

L'affaire *Smith* et la cession de terres indiennes

La loi interdit aux Indiens du Canada de disposer privément d'un terrain situé dans une réserve.¹ La procédure à suivre, lorsqu'une bande indienne désire disposer d'une parcelle de terre, est de céder son titre à la Couronne.² Le gouvernement fédéral se charge alors de vendre ou louer le terrain au profit de la bande indienne qui a effectué la cession.³

Cette règle interdisant aux Indiens d'aliéner leurs terres remonte fort loin dans notre histoire. On en retrouve déjà les antécédents, bien avant la Confédération,⁴ dans la célèbre *Proclamation royale* de 1763⁵ qui suivit la conquête.

FONDEMENTS DE L'INALIÉNABILITÉ

La règle a des fondements à la fois pratiques et théoriques. Du côté pratique, elle tire manifestement son origine de la volonté du gouvernement impérial de faire cesser certaines pratiques abusives de la part de spéculateurs immobiliers, pratiques ayant pour effet de dépouiller la population autochtone d'importants territoires de chasse et de pêche et contribuant à maintenir un climat d'hostilité défavorable à la colonisation.⁶ La règle avait le mérite d'assurer au gouvernement un contrôle sur l'acquisition progressive par les colons des terres indiennes.

Les fondements théoriques de la règle commencèrent à prendre forme au siècle dernier.⁷ Fondamentalement, nous dit-on, l'inaliénabilité du titre indien⁸ ne découle pas d'une incapacité personnelle (comme,

¹Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, c. 1-6, art. 37.

²*Ibid.*, art. 38.

³*Ibid.*, art. 41.

⁴Voir l'article 6 de la première loi fédérale sur les Indiens, intitulée *Acte pourvoyant à l'organisation du Département du Secrétaire d'Etat du Canada, ainsi qu'à l'administration des Terres des Sauvages et de l'Ordonnance*, S.C. 1868, c. 42. Une disposition analogue figure dans chacune des lois successives qui précéderent la loi actuelle.

⁵S.R.C. 1970, App. II, No 1, p. 5.

⁶Voir par exemple les remarques du juge Strong dans *St. Catherine's Milling and Lumber Company v. La Reine* (1887), 13 R.C.S. 177, à la page 609. Voir aussi J. Stagg, *Anglo-Indian Relations in North America to 1763 and An Analysis of the Royal Proclamation of 7 October 1763*, Ottawa, Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, 1981, p. 356; D. Saunders, "Native Rights", dans *Report of Discussions: Legal Status of Indians in the Maritimes*, Toronto, Indian-Eskimo Assoc. of Canada, 1970, p. 21.

⁷*Fletcher v. Peck* (1810), 6 Cranch 87 (Cour suprême des E.-U.); *Johnson v. M'Intosh* (1823), 8 Wheat. 543, 592, 21 U.S. 240; *R. v. Symonds* (1847), 1840-1932 N.Z.P.C.C. 387; 391 (Cour suprême de la Nouvelle-Zélande); F.S. Cohen, "Original Indian Title" (1947), 32 *Minn. L. Rev.* 28.

⁸Nous employons dans cet écrit le terme "titre indien" dans un sens très général, sans vouloir pour autant préjuger de la nature "foncière" ou "personnelle" de ce droit. Le terme décrit tout droit collectif des Indiens à un territoire, qu'il soit inhérent (titre aborigène) ou ait été obtenu de la Couronne.

par exemple, l'incapacité d'un mineur) mais de la nature même de ce titre. Le titre indien n'est pas un droit de propriété de la nature d'un "fief" en *common law*; c'est tout au plus un droit d'occupation de type personnel, héréditaire mais non aliénable, tenu collectivement. Le titre indien grève le fief, qui appartient à la Couronne. Seule celle-ci est donc habilitée à investir un non-indigène d'un titre de pleine propriété, une fois le titre indien éteint.

Il n'est pas sûr que cette conception du titre indien résisterait aujourd'hui à un examen minutieux des prémisses historiques sur lesquelles elle repose.⁹ Quoiqu'il en soit, la règle elle-même demeure solidement implantée dans notre jurisprudence.¹⁰

LE PARTAGE CONSTITUTIONNEL

La règle oblige donc la Couronne à jouer un rôle d'intermédiaire dans le processus qui consiste à éteindre le titre indien lorsqu'une parcelle de terrain est détachée d'une réserve pour être vendue. Or ce processus fut conçu, on se rappellera, bien avant la Confédération.¹¹ Comme dans plusieurs autres domaines, le partage des compétences entre deux ordres de gouvernement souleva ici d'épineux problèmes juridiques.

