ANNEXES

Annexe A

Terres et deniers dans la *Loi sur les Indiens* : Étude rétrospective de certaines dispositions

Aperçu

1. La *Loi sur les Indiens* : origine et historique
   - a) Avant la Confédération
     - Les Maritimes
     - Haut- et Bas-Canada
     - L'*Acte de Civilisation graduelle de 1857*
   - b) Les lois fédérales, 1867–1876
   - c) La *Loi des Indiens*, 1876–1951
     - L'*Acte des Sauvages* de 1876
     - L'*Acte relatif aux Sauvages* de 1880
     - L'*Acte de l'avancement des Sauvages de 1884*
     - L'*Acte concernant le Cens électoral de 1885*
     - Mesures législatives choisies, 1884–1946
   - d) Le Comité mixte spécial et la *Loi sur les Indiens* de 1951
   - e) Autres faits saillants
     - Le rapport Hawthorn
     - L'énoncé de principe de 1969
     - Les années 1970 et 1980

2. Les terres indiennes devant la *common law* et la *Loi sur les Indiens*
   - a) Le principe de la cession
     - i) Signification à l'origine
     - ii) La difficulté engendrée par la Confédération et l'affaire *St. Catharine's Milling and Lumber Co. v. The Queen in Right of Ontario (1888), 14 App. cas. 46* (C.P.)
     - iii) Certains articles de la Loi portant sur les cessions : Articles 2(1), 18(1) et 53(1) et articles 37, 38
       - Réserves et cessions
       - Cessions conditionnelles
     - iv) Lorsque le droit de propriété sous-jacent appartient à la Couronne fédérale : le cas de la Colombie-Britannique

Les traités de l'île de Vancouver antérieurs à la Confédération

La politique foncière coloniale après Douglas, 1864–1871

Les querelles fédérales-provinciales, 1871–1912

La convention McKenna-McBride de 1912

La zone du chemin de fer et le bloc de la rivière La Paix

La convention Scott-Cathcart de 1929

Le décret 1036

b) Titre collectif et établissement du droit individuel dans les terres de la réserve
   i) Les rapports entre l'émancipation et les droits de propriété individuels
   ii) Dispositions relatives à la possession de terres dans les réserves : les articles 20 à 29

c) L'administration et l'aliénation des terres de réserve et des terres cédées
   i) Pouvoirs du Ministre sur les terres cédées : article 53(1) de la présente loi
   ii) L'obligation de la cession et l'exception pour cause d'utilité publique : les articles 35 et 37 de la présente loi
   iii) L'exception des occupants particuliers : article 58(3) de la présente loi

3. Administration des deniers des Indiens
   a) Deniers provenant des cessions de terres
   b) Capital et revenu
   c) Prêts

Bibliographie choisie

Terres et deniers dans la *Loi sur les Indiens* : Étude rétrospective de certaines dispositions

1. La *Loi sur les Indiens* : origine et historique

La *Loi sur les Indiens* date de plus de 110 ans et renferme de nombreuses dispositions qui sont encore plus vieilles. Celles qui régissent les cessions, par exemple, tirent leur origine de la Proclamation royale de 1763 et leurs objectifs fondamentaux de protection et d'assimilation, bien qu'incompatibles à certains égards, se retrouvent dans diverses mesures législatives et divers traités antérieurs à la Confédération. Pendant la majeure partie de son existence, la Loi a fait l'objet de rafistolages constants et compliqués sur le plan technique, mais elle n'a été revue en profondeur et révisée qu'une seule fois, entre 1946 et 1951. Cette refonte a donné une loi visant les mêmes objectifs que celles qui l'ont précédée et conservant plusieurs de leurs mêmes caractéristiques. Malgré la suppression de plusieurs articles que les autochtones jugeaient offensants, dont la plupart remontaient à la période 1884–1918, et l'attribution de pouvoirs plus vastes aux conseils de bande, la décision finale continuait d'appartenir au ministre ou au gouverneur en conseil. C'est encore le cas aujourd'hui.

Pour décrire la grande différence entre la loi de 1951 et les mesures législatives qu'elle a remplacées, on a dit que les pouvoirs du ministre étaient dorénavant réduits à ceux d'un surveillant qui détient un droit de veto (Tobias 1983 : 52). Il est également vrai qu'on a cessé de vouloir assimiler les autochtones par la force, tentatives qui s'étaient pour la plupart soldées par un échec, et qu'on a supprimé les dispositions autorisant le gouvernement à s'approprier des terres de réserve sans consentement. De plus, la loi actuelle autorise le gouverneur en conseil à accorder à une bande le droit d'exercer un contrôle, à des degrés divers, sur les terres de sa réserve (art. 60) et sur les deniers de revenu (art. 69) et, si elle a atteint «un haut degré d'avancement», à adopter aussi des statuts administratifs concernant les deniers. L'histoire de la *Loi sur les Indiens* est, sous maints aspects, celle de ce tiraillement entre l'indépendance et la tutelle, législateurs et Indiens étant souvent en profond désaccord sur la façon de réaliser l'indépendance.

a) Avant la Confédération

À quelques années près de la Confédération, la politique indienne est avant tout une responsabilité impériale et par conséquent, même après la création des assemblées législatives coloniales, peu de mesures législatives sont adoptées à l'égard des Indiens et de leurs terres. Dans

les Maritimes, le Haut-Canada et l'île de Vancouver, des traités sont conclus avec les Indiens, et même si ceux qui sont signés dans les Maritimes ne concèdent aucune terre, des réserves y sont mises de côté ainsi qu'au Québec où n'existe aucun traité. La raison en est que, dans la région de l'Atlantique et dans le Québec de cette époque, les rapports entre les Indiens et les Européens se sont établis longtemps avant qu'une colonisation poussée n'exerce ses pressions et, sans doute, on estime de part et d'autre qu'il y a suffisamment de terres pour tous. Quand vient le moment où cette conviction n'est plus vraie, les Indiens ont cessé d'être une force avec laquelle il faut compter.

Les Maritimes

Au début, les quelques rares lois coloniales visent la vente ou l'offre d'alcool aux Indiens ou la protection des terres dans les réserves de l'empiètement par des tiers. Cependant, vers le milieu du XIX[e] siècle, certaines lois se veulent un peu plus ambitieuses. En Nouvelle-Écosse, par exemple, l'assemblée législative adopte une «loi prévoyant l'éducation et l'établissement permanent des Indiens» (S.N.-É. 1841, chap. 16), en vertu de laquelle le commissaire des Affaires indiennes est chargé de superviser, de gérer et de protéger en général les réserves contre tout empiètement et aliénation et d'en conserver l'usage aux Indiens. Deux ans plus tard, le Nouveau-Brunswick adopte une loi semblable «afin de régir la gestion et l'aliénation des réserves indiennes dans cette province» (S.N.-B. 1844, chap. 47), qui permet de vendre les terres des réserves aux enchères publiques. Le consentement des Indiens n'est pas nécessaire et ces lois, dans leur forme modifiée, demeurent en vigueur jusqu'à leur remplacement par la première loi fédérale sur le sujet en 1868. Les rapports annuels du commissaire de la Nouvelle-Écosse révèlent que les droits des Indiens ne sont pas respectés au cours de cette période (Cumming and Mickenberg 1972 : 104).

Haut- et Bas-Canada

L'expérience vécue par le Haut-Canada va, cependant, exercer une influence fort déterminante sur la formulation des lois fédérales. Après la guerre de la Révolution américaine, une série de traités seront conclus avec les Indiens afin de leur céder des terres (voir paragraphe 2a), ci-après) en réponse d'abord à des préoccupations militaires et, par la suite, aux pressions exercées par la colonisation et le développement. Les points de vue exprimés par des groupes religieux et philanthropiques, le passage des Affaires indiennes d'une administration militaire à une administration civile en 1830 et les rapports de trois commissions royales d'enquête dans les années 1840 et 1850 témoignent également d'une période plus intense d'activité législative. Avant 1850, les lois habituelles sur l'alcool et le gibier mises à part, la seule loi coloniale digne de mention est celle adoptée en 1839 «afin de protéger les terres de la Couronne de cette province contre la violation du droit de

propriété et les actes préjudiciables» (S.U.C. 1839, chap. 15 [en anglais seulement]). Adoptée afin d'étoffer la politique impériale à l'égard des Indiens, elle prévoit également la nomination de commissaires des Indiens, mais «les sympathies de l'organisme chargé de son application vont davantage aux blancs qui l'enfreignent qu'aux Indiens,» et le pillage des terres indiennes qu'elle doit arrêter se poursuit (AINC 1975 : 30). À compter de 1850, les assemblées législatives interviennent davantage.

Cette année-là, deux lois sont adoptées qui constituent une partie importante de la «préhistoire» de la *Loi sur les Indiens*. «Un Acte pour mieux protéger les terres et les propriétés des sauvages dans le Bas-Canada» (S.P.C. 1850, chap. 42) nomme un commissaire chargé de gérer et d'aliéner les terres des Indiens et définit pour la première fois le terme *Indien*. Et un «Acte pour protéger les sauvages dans le Haut-Canada contre la fraude, et les propriétés qu'ils occupent ou dont ils ont la jouissance, contre tous empiètements et dommages» (S.P.C. 1850, chap. 74) accorde aux commissaires et aux surintendants des Indiens des pouvoirs de juge de paix afin d'imposer des sanctions à ceux qui violent la loi. Entre autres, elle soustrait également les Indiens aux jugements et à l'impôt.

L'Acte de Civilisation graduelle de 1857

C'est cependant en 1857 qu'est adoptée la mesure législative la plus importante de l'époque qui a précédé la Confédération, et elle traduit les transformations survenues au cours des trois dernières décennies. La politique antérieure d'isolement des Indiens dans des réserves éloignées s'étant révélé un échec, l'accent est mis sur l'assimilation des Indiens, ainsi que sur leur protection et leur «civilisation». Cet objectif sera atteint, d'une part, par l'adoption d'une politique préconisant des réserves plus petites situées plus près des agglomérations blanches et, d'autre part, d'une politique d'émancipation (c'est- à-dire qu'ils perdront leur statut d'Indien, mais n'acquerront pas le droit de vote). Si les lois de 1850 témoignent d'une participation accrue des législateurs locaux dans la politique indienne, l'«Acte pour encourager la Civilisation graduelle des Tribus sauvages en cette Province, et pour amender les Lois relatives aux Sauvages» (S.P.C. 1857, chap. 26) constitue une intervention encore plus importante de l'assemblée législative coloniale dans les affaires indiennes. Comme son titre l'indique, elle vise strictement à inciter à l'émancipation que ses promoteurs souhaitent encourager : tout Indien émancipé se verra allouer une terre de réserve et une somme «égale au principal de la part des rentes et autres revenus de la tribu qui revient à l'émancipé» (AINC 1975 : 33). Cette loi est ainsi décrite :

> [Traduction]
> Après avoir précisé dans le préambule qu'[elle] vise à encourager la civilisation des Indiens, à supprimer toutes les distinctions juridiques

> entre les Indiens et les autres Canadiens, à les intégrer entièrement à la société canadienne, la loi se poursuit en [...] affirmant qu'un Indien ne peut obtenir [tous] les droits et privilèges que lorsqu'il sait lire et écrire en français ou en anglais, qu'il n'a pas de dette et qu'il jouit d'une bonne réputation morale. S'il peut respecter ces critères, l'Indien a le droit de se voir attribuer [jusqu'à concurrence de 50 acres] de la terre de la réserve [...] puis d'obtenir l'émancipation. Par conséquent, la loi qui devait supprimer toutes les distinctions juridiques entre les Indiens et les Européens a en fait contribué à les créer. Elle fixe même des normes d'acceptation que bon nombre, sinon la plupart, des colons blancs ne pourraient respecter [...] (Tobias 1983 : 42–43)

La loi précise également qu'un Indien qui ne sait ni lire ni écrire, mais qui peut parler l'anglais ou le français, et qui respecte les autres critères peut être émancipé après avoir terminé avec satisfaction une période probatoire de trois ans.

Les législateurs ne sont pas les seuls à voir l'importance de cette loi. Plusieurs Indiens considèrent que les dispositions en matière d'émancipation visent directement à détruire le régime collectif foncier et les réserves de tribu. Une sorte de campagne d'opposition est lancée, dont un plan visant à en appeler au Prince de Galles. Selon un commentateur :

> [Traduction]
> Une position générale à l'égard des Indiens a vu le jour au cours des années 1860. Les conseils d'un bout à l'autre de la colonie demeuraient favorables au développement. Ils souhaitaient que l'éducation, l'agriculture et les ressources prennent de l'expansion, mais ne voulaient pas participer à un régime conçu, comme l'affirme une pétition des Oneidas, afin «de diviser notre peuple». La civilisation, qu'ils pourraient définir comme un regain de leur culture traditionnelle dans un contexte agricole, ils étaient prêts à l'accepter; ils refusaient par contre l'assimilation, soit l'abandon total de leur culture. La politique de civilisation, axée essentiellement sur l'émancipation, était vouée à s'échouer sur l'écueil du nationalisme des tribus. (Milloy 1983 :60).

C'est le refrain que l'on entend continuellement depuis l'*Acte de Civilisation graduelle* de 1857. Vers 1876, très peu d'Indiens ont demandé l'émancipation, et une seule demande a été acceptée. Pour une raison quelconque, la terre à laquelle ce requérant a droit en vertu de la loi ne lui est jamais accordée (Débats des Communes de 1876 : 1059–60). Et près de cent ans plus tard, lorsque le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration propose une seconde lecture du projet de loi de 1951 sur les Indiens, il se sent obligé, en raison des «nombreuses protestations des Indiens» au sujet des propos qu'il a tenus antérieurement, d'expliquer que par «rapprochement» il ne veut pas dire «assimilation» (Débats des Communes de 1951 : 1379). En 1969, la réaction des associations indiennes est encore plus véhémente devant une proposition d'Ottawa de

supprimer complètement le statut spécial des Indiens (voir le paragraphe (e), ci-après).

Un an après l'adoption de l'*Acte de Civilisation graduelle*, une commission spéciale constituée afin d'examiner ces questions approuve en principe la «destruction graduelle de l'organisation des tribus», mais elle s'oppose, dans ses recommandations, à l'adoption d'administrations municipales, étant donné ce qui était arrivé aux États-Unis. On procède plutôt, en 1859, à une codification des lois de 1850 et de 1857 qui deviennent l'«Acte concernant la civilisation et l'émancipation des Sauvages» (S.R.C. 1859, chap. 9) et l'année suivante, un «Acte relatif à l'administration des terres et des biens des sauvages» (S.P.C. 1860, chap. 151) désigne le commissaire des terres de la Couronne surintendant en chef des Affaires indiennes et formalise le mécanisme de cession. Il faudra attendre la Confédération pour que des modifications plus importantes soient apportées.

b) Les lois fédérales, 1867–1876

Un an après la Confédération, le secrétaire d'État est désigné surintendant des Affaires indiennes (S.C. 1868, chap. 42), et en 1869 un «Acte pourvoyant à l'émancipation graduelle des Sauvages et à une meilleure administration des affaires des Sauvages» (S.C. 1869, chap. 6) prévoit une certaine forme d'administration municipale du genre auquel la Commission spéciale de 1858 s'est opposée dans ses recommandations. (Faute de mieux, les titres de ces lois antérieures semblent afficher un optimisme admirable, mais quelque peu déroutant, dans leur entêtement répété à faire «mieux».) Elle crée le pseudo-«régime d'élection triennal», qui exige l'élection des chefs pour des mandats de trois ans et autorise leur destitution par le gouverneur en cas de «malhonnêteté, intempérance ou immoralité». Le régime d'élection ne s'applique à une bande que si le gouverneur l'ordonne et la loi remplace par des dispositions nouvelles mais semblables les articles sur l'émancipation. Elle consigne également un pouvoir de régler un certain nombre de questions mineures par les «chefs de tribu réunis en conseil», sous réserve de confirmation par le gouverneur en conseil. Cependant, la loi de 1868 au sujet du Département du Secrétariat d'État conserve et accroît les pouvoirs beaucoup plus importants que détient le gouvernement sur les terres et les biens des Indiens.

L'*Acte d'émancipation graduelle* (1869) semble constituer l'acceptation par le nouveau gouvernement du Dominion de l'explication fournie par la Direction des Indiens à l'égard des raisons pour lesquelles l'émancipation n'a pas fonctionné. D'après la Direction, les dirigeants indiens traditionnels s'y sont opposés et ont exercé leur autorité afin de dissuader les autres de demander l'émancipation. Par conséquent, il faut remplacer graduellement ces dirigeants par un régime d'administration municipale contrôlé par un ministère (Milloy 1983 : 61–62). Ce modèle

est suivi dans la première *Loi* générale *sur les Indiens* adoptée en 1876, que justifie ainsi le sous-surintendant William Spragge en 1871 :

> Les lois édictées en 1868 et 1869 [...] avaient pour but d'amener la population sauvage à se mêler graduellement à la race blanche dans les affaires ordinaires de la vie, et de faciliter l'élection, pour une période limitée, de membres formant un conseil pour la gestion des affaires locales, afin que les hommes intelligents et instruits désignés comme chefs puissent représenter les adultes mâles de chaque bande dans la direction de leurs affaires intérieures [...] Par cette disposition légale, le système de l'irresponsabilité fait place à la responsabilité, et l'on a ainsi ouvert la voie à l'établissement de simples institutions municipales. (Extrait de Daugherty et Madill 1980 : 2)

En 1873, ces responsabilités sont davantage structurées. Un ministère de l'Intérieur est créé et le ministre devient, en vertu de son mandat, surintendant général des Affaires indiennes (S.C. 1873, chap. 4). La Direction des Indiens forme un Ministère distinct en 1880, quoique le ministre de l'Intérieur continue d'en présider la destinée, et ce jusqu'à ce qu'elle relève du ministre des Mines et des Ressources en 1936. Après quoi, elle fait partie des attributions du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration en 1949, avant d'accéder à sa situation actuelle en 1966. Cependant, dans les années 1870, le ministère de l'Intérieur est l'endroit logique pour les Affaires indiennes étant donné que le gouvernement du Dominion a entrepris de conclure des traités avec les Indiens du Nord-Ouest afin de préparer la voie à la colonisation et à la mise en valeur. En 1874, le Parlement étend donc ses mesures législatives à l'égard des Indiens aux nouvelles provinces du Manitoba et de la Colombie-Britannique et, en fin de compte, aux Territoires du Nord-Ouest (S.C. 1874, chap. 21). C'est cette mesure qui entraîne la première codification de ces lois deux ans plus tard.

c) La Loi des Indiens, 1876–1951

L'Acte des Sauvages de 1876

Lorsqu'il dépose l'*Acte des Sauvages* à la Chambre des communes en 1876, David Laird, ministre de l'Intérieur et surintendant général des Affaires indiennes, déclare ce qui suit :

> Le principal but de ce projet, [...] c'est la refonte de toutes les lois fédérales et provinciales relatives aux Indiens. Nos statuts fédéraux renferment trois lois différentes, et de l'ancien Canada il reste des parties de lois encore en vigueur. Dans l'intérêt de notre population indienne, il convient de ne faire qu'une de toutes ces lois pour tout le pays. (Débats des Communes de 1876 : 351)

Comme cette citation le laisse entendre, la nouvelle *Loi sur les Indiens* (S.C. 1876, chap. 18) vise à consolider plutôt qu'à innover. Mais, par la même occasion, elle supprime les dispositions législatives distinctes qui existent alors entre les Indiens et leurs terres, modernise et réorganise les dispositions relatives aux cessions, à l'émancipation, à l'appartenance à une bande, au gouvernement local et à la possession de terres par des particuliers au moyen de billets de location transmissibles par voie de succession (à ce sujet, voir le paragraphe 2), ci- après). Cependant, les articles sur l'émancipation ne s'appliquent pas aux Indiens de l'Ouest «dont le degré d'avancement est moins élevé».

L'opposition aux formalités d'émancipation dans les lois de 1857 et de 1869 explique sans doute pourquoi la nouvelle loi exige le consentement de la bande à l'égard de telles demandes. Cette disposition soulève beaucoup de critiques à la Chambre des communes, mais le gouvernement résiste aux pressions visant à supprimer le consentement obligatoire en faisant ressortir qu'un régime inacceptable pour les Indiens n'est pas souhaitable et que la loi peut facilement être modifiée dans l'avenir (Débats des Communes de 1876 : 1057–61). La loi prévoit également l'émancipation de bandes entières si la majorité des membres le demandent, mais cette disposition, tout comme la formule d'émancipation en général, est peu utilisée (voir le sous-alinéa 2b)i), ci-après).

L'Acte relatif aux Sauvages de 1880

De légères modifications sont apportées à la loi en 1879 et, en 1880, elle fait l'objet d'une nouvelle refonte (S.C. 1880, chap. 28), surtout afin de réorganiser son administration en créant un ministère distinct chargé des Indiens et en ajoutant de nouveaux articles visant les difficultés qui prennent de l'ampleur dans l'Ouest. Les bisons sont disparus et plusieurs Indiens sont menacés de famine; l'agitation politique règne et les commerçants de whisky, aux dires des agents sur place, font des affaires d'or. Plusieurs des nouvelles modifications ont donc pour but de régir le commerce de l'alcool, la prostitution et «les autres vices». En somme, cependant, rares sont les changements importants. L'émancipation continue de se limiter aux Indiens qui vivent à l'est du lac Supérieur, mais on modifie les règles en matière d'élection afin que, dans les bandes où le gouverneur en conseil a mis en place le régime d'élection, les chefs «nommés à vie» par la coutume soient déchus de leurs pouvoirs s'ils ne sont pas également élus. La loi de 1876 permettait à ces chefs de conserver leurs pouvoirs jusqu'à leur décès ou leur démission, que le régime électoral ait ou non été adopté. Le régime commence à se durcir.

Vers 1880, seulement 57 des 90 000 Indiens environ sont émancipés, et ce chiffre comprend des enfants. Comme le fait remarquer un député, à ce rythme, il faudra environ 36 000 ans pour que les autres le soient (Débats des Communes de 1880 : 2038). La lenteur des progrès s'explique principalement par le fait que, pour les Indiens, l'émancipation signifie la perte de leurs terres et de leurs traditions, en échange de

bien peu de choses. Et d'après le Ministère, la plupart des Indiens ne sont pas prêts, de toute manière, à être émancipés. Cette situation amène certains critiques à mettre en doute la politique suivie au cours des 30 années antérieures, mais la plupart se demandent bien par quoi on pourrait la remplacer. Certains prônent «de faire disparaître les distinctions de races» et

> de donner au sauvage les droits et libertés que possèdent le blanc et de lui imposer les responsabilités qui s'attachent à ces prérogatives et privilèges [...] [U]ne loi calquée sur l'ancienne, comme celle qui nous est présentée actuellement, signifie que d'année en année, et pour un temps indéfini, le peuple aura à voter des centaines de mille piastres, et cela pour maintenir les sauvages dans l'état de dégradation dans lequel ils sont plongés actuellement. (Débats des Communes de 1880 : 2036)

Cependant, sir John A. Macdonald, qui, à titre de premier ministre et de ministre de l'Intérieur, a déposé le projet de loi est d'avis que, sans ce genre de protection, les Indiens pourraient bien «disparaître».

L'Acte de l'avancement des Sauvages de 1884

Cette année-là, le gouvernement conservateur dépose un projet de loi que M. Macdonald qualifie d'«expérimental». Il vise, dit-il, à habiliter

> les sauvages à faire, au moyen d'un conseil électif, ce que leurs chefs, par le statut de 1880, ont déjà le droit de faire. Quelques-unes des tribus ou bandes élisent déjà leurs chefs. Dans d'autres tribus, cette charge est héréditaire, et dans d'autres bandes, ces deux systèmes sont mêlés. Ce bill pourvoit à ce que dans les réserves plus considérables, où ils sont plus avancés en éducation, plus confiants en eux-mêmes, plus désireux d'assumer le pouvoir et de se gouverner eux-mêmes, les sauvages élisent leurs conseils à peu près comme le font les blancs dans les townships environnants. (Débats des Communes de 1884 : 574)

L'*Acte de l'avancement des Sauvages* (S.C. 1884, chap. 28) prévoit l'élection de conseillers de bande pour un mandat d'un an et donne aux conseils des pouvoirs importants pour adopter et faire respecter des règlements, dont le pouvoir de procéder à l'évaluation et à l'imposition des terres des Indiens émancipés et des terres détenues en vertu d'un billet de location. Il s'agit en fait de l'article 83 de la loi actuelle, au sujet des statuts administratifs concernant les deniers. L'*Acte de l'avancement* confère également au conseil de bande le pouvoir de lotir les terres de la réserve à des fins d'attribution. Cette disposition soulève des contestations étant donné qu'aucune ligne directrice n'a été établie :

> Une des plus grandes difficultés qui empêchent le sauvage de progresser et d'être en état d'exercer les devoirs du citoyen et de l'homme civilisé, se trouve dans la subdivision de ces réserves [...] Le

> sauvage intelligent acquerra par ses économies et son industrie, la possession de 100 à 200 acres de terre, tandis que d'autres perdront leur propriété. Ces sauvages économes forment la classe propre à exercer les devoirs de l'homme civilisé, et aussi répondent-ils : Nous ne voulons pas des privilèges du citoyen, qui signifieraient simplement le pouvoir de nous taxer et entraîneraient l'abandon de plus de la moitié des possessions que nous avons [...] [I]l faudrait une sauvegarde à l'effet que les droits acquis, légalement ou non, mais reconnus dans la réserve depuis nombre d'années, fussent protégés. Il ne serait pas prudent de confier à six hommes le pouvoir de modifier arbitrairement les limites de la réserve [...] (Débats des Communes de 1884 : 575–576)

M. Macdonald reconnait que le fait de permettre à des conseils de bande de lotir des réserves pourrait susciter des difficultés, mais soutient qu'il faut prendre ce risque si l'on veut amener les Indiens à apprendre le fonctionnement d'une administration municipale. On peut cependant douter que cela ait constitué un grand risque. Les règlements doivent être approuvés et confirmés par le surintendant général et la loi prévoit que les réunions du conseil seront présidées par l'agent local des Indiens. Lorsqu'on avance que c'est le conseiller en chef plutôt qu'un fonctionnaire de l'État qui devrait le faire, le sous-surintendant Vankoughnet répond en déclarant que cette suggestion aurait vraisemblablement «des résultats nuisibles» (cité dans AINC 1980 : 128).

La loi est loin d'être un succès retentissant. Pour qu'elle puisse être appliquée, il faut que la bande le demande et qu'un décret l'autorise, et il semble que ni les Indiens ni les fonctionnaires du Ministère ne débordent d'enthousiasme. En 1898, seulement quatre bandes en Colombie-Britannique, une en Ontario et une au Québec y sont assujetties, et pendant toute sa durée (c'est-à-dire jusqu'en 1951), elle ne régit que neuf bandes, tandis que 185 sont assujetties au régime triennal adopté en 1869. De plus, son application est souvent purement théorique (*Daugherty et Madill* 1980 : 95; Bartlett 1978 : 597). Le régime est intégré en 1906 à titre de partie II de la *Loi des Sauvages* comme telle, et constitue le fondement des articles 74 à 80 de la loi actuelle, qui est une fusion des deux régimes antérieurs. Les élections selon la coutume sont également permises et, de nos jours, environ 40 p. 100 des bandes indiennes choisissent leur conseil selon cette méthode plutôt que selon celle que prévoit la *Loi sur les Indiens*.

Le débat sur l'*Acte de l'avancement des Sauvages* ne se déroule pas sans moments amusants. Lorsqu'un député de l'opposition exprime son appui à l'égard d'une clause empêchant les ivrognes chroniques d'être élus au conseil, il propose que cette clause s'applique également aux blancs. Pourquoi, demande-t-il, devrions-nous, en tant que législateurs, avoir «une attitude plus moralisatrice envers nos amis indiens qu'envers nous-mêmes?» Parce que, de répondre M. Macdonald, cela «pourrait diminuer le nombre des députés de l'opposition» (Débats des Communes de 1884 : 577).

L'Acte concernant le Cens électoral de 1885

Cette loi occupe un court et insolite chapitre de l'histoire des lois canadiennes touchant les Indiens. De 1885 à 1898, les hommes adultes indiens de l'est du Canada, émancipés ou non en vertu de la *Loi sur les Indiens*, peuvent voter aux élections fédérales s'ils respectent les mêmes conditions, relativement assez anodines, que les blancs en matière de propriété. Le gouvernement Macdonald, qui ne veut plus d'élections fédérales régies par les lois provinciales, apporte ce changement lorsqu'il adopte la première loi fédérale concernant le cens électoral en 1885. On a laissé entendre, non sans motif peut-être, que le gouvernement s'attendait à ce que les Indiens votent pour lui, et le projet de loi présenté initialement vise tous les hommes indiens de plus de 21 ans. Cependant, le soulèvement dirigé par Riel éclate bientôt et rend cette loi inopportune sur le plan politique. En réponse à l'opposition qui demande si Poundmaker et Big Bear pourront ainsi aller directement «d'une séance de scalp aux bureaux de scrutin», M. Macdonald annonce son intention de modifier le projet de loi fin d'en exclure les Indiens du Manitoba, de la Colombie-Britannique, du Keewatin et des Territoires du Nord-Ouest (Smith 1987 : 5).

Les Libéraux sont d'avis que des hommes qui sont des pupilles de l'État et dépourvus de responsabilités civiles peuvent être indûment influencés et, par conséquent, qu'ils ne doivent pas avoir le droit de voter. Ayant repris le pouvoir en 1896, les Libéraux suppriment le droit de vote distinct au fédéral en 1898, et la situation redevient ce qu'elle était 13 ans auparavant. Le droit de voter au fédéral est rétabli en 1920 mais ne s'applique pas aux Indiens qui habitent habituellement dans une réserve.

