

La coexistence de l'obligation de fiduciaire de la Couronne et du droit à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones

Alain Lafontaine

Volume 36, Number 3, 1995

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043349ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/043349ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Article abstract

The importance of aboriginal self-government in the political and legal arena is continuously growing. At the same time, the fiduciary duty of the Crown is argued more and more by aboriginal peoples as a way to obtain relief. This article looks into the relationship between these two legal concepts. The author deals with the apparent contradiction between the right of aboriginal people to govern themselves and the duty of the Crown which—as a fiduciary—must ensure their well-being and protect their interests. Based on the main sources of aboriginal law, namely the *Royal Proclamation of 1763* and the doctrine of aboriginal rights, the author demonstrates from an historical and legal perspective how the two legal concepts are in fact complementary and not in opposition to one another.

Cite this article

Lafontaine, A. (1995). La coexistence de l'obligation de fiduciaire de la Couronne et du droit à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones. *Les Cahiers de droit*, 36(3), 669–744. <https://doi.org/10.7202/043349ar>

La coexistence de l'obligation de fiduciaire de la Couronne et du droit à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones*

Alain LAFONTAINE**

Le droit à l'autonomie gouvernementale autochtone occupe une place sans cesse croissante dans les milieux politique et juridique. Parallèlement, le devoir de fiduciaire de la Couronne est de plus en plus invoqué par les autochtones pour obtenir réparation. Le présent article consiste en une étude des liens qui existent entre les deux concepts juridiques. L'auteur traite de l'incompatibilité apparente entre le droit des peuples autochtones de s'autogouverner et l'obligation qu'a la Couronne, à titre de fiduciaire, d'assumer la responsabilité de leur bien-être et la protection de leurs intérêts. À partir des principales sources de droit autochtone, notamment la Proclamation royale de 1763 et la doctrine des droits ancestraux, l'auteur expose d'un point de vue historique et juridique comment les deux institutions, loin de s'opposer, sont en fait des compléments.

The importance of aboriginal self-government in the political and legal arena is continuously growing. At the same time, the fiduciary duty of the Crown is argued more and more by aboriginal peoples as a way to obtain relief. This articles looks into the relationship between these two legal concepts. The author deals with the apparent contradiction between the right of aboriginal people to govern themselves and the duty of the Crown which—as a fiduciary—must ensure their well-being and protect their

* Les opinions exprimées dans le présent article sont propres à l'auteur et ne représentent pas nécessairement celles du ministère de la Justice. L'auteur tient à remercier M^c Richard Boivin pour ses précieux conseils au cours de la préparation de cet article.

** LL.M. ; avocat, ministère de la Justice, Ottawa.

interests. Based on the main sources of aboriginal law, namely the Royal Proclamation of 1763 and the doctrine of aboriginal rights, the author demonstrates from an historical and legal perspective how the two legal concepts are in fact complementary and not in opposition to one another.

	<i>Pages</i>
1. L'obligation de fiduciaire	679
1.1 Les sources de l'obligation	679
1.1.1 La <i>Proclamation royale de 1763</i>	680
1.1.2 La doctrine des droits ancestraux.....	686
1.1.2.1 Contenu	686
1.1.2.2 Applicabilité.....	689
1.2 L'évolution de l'obligation.....	692
1.2.1 La jurisprudence antérieure à la <i>Loi constitutionnelle de 1982</i>	692
1.2.2 L'effet de la <i>Loi constitutionnelle de 1982</i>	697
1.2.2.1 La sanction judiciaire : l'affaire <i>Guerin</i>	697
1.2.2.2 La dimension constitutionnelle : l'affaire <i>Sparrow</i>	705
2. Le droit à l'autonomie	708
2.1 L'évolution du droit à l'autonomie.....	709
2.1.1 La réticence de la jurisprudence	710
2.1.2 L'effet de la <i>Loi constitutionnelle de 1982</i>	719
2.2 L'acquiescement par le droit colonial	727
2.2.1 La <i>Proclamation royale de 1763</i>	727
2.2.1.1 Contenu	727
2.2.1.2 Complémentarité.....	733
2.2.2 La doctrine des droits ancestraux.....	736
2.2.2.1 Contenu	736
2.2.2.2 Complémentarité.....	739
Conclusion	744

De prime abord, l'obligation de fiduciaire de la Couronne¹ et l'autonomie gouvernementale des autochtones sont deux institutions juridiques

1. Le terme « Couronne » est employé ici dans son sens large. Bien que ce soit surtout la Couronne fédérale qui soit en cause en matière d'obligation de fiduciaire et d'autonomie gouvernementale, l'opinion majoritairement acceptée au sein de la doctrine veut que la

incompatibles dont la coexistence est impossible. La réflexion première est la suivante : comment les autochtones peuvent-ils revendiquer simultanément l'autonomie gouvernementale, donc le droit de se prendre en charge et d'être responsables d'eux-mêmes, tout en continuant d'exiger de la Couronne qu'elle conserve son rôle de fiduciaire à leur égard et donc, qu'à ce titre, elle demeure responsable de leur bien-être et de la protection de leurs intérêts ? On ne peut pas prendre les décisions de façon indépendante et exiger simultanément que quelqu'un d'autre en soit responsable. C'est la façon succincte d'exposer le paradoxe.

Contrairement à ce que l'on serait porté à croire, le conflit entre l'obligation de fiduciaire et l'autonomie gouvernementale n'est pas du tout récent et n'a rien de contemporain de l'effervescence que l'on connaît présentement en droit autochtone. Le premier litige ayant soulevé la contradiction a pour cause d'action une série de transactions qui ont été faites dans les

Couronne provinciale ait elle aussi une obligation de fiduciaire, dans la mesure où ses actes ou sa législation en tant que législation provinciale (par opposition à la législation fédérale par renvoi) touchent les droits des autochtones. La question n'est cependant pas encore réglée de façon définitive. Voir : R. BOVIN, « À qui appartient l'obligation de fiduciaire à l'égard des autochtones », (1994) 35 *C. de D.* 1 ; L.I. ROTMAN, « Provincial Fiduciary Obligations to First Nations: The Nexus Between Governmental Power and Responsibility », (1994) 32 *Osgoode Hall L.J.* 735. On trouve un passage intéressant à ce sujet dans les motifs du juge Dickson dans l'affaire *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85, 108, où il dit : « From the aboriginal perspective, any federal-provincial divisions that the Crown has imposed on itself are internal to itself and do not alter the basic structure of Sovereign-Indian relations » ; pour une opinion contraire, voir les motifs du juge La Forest (p. 144) ; le juge en chef McEachern discute des responsabilités du fédéral et de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Delgamuukw c. British Columbia*, [1991] 3 W.W.R. 97 (B.C.S.C.), 442-445. Voir aussi : *Delgamuukw c. British Columbia*, [1993] 5 W.W.R. 97 (B.C.C.A.) (ci-après cité : « *Delgamuukw* ») (demande d'autorisation d'appel en Cour suprême du Canada accordée le 10 mars 1994) ; voir aussi : A. PRATT, « Federalism in the Era of Aboriginal Self-Government », dans D.C. HAWKES (dir.), *Aboriginal Peoples and Government Responsibility: Exploring Federal and Provincial Roles*, Ottawa, Carleton University Press, 1989, p. 19 et suiv. ; et B. MORSE, « Government Obligations, Aboriginal Peoples and Section 91(24) of the *Constitution Act, 1867* », dans D.C. HAWKES (dir.), *op. cit.*, p. 59 et suiv. De façon générale, voir : W.I.C. BINNIE, « The Sparrow Doctrine: Beginning of the End or End of the Beginning », (1990) 15 *Queen's L.J.* 217, 228-229 ; R.H. BARTLETT, « You Can't Trust the Crown: The Fiduciary Obligation of the Crown to the Indians: *Guerin v. The Queen* », (1984) 49 *Sask. L. Rev.* 367, 374 ; S. GRAMMOND, « La protection constitutionnelle des droits ancestraux des peuples autochtones et l'arrêt *Sparrow* », (1991) 36 *McGill L.J.* 1382, 1397 ; A. PRATT, « Aboriginal Self-Government and the Crown's Fiduciary Duty: Squaring the Circle or Completing the Circle », (1992) 2 *N.J.C.L.* 163 ; M.J. BRYANT, « Crown-Aboriginal Relationship in Canada: The Phantom Fiduciary Law », (1993) *U.B.C. L. Rev.* 19 ; K. McNEIL, « Envisaging Constitutional Space for Aboriginal Governments », (1993) 19 *Queen's L.J.* 95.