Avant la Confédération, les affaires indiennes relevaient naturellement de la compétence générale de chaque colonie sur son territoire. Les vastes étendues de terres indiennes encore en existence au 18^e siècle avaient peu à peu été réduites, pour faire place à la colonisation, à des "réserves".¹² En 1967, l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*¹³ accordait au parlement canadien, par l'article 91:24, une compétence exclusive en matière des Indiens et des terres réservées pour les Indiens. Les provinces, par contre, conservaient, à part quelques exceptions,¹⁴ la propriété des terres et minéraux, ceux-ci restant cependant "toujours

⁹Voir B. Slattery, "Ancestral Lands, Alien Laws: Judicial Perspectives on Aboriginal Title", 1981, inédit, p. 1.40.

¹⁰*St. Catherine's Milling & Lumber Co. v. La Reine* (1888), 14 A.C. 46, 54; *Calder v. P.G. de la Colombie britannique* (1973), 34 D.L.R. (3d) 145 (Cour suprême du Canada); K. Lysyk, "The Indian Title Question in Canada: An Appraisal in the Light of *Calder*" (1973), 51 *Rev. du B. can.* 450, 471.

¹¹*Supra*, note 5.

¹²Les dates d'établissement des réserves au Nouveau-Brunswick sont incertaines: D.M. Hurley, *infra*, note 59, p. 21; *R. v. Smith*, *infra*, note 25, p. 353. La question est discutée dans W.S. MacNutt, *New Brunswick: A History: 1784-1867*, Toronto, 1963, p. 300-301.

¹³30 & 31 Vic., c. 3 (R.-U.). Une traduction française officielle figure à l'App. II, No 5 des S.R.C. 1970.

¹⁴Notamment les travaux et propriétés publics énumérés en annexe (art. 108) ou nécessaires à la défense (art. 117).

soumis aux charges dont ils sont grevés, ainsi qu'à tous intérêts autres que ceux que peut y avoir la province".¹⁵

A qui donc appartenait désormais les réserves indiennes? Cette question, qui ne tarda pas à ce poser,¹⁶ donna lieu à une subtile distinction entre l'intérêt de la Couronne et celui des gouvernements.

L'article 109, déclara le Conseil privé, donne aux provinces un titre bénéficiaire complet dans les terres de leur territoire,¹⁷ y compris, sous réserve du titre indien encore subsistant,¹⁸ dans les réserves indiennes. Le titre légal, par contre, demeure dévolu à la Couronne et transcende, ainsi, le partage des compétences:¹⁹

In construing these enactments, it must always be kept in view that, wherever public land with its incidents is described as "the property of" or "belonging to" the Dominion or a Province, these expressions merely import that the right to its beneficial use, or to its proceeds, has been appropriated to the Dominion or the Province, as the case may be, and is subject to the control of its legislature, the land itself being vested in the Crown.

Malgré cette distinction originale entre le titre bénéficiaire, dévolu à la province, et le titre légal, appartenant à la Couronne, le principe revêtit progressivement à peu près la forme suivante: La propriété des terres réservées aux Indiens est, sous réserve du titre indien, dévolue entièrement à la Couronne du chef de la province concernée. Quoique l'A.A.N.B. donne au gouvernement fédéral une compétence législative et administrative exclusive en la matière, elle ne lui accorde aucun droit de propriété dans les réserves indiennes. Une cession du titre indigène ne peut être fait qu'à la Couronne du chef du Canada, mais elle a pour effet de parfaire le titre déjà dévolu à la province. Par conséquent, bien que le gouvernement fédéral soit habilité à recevoir une cession du titre indien, il est incapable de faire par la suite une concession sans le concours de la province concernée.²⁰

Avant que cette nouvelle formulation du principe n'ait pris forme, le gouvernement fédéral avait déjà, au début de l'ère confédérative, reçu plusieurs cessions de terres indiennes et octroyé seul, par la suite, des concessions.²¹ C'est afin de remédier aux défauts pouvant avoir

¹⁵Art. 109. Comparer le texte original: "subject to any *Trusts* existing in respect thereof, and to any Interest other than that of the Province in the same".

