette approche, un peuple qui partage certaines caractéristiques constitue un groupe distinct ou une communauté distincte. La pureté du sang et le lien de parenté sont moins importants que le sentiment d'appartenance marqué par certains comportements. Il peut s'agir, notamment, de la préservation de caractéristiques ou d'institutions culturelles différentes de la majorité de la société.

Les Métis de la rivière Rouge offrent un exemple flagrant de cette situation : bien qu'ils possèdent manifestement un degré important de sang indien et des liens de parenté les uns avec les autres ainsi qu'avec les nations indiennes avoisinantes, c'est par leur mode de vie axé sur la chasse au bison, leur culture unique dérivée de nombreuses sources et leur sentiment d'appartenance à une communauté ou à une nation à part qui les marquaient comme groupe distinct. C'est sur la base de ce patrimoine que les Métis établissent leurs origines, mais c'est aussi précisément cet héritage culturel mixte, contenant divers éléments européens, qui crée des

difficultés, chez certains auteurs, lorsqu'il s'agit d'assimiler les Métis à des Indiens au sens constitutionnel.

4. Acceptation par un groupe autochtone : des critères sociologiques entrent en ligne de compte ici également. Il s'agit de déterminer si le groupe lui-même reconnaît la personne comme un de ses membres. Aux États-Unis, le gouvernement accordera le statut d'Indien à une personne, pour lui permettre de participer à l'entité politique souveraine représentée par la tribu sous le régime des lois américaines, si elle est acceptée par la tribu en question comme un de ses membres. L'inscription en bonne et due forme sur la liste des membres de la tribu n'est pas une condition nécessaire : selon le code de la tribu, cette approche peut souvent permettre d'inclure les personnes qui possèdent un pourcentage relativement restreint de sang indien. L'acceptation par la communauté est un élément essentiel des régimes en place en Nouvelle-Zélande et en Australie, où il est nécessaire qu'une personne s'identifie à un groupe aborigène et qu'elle possède un degré indéterminé de sang indigène.

Comme nous l'avons déjà souligné⁶², durant les négociations des traités Robinson-Supérieur et Robinson-Huron au Canada, les chefs indiens ont demandé que les avantages conférés par les traités soient étendus aux Métis qui vivaient parmi eux, et les négociateurs coloniaux les ont laissés décider du mode et du degré de participation des Métis. En d'autres termes, si la bande les acceptait comme membres, le gouvernement ne s'opposerait pas et les traiterait de la même manière que les autres.

5. Reconnaissance comme autochtone par la majorité : il s'agit en réalité d'une approche semblable à la précédente, puisqu'elle consiste à déterminer si la majorité reconnaît une personne comme membre d'un groupe différent. C'est la reconnaissance de

l'existence d'autres personnes qui forment collectivement un groupe distinct. Ce principe sous-tend parfois le racisme et certaines formes de nationalisme.

Même si cette approche entraîne souvent, mais pas toujours, des conséquences déplaisantes, il ne faut pas l'écarter d'emblée. C'est à cette conscience de la différence entre la majorité et les Indiens que les organismes nationaux autochtones ont fait appel récemment pour obtenir la reconnaissance constitutionnelle des peuples autochtones comme sociétés distinctes, visées par un régime juridique qui leur est propre et leur permettant de protéger cette différence.

6. Désignation expresse : il s'agit de la reconnaissance d'un statut spécial en vertu d'un critère quelconque à une date donnée, assortie de l'impossibilité d'obtenir le statut en question après cette date sauf peut-être par une ascendance directe. L'exemple le plus connu serait le système d'inscription établi par les modifications apportées en 1951 à la *Loi sur les Indiens* : les listes des bandes existantes ou la liste générale en vigueur au moment de l'entrée en vigueur de la loi sont devenues le registre (soumis à des vérifications, à des corrections et à des protestations) des membres désignés du groupe que les autorités fédérales étaient prêtes à reconnaître comme des Indiens inscrits⁶³.
7. Identification individuelle : contrairement aux autres approches, l'identification individuelle constitue un critère subjectif sur lequel la personne concernée doit s'appuyer pour déterminer si elle fait partie ou non d'un groupe ou d'une communauté qui se trouve à l'écart des autres dans une société donnée. La conscience de l'appartenance à un groupe est la pierre angulaire de cette approche. Le gouvernement fédéral s'est fondé sur l'identification individuelle par le passé en encourageant les membres

d'ascendance mixte, et parfois non mixte, des bandes indiennes visées par certains traités numérotés à renoncer aux droits qui leur sont conférés en qualité d'Indiens par les traités en question de manière à s'identifier comme métis et, par conséquent, à se prévaloir des certificats d'argent⁶⁴.

Aujourd'hui, c'est sur l'identification en tant qu'autochtone que se fonde le droit de bénéficier d'une gamme de programmes fédéraux destinés aux autochtones, notamment ceux qui sont offerts par la Société canadienne d'hypothèques et de logement aux autorités autochtones du logement, ainsi que les services offerts par les centres d'amitié financés par le Secrétariat d'État, les avantages comme l'entrée au programme Accès aux études de droit pour les autochtones offert par le ministère de la Justice, les possibilités d'emploi au sein de la fonction publique fédérale par l'entremise de la Commission de la fonction publique. C'est le cas également de nombreux programmes mis en oeuvre ou autorisés par les gouvernements provinciaux.

Au Canada, les autorités coloniales puis fédérales ont eu recours depuis 1850 à la plupart des approches énumérées ci-dessus afin de désigner les personnes dont elles étaient prêtes à assumer la responsabilité.

Aucun critère, seul ou conjugué à d'autres, n'a reçu un grand appui des peuples autochtones visés. Le gouvernement fédéral a tenté récemment, en apportant les modifications contenues dans le projet de loi C-31 en 1985, d'éliminer certains des problèmes qu'il avait créés antérieurement par la *Loi sur les Indiens*. Il n'a malheureusement pas clarifié les approches incohérentes et, de fait, peut même avoir suscité de nouveaux problèmes⁶⁵.

Le modèle australien

Il ne nous appartient pas ainsi de résoudre le débat une fois pour toutes. Il est clair que le terme Métis englobe désormais un plus grand nombre de gens habitant une région géographique plus vaste que les Métis

francophones et catholiques de la région de la rivière Rouge au Manitoba. Il désigne aussi les personnes d'ascendance mixte de cette région, qu'on appelait à l'origine des «sang-mêlé» ou *half-breeds*, de même que celles qui se sont prévaluées ou auraient pu se prévaloir des certificats d'argent en vertu de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et de la *Loi des terres fédérales*. Il doit aussi viser les descendants de toutes ces personnes. Il devrait logiquement s'attacher à celles qui vivent dans les peuplements métis albertains en tant que Métis, qu'elles soient ou non descendantes des bénéficiaires des certificats d'argent. En outre, au risque d'être critiqués par les puristes ainsi que par de nombreux Métis de l'Ouest, et parce que l'origine du terme désigne essentiellement les personnes d'ascendance mixte, nous présumons ici que le terme Métis pourrait faire référence non seulement aux membres de la nation métisse, mais aussi à toute personne d'ascendance mixte, indienne et non indienne, de tout le Canada, peu importe ses origines historiques. C'est uniquement de cette façon, par exemple, qu'on peut désigner par le terme Métis certains des Métis des Territoires du Nord-Ouest, qui sont largement reconnus et acceptés à ce titre dans les négociations relatives aux revendications territoriales ou aux accords récemment conclus à cette fin avec le gouvernement du Canada et les autorités territoriales. Selon une décision rendue récemment par un tribunal inférieur saisi de cette question, il semble qu'un Métis, aujourd'hui, puisse être toute personne possédant du sang autochtone qui se considère comme métisse⁶⁶.

Catherine Bell présente un solide argument lorsqu'elle souligne l'importance de la vie métisse collective, de l'identification comme Métis et de l'acceptation dans la collectivité. L'expérience australienne offre peut-être un point de référence utile dans le débat entourant la définition. Même si les règles de droit et les politiques relatives aux droits des autochtones sont moins élaborées en Australie qu'au Canada et aux États-Unis, la nécessité d'une définition de ce qu'est un «autochtone» a

depuis longtemps fait surface. Les autochtones eux-mêmes ont établi une définition en trois volets qui a rapidement obtenu la faveur des autorités australiennes. Ainsi, pour être considérée comme aborigène par le législateur australien, une personne doit : 1) être d'ascendance aborigène; 2) s'identifier comme aborigène; et 3) être acceptée par la collectivité aborigène comme un de ses membres⁶⁷. Cette description a également servi à inclure les insulaires autochtones du détroit de Torres. Les Maoris de la Nouvelle-Zélande ont, pour se décrire eux-mêmes, adopté une approche similaire reconnue par le gouvernement dans ses lois, politiques et programmes. Dans les deux cas, les tribus ou groupes régionaux continuent de jouer un rôle important en ce qui concerne les droits sur les terres et les ressources ainsi qu'à l'égard de la culture et de la langue.

Certains ont suggéré qu'un critère semblable soit utilisé au Canada pour déterminer qui pourrait être considéré comme un Métis aux fins constitutionnelles. Il doit s'agir d'une personne d'ascendance mixte, indienne et non indienne (ou inuit et non inuit dans le cas du sud du Labrador), peu importe les origines historiques ou géographiques du caractère mixte. Cette personne doit aussi s'identifier comme métisse. Elle doit surtout être acceptée par une communauté qui se dit métisse et accepter d'en faire partie⁶⁸. Cette communauté peut être urbaine ou rurale et se trouver n'importe où au Canada, de sorte qu'elle ne doit pas nécessairement faire partie de la nation métisse moderne. Elle doit cependant servir à véhiculer l'identité collective des Métis au Canada de manière à permettre à la collectivité métisse et à ses membres de se dire métis en 1993. Soulignons également qu'une approche pancanadienne ne signifierait pas que toutes les collectivités métisses jouiraient des mêmes droits juridiques, pas plus que l'utilisation du terme Indien d'un océan à l'autre sous-entend que tous les peuples indiens possèdent les mêmes droits, qu'ils soient ancestraux, issus de traités ou d'une autre nature. En outre, cette approche créerait probablement une distinction entre ceux qui

s'affilient à la nation métisse des Prairies et ceux qui possèdent une histoire différente et une vision de l'avenir qui leur est propre. Dans les deux cas, toutefois, il revient aux Métis eux-mêmes de définir qui ils sont et quelles sont leurs aspirations.

LE STATUT CONSTITUTIONNEL DES MÉTIS AVANT 1982

Réduction des obligations constitutionnelles du gouvernement fédéral envers les Indiens

En 1867, le paragraphe 91(24) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* conférait au Parlement fédéral ce qui était généralement perçu, dans le milieu euro-canadien, comme une autorité législative exclusive portant sur «les Indiens et les terres réservées pour les Indiens». Cette attribution de pouvoirs est encore entourée d'une incertitude considérable⁶⁹, en grande partie parce que les tribunaux ne se sont jamais prononcés sur sa portée ou son cadre précis. Traditionnellement, du point de vue juridique, on a considéré le paragraphe 91(24) comme une simple disposition attributive de compétence qui s'apparente aux autres paragraphes des articles 91 et 92 au sens où on confère au Parlement un domaine exclusif de compétence. Depuis quelques années, une autre approche a été vigoureusement mise de l'avant par certains dirigeants autochtones. Ils affirment que le rôle du paragraphe 91(24) consiste à désigner la Couronne du chef du Canada comme étant à la fois la partie indiquée pour négocier des traités avec les nations autochtones et le principal obligé envers les peuples autochtones. Selon cette approche, le pouvoir évident de légiférer qui est conféré au gouvernement fédéral par le paragraphe 91(24) est restreint par des facteurs qui n'ont rien à voir avec le libellé de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* de 1867, de telle sorte que ce pouvoir est ni exclusif ni totalement discrétionnaire. Cette distinction entre responsabilité et compétence est examinée plus loin de même que l'importante obligation de fiduciaire.

Le Parlement ne s'est jamais prévalu de la pleine mesure de sa compétence apparente pour légiférer quant au territoire visé par l'expression «terres réservées pour les Indiens», au sens large où l'entend la *Proclamation royale de 1763* (comparativement aux réserves visées par la *Loi sur les Indiens*), ou quant à toutes ces personnes qui pourraient être des «Indiens» au sens de la Constitution. En fait, le législateur a plutôt interprété le terme «terres» de façon restrictive et il a créé deux groupes distincts d'Indiens pour répondre à des exigences administratives : ceux reconnus comme des Indiens et inscrits comme tels en vertu de la *Loi sur les Indiens* et ceux qui ne le sont pas. Même si le législateur a régulièrement déplacé la ligne de démarcation qui distingue ces deux groupes en modifiant la définition du terme Indien qui est énoncée dans la *Loi sur les Indiens*, les autorités fédérales ont généralement considéré que seuls les membres du premier groupe sont visés par la compétence législative exclusive conférée au Parlement en matière d'Indiens sous le régime du paragraphe 91(24).

En 1974, le pouvoir du Parlement de distinguer différentes catégories d'Indiens a été traité de manière superficielle par le juge Ritchie dans l'arrêt *P.G. du Canada c. Lavell*⁷⁰. Le juge Beetz a eu l'occasion de se pencher un peu plus longuement sur cette question deux ans plus tard dans l'arrêt *P.G. du Canada c. Canard*⁷¹. Dans cette affaire, le tribunal s'est demandé si les dispositions législatives particulières relatives aux biens qui sont prévues par la *Loi sur les Indiens* contrevenaient à la *Déclaration canadienne des droits* parce qu'elles donnent lieu à de la discrimination fondée sur la race. Le juge Beetz a déclaré que cette classification était essentiellement de nature raciale⁷² :

En employant le mot «Indien» dans l'art. 91(24), l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867* [...] crée une catégorie raciale et il vise un groupe racial pour lequel il envisage la possibilité d'un traitement particulier. Il ne définit pas le terme «Indien», ce que le Parlement peut faire dans les limites de la Constitution en décrétant les normes appropriées. Parmi ces

normes, il n'apparaîtrait pas déraisonnable d'inclure le mariage et la filiation et, inévitablement, les mariages entre Indiens et non-Indiens, à la lumière soit des coutumes et des valeurs indiennes [...], soit de l'historique de la législation [...]

Il affirme donc que la compétence en matière d'Indiens énoncée au paragraphe 91(24) «ne pourrait être effectivement exercée sans que le Parlement possède implicitement le pouvoir nécessaire de déterminer qui est un Indien et qui ne l'est pas et de quelle façon le statut d'Indien est acquis ou perdu». Par conséquent, le Parlement peut établir «des distinctions de nature telle qu'elles puissent raisonnablement être considérées avoir été inspirées au législateur par un but législatif légitime» dans la mesure où les normes pertinentes sont «dans les limites de la Constitution⁷³». Le juge Beetz n'a toutefois pas donné plus de précisions sur la nature de l'objectif légitime ou des limites constitutionnelles qu'il a mentionnés.

Ces déclarations appellent deux commentaires. Tout d'abord, l'accent mis sur la race doit viser la descendance par le sang. C'est d'ailleurs ainsi que le juge Beetz considère que la compétence visée au paragraphe 91(24) a été conférée au Parlement en premier lieu. En effet, à son avis, les distinctions fondées sur le mariage et la filiation ont par la suite été adoptées à seule fin d'administrer efficacement cette attribution initiale de compétence législative. Toutefois, ces distinctions ne peuvent servir à déterminer si, à l'origine, il existait une telle compétence puisqu'il s'agit là d'une question qui relève exclusivement des tribunaux. Le juge Beetz laisse entendre que cet exercice doit se fonder sur la race, mais il ne s'arrête pas sur l'autre approche possible voulant que le terme Indiens vise les groupements politiques de personnes distinctes qui sont autonomes. En d'autres termes, lorsqu'il exerce la compétence législative qui lui vient de la Constitution, le Parlement ne peut restreindre sa compétence initiale ni autrement s'en écarter. Il bénéficie uniquement de la liberté de ne pas l'exercer aussi pleinement qu'il le pourrait.

L'anomalie qu'engendre l'existence de deux populations d'Indiens de souche, une relevant du régime fédéral et l'autre probablement pas, n'a jamais été contestée avec succès à cause de l'opinion qui existe au sujet de la nature de la compétence législative du Parlement. Selon ce point de vue, le Parlement a une autorité suprême et n'a donc aucune obligation morale, juridique ou politique de légiférer dans la pleine mesure de sa compétence constitutionnelle, peu importe le domaine visé. C'est un fait bien connu que, eu égard aux questions relatives aux Indiens, les tribunaux ont dû pousser le Parlement à agir même lorsqu'il était tout à fait évident que des mesures législatives ou autres prises en vertu de sa compétence constitutionnelle étaient nécessaires. À ce propos, M. Bryan Schwartz signale que de façon générale, une disposition attributive de compétence prévue dans la *Loi constitutionnelle de 1867* équivaut à une autorisation légale d'exercer un pouvoir; elle permet au Parlement de prendre des mesures à l'égard des personnes, mais elle n'exige pas que ces mesures soient prises *en faveur* de celles-ci⁷⁴.

Par exemple, dans l'arrêt *Re Eskimos*⁷⁵, même si les avocats de la Couronne fédérale étaient d'avis que les Inuit (alors appelés Esquimaux) étaient effectivement des «Indiens» pour l'application du paragraphe 91(24), le gouvernement fédéral s'est continuellement opposé aux arguments présentés par le Québec à cet effet jusqu'à ce que la Cour suprême du Canada confirme ce point de vue après plusieurs années de préparation par les parties en cause⁷⁶. Plus récemment, à l'occasion de l'arrêt *Calder c. P.G. de la C.-B.*⁷⁷, le gouvernement fédéral a attendu que la Cour suprême lui signale que les Indiens avaient effectivement des biens susceptibles de faire l'objet de traités pour exercer sa compétence constitutionnelle exclusive et rétablir le processus actuel de négociation des traités (dans le cadre de la politique visant à régler les revendications globales annoncée en août 1973)⁷⁸. Les exemples pourraient se multiplier; le fait est que le gouvernement fédéral s'est rarement prévalu de sa

compétence constitutionnelle à l'égard des Indiens à moins d'y être poussé par les événements, les tribunaux ou son propre intérêt.

La tendance générale observée au fil des ans confirme cette constatation : elle montre une série de tentatives visant à restreindre la portée des obligations fédérales à l'égard des Indiens. Cette tendance se révèle de plusieurs façons⁷⁹. En premier lieu, les autorités fédérales ont simplement refusé de reconnaître qu'elles avaient une compétence législative à l'égard de certains groupes d'autochtones. Comme nous l'avons déjà mentionné, ce n'est qu'en 1939 que les Inuit ont été acceptés au nombre des personnes relevant de la compétence fédérale. Malgré la décision rendue par la Cour suprême, et bien que la portée de certains programmes particuliers et de certaines reconnaissances législatives ait été étendue aux Inuit, le Parlement a choisi de ne pas adopter de mesures législatives favorisant ou protégeant les droits et les intérêts de ces derniers.

En deuxième lieu, le gouvernement fédéral a réduit la population d'Indiens visés par le paragraphe 91(24), à l'égard desquels il consent à exercer sa compétence législative. Il y est arrivé de différentes manières dont voici les plus courantes : il a omis de recenser adéquatement tous les Indiens qui devaient être inscrits dans toutes les parties du pays (par exemple, en omettant les Indiens de Terre-Neuve et de certaines régions éloignées de plusieurs provinces); il a fait la promotion de l'émancipation volontaire et involontaire; il a exclu les Indiens qui ont obtenu des certificats d'argent en vertu de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et de la *Loi des terres fédérales*; et il a défini le terme Indien de façon encore plus restrictive dans la *Loi sur les Indiens*⁸⁰. Ces mesures ont non seulement permis de diminuer les dépenses de nature pécuniaire, mais également de réduire l'obligation d'offrir d'autres terres aux Indiens pour qu'ils puissent subvenir aux besoins d'une population croissante vivant sur des terres réservées dont la superficie est limitée.

Une autre méthode utilisée par les autorités gouvernementales a consisté à ignorer ou à différer l'exécution de leur obligation de fournir des terres aux Indiens qui bénéficient de ce statut sous le régime des règles fédérales. Comme nous l'avons signalé, l'obligation légale de régler les revendications territoriales fondées sur un titre ancestral a été ignorée pendant des décennies par le gouvernement fédéral jusqu'à ce que les tribunaux l'obligent à agir en 1973. Le défaut d'attribuer la superficie de terres convenue dans les cas où un traité de cession a été signé (au point où la Couronne pourrait maintenant ne pas avoir suffisamment de terres inoccupées dans les régions du sud des Prairies pour respecter entièrement les revendications territoriales fondées sur des droits issus de traités) est un autre exemple. De même, le gouvernement fédéral a refusé de négocier ou de régler d'une autre façon certaines revendications territoriales précises jusqu'à ce qu'il s'y sente forcé par la pression politique exercée sur lui après la publication du Livre blanc de 1969. Il faut signaler que le succès mitigé qu'il a connu dans le règlement de ces revendications au cours des 24 dernières années a simplement exacerbé le problème. Même lorsque des traités ou leur variante actuelle, les revendications globales, ont été négociés, des retards considérables ont été occasionnés, en partie à cause de l'insistance du gouvernement fédéral pour que les provinces participent à toutes les étapes du processus⁸¹.

En outre, le gouvernement fédéral a même tenté de transférer aux provinces son obligation de fournir des services aux Indiens inscrits. Par exemple, lorsque des pensionnats ont commencé à fermer leurs portes dans les années 60, le gouvernement fédéral n'a initialement pris aucune mesure pour dédommager les provinces de l'afflux d'un grand nombre d'enfants indiens dans le système scolaire provincial. De même, les provinces ont dû attendre longtemps avant d'être dédommagées pour le fardeau additionnel imposé à leur système de protection de l'enfance. Ce n'est qu'après avoir subi les pressions constantes exercées par les

provinces que les autorités gouvernementales fédérales ont enfin consenti à conclure des ententes de partage des coûts pour ces services et d'autres services connexes. La mise sur pied de solutions de rechange — tant à l'ancien système fédéral qu'au système provincial — dont la responsabilité incomberait aux premières nations, n'a même pas été considérée. La position actuelle du gouvernement fédéral consiste à affirmer qu'il n'a aucune obligation et que sa responsabilité, qu'il prétend généralement avoir assumée de façon volontaire, s'arrête en grande partie aux limites des réserves. Par conséquent, on estime que les Indiens inscrits vivant hors des réserves de même que les Indiens non inscrits relèvent essentiellement de la responsabilité des provinces.

La principale tentative du gouvernement fédéral pour restreindre le mandat que lui confère le paragraphe 91(24) a été de se retirer complètement de ce domaine de compétence. S'il avait été mis en oeuvre, le Livre blanc de 1969 aurait eu exactement le même effet. Dans les faits, les Indiens inscrits auraient été considérés à presque tous les égards comme des résidents provinciaux, au même titre que les Indiens non inscrits et les Métis, et la responsabilité des autorités fédérales se serait limitée aux mesures nécessaires pour faciliter la transition des pouvoirs fédéraux. Il n'y aurait alors plus eu d'Indiens d'aucune sorte assujettis à la compétence législative énoncée au paragraphe 91(24). Cette compétence constitutionnelle aurait donc été «épuisée», de sorte que tous les arguments invoqués pour déterminer si certaines catégories de personnes tombent ou non sous le coup de la compétence constitutionnelle fédérale n'auraient eu d'intérêt que sur le plan théorique, sauf bien sûr pour les personnes directement touchées.

Bref, par la pratique qu'il a adoptée depuis la Confédération, le gouvernement fédéral tend à restreindre ses responsabilités ou à s'y soustraire, même lorsque l'obligation d'assumer ces responsabilités est manifeste. Cette situation est demeurée inchangée même après l'adoption

de la *Loi constitutionnelle de 1982*. En fait, la volonté de restreindre les paiements de transfert versés aux provinces s'affermirait avec le déficit croissant auquel est confronté le gouvernement fédéral. Et l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* n'a pas amélioré les choses. Le gouvernement fédéral prétend que cette disposition a même réduit le champ de compétence que lui confère le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* puisqu'il ne peut plus adopter de mesures législatives qui entrent un tant soit peu en conflit avec les droits protégés par l'article 35⁸². De plus, l'accent mis sur la nécessité que les provinces participent aux débats portant sur les Indiens va au-delà du domaine des traités et des revendications territoriales. Aujourd'hui, les négociations relatives à l'autonomie gouvernementale qui se fondent sur la collectivité et se déroulent dans le cadre des réserves, de même que les projets entrepris de concert avec les Premières nations visées par la *Loi sur les Indiens* concernant la police locale et la justice pénale, sont habituellement tripartites, au moins dans une certaine mesure. Comme elles deviennent formellement parties aux ententes conclues, en particulier lorsque ces ententes prévoient l'adoption de mesures législatives provinciales ou que de telles mesures sont effectivement adoptées après la conclusion de l'entente, les provinces obtiennent l'accès à des domaines de compétence fédérale⁸³. Cette approche a pour effet de restreindre les obligations du gouvernement fédéral, à tout le moins sur le plan pécuniaire, en fonction de la mesure dans laquelle on reconnaît l'autorité dévolue à la province ou des obligations que cette dernière assume de son propre chef (par exemple, l'entente relative aux services sociaux intervenue en Alberta en 1991 et qui vise tous les Indiens inscrits de la province peu importe leur lieu de résidence). La façon dont les tribunaux ont interprété le paragraphe 91(24) a contribué à ce transfert d'autorité au même titre que la reconnaissance, par les politiciens provinciaux, de l'ampleur des crises socio-économiques qui existent dans un nombre inquiétant de réserves.

À bien des égards, les pratiques du gouvernement fédéral après la Confédération en ce qui concerne les obligations décrites plus haut envers les Indiens ne sont que la continuation d'une politique adoptée par les autorités coloniales de la Province du Canada seulement quelques années avant la Confédération. À cette époque, les politiques officielles tendaient à restreindre les obligations envers les Indiens en diminuant le nombre de ces derniers et à réduire le territoire qui leur restait. On arrivait ainsi à libérer des terres indiennes pour favoriser la colonisation par les Blancs. Auparavant, bien sûr, la politique britannique officielle appliquée depuis la *Proclamation royale de 1763* consistait à traiter les bandes indiennes essentiellement comme autant de groupes bénéficiant de l'autonomie gouvernementale et faisant partie de «nations ou tribus indiennes» souveraines, alliées à la Couronne, et dont les terres devaient être protégées des occupants illégaux et des spéculateurs territoriaux de race blanche. Ce changement fondamental de politique s'est traduit par deux mesures : l'instauration du système des réserves, et l'adoption, au début de l'époque coloniale, de divers textes législatifs qui visaient à protéger les terres indiennes des entrées abusives et des saisies pour dettes tout en conservant l'exigence de la doctrine du titre ancestral selon laquelle les terres ne peuvent être vendues ou données qu'à la Couronne⁸⁴.

Au début des années 1800, on a quelque peu changé l'objectif initial de sorte qu'il englobe l'idée de préparer les Indiens à participer au système économique occidental qui se faisait jour puisque leurs moyens de subsistance, autres que la pêche, étaient en voie d'être détruits par la colonisation. Généralement, la plupart des collectivités indiennes de la partie sud du Haut-Canada, qui voyaient disparaître leur capacité de maintenir leur économie traditionnelle avec l'arrivée massive des loyalistes et des nouveaux colons européens, ont coopéré volontiers à l'établissement de cette nouvelle orientation. C'était d'ailleurs ce qu'on entendait par «civiliser les Indiens» : leur enseigner à s'adapter aux

Européens sans que ces derniers ne fassent aucune concession. Toutefois, peu après, cet objectif a dû céder le pas à une autre idéologie suivant laquelle les Indiens devaient être totalement assimilés à la société dominante. Les partisans de cette opinion étaient notamment motivés par le besoin pressant de trouver des terres dans ces parties du Haut et du Bas-Canada. En effet, il y avait encore des territoires relativement grands qui, selon le système des réserves, ne pouvaient servir qu'aux Indiens⁸⁵. Les principales méthodes choisies pour procéder à l'assimilation des Indiens ont été l'émancipation et l'attribution de terres à des individus.

Les dispositions relatives à l'émancipation prévues dans les différents textes législatifs à partir de 1857 représentent un changement radical des orientations prônées par les autorités coloniales, et plus tard par les autorités fédérales, quant à l'existence des collectivités indiennes qui bénéficient de l'autonomie gouvernementale et qui ont la possession collective de leurs terres. On s'est servi de l'émancipation et du morcellement des terres réservées, détenues collectivement, en parcelles attribuées individuellement à des Indiens émancipés pour tenter délibérément de miner les valeurs qui cimentaient les bandes et les collectivités indiennes et ainsi hâter leur assimilation. Il est bien possible qu'on se soit inspiré des mesures analogues prises aux États-Unis, où l'attribution de terres était utilisée comme une façon de mettre fin à l'existence des tribus⁸⁶.

Cette nouvelle stratégie a débuté en 1857 avec le premier des textes législatifs en matière d'émancipation : *l'Acte pour encourager la Civilisation graduelle des Tribus Sauvages en cette Province, et pour amender les Lois relatives aux Sauvages*⁸⁷. Jusqu'à tout récemment, les dispositions de ce texte législatif relatives à l'émancipation volontaire sont demeurées pratiquement inchangées d'une loi à l'autre et d'une modification à l'autre⁸⁸. Selon la version subséquente de ce texte⁸⁹, les terres attribuées à un Indien émancipé sur le territoire de la réserve étaient

assorties de droits successoraux. L'émancipation obligatoire des Indiens qui devenaient médecins, avocats, enseignants ou prêtres a été introduite par l'*Acte des Sauvages*, 1876⁹⁰. On a modifié cette loi quatre ans plus tard afin de supprimer l'élément involontaire. En 1884, une autre modification a été apportée afin d'éliminer le droit qu'avait la bande de refuser de consentir à l'émancipation ou de refuser d'attribuer les terres visées. De nouvelles modifications ont été effectuées en 1918 de sorte que les Indiens vivant hors réserve puissent s'émanciper. Toutefois, c'est en 1920 que la modification la plus radicale a été apportée afin de permettre à nouveau l'émancipation obligatoire des Indiens. Cette disposition a été abrogée deux ans plus tard, mais elle a été réintroduite sous une forme modifiée en 1933. Elle est demeurée en vigueur jusqu'à ce qu'on révisé la loi en profondeur en 1951. L'émancipation obligatoire des femmes indiennes qui épousaient un homme non autochtone, un Métis ou un Indien non inscrit a été adoptée en 1869. Cette disposition a été maintenue de façon constante jusqu'à son abrogation en 1985 par le projet de loi C-31⁹¹.