années 1640. Il s'agit de l'affaire *Mohegan Indians v. Connecticut*² dont la décision finale, à la suite d'un appel au Conseil privé, n'a été rendue qu'en 1773.

Par l'intermédiaire de certaines transactions, les Indiens avaient concédé une partie de leurs terres à la colonie du Connecticut. Plus tard, ils ont prétendu que ces transactions étaient échues et que la colonie n'avait plus de droits sur les terres en question, mais qu'elle pouvait cependant détenir les terres pour eux, à titre de *trustee*. Cependant, la colonie avait subséquemment concédé les mêmes terres à des tiers et elle prétendait que la concession initiale faite par les Indiens constituait une cession pure et simple. Le litige a donné lieu à un long et complexe processus judiciaire³.

-
2. Cette affaire ne se retrouve pas dans les recueils de jurisprudence usuels. Elle fut ressuscitée en quelque sorte par J.H. SMITH, *Appeals to the Privy Council from the American Plantations*, New York, Columbia University Press, 1950, p. 422 ; pour une discussion de cette décision, voir aussi : B. CLARK, *Native Liberty, Crown Sovereignty—The Existing Aboriginal Right of Self-Government in Canada*, Montréal, McGill/Queen's University Press, 1990, pp. 28 et 40.
 3. Les Indiens se sont d'abord tournés vers le gouverneur de la colonie pour obtenir un redressement de leur grief, mais en vain. Ils se sont donc adressés à la reine en conseil qui renvoya le tout au procureur général. Ce dernier recommanda la création d'un tribunal spécial pour disposer du litige. Une commission fut donc créée, sous le grand sceau, le 19 juillet 1704. On y prévoyait un droit d'appel à la reine en conseil. La première décision fut rendue par les commissaires, en faveur des Mohegans, le 24 août 1705. L'audition eut lieu en l'absence des représentants de la colonie qui refusa de reconnaître la juridiction de la Commission. La juridiction de celle-ci fut confirmée en appel, le 10 juin 1706, par le Conseil privé, au motif que les Mohegans constituaient une nation quasi souveraine comme en faisaient foi les nombreux traités conclus avec eux. Quant au fond du litige, le Conseil privé recommanda la création d'une commission de révision. Une telle commission fut créée, mais, en raison de fortes pressions de la part des représentants de la colonie, elle ne reçut jamais le grand sceau, sanction nécessaire de son pouvoir. Ce n'est qu'en 1735, à la suite des représentations par les Mohegans au Board of Trade, que celui-ci recommanda la mise sur pied d'une nouvelle commission de révision. Elle fut créée sous le grand sceau en 1737. De sérieuses anomalies se sont alors glissées dans le processus décisionnel. En effet, il appert que le premier jugement rendu en 1705 en faveur des Mohegans n'a pas été considéré et que les Indiens n'ont pas eu l'occasion d'être entendus. Le jugement de 1705 fut renversé. Lorsqu'il fut informé de ces anomalies, le Board of Trade, considérant le processus comme très irrégulier, infirma les procédures de 1737-1738. Une nouvelle commission de révision fut créée en 1741 et reçut le grand sceau en janvier 1743. Par une décision rendue en août 1743, une majorité des commissaires conclut que les Indiens étaient souverains et que, par conséquent, la Commission avait juridiction pour entendre la cause. Quant à la question de fond, une majorité des commissaires a conclu, à l'instar de la seconde commission, d'infirmier la décision de 1705 favorable aux Indiens. Un appel fut déposé auprès du Conseil privé en 1746. L'audition ne s'est terminée qu'en 1771, et la décision finale fut rendue en 1773. Les Mohegans ont perdu sur le fond du litige, c'est-à-dire l'aspect territorial, mais la

Ce qui importe ici, c'est surtout l'argument invoqué par la colonie du Connecticut depuis le tout début du litige et réitéré en ces termes par son procureur lors de la dernière audition devant le Conseil privé en 1770-1771 :

[...] the Mohegans were neither free, Independent, nor numerous [...] That the Colony did not consider them as Independent further appears by their Laws relating to them [...] which subject them to Punishment for Immoralities, and crimes, and enact various regulations with respect to them [...] the Idea of the Mohegans being a separate or a sovereign state would, in America, where the State and condition of the Indians is known to everybody might expose Majesty and Sovereignty to Ridicule, might be of dangerous Consequences, and not to be suffered in a Court of Justice etc. When the English Treated with them it was not with Independent States (for they had no such thing as a Civil Polity, nor hardly any one Circumstance essential to the existence of a state) but as with savages, whom they were to quiet and manage as well as they could, sometimes by flattery, but oftener by force [...].

[...] This notion of their being free States is perfectly ridiculous and absurd. Without Polity, Laws etc. there can be no such thing as a State. *It is also Inconsistent with their own Ideas that they were always under [...] Guardianship*⁴.

Comme on le constate, déjà à cette époque, on énonçait que les Indiens ne pouvaient être considérés comme constituant une entité politique indépendante et prétendre du même coup que la colonie devait agir à titre de gardien de leurs intérêts⁵.

Cette confrontation s'est perpétuée jusqu'à nos jours. Plus récemment, on pouvait lire dans une étude commandée par le gouvernement fédéral que « les responsabilités actuelles du gouvernement fédéral comme fiduciaire limitent inévitablement l'autonomie des bandes indiennes⁶ ». On relève

question de juridiction par l'entremise de laquelle on concluait à leur statut de nation quasi souveraine fut confirmée. Pour un exposé historique plus détaillé de ces procédures, voir J.H. SMITH, *op. cit.*, note 2, pp. 422-442 ; et B. Clark, *op. cit.*, note 2, pp. 40-45.

