

LES DROITS TERRITORIAUX DES AUTOCHTONES SOUS LE RÉGIME FRANÇAIS¹

Michel Morin, professeur titulaire



Le statut des territoires autochtones en Nouvelle-France a fait l'objet de nombreuses analyses divergentes, car l'affirmation théorique de la souveraineté française ne comporte pas l'intention d'éteindre les droits des peuples autochtones². En effet, leur assujettissement au système juridique colonial exige une modification formelle de leur statut, ainsi que l'adoption graduelle des règles

qui le composent³. Dans l'intervalle, ils demeurent des peuples indépendants, avec lesquels des traités de paix ou des alliances militaires et commerciales peuvent être conclus. Certes, ils fonctionnent par consensus et leurs chefs n'ont pas d'autorité formelle sur les autres membres de la nation. Comme le disait le jésuite Jérôme Lalemant, en 1648⁴ :

Les sauvages, depuis le commencement du monde jusques à la venue des François en leur païs, n'ont jamais sceu ce que cestoit de deffendre si solennellement quelque chose à leurs gens sous aucune peine pour petite qu'elle soit. Ce sont peuples libres qui se croient tous aussi grands seigneurs les uns que les autres et qui ne dépendent que de leurs chefs autant qu'il leur plaist.

Une telle organisation sociale est aux antipodes de la conception de la république - synonyme à l'époque d'État - formulée par Jean Bodin en 1576. En effet, celle-ci requiert un « gouvernement de plusieurs mesnages et de ce qui leur est commun, avec puissance souveraine »⁵, c'est-à-dire un « prince » ou un organe collectif qui ne soit pas « sujet aux commandements d'autrui »⁶.

Dans ces conditions, les peuples autochtones semblent devoir être dépourvus de personnalité internationale parce qu'ils ne constituent pas des États. Pourtant, selon Bodin, des familles peuvent vivre ensemble sans être assujetties à une autorité. Au contraire, leur chef « peut user du droit de souveraineté sur les siens, sans rien tenir après Dieu que de l'épée »⁷. En outre, ces

familles vivent librement et elles se défendent farouchement. Ces idées, qui correspondent en partie à celles des juristes espagnols, seront largement reprises par la suite. Dans cette perspective, une puissance coloniale peut conclure un traité avec un peuple autochtone, car celui-ci est indépendant. C'est seulement au XIX^e siècle que les sciences sociales et les juristes refuseront d'admettre, unanimement ou presque, que les peuples nomades sont gouvernés par un système juridique parce qu'ils sont considérés comme primitifs. Ils seront alors évincés de l'ordre international⁸.

« Avant l'établissement des Français dans une région, une négociation ou une concertation demeurent indiquées, sans être pour autant obligatoire, car le roi réitère constamment sa volonté de maintenir des relations pacifiques avec ses alliés. »

Aux XVII^e et XVIII^e siècles, contrairement à ce qui se produit dans les colonies britanniques, les représentants du roi de France ont la faculté de concéder à leurs compatriotes des terres situées sur le territoire traditionnel d'une nation autochtone. Avant l'établissement des Français dans une région, une négociation ou une concertation demeurent indiquées, sans être pour autant obligatoire, car le roi réitère constamment sa volonté de maintenir des relations pacifiques avec ses alliés⁹. En outre, certains textes juridiques coloniaux visent à assurer et à protéger les droits d'usage des Autochtones. Dans cette perspective, ceux-ci ne peuvent être éliminés sans une décision expresse des autorités coloniales, telle la concession d'un titre foncier. Par contraste, certains auteurs considèrent que le pouvoir de concéder unilatéralement des terres est difficilement compatible avec la reconnaissance par les Français de droits territoriaux autochtones¹⁰.