Par ailleurs, même le processus de négociation des traités n'a pas échappé à l'accent mis sur la réduction des obligations envers les Indiens. Selon le point de vue officiel formulé par le gouvernement canadien, ce processus lui permettait, particulièrement dans les Prairies, de poursuivre honorablement la politique historique mise de l'avant par la Grande-Bretagne, soit l'acquisition de terres détenues en vertu d'un titre indien, en ayant recours à une mesure constitutionnelle reconnue : les traités de cession de terres. Or, l'histoire de la colonisation montre que, dans les faits, la pression ainsi que la crainte d'actes de violence sont les véritables motifs ayant poussé le gouvernement à entamer le processus de négociation des traités⁹². Cette situation est, dans une certaine mesure, à l'origine de la conclusion des traités Robinson-Huron et Robinson-Supérieur⁹³ et, de façon plus évidente, des traités numérotés signés subséquemment. Pour atteindre les objectifs visés par la politique

nationale de sir John A. Macdonald, il était nécessaire de libérer des terres dans l'Ouest de façon à permettre la colonisation par des Européens ainsi que la construction d'un chemin de fer transcontinental. Les Indiens des territoires du Nord-Ouest étaient relativement nombreux et constituaient une force militaire importante. En outre, ils avaient été marqués tant par le processus de négociation des traités engagé entre les États-Unis et les tribus vivant au sud du 49^e parallèle que par l'expérience des Métis du Manitoba. C'est pourquoi ils étaient bien déterminés à ne pas céder leurs terres à moins d'avoir des garanties fermes de la part des nouvelles autorités gouvernementales; ils ont donc forcé le gouvernement à négocier avec eux⁹⁴.

En résumé, si les véritables politiques et pratiques adoptées par les autorités coloniales, et plus tard par le gouvernement fédéral, nous permettent de tirer une conclusion, c'est bien que les autorités compétentes non autochtones ont manifesté depuis le début une répugnance extrême à remplir leurs obligations envers les Indiens. C'est particulièrement vrai pour le gouvernement fédéral en ce qui concerne le paragraphe 91(24). Il est important d'insister sur ce point compte tenu de l'allégation voulant que 1) l'absence presque totale de mesures législatives ou autres prises par le gouvernement fédéral spécifiquement à l'égard des Métis ou des *half-breeds*, 2) la nature restreinte du petit nombre de mesures effectivement prises ainsi que 3) les refus de responsabilité formulés par certaines figures politiques historiques quant aux obligations du gouvernement fédéral envers les Indiens et les Métis témoignent de l'absence de compétence fédérale à l'égard de ces derniers, qui ne seraient pas des Indiens au sens de la Constitution.

Historique juridique : mention des Métis et des «half-breeds»

Compte tenu de la réticence historique du gouvernement fédéral à reconnaître, et encore plus à respecter, ses obligations envers l'ensemble

des Indiens visés au paragraphe 91(24), le nombre restreint de mesures législatives, notamment, n'est pas surprenant. Il faut se rappeler qu'il n'y avait absolument aucune disposition de fond traitant des Inuit, qui ont toujours relevé de la compétence constitutionnelle fédérale même si le gouvernement canadien a commencé à s'opposer à ce point de vue au cours du XX^e siècle, jusqu'à ce que la Cour suprême du Canada tranche cette question de manière définitive dans l'arrêt *Re Eskimos*⁹⁵. De même, le gouvernement fédéral s'est toujours montré peu enclin à exercer ses compétences à l'égard des peuples autochtones résidant à Terre-Neuve et au Labrador depuis que cette colonie s'est jointe à la Confédération en 1949⁹⁶. En réalité, à la lumière de l'ensemble des politiques adoptées par le gouvernement fédéral à cette époque en faveur de l'émancipation et de l'attribution individuelle de terres, le simple fait qu'on mentionne l'existence de droits conférés spécifiquement aux Métis ou aux *half-breeds* est en soi révélateur, tant sur le plan juridique qu'historique. Il semblerait donc approprié de conclure qu'il faut donner plus de poids aux mesures législatives ou autres, prises par le gouvernement fédéral, qui font mention des *half-breeds*, des *mixed-bloods* ou des «Métis». Par exemple, si on avait mentionné les Inuit dans les mesures législatives ou autres prises par les autorités fédérales avant 1939, il ne fait aucun doute que la Cour suprême, dans l'affaire *Re Eskimos*, aurait accordé un grand poids à cet élément de preuve.

De même, l'importance accordée à ces mentions ne doit pas être restreinte par des arguments fondés sur les comptes rendus de débats politiques ou sur la correspondance officielle rédigée au moment de l'entrée du Manitoba dans la Confédération ou, encore, sur les données consignées dans le journal des personnes ayant participé aux discussions relatives aux droits des Métis ou des *half-breeds* qui se sont déroulées à cette même époque. Thomas Flanagan⁹⁷ et Bryan Schwartz⁹⁸ font tous deux grand cas de ces sources pour tenter de soulever des doutes sur

l'exactitude juridique de certains termes, comme «titres des Sauvages», qui apparaissent dans les textes législatifs et les décrets concernant les Métis. Cette approche tente de faire ressortir un degré de clarté et de précision qui était rarement atteint à cette époque. Ce fait est d'ailleurs bien mis en évidence par l'absence totale de comptes rendus des débats tenus par les Pères de la Confédération au moment de la rédaction du paragraphe 91(24) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* de 1867.

Les partisans de cette approche négligent également de reconnaître les facteurs politiques, économiques et militaires sur lesquels s'appuyaient les politiques gouvernementales. Par exemple, les Inuit ne constituaient ni une menace militaire ni une force économique importante. En effet, le territoire occupé par ces derniers n'était pas convoité pour la colonisation et on croyait qu'il offrait très peu de ressources, de sorte que ce peuple n'était pas considéré comme un obstacle à surmonter pour faciliter l'arrivée des Canadiens blancs pendant le XIX^e siècle et le début du XX^e siècle. Voilà pourquoi le Parlement et les fonctionnaires fédéraux n'ont prêté pratiquement aucune attention aux Inuit. Même si, en raison de l'absence de mesures législatives ou autres, la Cour suprême a eu plus de difficultés à trancher l'affaire *Re Eskimos*, il ne fait aucun doute que ce facteur n'a pas été déterminant.

Il est donc préférable de considérer les arguments de cette nature comme une illustration des différences qui distinguent la méthodologie appliquée dans le domaine de l'histoire et celle employée dans le domaine du droit plutôt que d'en faire des indices révélateurs de l'intention qui animait le législateur au moment de l'adoption de ces dispositions. Il est tout simplement impossible d'interpréter l'objet des textes législatifs et des décrets en s'appuyant, par exemple, sur les déclarations éventuellement faites par sir John A. Macdonald, dans le feu des débats de la Chambre des communes, à propos de questions politiques litigieuses. La recherche de l'intention du législateur est une question de droit qui ne peut être résolue

en tenant compte uniquement de l'intention de politiciens ou de fonctionnaires dont les raisons pour avoir dit ou fait quelque chose sous la pression d'événements qui se sont déroulés il y a longtemps pourraient bien n'avoir aucun lien avec des considérations d'ordre juridique⁹⁹. La Cour suprême du Canada a signalé qu'il existe une distinction entre la signification que les personnes ayant participé directement à la rédaction du texte voulaient donner aux termes employés, et la signification en droit qu'on leur attribuera en fonction de valeurs plus générales et d'un contexte plus large¹⁰⁰.

Des arguments fondés sur des considérations purement historiques ont été avancés par les partisans des deux côtés du débat visant à établir si les Métis tombent sous le coup de la compétence constitutionnelle exclusive du gouvernement fédéral en vertu du paragraphe 91(24). Afin d'analyser les éléments historiques mentionnés dans l'arrêt *Re Eskimos*, Clem Chartier¹⁰¹ et Bryan Schwartz¹⁰² ont tous deux adopté une méthode d'analyse qui vise essentiellement à extraire, des témoignages oraux rendus par des représentants de la Compagnie de la Baie d'Hudson et qui ont été consignés, les mentions concernant les Indiens et les Métis qui sont favorables à la thèse avancée par leur camp respectif.

À notre avis, toutefois, il n'est ni nécessaire ni avantageux de faire ce débat pour trois raisons. Premièrement, comme le montrent les conclusions opposées auxquelles sont arrivés MM. Chartier et Schwartz ainsi que les deux juges qui se sont joints au débat, les éléments de preuve à cet égard sont intrinsèquement ambigus et les interprétations possibles sont contradictoires¹⁰³. Par conséquent, les éléments historiques déposés devant le tribunal à ce moment n'étaient simplement d'aucune utilité pour donner une interprétation juridique appropriée du terme Indiens qui apparaît au paragraphe 91(24) et pour déterminer si les Métis sont des Indiens au sens de cette disposition.

Deuxièmement, l'arrêt *Re Eskimos*, qui accorde une légitimité à l'utilisation de ces sources, porte sur l'analyse des mentions à caractère historique faites au sujet des Esquimaux, et non des Métis, qui n'étaient évoqués que de façon accessoire¹⁰⁴. Par ailleurs, il existe d'autres sources d'information concernant le traitement réservé aux personnes d'ascendance mixte qui n'ont pas été mentionnées dans cet arrêt, comme le rapport de M. Alexander Morris¹⁰⁵ sur la négociation de traités et les textes législatifs datant d'avant la Confédération, qui jettent une lumière différente sur la question. De toute façon, dans *Re Eskimos*, les documents et les témoignages des représentants de la Compagnie de la Baie d'Hudson qui ont été déposés concernent principalement les Métis et les *half-breeds* de la rivière Rouge et ne traitent pas des personnes de sang mêlé vivant dans les territoires qui relevaient alors directement des autorités britanniques ou coloniales.

Troisième et principal point, ce débat pousse trop loin l'approche historique appliquée dans *Re Eskimos*. En effet, dans cette affaire, le tribunal se demandait si les Inuit, alors désignés par le terme Esquimaux, étaient des Indiens au sens du paragraphe 91(24). Comme il n'y avait aucun exemple de cas où le gouvernement fédéral aurait officiellement porté un intérêt aux Inuit ou exercé sa compétence à leur égard, la Cour suprême a adopté une approche historique visant à établir si les Esquimaux étaient des «Indiens» au moment de la rédaction de la *Loi constitutionnelle de 1867* lors de la Confédération. Compte tenu de l'absence de mesures prises par le gouvernement fédéral, le tribunal a été obligé de se pencher en grande partie sur des éléments parajuridiques et paraconstitutionnels, et les juges en sont venus à se fier abondamment sur des documents préparés par la Compagnie de la Baie d'Hudson. Le tribunal s'est particulièrement appuyé sur un inventaire des biens de cette société qui avait été préparé en vue d'une enquête par un comité

parlementaire en 1856 et 1857. Le tribunal a d'ailleurs fait grand cas d'une liste qui énumère les Esquimaux vivant parmi les tribus indiennes.

Ce même inventaire est mentionné à la fois par Chartier et par Schwartz parce qu'il mentionne les *half-breeds* avec les Blancs pour le calcul de la population. À l'aide de certains éléments de preuve, Chartier tente de faire valoir que cette liste n'était pas définitive tandis que Schwartz prétend le contraire en s'appuyant sur des éléments de preuve analogues. Cependant, la situation à laquelle était confrontée la Cour suprême du Canada en 1939 relativement aux Inuit est bien différente de celle où se trouvent les Métis en 1993. Dans ce dernier cas, contrairement aux Inuit, il existe un assez grand nombre de pratiques et de mesures législatives (adoptées par les Britanniques avant la Confédération et par les autorités fédérales à partir de la Confédération jusqu'à tout récemment) susceptibles d'être consultées.

Un certain nombre de sources déjà mentionnées¹⁰⁶ révèlent les pratiques adoptées à l'égard des Métis relativement aux avantages qui leur sont conférés par des traités et à leurs droits de résidence sur les terres de réserve. Ces pratiques laissent croire que les Métis étaient considérés, autant par les nations ou bandes indiennes que par les législateurs de l'époque coloniale, comme des membres du groupe autochtone qui, tout en bénéficiant de la protection de la Couronne, a le droit de continuer à vivre en marge de la société non autochtone. En effet, une bonne partie des mesures législatives adoptées au début de l'époque coloniale ont été conçues précisément pour veiller à la protection des droits de résidence des personnes d'origine mixte sur les terres de réserve qui, autrement, faisaient l'objet de sérieux empiétements de la part d'intrus et de colons non indiens.

L'exemple auquel on renvoie le plus fréquemment est le texte législatif adopté par les autorités coloniales en 1850, l'*Acte pour mieux*

*protéger les terres et les propriétés des sauvages dans le Bas-Canada*¹⁰⁷,
qui définit ainsi le terme «sauvages» :

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

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

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

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

Bien que ce texte législatif protège manifestement les droits de résidence des personnes d'origine mixte au même titre que ceux des Indiens de sang pur, il a également eu pour effet d'établir un précédent regrettable : ce sont des non-Indiens qui se sont chargés de déterminer qui est un Indien alors que les Indiens eux-mêmes n'ont eu aucune voix au chapitre¹⁰⁸. Cette situation mérite d'être signalée puisqu'il est évident qu'à cette époque les Indiens savaient effectivement qui était des leurs et que, dans leur esprit, il ne faisait aucun doute que les membres métis de leur collectivité étaient tout aussi indiens que les Indiens de sang pur.

La définition donnée en 1850 a été restreinte considérablement en 1851, sans doute en réponse à la politique qui prenait alors forme et qui visait à encourager l'assimilation. Dans la même optique, on peut expliquer cette mesure par la simple nécessité de réduire le nombre de personnes susceptibles d'avoir droit à des terres selon le système des réserves de façon à réduire l'ensemble du territoire réservé aux Indiens et, par le fait même, augmenter la superficie de terres pouvant servir aux non-Indiens¹⁰⁹. Par conséquent, on a modifié la définition de sorte que les hommes non indiens qui épousaient une femme indienne cessaient

d'obtenir le statut d'Indien, peu importe le lieu de résidence des époux ou la façon dont ils étaient considérés par la collectivité indienne. Cette modification a également eu pour effet d'imposer aux nations indiennes la notion de la domination mâle au moyen de la filiation paternelle et de la résidence patrilinéaire. Au cours des années subséquentes, et jusqu'en 1860, on est passé de l'une à l'autre version de cette définition en incluant et en excluant alternativement les hommes non indiens mariés à une femme indienne. En 1860, on a adopté l'*Acte concernant les Sauvages et les terres des Sauvages*¹¹⁰ qui définit le terme Sauvages de façon à exclure les hommes non indiens et leurs descendants (si ces descendants ne résidaient pas dans des collectivités indiennes au sens de la deuxième partie de la définition) :

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

Secondement. — Toutes personnes résidant parmi les Sauvages, dont les père et mère étaient ou sont descendus, ou dont l'un ou l'autre était ou est descendu, de l'un ou de l'autre côté, de Sauvages, ou d'un Sauvage réputé appartenir à la tribu ou peuplade particulière de Sauvages intéressée dans les dites terres ou propriétés immobilières, ainsi que les descendants de telles personnes; et

Troisièmement. — Toutes femmes légalement mariées à aucune des personnes comprises dans les diverses classes ci-dessus désignées, les enfants issus de tel mariage, et leurs descendants.

À peu près à la même époque, on a adopté des mesures législatives en matière d'émancipation qui étaient applicables dans la province du Canada et dont nous avons déjà traité. Ce texte législatif de 1857¹¹¹ reprend simplement la définition du terme Sauvages qui apparaît dans le texte de 1850 concernant les terres et les propriétés des sauvages dans le Bas-Canada auquel on renvoie plus haut. Bien qu'elle ait été modifiée en

1859 dans le cadre de l'*Acte concernant la civilisation et l'émancipation des Indiens*¹¹², la définition a continué à viser les Métis :

Dans les dispositions suivantes, le mot «sauvage» ne s'applique qu'aux sauvages ou personnes de sang sauvage, ou mariées avec des sauvages, reconnues comme membres de tribus sauvages, ou bandes résidant sur des terres qui n'ont jamais été cédées à la couronne [...]

La majeure partie des textes législatifs datant d'avant la Confédération qui portent sur les Indiens et la façon de les définir ont tout simplement été repris sous le régime du nouveau Dominion après 1867. Par exemple, dans l'*Acte pourvoyant à l'organisation du Département du Secrétariat d'État du Canada*¹¹³, on s'est servi de la définition apparaissant dans le texte législatif de 1860 sur les terres indiennes du Bas-Canada sans la modifier.

En 1869, on a adopté l'*Acte pourvoyant à l'émancipation graduelle des Sauvages*¹¹⁴ qui prévoit la nécessité d'avoir une quantité minimale précise de sang indien à certains égards :

4. Lors de la distribution d'annuités, intérêts ou rentes entre les membres d'une nation, tribu ou peuplade de Sauvages, nulle personne ayant moins d'un quart de sang sauvage et née après la passation du présent acte, n'aura droit de partager dans ces annuités, [...]

L'ensemble des divers textes législatifs concernant les Indiens ont finalement été refondus dans l'*Acte des Sauvages, 1867*¹¹⁵ qui définit le terme Sauvages de la façon suivante :

Premièrement. — Tout individu de sexe masculin et de sang sauvage, réputé appartenir à une bande particulière;

Secondement. — Tout enfant de tel individu;

Troisièmement. — Toute femme qui est ou a été légalement mariée à tel individu :

(e.) Pourvu aussi que tout Métis dans Manitoba qui aura partagé dans la distribution des terres des Métis, ne sera pas compté comme Sauvage; et qu'aucun Métis chef de famille (sauf la veuve d'un Sauvage, ou un Métis qui aura déjà été admis dans un traité,)

ne pourra, à moins de circonstances très exceptionnelles, qui seront déterminées dans chaque cas par le Surintendant-Général ou son agent, être compté comme Sauvage, ou avoir droit à être admis dans un traité avec les Sauvages :

4. L'expression «Sauvage sans traités» signifie tout individu de sang sauvage, qui est réputé appartenir à une bande irrégulière, ou qui vit à la mode des Sauvages, même si cet individu ne réside que temporairement en Canada;

Il est intéressant de signaler la mention qui est faite, dans le texte anglais, des *half-breeds* du Manitoba et leur exclusion expresse. Cette exclusion a subséquentement été étendue à tous les Métis qui avaient obtenu des terres ou des certificats d'argent et à leurs descendants. Cette disposition laissait également présager l'exclusion «de la race d'aborigènes communément appelés Esquimaux» qui serait prévue plus tard à l'article 4 de la version de 1951 de la loi¹¹⁶. Évidemment, la différence est qu'en 1951 la Cour suprême du Canada avait reconnu que les Esquimaux relevaient de la compétence fédérale à titre d'«Indiens», d'où la nécessité de les exclure explicitement. Ce même raisonnement pourrait-il s'appliquer aux Métis? Est-ce que leur exclusion expresse en 1876 laisse entendre qu'ils seraient autrement tombés sous le coup de l'*Acte des Sauvages*? Comme nous allons le voir plus loin dans le cadre de la décision *R. v. Howson*¹¹⁷, il existe un certain fondement judiciaire pour étayer cette hypothèse.

Jusqu'à présent, le parcours législatif paraît confirmer, à l'égard du droit de résidence sur les réserves et des questions connexes, la pratique historique déjà mentionnée selon laquelle les personnes ayant du sang indien, peu importe dans quelle proportion, sont considérées comme des Indiens visés par un traité. Contrairement aux textes législatifs sur lesquels nous nous sommes penchés jusqu'à maintenant, les difficultés que soulève la *Loi de 1870 sur le Manitoba*¹¹⁸ viennent du fait qu'on n'y précise pas de façon expresse si les Métis doivent être considérés comme des Sauvages. Le seul lien établi à cet égard se trouve à l'article 31, où l'on mentionne

explicitement qu'il est nécessaire d'accorder des terres aux «Métis résidents» afin «d'éteindre les titres des Sauvages» :

31. Et considérant qu'il importe, dans le but d'éteindre les **titres des Sauvages** aux terres de la province, d'affecter une partie de ces terres non-concédées jusqu'à concurrence de 1,400,000 acres, au bénéfice des familles des **Métis résidents**, il est par le présent décrété que le lieutenant-gouverneur, en vertu de règlements établis de temps à autre par le gouverneur-général en conseil, choisira des lots ou étendues de terre dans les parties de la province qu'il jugera à propos, jusqu'à concurrence du nombre d'acres ci-dessus exprimé, et en fera le partage entre les enfants des chefs de famille **métis** domiciliés dans la province à l'époque à laquelle le transfert sera fait au Canada, et ces lots seront concédés aux dits enfants respectivement, d'après le mode et aux conditions d'établissement et autres conditions que le gouverneur-général en conseil pourra de temps à autre fixer. (Les caractères gras sont de nous.)

Le fait de mentionner les concessions de terres aux Métis comme une méthode d'extinction des titres indiens a par la suite été repris et étendu en 1874 dans le cadre du préambule de l'*Acte relatif à l'affectation de certaines terres fédérales dans la province de Manitoba*¹¹⁹ :

Considérant qu'['] [...] il est décrété que, dans le but d'éteindre les titres des Sauvages aux terres de la province de Manitoba, il importe d'affecter [...] [d]es terres au bénéfice des enfants des métis chefs de famille domiciliés dans la province à l'époque de son transfert au Canada;

Et considérant qu'aucune disposition n'a été prise pour éteindre le titre des Sauvages à ces terres en ce qui concerne les métis, chefs de famille, habitant la province à l'époque susmentionnée;

La *Loi des terres fédérales*¹²⁰, adoptée cinq ans plus tard, étend ces concessions de terres aux «territoires du Nord-Ouest», selon l'orthographe de l'époque. Ce texte législatif a repris le libellé de ses deux prédécesseurs :

125. (e) De payer toutes les réclamations existantes par suite de l'extinction du titre des Sauvages, produites par des Métis domiciliés dans les territoires du Nord-Ouest en dehors des limites du Manitoba, le quinzième jour de juillet mil huit cent soixante et

dix, en concédant des terres à ces personnes, de telles étendues et à tels termes et conditions qui seront jugés à propos ;

Subséquemment, deux décrets ont été rendus dans des termes analogues en faisant mention du sang indien des Métis. Le premier décret concernait le Traité n° 6 :

[TRADUCTION] au moment de l'exécution de la cession par les Sauvages relativement aux réclamations de tous Métis qui résident à l'intérieur du territoire ainsi cédé et qui peut avoir droit d'être traité selon les dispositions de la *Loi des terres fédérales*, d'émettre des certificats rachetables au moyen de terres ou de paiements pour les terres auxquelles lesdits Métis pourraient avoir droit en règlement complet et final de toutes revendications qu'ils pourraient avoir en raison de leur sang indien¹²¹.

Le second décret porte sur le Traité n° 8 et reprend le libellé du premier au sujet des droits des Métis qui découlent de leur sang indien :

[TRADUCTION] Quels que soient leurs droits, ils découlent de leur sang indien; et la première ingérence dans de tels droits surviendra au moment de la cession des droits territoriaux des Indiens. Il est évident que, même si ce n'est pas à un degré identique, les droits des Indiens et des **Métis** dans le territoire non cédé doivent coexister et doivent être éteints en même temps¹²². (Les caractères gras sont de nous.)

En 1899, on a modifié la *Loi des terres fédérales* de façon à supprimer l'échéance initiale du 15 juillet 1870, en mentionnant à nouveau les «réclamations des métis par suite de l'extinction des droits des sauvages¹²³».

Commentaires des auteurs

Comme nous l'avons mentionné précédemment, Clem Chartier (dirigeant métis de longue date) et Bryan Schwartz ont donné des interprétations divergentes des documents et des témoignages des représentants de la Compagnie de la Baie d'Hudson visant à déterminer si les Métis de la rivière Rouge étaient perçus comme des Indiens au sens constitutionnel.

Pour les raisons que nous avons déjà exposées, il ne semble pas que ce soit la façon la plus pertinente d'aborder la question.

Thomas Flanagan, après avoir examiné les circonstances historiques entourant la promulgation de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et les dispositions législatives subséquentes relatives aux certificats d'argent, conclut que les droits territoriaux des Métis découlent simplement du titre indien¹²⁴. Il semble qu'il en soit arrivé à cette conclusion essentiellement à cause d'un changement de formulation dans les documents officiels. En effet, jusqu'en 1888, on parle exclusivement du titre indien conféré aux Métis¹²⁵, mais, au début de 1889, les termes changent dans les deux décrets cités plus haut, où l'accent est mis sur les terres que les Métis ont la possibilité de revendiquer en vertu de leur sang indien¹²⁶.

Cependant, comme le montrent les textes législatifs antérieurs et postérieurs à la Confédération relatifs au statut des Indiens et à leurs droits sur les terres des réserves, c'est principalement, voire exclusivement, en vertu de leur sang indien (peu importe la proportion) conjugué à leur identité collective à titre de nations ou d'entités politiquement distinctes qui tirent leur statut politique de leurs propres règles de droit préexistantes plutôt que du régime étranger que les nations indiennes ont des droits territoriaux en vertu du droit canadien et britannique. En résumé, leur titre ancestral reposait sur deux éléments essentiels : leur statut politique et leur sang indien qui montraient qu'ils habitaient le territoire avant l'arrivée des colons européens. C'est principalement cet événement qui a fait d'eux des «Indiens», pour utiliser le terme erroné des colons blancs. En effet, lorsque le législateur a tenté d'exclure certaines personnes des terres réservées et des droits de résidence, ce sont les hommes qui n'avaient aucun sang indien dans quelque proportion que ce soit qui ont été visés. Leurs descendants qui, eux, avaient du sang indien, et qui demeuraient dans les réserves ont été reconnus comme étant des Indiens (jusqu'à ce que des

modifications apportées par la suite les émancipent de force de même que leur mère de sang indien)¹²⁷.

Pourquoi devrait-on mettre à part les droits des Métis en se basant uniquement sur la quantité de sang indien? Il semble que ce soit une question de distinction plutôt que de différence. Ce n'était pas l'origine du droit ou du titre foncier qui faisait la différence mais la façon dont ce droit était traité par le gouvernement. Dans le cas des Métis issus d'un mariage entre un homme blanc et une Indienne, il s'agissait au départ de leur refuser toute terre réservée et tout droit de résidence s'ils ne vivaient pas parmi les Indiens¹²⁸, alors que les femmes blanches qui épousaient un Indien étaient assimilées à la nation indienne avec leurs enfants. Quant aux Métis, on les dédommageait en leur donnant un certificat en échange de leurs droits sur les terres.

En outre, il est difficile de comprendre de quelle façon les droits sur les terres conférés en vertu du titre indien peuvent être assujettis à d'autres droits, spécialement lorsque les textes législatifs font référence au titre indien comme tel. En common law, depuis un siècle, le titre ancestral ou indien se classe dans la catégorie des droits personnels et seuls les Indiens peuvent en être investis en tant que collectivité. Dans l'arrêt *St. Catherine's Milling and Lumber Company v. The Queen*¹²⁹, le Conseil privé a jugé que le titre indien était un droit ou un intérêt sur une terre qui ne pouvait être cédé qu'à la Couronne, tout en soulignant que «les Indiens ont un droit personnel de la nature d'un usufruit¹³⁰». Selon le *Dictionnaire de droit privé*¹³¹, les droits personnels s'opposent aux droits réels et un usufruit confère à son titulaire la jouissance d'un bien appartenant à une autre personne. Alors que dans certains arrêts récents au Canada les tribunaux discutaient de l'utilité d'établir une distinction entre droit personnel et droit de propriété relativement au titre indien¹³², personne ne s'est interrogé sur la nécessité d'avoir au préalable une identité collective pour faire valoir un titre ancestral.

Il semble donc évident que le droit de jouissance (dans le cas présent, le droit de vivre sur la terre et de disposer de ses ressources) ne peut être exercé que par les personnes investies de ce droit. Comme le titre le sous-entend, ces personnes doivent être «indiennes» au sens large du terme. Les Indiens de souche jouissent du titre indien¹³³. Les Inuit, qui sont des Indiens au sens constitutionnel, sont aussi investis du titre indien¹³⁴. Enfin, les documents législatifs indiquent que c'est aussi le cas des Métis. Si tous ceux qui jouissent de titres indiens sont des Indiens en vertu du paragraphe 91(24), pourquoi pas les Métis? C'est la conclusion de Douglas Sanders, qui souligne ce qui suit :

[TRADUCTION] L'exclusion des Métis de la catégorie des Indiens au sens constitutionnel irait à l'encontre de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et des anciennes coutumes, et elle ébranlerait les politiques bien établies relatives aux Indiens¹³⁵.

Il est inutile, dans le cadre de cette étude, de continuer à défendre le fait que les Métis vivant dans des communautés distinctes ou possédant leur propre identité en tant que nation ne jouissaient pas vraiment du titre indien; cependant, peu importe les opinions des auteurs des décrets cités plus haut, elles n'ont pas été prises en considération dans les textes législatifs promulgués au même moment. Les modifications apportées en 1899 à la *Loi des terres fédérales*, qui permettaient de ne plus tenir compte de la date d'entrée du Manitoba dans la Confédération (15 juillet 1870) pour fixer arbitrairement la date de démarcation relative à la délivrance des certificats d'argent aux Métis, ne font pas référence à un type distinct de revendications fondées uniquement sur le sang indien. Les nouvelles dispositions parlent de «concéder des terres pour satisfaire aux réclamations des Métis par suite de l'extinction des droits des Sauvages¹³⁶». De fait, c'est la décision prise en 1899 de ne plus tenir compte de la date de démarcation fixée en 1870 qui est déterminante : on mettait en effet sur un pied d'égalité les Métis qui désiraient recevoir des certificats d'argent et les personnes qui tiraient parti des avantages

conférés par traité. Dans les deux cas, la date de démarcation correspondrait à la date de signature du traité. En conséquence, de nouveaux certificats d'argent devaient être donnés aux Métis des territoires du Nord-Ouest qui n'avaient pas droit aux certificats d'argent selon l'ancienne date de démarcation. Le Traité n° 11, signé en 1921, permettait aussi de donner des certificats d'argent aux Métis à partir de la date de signature du traité.

Bryan Schwartz emprunte une voie différente lorsqu'il s'oppose à l'entrée des Métis dans la catégorie des Indiens au sens constitutionnel : il conteste le lien établi entre le fait de posséder un titre ancestral et celui d'être indien¹³⁷ en se penchant sur l'objectif du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui, selon lui, vise à perpétuer l'autorité législative du Parlement canadien à l'égard des Indiens. Il souligne que l'article 31 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, même s'il prend en considération les «titres des Sauvages», envisage aussi leur extinction immédiate, ce qui est plus important, sans préciser si le gouvernement fédéral a l'intention de préserver sa compétence à l'égard des Métis de vieille souche (du Manitoba) ou de leurs terres. Il poursuit en contestant l'exactitude, sur le plan juridique, de l'expression «titre indien» employée dans l'article 31 de la loi en insistant sur le fait que les déclarations de sir John A. Macdonald à ce sujet¹³⁸ de même que les textes législatifs qui ont suivi appuient la conclusion selon laquelle les Métis ne sont pas des Indiens aux fins du paragraphe 91(24), contrairement aux personnes non indiennes ou d'ascendance mixte qui vivent parmi les Indiens ou de la même façon qu'eux¹³⁹.