4. Voir J.H. SMITH, *op. cit.*, note 2, p. 434, note 109 ; l'italique est de nous.

5. Voir B. CLARK, *op. cit.*, note 2, p. 45. Clark fait remarquer que cette décision qui précède la révolution américaine constitue un précédent valable en droit canadien en ce qu'elle déclare un principe de droit constitutionnel colonial liant les colonies. Elle fut largement ignorée par les tribunaux américains parce qu'elle précède la révolution américaine. Cela n'empêche en rien sa réception en droit canadien, et si les tribunaux canadiens n'ont jamais endossé cette décision, c'est fort probablement parce qu'elle n'était pas plaidée par les procureurs et non parce qu'elle n'a aucune valeur de précédent.

6. AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADA, *Examen du secteur, Terres, Revenus et Fiducie, Rapport définitif de l'étape II—Les Premières Nations et le droit*, Ottawa, 19 juillet 1990, chap. I ; il faut remarquer que ce document précède la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075 (ci-après citée : « *Sparrow* »). Il ne traite que de l'obligation de fiduciaire du gouvernement fédéral étant donné que le but de l'étude était précisément de délimiter les responsabilités législatives du gouvernement fédéral quant aux bandes indiennes.

même des instances où le gouvernement fédéral a refusé de poser des gestes qui auraient été bénéfiques pour certaines bandes indiennes et qui avaient d'ailleurs reçu l'assentiment des dirigeants de la bande, au motif que les actes en question étaient incompatibles avec son rôle de fiduciaire⁷. Par ailleurs, certains affirment que la dévolution d'une autorité législative aux autochtones éliminerait l'obligation de fiduciaire de la Couronne⁸. La jurisprudence canadienne contient elle aussi des énoncés de ce genre. Dans une récente affaire mettant en cause des droits issus de traités, la Cour d'appel de l'Ontario énonça dans un jugement unanime :

Nous sommes d'accord avec l'intimée [la Couronne] que le rôle fiduciaire de la Couronne est incompatible avec le statut autonome d'alliées libres revendiqué par les tribus amérindiennes⁹.

En fait, ce devoir de la Couronne qui, en soi, a pour but la protection des intérêts autochtones est souvent invoqué par la Couronne pour justifier sa rétention du contrôle à l'égard des biens et des activités autochtones. Cela a bien sûr pour conséquence, sinon d'empêcher, à tout le moins de retarder l'accès à l'autonomie gouvernementale¹⁰.

La confrontation entre les deux institutions a atteint son apogée récemment avec, d'une part, la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Sparrow*¹¹ et, d'autre part, la place prépondérante qu'a prise le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale des autochtones sur le plan constitutionnel.

En effet, la Cour suprême donna un tout nouvel essor à l'obligation de fiduciaire de la Couronne lorsqu'elle fut appelée à décider pour la première fois de la portée et de l'interprétation de l'article 35 (1) de la *Loi constitution-*

7. NATIONAL INDIAN BROTHERHOOD et D. SANDERS, *The Friendly Care and Directing Hand of the Government; A Study of Government Trusteeship of Indians in Canada*, Ottawa, 1977, p. 24.

8. D.C. NAHWEGAHBOW *et al.*, *The First Nations and the Crown: A Study of Trust Relationships — Prepared in Fulfillment of a Research Contract for the Special Committee of the House of Commons on Indian Self-Government*, Ottawa, avril 1983, p. 254.

9. R. c. Vincent, (1993) 12 O.R. (3d) 397, 411 (C.A. Ont.). L'appelante revendiquait une exemption de droits douaniers en vertu du traité de Jay, conclu entre la Couronne britannique et les États-Unis en 1794, et l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le traité en question prévoyait une exemption pour « the Indians passing or repassing with their own proper Goods and Effects ». La Cour a jugé que les caisses de cigarettes, objet du litige, ne répondaient pas à cette description. Cela dit, la Cour affirme que son jugement aurait pu s'arrêter là. Cependant, le tribunal choisit de traiter des questions discutées par le juge de première instance. L'affirmation citée plus haut est par conséquent nettement un *obiter*.

10. W.R. McMURTRY et A. PRATT, « Indians and the Fiduciary Concept, Self-Government and the Constitution : Guerin in Perspective », [1986] 3 *C.N.L.R.*, 19, 40.

11. *Sparrow*, précité, note 6.

nelle de 1982¹² dans l'affaire *Sparrow*. La Cour devait alors décider de la constitutionnalité d'un règlement fédéral sur les pêcheries prescrivant la longueur maximale permise des filets de pêche utilisés par l'appelant, en l'occurrence membre de la bande indienne Musqueam. L'appelant prétendait que cette limite constituait une atteinte à son droit ancestral de pêcher au sens de l'article 35 (1) et, donc, que la disposition était inopérante au sens de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Dans son jugement, la Cour écrit au sujet de l'article 35 :

Nous estimons pourtant que l'expression « reconnaissance et confirmation » comporte les rapports de fiduciaire déjà mentionnés et implique ainsi une certaine restriction à l'exercice du pouvoir souverain¹³.

et un peu plus loin :

Les rapports spéciaux de fiduciaire et la responsabilité du gouvernement envers les autochtones doivent être le premier facteur à examiner en déterminant si la mesure législative ou l'action en cause est justifiable¹⁴.

Ainsi, le concept de la relation de fiduciaire entre la Couronne et les autochtones, déjà bien ancré en droit canadien depuis l'affaire *Guerin*¹⁵, prenait une toute nouvelle dimension. Le respect de l'obligation de fiduciaire fait désormais partie d'un test visant à protéger les droits constitutionnels des autochtones. Il s'agit là d'une condition minimale à remplir avant de pouvoir porter atteinte aux droits fondamentaux autochtones reconnus à l'article 35, dont notamment les droits ancestraux.

La confrontation entre l'obligation de fiduciaire de la Couronne et l'autonomie gouvernementale des autochtones est d'autant plus omniprésente que le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale constitue vraisemblablement un « droit ancestral existant » au sens de l'article 35¹⁶.

Soulignons, à l'appui de cette affirmation, l'extrait suivant du commentaire formulé en février 1992 par la Commission royale sur les peuples autochtones. Se reportant à l'affaire *Sparrow*, la Commission énonçait :

12. *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11). L'article 35 (1) se lit comme suit : « Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés. »

13. *Sparrow*, précité, note 6, 1109 (jj. Dickson et La Forest).

14. *Id.*, 1114 (jj. Dickson et La Forest).

15. *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335 (ci-après cité : « *Guerin* »). Le concept de l'obligation de fiduciaire n'avait cependant pas de statut constitutionnel dans cette cause, contrairement à ce que l'on constate dans l'affaire *Sparrow*, précitée, note 6. Pour les causes antérieures à l'affaire *Guerin* qui font état du rôle de fiduciaire de la Couronne, voir le texte correspondant aux notes 77 et suivantes.

16. À ce sujet, voir le texte correspondant à la note 193.

Aussi, bien que la Cour suprême n'ait pas encore déclaré explicitement que le droit des autochtones à leur autonomie gouvernementale est déjà consacré par l'article 35 de la constitution, il existe de bonnes raisons de penser que c'est la décision qu'elle rendrait¹⁷.