¹⁶*St. Catherines Milling & Lumber Co. v. La Reine*, *supra*, note 10.

¹⁷*Ibid.*, p. 55.

¹⁸*Supra*, note 15.

¹⁹*Supra*, note 10, p. 56. Sur l'unicité de la Couronne, voir *Renvoi relatif aux ressources naturelles de la Saskatchewan*, [1931] 1 D.L.R. 865 (C.S.C.).

²⁰*Ontario Mining Co. v. Seybold*, [1903] A.C. 73, 79; *Canada v. Ontario*, [1910] A.C. 637, 645.

²¹K. Lysyk, "The Unique Constitutional Position of the Canadian Indian" (1967), 45 *R. du B. can.* 513, 517.

résultat de ces opérations et afin de simplifier la procédure pour les cessions futures²² que la plupart des provinces conclurent des ententes avec le gouvernement fédéral²³ par lesquelles le titre des réserves était transféré au gouvernement fédéral. On pensa généralement que ces ententes avaient, entre les parties signataires, réglé définitivement la question de la propriété des réserves.²⁴

L'AFFAIRE SMITH

L'affaire *Smith*²⁵ vient toutefois de rouvrir cette question. La bande indienne Red Bank, qui occupe une réserve dans la région de la Miramichi, au Nouveau-Brunswick, fit en 1895 une cession d'une parcelle de la réserve à la Couronne fédérale afin que le bien-fonds puisse être vendu à leur profit. La vente n'eut jamais lieu, et voilà que près d'un siècle plus tard, le gouvernement fédéral, à l'instance de la bande, entame une poursuite en recouvrement du bien-fonds contre l'occupant actuel, Smith, qui prétend avoir acquis un titre possessif supérieur en vertu de la doctrine de la prescription.²⁶ L'une des nombreuses questions en litige concerne le droit du gouvernement fédéral de soutenir cette action en justice. Or selon la règle que nous venons d'exposer, le titre des réserves appartient aux provinces, non au gouvernement fédéral. De quel droit, alors, le gouvernement fédéral peut-il en revendiquer la possession?

La réponse de la Cour d'appel diffère radicalement de la réponse donnée par le juge Dubé en première instance.²⁷ D'abord, avait affirmé le juge Dubé, le droit de possession, dans ce cas-ci, n'appartient pas à la province, mais aux Indiens de la bande Red Bank. La province n'acquiert un droit de possession que lorsque le titre indien est éteint; or ce titre subsiste toujours, malgré la cession de 1895 à la Couronne.²⁸ La bande est donc parfaitement fondée à demander au gouvernement

²²Voir, par exemple, le préambule du "Mémoire de la convention" annexé à la *Loi confirmant une convention entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la province du Nouveau-Brunswick à l'égard des réserves indiennes*, S.C. 1959, c. 47; L.N.-B. 1958, c. 4.

²³La liste des conventions figure dans K. Lysyk, *supra*, note 21, p. 517.

²⁴Voir, par exemple, G.V. LaForest, *Natural Resources and Public Property Under the Canadian Constitution*, Toronto University Press, 1969, p. 127.

²⁵*R. v. Smith (G.A.)*, [1981] 1 C.F. 346, 113 D.L.R. (3d) 522, 34 N.R. 91, [1980] 4 C.N.L.R. 29 (Cour d'appel). Le jugement fut rendu par le juge Le Dain, les juges Urie et Kelly y souscrivant. La cause est en instance devant la Cour suprême du Canada.

²⁶Smith acheta le terrain en 1952 d'un squatter installé là depuis 1904 ou 1905. Le terrain aurait auparavant été occupé, depuis 1838, par une autre famille de squatters.

²⁷*R. v. Smith*, [1978] 1 C.F. 653.