Il est bien connu que les Autochtones ne connaissent pas la propriété individuelle de la terre et ne concevaient pas que celle-ci puisse être aliénée; tout au plus, l'occupation et l'exploitation du territoire pouvaient être partagées¹¹. Néanmoins, le fait qu'ils aient exercé historiquement un contrôle sur leurs terres peut éclairer les débats actuels concernant la reconnaissance d'un droit ancestral ou issu de traité protégé par la constitution¹². De même, s'il existait des territoires familiaux en Nouvelle-France, ceux-ci pourraient éventuellement bénéficier d'une protection constitutionnelle¹³. Il importe donc de comprendre la nature des droits exercés par les Autochtones sur leurs territoires à cette époque¹⁴.

L'origine des territoires de chasse familiaux dans la vallée du Saint-Laurent a suscité une importante controverse

anthropologique. En effet, certains auteurs ont soutenu que leur apparition est due au développement du commerce des fourrures après l'établissement de nations européennes en Amérique du Nord. Or, la discussion concernant l'apparition de la propriété a une origine ancienne. En effet, la réflexion des juristes occidentaux a été grandement influencée par un texte de l'auteur romain Justin. Pour celui-ci, durant l'âge d'or de l'humanité, les êtres humains peuvent exploiter les ressources de la terre à leur guise, sans qu'il existe de limites nationales ou d'appropriation des terres ; en revanche, les fruits et le gibier appartiennent au premier homme qui s'en empare. Dès le début du XVII^e siècle, Grotius s'inspire de cette idée. Il explique que, après la fin de l'âge d'or, la création de pays est due à l'apparition de l'élevage et de l'agriculture. Par la suite, certaines sociétés reconnaissent la propriété individuelle ou familiale des terres cultivées. Toutefois, il n'est pas absolument clair que dans son esprit, un peuple puisse posséder collectivement des territoires de chasse¹⁵.

« Dans la mesure où un peuple autochtone est doté de la personnalité juridique, il peut posséder collectivement des droits ancestraux ou un titre aborigène dont il déterminera les modalités d'exercice pour ses membres, par l'entremise de ceux qui ont le pouvoir de gérer ces biens collectifs (par exemple, les leaders des groupes de chasse). »

En 1672, Pufendorf prend plus clairement position en faveur des Autochtones. Il soutient qu'il existe un régime de communauté positive en vertu duquel les membres d'un peuple ou d'un groupe se réservent la jouissance d'un territoire donné, à l'exclusion des étrangers. Cette forme de propriété peut inclure les territoires de chasse. Elle s'oppose à la communauté négative, c'est-à-dire l'absence de toute appropriation ou le libre accès, comme dans le cas de l'air ou de la mer¹⁶. Cette distinction demeure pertinente de nos jours. Dans la mesure où un peuple autochtone est doté de la personnalité juridique, il peut posséder collectivement des droits ancestraux ou un titre aborigène dont il déterminera les modalités d'exercice pour ses membres, par l'entremise de ceux qui ont le pouvoir de gérer ces biens collectifs (par exemple, les leaders des groupes de chasse)¹⁷. Ce concept nous semble compatible avec les connaissances actuelles sur les territoires exploités par les peuples de chasseurs-cueilleurs et avec leurs conceptions de ceux-ci¹⁸.

À l'inverse de Pufendorf, John Locke affirme, en 1690, que les Autochtones d'Amérique n'établissent pas de limites entre les terres où ils chassent et pêchent¹⁹. Dans son esprit, le droit d'exclure les autres d'un terrain apparaît uniquement après la création de gouvernements et de la monnaie²⁰. Cette innovation nécessite

un accord au moins tacite par lequel certaines communautés ont renoncé au « droit naturel commun » d'utiliser les terres des autres nations. Dans les régions où il n'y a pas eu d'entente sur l'utilisation de l'argent, de nombreuses terres incultes demeurent soumises à ce droit d'usage universel, dans la mesure où il en existe suffisamment pour que tous subviennent à leurs besoins²¹. En d'autres termes, les Autochtones d'Amérique sont réputés connaître et accepter la règle permettant à toute personne de s'installer sur des terres qui ne sont pas cultivées ou sur lesquelles il n'y a pas d'habitation. Dans cette perspective, ils ne peuvent ni posséder ni revendiquer de terres ancestrales²². Bien qu'elle ait été contestée par Wolff, cette thèse sera reprise par Vattel et finira par s'imposer au XIX^e siècle parmi les internationalistes ; auparavant, la question est demeurée très controversée²³.