Son argument se fonde en grande partie sur la preuve historique avancée également par Thomas Flanagan. Toutefois, comme nous l'avons déjà mentionné, cette approche ne permet pas nécessairement de dégager l'intention des textes législatifs. On a pu constater que sir John A. Macdonald n'était pas constant dans la façon dont il caractérisait les

concessions de terres aux Métis lorsqu'il s'adressait à la Chambre des communes¹⁴⁰. De plus, la référence de Schwartz à l'intention du paragraphe 91(24) ne semble pas recevoir l'appui des juges de la Cour suprême des territoires du Nord-Ouest dans l'arrêt *R. v. Howson*¹⁴¹, où ils concluent apparemment que la *Loi sur les Indiens* aurait inclus les Métis visés par l'attribution des terres au Manitoba s'il n'y avait pas eu de dispositions expresses précisant qu'ils en étaient exclus. En principe, il n'y a aucune raison pour que la responsabilité fédérale à l'égard des personnes d'ascendance mixte en général de même qu'à l'égard des membres de la nation métisse ne continue de s'appliquer, puisque le paragraphe 91(24) dispose que l'autorité législative s'étend à deux matières distinctes : les «Indiens» et les «terres réservées pour les Indiens», et non pas aux Indiens vivant sur les terres qui leur sont réservées¹⁴². Noel Lyon souligne que, si les Métis sont visés par le paragraphe 91(24), cela ne signifie pas nécessairement qu'ils ont droit au statut d'Indien ni aux terres réservées, et ce sont là, selon lui, les particularités des règles de droit régissant les Indiens¹⁴³. Il laisse entendre que, dans la mesure où ils choisissent de préserver la culture métisse et non pas de s'assimiler, ils ont la possibilité de revendiquer le droit d'être protégés par certains textes législatifs fédéraux en matière de biens, de famille ou de droits civils, par exemple¹⁴⁴.

Toutefois, le point de départ de Schwartz, qui soutient que le titre indien empêche l'attribution de terres à des particuliers, mérite davantage d'attention. Si l'on interprète l'article 31 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* dans ce sens, deux possibilités se dégagent : comme le laisse entendre Schwartz, l'expression «titre indien» est juridiquement inexacte, car elle permet simplement d'attribuer des terres individuellement à des Métis de façon beaucoup plus systématique et potentiellement frauduleuse que ce ne fut le cas avec les colons blancs. Bref, sir John A. Macdonald avait raison : les mots d'introduction de l'article sont vides; d'un point de vue

juridique, ils sont superflus et peuvent même induire en erreur. Cette hypothèse n'est pas valable puisque les tribunaux doivent présumer que le contenu d'un texte législatif n'est ni futile ni fallacieux : si l'on choisit certains mots dans une disposition législative, ce n'est pas pour rien. On peut raisonnablement supposer que c'est particulièrement vrai pour tous les termes employés dans une loi qui ont une valeur constitutionnelle, comme c'est le cas de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1871*.

La deuxième possibilité, par conséquent, c'est que les mots d'introduction aient vraiment un sens. L'article 31 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et les textes législatifs fédéraux subséquents qui font référence au titre des Sauvages conféré aux Métis signifieraient qu'on reconnaît le titre indien de la nation métisse des Prairies et dans certaines régions des territoires du Nord-Ouest. Cette expression «titre des Sauvages» est restée en vigueur bien après le discours de sir John A. Macdonald (prononcé l'année de l'insurrection dirigée par Louis Riel) alors que ses propos, s'ils visaient des objectifs autres que politiques, auraient vraisemblablement dû entraîner des modifications dans la terminologie de la *Loi des terres fédérales* et des décrets qui ont suivi. Logiquement, puisque les Indiens ont des titres indiens ou ancestraux, l'article 31, par extension, reconnaît apparemment que les Métis sont des Indiens au sens constitutionnel du fait qu'ils possèdent un tel titre. Ce même article énonce la marche à suivre pour éteindre le titre en question. Cela revient essentiellement à une forme d'émancipation involontaire de la part des Métis qui ont choisi de ne pas s'identifier à une nation indienne mais qui ont insisté pour être des Métis. Il a fallu en conséquence qu'ils acceptent une forme d'émancipation en même temps qu'on éteignait leur titre ancestral, même s'ils ont reçu en échange un droit issu d'un traité protégé par les textes législatifs fédéraux, exactement comme cela s'est passé avec les membres des nations

indiennes assujettis aux dispositions sur l'émancipation que nous avons déjà décrites¹⁴⁵.

Toutes les personnes de sang mixte auraient dès le départ relevé de la compétence législative fédérale en vertu du paragraphe 91(24). Certaines auraient choisi d'adhérer à un traité à titre de membres des nations indiennes et les Métis de la rivière Rouge n'auraient pas eu d'autre choix que de se conformer à la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et par la suite à la *Loi des terres fédérales*, c'est-à-dire de recevoir des terres à titre personnel et, en conséquence, de ne plus relever de la compétence législative fédérale (mais non constitutionnelle). Les dispositions de la *Loi sur les Indiens* autorisant les Métis assujettis à un traité d'abandonner ce dernier en faveur des certificats d'argent n'auraient été qu'une simple extrapolation de la politique initiale, ce qui aurait été tout à fait conforme au courant de l'époque qui préconisait de limiter l'accès au statut d'Indien afin de réduire le plus possible les obligations financières à long terme du gouvernement fédéral. Convient-il d'affirmer que cette stratégie a porté fruit? C'est là une autre histoire.

L'historique des textes législatifs et des traités dont on a déjà parlé étayerait cette interprétation. Les personnes d'ascendance mixte bénéficiaient des traités Robinson et, par la suite, des traités numérotés; dans au moins un cas, elles ont adhéré à un traité indien à titre de groupe distinct désigné par le terme Métis. Leur droit de résider sur les terres réservées aux Indiens et occupées par eux, antérieur et postérieur à la Confédération, était reconnu dans les textes législatifs. Les lois et décrets promulgués en vue de régler la question des Métis de l'Ouest faisaient référence à ce droit comme à un droit découlant du titre indien ou de leur origine indienne. L'extinction du titre ancestral s'est effectuée par la délivrance de certificats d'argent au même moment et au même endroit où se déroulait le recensement des signataires des traités, et souvent dans le cadre du même processus. Plus tard, on a encouragé les bénéficiaires d'un

traité à abandonner ce dernier en échange de certificats d'argent, de la même façon qu'on avait poussé les Indiens à s'émanciper et à quitter les réserves pour accepter de vivre sur une terre qui leur était attribuée et qui n'était pas assujettie aux dispositions réglementaires ni aux restrictions fédérales relatives à la cessibilité.

Ensuite, et là nous sautons quelques décennies, le gouvernement fédéral a reconnu, sans qu'aucune distinction ne soit établie sur le plan des avantages, que les Métis pouvaient prendre part aux derniers règlements des revendications territoriales comme la *Convention de la Baie James et du Nord québécois*, le *Règlement de la revendication territoriale Gwich'in* et ceux qui, dans les deux territoires du Nord¹⁴⁶, font actuellement l'objet de négociations ou qui sont en attente d'une sanction législative. De fait, un grand nombre de Métis visés par les règlements des revendications territoriales globales dans le Nord descendent des personnes qui ont reçu des certificats d'argent en vertu des traités n^{os} 8 ou 11. Il semblerait donc logique qu'on puisse en tirer une conclusion contraire à celle de Schwartz : l'intention des textes législatifs, des pratiques et des politiques du gouvernement fédéral montre que les Métis en général et la nation métisse de l'Ouest ont toujours été traités en définitive non pas comme des Européens, mais plutôt comme des personnes qui possédaient un titre indien du fait qu'ils étaient, d'une part, des indigènes et, d'autre part, des Indiens au sens constitutionnel.

Thomas Flanagan et Bryan Schwartz ont tous deux soulevé un autre argument à l'encontre de l'hypothèse selon laquelle les Métis sont des Indiens au sens constitutionnel. Ils distinguent les Métis de la rivière Rouge et ceux qui sont membres des nations indiennes, et considèrent que les premiers sont en quelque sorte moins «indiens» parce que bon nombre d'entre eux vivaient et travaillaient en relation avec la Compagnie de la Baie d'Hudson, plus ou moins comme les Européens, et aussi parce qu'ils chassaient le bison à des fins lucratives et non pas pour leur subsistance.

Certains documents historiques cités par Lussier¹⁴⁷ viennent étayer cet argument. Les observateurs du XIX^e siècle ont fait remarquer qu'un grand nombre de Métis de la rivière Rouge étaient très bien instruits et que leurs us et coutumes se rapprochaient souvent davantage de ceux des Européens que des nations indiennes environnantes. Cuthbert Grant et Louis Riel, par exemple, étaient des hommes très instruits et de grands voyageurs pour leur époque.

Cette vision de l'identité indienne correspond à l'image utilisée par Sally Weaver, qui compare un Indien à un cylindre : l'Indien est rempli d'une culture indienne à l'état pur qui, avec le temps, s'échappe par une ouverture au fur et à mesure qu'il s'adapte à des valeurs non indiennes jusqu'à ce qu'il n'y en ait plus assez pour justifier l'identité indienne¹⁴⁸.

Catherine Bell aborde comme suit les arguments de Flanagan et Schwartz :

[TRADUCTION] Le problème avec de tels arguments est qu'on part du principe qu'il n'existe qu'un seul mode de vie aborigène et qu'on parle de la culture des Métis de la rivière Rouge sans tenir compte de leurs origines autochtones. On obtient une image extrêmement différente de la culture métisse si on souligne leur ascendance autochtone : leur artisanat, les langues propres à leur culture telles que le patois, le michif et le bungi, le pain sans levain qu'ils ont créé (pain de bannock), leurs moyens de subsistance comme la chasse au bison, la pêche et la chasse en général, et enfin, les danses des Indiens des Plaines qu'ils ont reprises sous forme d'une gigue. Comme d'autres groupes autochtones, les Métis ont conjugué la culture de leurs ancêtres à celle des colons européens afin de s'adapter aux changements économiques, sociaux et politiques introduits par les Blancs. La principale différence entre la culture métisse et les autres cultures aborigènes est que les Métis ont acquis les valeurs européennes et autochtones par hérédité¹⁴⁹.

L'image employée par Sally Weaver ne tient pas compte du phénomène d'adaptation des nations indiennes à la société non indienne qui les entourait. Catherine Bell cite en exemple la nation cherokee de Georgie (plus tard, de l'Oklahoma) qui a établi des institutions judiciaires et gouvernementales très analogues à celles des États-Unis, un alphabet et

une économie basée sur l'agriculture plutôt que sur la cueillette et la chasse traditionnelles. Néanmoins, les Cherokees sont et ont toujours été indiens malgré les nouvelles valeurs qui se sont greffées aux leurs au fil des ans¹⁵⁰. De fait, le droit américain et le droit canadien sur les autochtones reconnaissent tous deux que la culture indienne ne doit pas nécessairement rester figée pour être légitimement considérée comme telle. Personne ne peut réfuter le fait que les tribus indiennes aux États-Unis ont adopté de vraies lois fiscales (même si les richesses étaient redistribuées), par exemple, comme c'est souvent le cas aujourd'hui, ou qu'elles avaient des entreprises commerciales ou des institutions fondées sur la doctrine de la séparation des pouvoirs. Pourtant, cette évolution n'a pas rendu les nations moins indiennes — tout comme l'influence fondamentale que le système gouvernemental de la Confédération des Six-Nations a exercée sur les penseurs américains, y compris Benjamin Franklin, et sur l'essor des États-Unis, n'a pas rendu les Américains plus indiens. En résumé, les peuples autochtones ont le droit d'évoluer sans perdre leur identité¹⁵¹.

On peut dans l'ensemble appliquer directement cette théorie aux Métis des Prairies, qui ont acquis une culture distincte inspirée des Européens et des Indiens mais différente des deux et dotée d'éléments qui lui sont propres. Le concept de l'Indien et du cylindre ne tient pas compte du fait que les Métis étaient culturellement à part et avaient leur propre perception d'eux-mêmes, se considérant ni comme indiens ni comme blancs mais comme métis.

Dans l'arrêt *R. c. Sparrow*, la Cour suprême du Canada souligne clairement que les droits ancestraux et issus des traités visés par la Constitution pourront évoluer avec le temps¹⁵². On peut donc présumer que le peuple qui exerce des droits qui lui sont propres pourra aussi se transformer avec le temps.

Commentaires des tribunaux

Jusqu'à présent, aucune cour supérieure n'a rendu de décision où il était question de déterminer si les Métis sont des Indiens aux fins du paragraphe 91(24). En 1981, une décision rendue par un tribunal inférieur de la Saskatchewan, *R. v. Genereaux*¹⁵³, que nous examinerons plus loin, aborde le sujet de façon peu convaincante. Un certain nombre d'arrêts où le tribunal cherche à savoir s'il faut définir un Indien dans le contexte de la *Loi sur les Indiens* plutôt qu'à la lumière du paragraphe 91(24) sont en général pertinents parce qu'ils apportent un éclairage particulier sur l'ensemble de la question; ils serviront donc de point de départ à notre étude.

Une série d'affaires touchent les anciennes dispositions, abrogées en 1985, qu'on trouve dans les différentes versions de la *Loi sur les Indiens* et en vertu desquelles il est interdit de vendre de l'alcool aux Indiens. Dans la décision *R. v. Howson*¹⁵⁴ datant de 1894, la Cour suprême des territoires du Nord-Ouest, qui a rendu sa décision à l'audience, n'a eu qu'une question à débattre : un Métis membre d'une bande à qui on avait vendu de l'alcool était-il un Indien aux fins des dispositions de l'*Acte des Sauvages, 1886* relatives à la vente d'alcool¹⁵⁵? Au nom de la Cour, le juge Wetmore a affirmé qu'un Métis membre d'une bande était effectivement un Indien. En soutenant que, dans l'article qui définit un Indien, «toute personne de sang indien» s'entend de «toute personne qui a du sang indien qui coule dans ses veines, que ce sang vienne du père ou de la mère¹⁵⁶», le juge Wetmore s'est lancé dans une longue discussion à savoir si les Métis étaient en général inclus dans la définition de la *Loi sur les Indiens*. D'un côté, il estime que l'intention du Parlement en promulguant la *Loi sur les Indiens* vise à confirmer l'interprétation selon laquelle un Métis doit être membre d'une nation indienne ou d'une bande pour être considéré comme indien :

[TRADUCTION] La loi s'applique à un groupe d'hommes
descendants des habitants aborigènes du pays qui se rassemblent

en tribus ou en bandes, dont certains habitent dans les réserves et reçoivent des sommes d'argent du gouvernement et d'autres pas. Tout le monde sait bien que tous n'ont pas 100 % de sang indien, que certains ont du sang «blanc» et que, pour bon nombre d'entre eux, leur sang non indien domine largement, mais que leurs connaissances, leurs habitudes, leurs modes de vie et tout ce qui les entoure en général est essentiellement indien. L'intention du Parlement est d'inclure ces personnes dans les dispositions et l'objectif de la loi, et la définition donnée au mot «indien» comme nous l'avons mentionné plus haut correspond à cet objectif¹⁵⁷.

D'un autre côté, le juge Wetmore semble aussi inclure d'autres personnes de sang mêlé en soulignant que la loi va sans doute plus loin qu'il ne l'a dit et que certaines des dispositions s'appliquent aux Métis¹⁵⁸. Il fait référence à l'article 111 selon lequel «inciter les Sauvages, les Sauvages non compris dans les traités ou des Métis, à commettre une infraction aux lois» constitue une infraction et conclut que cette précision est nécessaire pour compter les personnes d'ascendance mixte qui ne seraient pas désignées dans la définition d'«Indien» ou d'«Indien non visé par un traité» mais à qui la loi doit aussi s'appliquer. Il s'agirait des personnes d'ascendance mixte qui ne sont pas «réputées appartenir à une bande régulière» ou qui «n'appartiennent pas à une bande irrégulière», ou encore, qui vivent «à la façon des Sauvages» selon les différentes définitions de la *Loi sur les Indiens*.

Ainsi, pour que le Parlement promulgue une disposition en vertu de la *Loi sur les Indiens* qui s'applique aux Métis, ces derniers doivent relever du même chef de compétence en vertu duquel la loi a été adoptée, à moins que la compétence ne découle d'une autre disposition constitutionnelle. Aucune disposition autre que le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne semble convenir¹⁵⁹. Dans le même ordre d'idées, le juge Wetmore poursuit en soulignant que les Métis du Manitoba qui ont reçu des terres en vertu de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* doivent aussi tomber sous le coup de la *Loi sur les Indiens*, sinon il n'y aurait pas besoin de les exclure :

[TRADUCTION] Ainsi, en vertu de l'article 13 de la loi, «nul Métis dans le Manitoba, qui aura eu part à la distribution des terres des Métis, ne sera compté comme sauvage». Les chefs de famille métis non plus, toujours selon le même article, à moins de certaines circonstances très exceptionnelles. Les dispositions mêmes de cet article que j'ai mentionné montrent qu'il était dans l'intention du Parlement de compter certains Métis comme des Indiens au sens de la loi; car si l'expression «de sang sauvage» à l'alinéa *h*) de l'article 2 signifiait «de "pur" sang indien», les dispositions de l'article 13 étaient complètement inutiles¹⁶⁰.

L'affaire *Howson* a été suivie par la décision *R. v. Mellon*¹⁶¹, où une question similaire a été soulevée; il s'agit d'un homme connu comme métis, qui parlait couramment l'anglais, qui était bien habillé à la manière des Blancs et qui travaillait en dehors de la communauté autochtone. Le juge a soutenu néanmoins qu'il était indien au sens de la *Loi sur les Indiens* parce qu'il avait adhéré à un traité 15 ans plus tôt. En d'autres termes, même si elle ne suit pas le mode de vie indien traditionnel, une personne d'ascendance mixte, indienne et blanche, qui a déjà été reconnue indienne au sens de la loi, demeure indienne. Dans l'arrêt *R. v. Verdi*¹⁶², la même question s'est à nouveau posée concernant une personne d'ascendance mixte qui avait été élevée dans une réserve micmaque, n'avait par la suite reçu aucune somme d'argent de la bande et avait vécu et travaillé dans une collectivité non indienne pendant deux ans. Le juge aussi a soutenu que cette personne était indienne en vertu de la loi aux fins des dispositions sur l'alcool.

On a adopté une façon beaucoup plus étroite de définir le terme Indien dans une série d'arrêts portant sur le traité garantissant les droits de chasse des Indiens de l'Alberta, de la Saskatchewan et du Manitoba. Ces droits ont été refondus par l'Accord de transfert des ressources naturelles de 1930¹⁶³. Le libellé des textes législatifs pour la Saskatchewan, par exemple, se lit comme suit :

12. Pour assurer aux Indiens de la province la continuation de l'approvisionnement de gibiers et de poissons destinés à leurs support et subsistance, le Canada consent à ce que les lois relatives

aux gibiers et qui sont en vigueur de temps à autre dans la province; toutefois, lesdits Indiens auront le droit que la province leur assure par les présentes de chasser et de prendre le gibier au piège et de pêcher le poisson, pour se nourrir en toute saison de l'année sur toutes les terres inoccupées de la Couronne et sur toutes les autres terres auxquelles lesdits Indiens peuvent avoir un droit d'accès¹⁶⁴.

Les autres lois de mise en oeuvre ont un libellé similaire et disposent que les Indiens sont au moins partiellement soustraits aux restrictions visées par les lois provinciales sur le gibier ou la faune.

La première décision intéressante, *R. v. Pritchard*¹⁶⁵, rendue par une cour de magistrat de la Saskatchewan, portait sur un Indien non inscrit accusé d'avoir chassé sans permis provincial et qui voulait bénéficier de la dispense accordée aux Indiens selon la loi sur le gibier de la province¹⁶⁶. Dans son témoignage, le père de l'accusé a précisé qu'il était cri, que sa femme était aussi crie de même que ses parents et son fils, né dans une réserve indienne, et que lui et sa famille ont toujours été connus comme indiens¹⁶⁷. En examinant l'arrêt *Re Eskimos*, le juge Policha s'est penché sur la question à partir de la définition d'un Indien en 1867, puis a rejeté la définition de la *Loi sur les Indiens* et déclaré l'accusé non coupable parce qu'il était indien au sens du paragraphe 91(24).

[TRADUCTION] La *Loi sur les Indiens*, pour des raisons administratives et en vue d'exercer un certain contrôle sur les groupes, donne une définition restreinte au mot «Indien».

Selon moi, cette restriction ne s'applique pas à toutes les personnes et à leurs descendants de la race et de la catégorie de gens connus comme étant des Indiens à l'époque de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*¹⁶⁸.

En appel, la Cour de district de la Saskatchewan a mentionné que la définition de la *Loi sur les Indiens* devait avoir préséance, mais a confirmé l'acquittement parce qu'elle estimait que l'accusé avait le droit d'être inscrit en vertu de la loi et, par conséquent, était un Indien en droit¹⁶⁹.

La Cour d'appel de la Saskatchewan, dans l'affaire *R. v. Laprise*¹⁷⁰, a dû décider si l'accusé, un autochtone d'origine chipewyan qui vivait dans une communauté essentiellement chipewyan¹⁷¹ (mais non pas dans une réserve), pouvait bénéficier de la même dispense énoncée dans la loi provinciale sur le gibier. L'accusé était un Indien qui n'était ni inscrit ni admissible à l'être selon la *Loi sur les Indiens*. Au nom de la Cour, le juge Woods a statué que l'intention des rédacteurs de l'Accord de transfert des ressources naturelles était de donner au terme Indien le même sens que la *Loi sur les Indiens*¹⁷² de l'époque, et cette interprétation excluait toutes les personnes qui n'avaient pas le droit de s'inscrire en tant qu'Indiens¹⁷³. Cette conclusion est singulière parce que le texte de la *Loi sur les Indiens* au moment de la signature de l'Accord contenait une définition qui ne mentionnait aucunement les Indiens inscrits. En outre, cette interprétation revient à dire que le Parlement choisit de définir un terme constitutionnel, ce qui, d'une part, est la prérogative des tribunaux et, d'autre part, ne relève pas de la compétence parlementaire, tout en ayant pour conséquence de figer le terme au sens où l'entendait la *Loi sur les Indiens* en 1927 alors que la jurisprudence marquante soutient qu'il faut toujours donner une interprétation moderne à la Constitution. Bien qu'elle ait fait l'objet de critiques justifiées, cette décision a été retenue en Saskatchewan¹⁷⁴.

La même question a été soulevée dans l'arrêt *R. v. Genereaux*¹⁷⁵ à l'égard d'une personne de sang mêlé dont la famille était métisse mais avait vécu dans la réserve et adhéré au même mode de vie que les Indiens visés par le traité qui habitaient là depuis trois générations¹⁷⁶. L'accusé n'avait pas le droit d'être inscrit en vertu de la *Loi sur les Indiens* et le juge le désignait comme métis. L'arrêt a fait l'objet d'une discussion complexe (et parfois confuse) sur le sens du mot Indien. Il semble qu'on ait invoqué comme moyen de défense que le Parlement ne peut pas s'écarter de la compétence qui lui est conférée par le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* en donnant une définition qui restreint la portée

de ce mot dans la *Loi sur les Indiens* de manière à soustraire l'accusé aux dispositions législatives sur la chasse adoptées en vertu des textes législatifs de la Saskatchewan mettant en oeuvre l'Accord de transfert des ressources naturelles.

Le juge Ferris de la Cour provinciale de la Saskatchewan s'est donc demandé si, en 1867, le terme Indien employé au paragraphe 91(24) désignait aussi les Métis. Il s'appuie sur les documents de la Compagnie de la Baie d'Hudson dont il était question dans *Re Eskimos* de même que sur l'article de Clem Chartier¹⁷⁷ et les textes législatifs fédéraux de 1868 décrits plus haut¹⁷⁸; il conclut que le mot Indien dans l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* de 1867 désigne fort probablement ceux qui ont 100 % de sang autochtone de même que leurs descendants¹⁷⁹. Tous les descendants en question doivent donc également avoir du «pur sang» indien selon l'expression du juge Ferris. La logique est quelque peu difficile à suivre mais semble se résumer à la thèse suivante : le Parlement a pris une décision stratégique qui n'était pas liée à la compétence que lui confère le paragraphe 91(24) d'investir certaines personnes d'ascendance mixte de droits spéciaux. La source constitutionnelle d'une telle autorité n'est décrite nulle part. Le passage qui suit donne un aperçu du raisonnement suivi :

[TRADUCTION] En tout cas, il est évident que le gouvernement, et cela remonte à 1868, établit une distinction dans ses lois entre les Indiens et les personnes qu'il choisit d'investir de certains droits, en l'occurrence des droits territoriaux. Manifestement, même en 1868, le gouvernement fédéral a senti le besoin d'expliquer que ces personnes, qui, sinon, n'auraient sans doute jamais été perçues comme des Indiens, devaient être traitées comme telles. Ceux qui ont bénéficié de cette politique n'étaient par pour autant devenus des Indiens au sens de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* de 1867, ou des autres définitions contenues dans les différentes versions de la *Loi sur les Indiens* qui ont suivi¹⁸⁰.

Une politique visant à inclure les non-Indiens dans un régime législatif réservé aux Indiens doit découler d'une autorité, quelle qu'elle soit. Si le

Parlement, en 1867, limitait sa compétence aux aborigènes de «sang pur» comme le conclut le juge Ferris, on est porté naturellement à se demander comment les personnes d'ascendance mixte pouvaient être visées par les différentes définitions des versions ultérieures de *Loi sur les Indiens* auxquelles il fait référence. On peut au mieux imaginer que, si le Parlement a choisi de considérer que les personnes de sang mêlé étaient aussi des Indiens visés par les textes législatifs fédéraux, il a dû les faire entrer dans le champ de compétence qui lui est conféré par le paragraphe 91(24) à l'égard des Indiens, sinon, il n'avait aucun pouvoir constitutionnel pour déclarer que ces personnes faisaient partie de la catégorie des Indiens. D'après ce raisonnement, si le Parlement n'avait pas pu recourir à son pouvoir fondé sur la quantité de sang (et par extension, la filiation par suite de l'adoption ou du mariage dans le cas d'une femme blanche mariée à un homme indien), il n'aurait pas pu faire ce qu'il a fait au fil des ans dans les différentes versions de la *Loi sur les Indiens* sauf peut-être en s'appuyant sur la doctrine des dispositions accessoires. La seule autre explication possible serait que le Parlement fasse appel à une autre compétence pour légiférer, comme la prérogative royale ou le pouvoir qu'il a de promouvoir la paix, l'ordre public et le bon gouvernement. De toute façon, si la pureté du sang est le critère déterminant, un grand nombre d'Indiens inscrits actuels ne relèveraient pas de l'autorité législative du Parlement, et les modifications apportées par le projet de loi C-85 seraient probablement inconstitutionnelles, tout comme le seraient les anciennes dispositions visant à déterminer l'admissibilité aux fins de l'inscription.

Une affaire portant sur les droits relatifs à la pêche dans les territoires du Nord-Ouest soulevait une question similaire. Dans l'affaire *R. v. Rocher*¹⁸¹, le règlement de la *Loi sur les pêches*¹⁸², qui permettait à un Indien, un Inuk ou une personne de sang mêlé¹⁸³ de pêcher sans permis, a été contesté du fait qu'il contrevenait à la *Déclaration canadienne des*

droits en raison d'une discrimination fondée sur la race. En confirmant la validité du règlement, le juge Ayotte, de la Cour territoriale, a tenu compte du pouvoir qui a permis au Parlement de prendre le règlement et a finalement jugé que la dispense visait à préserver certains droits historiques spéciaux qui reviennent aux autochtones. Il a conclu qu'il s'agissait de la compétence conférée par le paragraphe 91(24) à l'égard des Indiens. Les faits sur lesquels s'appuie Chartier dans son analyse des documents de la Compagnie de la Baie d'Hudson ont convaincu le juge Ayotte que les Métis étaient vraiment considérés comme des Indiens en 1867 et que, par conséquent, le gouvernement fédéral était de fait en mesure de leur accorder un traitement spécial tout comme aux Inuit et aux Indiens de souche¹⁸⁴.

Récemment, la Cour de district de l'Ontario s'est aussi penchée sur cette question. Dans *The Queen v. Thomas Chevrier*¹⁸⁵, un Indien non inscrit, descendant d'un Indien signataire du traité Robinson-Supérieur, cherchait à se soustraire aux dispositions provinciales sur la chasse en vertu des garanties conférées par traité à ses ancêtres qui protègent le droit de chasse. L'accusé était membre d'une communauté indienne non inscrite, la bande Blackwater, et n'était pas inscrit conformément à la *Loi sur les Indiens*. Rien n'indiquait s'il était admissible à l'inscription en vertu de la loi. Il a été acquitté par le juge Wright parce que la province n'avait aucune compétence pour porter atteinte aux droits conférés par traité et garantis à l'origine par la Couronne. Il n'est pas évident que le juge considérait que Chevrier lui-même était indien, mais la conclusion ci-dessous nous permet en toute logique de le penser :

[TRADUCTION] L'accusé a hérité du droit de chasse accordé à ses ancêtres.

Il est inutile de préciser si l'accusé est ou non un Indien au sens du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. L'accusé revendique un droit de naissance cédé par la Couronne dans l'exercice de sa compétence à l'égard des Indiens, et la province, n'ayant aucune compétence à cet égard, ne peut pas le priver d'un

droit qui était accordé à l'origine aux Indiens même si la personne qui revendique ce droit n'est peut-être pas indienne¹⁸⁶.

Dans la dernière phrase, le juge Wright a peut-être utilisé l'adjectif «indienne» dans le sens d'une personne admissible ou non à l'inscription en vertu de la *Loi sur les Indiens*.

On trouve aussi l'arrêt récent de la Cour provinciale du Manitoba, *R. v. McPherson*¹⁸⁷, où il est question de déterminer si les chasseurs métis ont un droit de chasse ancestral protégé comme tel par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* :

[TRADUCTION] Les deux accusés ont du sang autochtone dans leurs veines mais ne sont pas admissibles au statut d'Indien visé par un traité. Ils affirment être métis et prétendent qu'en raison de leur ascendance ils ont un droit de chasse issu de la common law à l'égard des autochtones. Ils allèguent ensuite que les dispositions de la *Wildlife Act*, L.R.M. 1987, ch. W130 en question ne s'appliquent pas à eux¹⁸⁸.