²⁸*Ibid.*, p. 656-660.

fédéral d'entamer une action en leur nom pour protéger leur titre.²⁹ De plus, ajoute-t-il, tout droit que la province aurait pu avoir dans cette réserve a été définitivement transmis au gouvernement fédéral par opération de la convention de 1958.³⁰

Les conclusions de la Cour d'appel, par contre, vont exactement en sens inverse. La bande Red Bank ne possède plus aucun droit possessif dans le bien-fonds, affirme-t-elle; le titre indien ayant été éteint par la cession de 1895, la province a alors acquis pleine propriété du bien-fonds.³¹ La Convention de 1958, par ailleurs, n'a pas eu pour effet de transmettre ce droit au gouvernement fédéral. Une lecture attentive du texte de cette Convention révèle, observe-t-elle, que la province n'a fait que céder au gouvernement fédéral tous ses droits dans certaines réserves. Or, le bien-fonds ne fait plus partie, à proprement parler, d'une "réserve", puisque le titre indien a été éteint.³² La Convention a aussi pour effet de valider les concessions antérieures faites au moyen de lettres patentes fédérales; mais le bien-fonds dont il est ici question n'a jamais fait l'objet d'une concession. Le résultat: la Convention de 1958 ne s'applique pas aux terres indiennes cédées à la Couronne mais non concédées.³³

L'EFFET JURIDIQUE DE LA CESSION

Deux interprétations ainsi s'affrontent quant à la portée de la Convention de 1958, et chacune d'elles, vue de plus près, dépend en grande partie de la conception que l'on se fait d'une cession à la Couronne. Est-ce la cession elle-même plutôt que la concession éventuelle à un acquéreur, qui éteint le titre indien? Si la réponse est affirmative, le terrain cédé ne fait plus partie de la réserve, et par conséquent la Convention ne s'y applique probablement pas.

La cession de 1895 dont il est question dans l'affaire *Smith* est assez représentative des cessions indiennes effectuées sous le régime de la *Loi sur les Indiens*. La cession est faite en fiducie à la Couronne, à la

²⁹Il est généralement pris pour acquis que la bande ne peut revendiquer elle-même en justice son droit de possession: *D'Ailleboust v. Bellefleur* (1918), 25 R.L.N.S. 50 (Cour supérieure du Québec); *Papwee-in v. Beaudry*, [1933] 1 W.W.R. 138 (Banc du Roi de la Sask.); *Point v. Dibblee Construction Co.* [1934] O.R. 142 (C.S.). Voir aussi *Wallace v. Fraser Companies* (1973), 8 N.B.R. (2d) 455, 464-465, où le juge Dickson du Banc de la Reine refusa de se prononcer catégoriquement sur la nature du titre indien en l'absence du gouvernement fédéral comme partie à l'instance (p. 461). Comparer *Joe v. Findlay* (1978), 87 D.L.R. (3d) 239 (Cour suprême de la Colombie britannique) et *Mathias v. Findlay*, [1978] 4. W.W.R. 653 (*id.*).

³⁰*Supra*, note 27, p. 660-661.

³¹*Supra*, note 25, p. 381-388.

³²En outre, la cour estime que l'appendice à la Convention, qui désigne les réserves visées par elle, ne s'étend pas au bien-fonds.

³³*Supra*, note 25, p. 392-395.

condition que le produit de la vente soit déposé au compte de la bande.³⁴ Dans d'autres cas, la cession est faite en fiducie toujours, mais dans le but de permettre au gouvernement fédéral de donner un bail plutôt qu'une concession.³⁵ Dans ces derniers cas, la bande conserve bien entendu un droit de retour dans le bien-fonds.

Nous savions déjà qu'une session faite en fiducie en prévision d'une location n'éteignait pas le titre indien,³⁶ et que par conséquent le bien-fonds continuait à faire partie de la réserve. L'arrêt *Peace Arch*³⁷ était même allé jusqu'à en conclure que les locataires d'un tel bien-fonds ne sont pas soumis aux lois provinciales en matière de sécurité publique. La même chose est-elle vraie, cependant, d'une cession faite en fiducie en prévision d'une vente?

L'arrêt *Smith* répond dans le négative. Il ne s'agit pas d'une cession conditionnelle, mais définitive, affirme la Cour d'appel fédérale. La différence essentielle entre ce cas-ci et celui d'une cession en vue d'une location serait l'existence, dans ce dernier cas, d'un droit de retour.³⁸ Par conséquent, à moins qu'elle n'ait été consentie à des fins locatives, la cession à la Couronne éteint immédiatement le titre indien en faveur de la province concernée, conclut la cour.³⁹

La Cour d'appel fédérale a-t-elle raison de refuser à une cession en vue d'une vente le caractère conditionnel que l'on reconnaît à une cession à fins locatives? Dans les deux cas, la cession est faite "en fiducie", et "à la condition" que les profits soient versés à la bande. Il ne s'agit pas là, comme le signalait déjà l'arrêt *Peace Arch*, d'une cession ordinaire:⁴⁰

In my view the "surrender" under the *Indian Act* is not a surrender as a conveyancer would understand it. The Indians are in effect forbidden from leasing or conveying the lands within an Indian reserve, and this function

³⁴L'acte de cession de 1895 est cité dans l'arrêt *Smith*, *supra*, note 25, p. 362.