Les observations des Français concernant les conceptions qu'ont les Autochtones de leurs territoires permettent de clarifier ce débat. En effet, les premiers connaissent parfaitement l'emplacement général de ces territoires et le contrôle qu'y exercent leurs alliés. Ainsi, les ennemis héréditaires ou les étrangers désirant traverser un pays à des fins commerciales ne peuvent y accéder sans autorisation. Toutefois, les relations fraternelles établies dans le cadre d'un traité de paix, sous l'égide d'un père commun, permettent aux alliés de circuler d'un endroit à l'autre ; les Français mettront plus d'un siècle à conclure un tel traité avec la confédération des Cinq Nations iroquoises, qui se nomme elle-même Haudenosaunee. Par ailleurs, au sein d'un même peuple, les groupes familiaux se réservent l'exclusivité de leurs territoires de chasse ; toutefois, en cas de nécessité, les peuples amis ou les bandes voisines peuvent y pénétrer en tout temps pour se nourrir. Comme l'écrivent José Mailhot et Sylvie Vincent : « nul ne peut s'introduire sur le territoire contrôlé par un autre sans en demander l'autorisation et nul ne peut nier le droit de l'autre à la vie »²⁴. Tout indique que cette conception existait avant l'arrivée des Européens en Amérique, même s'il est impossible de le prouver.

« Pour des raisons spirituelles, plusieurs peuples autochtones se croient tenus de capturer et de tuer tous les animaux qui s'offrent à eux, même s'il est impossible de consommer leur viande ou si aucun castor ne pourra repeupler un lac. »

La situation est un peu moins claire pour les mesures de conservation, dont la nécessité devient beaucoup plus évidente dans les dernières décennies du XVII^e siècle et dont certains auteurs soutiennent qu'elles ont été enseignées aux Autochtones par les Européens²⁵. Pour des raisons spirituelles, plusieurs peuples autochtones se croient tenus de capturer et de tuer tous les animaux qui s'offrent à eux, même s'il est impossible de consommer

leur viande ou si aucun castor ne pourra repeupler un lac. On peut se demander si ces chasseurs peuvent connaître le nombre de bêtes abattues par leurs collègues et si le risque toujours présent d'une famine n'explique pas leur comportement. Il demeure cependant possible que les Français aient graduellement inculqué ce souci aux Autochtones de la vallée du Saint-Laurent, même si cette hypothèse semble empreinte d'ethnocentrisme et n'est pas vérifiée dans plusieurs autres régions d'Amérique du Nord.

« Loin de méconnaître ou de nier ces droits territoriaux, ils les tiennent pour acquis, tant et aussi longtemps qu'ils n'ont pas concédé à des particuliers des droits fonciers incompatibles. »

Dans le cadre de négociations diplomatiques avec les autres puissances européennes, les Français ont souvent refusé de reconnaître l'existence de territoires autochtones faisant obstacle à leur implantation en Amérique et la possibilité que ceux-ci soient cédés à la Grande-Bretagne. Néanmoins, au XVII^e siècle, ils comprennent parfaitement l'importance de ce concept pour leurs alliés et le pouvoir que les chefs régionaux ou locaux exercent sur leurs terres. Il leur arrive même de protéger ceux-ci contre les empiètements commis par des colons ou par d'autres Autochtones. Loin de méconnaître ou de nier ces droits territoriaux, ils les tiennent pour acquis, tant et aussi longtemps qu'ils n'ont pas concédé à des particuliers des droits fonciers incompatibles. Cette conception subtile disparaîtra rapidement après la Conquête de 1760, mais elle éclaire d'un jour nouveau la question des droits territoriaux des peuples autochtones du Canada qui sont entrés en contact avec les colonisateurs Français²⁶.