Toutefois, pour plus de certitude, les autochtones revendiquent une modification constitutionnelle énonçant de façon claire qu'ils ont ce droit inhérent¹⁸ à l'autonomie gouvernementale. Ils ont réussi à faire insérer ce droit dans l'entente constitutionnelle de Charlottetown qui fut toutefois refusée par la population¹⁹.

Il faut remarquer que ce n'était là en fait que le couronnement d'efforts soutenus qui s'inscrivent dans le cadre de l'évolution de l'idée d'une autonomie gouvernementale autochtone, laquelle n'a cessé de progresser au cours des dix dernières années. On pense notamment au rapport Penner²⁰, aux conférences constitutionnelles de 1983, 1984, 1985 et 1987, au projet de loi C-52²¹, à la législation portant sur la bande Sechelt²², de même qu'aux ententes conclues avec les diverses entités autochtones tel le Conseil des Indiens du Yukon²³ et les Dene-Métis²⁴.

Ces récents événements témoignent bien du fait que tant l'obligation de fiduciaire que l'autonomie gouvernementale sont des concepts juridiques de première importance en droit autochtone au Canada. Ils ont cependant très souvent été perçus comme des régimes antinomiques.

-
17. COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *Le droit à l'autonomie gouvernementale des Autochtones et la Constitution: commentaire*, Ottawa, 1992, pp. 17 et 26-27. Voir aussi: COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *Partenaires au sein de la Confédération: les peuples autochtones, l'autonomie gouvernementale et la Constitution*, Ottawa, 1993, p. 31.
 18. On parle de droit « inhérent », c'est-à-dire qui a toujours existé par opposition à un droit qui serait octroyé ou accordé. Pour une discussion de la distinction, voir le commentaire de la COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *op cit.*, note 17, p. 19; et K. McNEIL, *loc. cit.*, note 1.
 19. *Rapport du consensus sur la Constitution*, Charlottetown, 28 août 1992. Voir aussi: A. BISSONNETTE, « Le droit à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones: un phénix qui renaîtra de ses cendres », (1993) 24 *R.G.D.* 5.
 20. CHAMBRE DES COMMUNES CANADA, *L'autonomie politique des Indiens au Canada — Rapport du comité spécial*, Ottawa, 1983 (ci-après cité: « rapport Penner »).
 21. *Loi relative à l'autonomie gouvernementale des nations indiennes*, Projet de loi C-52, 2^e session, 32^e législature (Can.). Ce projet de loi est mort au feuilletton.
 22. *Sechelt Indian Government District Enabling Act*, S.B.C. 1987, c. 16; *Loi relative à l'autonomie gouvernementale de la bande indienne sechelte*, S.C. 1986, c. 7.
 23. CANADA, *Accord-cadre définitif entre le Gouvernement du Canada, le Conseil des Indiens du Yukon et le Gouvernement du Yukon*, Ottawa, 29 mai 1993.
 24. CANADA, *Entente sur la revendication territoriale globale des Dene et Métis du Sahtu*, Ottawa, 6 septembre 1993.

Le but du présent article est de démontrer que les deux institutions non seulement *peuvent* mais *doivent* coexister. Plus précisément, notre réflexion vise à étaler les liens et les relations qui existent entre les deux. Toutefois, pour les besoins de la cause et pour circonscrire davantage les paramètres de notre discussion, certaines précisions de vocabulaire s'imposent.

Il convient d'abord de remarquer que nous employons l'expression « obligation ou devoir de fiduciaire » dans son sens générique plutôt que dans un quelconque sens technique²⁵. Aussi considérons-nous que tous les termes et expressions tels que *ward*, *guardian*, *trustee and beneficiary*, *wardship and guardianship* ou *fiduciary* que l'on retrouve en jurisprudence et en doctrine constituent tous un type de relations de fiduciaire-bénéficiaire qui implique une obligation de protection et de bienveillance de la part du fiduciaire en faveur du bénéficiaire à un degré variable selon les circonstances. Nous ne ferons pas de distinction technique entre les diverses relations de fiduciaire-bénéficiaire. Cette conception de l'obligation de fiduciaire est conforme à la doctrine²⁶ et à la jurisprudence canadiennes²⁷. Nous considérons que le rôle de la Couronne, qu'elle soit appelée gardien, *trustee* ou fiduciaire, est un rôle de fiduciaire envers les autochtones. L'évolution dans le vocabulaire employé pour décrire la relation particulière entre la Couronne et les peuples autochtones reflète aussi les changements d'attitude à l'égard de ceux-ci. Le contraste est frappant lorsqu'on compare

25. C'est aussi l'approche retenue en droit américain, voir : *Seminole Nation v. U.S.*, 316 U.S. 286, 295 (1941). Il s'agit de la première affaire où la Cour suprême des États-Unis qualifiait la relation spéciale entre les États-Unis et les Indiens de relation de « fiduciaire » plutôt que de *guardian-ward* ou *trustee-beneficiary*; *Navajo Tribe of Indians v. U.S.*, 364 F.2d 320, 322 (U.S. Ct of Claim 1966); *Manchester Band of Pomo Indians Inc. v. U.S.*, 363 F. Supp. 1238, 1246 (N.D. Cal. 1973).

26. J.R.M. GAUTREAU, « Demystifying the Fiduciary Mystique », (1989) *R. du B. can.* 1, 2; l'auteur fait d'ailleurs remarquer à la note 2 que « fiduciaire » est le mot latin pour *trust* et qu'il vient du mot *fiducia*.

27. Le juge Dickson écrivait dans l'arrêt *Guerin*, précité, note 15, 384 : « On dit parfois que la nature des rapports fiduciaires est établie et définie complètement par les catégories habituelles de mandataire, de fiduciaire, d'associé, d'administrateur, etc. Je ne partage pas cet avis. L'obligation de fiduciaire découle de la nature du rapport et non pas de la catégorie spécifique dont relève l'acteur. Comme en matière de négligence, il faut se garder de conclure que les catégories de fiduciaires sont exhaustives. » Dans *M.(K.) c. M.(H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6, le juge La Forest écrivait (p. 65) : « Dans *Lac Minerals*, j'ai fait ressortir, ce qui se dégage également de l'arrêt *Frame c. Smith*, que l'obligation fiduciaire dans un cas donné ne découle pas, pour l'essentiel, d'une liste immuable de devoirs rattachés à une catégorie de rapports. En d'autres termes, le devoir n'est pas déterminé par analogie avec des types « établis » d'obligation fiduciaire. La nature de l'obligation varie plutôt en fonction du contexte factuel des rapports dans lesquels elle naît. »

l'expression ancienne *guardian and ward* à la version moderne : « fiduciaire et bénéficiaire ».

Quant à l'autonomie gouvernementale, nous la définissons comme le pouvoir des autorités autochtones de faire et d'administrer des lois afin de préserver leur mode de vie et leur quiddité autochtone. Aussi, nous emploierons indistinctement les expressions « titre indien », « titre autochtone » ou « titre aborigène » pour désigner les droits territoriaux des communautés autochtones. Également, à moins d'une mention à l'effet contraire, le terme « indien » doit s'entendre dans son sens large d'« autochtone » plutôt que dans le sens technique que lui attribue la *Loi sur les Indiens*²⁸.