Lorsque, en 1951, le droit de vote est à nouveau offert aux Indiens, il comporte des conditions. Certains Indiens avaient craint au cours des années 1880 que le droit de vote ne signifie l'assujettissement aux impôts, mais M. Macdonald leur avait donné l'assurance que tel ne serait pas le cas. Cependant, en 1951, ça l'est : la renonciation à l'exonération d'impôt forme une des conditions du vote (Bartlett 1985 : 583). Enfin, en 1960, les Indiens peuvent voter aux élections fédérales selon les mêmes conditions que les autres Canadiens, 11 ans après que la province de la Colombie-Britannique leur a accordé le droit de voter aux élections provinciales.

Mesures législatives choisies, 1884–1946

Trois tendances se dégagent de la période qui se situe entre le milieu des années 1880 et le milieu des années 1930. Premièrement, surtout au cours des premières années, on note des tentatives visant à réprimer par la loi certains aspects de la culture indienne qui semblent freiner leur essor : par exemple, la criminalisation du potlach et de la danse

Tamanawas en 1884 et de la danse du Soleil en 1885. Deuxièmement, une augmentation graduelle mais constante des pouvoirs discrétionnaires conférés au surintendant général, surtout au sujet des terres et des deniers des Indiens, afin «de surmonter l'hésitation apparemment croissante des conseils des bandes à faire ce que le Ministère considérait désirable» (AINC 1980 : 141). La troisième tendance, qui se rapproche davantage de la deuxième, peut se décrire comme l'effritement constant des réserves. Ce phénomène est provoqué par les encouragements visant à amener les Indiens à céder leurs terres, la suppression du consentement de la bande dans certains cas pour vendre, louer ou aménager la terre, et même l'expropriation pure et simple au moyen d'une loi. Voici quelques exemples : la somme que le gouverneur en conseil peut verser aux membres d'une bande qui cèdent leurs terres passe de 10 à 50 p. 100 (S.C. 1906, chap. 20, art. 1); les pressions visant à supprimer le consentement de la bande en vue de l'émancipation, auxquelles on avait résisté en 1876 l'emportent en 1884 (S.C. 1884, chap. 27, art. 16); et, en 1911, l'art. 49A autorisant le déménagement des réserves situées près des grands centres urbains sans qu'une cession soit nécessaire est ajouté à la loi (S.C. 1911, chap. 14, art. 2). Ces exemples, ainsi que d'autres, seront examinés plus en profondeur aux paragraphes 2) et 3), ci-après.

Bien sûr, il y a aussi d'autres changements. Les Indiens sont autorisés à léguer leurs terres en vertu de testaments, d'abord avec le consentement de la bande, puis sans celui-ci (S.C. 1884, chap. 27, art. 5; S.C. 1894, chap. 32, art. 1). On fait l'essai de l'émancipation obligatoire, d'abord en 1920 lorsque le sous-surintendant général Duncan Campbell Scott décide de «se débarrasser du problème des Indiens» et à nouveau en 1933, avec «de meilleures garanties» (AINC 1980 : 163, 171, 177). Et, avec une fréquence remarquable, d'autres rajustements sont apportés. Vers le milieu des années 1930, cependant, les années de rafistolage continuel de la loi prennent fin.

d) Le Comité mixte spécial et la Loi sur les Indiens de 1951

Après la Seconde Guerre mondiale, la population (par opposition aux fonctionnaires ou aux bureaucrates) commence à se préoccuper des Indiens comme elle ne l'a jamais fait auparavant, ou du moins pas depuis les années 1880. Ce phénomène entraîne la constitution d'un Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes qui siège de 1946 à 1948. Le Comité fait enquête et présente un rapport sur l'administration des Indiens en général, mais il met surtout l'accent sur la situation socio-économique des Indiens et leur «avancement», à savoir les droits issus de traités, l'appartenance aux bandes, les impôts, l'émancipation, le droit de vote, l'empiètement sur les réserves et l'éducation. C'est la première fois qu'une tentative sérieuse dans ce sens est faite et c'est la première fois que les Indiens sont consultés de façon organisée.

Les audiences tenues en 1946 permettent d'entendre les fonctionnaires du ministère des Indiens et se préoccupent surtout de leurs difficultés : insuffisance de l'effectif et du budget, faiblesse des salaires, moral peu élevé, etc. Dans son premier rapport de cette année-là, le Comité recommande qu'«aucune décision touchant le bien-être des Indiens [. . .] ne soit prise sans le consentement de la bande», même si la loi sur laquelle ces débats finissent par déboucher ne reflète qu'imparfaitement ce principe adopté (Débats des Communes de 1946 : 5504). Le Comité recommande également que la compétence en matière de services aux Indiens soit remise aux provinces.

En 1947, c'est au tour des représentants d'un certain nombre de bandes et d'associations indiennes de se faire entendre, dont quelques-unes avaient également fait des représentations l'année précédente. L'accent porte davantage sur la *Loi sur les Indiens* elle-même au cours de ces audiences, mais surtout sur les principes généraux, par exemple, les droits issus de traités, l'émancipation et les pouvoirs du surintendant général. La plupart des recommandations formulées par le Comité visent l'administration du Ministère, mais elles invitent également le gouvernement, sans succès, à instituer une commission des revendications chargée de faire enquête au sujet des droits issus de traités et des autres droits.

En 1948, le Comité consacre la majeure partie de son temps à examiner des moyens de modifier la loi, mais la plus grande partie de ses travaux sur ce sujet se déroulent à huis clos et ne sont pas consignés au procès-verbal. En mai et en juin 1948, deux rapports sont déposés, un recommandant que les Indiens aient le droit de voter aux élections fédérales, l'autre que, «à quelques exceptions près, tous les articles de la loi soient abrogés ou modifiés». D'autres recommandations, qui à la fois respectent et dépassent les attributions fixées en 1946, sont formulées mais elles ne proposent pas de modifications précises. Le gouvernement rédige ensuite une nouvelle loi, le projet de loi 267, qu'il dépose, après avoir essuyé d'innombrables critiques sur le temps qu'il a pris, deux semaines avant la prorogation du Parlement en juin 1950.

Tant la teneur du projet de loi que le peu de temps alloué par le gouvernement à son étude souleva la colère des membres du Comité, de l'opposition et de la presse, sans compter celle des Indiens eux-mêmes. On réclame que le report du projet de loi à la prochaine session et un des membres du Comité ne peut cacher à la Chambre sa «vive» déception :

> Quand on songe qu'après tant d'efforts, notre récompense se réduit à cette chose méprisable que nous avons aujourd'hui devant nous, je me demande si je parviendrai à conserver ma confiance en l'humanité [. . .] J'ai consulté le bill : jusqu'ici, je n'y ai rien vu qui permette, à l'Indien, mieux que ne le faisait l'ancienne loi, de s'aider. (Débats des Communes de 1950 : 4064)

Au retrait du projet de loi 267 succède une conférence avec des représentants indiens avant le dépôt d'un deuxième projet l'année suivante. Après quelques délibérations, résumées aux pages 1394 à 1397 de l'appendice B des débats de la Chambre des communes de 1951, la Conférence accorde son approbation unanime à 103 des 124 articles du nouveau projet de loi (n° 79) et son approbation majoritaire à 15 autres. Quant aux six autres, dont deux portent sur l'imposition, le vote et l'émancipation, elles font l'objet d'une opposition unanime et les quatre autres, au sujet des spiritueux, reçoivent l'opposition de la majorité (Débats des Communes de 1951 : 1379).

Le projet de loi n° 79, soumis à un comité spécial en avril 1951, est adopté en mai. Ceux qui ont critiqué le projet de loi n° 267 sont en général satisfaits de la nouvelle loi. Les restrictions imposées à la culture indienne (le potlatch, etc.) sont supprimées et plusieurs des pouvoirs extraordinaires d'intervention dans les réserves qui s'étaient «infiltrés» dans l'ancienne loi au fil des ans ont disparu. L'*Acte de l'avancement des Sauvages* (partie II de la codification de 1906) est intégré dans la partie portant sur le gouvernement local de la nouvelle loi et les pouvoirs du conseil qui y sont prévus sont accordés en conséquence aux conseils aux termes de la loi de 1951 (AINC 1980 : 217). Cependant, le gouverneur en conseil et le surintendant général conservent encore des pouvoirs considérables. Ainsi, le gouverneur peut exempter une bande, un Indien ou des terres indiennes de l'application de la plupart des articles de la loi (art. 4(2)). Les propositions visant à faire modifier ces pouvoirs afin de les assujettir au consentement de la bande ont échoué (Débats des Communes de 1951 : 1385, 1564, 1569, 3178–81).

e) Autres faits subséquents

Selon un historien de la politique canadienne à l'égard des Indiens, la loi de 1951 ne renonce pas à l'objectif d'une assimilation rapide, seulement aux moyens adoptés auparavant pour l'atteindre. Lorsqu'on s'est rendu compte que la nouvelle loi ne la favorise pas davantage que les lois antérieures, on chercha des solutions de rechange (Tobias 1983 : 53). Qu'il s'agisse ou non d'une évaluation exacte de la situation, certaines de ces solutions méritent qu'on s'y attarde quelque peu.

Le rapport Hawthorn

Même si l'article 141 de la *Loi des Indiens* de 1927, qui interdit la levée de fonds et le recours à des conseils juridiques dans le but de faire des revendications foncières, ne figure plus dans la loi en 1951, le gouvernement libéral refuse d'instituer une commission des revendications comme le recommandait le Comité spécial. Lorsque, en 1959–1961, un deuxième comité mixte formule une recommandation semblable, le gouvernement conservateur adopte la proposition mais il

est renversé avant de pouvoir déposer le projet de loi nécessaire. La nouvelle administration libérale présente une version modifiée de la proposition antérieure, mais celle-ci est également écartée, en raison, cette fois, des élections fédérales de 1965.

Vers la même époque, M. H.B. Hawthorn, qui avait rédigé un rapport sur les Indiens de la Colombie-Britannique durant les années 1950, est invité à mener une autre étude qui aboutit à la publication en 1966–1967 d'un rapport en deux parties intitulé «Étude sur les Indiens contemporains du Canada». Le rapport ne porte pas directement sur des modifications à la loi, mais sur la «situation économique, éducative et sociale» des Indiens. Il décrit les Indiens comme des «citoyens avantagés» et met l'accent sur la responsabilité fédérale en matière d'affaires indiennes. Bien que les services soient graduellement cédés aux provinces suite aux recommandations du comité spécial formé en 1946, une mise en garde s'impose en raison du manque de connaissances spécialisées des provinces sur le plan professionnel et administratif dans ce domaine :

> L'idée selon laquelle les Indiens ne sont pas des citoyens provinciaux à part entière à cause de leur statut particulier [face au] gouvernement fédéral [. . .], se transpose facilement pour devenir l'argument voulant que s'ils désirent que le gouvernement provincial leur accorde le même traitement qu'aux autres citoyens, il leur faudra renoncer aux privilèges dont ils jouissent en vertu d'un traité ou de la Loi sur les Indiens. Les hauts fonctionnaires ainsi que les politiciens provinciaux exposent une philosophie à tendance assimilatrice plutôt que protectrice à l'égard des Indiens, plus que ne le fait le gouvernement fédéral. Les provinces sont généralement antipathiques à l'égard des réserves. Les Indiens, nous a-t-on dit à maintes reprises, ne peuvent être avantagés de toutes les façons et garder leurs privilèges spéciaux tout en profitant des mêmes avantages que les autres citoyens de la province. (Partie I, chap. XVII)

L'énoncé de principe de 1969

Quelle n'est donc la surprise quand, quelques années plus tard, le gouvernement libéral dépose son Livre blanc sur la politique indienne. Il y propose de dissoudre la Direction des affaires indiennes dans un laps de cinq ans, d'abroger la *Loi sur les Indiens*, de rejeter, comme étant rétrogrades, les revendications foncières et les traités et de dispenser des services aux Indiens par l'entremise des organismes provinciaux réguliers. Il fait fi de «l'esprit et de l'intention» du rapport Hawthorn et soulève une réaction de révolte chez les groupes indiens. Conjugué à la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Calder* c. *P.G.C.-C.*, [1973] R.C.S. 313, il marque un tournant important dans l'histoire des Indiens du Canada.

Le Livre brun des Indiens de la Colombie-Britannique, le Livre rouge de l'Alberta, et le «Wahbung» du Manitoba protestent tous contre ce document (Daugherty et Madill 1980 : 195). Comme l'affirment les chefs indiens de l'Alberta dans leur Livre rouge, ils souhaitent une révision de la loi, non pas une abrogation, ainsi que la confirmation et l'implantation de leur statut spécial. «Le seul moyen pour nous de conserver notre culture est de demeurer des Indiens. Pour sauvegarder notre culture, il importe de conserver notre statut, nos droits, nos terres et nos traditions. Nos traités forment les assises de nos droits» (tiré de Bartlett 1978 : 589). Bien sûr, les Indiens n'ont pas tous conclu des traités et ils ne sont pas tous d'accord. Cependant, la politique projetée est retirée.

Les années 1970 et 1980

Par la suite, la *Loi sur les Indiens* cède le pas aux revendications foncières, aux traités, à l'autonomie gouvernementale et à l'autodétermination des autochtones. C'est là un virage important face à la politique annoncée en 1969. La Convention de la Baie-James, l'affaire *Calder* et la nouvelle politique fédérale relative aux revendications des autochtones qui en découle en témoignent tous, ainsi que les travaux soutenus visant à inscrire les droits des autochtones dans la Constitution. En 1981, le gouvernement fédéral annonce qu'il «réaffirme» le processus des revendications globales des autochtones entamé en 1973 dans un ouvrage intitulé «En toute justice : une politique des revendications des autochtones», qui fait l'objet d'une étude en profondeur, quelques années plus tard, par le Groupe d'étude de la politique des revendications globales. Dans son rapport publié en 1985 et intitulé «Traités en vigueur : ententes durables», ce dernier organisme souligne les lacunes de la politique antérieure sous maints aspects. Le document propose des modifications importantes afin d'éviter le recours aux tribunaux auquel l'échec de la politique existante aurait abouti, dont la négociation d'ententes qui n'entraînent pas l'extinction du titre indien. La *Loi sur l'autonomie gouvernementale de la bande indienne sechelte* et les modifications apportées en 1985 à la *Loi sur les Indiens* au sujet de l'appartenance à une bande, s'inscrivent dans cette tendance, controversée il faut l'avouer, et ces dernières représentent une des très rares occasions où la Loi de 1951 a été modifiée au cours des trente dernières années.

2. Les terres indiennes devant la *common law* et la *Loi sur les Indiens*

Aux termes de l'article 91(24) de la *Loi constitutionnelle* de 1867, les «Indiens et les terres réservées aux Indiens» relèvent du Parlement du Canada. Avant la première *Loi fédérale sur les Indiens* adoptée en 1876, le fait que cet article attribue la compétence législative à l'égard «non pas d'un mais de deux sujets» (Lysyk 1967 : 514) est évident : les Indiens et les terres des Indiens ont tendance à faire l'objet de lois

distinctes. Cette situation se transforme en 1876, et même si la raison première vise simplement à codifier des lois disparates datant du Dominion et d'avant la Confédération à un moment où le Parlement élargit sa compétence sur des provinces et des territoires nouvellement acquis (Débats des Communes de 1876 : 351), cette transformation traduit également une consolidation au chapitre des idées. Depuis au moins 1830, lorsque les affaires indiennes passent des mains des militaires à celles des civils, l'importance cruciale des terres indiennes pour la nouvelle politique de «protection, de civilisation et d'assimilation» des Indiens avait été reconnue (Tobias 1983 : 39), tant comme moyen de les soustraire aux influences corruptrices que de les former aux valeurs foncières de la culture européenne. Les groupes philanthropiques et religieux exercent une influence particulière à ce chapitre. Mais les terres indiennes sont également importantes parce que, au fur et à mesure qu'on avance dans le siècle, des pressions de plus en plus grandes s'exercent sur les gouvernements pour que davantage de ces terres soient ouvertes à la colonisation et à la mise en valeur. Les autorités impériales le savent et, en conformité des pratiques impériales ayant cours à l'époque, conservent la responsabilité à l'égard des Indiens malgré l'installation d'un gouvernement responsable dans les deux Canadas. Toutefois, vers les années 1850, ne voulant plus en assumer les frais, elles cherchent à s'en défaire (British Parliamentary Papers 1856 : 247). Par conséquent, en 1860, la responsabilité du ministère des Indiens est cédée au gouvernement du Canada, geste que plusieurs Indiens qualifient d'abandon pur et simple aux mains des «spéculateurs» (Milloy 1983 : 60).

Dans sa présentation de l'*Acte de 1880 relatif aux Sauvages*, sir John A. Macdonald fait allusion à ces deux tendances dans sa réponse au député de South Brant qui affirme que la politique du gouvernement, au lieu d'améliorer et d'assimiler les Indiens, ne fait simplement que resserrer davantage le carcan. Laissant entendre que les opinions émises par son opposant sont bassement politiques, il déclare ce qui suit :

> Il est une chose qu'il ne faut pas se dissimuler, c'est que partout où il existe un établissement sauvage, les blancs demeurant dans les environs [. . .] ont hâte de se défaire des peaux rouges, considérant, peut- être avec raison, qu'ils retardent le progrès de la localité, et que le plus tôt qu'ils seront affranchis ou privés de leurs terres, et forcés de subvenir à leurs besoins, sera le meilleur. Si les sauvages venaient à disparaître du continent, la question qui les concerne cesserait naturellement d'exister. Mais nous devons nous rappeler qu'ils sont les premiers propriétaires du sol dont ils ont été dépouillés par la convoitise et l'ambition de nos ancêtres [. . .] (Débats des Communes de 1880 : 2037).

Les tiraillements entre la protection et «la civilisation» de l'Indien, surtout entre la protection de sa terre et sa mise en valeur, se retrouvent dans l'historique de certaines des dispositions au sujet i) des cessions, ii) du droit de propriété individuel aux terres de réserve, et iii) de la location et de l'octroi des terres de réserve, sans qu'il y ait cession. Nous examinerons ces sujets à tour de rôle.

a) Le principe de la cession

i) Signification à l'origine

En Amérique du Nord, les autorités impériales, qui toutes ont eu à transiger avec les peuples autochtones, se sont conduites à la fois de la même façon et différemment, selon leurs traditions administratives propres et les situations qu'elles vivaient. Les Français, par exemple, ne semblent reconnaître aucune forme de titre indien; bien que des terres soient réservées aux Indiens, aucune ne leur est «cédée» (Stanley 1983 : 4). Sauf à des fins militaires et pour le commerce des fourrures, les rapports avec les Indiens relèvent davantage de l'Église que de l'État et c'est ce qui explique en grande partie les mesures prises relativement aux «réserves spéciales» aux termes des lois sur les Indiens adoptées depuis la Confédération jusqu'à nos jours : de telles réserves se trouvent surtout dans le sud du Québec où elles sont consenties à des ordres religieux catholiques (Morse 1985 :510).

D'autre part, les Anglais font une entrée assez tardive dans ce qui constitue actuellement le Canada et l'importance de leurs alliés indiens dans leurs guerres contre les Français et, plus tard, les Américains, a une très forte influence sur la politique qu'ils adoptent à l'égard des autochtones. À la fin du XVII[e] siècle, dans les colonies américaines, un «embryon» de ministère des Indiens est créé et cet organisme reçoit des assises plus solides en 1755 avec la nomination de deux surintendants qui relèvent du commandant militaire britannique en Amérique du Nord. Au cours de la guerre de Sept Ans et immédiatement après, les Anglais promettent à leurs alliés indiens de protéger leurs terres et cette promesse est consignée dans les Proclamations royales de 1761 et de 1763 (Hinge, vol. I : 1–7).

La Proclamation royale de 1763 constitue de beaucoup le document le plus important; elle est décrite comme la «grande Charte des Indiens». Elle trace les grandes lignes de la politique britannique à l'égard des Indiens en Amérique du Nord pour des années à venir. Longtemps considérée comme le document d'origine du titre de propriété indien qui est l'objet des cessions de terres, elle est plutôt devenue, pour les tribunaux canadiens, le reflet de l'évolution de la politique de la *common law* : *Guerin et autres* c. *La Reine et the National Indian Brotherhood*, [1984] 6 W.W.R. 481 (C.S.C.), selon l'interprétation donnée par le juge Dickson de la décision rendue antérieurement par le tribunal dans l'affaire *Calder* c. *P.G.C.-B.*, [1973] R.C.S. 313. La Proclamation royale constitue une preuve éloquente de l'importance que revêtent les Indiens, surtout la Ligue iroquoise, pour les Anglais au XVIII[e] siècle et au début du XIX[e]. Elle vise entre autres à protéger le territoire des Indiens, où les Européens ne peuvent aller sans un permis, et les terres qui ne peuvent être colonisées à moins qu'elles soient cédées au cours d'une assemblée générale à un représentant autorisé de la

couronne britannique. Ces mesures protectrices ont résisté à l'*Acte de Québec* de 1774 qui a supprimé du territoire indien les terres sises au nord de l'Ohio. L'affaire du *Procureur général de l'Ontario* c. *Bear Island Foundation et autres* (1984) 49 O.R. 353 à 376, et les articles 37 à 41 de l'actuelle *Loi sur les Indiens* continuent d'exprimer à la fois des politiques et des méthodes qui furent formulées explicitement pour la première fois en 1763.

Cependant, à la fin de la guerre de la Révolution américaine, les Anglais abandonnent leurs revendications à l'égard de la plupart des terres de leurs alliés indiens sans les consulter et ils se trouvent bientôt à la recherche de terres en Amérique du Nord britannique à la fois pour les Indiens et pour les Loyalistes. La Proclamation envisageait l'achat de terres par la Couronne auprès des Indiens «disposés à s'en défaire», et par conséquent, tous les efforts sont déployés pour les amener à «ces dispositions». De 1781 à 1836, 23 ventes de terres sont conclues avec les Mississaugas, les Chippewas, les Outaouais, les Potawatomis et d'autres tribus du Haut-Canada (Stanley 1983 : 8–9). De plus en plus vulnérables après la fin de la guerre de 1812 en raison de l'épuisement de leur territoire de chasse et en raison de la perte de leur importance comme alliés militaires, les Indiens ne forment plus une force avec laquelle il faut compter (Surtees 1983 : 65). Une politique visant à se concilier leurs faveurs au moyen de concessions cède donc le pas à une politique visant à obtenir leurs terres et à les intégrer à la société anglaise, si jamais certains d'entre eux réussissent à échapper à l'extinction que bien des blancs jugent inévitable.

Avant la Confédération, la situation varie cependant d'une colonie à l'autre. Au Bas-Canada, la colonisation s'est en grande partie terminée sous le régime français et, dans les colonies de l'Atlantique, ni les Français ni les Anglais ne semblent avoir négocié de cessions de terres, même après 1763. Dans l'Ouest, à l'exception peut-être du traité de Selkirk en 1817, la colonisation est insuffisante pour même soulever la question, jusqu'à l'établissement de colonies à la rivière Rouge, dans l'île de Vancouver et en Colombie-Britannique. Mais, dans le Haut-Canada, les cessions s'accomplissent selon les procédures établies et les traités et les ententes foncières qui y sont signés constituent d'importants précédents pour les traités fédéraux numérotés, négociés après la Confédération.

En droit canadien, un traité conclu avec des Indiens, du moins aux fins de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*, «est une entente *sui generis* qui ne s'établit ni ne prend fin selon les règles de droit international» (*Simon* c. *La Reine* (1985), 23 C.C.C.(3d) 238 (C.S.C.) à la p. 252). Autre caractéristique d'égale importance, il «comprend tous les engagements pris par des personnes détenant des pouvoirs que peut inclure l'expression 'la parole de l'homme blanc'» (*la Reine* c. *White et Bob* (1965), 50 D.L.R.(2d) 613 (C.A.C.-B.) par le juge d'appel Norris aux p. 648 et 649, confirmé par (1966), 52 D.L.R.(2d) 481). À

l'exception des provinces maritimes, la plupart des traités conclus avec les Indiens, quel que soit leur libellé, comportent cependant la cession de terres et n'y échappent pas ceux du Haut-Canada.

Au début, ces traités offrent un paiement unique et ponctuel. Cependant, après la guerre de 1812, les Lords du Trésor décident que les frais d'achat de terrain dans le Haut-Canada doivent être assumés sur le plan local :

> [Traduction]
> Afin d'obtenir les revenus nécessaires à cette fin, le lieutenant-gouverneur Maitland propose de vendre aux enchères publiques une partie des terres des Indiens. Les acheteurs seraient tenus de verser 10 p. 100 du prix à titre de dépôt et de grever le solde d'une hypothèque. Cependant, tant qu'ils paieront l'intérêt annuel, le principal ne serait pas exigé. Le revenu annuel tiré des intérêts pourrait ensuite servir à rembourser à perpétuité les Indiens qui ont vendu leurs terres. (Surtees 1983 : 69–70)

Ainsi, les autorités cessent d'avoir recours exclusivement aux sommes forfaitaires et optent pour les versements périodiques ou «les sommes payables en vertu d'un traité» et, à compter de 1818, cette façon de procéder fait partie des négociations.

Les traités Robinson-Supérieur et Robinson-Huron signés en 1850 revêtent une importance toute particulière. Désignés par le nom de celui qui les a négociés, ces traités entraînent l'extinction du titre autochtone sur de vastes étendues de terres indiennes et donnent le ton aux transactions à venir. Comme le prévoit la Proclamation royale, les traités se négocient à une «rencontre ou assemblée publique» où les terres sont cédées à un représentant de la Couronne. Des terres sont mises de côté aux fins des réserves et inscrites dans une annexe, et l'Indien s'engage à ne pas «vendre, louer ou aliéner de quelque autre manière toute partie des réserves sans le consentement du surintendant général des Affaires indiennes [. . .] (ou), à quelque moment que ce soit, nuire ou interdire à quiconque de s'adonner à la prospection ou à la recherche de minéraux ou d'autres productions valables dans l'une quelconque des parties du territoire [. . .] cédé à Sa Majesté». En plus des réserves, les Indiens touchent une somme forfaitaire et reçoivent la promesse de versements périodiques et du maintien de leurs droits de chasse et de pêche sur le territoire cédé, «à l'exception seulement des parties [. . .] qui peuvent, à l'occasion, être vendues ou louées à des particuliers ou à des sociétés [. . .] et occupés par eux avec le consentement du gouvernement provincial».

Par conséquent, le mot «cession» signifie à l'origine la vente de terres que les Indiens avaient occupées ou utilisées depuis toujours et l'extinction de leur droit d'occupation, mais pas nécessairement de leurs droits de chasse et de pêche. Les terres ne peuvent être cédées qu'à la Couronne qui, après la cession, en détient le titre de plein droit. Cette

situation n'est pas très claire, cependant, en raison à la fois du partage des pouvoirs suite à la Confédération et de la nécessité de gérer des terres réservées, en raison de traités, «à l'usage et au profit» des Indiens qui les occupent.

ii) La difficulté engendrée par la Confédération et l'affaire St. Catharines Milling and Lumber Co. v. The Queen in Right of Ontario (1888), 14 App. Cas. 46 (C.P.)

Immédiatement après la Confédération, la formule utilisée dans les traités Robinson en vue de la cession des terres «réservées à l'usage des Indiens» est énoncée de façon plus détaillée aux articles 8 à 10 d'«un Acte pourvoyant à l'organisation du Département du Secrétaire d'État du Canada, ainsi qu'à l'administration des Terres des Sauvages et de l'Ordonnance», S.C. 1868, chap. 42. L'Acte prévoit que, pour être valide, une cession doit être consentie par une majorité de chefs à une assemblée publique tenue en présence du secrétaire d'État ou de son représentant dûment autorisé, et la cession doit être attestée sous serment devant un juge. C'est, en somme, la formule prévue dans la Proclamation royale de 1763, modifiée de manière à s'appliquer aux terres déjà réservées aux Indiens en raison de traités ou d'autres ententes. Elle est maintenue dans les lois qui suivent y compris, quoique sous une formule modifiée, l'article 39 de l'actuelle *Loi sur les Indiens*.

Dans l'Ouest, cependant, la conclusion de traités n'en est qu'à ses débuts et, de 1871 à 1877, le gouvernement fédéral négocie sept traités numérotés avec des Indiens de l'Ouest dans lesquels ces derniers cèdent leurs terres en échange de réserves, de versements annuels, de droits de chasse et de pêche et d'autres avantages divers de moindre importance. Contrairement aux traités Robinson, les réserves ne sont pas confirmées au moment de la signature du traité; la Couronne s'engage plutôt à les confirmer ultérieurement, c'est-à-dire à les rétrocéder aux Indiens après les avoir fait arpenter. Ce changement est d'importance car il signifie que ces réserves se composent de terres cédées en vertu de traités et que le titre indien à leur égard est éteint. Cette situation crée une certaine confusion au début des années 1880 (voir le paragraphe iii) ci-après), et alimente les préoccupations de plusieurs Indiens de nos jours (Traités en vigueur 1985 : 43–45).

Un de ces traités numérotés, le traité n° 3 signé avec les Ojibwas en 1873, devient le fondement de la position du gouvernement fédéral dans l'affaire St. Catharines. Invoquant la cession par les Indiens, le gouvernement fédéral réclame le droit de délivrer des permis fédéraux de coupe dans la région. Quand il est établi par la suite que ces terres se trouvent dans la province de l'Ontario, la validité de ces permis est mise en doute. Par conséquent, pour obtenir gain de cause, le gouvernement fédéral devient le propriétaire à leur place. Toutefois, le Conseil privé

jugea que la Couronne ne s'est jamais départie de son droit de propriété dans les terres et que seul le droit d'occupation par les Indiens, «un droit personnel et usufructuaire», avait été cédé et éteint par le traité. Parce que les terres se trouvent en Ontario et parce que l'interprétation de l'article 109 de l'AANB confère à la province le droit de bénéficiaire dans de telles terres de la Couronne, le fédéral n'a pas le pouvoir de délivrer des permis. Une fois éteint le titre indien, qui constitue un «intérêt autre que ceux que peut avoir la province» aux termes de l'article 109, le titre de plein bénéficiaire est dévolu à la Couronne aux droits de la province.