Les éléments de preuve montrent que les deux accusés se trouvent dans la même situation que des Indiens inscrits visés par traité qui vivent dans la même région du Manitoba. Le juge Gregoire les qualifie de Métis «marginiaux», c'est-à-dire de personnes d'ascendance mixte qui vivent dans des régions proches des réserves indiennes éloignées et qui, dans une large mesure, ont conservé un mode de vie traditionnel¹⁸⁹. Tous deux ont le cri comme langue maternelle, ont été élevés avec des Indiens visés par un traité et l'un d'eux a été à l'école pendant une certaine période avec les enfants de ces Indiens. On a montré que leur subsistance dépendait en grande partie de leur talent et de celle de leur famille étendue pour la chasse, la pêche et la cueillette¹⁹⁰.

Après avoir examiné les éléments de preuve sur les origines des Métis, le juge a conclu qu'aujourd'hui un Métis pourrait être quelqu'un qui a du sang autochtone nord-américain et qui tient à être reconnu comme tel¹⁹¹. Il a souligné que les agents préposés à la conservation avaient le pouvoir discrétionnaire de traiter sur un pied d'égalité les Métis et les

Indiens visés par un traité en matière de chasse. Selon le juge Gregoire, même si les Métis ne peuvent pas satisfaire entièrement aux critères permettant d'établir les droits ancestraux auxquels le tribunal a fait référence¹⁹², il est prêt à conclure à l'existence de droits ancestraux métis, en grande partie, semble-t-il, à cause du mode de vie adopté par les Métis d'aujourd'hui et de leur ascendance indienne. Tout au long de son analyse, il parle d'un mode de vie très semblable à celui de leur voisin Indien visé par un traité¹⁹³, des ententes qui énoncent clairement que certains peuples métis chassaient dans des endroits réservés exclusivement à la population indienne visée par les traités¹⁹⁴, des terres qu'ils possèdent en commun avec les autres groupes autochtones¹⁹⁵ et du fait que certains de leurs ascendants, soit leurs ancêtres indiens, occupaient en réalité certains des territoires en question depuis la nuit des temps¹⁹⁶. Ainsi, le juge Gregoire a conclu ce qui suit :

[TRADUCTION] Je suis prêt à soutenir que les accusés jouissaient en réalité d'un droit ancestral malgré les lacunes qu'une analyse classique de leurs droits ancestraux fait ressortir. J'en arrive à cette conclusion en me fondant sur le fait que leur situation était quelque peu conforme du moins aux anciens critères et que le droit revendiqué dans cette affaire constitue un droit d'usufruit des plus fondamentaux. Je pense que, dans de telles circonstances, si les Métis peuvent montrer que leurs ancêtres ont disposé de la terre sans interruption pendant une période raisonnable, les motifs sont suffisants pour faire valoir leur droit¹⁹⁷.

Finalement, on trouve les récentes décisions de la Cour provinciale de l'Alberta, soit l'arrêt *Ferguson*¹⁹⁸, et de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick, soit l'affaire *Fowler*¹⁹⁹. Dans le premier cas, il s'agissait d'une accusation portée contre un Métis qui chassait pour sa subsistance sans permis et était en possession illégale d'un animal sauvage (orignal), ce qui était contraire à la *Wildlife Act*²⁰⁰; dans la deuxième affaire, M. Fowler était un Indien non inscrit accusé d'être en possession d'une arme à feu dans une réserve faunique sans permis de chasse provincial. Il est intéressant de souligner que ce dernier était accompagné

de deux Indiens inscrits qui participaient à la même activité, mais qui n'ont pas été accusés, même si la province s'était déjà opposée à respecter les droits ancestraux et issus des traités des Malécites.

Le juge Goodson, dans l'arrêt *Ferguson*, a conclu que la principale question qui était posée au tribunal était de savoir si l'accusé était en droit de recourir à des moyens de défense réservés aux Indiens visés par l'article 12 de l'Accord de transfert des ressources naturelles (ATRN). Même si Ferguson ne parlait que le cri jusqu'à ce qu'il aille à l'école, qu'il vivait dans une communauté de langue cri du nord de l'Alberta et se considérait lui-même comme un Cri²⁰¹, il n'avait pas le droit d'être inscrit selon la *Loi sur les Indiens* actuelle ni selon la version de 1951 puisque ses arrière-grands-parents paternels étaient des Métis qui avaient accepté les certificats d'argent et que ses grands-parents maternels étaient des Indiens visés par un traité qui avaient par la suite accepté un certificat d'argent. Il s'agissait alors de déterminer si les dispositions de l'ATRN ne faisaient que confirmer les droits d'exploitation des ressources fauniques conférés aux Indiens inscrits, ou s'il fallait leur donner une interprétation plus large de façon à inclure les Métis et les Indiens non visés par un traité, expression qui, pour la Cour, désignait à la fois les Indiens d'aujourd'hui non inscrits et ceux visés par la *Loi sur les Indiens* au moment de l'entrée en vigueur de l'ATRN jusqu'à la révision de la loi en 1951. Le juge Goodson a expressément rejeté les conclusions des tribunaux de la Saskatchewan formulées dans les années 70 en jugeant la décision erronée²⁰². Il a décidé au contraire que l'ATRN devait employer le terme Indiens dans le sens des Indiens à la fois visés et non visés par un traité qui exploitent les ressources fauniques pour leur subsistance à l'intérieur des frontières de la province. Après avoir cité des passages de l'arrêt *Sparrow*, le juge Goodson a insisté sur le point de vue de la Cour suprême : selon le paragraphe 35(1), la Couronne est tenue par une véritable promesse²⁰³. Il

termine ensuite en s'interrogeant sur la signification de cette «véritable promesse» dans le cas des Métis, et déclare ce qui suit :

[TRADUCTION] Il est difficile d'imaginer un droit ancestral plus fondamental que celui de ne pas mourir de faim en se nourrissant au moyen des méthodes traditionnelles utilisées dans la communauté²⁰⁴.

Le juge Clendening, dans la décision *R. v. Fowler* rendue un mois auparavant et publiée à la suite de l'arrêt *Ferguson*, a été saisi d'un ensemble de circonstances assez semblables, hormis l'application de l'ATRNL. Il devait aussi déterminer si un individu qui n'était pas apte à s'inscrire en tant qu'Indien mais qui se définissait comme tel et était reconnu comme tel par les autres avait le droit de faire valoir le droit à l'exploitation des ressources fauniques aux mêmes conditions que les Indiens inscrits. Le juge Clendening a examiné l'arrêt *Re Eskimos* et déterminé que les tribunaux devaient se montrer justes et souples dans l'interprétation des droits issus des traités et ne pas imposer un fardeau impossible aux autochtones en leur demandant de prouver leur identité. La Cour était convaincue, à la lumière des nombreuses preuves orales et documentaires, que l'intimé était un descendant des Malécites et qu'il était étroitement lié à cette nation, dont les membres bénéficiaient des traités antérieurs à la Confédération protégeant le droit de chasse. Le juge Clendening a conclu que le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* accordait une protection constitutionnelle contre l'exercice restreint des pouvoirs législatifs à l'égard de tous les autochtones et pas simplement des Indiens inscrits. On a demandé si ce n'était pas là ouvrir la porte à toutes sortes de revendications, mais le tribunal a conclu, au regard de l'arrêt *Chevrier*²⁰⁵, que ce ne serait pas un problème puisque toute personne qui peut prouver qu'elle est étroitement liée à un signataire du traité en question²⁰⁶ a droit aux avantages conférés par ce traité.

On constate aisément d'après les arrêts précédemment cités que les tribunaux se sont heurtés à plus d'un problème en débattant la question

suivante : quand et dans quelles circonstances faut-il considérer les membres de la nation métisse et les autres personnes de sang mêlé comme des Indiens au sens étroit de la *Loi sur les Indiens* ou aux termes de la Constitution? Il y aurait lieu de souligner à cet égard que les tribunaux se sont surtout attachés à faire entrer les personnes d'ascendance mixte dans la catégorie des «Indiens» en vue d'appliquer l'ensemble des règles de droit positif visant les Indiens inscrits.

S'il existe un élément commun aux examens judiciaires de ces questions, c'est l'ambiguïté apparente des analyses. Parfois et pour certaines raisons, les Métis seront considérés comme indiens s'ils sont véritablement liés d'une façon ou d'une autre avec un signataire d'un traité, une bande ou une nation indienne. À d'autres moments, on se contentera de la définition légale stricte. Toutefois, une chose semble claire : lorsque le requérant possède du sang non indien, les tribunaux n'ont jamais mis en doute, d'une part, la validité de l'origine indienne comme point de départ pour leur analyse ni, d'autre part, la compétence constitutionnelle du Parlement de faire valoir sa propre compétence à l'égard de telles personnes. La question, lorsqu'elle est soulevée, ce qui n'est pas toujours le cas, revient en général à se demander dans quelle mesure certaines dispositions législatives, comme la *Loi sur les Indiens*, tiennent compte de cette compétence.

Soulignons également que les tribunaux canadiens devront encore débattre directement des questions relatives aux droits ancestraux et issus des traités, y compris les droits relatifs aux terres, aux ressources naturelles et à l'auto-détermination qui surgissent dans le contexte du peuple métis et de ses droits juridiques uniques.

LA LOI CONSTITUTIONNELLE DE 1982 ET L'AVENIR

Participation des Métis à l'élaboration des politiques fédérales

Après la distribution des terres en vertu de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et de la *Loi des terres fédérales* et à la lumière de la définition de plus en plus restrictive du terme Indien contenue dans les versions successives de la *Loi sur les Indiens*, les autorités fédérales ont décidé que les Indiens non inscrits et les Métis relevaient de la compétence provinciale et non pas fédérale. Cette position a commencé à s'effriter dans les années 70 à la suite du désastreux Livre blanc de 1969²⁰⁷, lorsque le gouvernement fédéral a entrepris d'assurer un financement de base à la principale organisation nationale représentant les Indiens inscrits, la Fraternité des Indiens du Canada (FIC). Rapidement, ce financement a été accordé aussi à l'organisation représentant les Indiens non inscrits et les Métis, le Conseil national des autochtones du Canada (CNAC). Des fonds supplémentaires ont été ensuite octroyés par les autorités fédérales au CNAC à des fins de recherches relatives au logement et aux revendications territoriales; de 1978 à 1980, le CNAC a fait partie d'un comité mixte avec le Cabinet fédéral dont la structure s'inspirait dans une certaine mesure de celle du comité FIC-Cabinet fédéral qui avait effectué ses travaux entre 1974 et 1978. Comme nous l'avons déjà mentionné, les Indiens non inscrits et les Métis ont participé, en qualité de bénéficiaires, au règlement des revendications territoriales qui a été concrétisé dans la *Convention de la Baie James et du Nord québécois* en 1975. Plus récemment, ils ont participé à la négociation du règlement des revendications territoriales au Yukon et dans la région de la vallée du Mackenzie (Territoires du Nord-Ouest) avec les premières nations.

Selon le rapport du Groupe de travail Pépin-Robarts sur l'unité canadienne, *Se retrouver*, publié en 1979, les Métis avaient aussi droit à une forme quelconque d'équivalence avec ceux qui faisaient clairement partie de la catégorie des Indiens visés au paragraphe 91(24) et qui étaient représentés par des Indiens et des Inuit de souche. Les auteurs préconisaient la participation des peuples autochtones au processus de

renouvellement constitutionnel : les autorités fédérales et provinciales devaient poursuivre les discussions directes avec les représentants des Indiens, des Inuit et des Métis du Canada afin d'en arriver à des dispositions constitutionnelles acceptables pour les deux parties qui garantiraient aux peuples autochtones la place qui leur revient dans la société canadienne²⁰⁸.

Les trois organisations politiques nationales représentant alors les autochtones (le FIC pour les Indiens inscrits, le CNAC pour les Indiens non inscrits et les Métis, ainsi que le Comité inuit sur les questions nationales [CIQN] pour les Inuit) ont été invités par les autorités fédérales à participer à titre d'observatrices aux deux réunions des premiers ministres en octobre 1978 et en février 1979. C'est avec succès qu'elles ont exercé des pressions afin d'obtenir une participation plus directe, de sorte qu'en 1979 et en 1980, le FIC s'est vu promettre un rôle clé et entier dans le processus de réforme constitutionnelle sur les questions qui touchaient ses membres. Les trois partis politiques nationaux ont décidé de respecter ces promesses, qui ont été par la suite élargies pour englober les Inuit, les Indiens non inscrits et les Métis. Les trois organisations ont siégé à la table des quatre conférences des premiers ministres en 1983, 1984, 1985 et 1987, ainsi qu'à des douzaines de rencontres de ministres et de hauts fonctionnaires dont l'objectif était de régler bon nombre de questions autochtones qui avaient surgi au cours du long processus de renouvellement de la Constitution.

Avant la conférence de 1983, le Ralliement national des Métis a été formé lorsque les membres affiliés des trois provinces des Prairies se sont retirés du CNAC (de nouveaux groupes ont été par la suite constitués pour l'ouest de l'Ontario et la Colombie-Britannique) afin de créer un véhicule distinct s'inspirant des Métis de la rivière Rouge pour représenter les intérêts des Métis des Prairies²⁰⁹. Aux réunions des premiers ministres, les Métis étaient donc représentés par deux organismes, le CNAC et le RNM, divisés en fonction de frontières géographiques. Il y avait toutefois une

différence fondamentale entre la philosophie du RNM et celle du CNAC qui dépassait les simples considérations géographiques. En effet, le RNM affirmait que les Métis de la rivière Rouge ne se composaient pas simplement de gens d'ascendance mixte qui avaient acquis une identité propre mais qu'ils étaient devenus un peuple distinct formant la nouvelle nation métisse et jouissaient donc d'un droit indépendant aux terres et à l'autodétermination qui n'était pas rattaché à leur ascendance indienne.

Après la première conférence, l'autonomie gouvernementale constituait la principale question en instance. Les participants aux conférences suivantes de 1984, 1985 et 1987 n'ont pu parvenir à un accord sur la question, qui est demeurée irrésolue à la fois sur le plan constitutionnel et politique.

L'Accord du lac Meech ne portait pas directement sur les questions autochtones, sauf concernant la clause de non-dérogação (même si les autochtones exigeaient depuis trois ans que des modifications en profondeur soient apportées à la Constitution). C'est en partie parce que les autochtones avaient été déçus des conférences constitutionnelles que cet accord a échoué en 1990²¹⁰. En effet, une proposition commune formulée en 1990 par trois des quatre grandes organisations nationales politiques des autochtones (l'APN, le CNAC et l'Inuit Tapirisat du Canada [ITC]) à l'intention du Comité spécial de la Chambre des communes pour examiner un projet de résolution d'accompagnement à l'Accord constitutionnel de 1987 (le comité Charest) exigeait clairement un rôle entier et permanent sur un pied d'égalité avec les provinces dans les pourparlers futurs sur la Constitution. Le mémoire énonçait clairement que, de l'avis des organisations autochtones nationales, toute modification constitutionnelle était importante aux yeux des autochtones, non pas seulement celles qui mentionnent expressément les peuples autochtones, car toute modification pouvait toucher leurs intérêts économiques, leurs droits juridiques ou leur influence politique. Le RNM n'a pas participé à la

rédaction de ce mémoire, car il a choisi d'adhérer à l'Accord du lac Meech sur la foi de l'engagement du premier ministre Mulroney, qui avait promis de procéder à la réforme constitutionnelle du point de vue des autochtones dès la proclamation de l'Accord et de répondre sérieusement aux exigences de la nation métisse concernant les terres et l'autonomie gouvernementale. Le RNM appuyait bien entendu le principe sous-tendant la position prise par les autres organisations, puisqu'il voulait aussi une participation pleine et entière dans toute négociation constitutionnelle future et qu'il cherchait à apporter des modifications notables à la Constitution du Canada.

Comme nous le savons maintenant, par suite des pressions intenses exercées par l'APN, l'ITC, le RNM et le CNAC, ces quatre organismes ont été invités le 12 mars 1992 à participer au processus entourant l'Accord de Charlottetown, sur un pied d'égalité avec les autorités fédérales et provinciales. La Native Women's Association of Canada a voulu obtenir un droit de participation semblable, qui lui a été refusé par le gouvernement fédéral; c'est alors que plusieurs affaires ont été portées devant les tribunaux et que les femmes autochtones ont pu obtenir une déclaration selon laquelle elles avaient été victimes de discrimination en raison de cette exclusion²¹¹, mais cette victoire judiciaire n'a été remportée qu'après la conclusion des négociations.

Le projet d'accord politique accompagnant le texte intégral de l'accord officiel de Charlottetown prévoyait le maintien de la condition énoncée à l'article 37.1, soit que les peuples autochtones doivent participer aux pourparlers constitutionnels portant sur les questions qui les touchent (Partie 5, 5.1); il établissait aussi un forum des ministres et des dirigeants auquel participeraient les dirigeants des quatre organisations autochtones, chargé dans les mois suivants de mettre en place un cadre de négociation (Partie 9, 9.1-9.4) ainsi qu'un mécanisme de règlement des différends qui remplacerait les tribunaux.

Le projet de texte juridique fondé sur l'accord proprement dit aurait créé une clause Canada reconnaissant les Métis comme un des premiers peuples canadiens. En outre, l'accord aurait abrogé et adopté à nouveau le paragraphe 35(2) en ajoutant la lettre majuscule au mot «aboriginal» dans la version anglaise, ce qui confirmerait encore une fois l'énumération distincte «des Indiens, des Inuit et des Métis» (clause 28(2)). Le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale des Métis ainsi que des Indiens et des Inuit aurait également été reconnu (clause 29). L'accord aurait ajouté une modification (article 91A de la *Loi constitutionnelle de 1867*) visant à fournir une plus grande certitude quant au paragraphe 91(24), c'est-à-dire en confirmant que cette disposition s'applique à tous les peuples autochtones du Canada.

De plus, le Ralliement national des Métis a négocié un autre document dans le cadre de ce processus, qu'on a appelé l'Accord relatif à la nation métisse. Cet accord a été proposé en guise d'entente formelle intervenue entre la nation métisse du Canada, représentée par le RNM et ses affiliés, et Sa Majesté la Reine du chef du Canada et des cinq provinces de l'Ouest ainsi que le gouvernement des Territoires du Nord-Ouest. Il visait à compléter, à la lumière des désirs de la nation métisse, les dispositions acceptées par tous les premiers ministres et les dirigeants autochtones dans le groupe de modifications constitutionnelles et d'engagements politiques. L'accord comprenait un engagement de ressources visant à permettre le recensement des membres de la nation métisse et de mettre au point un registre contrôlé par les Métis. Il exigeait aussi que les parties négocient une entente d'autonomie gouvernementale tripartite qui porterait sur des questions relatives à la compétence ainsi qu'aux dispositions économiques et budgétaires (clause 3a)). Les parties gouvernementales ont convenu de donner accès, au besoin, aux terres et aux ressources (clause 4a)) de même qu'aux paiements de transfert aux institutions métisses responsables du gouvernement (clause 9).

L'accord était censé représenter une entente légalement exécutoire entre les parties et être ratifié au moyen de textes législatifs adoptés par le Parlement et les assemblées législatives respectives une fois que la Constitution aurait été amendée conformément aux ententes contenues dans l'Accord de Charlottetown. Même si ce dernier a été rejeté par voie de référendum, le RNM a continué de demander à ce que les gouvernements participant aux négociations de l'Accord relatif à la nation métisse le signent officiellement et prennent les mesures nécessaires pour mettre en oeuvre toutes les dispositions qui ne dépendaient pas de l'acceptation de la réforme constitutionnelle. Au moment où nous rédigeons le présent document, les gouvernements continuaient de refuser d'accéder à cette demande. Toutefois, le premier ministre John Savage, de la Nouvelle-Écosse, en qualité de président de la conférence annuelle des premiers ministres, a promis au RNM le 26 août 1993 qu'il écrirait aux gouvernements concernés pour les inciter à répondre à l'organisation sur cette question.

Le droit inhérent des autochtones à l'autonomie gouvernementale a fait l'objet de pourparlers tant dans le cadre du processus de Charlottetown qu'à l'extérieur. Bien que les quatre organisations politiques nationales des autochtones aient cherché à faire adopter une modification constitutionnelle afin d'éliminer toute incertitude quant à l'inclusion de ce droit inhérent dans l'expression «droits existants — ancestraux ou issus de traités», utilisée au paragraphe 35(1), ils prétendent sans fléchir depuis 1982 que ce droit est néanmoins «reconnu et confirmé» par cette disposition. C'est aussi l'avis d'un certain nombre de gouvernements provinciaux et de la Commission royale sur les peuples autochtones²¹², mais la Cour d'appel de la Colombie-Britannique est parvenue à une conclusion différente dans l'affaire *Delgamuukw*²¹³.

Il est important de comprendre que la présence d'un droit **inhérent** à l'autonomie gouvernementale — et non pas un simple droit à ce titre —

signifie que le droit existe en tant qu'attribut ou qualité de nature permanente, et qu'il s'agit d'un élément qui appartient à un être, d'un caractère qui lui est joint inséparablement²¹⁴. En d'autres termes, le droit est un legs des générations antérieures qui le possédaient aussi. Il est inhérent en raison du statut extraconstitutionnel d'un peuple dont les pouvoirs en matière d'autonomie gouvernementale proviennent de leur existence en tant qu'organisation sociale structurée comme une entité souveraine distincte. Le cas échéant, ce droit est antérieur à la Constitution dans le sens où il provient d'une source qui existait avant la Confédération en 1867 et qu'il n'a pas été créé par la loi suprême canadienne. En conséquence, le concept du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale désigne une forme particulière d'autonomie gouvernementale puisque son origine est distincte du droit positif. À cet égard, la position autochtone peut être comparée à celle de peuples en général qui, en droit international, jouissent d'un droit à l'autodétermination²¹⁵, lequel ne possède pas de caractère inhérent.

Si l'on reconnaît un droit inhérent aux Métis, ce serait seulement parce qu'ils étaient aussi organisés à l'extérieur de la Constitution canadienne et avant 1867. Dans son préambule, l'Accord relatif à la nation métisse sous-entend cette position : [TRADUCTION] «Dans le nord-ouest du Canada, la nation métisse a pris naissance comme nation unique possédant une langue, une culture et des formes de gouvernement qui lui étaient propres». De façon plus générale, le fait que le RNM souligne la naissance de la nation métisse dans la vallée de la rivière Rouge avant 1867 montre l'existence d'une entité sociale et politique distincte antérieure à la Constitution canadienne. Les Métis de l'est et du centre du Canada ont eu tendance à souligner plutôt leur ascendance indienne et leur existence subséquente comme collectivités distinctes puisque les entités politiques indiennes et inuit jouissaient clairement d'un droit inhérent.

Tous les Métis représentent bien entendu un peuple autochtone visé au paragraphe 35(2). Il devient difficile de prétendre en toute logique que la reconnaissance des droits inhérents des Métis est différente de la reconnaissance du même droit pour les deux autres groupes, lorsque la seule distinction est attribuable à une politique fédérale élaborée après la Confédération et avant 1982 qui a eu pour résultat de refuser d'accorder aux Métis le même statut constitutionnel. Cette situation explique sans doute pourquoi le gouvernement fédéral était prêt finalement en 1992 à faire preuve de logique et à modifier le paragraphe 91(24) en vue d'inclure tous les peuples autochtones. L'État fédéral semble avoir redéfini sa position à cet égard après le rejet de l'Accord de Charlottetown par la population canadienne, ainsi qu'à l'égard de l'Accord relatif à la nation métisse, en indiquant que sa volonté de poursuivre les négociations sur cette question était intégralement liée aux mesures de réforme constitutionnelle, de sorte que l'échec de celle-ci signifiait que le gouvernement retournait à sa position antérieure, c'est-à-dire qu'il refusait de reconnaître que les Métis étaient visés par le paragraphe 91(24) et affirmait que le droit inhérent était déjà protégé par le paragraphe 35(1).

La question du statut constitutionnel des Métis n'est pas disparue avec le rejet de l'Accord de Charlottetown le 26 octobre 1992. Le RNM a continué de promouvoir l'adoption de son Accord relatif à la nation métisse tout en cherchant à obtenir un renvoi constitutionnel sur l'inclusion des Métis au paragraphe 91(24). Le RNM a aussi rédigé sa propre Constitution régissant le gouvernement et les membres de la nation métisse; elle est actuellement examinée par les Métis.

Que penser de l'évolution politique et des ententes intervenues en 1992? Représentent-elles une simple décision politique de la part du gouvernement fédéral visant à traiter les Métis comme s'ils étaient l'équivalent des Indiens visés par la Constitution parce que l'État souhaitait, sans y être tenu par une loi, donner l'impression qu'il faisait

preuve d'équité? Était-ce uniquement le prix que le premier ministre Mulroney et ses collègues du Cabinet étaient prêts à payer pour obtenir l'appui des autochtones à l'égard de la réforme constitutionnelle qui comportait d'autres questions importantes pour le gouvernement fédéral? Peut-on en conclure que le gouvernement fédéral acceptait au moins dans une certaine mesure qu'il n'y avait réellement aucune différence, aux fins constitutionnelles, entre les Métis et les deux groupes représentant les Indiens déjà reconnus officiellement par la Constitution? Ce débat ne peut être résolu ici : nous pouvons simplement observer qu'il serait bien étrange après tout que le gouvernement fédéral déclare les Métis différents des Indiens et des Inuit en ce qui concerne le paragraphe 91(24) alors qu'il a traité les trois peuples autochtones sur un pied d'égalité en vue d'établir un troisième ordre de gouvernement au sein de la fédération canadienne, cette question étant tout aussi importante sur le plan constitutionnel.

Le paragraphe 35(2) : Les Indiens, les Inuit et les Métis

Le 17 avril 1982, l'article 35 a été promulgué :

DROITS DES PEUPLES AUTOCHTONES DU CANADA

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

Cet article a été modifié en 1984 par suite d'une entente intervenue à la conférence des premiers ministres de 1983 en vue d'ajouter les paragraphes (3) relatif aux règlements des revendications territoriales et (4) concernant l'égalité des sexes à l'égard des droits ancestraux et issus de traités mentionnés au paragraphe (1). Comme nous l'avons précisé ci-dessus, le gouvernement fédéral était prêt à abroger l'article 35 et à le promulguer à nouveau immédiatement en ajoutant la majuscule au mot «aboriginal» en anglais. Il est important de souligner que l'inclusion du

terme Metis dans la version anglaise du paragraphe (2) constitue la première utilisation du mot dans un contexte juridique national²¹⁶.

La *Loi constitutionnelle de 1982* n'existe pas dans un vide politique et social : elle n'est isolée ni des événements qui ont mené à sa création ni des autres textes constitutionnels qui composent la Constitution du Canada, dont bien évidemment la *Loi constitutionnelle de 1867*. Même si les antécédents politiques ou constitutionnels ne peuvent être déterminants dans l'interprétation de certaines dispositions, ils ne peuvent non plus être laissés de côté.

Il semble donc qu'il existe trois méthodes logiques d'interpréter le paragraphe 35(2) et l'expression «les Indiens, les Inuit et les Métis du Canada» :

1. Il n'a aucun rapport nécessaire avec ses prédécesseurs constitutionnels et devrait être compris seulement à la lumière des forces politiques qui ont mené à son adoption;
2. Bien qu'il soit rattaché à ses prédécesseurs constitutionnels, il désigne des catégories de gens tout à fait différentes de celles qui sont visées au paragraphe 91(24) en qualité d'Indiens;
3. Il énonce simplement en détail les catégories de gens visés au paragraphe 91(24) en qualité d'Indiens au moyen de termes plus modernes, précis et respectueux.

Étant donné le caractère récent des événements qui ont conduit à la *Loi constitutionnelle de 1982* et les retombées politiques que nous continuons de vivre, nous serions tentés d'interpréter l'article 35 tout à fait séparément des autres textes composant la Constitution. On ne manque pas d'ouvrages et d'articles rédigés par des journalistes, des historiens et des politologues expliquant l'échange de «poissons pour des droits», pour utiliser la célèbre expression de l'ancien premier ministre Trudeau, et la poursuite des négociations à ce jour. Face à la déception causée par l'échec de l'Accord de Charlottetown chez les 17 parties qui avaient pris

part aux négociations et chez ceux qui avaient appuyé les modifications, d'aucuns pourraient trouver cette approche fort attrayante. Toutefois, dans notre mémoire, nous considérons qu'elle représente un point de vue cynique du droit constitutionnel et n'aurait pour résultat que de saper encore plus la confiance des Canadiens dans l'intégrité et l'indépendance du droit face aux influences politiques.

En outre, cette approche atténuerait la distinction entre les méthodes juridiques et socio-historiques. La Constitution canadienne, bien qu'elle soit composée de documents séparés et rédigés à des époques différentes, représente un cadre juridique qui sert de jalon national. Il s'agit d'un tout bien articulé et non pas d'un ensemble hétéroclite. L'article 52, après tout, fait référence à la Constitution du Canada au singulier. Aller au-delà de la Constitution en vue d'accorder un poids considérable à l'intention du législateur, dans les débats, les réunions et les consultations publiques, revient à réduire le droit constitutionnel à une science sociale. Or, cette démarche est particulièrement peu indiquée lorsqu'une Constitution a été rédigée en guise de document durable et permanent capable d'évoluer. L'approche socio-historique exigerait que les juges se concentrent sur les événements politiques reflétés dans le document lorsque ces événements ont eu lieu : la perspective historique serait donc figée. Or, tout comme il n'existe pas de droits figés, il ne peut y avoir d'interprétation figée des dispositions constitutionnelles. Les juges seraient aussi tenus de réagir de la même manière qu'une assemblée législative en se demandant quelle devrait être l'interprétation politiquement correcte compte tenu des circonstances politiques et historiques entourant les événements en question.

Selon une perspective politique, il serait logique de croire que les termes «les Indiens, les Inuit et les Métis» désignent purement et simplement les organisations politiques nationales des autochtones qui ont poussé le législateur à établir ces catégories. Le terme Indiens, par

exemple, s'entendrait simplement des membres du FIC, c'est-à-dire les Indiens inscrits, tout comme la catégorie Métis viserait les membres du CNAC, soit aussi les Indiens non inscrits. Le terme Métis désignerait donc ce qui constituait deux catégories distinctes avant 1982, soit les Indiens non inscrits et les Métis. Par conséquent, les Indiens non inscrits sont-ils des Métis aux fins des droits ancestraux et des droits issus de traités? Par ailleurs, si les Métis représentent des personnes d'ascendance mixte, qu'advient-il des Indiens non inscrits? Puisqu'ils n'étaient pas représentés politiquement par le FIC, sont-ils exclus alors de toutes les catégories? Dépendent-ils de modifications semblables à celles contenues dans le projet de loi C-31 de 1985 pour pouvoir se prévaloir de droits protégés par la Constitution? Le cas échéant, l'approche purement politique entraîne la modification des catégories constitutionnelles au moyen de simples modifications législatives. C'est pour cette raison, notamment, que nous estimons l'approche politique inadéquate et inacceptable sur le plan juridique.