Dans le but de délimiter davantage le sujet de notre étude, plusieurs questions connexes sont laissées en plan sinon touchées très sommairement. L'autonomie gouvernementale et l'obligation de fiduciaire en matière de droits issus de traités en sont un exemple²⁹. Les considérations de droit international dans le domaine ne seront pas non plus abordées³⁰. De même, les questions relatives aux remèdes et aux recours possibles en cas de manquement à l'obligation de fiduciaire³¹ ne seront pas étudiées d'une façon directe, mais elles seront nécessairement traitées de façon incidente à l'occasion de l'analyse d'arrêts. Nous nous limiterons, quant au droit étranger,

28. *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), c. I-5. Toute distinction à cet égard serait inutile, plus particulièrement dans le contexte de l'étude de la Proclamation royale où il est clair que les rédacteurs de la Proclamation, les lords of Trade, entendaient par le mot *Indian* tous les premiers occupants d'Amérique, c'est-à-dire les indigènes par opposition aux Européens. Il en va de même de la doctrine des droits ancestraux qui ne fait aucune distinction. À ce sujet, voir : B. CLARK, *op. cit.*, note 2, p. 83.

29. Pour un aperçu général du droit relatif aux traités autochtones, voir entre autres : *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387 (ci-après cité : « *Simon* ») ; *R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901 (ci-après cité : « *Horseman* ») ; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.S.C. 1025 (ci-après cité : « *Sioui* ») ; *Bande d'Eastmain c. Canada*, [1993] 1 C.F. 501 (C.A.) (ci-après cité : « *Eastmain* ») (demande d'autorisation d'appel en Cour suprême rejetée le 14 octobre 1993) ; et *Howard c. La Reine*, [1994] 2 R.C.S. 299.

30. Sur cet aspect, voir : C. BERNIER, « La négociation de l'autonomie politique des Autochtones du Québec et le droit international », (1984) 1 *R.Q.D.I.* 359 ; J.H. CLINEBELL et J. THOMPSON, « Sovereignty and Self-Determination : The Rights of Native Americans under International Law », (1978) 27 *Buffalo L. Rev.* 669 ; L.C. GREEN, « Aboriginal People, International Law, and the Canadian Charter of Rights and Freedoms », (1983) 61 *R. du B. can.* 341.

31. À cet égard, voir : J.R.M. GAUTREAU, *loc. cit.*, note 26, 20.

à la doctrine et à la jurisprudence américaines³². Notre recours au droit australien et néo-zélandais ne sera que très limité³³.

C'est donc sur cette toile de fond que nous espérons démontrer, d'une part, que l'obligation de fiduciaire et l'autonomie gouvernementale sont deux concepts qui existent toujours en droit canadien et, d'autre part, qu'ils ont les mêmes sources juridiques et qu'ils sont en fait des compléments.

1. L'obligation de fiduciaire

L'expression « obligation de fiduciaire » et la description du rôle de la Couronne à l'égard des autochtones comme celui d'un fiduciaire sont relativement récentes en droit canadien, mais le concept que véhicule l'expression est très ancien. Ce concept en vertu duquel la Couronne agit à titre de protecteur des intérêts autochtones a existé depuis le tout début des relations entre les autorités européennes et les premiers occupants. Les soi-disant découvreurs se sont vite rendus à l'évidence que le respect des autochtones, de leurs territoires et de leurs droits était impératif à toute forme de colonisation et nécessaire à l'établissement de relations commerciales durables. L'histoire démontre bien que ce n'est pas par altruisme mais plutôt par nécessité que cette idée de protection des intérêts autochtones est née.

Cet élément de protection, qui prit initialement la forme d'une politique britannique, est graduellement devenu une obligation juridique que l'on qualifie maintenant de fiduciaire et qui a depuis accédé à un statut constitutionnel.

1.1 Les sources de l'obligation

Les grands principes que l'on connaît de nos jours en droit autochtone tirent presque tous leur origine de la *Proclamation royale de 1763*, de l'interprétation qu'en ont faite les tribunaux ou encore de la doctrine des droits ancestraux telle qu'elle a été synthétisée par le juge en chef Marshall

32. Sur la valeur des précédents américains en droit canadien, voir le texte correspondant aux notes 66 et suivantes.

33. Pour une discussion du droit relatif au devoir de fiduciaire en Australie et en Nouvelle-Zélande, voir : D.C. NAHWEGAHAW et al., *op. cit.*, note 8, p. 218 ; voir aussi : la récente décision *Mabo c. Queensland*, [1992] 107 A.L.R. 1 (A.H.Ct.) ; R.H. BARTLETT, « Post-Mabo : The Hard Road to Settlement in Australia », [1993] 4 C.N.L.R. 1 ; R.H. BARTLETT, « The Landmark Case on Aboriginal Title in Australia : *Mabo v. Queensland* », (1992) 3 C.N.L.R. 4.

de la Cour suprême des États-Unis dans les années 1800. Le devoir de fiduciaire de la Couronne n'y fait pas exception.

1.1.1 La Proclamation royale de 1763

La *Proclamation royale de 1763*³⁴ n'est pas la première manifestation de la prise en charge par la Couronne de son rôle de protecteur à l'endroit des peuples autochtones. On en retrouve des exemples notamment dans les traités conclus antérieurement. C'est le cas dans le traité³⁵ intervenu avec les

34. *Proclamation royale de 1763*, L.R.C. (1985), App. II, n° 1 (ci-après citée : « Proclamation royale »). Nous nous référons, tout au long de notre étude, au texte anglais de la Proclamation qui, étant donné ses auteurs, constitue sans doute la version originale. Cela nous semble impératif dans le but d'éviter toute confusion étant donné les divergences importantes entre le texte anglais et la traduction française. Qu'il suffise de comparer les deux versions du préambule de la partie IV de la Proclamation pour s'en convaincre (l'italique est de nous) :

And whereas it is just and reasonable, and essential to our Interest and the Security of our Colonies, that the several Nations or Tribes of Indians, with whom We are connected, and who live under our Protection, should not be molested or disturbed in the Possession of such Parts of Our Dominions and Territories as, not having been ceded to or purchased by Us, are reserved to them, or any of them, as their Hunting Grounds.

Attendu qu'il est juste, raisonnable et essentiel pour Notre intérêt et la sécurité de Nos colonies de prendre des mesures pour assurer aux nations ou tribus sauvages qui sont en relations avec Nous et qui sont sous Notre protection, la possession entière et paisible des parties de Nos possessions et territoires qui ont été ni concédées ni achetées et *ont été réservées* pour ces tribus ou quelques-unes d'entre elles comme territoires de chasse.