Cette situation cause un certain problème constitutionnel au gouvernement fédéral, puisqu'il est chargé des Indiens et des terres réservées aux Indiens. Si, après cession au fédéral d'une terre située dans une province, le droit de plein bénéficiaire sur cette terre est dévolu à la Couronne aux droits de la province, comment le fédéral peut-il créer des réserves après une telle cession ou aliéner par la suite des terres de réserve cédées en vertu de la *Loi sur les Indiens*? Après cession, l'aliénation des terres devient la prérogative de la province, non pas du fédéral. Le Conseil privé, dans l'affaire *Ontario Mining Company* v. *Seybold*, [1903] A.C. 73, fait allusion à ces difficultés dans un cas où certaines terres cédées en vertu du Traité n° 3 sont désignées comme une réserve et rétrocédées en vue d'une vente aux termes de l'*Acte de 1880 relatif aux Sauvages*. En se prononçant contre la vente subséquente des terres par le fédéral, lord Davey rappelle à Ottawa cette distinction, laissant entendre que la nature de la Constitution canadienne exige la collaboration d'Ottawa et des provinces dans ces questions :

> [Traduction]
> [La plaidoirie de l'avocat des appelants] ne tient pas compte de l'effet de la cession de 1873 exposé dans [l'affaire St. Catharines Milling] [...] Supposons que le gouvernement de la province, prenant avantage de la cession de 1873, en arrive au moins à un engagement honorable de respecter les conditions sur la foi desquelles la cession a été exécutée, et, par conséquent, à souscrire aux intentions du gouvernement fédéral de s'approprier certaines parties indéterminées de terres cédées à titre de réserves indiennes. Il en résulte que le choix et l'emplacement des terres que l'on veut s'approprier doivent être faits avec le concours des deux gouvernements. (82–83)

Dans l'affaire Seybold, le Conseil privé décrit sa décision en faveur de la province comme «un corollaire» de sa décision antérieure dans l'affaire St. Catharines Milling et, quelque 20 années plus tard, on aboutit à peu près à la même conclusion dans l'affaire du *procureur général du Québec* et *Star Chrome Mining* c. *procureur général du Canada*, [1921] A.C. 401. La difficulté réside dans le fait que lorsque les Indiens cèdent des terres qu'ils occupent ou utilisent aux termes de la *common law* ou en vertu de la Proclamation royale, ils le font invariablement à la

condition qu'une partie de la terre soit réservée à leur usage et profit permanents. Qui plus est, le juge Street de la Cour divisionnaire de l'Ontario résume de façon encore plus succincte le problème dans l'affaire Seybold quand il précise qu'il serait injuste de la part de la province de faire fi des conditions de la cession, même si elle n'y est pas légalement tenue.

Ces arrêts ont pour conséquence première «de gêner l'établissement de réserves par le gouvernement fédéral et de prévenir la cession de telles terres au profit des Indiens» (Morse 1985 : 487). Manifestement, les deux paliers de gouvernement doivent donc arriver à s'entendre de quelque manière au sujet des réserves indiennes, et c'est ce qui se produit en fait, sauf au Québec. Des ententes sont conclues avec l'Ontario en 1891, 1894, 1905, 1923 et 1924, avec les provinces des Prairies en 1930, avec les provinces de l'Atlantique en 1958–1959, et avec la Colombie-Britannique en 1912. Cette dernière province donne particulièrement du fil à retordre, cependant, et la situation ne s'y règle finalement qu'en 1938 (voir paragraphe iv) ci-après).

iii) Articles de loi portant sur les cessions : Articles 2(1), 18(1) et 53(1) et articles 37, 38 et 53(1)

Aujourd'hui, les dispositions les plus pertinentes sont l'article 2(1), qui définit la «réserve» et les «terres cédées»; l'article 18(1), qui prévoit que des réserves sont détenues «à l'usage et au profit» des bandes indiennes auxquelles elles ont été allouées; l'article 37, qui prévoit que les terres de réserve ne doivent être vendues ni louées que si elles ont été cédées, sauf disposition contraire de la loi; l'article 38, qui qualifie les cessions d'«absolues ou restreintes, conditionnelles ou sans condition»; et l'article 53(1), qui confère au ministre l'administration et l'aliénation des terres cédées. L'article 35, qui permet l'expropriation de terres de réserve dans certains cas ou l'usage à des fins publiques, et l'article 58(3), qui permet au ministre de louer les terres non-cédées d'un Indien particulier à sa demande, seront plutôt examinés aux rubriques b) et c), ci-après. Avec le temps, les retombées de l'affaire St. Catharines Milling et des autres affaires mentionnées ci-dessus semblent avoir eu pour effet non seulement d'exiger la collaboration du fédéral et des provinces pour délimiter les terres des réserves, dont le titre appartient à la Couronne provinciale, mais également de souligner l'ambiguïté latente de ces dispositions et de celles qui les ont précédées.

Réserves et cessions

L'article 3(6) de l'*Acte des Sauvages* de 1876 définit ainsi une réserve : «toute étendue [. . .] de terres mises à part par traité ou autrement, pour l'usage ou le bénéfice d'une bande particulière de Sauvages, [. . .] dont le titre légal restera à la Couronne mais qui ne lui sont pas transportées [. . .]» Le texte ne précise pas de quelle Couronne

il s'agit, mais la dernière phrase vise probablement à reconnaître que les terres de réserve mises à part par traité sont des terres dont le titre autochtone ne figure pas dans la cession exécutée par le traité, comme ce fut le cas dans les traités Robinson de 1850. La Loi de 1876 ne définit pas les «terres cédées», mais l'article 3(8) donne la définition suivante des «terres indiennes» : «[. . .] toute réserve ou partie de réserve qui a été transportée par cession à la Couronne». L'article 29 prévoit «la gestion, l'affermage et la vente de ces terres de la façon dont le gouverneur en conseil peut le prescrire.»

Cependant, la Loi, codifiée à nouveau en 1880 sans altérer ces définitions, est modifiée en 1882 par la suppression, à l'article 3(6), de l'expression «mais qui ne lui sont pas transportées» et son remplacement par les mots «mais qui fait encore partie de la réserve» (S.C. 1882, chap. 30, art. 1). Aucune des modifications apportées par la Loi de 1882 n'est débattue à la Chambre des communes, mais un sénateur s'enquiert de la suppression, affirmant que l'article modifié lui semble désormais signifier seulement qu«une réserve indienne doit être une réserve indienne». Il obtient la réponse suivante :

> [Traduction]
> Bien des réserves indiennes furent ainsi mises de côté après que le territoire où elles se trouvent a été cédé à la Couronne par les Indiens, une telle cession englobant avec les autres terres ainsi visées les réserves attribuées par la suite aux Indiens. C'est le cas de toutes les réserves indiennes des Territoires du Nord-Ouest et d'un grand nombre au Manitoba et au Keewatin. Le surintendant général estime cette modification nécessaire à l'exécution de la loi. (Débats du Sénat 1882 : 704)

Cet extrait semble expliquer une modification qui autrement nous paraît déroutante (voir, par exemple, l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *La Reine* c. *Smith* (1983), 47 N.R. 132 aux p. 143 et 144, où la suppression est attribuée par erreur à l'*Acte de 1886 relatif aux Sauvages*). Comme les traités fédéraux numérotés comportent la cession de toutes les terres indiennes, laissant à venir la confirmation des réserves, les mesures législatives qui limitent les réserves aux terres non cédées peuvent, sur le plan technique, exclure de la définition les réserves de l'Ouest. Le fait que des réserves et des terres de réserve cédées aux termes de la *Loi sur les Indiens* puissent ou ne puissent pas avoir été cédées auparavant à la Couronne en vertu de traités n'est donc pas reconnu dans l'*Acte de 1876 relatif aux Sauvages*.

Les définitions de 1876 et de 1882 sont réunies dans la *Loi des Sauvages* de 1906 (S.R.C. 1906, chap. 81, par. 2(i)), et les définitions actuelles de «réserve» et de «terres cédées» — l'expression «terres indiennes» est abandonnée en 1951 — expriment clairement l'intention du législateur de limiter la signification de «terres cédées» aux terres cédées en vertu de la Loi. Cependant, même là, si une cession a pour

conséquence juridique de parfaire le titre de la Couronne provinciale, l'affaire St. Catharines peut se reproduire, et c'est exactement ce qui se produit dans l'affaire Smith.

Dans le jugement rendu par la cour dans cette affaire, le juge Estey souligne la confusion engendrée par la définition de «terres cédées» qui figure à l'article 2(1) et par les conditions de cession prévues à l'article 37 et le pouvoir du ministre d'aliéner les terres cédées aux termes de l'article 53(1). À ce sujet, ses propos méritent d'être cités :

> [Traduction]
> Le paragraphe 53(1) [...] paraît donc reposer sur l'hypothèse selon laquelle, après la cession des terres réservées aux Indiens en vertu du par. 91(24), le gouvernement du Canada garde un droit y afférent; ou encore, sur la théorie voulant qu'il s'agisse d'une cession de commodité visant à permettre à la Couronne de gérer les terres pour l'usage et le profit continus des Indiens. Il y a longtemps, évidemment, que l'arrêt St. Catharines a décidé que ce n'est pas le cas lorsque la cession du droit usufructuaire est absolue. Il est possible que l'art. 53 et les dispositions analogues de la *Loi sur les Indiens* soient fondés sur l'idée que les terres comprises dans les réserves indiennes ont été transférées par la province au gouvernement fédéral. Puisque ces terres deviendraient alors des terres publiques appartenant au gouvernement du Canada, le Parlement pourrait légitimement, en vertu du par. 91(1A), prévoir leur usage continu. Toutefois, dans la mesure où le par. 53(1) se veut applicable aux terres appartenant à une province, il serait inconstitutionnel. (146)

Mais de telles situations seront rares, car la Couronne fédérale détient en général le droit de propriété sous-jacent à l'égard des terres de réserve, soit parce que la terre est un territoire fédéral (par exemple le Yukon) ou en raison du genre d'entente fédérale-provinciale mentionnée à la rubrique ii) ci-dessus.

Quand on examine les motifs qui ont présidé à la suppression en 1882 de l'expression «mais qui ne lui sont pas transportées» de la définition de «réserve», ou peut comprendre d'où vient l'ambiguïté profonde constatée. Parce que la plupart des terres des réserves dans l'Ouest canadien ont été cédées (dans le sens ancien de ce terme) avant de devenir des réserves, le Ministère des Indiens craint que ces terres ne soient exclues de la définition donnée dans la loi. Par conséquent, il demande une modification afin d'inclure ces terres. Cependant, le remplacement par les mots «mais qui fait encore partie de la réserve» précisait que les terres de réserve cédées par la suite aux termes de la Loi (c'est-à-dire selon le sens le plus récent) ne doivent pas être comprises dans la définition de «réserve». Elles se définissent comme «des terres indiennes» ou, depuis 1951, «des terres cédées». Le mot «cession» possède à la fois une signification ancienne et nouvelle, et, comme en témoigne l'extrait des débats du Sénat cité ci-dessus, ainsi en est-il du mot «réserve». À l'origine, ce mot désigne des terres non encore

cédées à la Couronne, c'est-à-dire des terres faisant partie du territoire des Indiens délimité par la Proclamation royale. Mais maintenant, il veut habituellement dire une réserve au sens de la *Loi sur les Indiens*; une telle réserve peut ou ne peut pas être constituée de terres cédées par traité dans les cas où il existe un traité et le cas échéant, selon les termes de celui-ci.

Cessions conditionnelles

En plus de donner une nouvelle définition des «terres cédées», la *Loi sur les Indiens* de 1951 (S.C. 1951, chap. 29, par. 38(2)) reconnaît explicitement le principe de la cession «conditionnelle» ou «restreinte», en partie peut-être suite aux débats qui ont entouré la question de savoir en quoi consiste une cession «totale et définitive», dans l'affaire *St. Ann's Island Shooting & Fishing Club Ltd.* v. *The King*, [1950] R.C.S. 211. L'idée d'une cession pouvant faire l'objet de conditions ne présente, bien sûr, rien de neuf. L'*Acte des Sauvages* de 1876 prévoit l'administration des terres cédées selon les directives du gouverneur en conseil, d'après les conditions de la cession (art. 29), et cette ligne directrice constitue maintenant l'article 53(1) de la loi actuelle. Comme le fait remarquer le juge Estey dans l'arrêt Smith, cependant :

> [Traduction]
> Quel que puisse être le sens de «cession» dans la *Loi sur les Indiens*, une cession entraîne en droit l'extinction immédiate du droit personnel des Indiens qui relèvent de la compétence fédérale en vertu du par. 91(24). (à la p. 141)

Mais si une cession est conditionnelle ou restreinte, on peut dire que la terre en question continue d'être «réservée aux Indiens» et de compétence fédérale. La cession est une situation juridique préalable à toute transaction foncière, mais qui vise simplement à «favoriser», c'est-à-dire à accroître la valeur de la terre pour les Indiens. Ces terres, bien que cédées, demeurent des terres «réservées aux Indiens» et ne sont donc pas assujetties, par exemple, aux règlements municipaux de zonage ou aux règlements provinciaux d'hygiène : *Corporation of Surrey et al.* c. *Peace Arch Enterprises Ltd. and Surfside Recreations Ltd.* (1970), 74 W.W.R. 380 (C.A.C.-B.), bien qu'il ne faille point comparer cette décision à celle dont il est question dans l'affaire *Stony Plain Indian Reserve n° 135* (1981), 130 D.L.R. (3D) 636 (C.A. Alb.). Dans l'arrêt Smith, on a tenté de qualifier la cession de conditionnelle, mais sans succès, résultat qui porte fortement à croire que face à une vente pure et simple, les tribunaux seront lents à conclure que la cession du droit usufructuaire n'a pas été complète. Dans le cas d'un bail, cependant, la situation est tout autre. Ainsi l'affirme le juge d'appel MacLean dans l'affaire Peace Arch :

> [Traduction]
> À mon avis, le mot «cession» employé dans la *Loi sur les Indiens* n'a pas le sens que lui donnerait un notaire. Il est en effet interdit aux

> Indiens de louer ou de transférer des terres d'une réserve indienne et cette tâche doit être exécutée par un fonctionnaire de l'État si elle doit l'être [. . .] De plus, il convient de signaler que la cession se fait en faveur de Sa Majesté «en fiducie». Cette disposition signifie évidemment une fiducie pour le compte des Indiens. Le titre qu'acquiert Sa Majesté en vertu de cette disposition est sans contenu. (385)

En résumé, le mot «cession» semblerait avoir au moins deux significations. La plus ancienne vise l'opération, décrite formellement pour la première fois dans la Proclamation de 1763, par laquelle les Indiens cèdent leurs terres à la Couronne au moyen d'un transfert ou d'un traité, mais en se réservant des parties à leur usage et occupation continus (comme dans le cas des traités Robinson), ou cèdent la totalité de leurs terres au gouvernement qui leur octroie en retour des terres de réserve (comme dans le cas des traités numérotés). Pour protéger les Indiens de certains blancs sans scrupule, les terres ne peuvent être cédées qu'à la Couronne et uniquement de la manière prescrite. Ce genre de cession vise à éteindre complètement le titre autochtone que porte la terre. La deuxième signification, plus récente, vise l'opération prévue dans la *Loi sur les Indiens* en vertu de laquelle les terres qui font déjà partie d'une réserve indienne sont cédées à la Couronne en vue d'être vendues ou, plus vraisemblablement, louées. Dans ce cas-ci, l'objectif visé est peut-être l'extinction, mais beaucoup plus souvent qu'autrement, une cession vise simplement la gestion des terres de manière à en tirer le maximum d'avantages économiques pour la bande, sans extinction du titre autochtone.

iv) Lorsque le droit de propriété sous-jacent appartient à la Couronne fédérale : le cas de la Colombie-Britannique

Comme nous l'avons déjà affirmé, le problème constaté dans l'affaire St. Catharines ne se pose pas si le droit de propriété appartient à la Couronne fédérale et, au fil des ans, des ententes ont été conclues avec un certain nombre de provinces en vertu desquelles ces dernières ont consenti à souscrire aux plans fédéraux d'aliénation des terres cédées ou même à transférer le titre des terres réservées à la Couronne fédérale. En Colombie- Britannique, ce processus a suscité des difficultés.

Contrairement aux provinces des Prairies, les titres autochtones dans la majeure partie de la Colombie-Britannique n'ont jamais été cédés en vertu de traités et la question des lois foncières coloniales qui auraient éteint implicitement ces titres reste à trancher par les tribunaux. Seule la partie nord-est, qui figurait dans le Traité n° 8 signé en 1899, et environ un quarantième de l'île de Vancouver, cédé à James Douglas en sa qualité de commandant de la CBH (jusqu'en 1958) et de gouverneur de la colonie (1851–1864), font l'objet d'un traité.

Les traités de l'île de Vancouver antérieurs à la Confédération

Les quatorze traités Douglas (1850–1854) forment en fait deux groupes, d'une part les onze traités négociés à Fort Victoria, qui cèdent une bande de terres formant un arc à partir de Sooke jusqu'à l'extrémité nord de la péninsule Saanich, et d'autre part les trois derniers, dont deux visent des terres situées à Fort Rupert et un à Nanaimo (Duff 1969). Inspirés de précédents créés en Nouvelle-Zélande et partageant bien des points communs avec les Traités Robinson de cette même époque, les traités prévoient des réserves, des sommes forfaitaires et la conservation des droits de chasse et de pêche en échange des terres cédées. Toutefois, il s'agit de documents assez dépourvus de formalité et il y a de bonnes raisons de croire que les Indiens de l'île en saisissaient encore moins l'importance que leurs homologues des Prairies et de l'Ontario. Contrairement aux traités conclus à l'est des Rocheuses, ils ne prévoient aucun versement régulier : Douglas semble avoir considéré les rentes et les sommes forfaitaires comme deux éléments qui s'excluaient mutuellement et les Indiens ont choisi la seconde possibilité, quoiqu'il les ait incités à opter pour la première. Contrairement aux Traités Robinson, les ententes de l'île de Vancouver ne font mention d'aucune limite au droit des autochtones de chasser et de pêcher, et ne précisent pas de façon explicite de restrictions à la location ou à la vente des terres. Cependant, la politique adoptée par M. Douglas était de louer les parties inutilisées des réserves au profit des Indiens (Fisher 1977 : 114).

À au moins quatre reprises jusqu'à ce jour, les tribunaux canadiens se sont prononcés au sujet de ces traités. Dans l'affaire de *La Reine* c. *White and Bob*, mentionnée à la rubrique (i) ci-dessus, la Cour suprême du Canada confirme la décision rendue par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique portant que le traité signé avec les peuples Saalequun de Nanaimo est un traité aux termes de la *Loi sur les Indiens*. Il en est de même de l'entente Sooke, selon l'arrêt *La Reine* c. *Cooper* (1968), 1 D.L.R.(3d) 113 (C.S.C.-B.) et de l'entente North Saanich, selon l'arrêt *La Reine* c. *Bartleman* (1984), 55 B.C.L.R. 78 (C.A. C.-B.). Le gouvernement provincial a tenté dernièrement de remettre en cause cette affaire dans une poursuite opposant les Tsawouts, dont les ancêtres constituent l'une des trois tribus qui ont signé le traité North Saanich en 1852, et une société qui avait reçu du gouvernement provincial l'autorisation d'aménager un port de plaisance dans la baie Saanichton. Ce fut un échec car le tribunal a décidé que le projet porte atteinte aux droits de pêche garantis dans le traité (*Saanichton Marina Ltd.* c. *Claxton et autres* C.S.C.-B., le 8 octobre 1987).

Lorsque Douglas se trouve obligé en 1856 de convoquer la première assemblée législative de la colonie de l'île de Vancouver, il doit cesser de négocier des traités. Déjà à court d'argent, Douglas fait en vain appel au ministère des Colonies en 1861 mais on lui dit que de telles questions relèvent désormais de l'assemblée législative locale. Cette dernière

refuse de voter des crédits pour ce qui, à ses yeux, continue d'être une prérogative impériale. À l'exception d'une île située dans le bassin de Barkley et cédée en 1859, aucun autre traité n'est négocié au sujet de l'île de Vancouver (Madill 1984 : 72). Au cours de la période de colonisation (1858–1871), aucun traité n'est conclu au sujet de la terre ferme de la Colombie- Britannique parce que, au moment où est établie la colonie en 1858, Douglas est sans ressource financière et les gouvernements coloniaux qui administrent l'île de Vancouver et la Colombie- Britannique après le départ à la retraite de Douglas adoptent la position selon laquelle la politique d'extinction des titres autochtones est inapplicable sur les bords du Pacifique. Beaucoup plus tard, en 1887, lorsque les peuples Nishga et Tshimshian demandent au premier ministre Smithe de conclure un traité semblable à ceux dont ils ont ouï-dire que le gouvernement fédéral a passé avec des Indiens vivant à l'est des Rocheuses, M. Smithe va même jusqu'à prétendre qu'ils ont été mal informés (Raunet 1984 : 94–98).

La politique foncière coloniale après Douglas, 1864–1871

Les difficultés suscitées par les affaires St. Catharines, Seybold et Star Chrome, abordées au paragraphe ii) ci-dessus, sont encore à venir lorsque la Colombie-Britannique entre dans la Confédération en 1871. Il n'est peut-être donc pas étonnant que les conditions d'adhésion parlent si peu des Indiens et de leurs terres et, en fait, ne renferment virtuellement rien du tout à ce sujet (Comité mixte spécial de 1927 : 4–5). Si le gouvernement fédéral avait été mieux informé de la politique indienne de la nouvelle province, il est fort probable que les conditions auraient été formulées de façon plus précises et les parties moins enclines à s'entendre. Quoi qu'il en soit, l'article 13 reconnaît que les Indiens et leurs terres sont dorénavant de compétence fédérale et que la colonie continuera de «suivre une ligne de conduite aussi libérale que celle suivie jusqu'ici». Pour mettre ce projet à exécution :

> [. . .] des étendues de terre ayant la superficie de celles que le gouvernement de la Colombie-Britannique a, jusqu'à présent, affectées à cet objet, seront de temps à autre transférées par le Gouvernement Local au Gouvernement Fédéral pour l'usage et le bénéfice des Sauvages, sur demande du Gouvernement Fédéral [. . .]

L'article se poursuit en prévoyant que, en cas de désaccord, les litiges devront être soumis au Secrétaire d'État pour les Colonies.

Le gouvernement fédéral découvre bientôt à quel point la politique de la Colombie-Britannique a été libérale et de quelle manière, dans la pratique, elle attribuait les terres des réserves. Tandis que la politique fédérale vise l'extinction des titres autochtones et l'attribution des réserves à raison d'environ 80 acres par famille, la C.-B. a adopté comme habitude, depuis la retraite du gouverneur Douglas, de ne pas se préoccuper des titres autochtones et de n'accorder que six à dix acres

par famille (Bankes 1986 : 136). Même s'il est vrai que Douglas n'a pas négocié de cession de terres au cours des dix dernières années de son mandat, il a continué de mettre de côté des réserves généreuses, comme il explique dans une lettre à M. I.W. Powell, premier surintendant des Indiens :

> [Traduction]
> [. . .] dans la délimitation des réserves indiennes, aucun nombre précis d'acres n'a été exigé. Le principe adopté dans tous les cas consistait à laisser aux Indiens toute latitude dans l'étendue et le choix des terres [. . .] Les arpenteurs avaient reçu instruction d'accéder à tous leurs désirs, [. . .] (Reproduit dans Cail 1974 : annexe D, rubrique 4)

Il met M. Powell en garde contre toute déviation à cet usage, mais cela s'était en fait déjà produit, comme M. Douglas s'en doutait certainement. En 1864, Joseph Trutch est nommé commissaire en chef des terres et il considère comme une politique établie le fait que la plupart des réserves mises de côté auparavant ne représentent que dix acres par famille. Il semble effaré par la façon dont les arpenteurs, sur les ordres de Douglas, attribuent aux Indiens toutes les terres qu'ils demandent et, dans certaines régions, il va même jusqu'à faire réduire la taille des réserves existantes. Une lettre qu'il écrit à sir John A. Macdonald, après sa nomination au poste de lieutenant-gouverneur, peut nous éclairer sur ses opinions. Qualifiant de «purs sauvages» la plupart des Indiens de la nouvelle province, il fait savoir à M. Macdonald que la formule canadienne à l'égard des titres autochtones ne fonctionnera jamais en Colombie-Britannique et ne devrait pas être adoptée (Cail 1974 : 181, 298–299). Dans les années qui suivent, Victoria et le gouvernement fédéral vont croiser le fer à plusieurs reprises au sujet de leurs obligations respectives selon les conditions d'adhésion, surtout quand un gouvernement libéral siège à Ottawa. Il faudra soixante-sept ans avant que les terres prévues à l'article 13 soient finalement transférées.

Les querelles fédérales-provinciales, 1871–1912

En 1873, la C.-B. convient de faire passer à un maximum de vingt acres par famille la superficie des réserves à attribuer dans l'avenir, mais Ottawa continue de prétendre que, quelle que soit la signification possible de l'article 13, l'attitude de la province est injuste envers les Indiens. On échange de nouvelles propositions et, en 1875–1876, après que le gouvernement a dû refuser une loi de la Colombie-Britannique portant sur les terres de la Couronne parce qu'elle ne renferme aucune disposition à l'égard des Indiens, on s'entend finalement pour réunir une commission de trois personnes chargées d'attribuer des réserves. Malheureusement, insatisfait des conclusions de cette commission, le gouvernement provincial n'accepte aucune des réserves qu'elle propose. L'un des commissaires, M. Gilbert Sproat, continue d'exercer seul ses fonctions pendant deux ans mais les frustrations l'amènent à démission-

ner en 1880. Une lettre provenant d'un blanc mécontent habitant en Colombie-Britannique, dont le texte est lu par un député devant la Chambre des communes en avril de cette année-là, nous en révèle la raison :

> M. Sproat, l'agent des terres du Canada, a agi sans le moindre discernement en faisant la distribution des terres; il a donné aux sauvages tous les terrains se prêtant à la culture qui n'étaient pas auparavant sujets à préemption. Ces décisions ont causé parmi les blancs un mécontentement général. (Débats des Communes de 1880 : 1730)

Vers à peu près la même époque, les esprits s'échauffent également en raison du soulèvement possible des Indien à cause du meurtre d'un policier de Kamloops perpétré par un groupe de «métis». Cependant, la révolte n'a pas lieu.

Quelques jours avant la lecture de la lettre au sujet de M. Sproat devant la Chambre, M. David Mills, qui a été ministre de l'Intérieur dans le gouvernement libéral précédent, soulève la colère de M. Amor de Cosmos en affirmant que les conditions d'adhésion ont totalement «omis» les revendications foncières des Indiens. Il poursuit :

> Je pense que dans toute l'histoire de la colonisation anglaise dans l'Amérique du Nord on ne peut trouver l'exemple d'un cas semblable, car toujours le gouvernement a assuré l'extinction du titre des sauvages avant de distribuer des terres. Dans mon opinion, les termes et condition de l'Union ne devaient pas et ne pouvaient, au point de vue de la loi, faire disparaître les droits des sauvages à la possession du sol [. . .] *Ce titre est protégé par la loi* [. . .] [La Commission a été constituée parce que] on ne donnait [aux Indiens] qu'une si petite étendue de terre, qu'il était impossible pour eux de subsister [. . .] (Débats des Communes de 1880 : 1669, je souligne)

M. de Cosmos considère cette affirmation comme une insulte pour la population de la Colombie-Britannique, qui n'a eu «aucune difficulté» avec les Indiens avant la Confédération et qui n'a consacré que de 500 $ à 1 000 $ par année aux Indiens, comparativement aux 50 000 $ actuellement dépensés par le gouvernement fédéral. Un autre député de la C.-B. accuse Sproat d'accorder aux Indiens tout ce qu'ils veulent, et une motion est adoptée visant la production de toute la correspondance et de tous les documents pertinents.

M. Peter O'Reilley, dont les opinions se rapprochent davantage de celles de la province, remplace M. Sproat et comme le chiffre de la population blanche commence finalement à dépasser celui des autochtones au cours des années 1880, la nécessité de faire preuve de prudence qui peut avoir existé auparavant s'estompe bientôt considérablement (Titley 1986 : 136–37). Enfin, on réalise des progrès, «même si O'Reilly [a fait réarpenter] les terres déjà attribuées par M. Sproat ou le groupe de commissaires parce qu'ils ont fait preuve de prodigalité, du

moins selon la province» (Bankes 1986 : 138). Vers 1897, la plupart des réserves sont délimitées. Cependant, le titre se trouve toujours aux mains de la province.

Le litige ne réside pas seulement dans le fait que les deux parties ne peuvent s'entendre sur l'étendue et la taille des réserves; elles ne s'entendent pas non plus sur l'interprétation à donner de l'obligation de la C.-B. de transférer les terres. La position adoptée par la Colombie-Britannique vise à conserver un droit de retour sur toute terre cédée et repose sur une clause qui figure dans l'accord de 1875–1876 selon laquelle «toute terre détachée d'une réserve reviendra à la province».

Malgré tout, les conditions d'adhésion prévoient un transfert et le droit de retour qu'est censée détenir la province ne diffère pas vraiment de celui que détiennent les autres provinces en raison de l'article 109 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* et de l'affaire St. Catharines. À compter de 1894, Ottawa et l'Ontario concluent une série d'ententes au sujet de l'attribution des réserves qui aboutit à la convention de 1924 dont il est question au paragraphe ii) ci-dessus, tandis que, en Colombie-Britannique, des négociations, peut-être moins amicales, se poursuivent. La question non résolue du droit de retour de la province retarde la suppression de la réserve des Songhees à Victoria et rend plus compliqués les baux d'extraction du charbon à Nanaimo, pour aboutir à une requête visant à soumettre la question à la Cour suprême du Canada (Bankes 1986 : 139). En fin de compte, une entente conclue en 1912 vise à résoudre toutes les questions relatives aux affaires indiennes en Colombie- Britannique, à l'exception de celle du titre autochtone, à la réouverture de laquelle la province s'est constamment opposée.