En supposant alors que le paragraphe 35(2) fait partie du cadre constitutionnel plus large qui comprend le paragraphe 91(24), ajoutons-nous une nouvelle catégorie juridique non reliée à la catégorie des Indiens visée au paragraphe 91(24)? Cette conclusion est étayée par les objectifs différents des deux dispositions. La première accorde la protection constitutionnelle à des droits uniques, tandis que la dernière traite du partage des compétences législatives entre le pouvoir fédéral et le pouvoir provincial, cherchant à centraliser les compétences concernant les relations avec un groupe racial²¹⁷ et politique dans une des deux branches. Des droits peuvent être octroyés par la Constitution à de multiples catégories de gens. On pourrait prétendre que les autochtones représentent tout bonnement un sous-groupe de titulaires de ces droits possédant une longue histoire et un statut constitutionnel différent en raison de cette histoire même.

Cet argument soulève toutefois plus de questions qu'il ne donne de réponses. Tout d'abord, la distinction entre les objectifs différents des deux dispositions n'est pas nécessairement valable. En effet, le paragraphe 91(24) accorde des pouvoirs à un groupe relativement distinct de gens pour des motifs raciaux et politiques. Ce groupe a toujours été largement défini par son sang indien. En d'autres termes, une personne était indienne seulement en raison de sa filiation avec des gens dont l'organisation politique et économique était antérieure à l'organisation politique et économique représentée par la Couronne britannique. C'est notamment pour des raisons de protection et de contrôle qu'il a été décidé d'investir les autorités fédérales plutôt que les provinces de compétences à l'égard de ce groupe racial puisque sa forme d'organisation politique et économique avait été sciemment déplacée ou détruite par les nouvelles structures mises en place sous l'égide du souverain britannique. Les textes législatifs adoptés par les gouvernements coloniaux avant 1867 montrent clairement le désir de protéger les terres des réserves indiennes contre les ravages des Blancs, tout en encourageant la mise en place de petites collectivités agricoles indiennes de manière à préserver le plus de terres possible pour la colonisation non autochtone. De la même manière, l'article 35 vise plus ou moins à protéger de façon permanente (par voie constitutionnelle) les vestiges de l'organisation politique et économique qui constitue encore des droits ancestraux et issus de traités existants exercés par les personnes mentionnées au paragraphe 35(2). Il s'agit des peuples autochtones présentant des formes d'organisation politique et économique qui non seulement existaient avant l'arrivée de la Couronne britannique mais qui, dans certains cas, avaient évolué pendant des milliers d'années avant l'établissement de la monarchie. La seule catégorie de personnes qui répondent à cette description est désignée par le terme Indiens au paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

L'utilisation du terme Métis justifie que les paragraphes 35(2) et 91(24) soient interprétés séparément. Comme nous l'avons mentionné auparavant, c'est dans les modifications de 1982 qu'on utilise pour la première fois le terme «Metis» dans la Constitution. Selon cette perspective, c'est le terme *half-breed*, expression utilisée dans l'histoire et dans les textes législatifs antérieurs, aussi mentionnée dans la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, qui aurait dû être utilisée si on avait voulu rapprocher le paragraphe 35(2) du paragraphe 91(24). Si le législateur voulait simplement énumérer les catégories comprises dans la désignation «Indiens» utilisée au paragraphe 91(24) et les distinguer des autres peuples autochtones non mentionnés à ce même paragraphe, il aurait dû utiliser la terminologie habituelle pour plus de clarté, même si les termes avaient acquis une connotation raciste inacceptable, qu'ils n'avaient pas été choisis par les intéressés (pas plus que les Inuit du Canada avaient choisi le terme «Esquimaux» pour se décrire eux-mêmes) et avaient largement disparu du discours public et gouvernemental. Cet argument présente toutefois un problème, puisque le paragraphe 35(2) énumère aussi les sous-catégories d'Inuit, qui sont déjà des Indiens reconnus par la Constitution au paragraphe 91(24). Il ne s'agit pas d'une nouvelle catégorie, et l'appellation utilisée dans l'histoire et les textes législatifs n'est pas utilisée. Si c'est le cas, ne peut-on pas conclure que le terme «Metis» a été substitué à *half-breed* dans la version anglaise pour répondre à l'usage moderne? Il est important de souligner que le Parlement a modifié le paragraphe 4(1) de la *Loi sur les Indiens* pour remplacer Esquimaux par Inuit afin de tenir compte des sensibilités culturelles et politiques.

On a suggéré qu'il est plus logique de conclure que le paragraphe 35(2) vise les mêmes catégories de personnes comprises auparavant dans le terme Indiens utilisé au paragraphe 91(24). L'expression utilisée, soit les «Indiens, les Inuit et les Métis», représente simplement une façon plus respectueuse de désigner les peuples autochtones au moyen de termes que

ceux-ci emploient pour se désigner eux-mêmes plutôt que les termes parfois péjoratifs que des tiers utilisent à leur endroit. En outre, l'énumération des peuples autochtones du Canada sert aux fins des droits ancestraux et issus de traités mentionnés au paragraphe 35(1). Historiquement, seuls les Indiens visés par la Constitution possédaient des terres sur lesquelles ils pouvaient exercer les activités qu'on appelle désormais des droits ancestraux. Par ailleurs, seuls les Indiens visés au paragraphe 91(24) pouvaient conclure des traités avec la Couronne. Si les Métis n'étaient pas des Indiens dans ce sens, comment auraient-ils pu acquérir les droits ancestraux ou issus de traités que leur inclusion au paragraphe 35(2) est censée leur garantir? La référence à ces droits à l'article 35 ne peut être anodine parce que les tribunaux sont tenus de présumer que les textes législatifs, particulièrement en matière constitutionnelle, ne parlent pas pour ne rien dire²¹⁸. Une autre explication est possible : le paragraphe 91(24) ne serait pas rattaché aux pouvoirs fédéraux en matière de traités ni aux obligations de l'État relativement au titre ancestral qui permettent aux Métis et à la Couronne de conclure des traités et de régler des revendications territoriales, comme ils l'ont fait depuis la Confédération, même si les Métis ne relèvent pas de la compétence fédérale à l'égard des Indiens visés par la Constitution. Il s'agit d'une interprétation beaucoup moins probable ou logique que pourrait adopter un tribunal canadien.

SI LES MÉTIS ÉTAIENT DES «INDIENS», QUELLES SERAIENT LES CONSÉQUENCES?

Les Métis sont-ils des «Indiens» au sens du paragraphe 91(24)?

Bien que plus de 125 ans se soient écoulés depuis la Confédération, on se demande toujours si les Métis relèvent de la compétence attribuée expressément au gouvernement fédéral en vertu du paragraphe 91(24) ou s'ils sont du ressort des provinces. On ne manque toutefois pas d'indices

montrant clairement qu'ils sont compris dans la catégorie créée par le paragraphe 91(24) et qu'ils sont des Indiens au sens constitutionnel du terme. Tout d'abord, il est manifeste que le processus d'élaboration des traités a englobé les Métis tout au long de notre histoire. La pratique qui consiste à inclure dans les traités les peuples autochtones qui ne sont ni des Inuit ni des Indiens inscrits et d'y reconnaître leurs droits territoriaux s'est prolongée jusqu'à l'époque moderne sous la forme de règlements de revendications territoriales globales dans le Nord québécois et les deux territoires (exemple qui pourrait être suivi, dans un avenir relativement proche, en Colombie-Britannique et au Labrador, où les associations de Métis insistent pour faire reconnaître leurs droits territoriaux distincts). Les Métis sont également visés en tant que tels, de façon expresse, dans les deux accords récents concernant la vallée du Mackenzie.

On pourrait cependant prétendre qu'une telle pratique ne prouve pas, en soi, qu'aux termes du processus d'élaboration des traités, le critère déterminant quant au statut d'Indien ait été le fait d'être métis, mais que ce statut reposait plutôt sur l'adhésion à une tribu ou à une bande indienne et sur l'adoption du mode de vie des Indiens. Pour répondre à cette prétention, il convient de souligner l'adhésion des Métis au Traité n° 3, la promesse de droits issus de traités faite aux Métis de Moose Factory, en Ontario, ainsi que la question des «certificats des Métis» en vertu de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et plus tard en vertu de plusieurs lois des terres fédérales. Ces certificats étaient clairement émis par la Couronne «dans le but d'éteindre les titres des Sauvages²¹⁹»; dans les Territoires du Nord-Ouest, les commissaires aux certificats voyageaient avec les commissaires aux traités et la date d'admissibilité aux certificats était la même que celle donnant droit aux avantages découlant des traités. La différence, bien entendu, était que le certificat constituerait une méthode d'attribution individuelle des terres en fief simple, par opposition aux réserves communales de terres allouées en vertu de traités. Toutefois,

même les terres communales protégées par les traités pouvaient être attribuées en fief simple en vertu de dispositions d'émancipation applicables aux Indiens faisant partie de tribus ou de bandes. En outre, le Traité n° 8 contenait également une option d'attributions individuelles pour les Indiens bénéficiaires par opposition à la mise en commun des droits afin de former des réserves.

Un autre argument à l'appui de la compétence fédérale réside dans l'histoire législative qui a commencé en 1850 pour se poursuivre jusqu'à assez récemment, et qui a connu diverses versions de la *Loi sur les Indiens* aux termes desquels les personnes qui avaient du sang indien et qui étaient associées à des tribus ou à des bandes indiennes ont été inscrites sur les listes de membres en tant qu'Indiens. Quelques-unes de ces personnes seulement, c'est-à-dire celles nées après 1868 d'un père non indien et d'une mère indienne qui étaient mariées en vertu d'une loi provinciale, se trouvaient automatiquement exclues du statut d'Indien et ne pouvaient pas bénéficier des avantages des réserves. Même cette règle a été modifiée par le projet de loi C-31, et des dizaines de milliers de personnes, autrefois exclues du statut d'Indien et dont les ascendants étaient métis ou non indiens ont maintenant retrouvé ce statut, mais pas nécessairement le statut de membres d'une bande. Ainsi la tradition législative semble indiquer que la présence d'ancêtres indiens ou inuit constitue le critère déterminant qui permet de conclure à la compétence fédérale en vertu du paragraphe 91(24). Certains soutiendront, non sans raison, qu'on peut tout simplement constater, encore une fois, que les personnes métisses doivent faire partie d'une nation ou d'une bande d'Indiens afin de pouvoir bénéficier de l'autorité fédérale. La réponse est évidemment que la compétence fédérale doit tout d'abord être fondée sur l'ascendance; s'il en était autrement, le projet de loi C-31 serait inconstitutionnel. De nombreuses personnes à qui on a rendu leur statut en vertu de la *Loi sur les Indiens*, y compris certaines qui ont le droit d'être membres d'une bande, n'ont jamais été

associées au cours de leur vie à une nation ou à une bande indienne et n'ont pas l'intention de l'être dans l'avenir. Par conséquent, la portée de la *Loi sur les Indiens* n'a pas été restreinte aux seules collectivités avec qui le gouvernement fédéral a eu des rapports politiques.

Les termes de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, des lois des terres fédérales et d'autres lois et décrets mettant en oeuvre le plan d'attribution des terres fournissent un troisième argument en faveur de la compétence fédérale à l'égard des Métis. La plupart de ces lois mentionnent l'extinction du titre d'Indien. Cependant, deux d'entre elles ne le font pas et parlent plutôt du sang indien, mais puisque le titre indien est détenu par des Indiens, et que ceux-ci sont des personnes de sang indien, cela semble appuyer le troisième argument en question au lieu de l'amoindrir.

Certains soutiennent cependant que le titre indien va de pair avec le fait d'être un Indien et ils appuient leur thèse, jusqu'à un certain point, sur les comptes rendus des débats et des assemblées politiques des époques pertinentes de l'histoire canadienne. Cependant, si l'attitude des politiciens et des fonctionnaires en matière de responsabilités constitutionnelles était déterminante, il n'existerait aucun traité numéroté dans l'ouest du Canada, aucune reconnaissance des titres ancestraux, aucune entente moderne sur les revendications territoriales; en outre, si un certain groupe de politiciens avait pu faire les choses à sa manière en 1969, il n'y aurait plus d'Indiens du tout en droit canadien.

La pratique fédérale contemporaine qui consiste à traiter les Métis tout comme si leur statut constitutionnel équivalait à celui des autres peuples autochtones justifie aussi d'affirmer que les Métis sont des Indiens au sens constitutionnel en vertu du paragraphe 91(24). Bien que cette pratique soit ambiguë et ne soit en rien définitive, elle est tout de même renforcée par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui reconnaît l'équivalence mentionnée ci-dessus en stipulant que les Métis forment un des «peuples autochtones du Canada» dont les droits ancestraux ou issus

de traités sont reconnus et confirmés. On peut ajouter que la tradition, suivie depuis 1982 par trois premiers ministres successifs, d'inviter les représentants autochtones à participer officiellement aux discussions sur la modification de la Constitution, cette participation remontant même à 1979 sous le gouvernement Clark, s'est cristallisée en une coutume constitutionnelle. Il se peut que la pratique fédérale en question ne soit pas créatrice de droit proprement dit, mais elle fournit, avec les indications historiques et législatives, la preuve permettant de croire que les tribunaux canadiens pourraient vraisemblablement bientôt conclure à la compétence constitutionnelle fédérale à l'égard des Métis.

En 1867, le Parlement fédéral s'est vu confier la compétence à l'égard de la race des «aborigènes», pour reprendre le terme de la Cour suprême du Canada dans *Re Eskimos*, désignés sous le nom d'Indiens. Le Parlement a assumé cette compétence fondée sur la race afin d'entretenir des rapports politiques avec une population qui détient un statut unique dans ce pays maintenant appelé Canada et dont la race se définit d'abord par la possession d'un certain degré de sang indien remontant aux habitants indigènes de ce territoire. Certaines personnes qui ne possèdent pas de sang indien ont également été assujetties à cette compétence du Parlement, soit par la voie du mariage, soit par une adoption qui les liait à des Indiens inscrits descendant d'une lignée indienne associée à une nation indienne reconnue historiquement. Comme le montre le projet de loi C-31, la compétence fédérale continue de se fonder sur le degré de sang indien. Il en est ainsi même si les personnes visées par cette compétence se disent indiennes, métisses ou utilisent le nom de leur nation d'origine ou de leur communauté locale pour se décrire. Catherine Bell exprime clairement cette idée, dans le contexte de l'adaptation culturelle des groupes autochtones, en ces termes :

[TRADUCTION] Considérant la diversité des groupes historiques autochtones et l'inévitable mélange de la culture autochtone et de celle des peuples colonisateurs, il est difficile d'identifier un

facteur commun unique qui rassemblerait tous les autochtones en un seul groupe, exception faite du facteur suivant : la capacité de retracer les origines du noyau du groupe en remontant les lignes maternelle ou paternelle jusqu'aux habitants indigènes du Canada²²⁰.

En dernière analyse, la tâche des tribunaux consistera à donner une interprétation raisonnable de l'histoire enchevêtrée et parfois désagréable des relations entre la Couronne et les peuples autochtones. À la lumière des faits présentés ici, il semble plus logique, raisonnable et efficace de considérer que les personnes métisses, de toutes ascendances, relèvent de la compétence conférée par le paragraphe 91(24). En outre, il est plus facile pour la Couronne fédérale d'exercer le pouvoir de conclure des traités et de remettre aux Métis certaines obligations constitutionnelles, puisque c'est elle qui détient ces pouvoirs en vertu des arrangements constitutionnels actuels. D'un point de vue historique, pratique et logique tant sous l'angle juridique que constitutionnel, et afin de préserver l'honneur de la Couronne, il semble qu'une conclusion raisonnable s'impose : le terme «Indiens» du paragraphe 91(24) englobe les Métis, que ceux-ci soient désignés à d'autres fins comme «Indiens», «Inuit» ou «Métis». Cette conclusion est d'ailleurs en accord avec l'opinion constamment exprimée par les Métis, tant par la voie du RNM que du CNAC qui les représentent à l'échelle nationale. Cependant, il ne faut pas en conclure que les Métis veulent que la *Loi sur les Indiens* leur soit applicable ou que le gouvernement fédéral réglemente leur vie et leurs droits aux termes de dispositions législatives particulières, analogues à celles contenues dans cette loi. Au contraire, il est certain que les Métis souhaitent se définir eux-mêmes et obtenir la reconnaissance de la compétence de leurs propres gouvernements, que ce soit dans le contexte d'une nation regroupant tous les Métis, tel que le propose le RNM, ou dans le cadre de gouvernements locaux autonomes. Le rôle des tribunaux canadiens à cet égard n'est pas de définir les Métis en tant que peuple,

mais d'interpréter la Constitution du Canada de manière à confirmer la primauté de la responsabilité et de la compétence fédérales en ce qui concerne l'avancement des droits de tous les peuples autochtones au sens des paragraphes 35(2) et 91(24).

Les conséquences, en 1993, de l'application du paragraphe 91(24) aux Métis

Ayant conclu que les Métis sont visés par le paragraphe 91(24), il nous faut maintenant examiner les conséquences de l'adoption éventuelle de cette même conclusion par les tribunaux canadiens ou le gouvernement fédéral.

Tout d'abord, il appert que l'adoption d'une telle conclusion par ces derniers établirait clairement la compétence constitutionnelle du Parlement de légiférer à l'égard des Métis, soit de façon particulière, soit dans le cadre de dispositions applicables à une partie ou à la totalité des membres des deux autres principaux regroupements de peuples autochtones. Il serait alors tout aussi impossible de contester une loi particulière aux Métis, pour le motif qu'elle outrepassse la souveraineté du Parlement, que de remettre en question, de nos jours, la validité de la *Loi sur les Indiens*. Autrement dit, le Parlement détiendrait l'autorité exclusive, par rapport aux législatures provinciales, d'adopter des lois applicables concrètement aux Métis et aux terres qui leur sont réservées. La modification constitutionnelle proposée par l'Accord de Charlottetown aurait, d'un autre angle, entraîné le même résultat en confirmant que le paragraphe 91(24) s'appliquait à tous les peuples autochtones. Ainsi, ce paragraphe aurait été rédigé de façon à être interprété dans le sens global de «peuples autochtones et les terres réservées aux peuples autochtones».

Bien que les paramètres exacts du paragraphe 91(24) dépassent le cadre du présent document, et qu'ils n'aient pas encore été établis de façon définitive par les tribunaux canadiens²²¹, on peut soutenir qu'une telle modification signifierait sans équivoque que le Parlement peut légiférer à

l'égard des Métis. En outre, elle confirmerait le pouvoir des représentants de la Couronne du chef du Canada de traiter avec les Métis en tant que collectivité et de conclure avec eux des accords quant à leurs revendications territoriales; ces représentants n'auraient plus, pour ce faire, à se fonder sur la compétence imprécise que leur confère peut-être la clause portant sur la paix, l'ordre et le bon gouvernement, ni sur le pouvoir exécutif général du gouvernement fédéral en matière de négociation des traités. Bien entendu, la négociation d'autres accords sectoriels, tels que des ententes sur les pêches dans le cadre de la *Loi sur les pêches* fédérale²²², serait également visée.

On ne peut conclure, à partir de ces commentaires sur l'étendue de la compétence fédérale en vertu du paragraphe 91(24), que cette compétence pourrait être illimitée, ou que les législatures provinciales pourraient ne détenir aucun pouvoir quel qu'il soit. Qu'il suffise de mentionner ici que toute règle de droit fédérale devrait quand même être compatible avec toutes les autres dispositions de la «Constitution du Canada» au sens de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Ces autres dispositions comprennent évidemment la *Charte canadienne des droits et libertés* et le paragraphe 35(1), tous deux applicables en l'espèce afin de restreindre la portée de tout principe formulé par Dicey quant à la souveraineté pure du Parlement. En outre, celui-ci ne peut légiférer en vertu du paragraphe 91(24) que s'il le fait précisément, c'est-à-dire qu'il ne peut tout simplement invoquer sa compétence dans ce domaine afin de justifier une disposition législative qui ne relève aucunement de la substance de cette compétence.

Les provinces détiendraient également une autorité législative considérable à l'égard des Métis (tout comme celle qu'elles possèdent à l'heure actuelle à l'égard des autres «Indiens» visés par le paragraphe 91(24) et des «Indiens» au sens de la *Loi sur les Indiens*). Toutefois, cette autorité n'est pas seulement soumise à la Charte et à l'article 35, mais

également à la suprématie parlementaire en vertu de la règle de la prépondérance fédérale. Nous nous pencherons brièvement, plus ou moins, sur l'ampleur de la législation provinciale, actuelle et éventuelle, mais il semble d'abord approprié d'étudier plus à fond le domaine fédéral.

L'adoption de l'opinion juridique exprimée ci-dessus aurait en outre une incidence immédiate sur le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien (MAINC). Celui-ci perdrait en effet une de ses principales excuses pour s'abstenir de traiter avec les Métis, ne pouvant plus prétendre qu'ils ne sont pas compris dans son mandat d'origine constitutionnelle. Cependant, une telle situation en soi ne signifierait pas nécessairement que le MAINC entame subitement des négociations avec les Métis. À l'heure actuelle, le MAINC refuse de traiter directement avec les Indiens hors réserve et les Inuit pour toute question de quelque importance, sauf s'ils résident au Yukon ou dans les Territoires du Nord-Ouest (auquel cas le Ministère s'appuie sur son pouvoir général à l'égard des territoires, qu'il étend dans une certaine mesure aux Métis de la région, et non sur sa compétence en matière autochtone). Toutefois, il serait évidemment plus difficile pour le MAINC de résister aux ouvertures des Métis voulant entrer en relation avec lui, d'autant plus que le CNAC a tout de même eu un minimum de succès au cours des dernières années en obtenant des subventions et en entamant des négociations sur un ensemble limité de questions. Le MAINC justifie toutefois ces relations en invoquant la présence d'Indiens inscrits au sein du CNAC. Ni le RNM ni le CNAC n'ont réussi à établir des relations avec le MAINC quant aux questions concernant les Métis puisque le Ministère considère qu'elles relèvent de la responsabilité des provinces et de celle du ministre fédéral nommé par le Premier ministre à titre d'interlocuteur des Métis et des Indiens non inscrits, ainsi que de celle de ses fonctionnaires du Bureau du Conseil privé (BCP). Certains milieux laisseraient même entendre qu'on devrait modifier le paragraphe 4(1) de la *Loi sur les Indiens* pour ajouter les Métis

à la mention qui exclut les Inuit de la catégorie des «Indiens» créée par cette loi.

Une autre remarque de moindre importance sur les rouages du gouvernement fédéral mérite d'être faite relativement au ministre qui assume devant le Cabinet la responsabilité supplémentaire d'agir à titre d'«interlocuteur fédéral des Métis et des Indiens non inscrits». Le premier ministre Mulroney a créé cette fonction, si on peut vraiment l'appeler ainsi, en 1985, en réponse aux plaintes du RNM et du CNAC selon lesquelles le MAINC et son ministre ne tenaient aucun compte de leurs droits. À l'époque, aucun membre du Cabinet ne détenait de mandat exprès à l'égard du RNM, du CNAC ou de leurs membres. Cette décision s'opposait à la position que défendaient l'AFN et l'ITC devant le ministre des Affaires indiennes et elle a été prise malgré les négociations constitutionnelles auxquelles participaient les quatre regroupements, les onze gouvernements et les deux territoires. Au départ, le mandat d'interlocuteur fut confié à John Crosbie, qui était alors ministre de la Justice et qui a joué un rôle central dans les pourparlers constitutionnels de l'époque. Puisque certains croyaient voir un conflit d'intérêts entre, d'une part, le rôle de ministre de la Justice et de Procureur général²²³ et, d'autre part, celui d'interlocuteur des Métis et des Indiens non inscrits, ce dernier poste a été attribué en mai 1992 à Jake Epp, alors ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources. Ce changement avait pour but d'éliminer le conflit d'intérêts apparent et de confier le mandat en question à un membre chevronné du Cabinet, désireux de consacrer une bonne partie de ses énergies à cette fonction tout en s'appuyant sur les ressources administratives et logistiques du Bureau des relations fédérales-provinciales (BRFP), avant que celui-ci soit aboli plus tôt cette année et que le mandat soit assigné de façon générale au BCP. À son départ du Cabinet, M. Epp a été remplacé par Jim Edwards. Bien qu'on puisse, à première vue, concevoir que le rôle en question soit tenu par un ministre distinct et par le BCP, on peut également imaginer que

des considérations d'efficacité favoriseraient le transfert de ce rôle à un nouveau ministre des Affaires autochtones et à un MAINC qu'on renommerait en conséquence.

Une question beaucoup plus importante, du moins du point de vue juridique, doit être posée : en vertu du paragraphe 91(24), le Parlement a-t-il seulement le pouvoir de légiférer pour l'avancement des droits des peuples qui y sont mentionnés ou a-t-il également l'obligation de le faire? Les avocats du gouvernement fédéral répondraient sans doute à cette question par un non clair et ferme, fondé sur les points de vue traditionnels de Dicey et d'autres concernant la théorie de la souveraineté du Parlement et sur les hésitations historiques des tribunaux à ordonner à la Couronne ou au Parlement d'agir ou de s'abstenir. Puisqu'une telle obligation de légiférer, qu'elle découle du rapport fiduciaire ou d'autre chose, s'appliquerait tant aux Inuit et aux Indiens hors réserve inscrits qu'aux Métis et aux Indiens non reconnus, cette question dépasse dans une certaine mesure le cadre du présent document. L'hypothèse d'une telle obligation a également été soulevée par les Premières nations lorsqu'elles se sont heurtées à la résistance bureaucratique ou politique du gouvernement fédéral face à leurs propositions visant à faire progresser leurs droits au moyen de lois adoptées par le Parlement (p. ex. une loi nationale concernant la protection de l'enfance et l'éducation).

Cette question se révèle fort complexe et mérite, à elle seule, une attention minutieuse²²⁴. Toutefois, nous pouvons à tout le moins prétendre qu'elle ne peut plus être écartée aussi facilement que par le passé. Un argument de poids vient appuyer cette prétention : le droit et, avec lui, la notion du partage des compétences en vertu des articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, de même que la nature discrétionnaire de l'élaboration des lois par les deux autorités gouvernementales souveraines du Canada, se sont déjà fondamentalement transformés du moins en ce qui concerne les relations entre les peuples autochtones et la Couronne. Cette

transformation du droit et de notre perception du partage des compétences découle de deux sources fondamentales, soit l'effet de l'inscription, en 1982, au paragraphe 35(1) de la Constitution, des droits ancestraux ou issus de traités, et la formulation judiciaire, en 1984 dans l'arrêt *Guerin c. La Reine*²²⁶, de l'obligation fiduciaire de la Couronne.

Cette obligation fiduciaire a par la suite été précisée dans le contexte constitutionnel et développée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Sparrow*²²⁷ en 1990. Dans un jugement unanime rendu conjointement par le juge en chef Dickson et le juge La Forest, la Cour a déclaré clairement que non seulement l'obligation fiduciaire existait au profit des «peuples autochtones» (par opposition au seul profit des Indiens inscrits en vertu de la *Loi sur les Indiens*), mais faisait aussi partie des droits «reconnus et confirmés» par le paragraphe 35(1). Le critère établi par la Cour relativement à la violation des droits ancestraux ou issus de traités comporte des éléments particulièrement pertinents quant à cette obligation fiduciaire, notamment l'importance de transiger honorablement, de tenir des consultations adéquates, d'éviter les conflits d'intérêts et de donner comme il se doit la priorité aux droits des peuples autochtones avant de considérer les intérêts d'autrui. Une interprétation large, mais tout de même réaliste, de cet arrêt porterait à croire que dans ses rapports avec les peuples autochtones la Couronne a l'obligation, en sa qualité de fiduciaire, d'exercer son pouvoir pour adopter des lois conçues dans le but de faire progresser les droits des bénéficiaires. Les comparaisons avec le droit privé des fiducies, que la Cour suprême du Canada tolère tout en conseillant la prudence en cette matière vu la nature unique des rapports entre la Couronne et les peuples autochtones, permettent de conclure à l'existence de l'obligation de promouvoir le bien-être des bénéficiaires et ce, même aux dépens des intérêts du fiduciaire. Non seulement les fiduciaires doivent éviter les conflits d'intérêts lorsqu'ils font passer les intérêts des bénéficiaires avant les leurs, mais certains fiduciaires

particuliers ont été tenus de puiser dans leurs propres fonds lorsque les biens en fiducie se révélaient insuffisants pour subvenir aux besoins primordiaux des bénéficiaires. On pourrait étendre cette façon de faire au contexte, tout de même assez différent, des relations entre la Couronne et les peuples autochtones afin de laisser entendre que le gouvernement fédéral ne remplit pas ses obligations fiduciaires lorsqu'il refuse d'adopter les lois nécessaires pour reconnaître l'existence de certains peuples autochtones ou pour combler certains besoins économiques et sociaux fondamentaux.

On doit cependant admettre que, pour les tribunaux, laisser entendre que le pouvoir exécutif contrevient à une obligation juridique reconnue est une chose, mais qu'il en est une autre de déclarer que l'absence de dispositions législatives constitue un manquement à une obligation, sans parler de l'ordonnance de légiférer qu'ils devraient alors émettre afin de faire cesser la violation. Une telle ordonnance créerait pour le moins un précédent. Une autre distinction essentielle doit être faite entre le gouvernement fédéral et le Parlement. À vrai dire, il est fort improbable que les tribunaux canadiens ordonnent au Parlement d'utiliser son pouvoir législatif souverain pour adopter une loi en particulier. Il est cependant un peu plus concevable que le pouvoir judiciaire déclare le pouvoir exécutif tenu, en tant que réel représentant de la Couronne du chef du Canada, de respecter ses obligations et que, le cas échéant, il lui suggère pour ce faire d'adopter les dispositions législatives appropriées. L'examen judiciaire approfondi d'un tel argument peut devenir plus acceptable si on insiste sur les exigences de la Charte en matière d'égalité de traitement et d'accès, compte tenu de l'existence de lois fédérales qui ne font progresser les intérêts que d'une partie de la population autochtone. Toutefois, la possibilité que le gouvernement dépose une loi visant le respect de ses obligations, et que la Chambre des communes et le Sénat la ratifient, serait fort probablement laissée au plein pouvoir du Parlement lui-même.