³⁵Voir, par exemple, l'acte de cession cité dans l'arrêt *Peace Arch*, *infra*, note 37, p. 381-382.

³⁶*St. Ann's Island Shooting and Fishing Club v. Le Roi*, [1950] R.C.S. 211.

³⁷*Corporation of Surrey v. Peace Arch Enterprises* (1970), 74 W.W.R. 380 (Cour d'appel de la Colombie britannique).

³⁸*Supra*, note 25, p. 384.

³⁹La Cour, à la page 385, renvoie aux arrêts *St. Catherine's Milling* (*supra*, note 10) et *Star Chrome* (*P.G. du Québec v. P.G. du Canada*, [1921] A.C. 401) à l'appui de cette proposition. Mais, comme le note bien la cour, la cession dans *St. Catherine's Milling* fut faite dans le cadre d'un traité, et l'acte de cession visé par l'arrêt *Star Chrome* ne contient aucune mention expresse d'une fiducie. Par ailleurs, la cour invoque le jugement de la Cour supérieure de l'Ontario dans l'arrêt *Ontario Mining v. Seybold* (1899), 31 O.R. 386, 395-396, qui interpréta une cession faite en fiducie à la Couronne comme définitive. En appel, le Conseil privé déclara, *obiter*, qu'il ne s'opposait pas à l'opinion exprimée par la Cour supérieure à ce sujet.

⁴⁰*Supra*, note 37, p. 385.

must be performed by an official of the Government if it is to be performed at all: See sec. 58(3) of the *Indian Act*. This is obviously for the protection of the Indians. Further, it is to be noted that the surrender is in favour of Her Majesty "in trust". This obviously means in trust for the Indians. The title which Her Majesty gets under this arrangement is an empty one.

LA RESPONSABILITÉ FÉDÉRALE

La position de la Cour d'appel fédérale entraîne d'étranges conséquences. Toute bande indienne, nous l'avons vu, est empêchée de vendre une parcelle de réserve. La loi l'oblige de céder son droit d'occupation à la Couronne, qui, elle, se charge de l'opération. Ce faisant, nous dit l'arrêt *Smith*, la bande perd sur-le-champ tout droit sur le bien-fonds. L'extinction de son titre libère le titre de la province, et la bande ne conserve plus qu'un intérêt financier.⁴¹ On serait tenté d'en conclure, alors, qu'advenant l'occupation des terres par un squatter, il appartient à la province, et non au gouvernement fédéral, d'en revendiquer la possession.

Pas du tout, nous dit l'arrêt *Smith*. Bien que le titre indigène soit éteint et que ces terres ne fassent plus partie d'une "réserve", "elles demeurent, jusqu'à leur aliénation finale, des terres réservées aux Indiens au sens de l'article 91(24) de l'A.A.N.B., et en tant que telles, continuent de relever de la compétence législative fédérale".⁴² Et la cour de tirer la conclusion suivante:⁴³

Le droit de la Couronne du chef du Canada de revendiquer la possession (...) de terres cédées au sens de la *Loi sur les Indiens* existe, à titre d'accessoire du pouvoir de contrôle et d'administration attribué au gouvernement fédéral relativement à ces terres, pour la protection des intérêts des Indiens dans ces terres. Tant que la terre relève des compétences législative et administrative du fédéral, c'est la Couronne du chef du Canada qui doit veiller à la protection de ces intérêts, qu'il s'agisse du droit d'occupation ou de la possession même, ou des "deniers des Indiens" (voir l'article 62 de la Loi) qui doivent être acceptés en contrepartie d'une cession.

Comment un bien-fonds dans lequel la bande aurait perdu tout droit possessif ou autre, peut-il continuer à faire partie des "terres réservées aux Indiens"? On peut comprendre la thèse que le droit d'action en recouvrement de la possession soit rattaché de manière accessoire à l'application de l'article 91:24 de l'A.A.N.B. Mais encore faut-il que l'objet de cette revendication, c'est-à-dire le bien-fonds

⁴¹*Supra*, note 25, p. 385.