La convention McKenna-McBride de 1912

Cette convention vise à régler, au moyen d'une autre commission plus nombreuse, à la fois la question de l'attribution des réserves (ni les blancs ni les autochtones, pour des motifs fort différents, ne sont satisfaits de la situation existante) et celle du droit de retour provincial. Elle prévoit essentiellement que la nouvelle commission royale rajustera à la hausse ou à la baisse les dimensions des réserves en fonction des besoins «raisonnables» des Indiens et que la province transférera ensuite ces réserves rajustées au gouvernement fédéral. La province reprendra le titre uniquement à l'extinction d'une bande particulière.

Parce que cette commission ne s'occupe pas du titre autochtone et parce qu'elle retranche des réserves existantes environ 47 000 acres de terres de valeur pour les remplacer par environ 87 000 acres de terres de moins grande valeur, les Indiens la jugent inacceptable (La Violette 1961 : 135). De plus, la convention se veut «un règlement final» de toutes les questions en souffrance, mais la *Loi du règlement relatif aux*

terres des sauvages de la Colombie-Britannique vient par la suite passer outre à l'obligation d'obtenir le consentement des Indiens face aux modifications :

> Aux fins du règlement [. . .] des réductions ou retranchements opérés sur les réserves, suivant les recommandations de la commission royale, le Gouverneur en conseil peut décréter les réductions ou retranchements à effectuer sans leur abandon par les sauvages, nonobstant toutes dispositions contraires de la Loi des sauvages [. . .] (S.C. 1919–1920, chap. 51, art. 3)

Ces dispositions continuent d'alimenter les griefs et on cherche encore à les démêler : voir, par exemple, la *Loi sur le règlement des revendications relatives aux terres retranchées des Indiens* de la Colombie-Britannique, S.C.-B. 1982, chap. 50. En 1920, M. W.E. Ditchburn des Affaires indiennes et le major J.W. Clark de la C.-B. sont chargés de revoir le rapport de la commission. C'est cependant une «Loi de règlement» d'une autre sorte qui entraîne le report, de plusieurs années, de l'exécution de la convention McKenna-McBride.

La zone du chemin de fer et le bloc de la rivière La Paix

Pour favoriser la construction du chemin de fer promis à la C.-B. au moment de la Confédération, la province accepte de céder au gouvernement fédéral une bande de terre pouvant atteindre quarante milles de largeur le long du tracé de la voie ferrée projetée (conditions d'adhésion, article 11). Malheureusement, lorsque Ottawa est finalement prêt à entreprendre la construction, on se rend compte qu'une grande partie du terrain situé dans la zone du chemin de fer n'a pas la qualité attendue et la C.-B. en a déjà aliéné de 800 000 à 900 000 acres. De toute manière, après quelques faux départs, la C.-B. adopte une loi (S.C.-B. 1884, chap. 14), qui devient plus tard connue sous le nom de *Loi du règlement*, prévoyant la cession au gouvernement fédéral de la bande de quarante milles (10 976 000 acres) et d'un bloc de 3 500 000 acres dans la région de la rivière La Paix, ce dernier terrain n'étant toutefois pas choisi avant 1907. Un autre terrain de 1 900 000 acres dans l'île de Vancouver en fait également partie, afin d'y construire le prolongement de la voie ferrée d'Esquimalt à Nanaimo (Cail 1974 : 137–38n).

Au moment où se tient la commission royale de 1912–1916, le titre à l'égard à la fois du bloc de la rivière La Paix et de la zone du chemin de fer appartient donc au gouvernement fédéral et le Traité n° 8 qui comporte la cession du titre indien à l'égard de la partie nord-est de la Colombie-Britannique, a été négocié. Le gouvernement fédéral a également, en vertu dudit traité, mis de côté quatre réserves à l'intérieur du bloc de la rivière La Paix. Lorsque MM. Ditchburn et Clark remettent leur rapport en 1923, les deux gouvernements confirment la convention à laquelle ceux-ci en sont arrivés, sauf en ce qui concerne les terres régies par le traité n° 8 et la zone du chemin de fer :

[Traduction]
Ottawa prétendait que lorsque la zone fut cédée au gouvernement fédéral, la province perdit tout droit de revendiquer les réserves déjà consenties et celles qui le seraient plus tard à l'intérieur de ses limites. En d'autres termes, son droit de retour ne s'appliquait pas. La commission royale avait toutefois examiné ces réserves et avait recommandé des retranchements dans un certain nombre de cas. Selon Ottawa, il s'agissait simplement de mesures par souci d'uniformité et les retranchements ne devraient pas être effectués. Victoria ne partageait pas du tout ce point de vue. À son avis, la zone du chemin de fer ayant été établie en vertu de la Loi de 1884, son droit de retour à l'égard des réserves déjà délimitées à l'intérieur de la zone n'avait pas été annulé. (Titley 1986 : 148)

La convention Scott-Cathcart de 1929

La question reste pendante jusqu'en 1927 quand une autre commission royale affirme dans son rapport que la zone du chemin de fer et le bloc de la rivière La Paix doivent être remis à la province (Cail 1974 : 151). Comme les autorités provinciales n'ont pas légalement droit à un tel transfert, leurs homologues fédéraux «n'hésitent pas à saisir la possibilité» qu'offre cette requête d'obtenir enfin les titres des réserves indiennes en Colombie-Britannique (Bankes 1986 : 143). Par conséquent, le gouvernement fédéral accepte de remettre toutes les terres non aliénées dans ces régions, à la condition que la question des réserves soit réglée. Quant aux réserves situées à l'extérieur des deux zones disputées, les parties s'entendent en 1929 au sujet d'une formule de cession étonnamment favorable à la C.-B. Même si la formule s'inspire de la convention McKenna-McBride, qui n'accorde le retour des terres à la Couronne provinciale que dans le cas de bandes éteintes, une clause permet à la province de «reprendre» jusqu'à un vingtième des terres des réserves à des fins publiques, disposition qui continue de soulever des difficultés de nos jours : voir *Moses* c. *La Reine*, [1977] 4 W.W.R. 474, confirmé par [1979] 5 W.W.R. 100 (C.A.C.-B.).

Fait étrange — le gouvernement fédéral détenant déjà les titres des terres situées dans la zone du chemin de fer et le bloc de la rivière La Paix, il n'est donc pas nécessaire de les lui céder — la convention prévoit néanmoins que les réserves dans ces régions seront régies par les modalités de la nouvelle formule de cession. La convention Scott-Cathcart entre en vigueur en vertu d'un arrêté en conseil adopté en 1930, année où les terres de la zone du chemin de fer et du bloc de la rivière La Paix, à l'exception des réserves, sont transférées de nouveau. Toutes ces dispositions font partie de l'annexe à la *Loi constitutionnelle* de 1930, 20–21, George V (R.-U.), chap. 26, et l'article 13 de la convention fédérale/provinciale qui y figure se lit comme suit :

Nulle disposition de la présente convention ne s'étendra aux terres comprises dans les réserves indiennes de la Zone du chemin de fer et

> du Bloc de la rivière La Paix, mais lesdites réserves continueront d'appartenir au Canada en fiducie pour les Indiens aux termes et conditions énoncés dans [l'arrêt mentionné ci-dessus].

Il ne reste à la province qu'à donner sa réponse et céder au Canada les réserves indiennes situées en dehors de la zone du chemin de fer et du bloc de la rivière La Paix.

Le décret 1036

Fait étonnant, cela ne se produit pas. Le gouvernement de la Colombie-Britannique continue de poser des questions au sujet des dimensions des réserves et même au sujet des terres retranchées dans l'ancienne zone du chemin de fer, nonobstant le fait que la convention Scott-Cathcart exclue explicitement ces réserves de la cession. De plus, le décret fédéral relatif au rapport de la commission royale de 1916 (modifié par Ditchburn et Clark) s'abstient de reconnaître les terres retranchées dans la zone du chemin de fer et ces décisions font partie de la convention (Titley 1986 : 159). Ottawa demeure cependant intransigeant au sujet de ces questions, et après quelques années de plus de troc des droits miniers et des droits de coupe, la Colombie- Britannique cède finalement à Ottawa en 1938 le titre de ses réserves indiennes (décret 1036). En 1961, les terres de réserves dans la partie de la province visée par le Traité nº 8 sont également cédées à Ottawa (décret 2995) et en 1969, le décret 1555 abroge les dispositions visant les bandes éteintes.

Une nuance juridique demeure sans doute entre les réserves indiennes situées dans la zone du chemin de fer et les autres réserves, puisque celles de la zone ne sont pas cédées à Ottawa en 1938; les droits que détient la province à l'égard de ces réserves proviennent de la convention entre le gouvernement fédéral et la province stipulant que les modalités de la formule uniforme de cession s'appliqueront à ces terres (Smith 1986 : 20). Cependant, en raison du décret 1036, le litige illustré par l'affaire *St. Catharines Milling and The Queen* c. *Smith* ne saurait empêcher la cession des terres de réserves en Colombie-Britannique. Comme le juge Dickson l'affirme dans l'affaire Guerin (voir paragraphe i) ci-dessus) :

> Lorsque, par suite de leur cession au gouvernement fédéral en 1873 par les Indiens qui les occupaient, les terres en question dans l'arrêt St. Catharines Milling ont été dégrevées du titre autochtone, on a conclu que, parce que le droit des Indiens était un droit personnel de la nature d'un usufruit, leur droit de bénéficiaire sur les terres est passé en entier à la province de l'Ontario en vertu de l'art. 109, plutôt qu'au Canada. La même question constitutionnelle a été soulevée récemment en cette Cour dans [l'affaire Smith]. Dans cet arrêt, la Cour a conclu que, parce que le droit des Indiens sur une réserve est un droit personnel, il ne peut être transféré à un cessionnaire, que ce soit Sa Majesté ou un particulier. La «cession» entraîne l'extinction de ce droit.

> Aucun problème constitutionnel de cet ordre ne se pose en l'espèce, puisque, en 1938, le gouvernement provincial a transféré à Sa Majesté du chef du Canada le titre de propriété relatif à l'ensemble des réserves indiennes de la Colombie-Britannique. (p. 380–381)

Ce que le spécialiste anglais de l'histoire du droit F.W. Maitland appelle le «mystère féodal de la saisine» se perpétue manifestement dans la magie de l'enchevêtrement constitutionnel du droit canadien relatif aux Indiens.

b) Titre collectif et établissement du droit individuel dans les terres de la réserve

Les billets de location héréditaires qui figurent dans l'*Acte des Sauvages* de 1876, inspirés de dispositions semblables présentées sept ans plus tôt, constituent l'annonce officielle d'une politique centrale du ministère des Indiens : la substitution graduelle de la propriété individuelle au titre foncier collectif et coutumier d'usage. En concentrant entre les mains du surintendant général des pouvoirs réels au sujet de l'appartenance à une bande, de l'administration locale et de la gestion foncière, l'administration espère orienter les Indiens vers l'assimilation éventuelle au sein de la société des blancs. Des titres personnalisés constituent une étape essentielle vers cette fin que l'on envisage d'atteindre ainsi depuis au moins les années 1830. Ce n'est toutefois qu'une étape, et tant qu'ils ne seront pas émancipés et n'obtiendront pas le titre de propriété inconditionnelle, les détenteurs jouiront de droits limités. Malgré des exceptions certainement importantes et malgré des occasions où les événements sont allés à l'encontre de cette philosophie, l'objectif global de la *Loi sur les Indiens* vise à maintenir intactes les terres des réserves à l'usage et au profit de la bande pour laquelle elles ont été mises de côté : *La Reine* c. *Devereux* (1965), 51 D.L.R.(2d) 546 (C.S.C.) et *Joe* c. *Findlay* (1981), 122 D.L.R.(3d) 377 (C.A.C.-B.). Le par. 58(3) constitue sans doute de nos jours l'exception statutaire la plus importante à ce principe; elle fait l'objet du paragraphe c)iii), ci-après. Ses limites externes restent encore à définir.

i) Les rapports entre l'émancipation et les droits de propriété individuels

Les droits fonciers individuels et héréditaires surtout après qu'ils devinrent, en 1894, transmissibles par testament sans le consentement de la bande, semblent non seulement viser à accroître l'attachement des Indiens envers la notion européenne de la propriété foncière, mais également à les préparer à leur assimilation dans la grande société au moyen de l'émancipation. Au départ, la méthode est quelque peu différente. Dans l'*Acte de Civilisation graduelle* de 1857 (S.P.C. 1857, chap. 26), l'assemblée législative coloniale prévoit que tout Indien qui

devient émancipé recevra un domaine viager pouvant atteindre 50 acres de terre de réserve. En vertu de l'article 10 de la loi, ce domaine peut être légué à ses enfants, par testament ou autrement, et devenir, entre leurs mains, une propriété inconditionnelle. Selon ce régime, l'émancipation est considérée comme une condition préalable à la qualité de propriétaire, comme le précise le préambule tant de l'Acte de 1857 que de l'Acte subséquent «concernant la civilisation et l'émancipation des Sauvages» (S.R.C. 1859, chap. 9). La loi est adoptée afin

> d'encourager le progrès de la civilisation parmi les tribus sauvages de cette province, et de faire disparaître graduellement toutes les distinctions légales entre eux et les autres sujets canadiens de Sa Majesté, et de donner aux membres individuels de ces tribus qui désirent obtenir un pareil encouragement et qui l'ont mérité, plus de facilité pour acquérir des propriétés et les droits qui s'y rattachent [...]

D'abord, l'Indien doit, si cela convient, être émancipé; puis, lui et ses descendants jouiront graduellement de tous les droits de propriété. Comme cette formule a pour effet de supprimer de la réserve les terres des Indiens émancipés et, par conséquent, de diminuer les biens de la bande et les droits dévolus en vertu de traités, elle se heurte à une opposition farouche.

Cette méthode est reprise dans la première loi fédérale sur le sujet, l'*Acte d'émancipation graduelle* de 1869 (S.C. 1869, chap. 6), qui prévoit la délivrance de lettres patentes à l'égard des terres détenues par des Indiens émancipés (art. 13). Mais un changement y figure. La loi déclare un Indien en possession légitime d'une terre de réserve lotie par arpentage seulement si le surintendant général lui a consenti un «titre de location», accordant ainsi la «propriété» individuelle — ou au moins la possession — aux Indiens qui ne sont pas émancipés (art. 1). La terre qui fait l'objet d'un titre de location n'est pas cessible et continue d'être soustraite à toute saisie en raison de dette, mais elle peut être léguée aux enfants du titulaire à son décès. Contrairement à la terre d'un Indien émancipé, cependant, les enfants ne reçoivent qu'un droit viager (art. 9). D'après la loi de 1869, par conséquent, on peut, dans une certaine mesure, jouir de droits fonciers individuels aussi bien avant qu'après l'émancipation.

Cette différence figure dans la loi de 1876 qui semble faire une distinction entre des billets ordinaires de location et des billets de location délivrés à des Indiens «postulants», c'est-à-dire ceux qui ont demandé l'émancipation et ont été acceptés provisoirement (art. 86). Dans le premier cas, la bande installera le membre sur un lot particulier et, s'il l'approuve, le surintendant général délivrera un billet de location. La terre visée par le billet ne pourra être transférée qu'à un Indien de la même bande et seulement si le conseil de bande et le surintendant général y consentent (art. 7 à 9). D'autre part, un membre de bande qui cherche à se faire émanciper a besoin d'obtenir le consentement de la

bande et l'attribution «d'une terre convenable à cette fin». Il doit alors être jugé apte par un fonctionnaire désigné par le surintendant général qui lui accorde ensuite un billet de location à titre «d'Indien postulant». Après trois ans de bonne conduite, le requérant a droit qu'on lui remette les lettres patentes lui accordant la propriété inconditionnelle de la terre (art. 86–87). Les Indiens qui terminent ces formalités ne seront alors

> plus réputés des Sauvages dans le sens des lois relatives aux Sauvages, sauf en ce qui se rattache à leur droit de partager dans les annuités, intérêts, rentes et conseils de la bande de Sauvages à laquelle ils appartenaient [. . .] (art. 88)

De plus, si toute la bande décide de permettre à tous les membres qui l'ont choisi de devenir émancipés, un Indien qui reçoit des lettres patentes en vertu des formalités que nous venons de décrire pourra, après avoir complété une autre période de trois ans, avoir droit de recevoir «sa part des fonds portés au crédit de la bande [. . .] ou [. . .] du capital des annuités de la bande» et cesser d'être un Indien «à tous égards» (art. 93).

Les 2 et 21 mars 1876, le ministre donne à la Chambre des communes des explications pas toujours très précises au sujet de ces dispositions et d'autres députés soulignent l'échec tant de la formule de 1857 que de celle de 1869 (Débats des Communes de 1876 : 351–352, 769–770 et 772–773). Cette dernière formule connaît le même sort, principalement pour la même raison : les bandes ne veulent pas que les terres soient retirées des réserves et puissent être vendues à des non-Indiens. Les demandes personnelles obtiennent donc rarement l'assentiment requis et, au XIX^{e} siècle, une seule bande se prévaut de la méthode de la deuxième étape prévue à l'article 93. En 1880, un député propose devant la Chambre un autre motif à cette résistance. Après avoir souligné que la loi que sir John A. Macdonald a fait adopter en 1876 n'a pas connue, comme il fallait s'y attendre, plus de succès que celle de 1857, il déclare ce qui suit :

> On dit que la raison pour laquelle un aussi petit nombre de sauvages sont affranchis, est qu'il ne sont pas en position de jouir des prérogatives que possède le blanc. Si nous parlons de la tribu des Six Nations, le fait que les plus intelligents et les plus industrieux des sauvages qui en font partie ne sont pas affranchis, en vertu de la loi actuelle, est une preuve concluante du soin avec lequel ils veillent à leurs intérêts. Actuellement, beaucoup d'entre eux cultivent de 200 à 300 arpents de terre; s'ils devaient être affranchis, il n'auraient, en vertu des clauses de la loi, que leur part de la réserve, c'est à dire un peu moins de cinquante arpents. Cela étant, ils seraient loin de pousser la folie jusqu'à demander leur affranchissement. (Débats des Communes de 1880 : 2038)

On ne peut préciser à quel point cette situation est vraie dans d'autres réserves. Cependant, dans l'Ouest, le cas ne se présente pas car la loi prévoit que les articles sur l'émancipation ne s'appliqueront pas tant que

le Gouverneur général n'en proclamera pas le prolongement à ces provinces et à ces territoires (S.C. 1876, chap. 18, art. 94; S.R.C. 1886, chap. 43, art. 82).

Ces dispositions, modifiées à l'occasion, demeurent un élément permanent de la loi et, en 1951, une période d'attente de dix ans entre l'émancipation et le titre de propriété inconditionnelle est ajoutée (S.C. 1951, chap. 29, art. 110). Le ministre reconnaît que cette disposition est plus restrictive que les précédentes, mais elle vise à rassurer les bandes en prévoyant que les terres ne seront pas vendues «immédiatement après l'émancipation» (Débats des Communes de 1951 : 1382, 3140–3141, 3152–3153). En 1985, la partie de la loi qui porte sur l'émancipation est abrogée (S.C. 1985, chap. 27, art. 19).

ii) Dispositions relatives à la possession de terres dans les réserves : les articles 20 à 29 de la loi actuelle

La formule arrêtée en 1876 correspond essentiellement à la description donnée ci-dessus : la bande localise des membres et, une fois l'approbation du surintendant général obtenue, un billet de location est délivré. Le Ministère en conserve un exemplaire, un autre est remis à l'agent local (pour être transcrit dans le registre de la bande s'il en existe un) et un troisième est donné au membre de la bande. Nul détenteur d'un billet de location ne peut être dépossédé de sa terre sur laquelle «il aura fait des améliorations, sans en être indemnisé» (art. 6). Moyennant le consentement à la fois du conseil et du surintendant général, un billet de location peut être cédé uniquement à un autre membre de la bande et, au moment du décès, un tiers des intérêts du titulaire revient à sa veuve et le reste, à ses enfants, qui détiennent sur ces terres «le même droit de propriété qu'avait leur père» (art. 9). En 1880, la nécessité d'obtenir le consentement de la bande pour effectuer des transferts est supprimée (S.C. 1880, chap. 28, art. 19), et au fil des ans, de nombreuses modifications sont apportées au sujet de la transmission des biens fonciers, surtout une modification apportée en 1884 permettant aux détenteurs de billets de location, avec le consentement de la bande et du surintendant général, de léguer par testament leurs terres (S.C. 1884, chap. 27, art. 5). En 1894, la nécessité d'obtenir le consentement de la bande est abandonnée (S.C. 1894, chap. 32, art. 1). Dans l'Ouest canadien, les Indiens qui, avant l'établissement d'une réserve, ont occupé et amélioré des terres qui sont par la suite comprises dans une réserve, se trouvent dans la même situation que ceux qui détiennent des terres en vertu d'un billet de location (art. 10). Il n'y a pas d'autres modifications au moment de la codification de la loi pour la troisième fois en 1886 : S.R.C. 1886, chap. 43, art. 16 à 19).

Cependant, 1890 voit apparaître des «certificats d'occupation» à l'intention des Indiens du Manitoba, du Keewatin et des «Territoires de l'Ouest» — une désignation géographique un peu inhabituelle. Dans ces

régions, le commissaire des Indiens a l'autorisation, avant de localiser un Indien de la façon habituelle, de délivrer un certificat d'occupation visant une terre pouvant atteindre une superficie de 160 acres. Ce certificat confère à son détenteur la possession légitime de la terre, mais peut être annulé par le commissaire à tout moment (S.C. 1890, chap. 29, art. 2). Cette disposition vise probablement à imposer une sorte de stage probatoire même aux Indiens qui ne se sollicitent pas l'émancipation; elle en a certes l'effet.

Les codifications de 1906 et de 1927 ne renferment pas de modification importante et en 1951 ces dispositions sont réunies dans ce qui constitue essentiellement la loi actuelle. Les certificats d'occupation ne se limitent plus aux régions déjà mentionnées, mais peuvent être délivrés chaque fois que le ministre souhaite disposer de plus de temps pour décider si une attribution décrétée par un conseil de bande doit être approuvée, et les certificats de possession remplacent les billets de location (art. 20). Un registre du Ministère à l'égard de ces certificats devient obligatoire (art. 21) et les dispositions en matière d'améliorations relativement aux Indiens de l'Ouest sont généralisées (art. 22). À la conférence tenue à Ottawa en 1951, un représentant indien s'oppose au caractère provisoire des dispositions régissant la possession, lequel provoque un «sentiment d'insécurité», et est d'avis que, une fois attribuée par un conseil de bande, la terre ne doit pas faire l'objet de conditions établies par le ministre. (Conférence de 1951 : 1365).

En vertu de l'article 29, les terres des réserves ne peuvent toujours pas être saisies en raison de dettes. Qui plus est, la nécessité d'indemniser un Indien dépossédé de la terre qu'il a améliorée, inscrite dans la loi depuis 1876, est modifiée en profondeur. Dans la codification de 1927, il est prévu que :

> [. . .] aucun Indien ne peut être dépossédé d'une terre sur laquelle il a fait des améliorations, sans être, d'après une évaluation approuvée par le surintendant général, indemnisé par l'Indien qui obtient cette terre, ou sur les fonds de la bande, selon que le décide le surintendant général. (S.R.C. 1927, chap. 98, art. 21)

Son libellé devient le suivant en 1951 :

> Un Indien qui est légalement retiré de terres situées dans une réserve sur lesquelles il a fait des améliorations *permanentes peut, si le Ministre l'ordonne*, recevoir à cet égard une indemnité d'un montant que le Ministre détermine, soit de la personne qui entre en possession, soit sur les fonds de la bande, à la discrétion du Ministre. (S.C. 1951, chap. 29, art. 23, je souligne).

Les améliorations doivent désormais être permanentes et l'indemnisation n'est plus obligatoire. Ces modifications sont reprises dans la loi actuelle.

En vertu de l'article 24, le droit conféré à un Indien qui est légalement en possession de terres dans une réserve, de transférer ce droit à un autre membre de la bande (avec l'autorisation du ministre) est élargi afin de permettre de le transférer à la bande elle-même, et l'article 25 renferme des dispositions permettant aux Indiens qui cessent d'avoir le droit de résider sur une réserve, de transférer leurs terres ou, à défaut, de voir ces terres retourner à la bande, et de toucher une indemnité pour les améliorations permanentes. À la Chambre, un député s'y oppose, déclarant que le droit de propriété est «sacré» et qu'il ne voit pas pourquoi l'Indien ne serait pas indemnisé pour les terres aussi bien que pour les améliorations. Le ministre ne répond pas vraiment à sa question mais laisse entendre que, comme un détenteur de billet de location ne peut transférer sa terre qu'à un autre membre de la bande, l'intérêt qu'il y détient n'a pas une valeur justifiant une indemnisation. Insatisfait de cette réponse, le député réaffirme que le détenteur doit avoir droit à une certaine forme d'indemnité à l'égard de la terre «si c'est son bien propre». Quelques instants plus tard, au cours d'un débat au sujet des testaments des Indiens, le ministre décrit la question de la nature du droit d'un détenteur dans sa terre comme «un point de droit intéressant» (Débats des Communes de 1951 : 3135–3136).

Les articles 26 et 27 prévoient la correction des fraudes ou des erreurs qui se sont glissées dans les certificats de possession ou d'occupation; ces articles doivent par la suite être modifiés afin de comprendre les billets de location, censément parce que cette omission a rendu les nouvelles dispositions presque inopérantes (S.C. 1956, chap. 40, art. 9). Enfin, l'article 28 rend nulle toute démarche faite par une bande ou un membre d'une bande afin de permettre à une personne autre qu'un membre de cette bande d'occuper ou d'utiliser des terres de réserve, sauf si le ministre autorise par écrit une telle utilisation ou occupation. Quand des représentants indiens contestent cette dernière disposition, s'inquiétant parce que l'utilisation privée des terres de réserve doit recevoir la sanction du conseil de bande, la réponse donnée souligne le fait que l'article limite de tels permis ministériels à des périodes d'au plus un an (Conférence de 1951 : 1366). Quelques années plus tard, une modification permet au ministre, si la bande y consent, de prévoir une période plus longue (S.C. 1956, chap. 40, art. 10). Cette disposition a pour effet d'ajouter une troisième méthode pour entériner l'utilisation des terres de réserve par un non-Indien, les deux autres étant la cession et le bail, conformément à l'article 58(3) de la loi actuelle (Sanders 1985 : 465), examiné au paragraphe c)(iii), ci-après.

c) L'administration et l'aliénation des terres de réserve et des terres cédées

Lorsque Clifford Sifton est nommé ministre de l'Intérieur, et par conséquent, surintendant général des Affaires indiennes en 1896, il se rend compte que, contrairement à ce qu'il a supposé, il est assez difficile

pour le gouvernement de s'approprier des terres indiennes (Hall 1983 : 120). Mais cette situation est en train de changer. Le soulèvement du Nord-Ouest en 1885 s'est traduit par un durcissement et, dans les années 1890, les pressions exercées sur le gouvernement et le ministère des Indiens afin que l'on ouvre les terres indiennes à la colonisation et à la mise en valeur s'intensifient. Au cours des 40 années qui suivent, ces pressions, et les modifications à la loi auxquelles elles donnent lieu, sont constantes et le surintendant général est de plus en plus autorisé à agir sans le consentement de la bande. En 1895, par exemple, il peut louer, sans cession, la terre de tout Indien qui lui en fait la demande (voir au paragraphe c)(iii), ci-après) et, en 1918, de louer, à nouveau sans cession, toute terre de réserve inculte. Ces mesures visent à empêcher que la campagne du gouvernement visant à accroître la productivité dans l'Ouest «soit entièrement à la merci des tribus d'Indiens»; (Débats des Communes de 1918 : 1103–1104, portant sur des explications des S.C. 1918, chap. 26, art. 4).

Cette tendance atteint son point culminant juste avant la Première Guerre mondiale avec l'ajout à la *Loi sur les Indiens* de l'article 49A qui permet au gouvernement d'exproprier certaines réserves, à l'encontre des clauses de traité et des normes de cession :

> Lorsqu'une réserve indienne est contiguë à une ville ou à une cité constituée en corporation et ayant une population d'au moins huit mille âmes, ou y est située en tout ou partie [. . .] le gouverneur en son conseil peut [. . .] référer au juge de la cour de l'Échiquier du Canada pour faire une enquête et présenter un rapport, la question de savoir si, en tenant compte de l'intérêt du public ainsi que de celui des Indiens [. . .] pour l'usage desquels la réserve est détenue, il est à propos de déplacer les Indiens [. . .]

Cet article vise à éviter l'adoption d'une loi spéciale chaque fois qu'un besoin de ce genre se fait sentir et s'inspire d'une loi que vient de voter le Parlement et qui a pour effet de déplacer les Songhees de leur réserve à Victoria (C.-B.). Cette réserve, située dans le port de Victoria en face de l'hôtel du gouvernement, est en butte à l'hostilité (parce qu'elle est considérée comme une horreur et une source de problèmes sociaux) et à l'envie des contribuables de l'endroit (parce qu'elle occupe un terrain de très grande valeur) depuis l'époque de la colonie. En 1859, le gouverneur Douglas a refusé une demande formulée par l'assemblée législative afin de déplacer les Indiens, parce qu'il estimait injuste de violer les obligations solennelles du gouvernement prévues dans le traité (Fisher 1977 : 114). Cependant, en 1911, c'est précisément ce qui est fait. «Nous souhaitons respecter entièrement les droits prévus dans le traité», fait savoir le ministre de l'Intérieur à la Chambre, «mais il est absolument nécessaire, dans un pays en pleine expansion, de tenir compte de la situation et [. . .] des conditions actuelles.» Les Songhees, affirme-t-il, occupent des terres de très grande valeur sans en faire aucune utilisation; ils seront donc transportés vers de nouvelles terres à

Esquimalt et recevront une indemnisation (Débats des Communes de 1911 : 8355–8356). Au cours d'un incident connexe survenu quelques années plus tard, le Parlement autorise le gouverneur en conseil à réduire la taille des réserves indiennes de la C.-B., encore une fois sans respecter les dispositions de la *Loi sur les Indiens* en matière de cession (S.C. 1919–1920, chap. 51). Cette mesure est traitée au paragraphe a)(iv), ci-dessus.