Une question plus pertinente, aux fins du présent document, consiste à se demander quel serait l'impact, sur le pouvoir législatif des provinces, d'une modification du paragraphe 91(24) afin d'y inclure les Métis de façon définitive. En termes concrets, cette question comporte deux aspects. Le premier concerne l'effet général de la compétence fédérale en vertu du paragraphe 91(24) sur l'autorité législative des provinces aux termes de la Constitution. Ce sujet suscite l'intérêt depuis 1867 et continue d'être d'actualité en ce qui concerne tous les Indiens visés par le paragraphe 91(24). Autrement dit, le problème soulevé par la compétence fédérale relative aux personnes qui résident dans les provinces n'est pas exclusif aux Métis. Le deuxième aspect de la modification en question du paragraphe 91(24) porte sur la législation de l'Alberta relative aux peuplements métis (ou «colonies», comme on les a déjà appelés si ironiquement) qui a existé sous diverses formes depuis 1938 et qui découle de la Commission Ewing mise sur pied en 1934 pour étudier les problèmes socio-économiques des Métis de la province.

Le premier aspect, c'est-à-dire l'effet général du paragraphe 91(24) sur l'autorité législative des provinces, donne lieu à un borbier constitutionnel d'où peu de directives jurisprudentielles permettent de sortir. Cette question a rarement été étudiée sous sa forme pure. L'article 88 de la *Loi sur les Indiens* a joué un rôle décisif dans de nombreux cas et sa simple existence a beaucoup influé sur d'autres, même lorsque son application était injustifiée. Si on écarte les causes reliées à l'article 88, il reste peu de directives jurisprudentielles permettant d'évaluer dans quelle mesure le paragraphe 91(24) rend inopérantes les dispositions législatives provinciales qui n'entrent pas directement en conflit avec la législation fédérale sur les Indiens. En d'autres mots, peu d'éléments indiquent dans quelle mesure la règle classique de la prépondérance des lois fédérales justifierait une incursion fédérale dans ce qui a traditionnellement été perçu comme un champ de compétence provinciale. L'arrêt *Parents*

*naturels*²²⁸, dans lequel la Cour suprême du Canada a statué qu'aucune disposition législative provinciale ne pouvait porter atteinte au statut des Indiens inscrits en vertu de la *Loi sur les Indiens*, contient probablement les meilleurs commentaires sur ce sujet, même s'il est loin d'être clair ou complet. La Cour est même allée plus loin qu'il n'était nécessaire en signalant l'invalidité d'une disposition qui avait été ajoutée à la loi et adoptée par l'assemblée législative de la Colombie-Britannique, et qui visait à confirmer que l'adoption en vertu de la loi provinciale en question ne pouvait déterminer ou modifier le statut d'Indien.

À notre avis, le point de vue exprimé dans l'affaire *Parents naturels* et l'état général du droit indiquent qu'aucune condition législative provinciale ne peut expressément porter atteinte aux droits ou aux intérêts des peuples autochtones. Les dispositions législatives en général peuvent s'appliquer lorsqu'elles ne sont pas explicitement ou implicitement destinées à produire un effet négatif sur les peuples autochtones et qu'elles ne contredisent pas d'autres droits reconnus, y compris ceux du paragraphe 35(1). La clé de l'application de la législation provinciale réside dans la question de l'atteinte aux droits ou au statut conférés par l'ascendance autochtone ou l'appartenance à une collectivité ou une nation autochtone. Nous alléguons que les dispositions législatives provinciales ne peuvent pas porter une telle atteinte, ni directe, ni indirecte²²⁹.

Par contre, une loi à l'avantage des autochtones peut se révéler parfaitement valide si elle n'est pas uniquement ou principalement reliée à des questions qui relèvent normalement du paragraphe 91(24). De nombreuses lois provinciales adoptées au cours des deux dernières décennies mentionnent les «Indiens», les «aborigènes» ou les «peuples autochtones». Les lois sur les services à l'enfance et à la famille adoptées dans diverses provinces en sont des exemples tout indiqués. Ces mentions sont généralement conçues pour tenir compte des divers intérêts des peuples autochtones et les encourager à participer à certains processus

(conseils scolaires, poursuites judiciaires, etc.), pour montrer qu'on respecte leurs valeurs (soit l'importance de la continuité culturelle ou de la famille, au sens large du terme, relativement au bien-être des enfants), ou encore pour cerner les limites d'application de lois par ailleurs valides du point de vue constitutionnel (ainsi, la *Charte de la langue française* stipule qu'elle ne s'applique pas de manière générale aux réserves et elle prévoit un régime particulier pour les communautés criées et inuit qui découle de négociations et de la *Convention de la Baie James et du Nord québécois*). Il est difficile d'imaginer que les tribunaux réduiraient à néant, dans tout le pays, tant de dispositions qui ont été si bien reçues par les peuples autochtones concernés, et qui ont souvent été instaurées avec leur collaboration.

Nous devons également souligner la longue tradition provinciale qui consiste à adopter des lois complémentaires aux lois fédérales conçues pour l'application d'ententes fédérales-provinciales concernant d'une façon ou d'une autre les peuples autochtones²³⁰. Plus récemment, cette tradition s'est élargie pour englober tant les négociations relatives aux terres des réserves indiennes que la ratification d'accords sur les revendications territoriales. Il y a probablement peu de doutes sur la constitutionnalité du contenu législatif provincial de ces ententes complémentaires.

Quant à la position de la législation albertaine particulière aux Métis par rapport au paragraphe 91(24), elle soulève la question suivante : en admettant que le critère fondamental consiste à déterminer si les lois provinciales sont discriminatoires à l'égard de la position et des droits juridiques uniques des peuples autochtones ou si elles y portent atteinte, quel sera le résultat si on applique ce critère à l'ensemble de la législation albertaine sur les peuples autochtones²³¹? Nous prétendons qu'une réponse adéquate à cette question comporte deux éléments. D'abord, le critère ne s'applique pas à la législation sur les peuplements métis de l'Alberta;

ensuite, cette législation ne respecterait vraisemblablement pas le critère en question s'il s'appliquait.

Le critère ne s'applique pas parce que la refonte des lois de l'Alberta en la matière constitue maintenant un arrangement législatif unique au Canada. Cet arrangement est non seulement le seul exemple de législation particulière aux peuples autochtones adoptée par une province, mais il constitue également la seule loi canadienne portant sur les Métis. Même si son ampleur est maintenant analogue à celle de la *Loi sur les Indiens*, ses sources sont fort différentes tant en ce qui concerne sa justification initiale en 1938 que la raison de sa refonte complète en 1990. Sa structure actuelle a été adoptée aux termes d'une entente visant à résoudre les litiges entre les regroupements métis et la province quant aux droits d'exploitation du sous-sol et à accorder la franche tenure à chaque regroupement et des pouvoirs délégués accrus aux gouvernements locaux. La législation albertaine sur les Métis constitue le seul exemple d'une loi provinciale qui est destinée exclusivement aux peuples autochtones en général, ou à certains d'entre eux, et qui ne s'inscrit pas dans un effort complémentaire à celui du Parlement canadien ou qui ne découle pas directement d'un accord sur les revendications territoriales²³².

On peut difficilement imaginer un empiétement plus explicite sur ce qui constitue une compétence exclusive du Parlement aux termes du début de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il est impossible de soutenir qu'il s'agit d'une simple question nécessairement accessoire à un autre domaine de compétence provinciale et ce, même si la nature de cet ensemble législatif, ou de son prédécesseur sous la forme de la *Metis Betterment Act* qui date de 1938, s'inscrit dans «la propriété et les droits civils dans la province» en vertu du paragraphe 92(13). De même, si on alléguait que l'ensemble des ententes entre l'Alberta Federated Metis Settlements Association (AFMSA) et la province ainsi que les dispositions

législatives de mise en oeuvre qui ont suivi formaient un traité, les mêmes contestations constitutionnelles surgiraient.

En fait, la seule manière acceptable de qualifier cet ensemble de lois est de les renvoyer à leur essence même qui est directement reliée aux «Métis et aux terres réservées aux Métis». Tant que les Métis restent du ressort du Parlement et de la Couronne fédérale en vertu du paragraphe 91(24), il semble impossible de percevoir cet arrangement particulier comme relevant de la compétence de la province d'Alberta. Cette impossibilité ne sous-entend toutefois pas qu'une province n'a pas le droit de réserver des terres à l'usage exclusif des peuples autochtones ou de leur en transférer la pleine propriété. Il se peut même que le gouvernement provincial apporte des restrictions, qui n'existeraient pas normalement, aux droits juridiques de la province. Le point crucial ici est que l'assemblée législative de l'Alberta n'a d'aucune façon procédé en vertu du droit privé : elle a plutôt invoqué son pouvoir constitutionnel de légiférer pour modifier l'état prépondérant du droit et aller au-delà de la common law afin de créer un régime gouvernemental particulier sous l'administration locale des Métis et de réglementer la gestion des terres.

En outre, la province a fait beaucoup plus que créer un régime de possession particulier à l'égard des vastes morceaux de territoire en question. Elle a tenté de définir qui sont les Métis afin de déterminer qui peut profiter de ces terres ou y résider. Il est difficile d'imaginer ce qui pourrait toucher plus le «caractère indien» que le fait de déterminer les personnes qui font partie ou qui sont exclues de ce groupe reconnu du point de vue constitutionnel. Les dispositions législatives réglementent par ailleurs la vie des Métis dans les peuplements, notamment en établissant des gouvernements locaux, en définissant leur compétence législative minimale, en autorisant une surveillance étendue des affaires quotidiennes par le ministre du moment, en délimitant les droits agricoles et en

définissant la nature des rapports entre la Couronne du chef de l'Alberta et les peuplements métis.

Il semble donc évident que la législation albertaine sur les Métis peut facilement faire l'objet de contestations constitutionnelles, surtout pour la raison suivante : l'AFMSA et le gouvernement provincial tentent depuis quelques années d'obtenir une participation fédérale réelle quant à la protection de cet ensemble de lois et de ses conventions accessoires. L'assemblée législative a adopté une résolution constitutionnelle en 1990 afin de modifier l'*Alberta Act*²³³ en vue d'inscrire les titres des Métis relativement aux terres des peuplements et de confirmer que l'ensemble des dispositions législatives constitue un exercice valide du pouvoir législatif provincial²³⁴. Le gouvernement fédéral a refusé de déposer la résolution devant le Parlement pour qu'elle y soit étudiée, prétendant qu'elle ne peut être adoptée qu'au moyen de la procédure de modification de l'article 38 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, à titre de modification générale, plutôt qu'en vertu de l'article 43, à titre de question ne touchant que l'Alberta. L'opinion du ministère fédéral de la Justice est fondée sur une interprétation restrictive des termes de ce dernier article qui le limite uniquement aux éléments qui y sont mentionnés (soit «aux changements du tracé des frontières interprovinciales» et «aux modifications des dispositions relatives à l'usage de l'anglais ou du français dans une province»). Bien que ce point de vue puisse être contesté par l'Alberta, qui prétend que l'article 43 suffit amplement à ses fins, surtout qu'il a déjà servi à apporter une modification relative aux écoles confessionnelles de Terre-Neuve, nous tenons à souligner que le Cabinet fédéral a refusé de demander à six autres provinces, comptant ensemble plus de 50 % de la population en incluant les Albertains, d'adopter cette résolution afin de dissiper tout doute à cet égard. L'Accord de Charlottetown aurait résolu la question puisqu'il aurait intégré les modifications de l'*Alberta Act* à

l'ensemble des modifications devant être adoptées par les dix législatures provinciales et le Parlement.

D'ailleurs, l'Accord de Charlottetown répondait directement à la question de la situation des Métis puisque ceux-ci auraient été visés par le paragraphe 91(24). Comme nous l'avons déjà mentionné, l'Accord proposait une modification «pour plus de certitude», en guise d'article 91A, afin d'indiquer de manière explicite que le paragraphe 91(24) vise tous les peuples autochtones. Étant donné cette nouvelle disposition, l'Alberta et l'AFMSA étaient toutes deux d'avis qu'il s'avérerait essentiel d'obtenir une modification supplémentaire pour que le gouvernement et l'assemblée législative de l'Alberta aient une certaine compétence reconnue du point de vue constitutionnel à l'égard des Métis. Elles ont allégué la nécessité de refléter l'histoire unique dans cette province d'une relation active entre les deux groupes qui dure depuis plus de 50 ans. Dans l'immédiat, elles désiraient s'assurer de l'applicabilité de la refonte albertaine de 1990 dans un avenir prévisible. Elles ont finalement opté pour la modalité suivante : accorder à la seule province d'Alberta une autorité équivalente à celle du Parlement, sous réserve de la résolution des lois conflictuelles par la règle normale de la prépondérance fédérale. Le seul fait de considérer comme vitale l'insertion d'une telle disposition montre l'opinion de la plupart des avocats, sinon des 17 parties aux négociations de Charlottetown, selon laquelle la législation albertaine était gravement compromise ou ne pouvait être maintenue face à la compétence fédérale à l'égard des Métis en vertu du paragraphe 91(24).

CONCLUSION

Dans les pages qui précèdent, nous avons tenté de passer les ouvrages et la jurisprudence en revue ainsi que de nous concentrer sur certains motifs historiques et politiques qui sous-tendent les rapports singulièrement

tragiques entre les Métis et les deux autres ordres souverains de gouvernement dans ce qui est devenu le Canada.

Les Métis ont passé la majeure partie du siècle dernier largement ignorés par la société où ils vivaient. Après avoir été manipulés dans le cadre du processus des certificats d'argent, qui les a laissés sans terre et sans assise économique leur permettant de remplacer leur mode de vie axé sur le négoce et la chasse au bison disparu presque du jour au lendemain, les Métis ont été repoussés en marge de la société canadienne. À bien des endroits dans les Prairies, on les appelait le peuple des «réserves routières», puisque les seules terres où ils pouvaient vivre étaient souvent situées le long des routes rurales, sur les terrains mis de côté par la Couronne dans l'éventualité d'une expansion du réseau routier. Ils étaient donc devenus en pratique des occupants illégaux sur leur propre territoire.

Seul le gouvernement albertain, aux pires moments de la Grande Crise, a réagi aux tragiques conditions sociales et économiques des Métis en chargeant une commission royale d'enquêter sur l'ampleur du problème et de proposer des solutions concrètes. Sous l'influence d'excellents dirigeants métis²³⁵, cette commission a recommandé la création de peuplements métis semblables aux réserves et au régime de la *Loi sur les Indiens* par le truchement de la *Metis Population Betterment Act* de 1938²³⁶, ce à quoi le gouvernement a rapidement donné suite.

Toutes les autres provinces de l'époque ont préféré ignorer les privations auxquelles les Métis étaient soumis sur leur propre territoire, tout en passant complètement outre aux droits ancestraux ou issus de traités qu'ils pouvaient posséder. Les autorités fédérales ont adopté la même position en déclarant que les Métis ne tombaient pas sous le coup du paragraphe 91(24) et qu'elles n'avaient pas la compétence pour leur porter assistance. L'État fédéral semblait trouver bien pratique d'oublier le rôle qu'il avait joué dans la distribution des certificats d'argent. Les

provinces autres que l'Alberta ont préféré accuser Ottawa et rendre le pouvoir central responsable de toute mesure à prendre.

Ce refus des responsabilités s'est poursuivi jusqu'à aujourd'hui et se porte mieux que jamais après le rejet de l'Accord de Charlottetown. Il reste à espérer que l'État fédéral adhérerait à l'esprit de cet accord et adopterait la même conclusion juridique que nous, soit que les Métis sont déjà visés au paragraphe 91(24), de sorte que les autorités centrales ont le pouvoir d'intervenir législativement ou en vertu de son autorité administrative s'il le désire. Comme le montre le dernier recensement effectué par Statistique Canada, les Métis demeurent désavantagés et dépouillés dans la plupart des régions de notre riche pays; des mesures concrètes et véritables s'imposent absolument.

Nous avons aussi conclu que les Métis sont visés par l'obligation fiduciaire de la Couronne envers les peuples autochtones. À ce jour, la Cour suprême du Canada n'a établi que certains aspects de ce rapport de fiduciaire et seulement dans le contexte de la Couronne du chef du Canada. Soulignons également que la Cour suprême n'a pas laissé entendre que cette obligation se limitait uniquement au champ de compétence fédéral²³⁷. Le juge en chef de la Colombie-Britannique a de fait déclaré que ce rapport s'étend aussi à la Couronne provinciale²³⁸.

Les ramifications et applications précises d'obligations particulières ne sont pas plus claires si l'on conclut que les Métis peuvent bénéficier de ce rapport fiduciaire. Étant donné l'absence de directives judiciaires jusqu'à maintenant, il n'est tout simplement pas encore possible de déterminer si l'obligation générale de la Couronne se traduit par des obligations spécifiques. Cette lacune revêt une importance particulière à l'égard des Métis, puisque la Couronne ne détient actuellement aucun bien en leur nom, contrairement aux terres de réserve et aux comptes en fiducie des premières nations. Le gouvernement albertain se trouvait dans cette situation avant l'accord de 1990, mais ce n'est plus le cas, puisque les titres

francs sur les terres des peuplements métis ont désormais été cédés directement aux communautés métisses.

Nous avons également conclu que les provinces ne peuvent pas adopter de lois expressément restrictives ou négatives à l'égard des Métis. Les textes législatifs provinciaux de nature générale s'appliqueraient toutefois, sous réserve des limites constitutionnelles, y compris le paragraphe 35(1) et tout droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, si un tel droit est protégé par cette disposition. Cette conclusion présente une conséquence : la loi albertaine relative aux peuplements métis est sans doute inconstitutionnelle. Bien qu'il soit possible de prétendre que l'accord et la législation s'assimilent à un traité, ou encore que les textes législatifs provinciaux devraient être maintenus comme initiative favorable plutôt qu'à titre d'intrusion négative dans le champ de compétence fédérale établi par le paragraphe 91(24), le futur est à tout le moins incertain. Par conséquent, nous recommandons que des mesures immédiates soient prises par le gouvernement fédéral pour adopter les textes législatifs habilitants qui permettraient de maintenir les lois albertaines ou encore d'obtenir une modification constitutionnelle validant ces lois provinciales, comme le proposait l'Accord de Charlottetown, par l'inclusion dans l'article 95 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Sans parvenir à une conclusion ferme et finale, nous avons également soulevé l'existence possible d'une obligation positive de la Couronne en raison de son obligation de fiduciaire de favoriser les intérêts des Métis par des moyens appropriés, y compris l'adoption de textes législatifs spéciaux si un groupe important de Métis le désirait. Nous croyons que ce point sera examiné par les tribunaux dans un avenir proche de manière à ce que la loi soit clairement interprétée. De prime abord, nous croyons qu'il existe une obligation positive de la Couronne d'agir de façon à atténuer les graves désavantages imposés au peuple métis.

Dans la présente étude, nous n'avons pas cherché à déterminer si les Métis possèdent un titre ancestral en général ou d'autres droits ancestraux et issus de traités. Les données examinées afin de circonscrire les compétences et les responsabilités fédérales et provinciales nous portent toutefois à croire que les Métis pourraient formuler une revendication très convaincante lorsque les preuves répondent au critère normal établi en vertu de la doctrine du titre ancestral et s'il n'y a eu aucune cession ou extinction valide de leurs droits sur les terres en question. Les affaires les plus récentes traitant des Métis et des Indiens non inscrits, notamment les causes *Ferguson* et *Fowler*, montrent que les tribunaux ont emprunté une voie très différente et plus ouverte que par le passé en ce qui concerne les droits ancestraux et les droits issus de traités.

Pour terminer, voyons quelles sont les avenues de recherche futures. Nous croyons fermement qu'il n'est pas nécessaire de consacrer davantage d'énergie à la question de la compétence et de la responsabilité constitutionnelles, car elle a déjà été examinée en long et en large. Il revient maintenant au Cabinet fédéral de décider s'il respectera ses obligations. Par ailleurs, il faut sans plus tarder demander aux tribunaux de confirmer clairement que les Métis sont de fait des Indiens aux termes du paragraphe 91(24). Le RNM a mentionné régulièrement qu'il voudrait obtenir un renvoi constitutionnel sur cette question. Nous espérons que le gouvernement fédéral prendra l'initiative et déclarera qu'il possède la compétence voulue en vertu du paragraphe 91(24) pour régler les questions des Métis. Sinon, il est au moins nécessaire que le renvoi soit transmis par l'État fédéral à la Cour suprême du Canada ou par une province à sa Cour d'appel afin que la question soit réglée une fois pour toutes et que cet obstacle soit éliminé. Il est clair que toute possibilité de parvenir à des réalisations importantes dans les négociations tripartites en matière d'autonomie gouvernementale ou de conclure un accord avec la

nation métisse dépend du règlement de cette question de compétence ainsi que des conséquences financières qui en découleront.

La Commission royale sur les peuples autochtones doit consacrer ses recherches à l'établissement des paramètres qui serviront à définir le terme Métis au sens des paragraphes 91(24) et 35(2). En pratique, c'est la méconnaissance des limites extrêmes de ce mandat et des retombées pécuniaires possibles qui explique la réticence du gouvernement fédéral à reconnaître sa compétence en la matière. Les propos ridicules tenus par des fonctionnaires anonymes du MAINC au printemps 1992 durant les négociations constitutionnelles, selon lesquelles l'inclusion des Métis au paragraphe 91(24) entraînerait des dépenses fédérales de 5 milliards de dollars par an²³⁹ a eu certainement une influence en l'absence de toute autre analyse sérieuse. Même si le simple fait de doubler le budget actuel du MAINC est absurde, il est important de s'attaquer à la crainte qui sous-tend ces allégations. L'établissement de paramètres appropriés aux fins de la création de programmes ne doit pas nécessairement et ne devrait pas entraîner la création de limites rigides. Après l'expérience vécue avec la *Loi sur les Indiens*, il ne semble pas souhaitable d'établir de nouvelles catégories de Métis inscrits et non inscrits. Par ailleurs, la mise en oeuvre d'importantes initiatives fédérales pouvant avoir des conséquences financières considérables est très peu probable si l'on ne possède pas de données suffisantes qui permettent d'établir des prévisions raisonnablement réalistes et d'évaluer la viabilité de ces programmes avant leur lancement. En outre, on pourrait supposer que le gouvernement fédéral chercherait à obtenir l'appui des provinces, voire qu'il insisterait à cet égard, et que les gouvernements provinciaux exigeraient aussi de solides données et des prévisions convaincantes au chapitre des coûts.

Il serait également utile de procéder à des recherches plus poussées sur la capacité des tribunaux canadiens, à la lumière de la jurisprudence en vigueur, de ne pas se borner à déclarer que les Métis relèvent du

paragraphe 91(24) s'il est nécessaire de faire appel à l'appareil judiciaire. D'autres questions afférentes méritent considération : le recours judiciaire sous forme d'une ordonnance enjoignant au gouvernement de prendre des mesures précises de nature positive ou de s'abstenir de prendre certaines mesures. Nos tribunaux ne se sont pas montrés enclins à adopter cette position, puisque l'organe judiciaire impose alors son point de vue au souverain, lequel a toujours été investi d'une immunité totale envers ses propres tribunaux, sauf s'il y a renonciation expresse par voie législative. Néanmoins, les limites des possibilités offertes aux tribunaux se sont étendues considérablement aux États-Unis au cours des trois dernières décennies, particulièrement grâce à l'injonction structurelle, tandis que les tribunaux canadiens ont exprimé une certaine volonté de réviser au moins une gamme plus vaste de mesures gouvernementales que par le passé²⁴⁰.

Il n'est cependant pas nécessaire d'étudier plus en profondeur le sujet fondamental du présent document. Le gouvernement fédéral aurait dû depuis longtemps reconnaître expressément que son autorité et sa responsabilité s'étendent aux Métis. Une telle position ne créera pas un seul emploi, ne permettra pas de bâtir une maison ou de garantir un meilleur niveau de vie pour les Métis. En revanche, il éliminera un obstacle important qui empêche toute évolution, que ce soit dans le cadre des négociations tripartites sur l'autonomie gouvernementale mettant en cause les Métis et les Indiens qui n'habitent pas sur les réserves et qui sont en cours depuis 1985 sans toutefois laisser présager de résultats prochains, ou dans la mise au point de nouveaux programmes visant à promouvoir les intérêts des Métis et de leurs collectivités. Il nous reste à espérer que, dans l'avenir, les Métis ne seront plus considérés d'abord et avant tout comme le peuple oublié, dépossédé ou vivant sur les réserves routières.

RECOMMANDATIONS

D'après ce qui précède, il est manifeste que nous formulerons quelques recommandations spécifiques à l'intention des commissaires et que, selon nous, plusieurs sujets méritent d'être étudiés en profondeur. Voici nos recommandations :

1. La Commission royale sur les peuples autochtones devrait officiellement conclure que les Métis sont visés par le terme «Indiens» du paragraphe 91(24), de sorte que le gouvernement fédéral ait le mandat ainsi que la capacité de conclure des traités et d'entretenir d'autres relations avec la nation métisse et les autres groupes de Métis au Canada.
2. Les commissaires devraient recommander au gouvernement du Canada de renouveler ses efforts en vue de mettre en oeuvre une réforme constitutionnelle permettant d'améliorer les dispositions relatives aux autochtones contenues dans l'Accord de Charlottetown. Par conséquent, il devrait confirmer clairement et sans hésitation que le paragraphe 91(24) s'applique à tous les peuples autochtones. Il est plus important encore qu'il reconnaisse et confirme le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale pour les Indiens, les Inuit et les Métis.
3. La Commission royale devrait conclure que les Métis sont les bénéficiaires des rapports fiduciaires avec la Couronne. En outre, elle devrait recommander que le gouvernement fédéral respecte son obligation de fiduciaire et entame donc immédiatement de vastes négociations avec les représentants du peuple métis.
4. Les commissaires devraient recommander au gouvernement fédéral de prendre des mesures immédiates pour mettre en oeuvre des modifications proposées par le gouvernement albertain et l'Alberta Federated Metis Settlements Association à l'*Alberta Act*. Non seulement ces mesures devraient fournir une protection constitutionnelle concrète aux droits territoriaux des peuplements

métis, mais elles élimineraient tout risque d'invalidité des textes législatifs provinciaux. Ces mesures doivent bien entendu jouir de l'appui clair et du consentement exprès des peuplements métis de l'Alberta.

NOTES

- * Nous utiliserons le terme «paragraphe» pour désigner la disposition 91(24). Le but est de faciliter la lecture et de privilégier une expression plus commune.
- 1. Nous avons choisi le terme Métis parce qu'il semble être le plus généralement accepté par les intéressés au Canada. Plusieurs graphies sont possibles, toutefois, mais le choix de l'une ou de l'autre ne devrait pas être interprété comme l'adhésion, par les auteurs, à une interprétation politique quelconque. Nous n'utiliserons que rarement le terme sang-mêlé puisqu'il possède souvent une connotation négative dans l'histoire canadienne.
- 2. La Labrador Metis Association utilise aussi le terme Metis pour englober les personnes dont l'ascendance est en partie inuit mais qui se sont affiliées avec d'autres Métis de souche indienne et non indienne.
- 3. L.R.C. 1985, ch. I-5. Pendant bien des années, la loi empêchait expressément quiconque s'était prévalu des certificats d'argent ou leurs descendants de s'inscrire, mais n'excluait pas les enfants des mariages mixtes pour autant que le père était indien et inscrit et que les parents étaient légalement mariés. Cet obstacle a été éliminé par les modifications apportées en 1985 au moyen du projet de loi C-31, ainsi que la discrimination sexuelle antérieure. Par conséquent, bon nombre de Métis ne peuvent obtenir le statut d'Indien inscrit, mais un certain nombre le sont déjà.
- 4. Antoine Lussier, «The Questions of Identity and the Constitution: The Metis of Canada in 1984», *Aspects of Canadian Metis History*, Ottawa, Affaires indiennes et du Nord canadien, 1985, 1, p. 1.
- 5. *Ibid.*, pp. 1 et 2. Les définitions sont les suivantes :
 - a) Une personne d'origine indienne et européenne;
 - b) Une personne qui se considère comme métisse;
 - c) Un Indien émancipé;
 - d) Une personne qui a reçu un certificat d'argent dans les années 1870 et 1880;
 - e) Une personne qui s'identifie à un groupe qui se dit métis;

- f) Un autochtone qui n'est pas un Indien inscrit;
 g) Dans certaines sections de la Manitoba Metis Federation, un non-autochtone peut appartenir à la Fédération s'il est marié à un Métis. Dans les registres administratifs de l'organisation, cette personne est alors comptée comme une métisse.
6. L'Union nationale métisse de Saint-Joseph du Manitoba, *ibid.*, pp. 2 et 3.
 7. *Ibid.* M. Lussier a témoigné dans une affaire entendue récemment au Manitoba qui concernait les droits ancestraux de chasse, *R. v. McPherson*, [1992] 4 C.N.L.R. 144, soulignant que 93 000 personnes s'identifiaient comme métisses dans l'ouest du Canada selon le recensement de 1982. Il estimait que le nombre réel atteignait près de 300 000 personnes. Il a déclaré (à la page 150) qu'il est impossible de s'entendre sur la définition d'un Métis.
 8. Voir Conseil national des autochtones du Canada, «A Statement of Claim Based on Aboriginal Title of Metis and Non-Status Indians» (Ottawa, CNAC, 1979), pp. 1-8. On y fait état de revendications métisses allant du Québec à la Colombie-Britannique et jusqu'aux deux territoires.
 9. Bryan Schwartz examine le départ des organisations métisses des Prairies dans son ouvrage intitulé *First Principles, Second Thoughts: Aboriginal Peoples, Constitutional Reform and Canadian Statecraft* (Montréal, Institut de recherche en politiques publiques, 1986), pp. 91-93. Il aborde le problème de la définition à la page 92, en précisant que bon nombre de Métis de l'ouest du Canada adoptent une définition nationaliste plutôt que raciale fondée sur la nation métisse ayant vu le jour dans l'ouest du Canada au XIX^e siècle.
 Antoine Lussier traite aussi de cette question dans «The Metis and the Non-Status Indians, 1967-1984», et dans «Metis and the Indians, 1960-1984», *Aspects of Canadian Metis History*, *supra*, note 4, p. 54. Il mentionne que les dirigeants du Ralliement national des Métis faisaient aussi partie des anciens organismes provinciaux qui représentaient alors toujours les Indiens non inscrits. Par conséquent, les membres de l'organisme national, le Conseil national des autochtones du Canada, étaient divisés sur une question qui n'avait pas encore été résolue par les organismes provinciaux affiliés.
 10. Donald Purich, *The Metis* (Toronto, James Lorimer and Co., 1988), p. 13.