RÉFÉRENCES

- 1 Ce texte reprend certains éléments de Michel MORIN, « La conception autochtone des territoires en Nouvelle-France », à paraître en 2014 dans la revue *Recherches amérindiennes au Québec*.
- 2 Brian SLATTERY, *The Land Rights of Indigenous Canadian Peoples as Affected by the Acquisition of Their Territories*, Saskatoon, University of Saskatchewan Native Law Center, 1979; Sébastien GRAMMOND, *Aménager la coexistence, Les Peuples autochtones et le droit canadien*, Bruxelles-Cowansville, Bruylant-Éditions Yvon Blais, 2003, p. 29-38; Luc HUPPÉ, « L'établissement de la souveraineté européenne au Canada », (2009) 50 C. de D. 153; Michel MORIN, « Des nations libres sans territoire ? Les Autochtones et la colonisation de l'Amérique française du XVI^e au XVIII^e siècle », (2010) 12 *Revue d'histoire du droit international public* 1.
- 3 Michel MORIN « Fraternité, souveraineté et autonomie des Autochtones en Nouvelle-France », (2013) 43 (2) *R.G.D.* (sous presse).
- 4 Lucien CAMPEAU (dir.), *Monumenta Novae Franciae*, vol. VIII, *Au bord de la ruine* (1651-1656), Romae-Saint-Laurent, Institutum Historicum Societatis Iesu-Bellarmin, 1996, p. 754-755
- 5 Jean BODIN, *Les six livres de la République*, s.l., Fayard, 1986 [édition de 1593], I. I, c. 1. p. 27.
- 6 *Id.*, c. 8, *Id.*, p. 191.
- 7 *Id.*, c. 6, p. 111
- 8 Michel MORIN, *L'usurpation de la souveraineté autochtone*, Montréal, Boréal, 1997.
- 9 Voir M. MORIN, préc., note 1.
- 10 Voir notamment Henri BRUN, *Le territoire du Québec : six études juridiques*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1974, p. 33-53; R. c. *Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, par. 42-54, où la Cour conclut que les activités traditionnelles de pêche et de chasse n'ont jamais été interdites sous le Régime français (à notre avis, en refusant de se prononcer sur la question du titre aborigène, elle laisse planer un doute sur l'extinction des droits territoriaux des peuples autochtones sous le Régime français); voir aussi Nelson-Martin DAWSON, *Feu, fourrures, fléaux et foi foudroyèrent les Montagnais*, Sillery, Septentrion, 2005, p. 219-221; Michel LAVOIE, *Le Domaine du Roi 1652-1859*, Québec, Septentrion, 2010.