En réponse aux critiques exprimées au sujet de la trop grande portée de l'article 49A, ce dernier est modifié; dorénavant le jugement de la Cour de l'Échiquier sera soumis à l'approbation du Parlement avant qu'on puisse procéder à un déplacement (S.C. 1911, chap. 14, art. 2). L'article continue de faire partie de la loi jusqu'en 1951, lorsque le ministre de l'époque admet que cette disposition est discriminatoire et que les Indiens sont d'avis qu'elle fait d'eux des «citoyen(s) de catégorie inférieure» (Débats des Communes de 1951 : 1383).

Vers les années 1930, le gouvernement a d'autres préoccupations et, en 1936, le ministère des Indiens devient à nouveau une Direction, cette fois-ci, du ministère des Mines et Ressources, le ministre des Mines devenant le surintendant général des Affaires indiennes (*Loi du ministère des Mines et Ressources*, S.C. 1936, chap. 33).

(i) Pouvoirs du ministre sur les terres cédées : article 53(1) de la loi actuelle

Les pouvoirs du gouvernement en matière d'administration et d'aliénation des terres cédées datent d'avant la Confédération, comme le précisent clairement les lois de la Nouvelle-Écosse, du Nouveau-Brunswick et du Haut- et du Bas-Canada dont il est question au paragraphe 1a) ci-dessus. D'après la législation du Bas-Canada, par exemple, un commissaire est chargé d'administrer et d'aliéner les terres des Indiens; l'affaire Star Chrome a permis d'en examiner les retombées juridiques (voir le paragraphe (a)(ii), ci-dessus). L'article 29 de l'*Acte des Sauvages de 1876* prévoit ce qui suit :

> Toutes les terres des Sauvages, formant les réserves ou partie des réserves cédées, ou qui devront être cédées à la Couronne, seront réputées possédées pour les mêmes fins qu'avant la passation du présent acte, et seront administrées, affermées et vendues selon que le Gouverneur en conseil le prescrira, sujet aux conditions de la cession et aux dispositions du présent acte.

Ces dispositions sont essentiellement les mêmes aujourd'hui, sauf que ces pouvoirs sont dévolus au ministre ou à son fondé de pouvoir depuis 1951 : art. 53(1). Cependant, il revient toujours au gouverneur en conseil de décider si l'utilisation de terres de réserve à une fin particulière est vraiment à l'usage et au profit de la bande : art. 18(1). L'ambiguïté historique de l'article 53(1) et de ceux qui l'ont précédés est traitée au paragraphe (a)(iii), ci-dessus.

Le ministre détient également des pouvoirs importants au sujet des terres de réserve, par exemple, art. 18(2), au sujet des écoles, des lieux de sépulture, de l'hygiène, etc.; art. 58(1), au sujet des améliorations apportées aux terres incultes ou inutilisées et des baux agricoles, et, art. 58(4), au sujet de déblaiement d'herbes, de chablis, et de gravier, la plupart de ces questions étant assujetties au consentement du conseil de bande. À la conférence tenue à Ottawa en 1951, on s'interroge au sujet de ces dispositions et certains représentants se plaignent de la façon dont certains agents des Indiens ont loué les terres incultes ou inutilisées. On aborde également l'aliénation du sable et du gravier sans consentement et les représentants reçoivent l'assurance que ce ne sera le cas que lorsque, en raison d'absences, il y aura des «difficultés ou des retards indus» à obtenir le consentement du conseil de bande. Il est également déclaré à la conférence que les baux consentis pour de tels motifs ne pourront pas être renouvelés sans consentement (Conférence de 1951 : 1366).

En vertu de l'article 60, le gouverneur en conseil peut, à la demande d'une bande, lui accorder le droit d'exercer, «sur des terres situées dans une réserve qu'elle occupe, tels contrôle et administration qu'il estime désirables». Ces pouvoirs peuvent également être retirés.

ii) L'obligation de la cession et l'exception pour cause d'utilité publique : les articles 35 et 37 de la Loi actuelle

Le principe énoncé à l'article 37 est sans contredit le plus fondamental de la loi, interdisant l'aliénation de toute terre de réserve qui n'a pas d'abord été cédée à la Couronne par la bande «à l'usage et au profit communs de laquelle la réserve a été mise de côté». Cependant, ce principe est frappé d'exceptions établies ailleurs dans la loi, surtout à l'article 35, qui autorise la prise de terres pour cause d'utilité publique, et à l'article 58(3). Ces articles seront étudiés à tour de rôle.

La version la plus ancienne de la politique qui a inspiré l'article 35 porte, faut-il s'en étonner, sur les chemins de fer. Au XIX^{e} siècle, l'histoire de la *common law* est émaillée de dispositions en faveur des chemins de fer et l'article 25 de la première loi fédérale relative aux terres des Indiens n'y échappe pas. Je me contenterai d'affirmer que si une voie ferrée, une route ou une voie publique traverse la terre d'un Indien ou lui cause préjudice, une indemnisation doit être accordée. Cette même disposition, plus ou moins sous cette forme, figure dans les *Lois* de 1876, de 1880 et de 1886 *sur les Indiens*, puis, en 1887, elle est modifiée de manière à préciser qu'il ne peut y avoir empiétement sur «aucune partie de toute réserve» sans le consentement du gouverneur en conseil, mais si toute voie ferrée, etc. la traverse ou lui cause préjudice, une indemnisation s'impose (S.C. 1887, chap. 33, art. 5). Le libellé de cette disposition fait l'objet de critiques à la Chambre des communes parce qu'on y voit une contradiction, mais, hormis une légère modification, c'est aussi la version qui figure dans la codification de 1906.

Cependant, en 1911, l'article est modifié pour recevoir essentiellement sa formulation actuelle et autoriser les sociétés et municipalités, détenant des pouvoirs à cette fin en vertu de la loi, à exproprier des terres de réserve à des fins publiques (S.C. 1911, chap. 14, art. 1). Une telle expropriation exige le consentement du gouverneur en conseil et, en 1951, la mention spéciale des chemins de fer, etc., disparaît (S.C. 1951, chap. 29, art. 35). L'article 35 fait l'objet de «force débats» à la Conférence tenue à Ottawa, mais les délégués reçoivent l'assurance que la politique à l'origine de l'article ne vise pas «l'achat global de terres» mais «l'utilisation des terres aux fins d'utilités publiques ou d'autres services semblables». Cette explication semble satisfaire les personnes présentes et l'article est accepté (Débats des Communes de 1951 : 1396).

iii) L'exception des occupants particuliers : article 58(3) de la Loi actuelle

L'article 58(3) prévoit que le Ministre «peut louer au profit de tout Indien, à la demande de celui-ci, la terre dont ce dernier est en possession légitime sans que celle-ci soit cédée». Comme nous l'avons déjà précisé, c'est l'une des deux seules manières qui permettent à des non-Indiens de pouvoir louer légalement des terres dans une réserve sans que celles-ci soient cédées. Son histoire est fort intéressante.

Selon le principe général qui les régit, les terres sises dans une réserve «ne doivent être vendues, aliénées ni louées, ou il ne doit en être autrement disposé», que si elles ont été cédées à la Couronne par la bande à «l'usage et au profit» de laquelle elles ont été mises de côté (art. 37). Ce principe remonte au moins à la Proclamation royale de 1763 et figure dans la première loi fédérale relative à l'administration des terres des Indiens en 1868. Mais, dans la *Loi sur les Indiens*, il fait l'objet d'exceptions qui remontent elles à la première loi adoptée en 1876, et d'autres vont suivre.

L'article 58(3) actuel tire probablement ses origines de la Loi de 1880, qui autorise le surintendant général à louer, sans qu'elles soient cédées, les terres des «Indiens âgés, malades et infirmes, ainsi que de leurs veuves et de leurs enfants laissés sans tuteur», afin de subvenir à leurs besoins (S.C. 1880, chap. 28, art. 36). Cette définition est augmentée en 1884 afin de comprendre les terres des Indiens qui sont devenus des professionnels ou des enseignants, ou qui exercent un métier qui les empêche de «cultiver leurs terres dans la réserve» (S.C. 1884, chap. 27, art. 8), puis, ces trois nouvelles catégories sont réunies en une seule en 1894, c'est-à-dire les «occupations» qui empêchent de pratiquer l'agriculture, (S.C. 1894, chap. 32, art. 3). En 1898 sont également ajoutés les pouvoirs de disposer, sans cession, des herbes sauvages et du bois mort sur pied ou du chablis, (S.C. 1898, chap. 34, art. 2).

La modification la plus importante est apportée quelques années auparavant, cependant. En 1895, l'article est abrogé, supprimant ainsi l'allusion aux veuves, etc. et aux occupations qui empêchent l'agriculture, et une disposition beaucoup plus générale est insérée :

> Nulle réserve ou portion de réserve ne pourra être vendue, aliénée ou affermée, avant d'avoir été cédée ou abandonnée à la Couronne pour les objets prévus au présent acte; mais le surintendant général pourra donner à bail, au profit de *tout* sauvage, *sur sa demande*, le terrain auquel celui-ci a droit, *sans formalité préalable de cession ou d'abandon.*« (S.C. 1895, chap. 35, art. 1, je souligne)

Ainsi est supprimée la nécessité d'obtenir le consentement de la bande (sous forme de cession) pour louer des terres qui sont attribuées à un membre de la bande et que ce dernier souhaite louer, pourvu que le surintendant général y consente. À la Chambre des communes, la modification est décrite comme une généralisation de la loi provoquée par:

> [. . .] plusieurs cas [où] des Sauvages [. . .] ont quitté la réserve et, en vertu de la loi actuelle, nous ne pouvons pas donner à bail ces terrains sans le consentement de la bande. [. . .] [L]es voisins, par dépit ou par haine, ont mis assez d'influence en jeu pour empêcher de faire la chose. (Débats des Communes de 1895 : 3444)

C'est, de toute manière, le point de vue officiel. La suppression du consentement de la bande engendre toutefois ses propres difficultés. Comme d'autres le constatent quatre-vingt- cinq ans plus tard, quand un plus grand nombre de détenteurs souhaitent conclure des baux commerciaux à long terme, les obligations de la Couronne envers la bande au sujet des terres attribuées ne doivent pas être considérées comme «entièrement annulées» par l'attribution. Le recours à ces dispositions afin de consentir des baux qui sont de véritables aliénations va à «l'encontre de l'esprit» de la *Loi*, pour le moins (Circulaire du programme, Affaires indiennes et inuit, 1980, n° H-7–1 aux paragraphes 2.4 et 3.1). La récente affaire *Boyer* c. *La Reine et autres* (1986), 26 D.L.R. (4e) 284 (C.A.F.) favorise toutefois fortement les droits de propriété individuels par rapport aux droits collectifs, pour ce qui est de l'article 58(3) actuel.

En 1919, c'est le surintendant général qui détient le pouvoir de céder à bail les droits de surface en vue de l'exploration minière, peu importe si quelqu'un le demande ou non (S.C. 1919, chap. 56, art. 1). L'occupant doit être indemnisé de tout dommage causé par cette activité et, en 1938, une fois le ministère des Indiens devenu une Direction du ministère des Mines et Ressources, des dispositions sont prévues afin d'indemniser aussi les non-Indiens locataires et titulaires de permis. Cette modification établit une distinction entre les baux miniers qui exigent, et ceux qui n'exigent pas, une cession préalable (S.C. 1938, chap. 31, art. 1).

En 1951, l'article est scindé et la première partie, qui renferme les dispositions générales interdisant l'aliénation sans cession, devient l'article 37. La seconde partie, où se trouve l'exception à l'égard des occupants particuliers, passe à l'article de la loi qui porte sur l'administration des terres et est numérotée 58(3). Les dispositions visant les terres incultes, et plusieurs, mais non pas toutes les dispositions qui en confèrent le contrôle au surintendant général (désormais le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), sont remplacées par des dispositions exigeant le consentement du conseil de bande (voir la rubrique (i) ci-dessus). C'est là l'orientation générale de la réforme apportée à la loi en 1951 et les articles 37 et 58(3) demeurent inchangés depuis cette date.

À la conférence tenue à Ottawa en 1951, on s'interroge sur la signification de l'expression «sauf dispositions contraires de la présente loi» figurant à l'article 37. Le gouvernement répond que cette expression désigne les mesures prises en vertu des articles 35 (terres prises pour cause d'utilité publique) et 110(2) (octroi à l'Indien émancipé). Aucune allusion n'est faite aux paragraphes 28(2) ou 58(3), sans doute parce qu'à cette époque, on se préoccupe davantage des ventes que des baux et des permis (Conférence de 1951 : 1366).

3. Administration des deniers des Indiens

Bien qu'une définition des terres des Indiens soit apparue dès la première *Loi sur les Indiens* en 1876, leurs deniers ne sont pas définis avant 1951. Cette année-là, on les définit comme étant «toutes les sommes perçues, reçues ou détenues par Sa Majesté à l'usage et au profit des Indiens ou des bandes» et il en est encore ainsi de nos jours. Cette distinction entre les terres et les deniers révèle dans une certaine mesure l'importance relative des deux et la mesure des rapports entre les terres et les deniers des Indiens dans le passé. Contrairement aux terres, toutefois, les deniers ont, par comparaison, peu retenu l'attention des historiens, des avocats et des tribunaux.

Les articles de la loi actuelle qui portent sur leur sujet vont de 61 à 69. L'article 61 est aux deniers ce que l'article 18(1) est aux terres: il ne prévoit leur affectation «qu'au bénéfice des Indiens ou des bandes à l'usage et au profit communs desquels ils sont reçus ou détenus» et le gouverneur général peut décider si une dépense particulière respecte ce critère. Le fait que ces dispositions ne semblent pas permettre de contester devant les tribunaux la décision du gouverneur en conseil soulève une vive controverse en 1956 (Débats des Communes de 1956 : 7360–61, 7382–83), et l'article 18(1) est invoqué par la Couronne dans l'affaire Guerin à titre de négation de toute obligation fiduciaire. Cet argument est finalement débouté dans cette affaire et le vide dont on se plaint en 1956 est par la suite, au moins partiellement, comblé.

L'article 61(2) prévoit le versement d'intérêts sur les deniers des Indiens détenus au Fonds du revenu consolidé, selon un taux que fixe le gouverneur en conseil. En 1951, certains des représentants qui assistent à la Conférence à Ottawa tentent, mais sans succès, de faire changer cette disposition de manière à ce que le taux ne descende jamais en dessous de cinq pour cent (Conférence de 1951 : 1365).

L'article 62 établit une distinction entre les deniers au compte de capital et les deniers de revenu, car il prévoit que tous les deniers tirés de la vente de terres cédées et de biens de capital d'une bande sont censés être des deniers au compte de capital de la bande et tous les autres, des deniers de revenu. Cette distinction revêt une grande importance, car la loi de 1951 attribue au ministre des pouvoirs fondés sur cette distinction et, l'article 69, à l'instar de l'article 60 concernant les terres, autorise le gouverneur en conseil à permettre à une bande de «contrôler, administrer et dépenser la totalité ou une partie de ses deniers de revenu». Accordée pour la première fois en 1959, cette permission est détenue par plusieurs bandes en 1971 (Daugherty and Madill 1980 : 191). Comme en atteste l'annexe au Règlement sur les revenus des bandes d'Indiens, près de la moitié des bandes détiennent maintenant ce pouvoir.

Les articles 64 et 65 portent sur les pouvoirs que détient le ministre au sujet des deniers au compte de capital d'une bande et qu'il exerce avec le consentement du conseil de bande et l'article 66 renferme des dispositions semblables au sujet des deniers de revenu, quoique dans ce cas, le ministre détienne davantage de pouvoirs d'agir sans le consentement du conseil de bande. L'article 68 permet au ministre d'utiliser les paiements de rentes ou d'intérêts dus à un Indien pour subvenir aux besoins du conjoint ou de la famille de ce dernier, dans un certain nombre de cas. Certains aspects de ces dispositions et de quelques autres font l'objet d'un examen plus approfondi ci-après.

En termes généraux, les dispositions de la loi de 1951 qui portent sur les deniers des Indiens expriment les mêmes rapports de force entre la tutelle et l'indépendance qui caractérisent le reste de la Loi, ainsi que la même tendance vers l'indépendance. Cependant, le rôle permanent de surveillance qu'ont le ministre et le gouverneur en conseil et surtout les pouvoirs que détient ce dernier de permettre à une bande d'adopter des règlements financiers seulement si elle «a atteint un haut degré d'avancement» (art. 83), révèlent que la situation n'a pas beaucoup évolué. Prévoyant des critiques à l'égard de la liberté d'action dont jouira le ministre en vertu du projet de loi de 1951, le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration tient les propos suivants au sujet de ce compromis :

> Aux termes du bill à l'étude, le ministre continuera de jouir de pouvoirs discrétionnaires, mais la Chambre verra que ces pouvoirs sont sensiblement plus restreints que ceux dont il jouit en vertu de la

> loi actuelle. Quand nous examinerons la mesure en comité, nous démontrerons volontiers que les pouvoirs discrétionnaires que nous conservons sont motivés. Plus particulièrement, le ministre est obligé de conserver l'autorité en ce qui a trait à l'affectation des fonds des bandes pour la bonne raison que, comme cet argent provient du Fonds du revenu consolidé, il faut que les dépenses soient autorisées. Je ne veux pas induire la Chambre en erreur : l'autorité ministérielle comprend le contrôle des dépenses effectuées à même les fonds des bandes; mais dès qu'une bande démontrera qu'elle peut gérer ses fonds, la Chambre peut être sûre que nous lui en fournirons l'occasion. (Débats des Communes de 1951 : 1382, je souligne)

(a) Deniers provenant des cessions de terres

Les premières lois ne renferment pas de dispositions distinctes au sujet des terres et des deniers. La première loi fédérale à aborder la question des deniers est celle de 1868 qui établit le «Département du Secrétaire d'État» et prévoit l'administration «des Terres des Sauvages et de l'Ordonnance» (S.C. 1868, chap. 42). Selon l'article 7, tous les deniers destinés au «soutien et au profit» des Indiens, y compris les deniers provenant de la vente de bois et de terre, doivent être utilisés de la même manière qu'avant la loi. L'article 11 confie le contrôle de ces sommes au gouverneur en conseil, l'autorisant à ordonner la manière dont les deniers doivent être investis, la date où les versements doivent être faits et l'aide accordée, et la somme qui doit être mise de côté en vue de l'administration des terres et des biens des Indiens. La première *Loi sur les Indiens* adoptée en 1876 renferme des dispositions semblables, sauf qu'elle prévoit, au moment de la cession, qu'il peut être convenu de verser jusqu'à 10 p. 100 du produit de la vente aux membres de la bande plutôt que de l'investir ou l'utiliser à d'autres fins. Ce chiffre semble traduire la politique adoptée en matière de conclusion de traités quand on décida de remplacer les paiements forfaitaires par des rentes après la Guerre de 1812 (voir le paragraphe (2)a)(i), ci-dessus). La Loi de 1876 exige également que le produit de la vente ou de la location de terres, de bois, de foin, de pierres, de minéraux ou de «tout autre objet de valeur s'y trouvant» et appartenant aux Indiens soit versé au Receveur général pour être porté au crédit des fonds des Indiens.

Les *Lois* de 1880 et de 1886 *sur les Indiens* maintiennent ces dispositions. De légères modifications sont apportées en 1895 et en 1898, et en 1906 la somme susceptible d'être versée aux membres de la bande en raison de la vente de terres est portée à 50 p. 100. La raison, selon le ministre de l'Intérieur, en est la suivante :

> Nous constatons que [10 p. 100] [...] ne suffit pas pour [...] engager [les Indiens] à se déposséder de leurs terres; à cette condition, nous avons beaucoup de difficulté à les induire à s'en déposséder. Il y a quelques semaines, [...] plusieurs députés, du Nord-Ouest pour la plus grande partie, déclarèrent qu'il serait urgent

> d'assurer l'utilisation des vastes étendues de terre détenues par les Indiens, et que ceux-ci n'utilisent aucunement, et cela au détriment des colons, de la prospérité et du progrès de la région. (Débats des Communes de 1906 : 5558)

Pendant quelques années encore, le taux demeure à 10. p. 100 pour le bois et les autres biens, mais les pressions se maintiennent. Certains députés souhaitent que le plafond soit haussé, voir enlevé (Débats des Communes de 1910 : 6256–57) et, en 1919, le taux de 50 p. 100 s'applique au bois et aux autres biens aussi bien qu'aux terres (S.C. 1919, chap. 56, art. 2). En 1951, cette disposition devient l'article 64(a) et l'expression «*per capita*» est ajoutée. C'est aujourd'hui l'alinéa 64(1)a).

(b) Capital et revenu

Bien que le mot «revenu» soit d'usage plus récent, celui de capital fait sa première apparition dans les dispositions d'émancipation figurant dans l'*Acte de civilisation graduelle* de 1857 et on le retrouve dans les lois qui suivent. Il s'agit essentiellement d'éviter que l'on puise dans les fonds de la bande sans le consentement de celle-ci et on semble s'inspirer du principe de la cession appliqué aux terres. Le principe comme tel s'est cependant estompé. Ainsi, un article ajouté en 1894 autorise le gouverneur en conseil, avec le consentement de la bande, à employer les deniers au compte de capital de cette bande afin d'acheter des terres de réserves et de financer les améliorations permanentes et l'achat de bétail (S.C. 1894, chap. 32, art. 11). En 1918, cette disposition est modifiée afin de permettre de se passer du consentement de la bande si un tel refus est «préjudiciable au progrès ou au bien-être de la bande» (S.C. 1918, chap. 26, art. 4). On peut donc, avec raison, supposer que parce que les Indiens n'exercent pratiquement aucun contrôle à l'égard de leurs fonds et parce que la plupart de cet argent provient de la vente de terres et de ressources foncières, il n'existe pas un besoin pressant de tenter d'établir une distinction entre le capital et les revenus. Ce n'est que lorsque le gouvernement décide, dans la loi de 1951, de procéder au transfert aux bandes d'un plus grand contrôle financier que cette distinction s'avère importante.

Il y a toujours eu des dispositions relatives aux questions d'argent. Ainsi, l'article 68 de la loi actuelle tire ses origines de l'*Acte des Sauvages* de 1886 (S.R.C. 1886, chap. 43) modifié à plusieurs reprises entre 1887 et 1898 afin de permettre de subvenir aux besoins des familles des Indiens qui ont transgressé la morale et les lois de l'époque. L'article 72 de la loi de 1886 permet au surintendant général de cesser le versement des «revenus d'intérêts et de rentes» dus à tout Indien qui a abandonné sa famille et d'utiliser plutôt ces sommes pour subvenir aux besoins de cette dernière. L'article 73 confère des pouvoirs semblables de cessation des versements lorsqu'une Indienne sans enfant quitte son mari pour aller vivre avec un autre homme «dans l'immoralité». En

1887, ces pouvoirs sont élargis afin de comprendre la suppression, à un Indien en faute, de son droit de «participer» à la propriété foncière de la bande, et en 1894, la portée de l'article 72 est étendue de façon qu'il s'applique à l'Indien dont la conduite amène son épouse ou sa famille à le quitter, ou qui en est séparé en raison d'un emprisonnement. En 1898, le surintendant est de plus autorisé à cesser le versement des deniers dus à un parent indien d'un enfant illégitime pour les utiliser plutôt afin de subvenir aux besoins de l'enfant. Les pouvoirs qu'il détient au sujet des deniers des Indiennes à la conduite «immorale» s'appliquent également aux femmes ayant des enfants, c'est-à-dire qu'il peut utiliser les revenus d'intérêts et de rentes afin de subvenir aux besoins des enfants qu'elles ont abandonnés.

Même si la notion d'Indien privé de la «participation» à la propriété foncière de la bande est un peu vague, on peut établir un parallèle avec les anciennes dispositions en matière d'émancipation (voir le paragraphe 2b)i), ci-dessus, et les articles 15(5) et 16(2) de la Loi actuelle). Aux termes de l'*Acte des Sauvages* de 1896, un Indien qui réussit à obtenir l'émancipation reçoit une terre en propriété inconditionnelle et cesse d'être un Indien, sauf pour ce qui est de son droit de «participer aux revenus de rentes et d'intérêts, aux loyers et aux conseils» de la bande. Mais, à cette époque, l'émancipé n'a pas droit de toucher sa part des fonds de capital de la bande et du principal des rentes. Au dire du ministre, si les Indiens émancipés désirent «entrer en possession de leur part des fonds investis dans les terres», il faut obtenir le consentement de la bande pour que se fasse une telle répartition (Débats des Communes de 1876 : 351, 770). Les cas de ce genre sont rares.

Un certain nombre d'autres mentions au sujet du capital, dont les dispositions relatives aux prêts qui sont traités ci-après, figurent dans les modifications apportées aux dispositions originales de 1894 qui autorisent le gouverneur en conseil à employer le capital de la bande pour acheter des terres de réserves, etc. En 1918, par exemple, la même disposition qui permet de se passer du consentement de la bande en pareil cas, permet au surintendant général de louer les terres de réserves incultes sans procéder à une cession et de dépenser «autant de fonds de capital de la bande qu'il peut être nécessaire» pour rendre les terres propices à l'agriculture ou au pâturage (S.C. 1918, chap. 26, art. 4). Encore une fois, il s'agit d'empêcher «ces groupes d'Indiens réactionnaires ou récalcitrants» d'«entraver le progrès» (Débats des Communes de 1918 : 1102–03). Ces dispositions, modifiées afin d'exiger le consentement du conseil de bande, forment maintenant les articles 58(1) et 64(1)d) de la Loi.

Le pouvoir original de dépenser le capital fait l'objet d'une autre modification en 1936 quand on l'élargit afin de permettre l'emploi de tels fonds en vue de l'achat «du droit de possession par un membre de la bande sur toute parcelle particulière de terrain sur la réserve» (S.C. 1936, chap. 20, art. 3). Si un Indien lègue sa terre à quelqu'un qui n'a

pas le droit de vivre dans la réserve, la terre doit être vendue à quelqu'un qui détient ce droit; il n'y a, cependant, aucune disposition permettant à la bande elle-même de reprendre la terre et c'est pourquoi la modification est apportée.

Deux autres dispositions relatives aux deniers des Indiens méritent d'être mentionnées. La première, adoptée en 1895, confère au gouverneur en conseil le pouvoir de diminuer le prix d'achat exigé au moment de la vente de terres des Indiens ou de diminuer ou de remettre les intérêts exigibles sur cette somme. Elle permet également de réduire le loyer exigé de la terre d'un Indien si le gouverneur en conseil le juge trop élevé (S.C. 1895, chap. 35, art. 8). Toutes les sommes qui ont fait l'objet d'une diminution ou d'une remise en vertu de cet article doivent faire l'objet d'un rapport au Parlement. Les pressions exercées par les acheteurs de terres non arpentées des Indiens, qui ont découvert trop tard qu'ils ont payé trop cher, sont à l'origine de cette mesure. Le ministère des Indiens «s'occupait» de cette difficulté depuis un certain temps, mais le ministère de la Justice met en doute la légalité de la diminution des paiements sans disposition législative habilitante (Débats des Communes de 1895 : 3446–47). L'inquiétude venait sans aucun doute du fait que cette façon de procéder équivaut à une violation des modalités de cession, ou en d'autres termes, à une diminution non autorisée du capital de la bande. On la qualifierait peut-être aujourd'hui de manquement à une obligation fiduciaire aux termes du principe établi dans l'affaire Guerin. Cet article, qui figure dans les codifications de 1906 et de 1927 est abandonné en 1951.

La seconde disposition, adoptée en 1910, rend invalide tout contrat ou entente au sujet des deniers ou des garanties des Indiens ou des deniers votés par le Parlement au profit des Indiens, que peuvent conclure le chef, des conseillers ou des membres de la bande sans y être autorisés par la loi ou avoir reçu l'approbation par écrit du surintendant général (S.C. 1910, chap. 28, art. 2). Formulé de façon semblable à l'article 28 de la *Loi* actuelle *sur les Indiens* qui régit l'utilisation et l'occupation des terres des réserves, cet article vise à préciser et à réaffirmer le principe selon lequel les bandes ne peuvent «trafiquer de leurs droits» sans l'autorisation du gouvernement (Débats des Communes de 1910 : 6251–86). Il n'existe aucune équivalence exacte dans la loi de 1951, mais l'article 61 exprime la même idée générale.

Comme nous l'avons déjà affirmé, la loi de 1951 est plus explicite dans les distinctions qu'elle fait entre capital et revenu car, contrairement aux versions antérieures de la loi, les pouvoirs détenus par le gouvernement y sont structurés de façon plus précise autour de cette distinction. Les lois antérieures confèrent au gouverneur général l'administration des deniers des Indiens, puis viennent s'ajouter des pouvoirs spéciaux à exercer lorsque le besoin se fait sentir de dépenser le capital de la bande. Les dispositions relatives à la vente ou à la mise en valeur de terres non cédées et autres biens-fonds semblables, permettent

parfois l'exercice de ces pouvoirs sans le consentement de la bande. D'autre part, la Loi de 1951 transfère en général ces pouvoirs du gouverneur en conseil au ministre et cette tendance se maintient, après force débats, en 1956 (Débats des Communes de 1956 : 7353–56, 7360–61 et s.). Puis, les deniers au compte de capital et de revenu sont définis et l'autorité du ministre sur chacun de ces sujets est précisée dans des articles distincts, dont la plupart, mais non pas tous, prévoient le consentement du conseil de bande. Tout porte à croire que l'on vise à organiser la croissance de manière rationnelle, plutôt que de la laisser au hasard comme on le faisait depuis soixante ans environ, et il n'y a donc souvent aucun rapport précis ou direct avec les versions antérieures, comme c'est le cas dans les codifications antérieures.