11. Metis Nation Accord, le 6 octobre 1992, article 1.
12. «Draft Constitution of the Government and People of the Metis Nation», partie I, article 6, Constitutional Session Briefing Book, le 1^{er} février 1993, discuté par le RNM du 5 au 7 février 1993, à Vancouver.
13. Lussier, *supra*, note 4, p. 4.
14. Alexander Morris, *The Treaties of Canada with the Indians of Manitoba and the Northwest Territories* (Toronto, Belsford Clarke and Co., 1880; réimpression Coles, 1979). L'auteur fait référence aux traités Robinson-Supérieur et Robinson-Huron à cet égard, pp. 16-21.
15. *Indian Treaties and Surrenders from 1680 to 1890 in Two Volumes* (Ottawa, Queen's Printer, 1891, réimprimé en 1905), vol. 1, p. 308.
16. David McNab, «Métis and the Treaty-Making Process in Ontario», communication inédite destinée au colloque sur les Métis tenu à l'Université de la Saskatchewan le 5 mai 1984. Une version modifiée de ce document a été par la suite publiée sous le titre de «Metis Participation in the Treaty-Making Process in Ontario: A Reconnaissance» (1985), 1 *Native Studies Review* No. 2.
17. *Ibid.*, McNab décrit les négociations et les circonstances entourant le Traité n° 3 dans un article intitulé «Hearty Co-operation and Efficient Aid, the Metis and Treaty #3», (1983) 3 *Can. J. Native Studies*, p. 131.
18. Morris, *supra*, note 14, pp. 294 et 295.
19. Décrit dans l'ouvrage d'Olive Patricia Dickason, *Canada's First Peoples* (Toronto, McClelland & Stewart, 1992), pp. 316-319.
20. *Ibid.*, pp. 317 et 318.
21. Richard Daniel, *A History of Native Claims Processes in Canada 1867-1979*, Ottawa, Affaires indiennes et du Nord canadien, 1980, p. 25.
22. L'histoire de la Commission Ewing est décrite dans Dickason, *supra*, note 19, pp. 359-365, et dans Fred Martin, «Federal and Provincial Responsibility in the Metis Settlements of Alberta»,

dans *Aboriginal Peoples and Government Responsibility: Exploring Federal and Provincial Roles*, sous la direction de D. Hawkes (Ottawa, Carleton University Press, 1989), pp. 258-263.

23. Martin, *ibid.*, p. 260.
24. L.A. 1938, ch. 6, al. 2a).
25. L.A. 1940, ch. 6.
26. T. Pocklington, «Our Land — Our Culture — Our Future: The Government and Politics of Alberta Metis Settlements», manuscrit inédit, Université de l'Alberta, 1988, p. 11, cité dans Martin, *supra*, note 18, pp. 260 et 261. Une version de ce document a été publiée sous le titre *The Government and Politics of the Alberta Metis Settlements* (Regina, Canadian Plains Research Centre, Université de Regina, 1991).
27. *Le Petit Robert 1, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française* (Paris, Le Robert, 1983), p. 1192.
28. *Harrap's Shorter Dictionnaire anglais-français / French-English Dictionary* (Londres, Harrap Ltd., 1982), p. 471.
29. On retrouvera dans Lussier, précité à la note 4, pp. 6-12, certaines descriptions des gens désignés par le terme «Métis». Émanant principalement des colons, ces descriptions ne sont pas toujours flatteuses.
30. Voir Lussier, *ibid.* Voir également Alan D. McMillan, *Native Peoples and Cultures of Canada* (Toronto, Douglas and McIntyre, 1988), p. 273 et J.R. Miller, *Skyscrapers Hide the Heavens* (Toronto, University of Toronto Press, 1989), p. 126. Les trois auteurs soulignent la distinction entre les Métis, d'une part, et les gens nés au pays, d'autre part, tout en précisant que la première catégorie englobe désormais les membres de la dernière. L'exemple est donné par Purich, précité à la note 10, et Catherine Bell dans l'article intitulé «Who Are the Metis People in Section 35(2)?» [1991] 29 *Alta. L. Rev.* 351. Ces deux derniers auteurs discutent de la question métisse d'une façon relativement vaste sans utiliser la distinction qu'on faisait à l'origine entre les Métis francophones et les *half-breeds* anglophones.
31. Purich, *supra*, note 10, décrit ce qui suit à cet égard (p. 15) :

[TRADUCTION] La naissance d'une population mixte n'est pas un phénomène particulier au Canada. En effet, dans bon nombre de pays de l'Amérique du Sud et de l'Amérique centrale, le peuple mixte forme une partie importante de la population. Ainsi, en Équateur, les Mestizo, terme hispano-américain désignant les personnes d'origine mixte, constituent le groupe racial le plus important du pays, représentant 45 % des 8 millions d'habitants. La population mixte canadienne est unique en son genre dans le sens où elle a acquis une identité culturelle et politique bien distincte. Les membres de cette population n'ont pas cherché à être indiens et, contrairement à ce qui se passait dans bon nombre de pays sud-américains, ils n'aspiraient pas non plus à devenir blancs.

Les populations mixtes distinctes ont vu le jour dans nombre de régions d'Afrique et d'Asie visées par l'exploration et la colonisation des Blancs. Le terme «eurasien», par exemple, témoigne des rapports entre les Européens et les Asiatiques. À cet égard, voir également Bradford W. Morse et Robert K. Groves, «Canada's Forgotten Peoples: The Aboriginal Rights of Metis and Non-Status Indians» (1987) 2 *Law & Anthropology* 139.

32. De nombreux chefs des tribus qui ont eu une importance historique n'étaient pas des Indiens «pur sang», notamment William McIntosh, des Cris, John Ross, des Cherokees, Osceola, des Seminoles, Quanah Parker, des Comanches, etc. Murial H. Wright, dans *A Guide to the Indian Tribes of Oklahoma* (Norman, University of Oklahoma Press, 1986) mentionne aux pages 61 et 62 le fait que nombre de membres influents de la nation cherokee étaient de sang mêlé :

[TRADUCTION] L'évolution remarquable des Cherokees en tant que peuple a été rendue possible principalement grâce à l'influence de familles d'origine mixte irlandaise, allemande, anglaise, galloise ou écossaise dont les ancêtres s'étaient installés dans les régions occupées par la nation cherokee et avaient épousé des femmes cherokees au XVIII^e siècle. Il s'agissait notamment des Adair, Vann, Chisholm, Ward, Hicks, Reese, Wickett, Fields, Ross, Lowry et Rogers ainsi que de familles tribales bien connues dont les descendants ont joué un rôle de premier plan dans l'histoire des Cherokees. Nombre d'entre eux étaient agriculteurs et négociants, et ils étaient aussi propriétaires de demeures imposantes, possédaient des esclaves noirs et d'importants troupeaux de bestiaux en 1800.

Aux États-Unis, la question des *half-bloods* en tant que catégorie distincte des unités tribales n'a pas été soulevée comme au Canada, parce que les tribus sont des entités politiques distinctes assimilées par le législateur à des nations internes dépendantes qui pouvaient définir leurs effectifs. Les codes tribaux ne permettent pas nécessairement de conclure à l'existence d'une définition uniforme, mais celle-ci s'appuyait généralement sur la pureté du sang ou les liens de parenté. Il était important que la tribu accepte une personne comme un de ses membres, que cette personne soit ou non inscrite en bonne et due forme sur la liste de la tribu et peu importe qu'elle soit indienne à 100 % ou non. Une personne qui serait probablement classée comme Métis ou Indien non inscrit au Canada serait souvent acceptée comme membre d'une tribu aux États-Unis.

Pour la plupart des services fédéraux, jusqu'au Bureau of Indian Affairs, le terme Indien désigne quiconque possède au moins un quart de sang indien, est membre d'une tribu reconnue par les autorités fédérales et vit dans une réserve ou près d'une réserve. D'autres textes législatifs fédéraux s'appuient parfois sur la pratique de la tribu, suivent la pratique du BIA et imposent une quantité plus ou moins élevée de sang indien ou, comme ci-dessous, imposent l'appartenance à un groupe désigné. L'*Indian Reorganization Act* de 1934 [25 U.S.C., art. 479] définit le terme Indien d'une manière qui s'appuie sur la pratique de la tribu, l'adhésion à un groupe d'Indiens désigné à une date donnée et une pureté simple :

[TRADUCTION] Le terme Indien utilisé dans la présente loi inclut toute personne d'ascendance indienne qui est membre d'une tribu indienne reconnue relevant de l'autorité fédérale ainsi que toutes les personnes qui sont les descendants des membres d'une telle tribu qui, au 1^{er} juin 1934, résidaient dans les limites actuelles d'une réserve indienne; il englobe toute autre personne qui possède au moins 50 % de sang indien. Aux fins de la présente loi, les Inuit et autres peuples autochtones de l'Alaska sont considérés comme des Indiens.

Les programmes offerts aux Indiens par certains États utilisent généralement une règle de pureté établie à un quart, mais cette proportion est fixée par l'État concerné.

33. Alvin Kienetz, «The Rise and Decline of Hybrid (Métis) Societies on the Frontier of Western Canada and Southern Africa», (1983) 3 *Can. J. Native Studies* 3.

34. S.C. 1870, ch. 3. Pour un examen approfondi d'excellente qualité sur ce texte législatif, son contexte, la façon désastreuse dont il a été mis en oeuvre, ainsi que les nombreuses contraventions dont il a été l'objet, voir Paul L.A.H. Chartrand, *Manitoba's Metis Settlement Scheme of 1870* (Saskatoon, Native Law Centre, Université de la Saskatchewan, 1991).
35. S.C. 1879, ch. 31.
36. Voir par exemple Duke Redbird, *We Are Metis* (Toronto, Ontario Metis and Non-Status Indian Association, 1980), qui souligne à cet égard à la page 1 qu'il y avait des gens d'origine mixte depuis au moins le milieu du XVII^e siècle, soit neuf mois avant que le premier homme blanc débarque en Amérique du Nord.
37. Nicholas Denys, *The Description and Natural History of the Coasts of North America (Acadia)*. La traduction en question a été effectuée en 1908 par la Champlain Society. Le dernier chapitre de cette traduction est reproduit dans H.F. McGee, dir., *The Native Peoples of Atlantic Canada* (Ottawa, Carleton University Press, 1983), pp. 38-44. L'auteur note à la page 43 que les enfants issus de l'union de Français et d'Indiennes étaient adoptés par la famille d'un homme micmac qui mariait la mère une fois qu'elle n'avait plus aucun rapport avec l'homme blanc.
38. R.E. Gaffney, G.P. Gould, A.J. Semple, *Broken Promises: The Aboriginal Constitutional Conferences* (Fredericton, New Brunswick Association of Metis and Non-Status Indians, 1984), p. 62.
39. Morris, *supra*, note 14.
40. Purich, *supra*, note 10, pp. 9-11.
41. Thomas Flanagan, «The Case Against Metis Aboriginal Rights», (1983) IX:3 *Canadian Public Policy* 314. Dans un article subséquent, l'auteur précise son point de vue, reconnaissant certains droits territoriaux aux Métis en raison du titre indien, mais sans qu'il y ait apparemment équivalence. Voir Thomas Flanagan, «The History of Metis Aboriginal Rights: Politics, Principle, and Policy», (1990) 5 *Can. J. Law & Soc.* 71.
42. Schwartz, *supra*, note 9.

43. L.R.A. 1970, ch. 233 (modifiée en 1982, ch. 26), art. 2. Cette loi a été abrogée en 1990 dans le cadre des textes législatifs connus sous le titre de «Alberta Metis Settlements Accord». Voir la note 56, ci-dessous.
44. Douglas Sanders, «Prior Claims: Aboriginal People in the Constitution of Canada» dans S.M. Beck et I. Bernier, dir., *Canada and the New Constitution: The Unfinished Agenda*, vol. 1 (Montréal, Institut de recherche en politiques publiques, 1983) 227, p. 254.
45. William Pentney, *The Aboriginal Provisions in the Constitution Act, 1982* (Saskatoon, Université de la Saskatchewan, 1987), p. 100.
46. Bell, *supra*, note 30, p. 352. L'auteur énumère divers termes désignant les peuples autochtones : Indiens, Indiens inscrits, Indiens non inscrits, Indiens visés par un traité, Indiens non visés par un traité, Inuit, Métis, sang-mêlé, nation métisse et Indiens citadins.
47. *Ibid.*, p. 376.
48. *Ibid.*, p. 379.
49. Lussier, *supra*, note 4, p. 12. À cet égard, il mentionne ce qui suit :
[TRADUCTION] Si les propos de Stanley sont valables, ces liens auraient dû garder les nombreux groupes culturels métis unis dans l'adversité. Or, les événements de 1870 et 1885 ont montré que ce n'était pas le cas : de nombreux Métis n'ont pas pris part aux deux insurrections aux côtés de Riel. En 1910, les Métis de White Horse Plains, de Saint-Laurent et ceux de Kildonan n'ont pas soutenu Riel. En 1885, Fr. Morice a prétendu que les Métis avaient été obligés de combattre sans quoi ils risquaient d'être immédiatement abattus par les soldats de Riel.

Les témoignages parlementaires et judiciaires associés aux troubles survenus à rivière Rouge en 1812-1819 appuient les deux côtés du débat visant à déterminer si les Métis se voyaient comme une entité distincte. Le témoignage de trois commentateurs est cité brièvement dans Jennifer Brown, «Woman as Centre and Symbol in the Emergence of Metis Communities», (1983) 3 *Can. J. Native Studies* 39, p. 43. Voir également l'introduction qu'elle a rédigée avec Jacqueline Peterson dans l'ouvrage qu'elles ont dirigé, *The*

New Peoples, Being and Becoming Metis in North America
(Winnipeg, University of Manitoba Press, 1985).

50. Sanders, *supra*, note 44, p. 255.
51. Par exemple, *R. v. Laprise*, [1978] 6 W.W.R. 85 (C.A. Sask.)
décision suivie de *R. v. Budd*; *R. v. Crane*, [1979] 6 W.W.R. 450
(C.B.R. Sask.).
52. Par exemple, *The Queen v. Thomas Chevrier*, [1989] 1 C.N.L.R.
128 (C.D. Ont.).
53. *Supra*, note 43.
54. L.A. 1990, ch. M-14.3.
55. *Ibid.*, al. 1j).
56. La *Metis Settlements Act* fournit le cadre nécessaire à l'exercice de
pouvoirs vastes mais délégués en matière d'autonomie
gouvernementale visant les peuplements métis. Elle a fait partie
d'un ensemble de textes législatifs conçus pour régler certains
problèmes de longue date. Les autres lois étaient la *Metis
Settlements Land Protection Act*, L.A. 1990, ch. M-14.8; la *Metis
Settlements Accord Implementation Act*, L.A. 1990, ch. M-14.5; et
la *Constitution of Alberta Amendment Act*, 1990, L.A. 1990, ch.
C-22.2. Cette dernière ne sera pas promulguée tant que le
Parlement du Canada n'adoptera pas une résolution parallèle afin
de mettre en oeuvre la modification constitutionnelle.
57. Certaines des approches sont énoncées brièvement dans Bradford
W. Morse, «The Aboriginal Peoples in Canada», dans *Aboriginal
Peoples and The Law: Indian, Metis and Inuit Rights in Canada*,
sous la direction de B. Morse (Ottawa, Carleton University Press,
1986, nouvelle édition 1989), p. 3. Brian Slattery traite de la
question dans «Understanding Aboriginal Rights», (1987) 66 *R. du
B. can.* 727, p. 757 :
[TRADUCTION] Afin de déterminer si un certain groupe est
constitué d'autochtones, il faut prendre en considération
divers facteurs, notamment : a) l'identité que se donnent les
membres, dont témoignent leurs gestes et leurs
déclarations; b) la culture et le mode de vie du groupe; c)
l'existence de normes ou de coutumes semblables à celles
d'autres peuples autochtones; c) la composition génétique
du groupe.

58. Voir *supra*, note 32.
59. S.C. 1869, ch. 6, art. 4 (31-32 Vict.).
60. S.C. 1876, ch. 18.
61. S.R.C. 1970, ch. I-16, art. 12.
62. Morris, *supra*, note 14.
63. S.C. 1951, ch. 29, art. 11.
64. Dickason, *supra*, note 19.
65. Le propre rapport du gouvernement fédéral fait état de certains problèmes : Affaires indiennes et du Nord canadien, *Examen du Secteur des revenus et de la fiducie : Rapport de la Phase II* (Ottawa, ministère des Approvisionnements et Services, 1990), pp. 134 et 135.
[TRADUCTION] Bon nombre des collectivités visitées soulignent que le projet de loi C-31 n'a pas réussi à éliminer la discrimination contenue dans la *Loi sur les Indiens*. De fait, certaines dispositions discriminatoires demeurent ou ont été créées par suite de ce projet de loi.
Selon la nouvelle loi, les enfants de femmes indiennes réinscrites doivent se marier avec un Indien inscrit ou avoir un enfant d'un Indien inscrit afin de transmettre leur statut à leurs propres enfants. Ce n'est pas le cas des hommes indiens, même s'ils ont épousé une femme non indienne. En effet, les enfants de ce mariage peuvent transmettre leur statut, peu importe qui ils épousent.
En outre, les enfants illégitimes des hommes indiens inscrits sont traités différemment par la Loi selon leur sexe. Ainsi, les garçons illégitimes peuvent transmettre leur statut à leurs propres enfants issus d'un mariage avec une femme non inscrite, mais les filles illégitimes ne peuvent le faire si elles épousent un homme non inscrit ou si elles ont un enfant de cet homme. Certaines collectivités indiennes ont maintenu que, par suite de cette disposition, les enfants non indiens adoptés par des Indiens inscrits peuvent jouir davantage de droits que les enfants d'origine indienne réinscrits ou inscrits en vertu du projet de loi C-31.
66. *R. v. McPherson*, *supra*, note 7, p. 149; juge Gregoire.

67. Pour un examen plus détaillé, voir Bradford W. Morse, *Aboriginal Self-Government in Australia and Canada* (Kingston, Institute of Intergovernmental Relations, Université Queen, 1985).
68. Une telle démarche correspondrait aussi à la politique fondamentale adoptée aux États-Unis pour définir un Indien en droit :
- [TRADUCTION] Malgré la diversité dont on doit tenir compte dans la définition d'un Indien, il est quand même pratique aux fins juridiques de considérer comme indienne toute personne qui satisfait à deux critères : a) certains de ses ancêtres ont vécu sur le territoire qui constitue maintenant les États-Unis avant sa découverte par les Européens, et b) elle est reconnue comme indienne par sa tribu ou sa communauté. (Rennard Strickland *et al.*, dir., *Felix Cohen's Handbook of Federal Indian Law*, Charlottesville, The Michie Company Law Publishers, 1982, p. 20)
69. À cet égard, William Pentney soulève les difficultés suivantes :
- [TRADUCTION] Il est bien connu que le processus de qualification de mesures législatives en vue d'effectuer un partage de pouvoirs est une tâche difficile. Les compétences législatives provinciales et fédérales qui, en plus d'être concomitantes, se chevauchent occasionnellement et qui étayent le système fédéral donnent naissance à un cadre complexe dont les paramètres évoluent et s'adaptent avec le temps. En ce qui a trait au paragraphe 91(24), ces problèmes sont amplifiés par la confusion qu'entraînent le double aspect du paragraphe 24 (les «Indiens» et les «terres réservées pour les Indiens»), la composition et la distribution changeante du groupe concerné ainsi que la pertinence, à l'égard de cette disposition attributive de compétences, de la relation qui existait antérieurement entre les peuples autochtones et la Couronne britannique. (William Pentney, «Aboriginal Peoples and Section 91(24) of the Constitution Act, 1867», document préliminaire inédit préparé pour le comité spécial sur le droit des autochtones de l'Association du Barreau canadien, avril 1988, pp. 19 et 20.
70. [1974] R.C.S. 1349, p. 1359 :
- À mon avis, la compétence législative exclusive assignée au Parlement en vertu du par. (24) de l'art. 91 n'aurait pu efficacement être exercée sans que soient adoptées des lois

prescrivant les qualités requises pour qu'une personne ait droit au statut d'Indien et à l'usage et aux avantages des «terres (de la Couronne) réservées pour les Indiens».

71. [1976] 1 R.C.S. 170.
72. *Ibid.*, p. 207.
73. *Ibid.*, pp. 206 et 207.
74. Schwartz, *supra*, note 9, p. 177.
75. *In the Matter of a Reference as to Whether the Term "Indians" in Head 24 of section 91 of the British North America Act, 1867, includes Eskimo Inhabitants of the Province of Québec*, [1939] S.C.R. 104. Cet arrêt est couramment appelé *Re Eskimos*.
76. Cet arrêt est examiné par Richard Diubaldo dans l'article intitulé «The Absurd Little Mouse: When Eskimos Became Indians», (1981) 16 *J. Can. Studies* 34. L'auteur signale, à la page 36, que le ministère de la Justice, et plus particulièrement les avocats de pratique privée dont il avait retenu les services, étaient d'avis que la preuve du gouvernement fédéral n'était pas très convaincante et qu'il ne paraissait pas avisé d'engager les dépenses requises pour renvoyer cette question devant la Cour suprême du Canada.
77. [1973] R.C.S. 313.
78. Le pourvoi interjeté dans l'affaire *Calder* a finalement été rejeté, mais pour des motifs relevant de la procédure. Parmi les juges de la Cour suprême, six ont reconnu que le titre ancestral était toujours une notion importante en droit canadien. Toutefois, le point sur lequel ils étaient en désaccord portait sur l'origine de cette notion et sur son extinction éventuelle en raison des mesures législatives adoptées en Colombie-Britannique avant la Confédération. Par la suite, dans l'arrêt *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, sept juges de la Cour suprême du Canada ont affirmé qu'il s'agissait d'un droit reconnu par la common law. Le juge en chef de l'époque, le juge Dickson, a été très explicite sur l'existence de ce lien. Il a déclaré, à la page 376, que dans l'arrêt *Calder* «cette Cour a reconnu le titre aborigène comme un droit, en common law, découlant de l'occupation et de la possession historiques par les Indiens de leurs terres tribales». Mesure lourde de sens, immédiatement après la décision *Calder*, le gouvernement canadien est revenu sur sa position de principe antérieure en niant

l'existence de droits ancestraux et en rétablissant le processus de négociation des traités sous l'expression «revendications globales».

79. La tendance du gouvernement fédéral à ne pas vouloir assumer ses obligations constitutionnelles envers les Indiens est décrite de manière plus détaillée dans Bradford W. Morse, «Governmental Obligations, Aboriginal Peoples and Section 91(24) of the *Constitution Act, 1867*» dans D. Hawkes, dir., *Aboriginal Peoples and Government Responsibility*, précité à la note 22, pp. 59 à 91.
80. Une description plus détaillée de ces moyens est donnée par Linda Rayner dans «The Creation of a 'Non-Status' Indian Population by Federal Government Policy and Administration» (document de recherche inédit préparé en 1978 par le Conseil national des autochtones du Canada).
81. Le mécanisme des revendications globales, inauguré en 1973, n'exigeait pas que les provinces participent au processus même de négociation. Toutefois, pour exiger la coopération des provinces au début du processus, le gouvernement fédéral s'est appuyé sur le fait que la plupart des terres inoccupées de la Couronne sont la propriété de la Couronne du chef de chacune des provinces concernées selon l'article 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, la *Loi constitutionnelle de 1930* ou certaines dispositions particulières d'ententes territoriales. L'adoption du paragraphe 35(3) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui a eu pour effet d'assimiler l'ensemble de ces accords territoriaux à des dispositions constitutionnelles, est venue étayer cette prétention. De l'avis du gouvernement fédéral, cette situation justifiait l'exigence voulant que les provinces participent à la négociation et à la ratification.
82. Au moins, les autorités gouvernementales fédérales reconnaissent maintenant qu'il existe des droits authentiques visés par l'article 35. Apparemment, dès que cette disposition a été inscrite dans la Constitution, le gouvernement fédéral a cru qu'elle n'offrait à peu près rien à reconnaître ou à confirmer. Bref, qu'il s'agissait d'une «boîte vide». Douglas Sanders va au coeur de la position initialement adoptée par les autorités fédérales lorsqu'il rapporte l'anecdote suivante :

[TRADUCTION] Ian Binnie, alors une figure marquante du ministère fédéral de la Justice, s'est fait demander quels étaient, à son avis, les droits protégés par l'article 35. On lui avait posé cette question dans le cadre d'une réunion ministérielle tenue en préparation de l'une des conférences des premiers ministres sur les questions constitutionnelles

autochtones. M. Binnie a répondu en donnant l'exemple suivant : les Indiens ont le droit de céder leurs terres. Cette déclaration a fait rire les personnes présentes tant elle était absurde. Le gouvernement fédéral venait d'utiliser la doctrine de la «boîte vide». La boîte que représentait l'article 35 devait protéger des droits; malheureusement, celle-ci était vide. (Douglas Sanders, «The Supreme Court of Canada and the 'Legal and Political Struggle Over Indigenous Rights», (1990) XXII 3 *Can. Ethnic Studies* 122, p. 125.)

83. Voir, par exemple, la *Sechelt Indian Government District Enabling Act*, L.C.-B.. 1987, ch. 16.
84. Ces divers textes législatifs sont décrits par J. Leslie et R. Maguire, dir., dans *Historique de la Loi sur les Indiens* (ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, Ottawa, 1980), pp. 17 à 67.
85. Cette évolution est décrite par John Tobias dans le document intitulé «Protection, Assimilation, Civilization: An Outline History of Canada's Indian Policy» dans J.R. Miller, dir., *Sweet Promises: A Reader on Indian-White Relations in Canada* (Toronto, University of Toronto Press, 1991), p. 127.
86. Les directeurs de l'*Historique de la Loi sur les Indiens*, précité à la note 84, font allusion à cette possibilité à la page 41 de leur ouvrage : «Par suite de l'expérience de Manitoulin et d'entreprises analogues aux États-Unis, la séparation des Indiens de la société "blanche" n'était pas considérée comme un objectif souhaitable.» En outre, ils signalent à la page 38 que le premier texte législatif relatif à l'émancipation prévoyait des mesures propres à encourager les Indiens à s'émanciper volontairement. En effet, on pouvait leur attribuer un titre de propriété libre sur des terres de réserve, jusqu'à concurrence de 50 acres, ainsi qu'une somme d'argent relativement élevée.
Les directeurs de *Felix Cohen's Handbook*, précité à la note 68, décrivent à la page 128 le mécanisme d'attribution de terres comme un des éléments de la politique d'assimilation adoptée par les États-Unis pour inculquer aux Indiens la valeur de la propriété privée, d'une part, et libérer des terres indiennes «excédentaires» pour les colonies non indiennes, d'autre part. Le mécanisme d'attribution de terres utilisé dans ce pays a été marqué par une longue et tragique évolution qui, on peut le présumer, était connue des responsables de l'élaboration des politiques au Canada. Cette

évolution est brièvement décrite de la façon suivante aux pages 129 et 130 :

[TRADUCTION] La notion d'attribution de terres n'était pas nouvelle : des terres indiennes avaient été attribuées dès 1633. Le mécanisme d'attribution avait connu une évolution et il gagnait en popularité depuis un certain temps [...]

Plus tard, l'attribution de terres a été utilisée comme une façon de mettre fin à l'existence des tribus. Les attributaires cédaient leurs droits dans les biens de la tribu et devenaient des citoyens assujettis à la compétence de l'État et à celle des autorités gouvernementales fédérales. Pendant les années 1850, ce morcellement des terres et de l'existence tribales s'est généralisé. Ces exercices d'attribution de terres ont par la suite servi comme modèle pour l'adoption de nouveaux textes législatifs.

Aux États-Unis, la principale tentative visant à détruire le fondement même de l'existence tribale distincte a eu lieu en 1887 avec l'adoption de la *General Allotment Act* (25 U.S.C. art. 331 à 334, 339, 341, 342, 349, 354 et 381), connue sous le titre *Dawes Act*. Ce texte législatif prévoyait l'attribution obligatoire des terres tribales détenues collectivement. Les directeurs de *Felix Cohen's Handbook*, *ibid.*, énoncent, à la page 132, que [TRADUCTION] «les philanthropes de l'Est voulaient civiliser les Indiens tandis que les colons de l'Ouest voulaient des terres indiennes». La politique et le mécanisme d'attribution de terres sont décrits par Janet A. McDonnell dans *The Dispossession of the American Indian 1887-1934* (Bloomington, Indians University Press, 1991).

87. S.C. 1857, ch. 26 (20 Vict.). Dans son ouvrage intitulé «The Early Indian Acts: Developmental Strategy and Constitutional Change», dans *Sweet Promises*, précité à la note 85, pp. 147 et 148, John S. Milloy affirme que l'adoption de ce texte législatif a entraîné trois conséquences défavorables :

[TRADUCTION]

- Elle a créé une contradiction constitutionnelle en permettant qu'une partie des terres indiennes détenues collectivement et protégées par l'Empire soit accaparée à la suite de l'émancipation sans respecter le processus fixé dans la *Proclamation royale de 1763*.
- Elle a marqué la transition d'un mode de vie indien, collectif et protégé, à l'assimilation graduelle des Indiens et au morcellement des terres détenues en commun.
- Elle a donné naissance à une crise dans les rapports entre les chefs des tribus et les autorités coloniales à cause de la

rupture de l'association qui, de façon générale, connaissait une évolution favorable et qui avait existé depuis les années 1830 entre les représentants du ministère, les missionnaires et les conseils des tribus.

88. Un Indien de sexe masculin, âgé de plus de 21 ans, de bonnes moeurs, sobre et sachant lire et écrire, pouvait s'émanciper après avoir subi un examen et avoir été déclaré apte par trois commissaires. Il recevait une partie des terres de la bande qui étaient situées à l'intérieur de la réserve, ainsi que sa part des fonds de la bande. Dans les faits, le droit d'exercer l'émancipation était fonction du respect des exigences législatives fédérales et provinciales en matière de propriété en vigueur à ce moment-là. Par conséquent, il n'y avait aucun droit de vote automatique. L'épouse et les enfants mineurs non mariés d'un Indien émancipé obtenaient automatiquement l'émancipation.
89. *Supra*, note 59.
90. *Supra*, note 60.
91. L'évolution qu'ont connue ces dispositions jusqu'en 1951 est examinée par Rayner, précité à la note 80, pp. 19 à 36.
92. Dans son texte intitulé «Canada's Subjugation of the Plains Cree, 1879-1885», dans *Sweet Promises*, précité à la note 85, John Tobias appuie cette prétention de la façon suivante à la page 213 :
[TRADUCTION] Ceux qui propagent le mythe voudraient nous faire croire que le Canada a commencé à négocier des traités avec les Indiens de l'Ouest en 1871 dans le cadre d'un plan global visant à exploiter le potentiel agricole de cette région, à défricher le territoire en vue de la construction d'un chemin de fer et à unir les Prairies au reste du Canada au moyen d'un réseau de liens commerciaux et économiques. Bien qu'il y ait un élément de vérité dans ces déclarations, il n'en demeure pas moins que, en 1871, le Canada n'avait aucune intention de traiter avec les Indiens. En effet, les traités conclus à cette époque n'ont pas été négociés grâce à l'initiative du Canada, mais bien grâce à l'insistance des Ojibwas de North-West Angle et des Saulteaux de la minuscule province du Manitoba. Pourtant, dans l'interprétation traditionnelle de ces événements, on néglige de préciser que la bande de Saulteaux de Yellow Quill's renvoyait les colons qui tentaient d'aller à l'ouest de Portage la Prairie et que

d'autres chefs sauteaux insistaient pour faire appliquer le traité Selkirk ou, plus souvent, pour négocier un nouveau traité. On passe également sous silence le fait que les Ojibwas de North-West Angle exigeaient des loyers et avaient menacé d'être violents envers les colons éventuels qui traverseraient leur territoire ou en feraient usage si les droits territoriaux des Ojibwas n'étaient pas reconnus. Cette pression ainsi que la crainte des actes de violence que pourraient commettre les Ojibwas sont les véritables motifs ayant poussé le gouvernement à entamer le processus de négociation des traités.