⁴²*Supra*, note 25, p. 395. Le juge LeDain dit être d'accord, sur ce point, avec l'arrêt *Peace Arch*. Nous n'avons trouvé, cependant, aucun passage dans cet arrêt justifiant l'affirmation du juge LeDain. Certes, l'arrêt *Peace Arch* (*supra*, note 37, p. 386) considère que le bien-fonds dont il est question dans cette cause fait encore partie des "terres réservées pour les Indiens", mais il s'agit, en l'espèce, de terres cédées à la Couronne aux fins de location seulement.

⁴³*Supra*, note 25, p. 405.

lui-même, tombe dans la classe des biens-fonds énoncée à l'article 91:24.⁴⁴ Il n'appartient pas au gouvernement fédéral d'étendre unilatéralement la portée de cet article.⁴⁵

S'il est vrai, comme le pense la Cour d'appel fédérale, que la bande indienne n'a plus, après une cession, qu'un intérêt financier,⁴⁶ ne serait-il pas plus logique de fonder un éventuel droit d'action du gouvernement fédéral sur sa compétence législative en matière des "Indiens",⁴⁷ plutôt qu'en matière des "terres réservées pour les Indiens"?⁴⁸

Toutes ces acrobaties tendant à justifier l'intérêt fédéral dans une action en recouvrement d'une parcelle de réserve cédée à la Couronne ne sont rendues nécessaires qu'à cause de l'interprétation particulière que la cour a choisi de donner à l'acte de cession. Du moment que l'on considère cette cession comme constituant un simple pouvoir de vente, le titre indien subsiste jusqu'à la conclusion de la vente, où il s'éteint.⁴⁹ Aucun droit provincial ne vient interrompre la succession des titres. Les deux interprétations nous paraissent plausibles.

Quelle que soit l'interprétation que l'on donne à un acte de cession à la Couronne, on voit bien que la doctrine fait défaut. Soucieux de préserver l'intégrité territoriale des provinces, sans vouloir du même coup diminuer la responsabilité du fédéral envers la population autochtone, le Conseil privé a engagé la jurisprudence canadienne dans une voie incertaine. Près d'un siècle plus tard, nous ne savons toujours pas ce qu'est le titre indien, d'où il provient et quand il s'éteint; nous en connaissons en effet peu de choses sauf son inaliénabilité.

⁴⁴Dans d'autres passages (p. 396-398), la Cour paraît prête, dans la ligne des arrêts *Mowat v. Casgrain* (1897), 6 B.R. 12 (Cour d'appel du Québec) et *R. v. Lady McMaster* (*infra*, note 57), à fonder le droit d'action du fédéral sur la responsabilité que lui confère l'art. 91:24 en matière des "terres réservées pour les Indiens", sans égard au statut juridique du bien-fonds.

⁴⁵Voir W.B. Henderson, *infra*, note 48, p. 6-7.

⁴⁶*Supra*, note 41.

⁴⁷*Supra*, note 13, art. 91:24.

⁴⁸Ces deux matières, bien qu'unies dans une même clause, constituent deux chefs distincts de compétence: *Four B Manufacturing v. Les Travailleurs unis du vêtement d'Amérique*, [1980] 1 R.C.S. 1031, 30 N.R. 421, 429. Voir à ce sujet W.B. Henderson, *Canada's Indian Reserves: Legislative Powers*, Ottawa, Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, 1981, p. 24-33; K. Lysyk, *supra*, note 21, p. 514.

⁴⁹L'arrêt *P.G. du Canada v. Giroux* (1916), 53 R.C.S. 172 a statué dans ce sens. Mais selon l'arrêt *Smith* (*supra*, note 25, p. 388), cet arrêt aurait été décidé à partir d'une fausse conception du titre indien. La cour invoque l'arrêt *Ontario Mining Co. v. Seybold* (*supra*, note 20) à cet effet. Voir, *contra*, l'argument développé par W.B. Henderson, "Canada's Indian Reserves: The Usufruct in Our Constitution" (1980), 12 *Ont. L. Rev.* 167, 184-185, selon lequel l'arrêt *Giroux* pourrait encore s'appliquer au Nouveau-Brunswick.