Il est peut-être utile de signaler que l'article 66 est le seul article portant sur les deniers des Indiens qui ait soulevé un débat en 1951. Le paragraphe 66(1) confère au ministre un très vaste pouvoir, assujetti au consentement de la bande, d'autoriser la dépense de deniers de revenu qui «favorisera le progrès général et le bien-être de la bande ou d'un de ses membres» (par. 66(1)). Cette disposition fait l'objet d'un débat parce qu'on craint qu'elle n'ait des répercussions nuisibles sur le droit des Indiens aux prestations de bien-être social (Débats des Communes de 1951 : 3137). Certains des délégués qui assistent à la Conférence tenue à Ottawa se disent également préoccupés par l'article 66(2) qui, sous une forme ou une autre, figure dans la loi depuis 1886. Cet article permet au ministre de dépenser, sans aucun consentement, les fonds de la bande afin de dispenser des soins aux Indiens malades et invalides et d'assurer des funérailles aux indigents, et on est d'avis que les fonds publics plutôt que les fonds de bande doivent servir à ces fins (Conférence de 1951 : 1365).

(c) Prêts

Il importe de faire une distinction entre les prêts prélevés sur les fonds de bande et ceux provenant du Fonds du revenu consolidé, aux termes de l'article 70.

Les prêts consentis à même les fonds de bande ont une plus longue histoire. Ils datent de 1924 parce qu'à cette époque des Indiens en difficulté financière à qui des agents ont délivré des permis spéciaux afin d'acheter du matériel agricole ont apparemment accumulé un certain nombre de mauvaises créances. Il s'agit donc de constituer une caisse de prêt à même les deniers au compte de capital de la bande. Ces prêts relèvent de la compétence du gouverneur en conseil et exigent le consentement de la bande. Ils visent à «encourager le progrès», et ne doivent pas être supérieurs à la moitié de la valeur estimative de l'intérêt de l'emprunteur dans les terres qu'il détient (S.C. 1924, chap. 47, art. 5). Cet article devient le paragraphe 64h) de la Loi de 1951 et un autre paragraphe est ajouté en 1956 afin de fournir des prêts, avec ou sans

garantie, pour la construction de maisons destinées aux membres de la bande et de garantir les prêts consentis aux membres de la bande en vue de la construction (S.C. 1956, chap. 40, art. 15). Il se peut que cette disposition réponde en quelque sorte à une plainte formulée à la Conférence tenue à Ottawa. Un délégué avait alors demandé pourquoi les prêts prélevés sur le Fonds du revenu consolidé ne pouvaient servir à la construction de maisons et on lui avait répondu que l'objectif principal du programme visait à «consentir des prêts aux Indiens en vue de *projets générateurs de revenus*, et que l'habitation, à moins qu'elle ne soit destinée à la location, n'est pas génératrice de revenus» (Conférence de 1951 : 1367, souligné dans le texte original). La modification apportée en 1956 ne prévoit pas, bien sûr, de prêts consentis à même le Fonds, mais elle permet des prêts destinés à l'habitation. Les prêts tirés des fonds de bande font maintenant l'objet des alinéas 64h) et j).

Les prêts, fort différents, qui peuvent être consentis par le Fonds du revenu consolidé font l'objet de l'article 70 de la Loi actuelle, qui est adopté pour la première fois à titre d'article 94B en 1938 (S.C. 1938, chap. 31, art. 2). Cette disposition ne fait pas l'unanimité (Débats du Sénat de 1938 : 489). L'article crée une «caisse renouvelable» d'abord limitée à 350 000 $, mais qui est portée à 650 000 $ en 1955, au moyen d'un crédit distinct, (Débats des Communes de 1956 : 5356). En 1956, ce montant est relevé de nouveau pour atteindre 1 million de dollars, cette fois-ci en vertu d'une modification apportée à la *Loi sur les Indiens* elle-même (S.C. 1956, chap. 40, art. 18); il se situe actuellement à 6 050 000 $. En 1956, le ministre, l'honorable J.W. Pickersgill, explique que les prêts, consentis en vertu de cet article,

> [...] sont accordés aux Indiens en vue de les aider à s'établir dans l'agriculture, l'exploitation forestière, à devenir pêcheurs, à lancer une entreprise d'artisanat, à se procurer l'équipement et les installations nécessaires pour exercer le métier de guide, faire du piégeage et remplir une foule d'autres occupations diverses. Le but de ces prêts est de permettre aux Indiens, — qui, par suite de la protection que leur accorde la *Loi sur les Indiens*, peuvent difficilement emprunter de la façon ordinaire, — d'obtenir de l'argent à des conditions convenables afin de suppléer à leurs moyens traditionnels de subsistance. (Débats des Communes de 1956 : 5356).

Il poursuit en ajoutant que le taux de «remboursement est remarquable.»

Les modifications apportées en 1956, qui n'ont pas toutes été abordées ci-dessus, sont intégrées dans la codification de 1970 et, à part certaines modifications découlant des nouvelles règles adoptées en 1985 au sujet de l'appartenance à une bande (S.C. 1985, chap. 27, art. 10–13), les dispositions relatives aux deniers des Indiens en vigueur de nos jours sont les mêmes. Les tribunaux ont rendu très peu de décisions concernant l'interprétation de ces articles. Les questions foncières semblent avoir engendré beaucoup plus de litiges. Au fur et à mesure

que les bandes et les entrepreneurs indiens s'adonneront davantage à des entreprises commerciales, un plus grand nombre de cas mettant en cause les deniers des Indiens se retrouveront sans doute devant les tribunaux.

Bibliographie choisie

Bankes, N.D. «Indian Resource Rights and Constitutional Enactments in Western Canada, 1871–1930» chez Louis Knafla, éd. *Law and Justice in a New Land. Essays in Western Canadian Legal History* (Calgary 1986) p. 129–164

Bartlett, Richard H. «The Indian Act of Canada» (1978) 27 *Buffalo Law Review* 581–615

— — — «Reserve Lands» chez Morse, éd. (voir ci-après) p. 467–578

— — — «Taxation» chez Morse, éd. (voir ci-après) p. 579–616

British Parliamentary Papers: *Correspondence and Papers Relating to Canada 1854–58* (Irish University Press 1969), vol. 21

Brody, Hugh *Mapes and Dreams: Indians and the British Columbia Frontier* (Vancouver 1981)

Brown, Desmond H. «Unpredictable and Uncertain: Criminal Law in the Canadian Northwest before 1886» (1979) 17 *Alberta Law Review* p. 497–512.

Burrell, Gordon J. et Sanders, Douglas E. *Manuel de jurisprudence, Loi sur les Indiens* (ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, 1984)

Cail, Robert E. *Land, Man, and the Laws: The Disposal of Crown Lands in British Columbia, 1871–1913* (Vancouver 1974)

Canada : Débats de la Chambre des communes (Ottawa 1876–1985)

Canada : Débats du Sénat (Ottawa 1882)

Canada : Comité spécial du Sénat et de la Chambre des communes réuni en session mixte pour étudier les réclamations des tribus indiennes alliées de la Colombie-Britannique (Ottawa 1927)

Canada : Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des communes institué pour examiner la Loi sur les Indiens (Ottawa 1946–1948)

Canadian Indian Treaties: The Robinson Treaties, the Numbered Treaties 1–11, and the Chippewa and Mississauga Treaties of 1923

Cumming, Peter A. et Mickenberg, Neil H. *Native Rights in Canada*, 2e éd. (Toronto 1972)

Daugherty, Wayne et Madill, Dennis *l'administration indienne en vertu de la législation relative aux Indiens,: 1868–1951* (Centre de recherches historiques et d'études des traités, ministère des Affaires indiennes et du Nord, 1980)

Duff, Wilson «The Fort Victoria Treaties» (1969) *3 B.C. Studies* 3–57

Fisher, Robin *Contact and Conflict: Indian-European Relations in British Columbia, 1774–1890* (Vancouver 1977)

— — — «Joseph Trutch and Indian Land Policy» chez Ward, W.P. et Mcdonald, R.A.J., éd. *British Columbia: Historical Readings* (Vancouver 1981) p. 154–183

Flanagan, Thomas «From Indian Title to Aboriginal Rights» chez Knafla, éd. (voir ci-dessus) p. 81–100.

Hall, David J. «Clifford Sifton and Canadian Indian Administration 1896–1905» chez Getty, Ian A.L. et Lussier, Antoine S., éd. *As Long as the Sun Shines and Water Flows: A Reader in Canadian Natives Studies* (Vancouver 1983) p. 120–144

Hawthorn, H.B., éd. *Étude sur les Indiens contemporains du Canada* (en deux parties, Ottawa 1966 et 1967) [Le «Rapport Hawthorn»]

Hinge, Gail *Consolidation of Indian Legislation* (ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien), vol. I : United Kingdom and Canada and vol. III : Provincial Legislation, Pre- and Post-Confederation

Historique de la Loi sur les Indiens (Direction générale de la politique, de la planification et de la recherche, ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, 1980) (cité dans le texte sous le sigle AINC)

En toute justice. Une politique des revendications des autochtones : les revendications globales (ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien 1981)

La Violette, F.E. *The Struggle for Survival : Indian Culture and the Protestant Ethic in British Columbia* (Toronto 1973)

Leighton, Douglas «A Victorian Civil Servant at Work: Lawrence Vankoughnet and the Canadian Indian Department, 1874–1893» chez Getty et Lussier, éd. (voir ci-dessus) p. 104–119

Traités en vigueur : ententes durables (Rapport du groupe d'étude de la politique des revendications globales, 1985)

Lysyk, K. «The Unique Constitutional Position of the Canadian Indian» (1967) *Revue du Barreau canadien* 513–553

Madill, Dennis *Historique des traités avec les Indiens de la Colombie-Britannique* (Direction de la recherche, Orientations générales, Affaires indiennes et du Nord canadien, 1980)

Milloy, John S. «The Early Indian Acts: Developmental Strategy and Constitutional Change» chez Getty et Lussier, éd. (voir ci-dessus) p. 56–64

McNab, David T. «Herman Merivale and Colonial Office Indian Policy in the Mid-Nineteenth Century» chez Getty et Lussier, éd. (voir ci-dessus) p. 85–103

Morse, Bradford W., ed. *Aboriginal Peoples and the Law: Indian, Metis and Inuit Rights in Canada* (Ottawa 1985) extraits choisis

Raunet, Daniel *Without Surrender, Without Consent: A History of the Nisgha Land Claims* (Vancouver 1984)

Sanders, Douglas «The Application of Provincial Laws» chez Morse, éd. (voir ci-dessus) p. 452–466

———«The Queen's Promises» chez Knafla, éd. (voir ci-dessus) p. 101–127

Scott, D.C. «Indian Affairs 1763–1841» dans *Canada and its Provinces*, vol. 4 (1913)

Shankel, George Edgar *The Development of Indian Policy in British Columbia* (University of Washington, thèse de doctorat, 1945)

Slattery, Brian «Did France Claim Canada upon 'Discovery'?» chez J.M. Bumsted, éd. *Interpreting Canada's Past* (Toronto 1986), vol. I p. 2–26

Smith, Donald B. «Aboriginal Rights a Century Ago: The St. Catharines Milling Case of 1885 Hardened Attitudes Toward Native Land Claims», *The Beaver* (février/mars 1987) p. 4–15

Smith, Donald M. «Indian Reserves in British Columbia: Historical Background» (inédit 1986)

Stanley, George F.G. «As Long as the Sun Shines and Water Flows: An Historical Comment» chez Getty et Lussier, éd. (voir ci-dessus) p. 1–26

Sommaire des délibérations d'une conférence tenue à Ottawa du 28 février au 3 mars 1951, avec des représentants indiens (Débats de la Chambre des communes de 1951) p. 1394–97

Surtees, Robert J. «Indian Land Cessions in Upper Canada, 1815–1830» chez Getty et Lussier, éd. (voir ci-dessus) p. 65–84

Titley, E. Brian *A Narrow Vision: Duncan Campbell Scott and the Administration of Indian Affairs in Canada* (Vancouver 1986)

Tobias, John L. «Protection, Civilization, Assimilation: An Outline History of Canada's Indian Policy» chez Getty et Lussier, éd. (voir ci-dessus) p. 29–55

Venne, Sharon Helen *Indian Acts and Amendments 1868–1975: An Indexed Collection* (University of Saskatchewan Native Law Centre 1981)

Ware, Reuben *The Lands We Lost: A History of Cut-Off Lands and Land Losses from Indian Reserves in British Columbia* (Union des chefs indiens de la Colombie-Britannique, Land Claims Research Centre, 1974)

Wildsmith, Bruce H. «Pre-Confederation Treaties» chez Morse, éd. (voir ci-dessus) p. 122–271

Zlotkin, Norman K. «Post-Confederation Treaties» chez Morse, éd. (voir ci-dessus) p. 272–407

ANNEXE B

Règlement des différends

Les témoignages entendus au cours de cette enquête portaient en grande partie sur des plaintes d'une nature quelconque. J'ai entendu des locataires se plaindre des actions ou de l'inaction du conseil de bande ou du ministère des Affaires indiennes. Plusieurs membres de la bande ont rapporté dans leur témoignage les divers griefs déposés au sujet de l'administration des affaires de la bande ou, dans certains cas, de leurs relations avec les représentants du Ministère. L'un des buts d'une enquête publique est de tenir un débat public sur les plaintes ou les allégations formulées et de permettre aux personnes mises en cause d'y répondre. En écoutant les nombreux témoignages sur divers sujets, je n'ai pas pu m'empêcher de me demander comment bon nombre des questions soulevées, qui étaient essentiellement d'intérêt local, ont pu prendre autant d'importance, au point de faire l'objet d'une enquête publique. Je ne dis pas que les sujets de préoccupation mentionnés par les témoins au cours de l'enquête étaient futiles ou ne méritaient pas d'être entendus. En effet, une petite plaie peut s'infecter si elle n'est pas soignée. Dans une certaine mesure, c'est ce qui est arrivé à Westbank.

Certes, bien des controverses ou des différends survenus à Westbank peuvent être imputables à un conflit de personnalités, mais je pense que ces genres de différends ne sont pas inhabituels dans l'administration des affaires indiennes. En recevant plus de pouvoirs et plus de responsabilités, par voie de délégation ou par suite de l'accession à l'autonomie gouvernementale, une bande indienne est plus susceptible de donner prise à la critique. Comme c'est le cas de toutes les administrations, plus une autorité a de l'influence sur la vie des individus, plus elle risque de provoquer des protestations ou des plaintes. Pour qu'une administration puisse fonctionner de façon ordonnée et efficace, il est fortement souhaitable d'instaurer un mécanisme de règlement des différends. Tout le monde y trouvera son compte si des différends concernant des questions locales peuvent être réglés en temps opportun au niveau local. Les discordes de nature locale peuvent devenir extrêmement politisées et prendre des proportions incommensurables si les parties en cause essaient de s'assurer l'appui du Ministre ou d'un député de la région. Lorsque les dissensions locales prennent une telle importance, les résultats peuvent être vraiment désastreux.

Les conflits de nature locale peuvent devenir très complexes, peut-être en raison des relations uniques qui existent entre le ministère des Affaires indiennes et les bandes indiennes. D'un côté, le Ministère essaie de promouvoir l'autonomie gouvernementale chez les Indiens, mais d'un autre côté, il exerce des fonctions de surveillance. Selon le système

législatif actuel, le Ministère sert d'intermédiaire dans le cas de la location des terres indiennes. Dans la pratique, toutefois, c'est la bande indienne ou le détenteur qui a des intérêts directs et qui, par conséquent, traite quotidiennement avec les locataires. Comme le Ministère (la Couronne) est partie à n'importe quel bail, il est naturel que le Ministère se trouve mêlé à certains différends concernant le bail lui-même. Il est également logique qu'un locataire se tourne vers le Ministère pour lui demander de l'aide ou de prendre des mesures s'il a des problèmes avec l'administration indienne locale. Il est manifeste que le Ministère se trouve dans une situation difficile dans le cas des différends entre les locataires et les administrations indiennes locales.

De même, le Ministère a un rôle difficile à jouer quand il s'agit de régler les différends qui peuvent surgir entre l'administration et les membres de la bande. Si les représentants du Ministère prennent une part active, si bien intentionnés soient-ils, ils peuvent être critiqués par l'une ou l'autre partie en cause. Si le Ministère appuie la partie plaignante contre le conseil de bande, il se peut que les dirigeants de la bande considèrent son action comme une intervention paternaliste. Par contre, s'il soutient le conseil de bande, on peut lui reprocher de ne pas tenir compte des plaintes des membres de la bande.

Les conflits locaux mettant en cause les administrations de bande ont souvent été portés à l'attention des hauts fonctionnaires du Ministère ou des députés. Au cours de l'enquête, j'ai appris qu'il n'était pas inhabituel pour les membres d'une bande de présenter une requête au ministre afin d'attirer son intention sur les problèmes locaux. J'ai également appris que Ron Derrickson, quand il était chef de la bande de Westbank, était un défenseur très opiniâtre des intérêts locaux qui n'hésitait pas à en saisir le directeur général régional ou même le ministre. Des personnes n'appartenant pas à la bande de Westbank et ayant des problèmes avec celle-ci et le Ministère se sont tournées vers leurs députés afin d'essayer de résoudre ce qu'elles considéraient comme une impasse.

Il me semble que les questions de nature purement locale dégénèrent souvent en causes politiques. Pourquoi, par exemple, le ministre devrait-il intervenir dans un différend portant sur l'administration d'un règlement sur les eaux adopté par une bande? Il doit y avoir moyen de régler les différends et les problèmes concernant l'administration d'une bande en particulier sans faire appel aux hauts fonctionnaires du Ministère ou aux députés.

De nombreuses provinces au Canada se sont dotées d'un protecteur du citoyen, chargé d'examiner les plaintes des citoyens contre l'administration. Ce genre de bureau n'existe pas au niveau fédéral. Comme les Indiens et les terres réservées aux Indiens relèvent de la compétence fédérale, les habitants des réserves indiennes qui ont des plaintes contre une administration locale ne peuvent se prévaloir des services d'un

ombudsman provincial. C'est un autre exemple du «vide réglementaire» qui existe dans les réserves indiennes et dont on a déjà parlé.

À mon avis, on pourrait utilement recourir à un système semblable à celui de l'ombudsman pour régler les conflits locaux portant sur l'administration des affaires indiennes. L'ombudsman fait preuve d'impartialité, qualité que doit posséder tout médiateur de différend. Il a généralement le pouvoir de mener des enquêtes, y compris le pouvoir d'obliger les intéressés à produire des documents et d'interroger les témoins sous serment. Souvent, l'ombudsman peut enquêter sur une plainte et résoudre la question de façon officieuse et discrète. Je propose qu'un bureau semblable à celui de l'ombudsman provincial soit créé pour arbitrer les litiges portant sur l'administration d'une bande indienne et les affaires indiennes en général. On pourrait l'appeler «Bureau du protecteur des autochtones».

Voici ce qu'a déclaré récemment la Cour suprême du Canada au sujet du but et de l'objectif du bureau de l'ombudsman :

> Les limites des tribunaux sont également bien connues. Un procès peut être long et coûteux. Seuls les cas d'abus administratif les plus graves sont donc susceptibles d'aboutir devant les tribunaux. Ce qui importe encore plus, c'est que dans un très grand nombre de cas il n'y a tout simplement pas de recours en droit.
>
> H.W.R. Wade [Administrative Law 5e éd. (1982) p. 73 et 74.] décrit ce problème et le rôle spécial que l'ombudsman en est venu à remplir:
>
> [Traduction]
>
> Il reste cependant un bon nombre de plaintes qui ne correspondent à aucune catégorie juridique ordinaire, mais qui n'en sont pas moins réelles. Un système humanitaire de gouvernement doit fournir un moyen quelconque de les apaiser, autant par souci de justice que parce que l'accumulation du mécontentement est une entrave grave à l'efficacité administrative dans une société démocratique.
>
> Il est essentiel de pourvoir à un examen impartial des plaintes [. . .] Toute forme de gouvernement a besoin d'un mécanisme régulier et ordonné qui lui permette de connaître les réactions de ses administrés mécontents et, après une évaluation impartiale, de corriger ce qui peut avoir achoppé. Il n'existait rien de tel dans notre système avant 1968 sauf en ce qui concerne des domaines très limités. C'est cependant une nécessité fondamentale dans tout système. C'est parce qu'elle a répondu à ce besoin que la fonction d'ombudsman a soudainement connu une immense popularité, qu'elle s'est répandue dans le monde démocratique et pris racine en Grande- Bretagne et dans de nombreux autres pays, en plus de susciter de nombreux écrits.

Le professeur Donald C. Rowat aborde le même problème dans un article intitulé *An Ombudsman Scheme for Canada* (1962), 28 Can. J. Econ. & Poli. Sc. 543, à la p. 543 :

> [Traduction]
> Il est tout à fait possible de nos jours que les droits d'un citoyen se trouvent accidentellement anéantis par les forces aveugles de l'appareil administratif gouvernemental. En cette ère de l'État-providence, des milliers de décisions administratives sont prises chaque année par les gouvernements ou leurs organismes, souvent par des fonctionnaires de rang inférieur, et s'il arrive que certaines de ces décisions soient arbitraires ou injustifiées, il n'y a pas de moyen facile pour le citoyen ordinaire d'obtenir un redressement.

L'ombudsman représente la réponse de la société à ces problèmes d'abus possibles et de contrôle. Ses attributions uniques lui permettent d'aborder un bon nombre de préoccupations auxquelles ne touchent pas les mécanismes traditionnels de contrôle bureaucratique. Il est impartial. Ses services sont gratuits et accessibles à tous. Parce qu'il agit souvent de façon informelle, ses enquêtes ne nuisent pas aux activités normales de gouvernement. Ce qui importe davantage, ses pouvoirs d'enquête peuvent permettre d'étaler au grand jour des cas de mauvaise administration bureaucratique qui, autrement, passeraient inaperçus. L'ombudsman [traduction] «peut faire la lumière dans des coins sombres, même en dépit de ceux qui préféreraient tirer le rideau»: *Re Ombudsman Act* (1970), 10 D.L.R. (3d) 47 p. 61, 72 W.W.R. 176 (C.S. Alb.), le juge en chef Milvain, aux p. 192 et 193. D'autre part, il peut conclure que la plainte est non fondée, ce qui se produit souvent, et dans ce cas son rapport impartial et indépendant, dans lequel il exonère l'organisme public, peut fort bien servir à remonter le moral et à rétablir la confiance en soi des fonctionnaires visés.

Bref, les pouvoirs que possède l'ombudsman lui permettent d'aborder les problèmes administratifs que les pouvoirs judiciaire, législatif et exécutif ne peuvent résoudre efficacement.

(Re British Columbia Development Corp. et al. and Friedmann et al. [1984] 2 S.C.R. 447 at pp. 460–461).

Même si les administrations indiennes locales ne sont pas aussi importantes ou aussi complexes que les administrations provinciales, un ombudsman ou un officiel assumant des fonctions analogues peut avoir un rôle éminent à jouer dans le règlement des plaintes formulées contre une administration de bande ou le ministère des Affaires indiennes. Bon nombre des services que les conseils de bande locaux offrent ou offriront aux membres de leur bande et à ceux qui habitent dans les réserves s'apparentent à ceux qu'assurent d'autres administrations. Par conséquent, l'administration de bande peut être considérée comme l'équivalent des autres bureaucraties du point de vue des membres d'une bande ou des habitants d'une réserve. Les locataires dans une réserve doivent traiter avec les dirigeants de la bande pour de nombreuses questions typiquement administratives. C'est la conséquence naturelle de leur décision d'exploiter leurs entreprises sur des terres relevant du champ de compétence d'une administration indienne locale. L'expérience à Westbank démontre qu'il est souhaitable d'avoir un mécanisme pratique de règlement des différends lorsqu'une personne estime que sa plainte concernant une question administrative est légitime. Il me

semble de loin préférable de régler une affaire locale par l'entremise d'un médiateur indépendant au lieu d'emprunter la voie politique.

Certains différends sont de nature juridique; dans ces cas, les parties auront recours aux tribunaux. J'ai recommandé dans la Section II de modifier les procédures à suivre pour la conclusion des baux. À mon avis, l'ombudsman n'a aucun rôle à jouer pour tout ce qui touche aux baux, par exemple pour l'établissement des loyers. De plus, il convient de noter que, comme dans le cas de l'ombudsman provincial, il vaut mieux limiter la compétence du médiateur proposé aux aspects administratifs. Par exemple, le médiateur ne pourrait pas s'occuper d'une plainte sur le contenu d'un règlement particulier adopté par un conseil de bande. Toutefois, il pourrait parfaitement mener une enquête à la suite d'une plainte sur la façon qu'était appliqué un règlement donné.

Pour que le médiateur proposé puisse efficacement assumer ses fonctions, j'estime qu'il doit avoir les mêmes pouvoirs et responsabilités que l'ombudsman. La caractéristique la plus importante du médiateur est qu'il est indépendant et qu'il est toujours perçu comme étant indépendant et impartial. Autre caractéristique importante que je propose d'intégrer ici : son rôle se limite à la persuasion et à la médiation au lieu de l'arbitrage. L'ombudsman n'a pas le pouvoir d'obliger une administration publique quelconque à prendre les mesures correctrices qui s'imposent à ses yeux. Il peut seulement faire part au service administratif compétent, ou au corps législatif, de l'intransigeance dont font preuve les autorités publiques. Habituellement, il ne s'adresse au corps législatif qu'en dernier recours, s'il n'a pas pu résoudre un problème, qui, selon lui, doit être réglé. À ce moment, l'affaire relève du domaine public, et la simple menace d'une telle publicité peut suffire pour qu'une partie en cause revienne sur sa position déraisonnable. À mon avis, ce qui fait la force de l'ombudsman, c'est qu'il ne peut pas empiéter sur le travail de l'administration publique, mais qu'il doit user de persuasion pour essayer d'aider des particuliers à trouver une solution à n'importe quels conflits qui les opposent aux organismes gouvernementaux. L'ombudsman peut ainsi conserver son rôle de médiateur impartial au lieu d'usurper celui du législateur ou de l'arbitre. Je recommande donc que le médiateur proposé pour le règlement des différends des autochtones n'ait pas le pouvoir d'imposer son point de vue à une administration indienne locale ou au ministère des Affaires indiennes.

Les pouvoirs et les fonctions de l'ombudsman des autochtones pour les questions administratives doivent être établis en termes généraux. Dans l'affaire British Columbia Development Corporation mentionnée ci-dessus, la Cour suprême du Canada a examiné le sens de l'expression «question administrative», car celle-ci figure dans la Ombudsman Act de la Colombie-Britannique. On a jugé que le pouvoir de l'ombudsman d'enquêter sur des questions administratives englobe également le

pouvoir de mener une enquête à la suite d'une plainte déposée contre des pouvoirs publics s'occupant de l'application des politiques gouvernementales. Le tribunal aurait seulement exclu les activités du corps législatif et des tribunaux du champ de compétence de l'ombudsman. Les pouvoirs publics avec lesquels traiterait l'ombudsman des autochtones seraient les administrations indiennes locales (conseils de bande ou de tribu) et le ministère des Affaires indiennes.

Un autre élément qui devrait faire partie de tout système de médiation est la garantie de la confidentialité des renseignements reçus au cours d'une enquête. Par exemple, la Ombudsman Act de la Colombie-Britannique dispose que l'ombudsman et toute personne agissant en son nom doivent traiter comme confidentiels tous les sujets dont ils peuvent prendre connaissance dans l'exercice de leurs fonctions, sauf dans des cas bien définis. Certains renseignements peuvent être divulgués s'ils sont nécessaires pour faire avancer une enquête, engager des poursuites judiciaires en vertu de la Loi ou établir des motifs servant à étayer les conclusions et les recommandations dans un rapport quelconque. La Ombudsman Act de la Colombie-Britannique porte également que les enquêtes doivent être menées à huis clos, sauf dans des circonstances spéciales où il est essentiel que le public soit mis au courant afin de faire avancer l'enquête. Ces dispositions encouragent le règlement officieux et discret des différends.

L'ombudsman des autochtones doit être investi du pouvoir d'obtenir des renseignements; par exemple il doit être autorisé à obliger les intéressés à produire les documents pertinents ainsi qu'à convoquer et à interroger sous serment toute personne qui, de l'avis du médiateur, est en mesure de fournir des renseignements se rapportant à l'étude d'une plainte. Pour renforcer les pouvoirs de l'ombudsman, il convient de créer des sanctions sous forme de déclaration sommaire de culpabilité pour toute personne qui, sans excuse légitime, empêche volontairement l'ombudsman des autochtones, ou son personnel, d'exercer ses pouvoirs ou fonctions.

Toute plainte doit être présentée par écrit pour être prise en considération. L'ombudsman des autochtones devrait disposer d'un pouvoir discrétionnaire relativement vaste pour refuser d'examiner une plainte ou pour mettre un terme à une enquête pour des raisons précises. Par exemple, s'il juge que la plainte est frivole ou qu'il est inutile de poursuivre l'enquête, il devrait avoir la possibilité de refuser de donner suite à une plainte ou de mettre fin à une enquête sur un sujet quelconque. Dans ce cas, toutefois, il lui incomberait d'en informer par écrit la partie plaignante et de lui expliquer pourquoi on n'a pas poursuivi l'affaire. Pour que l'enquête soit juste et raisonnable, les autorités visées par la plainte ou l'enquête doivent être avisées de toutes poursuites engagées. C'est une caractéristique de la législation de la Colombie-Britannique que l'ombudsman doit consulter les autorités mises en cause, si elles en font la demande. De plus, s'il appert, pour des

motifs quelconques, qu'un rapport doive être défavorable, l'ombudsman doit offrir aux autorités intéressées la possibilité de faire part de leurs observations par écrit ou de vive voix.