En s'appuyant sur la version française, le Procureur général du Québec soutient que la Proclamation elle-même ne reconnaît pas de territoires réservés aux Indiens (c'est le cas dans *Côté c. La Reine*, [1993] R.J.Q. 1350 (C.A.) (demande d'autorisation d'appel en Cour suprême accordée le 3 mars 1994) (ci-après cité : « *Côté* »)). Selon cette position, pour que le titre indien existe sur un territoire et que ce territoire soit protégé, il faut qu'il ait été préalablement réservé de façon expresse par la Couronne britannique *dans un document distinct*. La version anglaise ne permet évidemment pas cette interprétation que nous croyons erronée. Pour des commentaires, voir : R. BOIVIN, « Pour en finir avec la Proclamation royale : la décision *Côté* », (1994) 25 *R.G.D.* 131. De façon générale, sur la question du Régime français, voir : R. BOIVIN, « Le droit des autochtones sur le territoire québécois et les effets du régime français », (1995) 55 *R. du B.* 135.

35. Le texte du traité est reproduit intégralement dans l'affaire *Simon*, précitée, note 29, 392-395 ; l'italique est de nous. On le retrouve aussi dans P.A. CUMMING et N.H. MICKENBERG, *Native Rights in Canada*, 2^e éd., Toronto, The Indian-Eskimo Association of Canada, 1972, pp. 307-309.

Micmacs en 1752 où la Couronne confirme son devoir de protection à l'article 2 :

That all Transactions during the late War shall on both sides be buried in Oblivion with the Hatchet, and that the said Indians shall have all favour, Friendship & Protection shewn them from this His Majesty's Government.

Nous avons cependant choisi de traiter de la Proclamation royale à titre de source primordiale de l'obligation de fiduciaire de la Couronne parce qu'elle reprend tous les éléments importants de la politique britannique de l'époque, d'ailleurs à l'origine des traités conclus antérieurement, mais aussi parce qu'elle rendait obligatoires, uniformes, formels et publics les principes de la politique britannique devant régir les relations avec les autochtones. De surcroît, on accorde à la Proclamation un caractère constitutionnel³⁶ en plus de sa mention expresse à l'article 25 de la *Charte canadienne des droits et libertés*³⁷.

On s'entend généralement pour dire que la Proclamation royale ne crée pas de droits en faveur des autochtones, mais qu'elle a plutôt pour effet de reconnaître des droits préexistants³⁸. Elle a l'avantage de faire état de façon concise, bien que cela soit parfois fragmentaire, des droits inhérents des peuples autochtones et témoigne de la reconnaissance de ces droits par la Couronne britannique à cette époque précise³⁹.

36. Voir *infra*, note 51.

37. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* (précitée, note 12). Le paragraphe 25a) de la Charte se lit comme suit : « Le fait que la présente charte garantit certains droits et libertés ne porte pas atteinte aux droits et libertés — ancestraux, issus de traités ou autres — des peuples autochtones du Canada, notamment : a) aux droits ou libertés reconnus par la proclamation royale du 7 octobre 1763 ».

38. Voir : *Guerin*, précité, note 15, 378-379 ; J. HURLEY, « The Crown's Fiduciary Duty and Indian Title : *Guerin v. The Queen* », (1985) 30 *McGill L.J.*, 559, 568-569 ; sur ce point et sur la Proclamation royale en général, voir aussi : 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. Rev.* 123 ; B. SLATTERY, « The Land Rights of Indigenous Canadian People, as Affected by the Crown's Acquisition of their Territories », thèse de doctorat en droit, Oxford, University of Oxford, 1979 ; J. STAGG, *Anglo-Indian Relations in North America to 1763 an Analysis of the Royal Proclamation of 7 October 1763*, Ottawa, Ministère des Affaires indiennes et du Nord Canada, 1981.

39. C'est une époque particulièrement importante si l'on considère la période à laquelle il faut se reporter, selon la jurisprudence, pour établir l'existence ou non de droits ancestraux. Dans *Baker Lake c. Ministre des Affaires Indiennes*, [1980] 1 C.F. 518 (1^{re} inst.), 557-558, la Cour fédérale, division de première instance, énonçait ainsi les éléments à prouver pour établir un titre aborigène que reconnaîtrait la common law. Les autochtones doivent établir ce qui suit (l'italique est de nous) : « 1. Eux et leurs ancêtres doivent avoir

Il serait difficile cependant d'affirmer que l'obligation de fiduciaire est un droit inhérent des peuples autochtones. Ce qui permet de désigner un droit ancestral comme inhérent, c'est qu'il tient sa source de l'occupation historique du territoire et du statut initial de souverain dont bénéficiaient les peuples autochtones avant le contact avec les Européens. Or, le devoir de fiduciaire, de par sa nature même, ne peut avoir été créé qu'après le contact avec les entités colonisatrices. Il doit donc, pour exister, être préalablement assumé par la Couronne. C'est ce qui a été fait initialement par l'intermédiaire de la politique britannique relative aux premières nations, laquelle était appliquée notamment au moment de la conclusion de traités et, par la suite, par la Proclamation royale.

On identifie généralement l'obligation de fiduciaire à la protection offerte par la Couronne britannique aux nations autochtones alliées. Aussi, bien avant la Proclamation royale, la protection des nations alliées faisait partie intégrante de la politique britannique. Déjà en 1670, les instructions données sous le règne de Charles II à l'intention des gouverneurs des colonies nord-américaines prévoyaient la protection des intérêts des premiers occupants en ces termes :

For as much as most of our colonies do border upon the Indians, and peace is not to be expected without the due observance and preservation of justice to them, you are in our name to command all Governors [...] *to carefully protect and defend them from adversaries [...] More specifically take care that none of our subjects, nor any of their servants do in any way harm them [...]* And if any shall dare to offer any violence to them their person, goods, or possessions, the said Governors do severally punish the said injuries⁴⁰.

La politique britannique est demeurée la même jusqu'à la Proclamation royale. Le 5 mai 1763, à peine cinq mois avant la Proclamation royale, le

été membres d'une société organisée. 2. Cette société organisée doit avoir occupé le territoire précis sur lequel ils prétendent exercer ce titre aborigène. 3. Cette occupation doit avoir été à l'exclusion de toute autre société organisée. 4. *L'occupation était un fait établi à l'époque où l'Angleterre imposa sa Souveraineté* ». La jurisprudence n'est pas arrêtée à cet égard. On se questionne à savoir si l'on doit se reporter au moment où la Couronne a assumé en théorie sa souveraineté sur le territoire après la Conquête des Français et la signature du traité de Paris en 1763 ou au moment où cette souveraineté a été exercée dans les faits ou encore au moment des premiers contacts entre des ressortissants britanniques avec les peuples autochtones ; voir les discussions à ce sujet dans : *Delgamuukw*, précité, note 1, 368-373 et 381-390 ; *A-G. Ont. Ontario c. Bear Island Foundation*, (1985) 49 O.R. (2d) 353 (H.C.J.), confirmé par (1989) 68 O.R. (2d) 394 (C.A.) ; confirmé pour d'autres motifs par [1991] 2 R.C.S. 570 (ci-après cité : « *Bear Island* »), la Cour d'appel et la Cour suprême n'ont pas traité de cette question.