D'AUTRES INTERROGATIONS

Un autre point de l'arrêt *Smith* mérite d'être signalé en rapport avec la règle interdisant l'aliénation des terres indiennes. C'est en 1844 seulement que le Nouveau-Brunswick légiféra pour la première fois en matière de réserves indiennes.⁵⁰ Or l'objet de cette législation, comme l'indique clairement son préambule, n'était pas de préserver l'intégrité des terres indiennes:

Whereas the extensive Tracts of valuable Land reserved for the Indians in various parts of this Province tend greatly to retard the settlement of the Country, while large portions of them are not, in their present neglected state, productive of any benefit to the people, for whose use they were reserved: And whereas it is desirable that these Lands would be put upon such a footing as to render them not only beneficial to the Indians but conducive to the settlement of the Country; . . .

Le dispositif de la loi accorde ensuite l'autorité nécessaire au cabinet de faire l'inventaire des réserves existantes,⁵¹ de vendre ou louer, aux enchères, des parcelles de réserve⁵² au profit des Indiens,⁵³ et de nommer des commissaires chargés de l'administration des réserves et de la protection des intérêts des Indiens.⁵⁴ La loi ne paraît pas interdire, sauf possiblement par inférence, l'aliénation des terres indiennes par des moyens autres que ceux prévus dans la loi.⁵⁵

La cour est amenée, dans l'affaire *Smith*, à examiner la possibilité qu'une extinction de la parcelle de réserve en litige soit survenue autrement que par la cession de 1895. Il est clair qu'aucune extinction du titre indien n'était possible après 1868 sauf par cession à la Couronne⁵⁶ et il est raisonnable de supposer que le processus prévu dans la loi de 1844 ne permettait désormais aucune autre forme d'extinction que par décret en conseil. Mais qu'en est-il de la période antérieure?

⁵⁰An Act to regulate the management and disposal of the Indian Reserves in this Province, L.N.-B. 1844, c. 47. Cette loi, devenue plus tard le c. 85 de la refonte de 1854 sous le titre "Of Indian Reserves," demeura en vigueur jusqu'à la Confédération: *supra*, note 4, art. 32.

⁵¹*Ibid.*, art. premier.

⁵²*Ibid.*, art. 2.

⁵³*Ibid.*, art. 8.

⁵⁴*Ibid.*, art. 3.

⁵⁵De l'avis du juge en chef Allen dans *Doe d. Burk v. Cormier* (1890), 30 N.B.R. 142, 149, la loi de 1844 reconnaît le fait que le titre des terres réservées aux Indiens dans cette province a toujours appartenu à la province, et non aux Indiens. Cet effet rétroactif n'est pas évident à la lecture de cette loi. L'arrêt *Calder* (*supra*, note 10) remet sérieusement en question l'effet juridique d'une législation de ce genre sur le titre indien. Voir à ce sujet K. Lysyk, *supra*, note 10, p. 476-477.

⁵⁶Voir *supra*, note 4.

Dès 1763, déclare la Cour d'appel fédérale, les terres indiennes étaient devenues inaliénables en vertu de la *Proclamation royale*.⁵⁷ Cette affirmation se trouve ainsi à rouvrir une vieille controverse: le territoire correspondant au Nouveau-Brunswick actuel⁵⁸ est-il inclus dans le champ d'application de la *Proclamation royale*? La cour apporte, certes, à l'appui de sa thèse, des arguments convaincants,⁵⁹ mais plusieurs écrits soutiennent vigoureusement le contraire.⁶⁰

Vu le caractère controversé de l'application territoriale de la *Proclamation royale*, pourquoi donc la cour n'a-t-elle pas également évoqué la théorie, fermement établie, de l'inaliénabilité fondamentale du titre indien?⁶¹

L'arrêt *Smith* aborde de nombreuses autres questions juridiques, notamment en rapport avec la définition du terme "réserve" au sens de la *Loi sur les Indiens*⁶² et l'application des lois provinciales d'ordre général, telle que la *Loi sur la prescription*⁶³ au Nouveau-Brunswick, à une question mettant en cause un territoire indien.⁶⁴ Il fallait du courage,

⁵⁷Voir *supra*, note 5. L'effet juridique de la *Proclamation* en matière d'inaliénabilité fut confirmé par les arrêts *R. v. Lady McMaster*, [1926] R.C.S. 68 (Cour de l'Échiquier du Canada) et *Easterbrook v. Le Roi*, [1931] R.C.S. 210.