À la suite de toute enquête, l'ombudsman des autochtones devrait informer la partie plaignante des résultats de l'enquête. S'il estime que les actes ou omissions des autorités visées sont contraires à la loi, déraisonnables ou injustes, il devrait être tenu de faire part de son opinion aux autorités en question et de formuler toute recommandation qu'il juge pertinente. Si, à la suite de ses recommandations, les autorités ne prennent pas les mesures qui s'imposent dans un délai raisonnable, l'ombudsman devrait avoir le pouvoir de saisir les autorités supérieures de la question.

Le Bureau de l'ombudsman des autochtones devrait relever d'un ministre, par exemple le secrétaire d'État, pour être véritablement indépendant du ministère des Affaires indiennes. Un bureau de ce genre ne peut bien fonctionner que s'il est perçu comme étant un organisme indépendant. La personne qui en assume la direction ne doit être nommée qu'après d'intenses consultations auprès de la collectivité autochtone. Je propose que l'on crée au moins un sous-bureau dans chaque région en fonction des besoins. Tout centraliser à Ottawa-Hull irait à l'encontre de l'objectif principal poursuivi, qui est de régler des différends locaux.

La création d'un bureau semblable à celui de l'ombudsman provincial pour aider au règlement des différends mettant en cause l'administration indienne locale comporte de nombreux avantages. Comme le bureau de l'ombudsman serait indépendant et impartial et que ses services seraient offerts gratuitement, les personnes lésées seraient encouragées à régler leurs différends par la médiation au lieu de faire appel au Ministre. Si l'ombudsman conclut que la plainte n'est pas fondée, son rapport impartial et indépendant peut bien servir à défendre le représentant de l'administration dont la conduite a été mise en cause. Les commentaires favorables peuvent remonter le moral du personnel des administrations publiques locales ou du Ministère et lui redonner de l'assurance. Les administrations indiennes locales ont pris beaucoup d'expansion au cours des dix dernières années, car le Ministère a commencé à leur déléguer plus de responsabilités et de pouvoirs; il se peut naturellement que le nouveau rôle qui leur est dévolu entraîne des problèmes d'adaptation. Un médiateur officiel, en la personne de l'ombudsman, pourrait jouer un rôle très important pour assurer la bonne administration des conseils de bande et des affaires indiennes et pour éviter les effets désorganisateurs des enquêtes ministérielles ou publiques. Je recommande que l'on envisage sérieusement dès maintenant de créer un bureau de cette nature.

ANNEXE C

Les infrastructures dans les réserves

Pour les résidents de la région des réserves indiennes de Westbank, un approvisionnement garanti en eau constitue un perpétuel problème. Il se pose d'une façon particulièrement urgente dans la réserve nº 9. M. Ronald Derrickson a décrit la situation telle qu'il la connaît. Selon lui, plutôt que d'avoir une multitude de puits (et d'autres services individuels comme l'enlèvement des ordures ménagères et ainsi de suite), une autorité centrale devrait être chargée de s'occuper de ce genre de choses. Ce qui, bien sûr, soulève des questions de réglementation et d'imposition. M. Derrickson dit ceci :

[Traduction]

R [. . .] un des problèmes est que nous avons fondamentalement dans cette réserve 15, 20 ou 30 petits systèmes individuels d'eau qui ne reçoivent qu'un minimum d'entretien. À bien des places dans les parcs pour maisons mobiles, le ministère de la Santé nationale et du Bien-être social a peur que la saturation des terres viennent à causer de graves problèmes avec les puits et que ça entraîne même, à la longue, une fuite des eaux d'égout dans le lac.

Un autre facteur est que les propriétaires des parcs pour maisons mobiles, et c'est logique, vous savez, doivent fournir un service, qu'ils paient de leurs poches, c'est-à-dire le service d'enlèvement des ordures, d'approvisionnement en eau et de traitement des eaux usées. Chaque particulier pourvoit à ses propres besoins et s'en occupe lui-même.

Le problème est que la Colombie-Britannique n'a pas de loi sur les eaux souterraines. C'est un manque. Toutes les autres provinces ont une loi sur les eaux souterraines; autrement dit, elles contrôlent qui peut creuser, où, et les quantités qui peuvent être pompées.

En d'autres mots, il y a certaines restrictions dans la loi sur les eaux souterraines de l'Alberta, donc vous ne pouvez avoir de situation comme — je peux pas me souvenir du nom du terrain de golf là-bas.

Q Shannon Lake?

R Le terrain de golf de Shannon Lake, et le développement de Shannon Lake, vous avez des puits qui pompent deux ou trois milles gallons la minute sur ce terrain de golf et dans les résidences, et nous avons tous ces puits. Notre principale source d'approvisionnement en eau dans cette réserve vient des puits, des eaux souterraines. Nous avons observé, au cours des quatre ou cinq dernières années, dans les nouveaux aménagements, sur les franges surtout, sur les terres hautes en direction nord-ouest, nous avons observé que les niveaux d'eau souterraine diminuent année après année après année, tellement que nos parcs pour maisons mobiles et nos aménagements sont menacés; ils sont menacés de

fermer parce qu'il n'y a pas assez d'eau pour desservir les résidents.

L'idée d'un règlement sur l'eau est de mettre en place la réglementation qui nous permette de nous occuper de l'affaire et de commencer d'abord par la gérer plus économiquement. Par exemple, si, disons, il y avait un parc pour maisons mobiles sur cette réserve, s'ils étaient là et s'ils demandaient 150 $ par mois, à défaut d'un meilleur chiffre, et nous voulions nous occuper des vidanges et du système d'eau, de l'entretien du système, et en être responsables, alors nous leur dirions que ça leur coûterait moins cher que de fournir eux-mêmes ce service.

Je veux dire par là qu'il faudrait en arriver à un prix raisonnable. Si ça coûte, disons, à Jack Alexander, qui demeure dans le parc Pine Ridge, 10 $ par mois pour fournir un service d'eau, d'égout et de vidanges, on s'en occuperait, vous savez, dans ce cas-ci nous parlons seulement de l'eau; nous étions en voie de rédiger notre règlement sur les vidanges — ce qui créerait une entreprise ou un service public uniforme qui peut s'occuper de tout; ça créerait de l'emploi pour nos membres. Ça nous permettrait aussi d'obtenir des prêts à faible intérêt et des subventions grâce aux revenus provenant des locataires.

Autrement dit, nous nous occuperions de fournir l'eau à la place des propriétaires des parcs qui, en retour, réduiraient leurs loyers et n'auraient pas cette responsabilité. Donc si Jack Alexander manque d'eau, il peut téléphoner au service et dire, écoutez, je n'ai plus d'eau, c'est votre responsabilité, vous percevez les taxes. Ça nous permettrait de constituer un bon fonds, d'en tirer pas mal d'argent — et vous savez, il y a plusieurs parcs pour maisons mobiles dans cette réserve — de faire assez d'argent pour pouvoir installer un système d'eau et d'égout pour desservir tout le monde.

C'était devenu — je pense que j'ai pas à me répéter — C'était devenu de plus en plus difficile d'essayer de faire accepter une idée comme ça par les propriétaires de parcs quand on n'arrêtait pas de se chamailler entre nous.

Q M. Derrickson, croyez-vous que, au moment où ce règlement particulier a été mis en oeuvre, celui-ci était nécessaire et important, pour la réserve, à ce moment-là?

R Eh bien, je pense que nous avons, aujourd'hui même, dans cette réserve, un grave problème d'eau. Vous savez, vous entendez les gens dire, pourquoi ces Indiens qui ont toute cette bonne terre, pourquoi ne se grouillent-t-ils pas et ne font-ils pas quelque chose avec. Nous n'avons pas les infrastructures nécessaires pour profiter des possibilités qu'offre cette terre. Nous ne pouvons en tirer notre part. Si nous pouvions seulement avoir ce qui nous revient de la bonne terre que nous possédons près de la route, notre bande serait à l'aise.

Tant qu'on n'aura pas les infrastructures nécessaires, que peut-on faire? On ne peut pas bâtir un hôtel sans eau et sans égout; on ne peut pas bâtir un centre commercial sans eau et sans égout. (Je souligne.)

(Transcription, Vol. LXVI, p. 9865–9868)

Le chef Robert Louie a également déclaré à la Commission qu'on a désespérément besoin, en particulier dans la réserve nº 9, d'un système adéquat d'approvisionnement en eau. En raison du climat de l'Okanagan, l'eau est un perpétuel problème en ce qui concerne les nouveaux aménagements. La situation ne s'est pas améliorée au cours de l'été dernier, qui a été inhabituellement sec.

La question de fournir une infrastructure adéquate sur les terres des réserves indiennes se fait de plus en plus pressante et c'est particulièrement vrai dans les réserves qui sont prêtes à prendre de l'expansion vu leur proximité des zones urbaines. Les réserves de Westbank entrent dans cette catégorie. Le Ministère sait depuis longtemps qu'il faut prévoir des services adéquats dans les réserves.

Ainsi, dans une note datée du 27 juin 1973 à M. Walchli, qui était à l'époque directeur du développement économique dans la région de la Colombie-Britannique, M. Sparks signalait qu'il allait devenir de plus en plus nécessaire de prévoir une infrastructure adéquate pour tout aménagement de grande envergure des terres indiennes. Les infrastructures requises différeraient, selon le lieu, le climat et d'autres critères.

Il est évident qu'un approvisionnement assuré et adéquat en eau serait très utile au développement dans la réserve nº 9. Plusieurs parcs pour maisons mobiles y sont déjà installés et ses terres sont de plus en plus attirantes vu leur proximité de la route 97 et de Kelowna. Il me semble que cette réserve a maintenant atteint le stade où un système adéquat d'approvisionnement en eau constitue un élément essentiel de l'infrastructure nécessaire pour stimuler une expansion continue. À court terme, il se peut qu'on ait besoin de l'aide du gouvernement (peut-être grâce à une garantie comme je l'indique ailleurs dans le rapport), mais à plus long terme, le système devrait s'autofinancer, du moins en partie, notamment en ce qui concerne les frais d'entretien et de fonctionnement.

L'histoire du parc pour maisons mobiles Pineridge illustre le genre de problèmes que peut causer l'approvisionnement en eau. Ce parc, d'une superficie d'environ 21 acres, est situé près du lac Okanagan, dans la réserve nº 9. Ronald M. Derrickson est le détenteur des terres. Jack et Barbara Alexander le gèrent depuis sa création. L'eau utilisée par les résidents du parc provenait de puits situés sur la propriété, lesquels dépendaient de sources adjacentes au McDougall Creek.

M. Derrickson possédait quelques maisons de location (des quadrominiums) situées juste en bas de la propriété de Pineridge, plus près du lac Okanagan. Le lotissement de la bande dans la réserve nº 9 est situé en haut du parc Pineridge.

En 1982, la bande ainsi que MM. Alexander et Derrickson ont convenu de construire une canalisation d'eau qui desservirait le

lotissement de la bande, le parc de M. Alexander et les logis de M. Derrickson. La canalisation, qui traverse en partie le parc Pineridge, a été installée vers 1982. Jusqu'en 1984, M. Alexander a utilisé cette canalisation ainsi que ses puits. En 1983–1984, il a éprouvé des problèmes avec ses puits, qui étaient alimentés par des sources adjacentes au McDougall Creek. Le ruisseau ayant été dévié à cause de la construction de la route, les puits de M. Alexander se sont presque taris. Il a donc dû creuser un autre puits sur la propriété voisine.

Or, en 1984, il a eu une surprise désagréable. Il avait, comme on l'a dit, accepté de participer aux coûts en capital de la canalisation d'eau. Il versait donc des mensualités à la bande. Il a payé jusqu'aux événements qu'il a décrits dans son témoignage.

[Traduction]
Q Et vous avez fait ces mensualités?
R Je l'ai fait jusqu'au 20 juin 1984, lorsqu'ils ont coupé l'eau. Je n'ai rien versé depuis.
Q Très bien. Maintenant, dites-nous ce qui s'est passé. Qu'est-il arrivé le 20 juin 1984?
R Eh bien, nous revenions de l'école — nous étions à l'école, pour les enfants, et, au retour, nous nous sommes rendus compte qu'ils avaient coupé l'eau et qu'ils avaient aussi vidé mes réservoirs pour ses logis. Ça a bardé pendant un certain temps, et on n'a pu faire rouvrir l'eau. Nous n'avons jamais pu.
Q Donc, depuis juin 1984, cette source d'eau est fermée?
R C'est ça.
Q En avez-vous discuté avec Ron Derrickson ou d'autres membres du Conseil?
R Oui, nous en avons parlé, mais ils n'avaient pas l'eau pour l'alimenter.
Q Qui vous a dit cela?
R Ron Derrickson.

(Transcription, Vol. XIII, p. 1754–1755)

M. Alexander a déclaré à la Commission qu'il avait versé près de 16 000 $ des quelque 20 000 $ que lui coûtait sa part, mais qu'il avait cessé de payer après 1984 lorsque l'eau a été coupée.

Voilà le genre de situation qu'il conviendrait d'examiner minutieusement advenant la construction d'un système d'approvisionnement en eau. Il semblerait que l'eau alimentant la propriété de M. Alexander ait été coupée en 1984 sans consultation ni avertissement préalables. Ce n'est certainement pas une bonne façon d'agir, c'est le moins qu'on puisse dire.

M. Alexander, de bonne foi, a participé aux coûts en capital d'une canalisation d'eau et a été soudainement privé d'approvisionnement. Cette situation dure apparemment depuis trois ans. De toute évidence, la bande doit d'abord s'occuper des résidences situées sur le lotissement,

mais on peut difficilement qualifier de judicieux le geste de couper soudainement l'eau sur la propriété de M. Alexander sans l'avertir et sans lui donner le temps de prendre d'autres dispositions. Il pourrait à juste titre se sentir injustement traité puisqu'il a participé au financement d'une installation qui, finalement, ne lui sert pas et dont il ne tire aucun avantage. M. Alexander semble être patient et juste par nature. Il n'a pas été aussi négatif qu'il aurait pu l'être compte tenu des décisions plutôt arbitraires qui semblent avoir été prises dans toute cette affaire.

Il me semble que le Ministère devrait prendre immédiatement les mesures qui s'imposent pour installer un système d'approvisionnement en eau convenable sur la réserve nº 9. C'est là une question vitale, non seulement pour la bande elle-même, mais pour tous ceux qui l'habitent. D'après moi, pour que le système soit géré de façon adéquate, juste et efficace, il doit être confié, par exemple, à une commission de services publics. Il me semble qu'il y aurait lieu de former un comité comptant des représentants du Ministère et de la bande, ainsi que des locataires du parc pour maisons mobiles, pour veiller à ce que le système soit géré à l'avantage de tous les intéressés.

Je crois que le Ministère devra financer une bonne part des coûts initiaux en capital. Cette aide pourrait être vue simplement comme un investissement dans l'avenir qui rapportera à la longue de nombreux avantages tangibles et intangibles. Évidemment, il y a toujours plus de besoins que de ressources. Mais l'un des principaux besoins dans les collectivités indiennes consiste, à mon avis, à établir une solide assise économique. Pour reprendre un vieil adage, cela revient à choisir entre donner du poisson aux gens ou leur apprendre à pêcher. Je crois que les réserves de Westbank sont un bon exemple de situation où la création d'une meilleure infrastructure sera le moteur même de l'expansion économique. Les nouveaux résidents dans les réserves devront payer leur juste part du coût en capital. Il faut finalement viser à mettre en place un système financé à même des taxes et des droits imposés aux utilisateurs et aux promoteurs.

L'un des grands problèmes auquel le Ministère fait face depuis toujours consiste à déterminer la meilleure affectation de ses ressources. Les besoins dans les différentes réserves à l'échelle du pays sont nombreux et variés. Il faut faire des choix. Le Ministère peut, de temps à autre, être critiqué parce qu'il aide une réserve relativement bien nantie et qu'il ne consacre peut-être pas assez de ressources aux réserves qui sont très désavantagées et ne jouissent pas d'une économie particulièrement viable. Un débat continu sur ce genre de question a eu cours dans l'affaire Toussowasket Enterprises.

À ce dilemme, il n'y aura jamais de solution qui satisfasse tout le monde, mais je ne crois pas qu'il faille critiquer le Ministère parce qu'il tente d'améliorer la situation économique des réserves mieux nanties.

Les collectivités indiennes doivent avoir le sentiment de poursuivre un même objectif; à mesure que certaines réserves progressent, elles deviennent des modèles pour les autres. L'action politique est de plus en plus coordonnée et il est à espérer qu'on puisse encourager un mouvement semblable sur le plan économique. À long terme, les bandes les mieux nanties pourraient peut-être avancer les fonds nécessaires aux réserves plus démunies. Le Ministère et les bandes plus prospères peuvent orienter conjointement leurs efforts en ce sens. Le manque d'entreprises économiques viables est un grand problème auquel font face les autochtones à l'échelle du pays. Il faut encourager les bandes et les détenteurs de bonnes terres à tirer le meilleur parti possible de leurs terres afin de constituer une solide base économique pour les générations actuelles et futures.

Au cours de l'enquête, nous avons eu le privilège d'entendre le sénateur Len Marchand. Il a parlé de son enfance, de ses études et de ses activités sur la scène politique. Ce n'est là qu'un exemple pour les autochtones que les portes ne leur sont pas fermées. Il est difficile de progresser sans base économique. L'autonomie gouvernementale passe en bonne partie par l'autonomie économique.

Certains particuliers de Westbank ont grandement amélioré leur situation économique. Les progrès diffèrent, selon le talent de chacun, les débouchés économiques et l'expérience personnelle. Il peut y avoir des injustices apparentes, mais il y en aura toujours pour critiquer ceux qui ont assez bien réussi. Souvent, la réponse à de telles critiques est «allez, faites pareil».

Je crois que le Ministère devrait fournir une aide technique et économique aux bandes et aux particuliers qui ont fait leurs preuves et qui ont progressé sur le chemin de l'autosuffisance économique. J'ai dit ailleurs que le Ministère doit chercher à intervenir plus à titre de garant que simplement à titre d'organisme de financement. Il faut absolument que les générations indiennes montantes puissent compter sur des exemples de réussite afin de discerner les moyens à prendre pour améliorer leur existence.

Il y a eu beaucoup de controverse et de confrontation entre le conseil de bande de Westbank, d'une part, et les locataires et les résidents de la réserve n° 9, d'autre part, au détriment de tous. Un système plus adéquat d'approvisionnement en eau permettrait d'attirer plus de locataires, au grand avantage de la bande et des détenteurs. Il accroîtrait également la valeur et les agréments des parcs pour maisons mobiles de la réserve n° 9.

Il convient toutefois de gérer le nouveau système de façon équitable et ordonnée, contrairement à ce qui s'est passé dans l'affaire Alexander. Un des problèmes auxquels on a fait allusion de temps à autre au cours des témoignages est ce que j'appellerais l'approche parfois contradic-

toire du conseil de bande à l'égard de questions d'administration locale et de prestation des services publics. De toute évidence, ce comportement peut avoir un effet très inhibitif sur n'importe quel développement à long terme.

À ceux qui affirment qu'une aide à l'installation d'un système d'approvisionnement en eau constituerait un geste de favoritisme à l'égard de la réserve, je réponds simplement que cette réserve, aux prises avec un grave problème, a de véritables possibilités de croissance et que le fait d'investir là où on peut espérer des résultats tangibles relève strictement d'une saine gestion.

Il semble clair d'après les témoignages que j'ai entendus que, à moins que cette question ne soit réglée dans un proche avenir, la réserve n° 9 aura un grave problème sur les bras. Il faut s'y attaquer immédiatement et, comme je l'ai indiqué plus tôt, le Ministère n'a pas à s'excuser de consacrer certaines ressources dans une réserve qui a beaucoup de potentiel et a réalisé des progrès économiques importants.

Bien que le gouvernement ait un rôle à jouer dans la prestation de certains services essentiels, je ne suis pas du tout convaincu qu'il doive se substituer à l'entreprise privée. Par exemple, il a été suggéré que le gouvernement achète certains ou tous les parcs pour maisons mobiles de Westbank. À mon avis, ce n'est pas là une suggestion très judicieuse. On se rappellera qu'en 1982, la bande elle-même a rejeté l'idée de devenir entrepreneur de parcs pour maisons mobiles parce qu'elle prévoyait des problèmes de gestion. Il est peu probable que le gouvernement ait lui-même envisagé de se charger de la gestion de l'entreprise. C'est à la bande ou à certains détenteurs que cette tâche aurait échu. Quelle expérience cela exigerait-il? Le gouvernement devrait faire preuve de prudence et bien réfléchir avant d'acheter des entreprises situées sur des terres indiennes en vue d'en confier la gestion aux bandes ou à leurs membres. Où le processus commencerait-il et où finirait-il? Pareille intervention profiterait-elle, par exemple, aux locataires des parcs pour maisons mobiles? Une telle décision risquerait de créer un précédent si des problèmes surgissaient plus tard dans une autre réserve, certains pourraient réclamer que le gouvernement intervienne pour acheter des entreprises en prétextant qu'il l'a déjà fait à Westbank.

Il est préférable selon moi que le gouvernement cofinance de meilleures infrastructures dans les réserves et laisse aux bandes, aux détenteurs ou aux locataires le soin de lancer et de diriger les entreprises. En fin de compte, pour obtenir des résultats économiques satisfaisants, il faut compter sur les forces du marché. Le gouvernement peut fournir une aide technique, des garanties, etc., pour aider les entreprises. Il se peut que les bandes aient à intervenir plus activement dans le secteur de la réglementation pour favoriser une expansion plus adéquate. Le gouvernement (à tous les paliers) peut être utile en fournissant une garantie financière, en proposant un plan de réglemen-

tation cohérent et en aidant à mettre en place une infrastructure adéquate de manière à favoriser un meilleur développement économique des réserves indiennes.

Le Ministère a un rôle difficile à jouer en cette période de transition. D'une part, il abandonne certaines fonctions qui étaient traditionnellement siennes et confie de plus grandes responsabilités aux bandes ou aux conseils indiens et, d'autre part, il doit continuer de veiller sur les intérêts économiques des autochtones lorsque les bandes manquent de compétence. De même, il doit éviter de se retirer trop précipitamment de l'administration des ententes déjà en place. Le transfert des responsabilités aux bandes doit se faire de façon ordonnée. On peut reconnaître le désir du gouvernement de ne pas intervenir indûment dans les domaines qui relèvent du secteur privé, mais, en ce qui concerne le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, on constate une longue histoire de participation très active dans la vie des autochtones. La Commission a entendu maintes fois le même refrain que le Ministère doit laisser les Indiens se débrouiller tout seuls. Dans son mémoire, l'avocat de l'ancienne direction déclare ce qui suit :

> [Traduction]
> Je suis d'avis que la *Loi sur les Indiens*, bien qu'il s'agisse d'une loi fédérale compétente, est enlisée dans un état d'esprit victorien. Comme cette loi existe depuis des générations au Canada, elle reflète des attitudes enracinées dans des convictions immémoriales. L'attitude que les Indiens ne sont pas égaux aux blancs est particulièrement visible au sein du gouvernement et, en particulier, au ministère des Affaires indiennes et dans les organismes comme la GRC, parce qu'ils doivent «s'occuper des Indiens» et prendre des dispositions conformément à la *Loi sur les Indiens*.
>
> (Transcription, Vol. LXXIX, p. 11810)

Je pense que le Ministère souhaite réellement éviter d'intervenir trop activement dans les affaires des bandes. Mais il doit se retirer de façon graduelle et ordonnée. Lorsqu'il y a eu, en 1975, rejet général de la participation du Ministère, les résultats n'ont pas été très heureux. Le Ministère ne doit pas être accusé d'être l'oppresseur des Indiens — il a, et il continuera d'avoir un rôle à jouer dans leur vie. Le Ministère aura toujours la tâche délicate de trouver un juste milieu entre l'indifférence et l'interventionnisme. Il doit être pour les bandes une ressource utile de même qu'une source de stabilité dans ce monde en pleine évolution.

ANNEXE D

Droit de la famille dans les réserves

Au cours de cette enquête, des témoins se sont dits préoccupés par les lacunes dans les lois qui s'appliquent (ou qui ne s'appliquent pas) aux Indiens vivant sur les réserves. Ils ont notamment mentionné qu'il était difficile d'appliquer les règlements administratifs de bande aux terres cédées. Certains ont parlé de «vide réglementaire». Par ailleurs, étant donné la séparation des pouvoirs en vertu de la Constitution du Canada, de nombreuses lois provinciales ne sont pas applicables aux terres des réserves. Aux termes de la Constitution, les «Indiens et terres réservées aux Indiens» sont une compétence législative fédérale exclusive.

Selon l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*, les lois provinciales d'application générale sont applicables aux Indiens dans la mesure où elles ne sont pas incompatibles avec la *Loi sur les Indiens* ou quelques arrêtés, ordonnances, règles et règlements établis sous son régime. Voici ce que dispose cet article :

> 88. Sous réserve des dispositions de quelque traité et de quelque autre loi du Parlement du Canada, toutes lois d'application générale et en vigueur, à l'occasion, dans une province sont applicables aux Indiens qui s'y trouvent et à leur égard, sauf dans la mesure où lesdites lois sont incompatibles avec la présente loi ou quelque arrêté, ordonnance, règle, règlement ou statut administratif établi sous son régime, et sauf dans la mesure où ces lois contiennent des dispositions sur toute question prévue par la présente loi ou y ressortissant.

Selon la doctrine de la prépondérance prévue dans le droit constitutionnel canadien, lorsqu'il y a conflit entre une loi provinciale et une loi fédérale, c'est cette dernière qui prévaut.

Le statut qui est conféré par la Constitution aux terres des réserves peut être considéré à la fois comme un avantage et comme un inconvénient pour ce qui est de l'application des lois provinciales. Dans certains cas, le fait que les lois provinciales ne s'appliquent pas aux terres indiennes rend ces dernières plus attrayantes aux yeux des investisseurs ou des promoteurs. Les réserves indiennes peuvent être considérées comme des îlots jouissant d'un statut particulier et n'étant pas soumis aux règlements provinciaux ou municipaux ainsi qu'aux paperasseries administratives que cela entraîne. Toutefois, ce statut particulier peut parfois constituer un handicap. Par exemple, M. Ronald M. Derrickson a constaté avec inquiétude que la Strata Titles Act en vigueur en Colombie-Britannique ne s'appliquait pas aux terres indiennes. Certes, il est manifeste que la législation provinciale représente un fardeau pour certaines couches sociales, mais elle a généralement pour objet de

remédier aux problèmes susceptibles de se poser ou qui se posent effectivement au sein de la société. Vu le statut constitutionnel des terres des réserves, les Indiens risquent de ne pas pouvoir se prévaloir de la législation réparatrice que les provinces ont adoptée pour accroître les chances ou les droits des différents groupes.

Dans bien des domaines, la *Loi sur les Indiens* porte sur des questions qui sont habituellement de compétence provinciale. Il n'est peut être pas surprenant que la *Loi sur les Indiens* actuellement en vigueur, qui n'a guère été modifiée depuis 1951, soit dépassée devant la nature de plus en plus complexe de l'aménagement et de l'administration des réserves. De même, elle ne suit pas l'évolution de la société. Il est un domaine où elle est devenue manifestement caduque, c'est celui du droit de la famille, qui n'est absolument pas reconnu dans la Loi. Le droit de la famille relève généralement des provinces.

Au cours des vingt dernières années, nous assistons à une sensibilisation accrue aux droits et au statut de la femme. Depuis les années 70, la plupart des gouvernements provinciaux ont entrepris une réforme législative qui reflète le principe de l'égalité des sexes devant la loi. L'un des domaines importants qui ont été visés par la réforme est celui du droit de la famille. C'est ainsi que les provinces ont adopté des lois destinées à assurer un partage plus équitable des biens familiaux au moment de la dissolution d'un mariage. En vertu de ces nouvelles lois, les femmes peuvent recevoir une part plus équitable des biens acquis au cours du mariage.

Des éléments importants des lois provinciales sur le droit de la famille sont considérés comme ne s'appliquant pas aux Indiens vivant dans une réserve. La Cour suprême du Canada a récemment décidé que les dispositions de la Family Relations Act de la Colombie-Britannique autorisant un tribunal à ordonner le partage des biens familiaux ne s'appliquaient pas aux terres des réserves indiennes. Cette décision visait des gens de Westbank dans l'affaire *Derrickson* c. *Derrickson* (1986) 26 DLR (4e) 175. Mme Rose Derrickson, l'une des parties au procès, a témoigné devant la Commission d'enquête.

Avant son mariage, Rose Derrickson était membre de la bande indienne Okanagan. Elle est devenue membre de la bande indienne de Westbank à la suite de son mariage avec M. William Derrickson. Au moment du mariage, le couple ne possédait pas de propriété dans les réserves de Westbank. Mme Derrickson a acheté une parcelle de terre avec l'aide financière de sa famille. Cette parcelle a été enregistrée à son nom et le couple y a construit la maison familiale. Au cours du mariage, ils ont acheté d'autres propriétés dans la réserve no 9. Celles-ci ont été enregistrées au nom de M. William Derrickson. Dans son témoignage devant la Commission, Mme Derrickson a déclaré qu'à son avis tous les biens que le couple avait achetés constituaient des biens familiaux communs. Lorsque le mariage s'est détérioré, les deux parties n'ont pu

s'entendre sur le partage des biens et ont entamé des procédures judiciaires. L'affaire a été portée devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et, enfin, la Cour suprême du Canada.