Il est intéressant de signaler que le même argument pourrait être invoqué en ce qui concerne les Métis du Manitoba puisque le gouvernement fédéral a négocié la création d'une nouvelle province uniquement en raison de la pression exercée par les autorités gouvernementales provisoires.

93. Alexander Morris confirme ces faits dans son ouvrage précité à la note 14.
94. Le fait que ce soient les Indiens qui aient pris des mesures pour forcer le gouvernement à agir est appuyé par Dickason, précité à la note 15, p. 275; par John Taylor dans son texte intitulé «Canada's North-West Indian Policy» dans *Sweet Promises*, précité à la note 80, p. 207, de même que par Peter A. Cumming et Neil H. Mickenberg, dir., dans *Native Rights in Canada* (Toronto, General Publishing Co. Ltd., 1972, 2^e éd.), pp. 120 et 121.
95. *Supra*, note 75.
96. Pour une étude récente sur cette question et sur les conséquences qu'elle a eues sur les Innus, voir le rapport du 18 août 1993 présenté par Donald MacRae sur la plainte déposée par la nation innue auprès de la Commission canadienne des droits de la personne.
97. Voir plus particulièrement le dernier article préparé par M. Flanagan au sujet des Métis, «The History of Metis Aboriginal Rights», précité à la note 41.
98. *Supra*, note 9.
99. De même, Purich, précité à la note 10, constate ce qui suit à la page 62 :

[TRADUCTION] En réponse aux arguments présentés par M. Flanagan, il est possible d'avancer que, peu importe les intentions de M. MacDonald à cette époque, ce dernier a effectivement reconnu les droits des Métis par le simple fait d'avoir pénétré avec eux dans un de leurs peuplements. En droit des contrats, l'intention des parties est rarement pertinente. C'est le libellé du contrat qui en détermine les effets et non l'intention des signataires. De la même manière, les effets que produisent les textes législatifs (par exemple, l'Acte pour constituer le gouvernement de la province de Manitoba) découlent du libellé de ces textes, non de l'intention du législateur. Ce n'est qu'en présence d'un texte très confus que les tribunaux examineront l'intention du gouvernement pour se prononcer sur les effets de celui-ci.

100. *Renvoi relatif au paragraphe 94(2) de la Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1979, chap. 288, modifié par la Motor Vehicle Amendment Act, 1982, (C.-B.), chap. 36, [1985] 2 R.C.S. 486.* La Cour suprême du Canada a rejeté l'interprétation de nature procédurale de l'article 7 de la Charte qu'avaient donnée certains hauts fonctionnaires du ministère fédéral de la Justice qui avaient participé à la rédaction de cette disposition.
101. Clem Chartier, «'Indian': An Analysis of the Term Indian as Used in Section 91(24) of the *British North America Act, 1867*», (1978-1979) 43 *Sask. L. Rev.* 37.
102. Schwartz, précité à la note 9.
103. Les éléments historiques mentionnés par Chartier ont été examinés dans deux affaires. Le juge Ferris de la Cour provinciale de la Saskatchewan tire des conclusions contraires lorsqu'il conclut, dans la décision *R. v. Genereaux*, [1982] 3 C.N.L.R. 95, que les Métis, en 1867, n'étaient pas des Indiens au sens du paragraphe 91(24). Pour sa part, le juge Ayotte de la Cour territoriale des Territoires du Nord-Ouest appuie les conclusions de Chartier dans l'affaire *R. v. Rocher*, [1982] 3 C.N.L.R. 122.
104. *R. v. Genereaux*, *ibid.*, p. 104.
105. *Supra*, note 14.
106. Voir les sources précitées aux notes 14 à 17.
107. S.C. 1850, ch. 42 (13-14 Vict.).

108. J. Tobias, *Sweet Promises*, précité à la note 85, p. 129.
109. O.A. Dickason, précité à la note 19, déclare ce qui suit à la page 250 : [TRADUCTION] «Avec autant de territoire en jeu, il est devenu important de définir le terme "Indien". À l'occasion de l'adoption du texte législatif de 1850 pour le Bas-Canada, on s'est lancé dans cette entreprise sans consulter les Amérindiens [...] On en est vite venu à la conclusion que cette définition était trop étendue.»
110. S.C. 1861, ch. 14, art. 11 (23 Vict.).
111. *Acte pour encourager la Civilisation graduelle des Tribus Sauvages en cette Province, et pour amender les Lois relatives aux Sauvages*, précité à la note 87.
112. 1859, ch. 9 (22 Vict.).
113. S.C. 1868, ch. 42 (31 Vict.).
114. Précité à la note 59. Ce texte législatif prévoit également, à l'article 6, qu'une Indienne «qui se mariera à un autre qu'un Sauvage» perd son statut d'Indienne, ce qui est également vrai pour ses descendants. Toutefois, même si elles perdaient le droit de résidence et leur statut, ces personnes étaient autorisées à partager les fonds de la bande et elles conservaient leurs droits issus de traités.
115. *Supra*, note 60.
116. *Supra*, note 63.
117. (1894) 1 Terr. L. R. (C.S.T.N.-O., jugement rendu à l'audience). Malgré certaines ambiguïtés sur ce point, cette décision est le principal élément sur lequel se fonde cette hypothèse.
118. *Supra*, note 34.
119. S.C. 1874, ch. 20.
120. *Supra*, note 35.

121. Décret daté du 14 décembre 1888 dont la version anglaise est reproduite par T. Flanagan dans «The History of Metis Aboriginal Rights», précité à la note 41.
122. Décret pris le 6 mai 1899 dont la version anglaise est reproduite par T. Flanagan, *ibid.*
123. S.C. 1899, ch. 16, art. 4.
124. Flanagan, «The History of Metis Aboriginal Rights», précité à la note 41, p. 84 : «Le lien de dépendance entre les droits des Métis et ceux des Indiens signifiait que les droits des premiers ne pouvaient être éteints sans que le titre indien dans la même région n'ait été éteint au préalable.»
125. Voir la lettre de 1888 du sous-ministre de l'Intérieur reproduite dans l'ouvrage de Flanagan, *ibid.*, p. 80 :

[TRADUCTION] J'ajouterai, cependant, qu'aussitôt que le gouvernement prendra des dispositions pour négocier la cession des territoires en question avec les Indiens, le ministre prendra les mesures nécessaires pour éteindre en même temps le titre indien accordé aux Métis qui vivaient dans ces territoires le 15 juillet 1870.
126. On attribue ce changement de ton au juge McKenna, secrétaire personnel du ministre de l'Intérieur, qui déclarait dans une lettre officielle en 1899 (Flanagan, *ibid.*, p. 82) :

[TRADUCTION] Par conséquent, il est évident que c'est en vertu de leur sang indien que les Métis jouissent de leurs droits, quels qu'ils soient. Les droits des Indiens et des Métis n'ont pas la même importance, mais ils sont forcément concomitants. Les droits des Métis doivent être maintenus jusqu'à ce que le titre indien soit éteint, auquel cas ils devraient à juste titre être éteints en même temps. Le principe sous-tendant la politique du gouvernement à l'égard des Indiens, telle qu'elle est formulée dans les différents traités, pourrait donc s'énoncer comme suit : lorsque la situation change en raison de la colonisation et que le mode de vie et les moyens de subsistance ordinaires des Indiens en sont touchés, il est à la fois indiqué et équitable — indépendamment de tout titre que ceux-ci peuvent détenir sur une terre — de leur offrir un certain dédommagement. Ce même principe est, et devrait être, le fondement de toute politique relative aux Métis. Lorsque les droits des Indiens dans un territoire donné sont éteints,

ceux des Métis devraient alors l'être aussi, et si le gouvernement n'arrive pas, comme dans le passé, à respecter une telle politique, les droits des Métis devraient être maintenus jusqu'à la date de leur extinction.

127. L'Acte pourvoyant à l'émancipation graduelle des Sauvages, précité à la note 59, est à l'origine de cette politique. Les modifications apportées à la *Loi sur les Indiens* en 1985 par le projet de loi C-31 visaient en partie à corriger cette injustice.
128. L'Acte sur les Sauvages et les terres des Sauvages, précité à la note 110.
129. (1888) 14 App. Cas. 46 (C.P.).
130. *Ibid.*, p. 54.
131. Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, Université McGill, 1985, pp. 144 et 189 respectivement.
132. Voir, par exemple, *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335 et *Delgamuukw et al. v. A.G.B.C.*, [1993] 5 W.W.R. 97 (C.A.C.-B.).
133. Voir l'arrêt *Calder*, précité à la note 77.
134. *Baker Lake c. Le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien*, [1980] 1 C.F. 518.
135. Douglas Sanders, «Aboriginal peoples and the Constitution», (1981) *Alta. L. Rev.* 410, p. 421
136. *Supra*, note 123. Pour une étude sur les nombreuses actions déshonorantes, voire frauduleuses, concernant les certificats d'argent, auxquelles se sont livré des spéculateurs ainsi que les autorités fédérales et provinciales du Manitoba, consulter l'excellente recherche historique de Doug Sprague dans son ensemble, y compris «Government Lawlessness in the Administration of Manitoba Land Claims, 1870-1887» (1979) 10 *Man. L.J.* 415 et Chartrand, précité à la note 34.
137. [TRADUCTION] «Posséder un titre indien, cependant, n'est pas nécessairement la même chose qu'être indien.» Schwartz, précité à la note 7, p. 243.

138. Dans un discours prononcé à la Chambre des communes en 1885, sir John A. Macdonald a déclaré :
[TRADUCTION] Que les Métis aient un droit ou non sur ces terres, n'est pas tant la question; il s'agissait plutôt de conclure une entente avec les habitants de la province; 1 400 000 acres seraient amplement suffisantes pour dédommager ces hommes de ce qu'on a appelé l'extinction du titre indien. Cette expression était incorrecte, car les Métis ne se considéraient pas eux-mêmes comme des Indiens. (*Débats de la Chambre des communes*, le 6 juillet 1885, reproduits dans Flanagan, «The History of Metis Aboriginal Rights», précité à la note 37, p. 74.)
139. Schwartz, précité à la note 9, p. 245.
140. À la Chambre des communes, 15 ans avant le discours cité par Flanagan dans «The History of Metis Aboriginal Rights», précité à la note 41, sir John A. Macdonald aurait parlé comme suit des concessions accordées aux Métis juste deux mois avant l'entrée du Manitoba dans la Confédération :
[TRADUCTION] Ces Métis étaient tout à fait justifiés dans leurs revendications territoriales en vertu de leur origine et en tant que colons. En conséquence, le gouvernement a proposé, en vue de régler ces revendications, de leur réserver 1 400 000 acres. Aucune terre ne serait réservée au profit des spéculateurs blancs, puisqu'elles n'étaient attribuées qu'aux fins du peuplement. Les modalités devaient être fixées par le Parlement qui, de cette manière, montrait qu'il était soucieux des intérêts de ces tribus pour empêcher l'exploitation indue de ces affectations justes et libérales. (*Débats de la Chambre des communes*, 4 mai 1870, cité dans *A Statement of Claim du Conseil national des autochtones du Canada*, précité à la note 8, p. 26.)
141. *Supra*, note 17.
142. Maintenant acceptée en droit canadien, la remarque ayant été formulée par Kenneth Lysik (maintenant le juge Lysik), «The Unique Constitutional Position of the Canadian Indian», (1967) 45 *R. du B. can.* 513, p. 515.
[TRADUCTION] Rien dans le paragraphe 24 ne laisse entendre que la détermination de l'autorité législative à l'égard des Indiens en tant que telle dépend de la question suivante : la loi s'applique-t-elle à un Indien vivant sur les

terres réservées aux Indiens, par opposition à un Indien qui vit en dehors de ces terres?

143. Noel Lyon, «Constitutional Issues in Native Law», précité à la note 57, pp. 408 à 429.
144. *Ibid.*
145. Ce qui rendrait, jusqu'à un certain point, les dispositions sur l'exclusion des Métis énoncées à l'alinéa 3e) de l'*Acte des Sauvages, 1876* (précité à la note 60) équivalentes à celles de l'article 88 de cette même version de la loi, selon laquelle tous les «Sauvages émancipés» qui ont reçu des lettres patentes leur concédant en pleine propriété quelque partie de la réserve «ne seront plus réputés des Sauvages dans le sens des lois relatives aux Sauvages» (à moins de circonstances exceptionnelles, notamment à l'égard des annuités et des intérêts). Toutefois, les Indiens émancipés n'ont pas perdu à l'époque leur droit de participer aux conseils de bande.
146. Dans *R. v. Rocher*, précité à la note 103, le juge Ayotte parle des droits de pêche et de chasse accordés aux Métis dans les Territoires du Nord-Ouest en soulignant (p. 133) [TRADUCTION]: Il se peut que l'approche adoptée par le gouvernement actuel à l'égard des négociations sur les revendications territoriales des Métis, du moins dans les Territoires du Nord-Ouest, soit une façon implicite de reconnaître ce droit.
147. *Supra*, note 4.
148. Sally Weaver, «Federal Difficulties with Aboriginal Rights Demands», dans M. Boldt, J.A. Long et L. Littlebear, dir., *The Quest for Justice* (Toronto, University of Toronto Press, 1985) 139, p. 146.
Vine Deloria Jr., Indien sioux, décrit d'un ton plus mordant le même phénomène dans *Custer Died For Your Sins: An Indian Manifesto* (New York, Avon Books, 1970), et souligne ce qui suit (p. 10) :
[TRADUCTION] Plus nous essayons d'être nous-mêmes, plus nous sommes obligés de défendre ce que nous n'avons jamais été. Le public américain se sent très à l'aise avec l'image mythique et stéréotypée des Indiens qui ont toujours vécu là. Ces Indiens sont farouches, ils portent des plumes et parlent en éructant. La plupart d'entre nous ne correspondons pas à cette image idéalisée puisque nous

n'éruçtons que lorsque nous mangeons trop, c'est-à-dire rarement.

Dans l'édition de 1942 du *Handbook of Federal Indian Law* de Felix Cohen (Washington, U.S. Government Printing Office, 1942), Nathan Margold, dans son introduction à la page xxvii, soulève la question de la culture indienne traditionnelle et de l'adaptation aux sociétés des colons dans une perspective historique :

[TRADUCTION] Comme je l'ai déjà fait observer, les groupes visés par les textes législatifs fédéraux sur les Indiens ont subi, au cours du siècle et demi qui a suivi la création de notre pays, des changements dans leur mode de vie, leurs institutions, leurs besoins et aspirations qui sont beaucoup plus profonds que ceux subis entre notre époque et celle pendant lesquelles Hammaurabi, Moïse, Lycurgue ou Justinien ont légiféré. En l'espace de 150 ans, on a assisté à des transformations dans les relations sociales, politiques et matérielles qui ont mis plus de 30 siècles à s'opérer dans la civilisation européenne.

149. *Supra*, note 30, p. 368.
150. Bell, *ibid.*, pp. 368 et 369. La Cour suprême des États-Unis, à une époque, avait la même notion du mode de vie indien; dans l'arrêt *United States v. Joseph* 94 U.S. 614 (1877), la Cour a statué que les Indiens pueblos du Nouveau-Mexique n'étaient pas vraiment des Indiens au sens juridique, c'est-à-dire que leurs terres n'étaient pas placées sous la protection du gouvernement fédéral. Le fait que les Indiens pueblos occupaient des terres qui leur avaient été concédées en pleine propriété et avaient un mode de vie plus «civilisé» que leurs voisins apaches et navajos semi-nomades a énormément influé sur l'analyse de la Cour. Celle-ci a infirmé son propre jugement à la suite de l'entrée du Nouveau-Mexique dans la fédération américaine en 1912 dans la décision marquante *United States v. Sandoval* 231 U.S. 28 (1913), où elle a soutenu (p. 39) que les Pueblos étaient des Indiens en vertu de leur race, de leurs coutumes et de leur gouvernement intérieur. Ainsi, les Pueblos étant légalement indiens, leurs terres tombaient sous la protection fédérale même s'ils les détenaient en pleine propriété depuis fort longtemps (et malgré le fait qu'ils étaient citoyens américains, contrairement à la plupart des Indiens qui se trouvaient à l'époque dans les limites territoriales des États-Unis).
151. Dans *American Indians, Time, and the Law* (New Haven, Yale University Press, 1987, pp. 68 à 75), Charles Wilkinson se penche

sur le droit à l'évolution des tribus visées par le droit américain sur les Indiens. Il souligne notamment ce qui suit (p. 69) :

[TRADUCTION] Les affaires plus récentes ont permis d'expliquer la promesse du droit à l'évolution dans toute une variété de contextes. La reconnaissance des tribus indiennes comme sociétés toujours vivantes qui s'adaptaient et prenaient de l'expansion a constitué, grâce à l'effet positif de cette reconnaissance sur l'organisation des tribus, une des étapes importantes de l'évolution de la société.

152. [1990] 1 R.C.S. 1075, p. 1093 par le juge en chef Dickson et le juge La Forest :

Loin d'être définie selon le régime de réglementation en vigueur en 1982, l'expression «droits ancestraux existants» doit recevoir une interprétation simple de manière à permettre à ces droits d'évoluer avec le temps. Pour reprendre l'expression du professeur Slattery [...] le mot «existants» laisse supposer que ces droits sont «confirmés dans leur état actuel plutôt que dans leurs simplicité et vigueur primitives». Il est alors évident qu'il faut rejeter une interprétation de la garantie constitutionnelle énoncée au paragraphe 35(1) qui engloberait des «droits figés».

153. *Supra*, note 103.

154. *Supra*, note 117.

155. S.R.C. 1886, ch. 43. La définition d'un Indien dans cette loi était la même que dans la version de 1876 (voir la note 115). La Cour décrit une personne métisse comme suit (précité à la note 117, p. 493) :

[TRADUCTION] La personne répond au nom d'Henry Bear. Les éléments de preuve montrent qu'il est métis puisque son père est un Canadien français et sa mère une Indienne, qu'il appartient à la bande indienne Mus-cow-e-quan, qu'il en est membre, qu'il vit dans la réserve et enfin, qu'il a reçu les sommes visées par le traité pendant un certain nombre d'années dans le passé.

156. *Supra*, note 117, p. 494.

157. *Ibid.*

158. *Ibid.*

159. Il y aurait lieu de souligner, cependant, que le *Code criminel* de 1892 (S.C. 1892, ch. 29) énonce une disposition similaire à l'article 98 interdisant à quiconque de «provoquer les Sauvages ou les Métis à la violence». Dans la *Loi modifiant la Loi des Sauvages* (S.R.C. 1906, ch. 81), cette disposition est éliminée.
160. *Supra*, note 117, p. 495.
161. (1900) 5 Terr. L.R. 580 (C.S.T.N.-O.).
162. (1914) 23 C.C.C. 47 (C.C.N.-É.).
163. Confirmé dans la *Loi constitutionnelle de 1930*.
164. *Loi concernant le transfert des ressources naturelles de la Saskatchewan*, S.C. 1930, ch. 41.
165. Inédit, cour de magistrat de la Saskatchewan, 1^{er} octobre 1971. La décision est reproduite dans B. Slattery et S. Stelck, 7 *Canadian Native Law Cases* (Saskatoon, Native Law Centre, Université de la Saskatchewan, 1988) 391.
166. L.S. 1967, ch. 78.
167. Slattery et Stelck, précité à la note 165, p. 392.
168. *Ibid.*, p. 396.
169. (1972) 32 D.L.R. (3d) 617, p. 622.
170. *Supra*, note 51.
171. *Ibid.*, p. 85.
172. S.R.C. 1927, ch. 98.
173. *Supra*, note 47, p. 88.
174. *R. v. Budd; R. v. Crane*, [1979] 6 W.W.R. 450 (C.B.R. Sask.); Jack Woodward, *Native Law* (Toronto, Carswell, 1989) souligne ce qui suit à la page 9 :
[TRADUCTION] Le fondement de la décision *Laprise* est discutable pour deux raisons : en premier lieu, parce que la *Loi sur les Indiens* de 1927 ne parlait pas des Indiens

inscrits et, en deuxième lieu, parce qu'elle ne reconnaît pas qu'il y a différents sens au terme Indien, y compris un sens constitutionnel. La définition des termes employés dans la Constitution, y compris le mot Indien, ne relève pas de la compétence du Parlement.

Pour un examen de cette question, voir A.J. Jordan, «Who is an Indian?» [1977] 1 C.N.L.B. 22.

- 175. *Supra*, note 103.
- 176. *Ibid.*, p. 103.
- 177. *Supra*, note 101.
- 178. *Supra*, note 113.
- 179. *Supra*, note 103, p. 107.
- 180. *Ibid.*, p. 105.
- 181. *Supra*, note 103.
- 182. L.R.C. 1970, ch. F-14.
- 183. *Supra*, note 103, p. 124.
- 184. *Ibid.*, p. 131.
- 185. *Supra*, note 52.
- 186. *Ibid.*, p. 130.
- 187. *Supra*, note 7.
- 188. *Ibid.*, p. 145, juge Gregoire.
- 189. *Ibid.*, p. 146.
- 190. *Ibid.*, p. 147.
- 191. *Ibid.*, p. 150.
- 192. Le juge Gregoire s'est inspiré d'un article du professeur Slaterry auquel fait allusion la Cour suprême du Canada dans *R. c. Sparrow*, précité à la note 152, qui établit les critères suivants

(découlant en grande partie de l'affaire *Baker Lake*, précitée à la note 134) :

[TRADUCTION]

- 1) Les parties revendiquant un titre ancestral doivent constituer un groupe organisé d'autochtones;
 - 2) Le groupe doit posséder les terres revendiquées;
 - 3) Le groupe doit être en possession des terres depuis un certain temps;
 - 4) Les terres doivent faire partie des territoires indiens.
- Slattery, précité à la note 57, pp. 756 à 761.

193. *Supra*, note 7, p. 152.
194. *Ibid.*
195. *Ibid.*, p. 153.
196. *Ibid.*
197. *Ibid.*, p. 154.
198. *R. v. Ferguson*, [1993] 2 C.N.L.R. 148 (C.P. Alb., chambre criminelle).
199. *R. v. Fowler*, [1993] 3 C.N.L.R. (178) (C.P. N.-B.).
200. L.A. 1984, ch. W-9.1
201. *Supra*, note 198, pp. 152 et 153.
202. *R. v. Laprise*, précité à la note 51, et *R. v. Budd*; *R. v. Crane*, précité à la note 51.
203. *Supra*, note 198, p. 156, extrait de l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 3 C.N.L.R., p. 181.
204. *Ibid.*
205. *Supra*, note 52.
206. *Supra*, note 199, p. 181.
207. Canada, *La politique indienne du gouvernement du Canada* (Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1969). Sally Weaver procède à une excellente analyse du Livre blanc et de ses retombées dans son

ouvrage intitulé *Making Canadian Indian Policy: The Hidden Agenda 1968-1970* (Toronto, University of Toronto Press, 1981); voir aussi Roger Gibbins et Rick Ponting, *Out of Irrelevance: A Social and Political Introduction to Indian Affairs in Canada* (Toronto, Butterworths, 1980).

208. Ottawa, ministère des Approvisionnements et Services, 1979, p. 16.
209. Les événements relatifs au rapatriement de la Constitution du point de vue des autochtones sont soulignés dans Douglas Sanders, «The Indian Lobby and the Canadian Constitution, 1978-82», dans K. Banting et R. Simeon, dir., *And No One Cheered: Federalism, Democracy and the Constitution Act* (Toronto, Methuen, 1983), p. 301. Pour de plus amples informations sur la participation du CNAC et la séparation du RNM, voir Bradford W. Morse et Robert K. Groves, «Canada's Forgotten Peoples: The Aboriginal Rights of Metis and Non-Status Indians» (1987) 2 *Law & Anthropology* 139, pp. 154 à 156.
210. Même si la position officielle du gouvernement fédéral consistait à attirer l'attention sur les mesures prises par le gouvernement de Terre-Neuve, c'est le refus du député indien Elijah Harper de modifier les règles de procédure de l'Assemblée législative du Manitoba ainsi que l'appui du public pour ce geste qui ont fait échouer toute possibilité de ratification de l'accord.
211. *Native Women's Association of Canada c. La Reine*, [1992] 4 C.N.L.R. 71 (C.A.F.), confirmant [1992] 4 C. N.L.R. 59 (C.F., première instance). L'autorisation du pourvoi a été accordée par la Cour suprême du Canada le 4 mars 1993.
212. Commission royale sur les peuples autochtones, *Partenaires au sein de la Confédération : Les peuples autochtones, l'autonomie gouvernementale et la Constitution* (Ottawa, Approvisionnements et Services, 1993).
213. *Supra*, note 132.
214. *Le Petit Robert 1, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française* (Paris, Le Robert, 1983), p. 1192.
215. Voir par exemple l'article 1(2) du *Pacte international sur les droits civils et politiques* ainsi que l'article 1(2) du *Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels*.

216. Bell, précité à la note 30, p. 352.
217. *P.G. Canada c. Lavell*, précité à la note 70.
218. Woodward, précité à la note 174, p. 56. Schwartz, précité à la note 9, n'est pas d'accord, précisant à la page 247 que l'article ne confère aucun droit aux Métis. Il est fort possible qu'au 17 avril 1982, les Métis n'aient joui d'aucun droit ancestral ou issu de traités. Cette question sera probablement résolue lorsque les requérants dans la cause *Dumont et al. v. Attorney General of Canada and Attorney General of Manitoba* obtiendront une décision sur le fond; auparavant, les tribunaux n'avaient eu à traiter que des points de procédure soulevés par les autorités fédérales dans des affaires qui ont traîné pendant des années.
219. Tels sont les termes de l'article 31 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, S.C. 1870, ch. 3.
220. Bell, précité à la note 30, p. 369.
221. Pour une analyse et une argumentation plus poussées sur ce point, voir Morse, précité à la note 79, et Alan Pratt, «Federalism in the Era of Aboriginal self-Government» dans D. Hawkes, dir., *Aboriginal Peoples and Government Responsibility*, précité à la note 22, p. 19.
222. L.R.C. 1985, ch. F-7. Le Règlement sur les accords de pêche autochtones de 1992 a été remplacé par le Règlement sur les permis de pêche communautaires des autochtones le 1^{er} mai 1993.
223. Cette fonction ministérielle a été assignée aux ministres successifs de la Justice jusqu'à ce que le Premier ministre réponde de nouveau aux plaintes du RNM et du CNAC selon lesquelles la fonction de ministre de la Justice entraînait inévitablement un conflit d'intérêts avec le rôle d'interlocuteur, puisque le ministre de la Justice à titre de Procureur général du Canada devait agir comme défendeur dans tous les litiges concernant la Couronne fédérale. De fait, l'obligation prépondérante de protéger les intérêts juridiques de la Couronne empiétait continuellement sur le rôle de promotion des intérêts de ces peuples distincts.
224. En ce qui concerne l'effort initial, voir Morse, précité à la note 70.
225. Il convient également de souligner que les faits récents en droit international fournissent des arguments supplémentaires, tout

comme l'argument fondé sur l'insertion dans la common law canadienne du droit inhérent des autochtones à l'autonomie gouvernementale. Ce dernier argument nous ramène toutefois inévitablement à ceux soulevés dans le texte, puisque la reconnaissance dans la common law d'un gouvernement inhérent autonome entraînerait l'ajout de l'autonomie gouvernementale aux autres droits reconnus et confirmés dans l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

226. *Supra*, note 78.
227. *Supra*, note 152.
228. *Parents naturels (Les) c. Le Superintendant of Child Welfare*, [1976] 2 R.C.S. 751.
229. Pour une analyse plus approfondie de ce point, voir Pratt, précité à la note 221.
230. Selon les auteurs, la plus ancienne de ces lois entièrement consacrée aux questions autochtones est l'*Acte pour régler certaines questions pendantes entre les gouvernements du Canada et d'Ontario relativement à certaines terres des Sauvages*, S.C. 1891, c. 5. Cette loi a été suivie en 1924 par l'*Indian Lands Agreement Act* adoptée par la législature de l'Ontario et le Parlement fédéral pour la mise en oeuvre d'une entente concernant la vente de terres réservées après qu'elles ont été retournées à la Couronne du chef du Canada, de façon à éviter les problèmes créés par la décision du Conseil privé dans l'arrêt *St. Catherine's Milling & Lumber Co.*, précité à la note 129. Les grandes lignes de cette loi font maintenant l'objet de la *Loi sur l'accord de 1986* concernant les terres indiennes, finalement adoptée par l'Ontario en 1989. La plus récente de ces initiatives concerne la Première nation sechelte qui a obtenu du Parlement la capacité législative de se retirer de la *Loi sur les Indiens*, et qui a par la suite reçu les pouvoirs supplémentaires d'un gouvernement public régional, en vertu du droit de la Colombie-Britannique, au moyen de la *Loi sur l'autonomie gouvernementale de la bande indienne Sechelte*, L.C. 1986, ch. 27 et de la *Sechelt Indian Government District Enabling Act*, L.C.-B. 1987, ch. 16 respectivement.
231. Pour connaître l'ensemble de la législation albertaine sur les Métis, voir *supra*, note 56.

232. On peut à tout le moins le prétendre, considérant la longue liste des lois qui ont été adoptées par l'Assemblée nationale du Québec en vue de mettre en oeuvre ou de faire progresser certains éléments de la Convention de la Baie James et du Nord québécois.
233. S.C. 1905, ch. 3.
236. *Supra*, note 24.
237. Alan Pratt présente un argument intéressant à cet égard avant la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Sparrow*, précité à la note 79.
238. *Delgamuukw v. The Queen*, [1991] 8 W.W.R. 97 (C.S.C.-B.).
239. Propos du très honorable Joe Clark, mai 1992.
240. Voir par exemple *Operation Dismantle c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441.