⁵⁸C'est en 1784 seulement que la moitié nord du territoire de la Nouvelle-Ecosse en fut détachée pour former la province du Nouveau-Brunswick.

⁵⁹*Supra*, note 25, p. 378-379. La Cour d'appel fédérale rejoint ainsi les arrêts *Warman v. Francis* (1958), 43 M.P.R. 197, 205 et 211 (Banc de la Reine du N.-B.) et *R. v. Isaac* (1976), 13 N.S.R. (2d) 460, 9 A.P.R. 460 (Cour d'appel de la N.-E.). Voir, dans la même veine, B. Slattery, *The Land Rights of Indigenous Canadian Peoples, as Affected by the Crown's Acquisition of their Territories*, Oxford, thèse de doctorat, 1979, p. 293; G.P. Gould et A.J. Semple (dir.), *Our Land: The Maritimes*, Fredericton, Saint Annes Point Press, 1980, p. 133-137; D.M. Hurley, *Report on Indian Land Rights in the Atlantic Provinces*, Ottawa, Musée national, 1962, p. 16-17; K.M. Narvey, "The Royal Proclamation of 7 October 1763, the Common Law, and Native Rights to Land within the Territory Granted to the Hudson's Bay Company" (1974), 38 *Sask.L.R.* 123; J.A. O'Reilly, "Wither the Indian", Document de travail de l'assemblée annuelle de 1969 de l'Association du Barreau canadien, p. 35; P.A. Cumming et N.H. Mickenberg, *infra*, note 61, p. 105.

⁶⁰Voir *Doe dem. Burk v. Cormier* (1890), 30 N.B.R. 142, 148 (Cour suprême du N.-B.); *R. v. Sylboj* (1928), 50 C.C.C. 389 (Cour de comté de la N.-E.); *R. v. Smith* (Division de première instance), *supra*, note 27, p. 656; *R. v. Jacques* (1978), 20 N.B.R. (2d) 576, 34 A.P.R. 576, [1978] 4 C.N.L.B. 61 (C. prov.); G.V. LaForest, *supra*, note 24, p. 111; J. Stagg, *supra*, note 6, p. 385-389.

⁶¹*Supra*, note 10. Cette règle interdisant l'aliénation s'applique à toute forme de titre indien, qu'il provienne de la Couronne (dans le cas d'une réserve créée par le gouvernement) ou qu'il tire ses origines de source ancestrale (droit aborigène). Dans *Warman v. Francis* (1958), 43 M.P.R. 197, 201, le juge Anglin du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick a déclaré qu'il n'y avait pas de droits aborigènes dans cette province, mais sa décision semble être fondée sur une fausse interprétation de l'arrêt *Johnson v. McIntosh* (*supra*, note 7): P.A. Cumming et N.H. Mickenberg, *Native Rights in Canada*, 2e édition, Toronto, Indian-Eskimo Association of Canada, 1972, p. 101. Sur le sujet des droits aborigènes aux Maritimes: G.P. Gould et A.J. Semple, *supra*, note 59, p. 111-155.

⁶²*Supra*, notes 1 et 25, p. 389 - 391. La cour conclut que ce terme, au sens strict de la Loi, ne s'étend pas à des terres cédées à la Couronne pour vente éventuelle.

⁶³L.R.N.-B. 1973, c. L-8.

⁶⁴*Supra*, note 25, p. 399-407. En refusant d'appliquer la loi provinciale de la prescription, la cour rejoint l'opinion du juge en chef McKeown dans *Fahey v. Roberts*, Banc du Roi du N.-B., 1er décembre 1916 (à paraître dans le vol. IV de B. Slattery, *Canadian Native Law Cases*, Toronto).

considérant l'état de confusion qui règne dans ces domaines, pour attaquer de front chacune de ces questions. Malheureusement, la complexité des faits dans la cause⁶⁵ rend particulièrement difficile la lecture de cet arrêt appelé sans aucun doute à faire jurisprudence.

GÉRARD SNOW*

⁶⁵Non seulement la Cour d'appel infirme-t-elle chacune des conclusions de droit du juge de première instance, mais elle rejette en outre ses conclusions de fait.

*B.A., L.Ph. (Strasbourg), LL.B. (U.N.B.), candidat à la maîtrise en droit (Osgoode), Directeur du Centre de traduction et de terminologie juridiques, Ecole de Droit, Université de Moncton.