- 11** Voir notamment José MAILHOT et Sylvie VINCENT, « Le droit foncier montagnais », (1982) 15 (2-3) *Interculture* 65; Andrée LAJOIE, Jean-Maurice BRISSON, Sylvio NORMAND et Alain BISSONNETTE, *Le statut juridique des peuples autochtones au Québec et le pluralisme juridique*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996; Sébastien GRAMMOND, *Aménager la coexistence : les peuples autochtones et le droit canadien*, Bruxelles-Cowansville, Bruylant-Éditions Yvon Blais, 2003; Jean-Paul LACASSE, *Les Innus et le territoire, Innu Tipenitamun*, Sillery, Septentrion, 2004; Alain BISSONNETTE, « Un regard d'anthropologue sur le dialogue entre les traditions juridiques notamment en matière de rapports au territoire », dans Myriam JEZÉQUEL (dir.), *La justice à l'épreuve de la diversité culturelle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 191.
- 12** Voir l'article 35 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11)]; R. c. *Marshall*, [2005] 2 R.C.S. 220, 2005 CSC 43, par. 65-70.
- 13** *Behn c. Moulton Contracting Ltd.*, 2013 CSC 26, par. 32-36.
- 14** Il est souvent difficile d'établir un lien entre les noms employés au XVII^e siècle et celui des peuples autochtones actuels ou des lacs et rivières du Québec : Nelson-Martin DAWSON, *Des Attikamègues aux Têtes-de-Boule, Mutation ethnique dans le Haut Mauricien sous le Régime français*, Sillery, Septentrion, 2003; Martin-Nelson DAWSON, préc., note 4; Robert CHAMBERLAND, Jacques LEROUX, Steve AUDET, Serge BOUILLÉ et Mariano LOPEZ, *Terra incognita des Kotakoutouemis L'Algonquinie orientale au XVII^e siècle*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2004.
- 15** M. MORIN, préc., note 7, p. 44-48.
- 16** *Id.*, p. 52-53.
- 17** Kirsten ANKER, « Translating *Sui Generis* Aboriginal Rights in the Civilian Imagination », dans Régine TREMBLAY, Alexandra POPOVICI et Lionel SMITH (dir.), *Les intraduisibles en droit civil*, Montréal, Éditions Thémis, à paraître; Jean LECLAIR et Michel MORIN, « Peuples autochtones et droit constitutionnel », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit public », *Droit constitutionnel*, fasc. 15, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles, par. 64; *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, par. 41-45; Michel MORIN, « Un document inédit sur la portée territoriale de la *Proclamation royale* : Les notes des juges de la Cour suprême dans l'affaire R. c. *Bonhomme* », (1995) 26 R.G.D. 557. Il est également possible que certains individus détiennent une partie des droits d'une communauté ou soient autorisés à les exercer : *Behn c. Moulton Contracting Ltd.*, préc., note 7, par. 33-36. En France, sous l'Ancien régime, il existe des propriétés collectives (boisés, pâturages, etc.) appartenant à certaines communautés depuis des temps immémoriaux (Nadine VIVIER, « Les biens communaux en France », dans Marie-Danielle DEMÉLAS et Nadine VIVIER (dir.), *Les propriétés collectives face aux attaques libérales (1750-1914)*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2003, p. 236; plus généralement, Anna DI ROBILANT, « Common Ownership and Equality of Autonomy », (2012) 58 R.D. *McGill* 263).
- 18** Alan BARNARD et James WOODBURN, "Property, Power and Ideology in Hunting-Gathering Societies: an Introduction", in Tim INGOLD, David RICHES et James WOODBURN (eds), *Hunters and Gatherers 2, Property, Power and Ideology*, Oxford-Washington, Berg, 1988, p. 4, à la p. 15; Nicolas HOUDE, "*Experimenting with what will Become our Traditions*": *Adaptive Co-Management as a Bridge to an Atikamekw Nehirowisiw Post-Treaty World in Nitaskinan*, Canada, Thèse de doctorat, Département de géographie, Université McGill, Montréal, 2011.
- 19** John LOCKE, *The Second Treatise on Government and A Letter Concerning Toleration*, Mineola, Dover Publications, 2002, p. 13-14.
- 20** *Id.*, p. 15-19.
- 21** *Id.*, p. 21.
- 22** Voir notamment Barbara ARNEIL, *John Locke and America*, Oxford, Clarendon Press, 1996; Alan GREER, "Commons and Enclosure in the Colonization of North America", (2012) *American Historical Review* 365, 366-368; Craig YIRUSH, *Settlers, Liberty and Empire*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 129-132. Plusieurs apologistes anglais de la colonisation avaient déjà formulé une théorie semblable à celle de Locke : Christopher TOMLINS, *Freedom Bound*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 134-155.
- 23** M. MORIN, préc., note 7, p. 40-62 et 163-178; M. MORIN, préc., note 1; C. TOMLINS, préc., note 18, p. 117-121.
- 24** J. MAILHOT et S. VINCENT, préc., note 5, p. 72.
- 25** Shepard KRECK III, *The Ecological Indian Myth and History*, New York-Londres, W.W. Norton, 1999.
- 26** Voir Alain BEAULIEU, "'An equitable right to be compensated': The Dispossession of the Aboriginal Peoples of Quebec and the Emergence of a New Legal Rationale (1760-1860)", (2013) 94 (1) *C.H.R.* 1.