M^me^ Derrickson a cherché à faire appliquer les dispositions de la Family Relations Act de la Colombie-Britannique au partage des biens familiaux au moment de la dissolution du mariage. Voici les articles pertinents de cette loi :

> [Traduction]
> 43. (1) Sous réserve de la présente partie, chaque conjoint a droit à une part de chaque bien familial, à compter du 31 mars 1979, dès lors que leur mariage fait l'objet
>
> a) d'un accord de séparation;
> b) d'un jugement déclaratoire en vertu de l'article 44;
> c) d'une ordonnance de dissolution du mariage ou de séparation de corps; ou
> d) d'une ordonnance le déclarant nul et non avenu.
>
> (2) La part prévue au paragraphe (1) est une moitié indivise du bien familial en tant que bien commun.
>
> (3) La part visée au paragraphe (1) est attribuée sous réserve :
>
> a) d'une ordonnance en vertu de la présente partie; ou
> b) d'une convention matrimoniale ou d'un accord de séparation.
>
> (4) Le présent article s'applique, que le mariage ait été conclu avant ou après son entrée en vigueur.
>
> 51. Si le partage des biens entre les conjoints conformément à l'article 43 ou leur contrat de mariage, selon le cas, était injuste compte tenu
>
> a) de la durée du mariage,
> b) du temps pendant lequel les conjoints ont vécu séparés,
> c) de la date d'acquisition ou d'aliénation du bien,
> d) de la mesure dans laquelle le bien a été acquis par le conjoint par voie d'héritage ou de donation,
> e) des besoins de chaque conjoint pour parvenir à l'indépendance économique et à l'autosuffisance ou pour les conserver, ou
> f) de toute autre circonstance entourant l'acquisition, la conservation, l'entretien, l'amélioration ou l'emploi du bien ou la capacité ou les responsabilités du conjoint,
>
> la Cour suprême, sur demande, peut ordonner le partage du bien visé par l'article 43 ou le contrat de mariage, selon le cas, en les parts qu'elle fixe. En sus ou subsidiairement, la Cour a la faculté d'ordonner que tout autre bien non visé par l'article 43 ou le contrat

de mariage, selon le cas, appartenant à l'un des conjoints, soit cédé à l'autre.

52. (1) Dans une instance engagée en vertu de la présente partie ou sur demande, la Cour suprême peut décider de toute question de droit de propriété, de droit de possession ou de partage d'un bien en vertu de la présente partie, y compris la cession du bien en vertu de l'article 51, et elle peut rendre les ordonnances qui sont nécessaires, raisonnables ou accessoires à la décision pour lui donner effet.

(2) Dans une ordonnance rendue en vertu du présent article, la Cour peut notamment, sans restreindre la portée générale du paragraphe (1) :

a) attribuer un droit de propriété ou un droit de possession sur un bien;
b) ordonner qu'en cas de partage le titre de propriété d'un bien désigné, octroyé à un conjoint, lui soit transféré, cédé, ou soit placé en fiducie à son bénéfice, soit absolument, soit sa vie durant, soit pour un certain nombre d'années;
c) ordonner à l'un des conjoints d'indemniser l'autre en cas d'aliénation de biens ou afin d'équilibrer le partage;
d) ordonner le partage ou la vente de biens et le paiement, à même le produit de la vente, à l'un ou aux deux conjoints, dans les proportions ou montants qu'elle spécifie;
e) ordonner que les biens formant la part, en tout ou en partie, de l'un ou l'autre ou des deux conjoints soient transportés ou cédés aux enfants ou placés en fiducie à leur profit;
f) ordonner au conjoint de fournir une sûreté garantissant l'exécution des obligations que lui impose une ordonnance rendue en vertu du présent article y compris une charge sur un bien; ou
g) lorsqu'un bien appartient aux conjoints en copropriété avec gain de survie, partager cette copropriété.

Cette loi est d'application générale dans la province de la Colombie-Britannique. Dans l'affaire Derrickson, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a statué que ses dispositions n'étaient pas compatibles avec celles de la *Loi sur les Indiens*. En particulier, elle a constaté que les articles de la Family Relations Act qui disposent qu'un juge peut rendre une ordonnance au sujet du partage des biens immeubles (terres et bâtiments) étaient en conflit avec les dispositions de l'article 20 de la *Loi sur les Indiens*. Cet article traite de la possession légale des terres des réserves.

20. (1) Un Indien n'est légalement en possession d'une terre dans une réserve que si, avec l'approbation du Ministre, possession de la terre lui a été accordée par le conseil de la bande.

(2) Le Ministre peut délivrer à un Indien légalement en possession d'une terre dans une réserve un certificat, appelé certificat de possession, attestant son droit de posséder la terre y décrite.

(3) Aux fins de la présente loi, toute personne qui, le 4 septembre 1951, détenait un billet de location valide et subsistant, délivré sous le régime de la loi intitulée : *Acte relatif aux Sauvages, 1880*, ou de toute loi sur le même sujet, est réputée légalement en possession de la terre visée par le billet de location et est censée détenir un certificat de possession à cet égard.

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

(5) Lorsque le Ministre diffère son approbation conformément au paragraphe (4), il doit délivrer un certificat d'occupation à l'Indien, et le certificat autorise l'Indien, ou ceux qui réclament possession par legs ou par transmission sous forme d'héritage, à occuper la terre concernant laquelle il est délivré, pendant une période de deux ans, à compter de sa date.

(6) Le Ministre peut proroger la durée d'un certificat d'occupation pour une nouvelle période n'excédant pas deux ans et peut, à l'expiration de toute période durant laquelle un certificat d'occupation est en vigueur,

a) approuver l'attribution faite par le conseil de la bande et délivrer un certificat de possession si, d'après lui, on a satisfait aux conditions concernant l'usage et l'établissement, ou

b) refuser d'approuver l'attribution faite par le conseil de la bande et déclarer que la terre, à l'égard de laquelle le certificat d'occupation a été délivré, peut être attribuée de nouveau par le conseil de la bande. S.R., c. 149, art. 20.

Il ressort de cet article qu'aucun Indien ne peut être légalement en possession des terres des réserves sans l'approbation du Ministre. Appliquant la doctrine de la prépondérance, le juge de première instance a conclu qu'il n'avait pas le pouvoir en vertu de la Family Relations Act de la Colombie-Britannique d'ordonner un partage des terres des réserves.

En vertu de l'alinéa 52(2)*c*) de la Family Relations Act, un tribunal a le pouvoir d'ordonner à l'un des conjoints d'indemniser l'autre en cas d'aliénation de biens ou afin d'équilibrer le partage des biens. M^me^ Derrickson a également cherché à obtenir justice en vertu de ces dispositions de la loi provinciale. Le juge de première instance a constaté qu'il n'avait pas le pouvoir d'ordonner un partage des biens ou une indemnisation au lieu d'un partage des biens. M^me^ Derrickson n'a donc pu obtenir gain de cause dans le cas des propriétés enregistrées au nom de M. Derrickson. De même, son mari n'a pas pu obtenir du tribunal une ordonnance sur le partage de la propriété enregistrée au nom de M^me^ Derrickson. Le partage des biens fonciers applicable au moment de la dissolution du mariage semblait nettement en faveur de M. Derrickson, mais il n'était pas possible de recourir à la loi provinciale pour que les

biens soient partagés de façon plus équitable entre les deux anciens conjoints.

L'affaire *Derrickson* a été portée devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. M^me^ Derrickson ne disposait pas de ressources financières suffisantes pour financer à elle seule le pourvoi. Toutefois, le ministère des Affaires indiennes a estimé qu'il s'agissait d'un cas important et a fourni les fonds nécessaires pour qu'un avocat défende la cause. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a confirmé la décision du juge de première instance, concluant que la demanderesse ne pouvait pas invoquer la Family Relations Act de la province pour obtenir une ordonnance de partage des propriétés situées dans une réserve indienne. Cependant, le jugement de la Cour d'appel a différé de celui du juge de première instance sur la question de savoir s'il pouvait y avoir une ordonnance d'indemnisation. Pour obtenir sur ces points importants une déclaration précise du plus haut tribunal du pays, le Ministère a financé le pourvoi devant la Cour suprême du Canada.

Le jugement de la Cour suprême du Canada a été rendu par le juge Chouinard. Voici comment il a défini les questions auxquelles la cour devait répondre dans l'affaire *Derrickson* c. *Derrickson* :

> 1. Les dispositions de la Family Relations Act sont-elles applicables *ex proprio vigore* aux terres réservées aux Indiens?
>
> 2. La Family Relations Act est-elle incorporée par renvoi dans la *Loi sur les Indiens* par l'application de son art. 88?
> Cette question, à son tour, peut être subdivisée en deux :
>
> a) L'article 88 de la *Loi sur les Indiens* s'applique-t-il aux terres réservées aux Indiens?
> b) Dans l'affirmative, les dispositions de la Family Relations Act relèvent-elles d'une des exceptions de l'art. 88?
>
> 3. Peut-on rendre une ordonnance d'indemnisation, conformément à l'al. 52(2)*c*) de la *Family Relations Act*, dans le cas des terres d'une réserve, au lieu d'une ordonnance de partage de biens?

Après une analyse complète de la loi provinciale et de la *Loi sur les Indiens*, il a été établi que la Family Relations Act ne pouvait pas s'appliquer *ex proprio vigore* aux terres réservées aux Indiens. Le juge Chouinard a constaté, tout comme la Cour suprême de la Colombie-Britannique et la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, qu'il y avait conflit entre les deux lois en cause et que, en raison de la doctrine de la prépondérance, les dispositions contradictoires de la Family Relations Act ne pouvaient pas s'appliquer aux terres faisant partie d'une réserve indienne. Cette conclusion découle des principes établis du droit constitutionnel canadien. La Cour suprême était parfaitement consciente des difficultés, sur le plan pratique, qu'entraînerait l'application de ces principes pour une cause de ce genre. Voici ce qu'a déclaré le juge Chouinard :

> En arrivant à cette conclusion, je n'oublie pas les conséquences qui s'ensuivent pour les conjoints et qui découlent des lois en cause selon qu'un bien immeuble se trouve ou non sur une réserve. À cet égard, je fais mienne la phrase suivante, écrite dans un contexte différent il est vrai, de P.W. Hogg, *op. cit.*, à la p. 554 :
>
> [Traduction]
>
> Que ces lois soient sages ou non est naturellement une question fort controversée, mais cela est sans effet sur leur constitutionnalité.

La Cour suprême a confirmé la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, concluant qu'il était possible, conformément à l'alinéa 52(2)*c*) de la Family Relations Act de la province, d'ordonner le paiement d'une indemnisation monétaire au lieu d'un partage des biens immeubles. Bien que certains conjoints puissent à l'avenir se prévaloir de cet aspect de la décision, cette dernière n'a pas été, sur le plan pratique, d'un grand secours pour Rose Derrickson. En effet, pour obtenir une ordonnance d'indemnisation au lieu d'une ordonnance de partage de terres, il aurait fallu qu'elle se présente de nouveau devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique, ce qui aurait entraîné d'autres dépenses. De plus, il lui aurait fallu établir que son mari avait suffisamment de liquidités pour se conformer à une ordonnance quelconque. Or, M^me^ Derrickson se trouvait déjà dans une situation financière difficile lors de sa première comparution devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Si le seul bien important est un bien immeuble situé dans une réserve, il se peut qu'une ordonnance d'indemnisation soit impossible à appliquer sur le plan pratique. M. Derrickson recevait de l'argent d'un promoteur pour l'une de ses propriétés, mais M^me^ Derrickson ne pouvait pas le prouver de façon satisfaisante, car il n'y avait pas de bail inscrit au registre. Le fait qu'il existait un bail officieux a été confirmé par un autre témoin au moment de l'enquête. M. Fred Walchli, lors de son témoignage, a qualifié ce genre de bail de «bail à l'oeil».

M. Ward Kiehlbauch est arrivé dans la région d'Okanagan en 1977 : il cherchait un emplacement convenable pour un projet touristique. Il était impressionné par les installations touristiques dont la réserve n° 9 était déjà dotée. Par l'entremise du chef Ron Derrickson, il a fait la connaissance de William Derrickson; il a aussitôt conclu avec ce dernier une entente pour prendre à bail certaines de ses terres. M. Kiehlbauch envisageait de construire un projet récréatif et de l'exploiter sous le nom de «Space Trek». Il disposait d'un certain capital de base, mais n'avait pas encore obtenu tous les crédits nécessaires pour un projet aussi ambitieux. Selon le témoignage de M. Kiehlbauch, William Derrickson a fait une proposition qui permettrait de réduire les difficultés financières au stade initial du projet. Le détenteur était disposé à accepter que le loyer annuel soit payé en versements inégaux et à intervalles irréguliers. M. Kiehlbauch avait ainsi la possibilité de verser

les montants qu'il pouvait et à la date qui lui convenait. Selon M. Kiehlbauch, si M. Derrickson était disposé à se montrer aussi souple, c'était parce qu'il ne voulait pas que sa femme soit au courant des paiements. Des stratégies de ce genre sont trop bien connues des avocats se spécialisant dans le droit de la famille. À ce moment-là, le mariage des Derrickson s'était détérioré, et des poursuites judiciaires étaient en cours. M^me^ Derrickson a fait enregistrer un caveat contre les propriétés de son mari. M. Derrickson a demandé à M. Kiehlbauch de ne pas inscrire de bail. M. Derrickson a constaté, semblait-il, que si un bail était inscrit pour la propriété en question, il y aurait de fortes chances pour que sa conjointe touche une partie du loyer. Si un bail avait été inscrit comme il se devait, les paiements auraient été habituellement versés à la bande, qui les aurait ensuite remis au détenteur. Les loyers payés sur un bail seraient dûment incrits dans les registres de la bande. M. Derrickson pensait, semblait-il, que si les paiements étaient effectués de cette façon, M^me^ Derrickson pourrait demander la saisie de la totalité ou d'une partie de l'argent. En guise de prévention, M. Derrickson a demandé que le loyer lui soit payé «de la main à la main», et M. Kiehlbauch a marché dans la combine. En fin de compte, cette manigance s'est révélée malheureuse à la fois pour le détenteur et le locataire. Cette manoeuvre secrète n'a pas été payante pour les deux parties.

Aucun bail n'a été inscrit au registre. M. Kiehlbauch avait des difficultés financières, car il ne pouvait pas obtenir les crédits nécessaires sans bail dûment inscrit. Lorsqu'il a essayé de vendre son projet partiellement achevé, M. Derrickson a essayé d'obtenir un certain pourcentage de la vente avant de signer un bail. Il s'ensuivit une impasse, et la vente ne se fit pas. Pendant ce temps, l'animosité montait entre M. Kiehlbauch et M. Derrickson. Finalement, l'entreprise s'est terminée par un désastre financier pour tous. M. Kiehlbauch a quitté la région, laissant derrière lui le projet «Space Trek» à moitié achevé. M. Derrickson, comme il s'efforçait de cacher à sa conjointe le revenu du loyer, s'est retrouvé sans bail viable. M^me^ Derrickson n'a rien obtenu. Son espoir de recevoir plus tard une indemnisation valable reste mince. L'affaire *Derrickson* c. *Derrickson* et l'histoire du projet Kiehlbauch illustrent le problème qui se pose continuellement dans la vie des épouses indiennes.

Dans son témoignage devant la Commission, M. Ronald M. Derrickson s'est plaint du fait que la loi actuelle n'offre aucune protection aux femmes indiennes. Répondant aux questions de son avocat, il a fait la déposition ci-dessous au sujet du rôle qu'il a joué dans l'affaire-test Derrickson et a indiqué les mesures qui, à son avis, pourraient aider les femmes se trouvant dans la même situation que M^me^ Rose Derrickson :

[Traduction]

Q M. Derrickson, malgré les difficultés que vous avez eues avec Rose Derrickson au début et à la fin des années 80, êtes-vous intervenu en sa faveur pour essayer de lui obtenir une assistance judiciaire afin qu'elle puisse porter son cas devant la Cour suprême du Canada et la saisir de ses problèmes familiaux?

R Oui.

Q Avez-vous continué depuis lors de l'appuyer?

R Mais vous savez, il n'y a pas que cela, je suis également intervenu en faveur de son mari pour qu'il puisse obtenir une aide judiciaire, parce qu'à mon avis on ne peut pas, sur le plan juridique, aider seulement une des parties en cause. Je suis chef de bande — je ne suis pas — vous savez, même si je suis un homme et peut-être que je suis chauvin, le fait est que je voulais m'assurer non seulement qu'elle obtienne une assistance judiciaire, mais aussi que Bill Derrickson obtienne une assistance judiciaire.

J'ai fait des pressions pour cela, et on a obtenu ce qu'on a demandé. Depuis, non seulement j'ai — Rose Derrickson a perdu son procès devant la Cour suprême du Canada — consulté Len Marchand, d'autres personnes politiques et des personnes haut placées afin de voir si on avait de bons arguments à présenter pour que les femmes puissent recouvrer leurs droits en vertu de la Charte des droits, le droit d'obtenir la moitié des biens ou un règlement raisonnable en cas de séparation ou de divorce.

Les femmes indiennes, même si elles ont des droits dans la réserve, elles n'ont aucun droit sur les terres que possèdent leur mari. C'est vraiment honteux. (Je souligne)

(Transcription, Vol. LXVII, p. 9993–9994)

M. Derrickson fait part ici d'une préoccupation que bien des personnes de la collectivité autochtone partagent sans aucun doute. Il a pris des mesures pour protéger et faire avancer les droits de propriété des femmes indiennes dans l'affaire Derrickson. Il est à espérer que la détermination dont il a fait preuve pour que les femmes indiennes bénéficient d'un traitement équitable portera ses fruits. Toutefois, la Cour suprême du Canada a précisé qu'aux termes de la loi actuelle, le tribunal de première instance ne peut pas ordonner le partage des biens familiaux qui sont constitués par des biens immeubles, conformément à la loi provinciale sur le droit de la famille en vigueur.

J'ai examiné la question soulevée devant la Commission concernant la garantie d'une meilleure protection aux conjoints et aux enfants lorsque l'union conjugale se détériore. La *Loi sur les Indiens*, dans sa forme actuelle, ne renferme aucune disposition traitant de ce point. Je ne comprends pas pourquoi il est moins souhaitable pour les Indiens que pour les non-Indiens de jouir d'une protection législative qui leur faciliterait bien la vie.

Je suppose que, sur le plan technique, il serait possible d'ajouter à la *Loi sur les Indiens* actuellement en vigueur des dispositions prévoyant un code du droit de la famille pour les autochtones. Il se peut que l'on

hésite à le faire du fait qu'il s'agit d'une loi qui comprend plusieurs mesures.

Il serait également possible d'édicter une loi fédérale entièrement nouvelle portant sur le droit de la famille. On pourrait également intégrer cette question dans n'importe quelle loi nouvelle traitant particulièrement des terres indiennes. Comme le problème essentiel qui se pose porte sur les terres, il serait peut-être logique de s'orienter dans cette voie.

Il existe dans le droit de la famille une multitude de précédents établis par les diverses autorités judiciaires provinciales. Il devrait être possible de statuer que la loi régissant le droit de la famille en vigueur dans chaque province s'applique aux membres des bandes indiennes vivant dans les réserves de la province en question. Dans cette optique, les familles indiennes pourraient se prévaloir des mêmes droits et des mêmes recours aux termes de la loi que ceux dont bénéficient les autres familles vivant dans les diverses provinces. Afin d'uniformiser le système législatif, on a recouru par le passé à l'incorporation par renvoi de lois provinciales dans les domaines où il y a eu chevauchement entre le champ de compétence provinciale et celui de compétence fédérale.

L'article 88 de la *Loi sur les Indiens* prévoit déjà l'incorporation de toutes les lois provinciales d'application générale, sauf dans les cas où il y a conflit avec la *Loi sur les Indiens*. La Cour suprême du Canada a statué qu'il y avait conflit entre la loi provinciale actuelle sur le droit de la famille et la *Loi sur les Indiens*. Ce conflit n'existerait pas si la loi provinciale sur le droit de la famille était expressément adoptée en vertu d'un statut fédéral. Il faudrait apporter en conséquence quelques petites modifications à la loi actuelle (par exemple, aux articles 20 et 24) afin d'éliminer tout conflit possible et de permettre aux tribunaux de rendre les ordonnances qui s'imposent. Je doute qu'une personne autochtone impartiale hésite à appuyer une loi de cette nature, dont la nécessité a été démontrée dans l'affaire *Derrickson* c. *Derrickson*. La solution n'est pas difficile à trouver. Il faut prendre le plus tôt possible des mesures destinées à remédier à cette lacune de la loi.

ANNEXE E

La tenue de l'enquête

C.P. 1986-1816

CANADA

CONSEIL PRIVÉ

Copie certifiée conforme au procès-verbal d'une réunion du Comité du Conseil privé, approuvé par Son Excellence le Gouverneur général le 12 août 1986.

Vu que certaines questions liées à la bande indienne de Westbank, de Kelowna (Colombie-Britannique), sont publiquement controversées;

Vu les allégations de mauvaise conduite dont font l'objet des fonctionnaires du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien (MAINC) et des conseillers de la bande indienne de Westbank (la bande) relativement aux affaires de la bande;

Et vu que ces problèmes ont fait l'objet de trois examens et que les rapports présentés à cet égard aux ministres des Affaires indiennes et du Nord canadien ne les ont pas résolus;

À ces causes, le Comité du Conseil privé, sur avis conforme du Premier ministre, recommande que soit émise, en vertu de la Partie I de la Loi sur les enquêtes, une commission revêtue du grand sceau du Canada portant nomination de M. John E. Hall, de Vancouver (Colombie-Britannique) à titre de commissaire chargé d'enquêter et de faire rapport sur les circonstances et les faits entourant la controverse, les allégations et les préoccupations susmentionnées et, sans limiter la généralité de ce qui précède, d'enquêter et de faire rapport

(1) sur la façon dont l'administration centrale, ainsi que les bureaux régionaux et les bureaux de district du MAINC se sont acquittés de leurs responsabilités et de leurs fonctions à l'égard de la bande, des locataires et des résidents des réserves de la bande depuis 1975, en ce qui concerne notamment :

- les transactions et les arrangements financiers avec la bande, y compris les deniers des Indiens,

- l'utilisation des terres de la bande par ses membres, les locataires et les autres résidents,

- l'examen, par le ministère, de tous les règlements adoptés par la bande,

.../2

afin de déterminer si ces responsabilités et ces fonctions ont été acquittés conformément au droit, aux politiques établies et aux normes de compétence et d'équité généralement acceptées;

(2) sur l'administration de la bande depuis 1975, et notamment :

- déterminer s'il y a eu abus de pouvoir de la part des chefs ou des conseillers de la bande,

- déterminer si les chefs ou les conseillers de la bande se sont trouvés en situation de conflits d'intérêts et si ces conflits auraient pu ou auraient dû être évités;

- étudier les répercussions de ces pratiques, si elles ont eu lieu, sur les membres de la bande, les locataires et les autres résidents des réserves de la bande indienne de Westbank;

(3) sur les activités des locataires et des résidents des réserves de la bande indienne de Westbank en ce qui touche ladite bande, son conseil et ses membres, et notamment :

- déterminer si ces locataires et ces résidents se sont acquittés de leurs obligations envers l'État et la bande,

- déterminer si les activités des locataires et des résidents ont contribué à provoquer des tensions et des conflits avec la bande; et

(4) afin de recommander au besoin des modifications à la Loi sur les Indiens en ce qui concerne la gestion des terres, des deniers et des règlements des Indiens, ou aux politiques et aux méthodes du MAINC en la matière, ou des solutions à des problèmes particuliers, lesquelles seront compatibles avec la politique établie du gouvernement visant à soutenir et à renforcer l'autonomie gouvernementale des Indiens sur leurs propres terres.

C.P. 1986-1816

Le Comité recommande également

a) que le commissaire soit autorisé

i) à adopter les méthodes et les procédures qu'il considère les plus indiquées à l'égard de la conduite de l'enquête et à tenir audience au Canada au moment et aux endroits qu'il jugera opportuns;

ii) à recourir, lorsqu'il le jugera nécessaire ou souhaitable, aux services de personnel et de conseillers dont les taux de rémunération et de remboursement devront être approuvés par le Conseil du Trésor;

iii) à recourir, comme le prévoit l'article 11 de la Loi sur les enquêtes, aux services d'experts et d'autres personnes dont les taux de rémunération et de remboursement devront être approuvés par le Conseil du Trésor;

iv) à louer des bureaux et des installations pour les fins de la Commission, conformément à la politique du Conseil du Trésor; et

b) que soit ordonné au commissaire de présenter au Gouverneur en conseil, au plus tard le 30 juin 1987, un rapport comprenant ses conclusions et ses recommandations, et de remettre ses documents et ses dossiers au greffier du Conseil privé le plus tôt possible après la fin de l'enquête.

CERTIFIED TO BE A TRUE COPY - COPIE CERTIFIÉE CONFORME

CLERK OF THE PRIVY COUNCIL - LE GREFFIER DU CONSEIL PRIVÉ

Audiences

DATE	LIEU
1986	
12–14 novembre	Westbank (C.-B.)
17–20 novembre	Westbank (C.-B.)
8–12 décembre	Vancouver (C.-B.)
1987	
2–6 février	Westbank (C.-B.)
9–13 février	Westbank (C.-B.)
16–19 février	Westbank (C.-B.)
4–6 mars	Vancouver (C.-B.)
9–13 mars	Vancouver (C.-B.)
24–27 mars	Vancouver (C.-B.)
30 mars-2 avril	Westbank (C.-B.)
6–10 avril	Westbank (C.-B.)
11–15 mai	Vancouver (C.-B.)
19–22 mai	Westbank (C.-B.)
25–29 mai	Westbank (C.-B.)
1–5 juin	Westbank (C.-B.)
8–10 juin	Westbank (C.-B.)
22, 24, 25 et 30 juin	Vancouver (C.-B.)
2 juillet	Vancouver (C.-B.)
11–12 août	Westbank (C.-B.)
18–21 août	Vancouver (C.-B.)
24, 26–28 août	Vancouver (C.-B.)

Nombre total de jours d'audience : 84

Nombre total de pièces soumises : 225

Nombre total de témoins : 67

Témoins et autres personnes qui on comparu devant la Commission

Membres de la bande indienne de Westbank

Barbara Coble
Harold J. Derickson
Richard N. Derickson
David Derrickson
Larry A. Derrickson
Ronald M. Derrickson
Rose Derrickson
Brian D. Eli
Mary A. Eli
Millie Jack
Chef Robert Louie
Roxanne Lindley
Thomas Lindley
George Michele
Bruce Swite
Lucy W.E. Swite

Ex-responsables et responsables actuels du ministère des Affaires indiennes

M. Owen A.J. Anderson
Peter J.F. Clark
Frederic R. Drummie
Donald K. Goodwin
Ernest E. Hobbs
H. Alexander McDougal
Donna Moroz
Denis Novak
L. Myler Savill
Arthur S. Silverman
David G. Sparks
Gabor Szalay
Gordon C. Van der Sar
Frederick J. Walchli

Exploitants de parcs pour maisons mobiles

Jack E. Alexander
Leonard R. Crosby
Nicholas Dachyshyn
Donald A. Lauriault
James B. Lidster
T. Darcy O'Keefe
John K. Ross
Val Spring
Henriette York
Ted Zelmer

Vérificateurs, experts-comptables et dirigeants de la Norbanque

Kevin E. Berry, C.A.
Martin G. Fortier
Daniel T. Hopkins
William D. Kinsey, C.A.
Patrick J. Lett, C.A.
Harold B. McBain
Donald A. Pettman, C.A.

Hommes d'affaires et membres de professions libérales

Andrew T. Archondous
Victor N. Davies
Gordon F. Dixon
Mervin G. Fiessel
Nicholas Kayban
Ward A. Kiehlbauch
Beverly P. Kingsbury
H. Grant Maddock
Dudley A. Pritchard
Edward C. Ross
Robert M. Turik
Derril T. Warren

Autres

Claire B. Eraut — First Citizens' Fund (C.-B.)
Linda Grover — employée de la bande indienne de Westbank
Sgt Leonard H. Nyland — GRC
Donald I.F. MacSween — Ministère de la Voirie de la C.-B.
Sénateur Leonard S. Marchand
Robert Sam — First Citizens' Fund (C.-B.)
Norman Schwartz — Administrateur de la bande indienne de Westbank
Barbara Shmigelsky — Ex-employée de la bande indienne de Westbank
Sgt Brian H. Vance — GRC

Mémoires soumis aux termes de la Partie IV	Mémoires définitifs soumis
Chef Clarence "Manny" Jules	Cecil O.D. Branson, C.R.
William D. Kinsey, C.A.	Leonard R. Crosby
Chef Robert Louie	P. John Landry
Chef Joe Mathias	John A. McAfee
Chef Sophie Pierre	John S. Maguire
Chef Paul Sam	John F. Rowan, C.R.
	Duncan W. Shaw, C.R.

Avocats présents

Commission d'enquête	John F. Rowan, C.R. Donald M. Smith D. Geoffrey Cowper
Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien	Duncan W. Shaw, C.R. P. John Landry
F.J. Walchli, ancien-directeur général régional, ministère des Affaires indiennes	Cecil O.D. Branson, C.R.
Bande indienne de Westbank	John S. Maguire
Ancien conseil de la bande indienne de Westbank	John A. McAfee
Touche Ross Ltd., liquidateurs de la Norbanque	Frederick H. Herbert, C.R. Sharon L. Fugman

Personnel de la Commission

Commissaire	John E. Hall, C.R.
Avocats	John F. Rowan, C.R. Donald M. Smith D. Geoffrey Cowper
Experts	William D. Kinsey, C.A. — Comptable enquêteur John R.D. Iwanson — Enquêteur
Administration	Maureen E. Cowin — Secrétaire de direction John T. Laurillard — Agent responsable des audiences Lise M.M. Carrière — Secrétaire
Préparation du rapport	Mary Ann Allen, Marguerite Côté, Marie Dionne, Paul Ollivier, Jean Wilson