40. *Journals of the Legislative Assembly of the Province of Canada*, App. E.E.E., art. 1 (20 mars 1844-45) ; l'italique est de nous. Voir aussi : D.M. JOHNSTON, « A Theory of Crown Trust Towards Aboriginal Peoples », (1986) *R.D. Ottawa* 307, 309.

secrétaire d'État, lord Egremont, écrivait aux lords of Trade pour leur faire part des intentions du souverain quant aux relations à entretenir avec les peuples autochtones :

Tho' [...] it may become necessary to erect some Forts in the Indian Country, with their Consent yet his Majesty's Justice and Moderation inclines Him to adopt the more eligible Method of conciliating the Minds of the Indians by the Mildness of his Government, *by protecting their Persons and Property and securing to them all the Possessions, Rights and Privileges they have hitherto enjoyed*, and are entitled to, most cautiously guarding against any Invasion or Occupation of their Hunting Lands, the Possession of which is to be acquired by fair Purchase only⁴¹.

C'est donc dans cette optique que les lords of Trade ont entrepris de rédiger la Proclamation royale. Celle-ci rendait officielle la politique britannique en ce qu'elle devait être diffusée de façon que tous, et surtout les collectivités autochtones, en soient informés. Cette publicité était devenue nécessaire pour apaiser les populations autochtones alors mécontentes des empiétements sur leurs territoires et des atteintes répétées à leurs droits⁴². Outre qu'elle confirmait ces droits, la Proclamation royale clarifiait les droits des sujets britanniques sur le territoire et à l'égard de celui-ci, et elle leur imposait certaines restrictions⁴³.

Ainsi, la Proclamation royale rendait impérative la politique antérieure en lui accordant force de loi à l'égard des autorités coloniales. Conformément aux intentions du souverain, telles qu'elles ont été transmises aux lords of Trade par lord Egremont, la Proclamation royale contient des dispositions destinées à la protection des intérêts autochtones. On y trouve d'abord dans le préambule de la partie IV, relative aux Indiens, la reconnaissance par la Couronne de son devoir de protection des nations indiennes alliées :

And whereas it is just and reasonable and essential to our Interest and the Security of our Colonies, that the several Nations or Tribes of Indians, with whom We are connected and *who live under our Protection*, should not be molested or disturbed in the Possession of such Parts of Our Dominions and Territories⁴⁴.

Cette protection se manifeste notamment par l'interposition de la Couronne dans le processus de cession des terres indiennes. Dans le but de prévenir les « abus et les fraudes » contre les Indiens, la Proclamation royale

41. A. SHORTT et A.G. DOUGHTY, *Documents Relating to the Constitutional History of Canada 1759-1791, Part I*, Ottawa, Imprimeur du Roi, 1918, p. 128 ; l'italique est de nous. On notera que non seulement les biens mais aussi les droits et privilèges des occupants devaient être protégés.

42. Voir le texte correspondant à la note 230.

43. Voir le texte correspondant aux notes 45 et 46.

44. Proclamation royale, précitée, note 34, p. 4 ; l'italique est de nous.

interdit l'achat de leurs terres par des particuliers, et le droit de s'approprier les terres indiennes est exclusivement attribué à la Couronne qui devait à cet égard agir par l'entremise du gouverneur ou du commandant en chef de la colonie où les terres en question étaient situées.

Toute cession de territoire doit donc se faire par l'entremise de la Couronne, à l'occasion d'une assemblée publique et avec le consentement des Indiens. Ce processus s'imposait pour garder la paix dans les colonies. Le passage pertinent de la Proclamation royale est le suivant :

And whereas great Frauds and Abuses have been committed in purchasing Lands of the Indians, to the great Prejudice of our Interests, and to the great Dissatisfaction of the said Indians ; in order, therefore, to prevent such Irregularities for the future, and to the end that the Indians may be convinced of our Justice and determined Resolution to remove all reasonable Cause of Discontent, We do, with the Advice of our Privy Council strictly enjoin and require, that no private Person do presume to make any purchase from the said Indians of any Lands reserved to the said Indians, within those parts of our Colonies where, We have thought proper to allow Settlement ; but that, if at any Time any of the Said Indians should be inclined to dispose of the said Lands, the same shall be Purchased only for Us, in our Name, at some public Meeting or Assembly of the said Indians, to be held for that Purpose by the Governor or Commander in Chief of our Colony respectively within which they shall lie⁴⁵.

En plus de ce mécanisme de cession, la Proclamation royale accomplit le devoir de protection assumé par la Couronne en ordonnant le départ de tous ceux qui se trouvent en territoire non cédé :

And, We do further strictly enjoin and require all Persons whatever who have either wilfully or inadvertently seated themselves upon any Lands within the Countries above described, or upon any other Lands which, not having been ceded to or purchased by Us, are still reserved to the said Indians as aforesaid, forthwith to remove themselves from such Settlements⁴⁶.

Les lords of Trade ont veillé à donner suite aux prescriptions de la Proclamation royale qu'ils ont eux-mêmes rédigées. La Couronne assumait ainsi son rôle de fiduciaire dans ses relations avec les nations autochtones. Cela est apparent à la lecture des instructions transmises aux gouverneurs des diverses colonies à des époques contemporaines de la Proclamation

45. *Id.*, p. 6. Il faut remarquer que la Proclamation royale fait une distinction entre les terres situées à l'intérieur des colonies et celles qui sont situées à l'ouest des colonies. La Couronne était surtout préoccupée par la situation à l'intérieur des colonies et par la nécessité d'assurer la sécurité de celles-ci. Ainsi, le mécanisme de cession n'était prévu que pour les terres non cédées situées à l'intérieur des colonies. À cette époque, la Couronne britannique n'avait que peu d'intérêt pour les terres situées à l'ouest des colonies. De fait, elle ne revendiquait aucune forme de souveraineté à l'égard des peuples autochtones vivant à l'extérieur des colonies.

46. *Id.*, p. 5.

royale mais postérieures à celle-ci. Les articles 60, 61 et 62 des instructions adressées au gouverneur Murray de la colonie de Québec, le 7 décembre 1763, sont représentatifs⁴⁷ :

60. And whereas Our Province of (Quebec, East Florida, West Florida), is in part inhabited and possessed by several nations and tribes of INDIANS, with whom it is both necessary and expedient to cultivate and maintain a strict friendship and good correspondence, so that they may be induced by degrees not only to be good neighbours to our subjects but likewise themselves to become good subjects to us ; You are therefore, as soon as you conveniently can AFTER YOUR ARRIVAL to appoint a proper person or persons to assemble and treat with the said INDIANS, promising and assuring them of protection and friendship on our part and delivering them such presents as shall be sent to you for that purpose [...].

61. And you are to inform yourself with the greatest exactness of the number, nature, and disposition of the several bodies and tribes of INDIANS, of the manner of their lives, and the rules and constitutions by which they are governed and regulated ; and you are UPON no account to molest or disturb them in the possession of such parts of the said province as they at present occupy and possess, BUT to use of the best means you can for conciliating their affections and uniting them to our government, reporting to us, by our Commissioners for Trade and Plantations whatever information you can collect with respect to these people and the whole of your proceedings with them.

[...]

62. Whereas we have by our proclamation dated the seventh day of October in the third year of our reign, strictly forbid, on plain of our displeasure, all our subjects from making any purchases or settlements whatever or taking possession of any of the lands reserved to the several nations of Indians with whom we are connected and who live under our protection, without our especial leave for that purpose first obtained ; it is our express will and pleasure that you take the most effectual care that our royal directions herein be punctually complied with and that the trade with such of our Indians as depend upon your government be carried on in the manner and under the regulations prescribed in our said proclamation⁴⁸.

En conformité avec la Proclamation royale, et avec les instructions données à leur intention, les autorités coloniales ont posé des actions concrètes dans la protection des droits et des biens des nations indiennes. C'est ainsi qu'on rapporte que des colons qui ont passé outre aux dispositions de la Proclamation royale et qui se sont établis sur des territoires non cédés de la colonie de Québec ont été expulsés par les autorités coloniales. Cette

47. En fait, le texte des instructions transmises aux gouverneurs Tonyn de la Floride de l'Est (1773), Elliot (1761) et Chester (1770) de la Floride de l'Ouest et à Carleton du Québec (1768) est identique, voir : L.W. LABARGE, *Royal Instructions to British Colonial Governors, 1670-1776*, t. II, New York, Octagon Books 1935, nos 688-690, pp. 478-480.

48. *Ibid.* ; l'italique est de nous.

décision, fondée sur le non-respect de la Proclamation royale, fut par la suite ratifiée par un décret impérial⁴⁹. De même, une pétition présentée au comité du Conseil de Québec en 1766 pour l'obtention d'une concession de 20 000 acres de terres est refusée au motif que les terres en question « were or were claimed to be the property of the Indians, and as such by His Majesty's express command as set forth in his *Proclamation of 1763*, not within their power to grant⁵⁰ ».

C'est au moyen de cette protection des intérêts autochtones que la Couronne assumait son rôle de fiduciaire. La consignation de ce rôle dans la Proclamation royale fait donc de celle-ci une source juridique de l'obligation de fiduciaire⁵¹.

1.1.2 La doctrine des droits ancestraux

1.1.2.1 Contenu

La doctrine des droits ancestraux, connue sous le vocable *doctrine of aboriginal rights*, constitue ce que certains ont appelé un véritable code⁵² des principes régissant les relations entre les nations européennes et les nations autochtones.

Elle est constituée essentiellement des principes qui ont été regroupés par la Cour suprême des États-Unis, plus particulièrement par le juge en chef Marshall, dans trois décisions rendues au début du XIX^e siècle. Il s'agit des

49. Pour les détails de ces événements, voir : B. SLATTERY, *op. cit.*, note 38, pp. 223-224.

50. Voir les propos du juge Gwynne dans *St. Catherines Milling and Lumber Co. c. The Queen*, (1883, 1885-7) 13 R.C.S. 577, 652 (ci-après cité : « *St. Catherines Milling* »).

51. Sur l'applicabilité géographique de la Proclamation royale, voir : B. SLATTERY, *op. cit.*, note 38 ; J. STAGG, *op. cit.*, note 38 ; et K.M. NARVEY, *loc. cit.*, note 38. Sur la force et le statut juridique de la Proclamation royale de 1763, voir : *St. Catherines Milling*, 14 App. Cas. 46 (C.P.) ; *R. c. McMaster*, [1926] Ex. C.R. 68, 72 ; *Easterbrook c. La Reine*, [1931] R.C.S. 210, 214-218 ; *Calder c. P.G. Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313, 395, où le juge Hall décrivait la Proclamation royale comme suit : « Sa force de loi est analogue au statut de la Magna Carta, qui a toujours été considérée comme étant la loi à travers l'Empire. Elle était une loi qui s'appliquait chaque fois que l'Angleterre prenait en main la souveraineté sur les terres ou territoires nouvellement découverts ou acquis. » Dans *R. c. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [1982] 2 All E.R. 118, 124, lord Denning écrivait : « To my mind the royal proclamation of 1763 was equivalent to an entrenched provision in the constitution of the colonies in North America. It was binding on the Crown « so long as the sun rises and the river flows ». »

52. B. CLARK, *op. cit.*, note 2, p. 13.

affaires *Johnson v. McIntosh*⁵³, *The Cherokee Nation v. State of Georgia*⁵⁴ et *Worcester v. State of Georgia*⁵⁵.

Ces décisions sont bien connues en droit des autochtones canadien, surtout en ce qui a trait aux droits territoriaux respectifs des « découvreurs » et des premiers occupants. Cette partie de la doctrine des droits ancestraux⁵⁶ édictant les règles relatives au territoire et que l'on désigne communément comme *the doctrine of aboriginal title* ou encore la « doctrine du titre indien » a été souvent reprise en jurisprudence canadienne. En effet, nos tribunaux n'ont pas hésité à s'en remettre aux décisions américaines, à tout le moins en matière de droits territoriaux, en raison du fait qu'elles énoncent des principes qui ont comme source le droit colonial britannique (aussi appelé le droit constitutionnel impérial⁵⁷) et qui sont donc, en principe, applicables uniformément dans toutes les colonies britanniques⁵⁸. Il en va cependant autrement des autres facettes, pourtant tout aussi importantes, de la doctrine des droits ancestraux. Bien qu'elles aient été explorées par la doctrine récente, elles demeurent pratiquement lettre morte en jurisprudence canadienne. On fait allusion ici aux principes contenus dans cette doctrine qui traitent du devoir de fiduciaire et de l'autonomie gouvernementale.

Tous les auteurs, tant canadiens⁵⁹ qu'américains⁶⁰, qui ont étudié la question se réfèrent invariablement au jugement du juge Marshall dans

53. *Johnson and Graham's lessee v. M'Intosh*, 21 U.S. (8 Wheaton) 543 (1823) (ci-après cité : « *Johnson* »).

54. *Cherokee Nation v. State of Georgia*, 30 U.S. (5 Peters) 1 (1831) (ci-après cité : « *Cherokee* »).

55. *Worcester v. State of Georgia*, 31 U.S. (6 Peters) 515 (1832) (ci-après cité : « *Worcester* »).

56. Pour la distinction entre la doctrine des droits ancestraux et la doctrine du titre indien, voir : B. SLATTERY, « Understanding Aboriginal Rights », (1987) 66 *R. du B. can.* 727, 737. Nous retenons cette distinction pour notre étude. Elle ne fait toutefois pas l'unanimité. Certains préfèrent la thèse inverse à savoir que le titre indien inclut tous les droits ancestraux.

57. *Ibid.* ; B. CLARK, *op. cit.*, note 2, p. 37.

58. Voir le texte correspondant aux notes 66 et suivantes pour la justification de l'utilisation des décisions américaines à titre de précédent en droit canadien. Quant à l'application uniforme de ces principes, voir le texte correspondant à la note 72.

59. L.C. GREEN, « Trusteeship and Canada's Indians », (1976) 3 *Dalhousie L.J.* 104 ; D.M. JOHNSTON, *loc. cit.*, note 40, 319 ; R.H. BARTLETT, *loc. cit.*, note 1, 309 ; W.R. McMURTRY et A. PRATT, *loc. cit.*, note 10, 25 ; J.I. REYNOLDS et L.F. HARVEY, « The Fiduciary Obligation of the United States and Canadian Governments Towards Indian Peoples », dans G. ALLEN (dir.), *Indians and the Law II*, Vancouver, The Continuing Legal Education, Society of British Columbia, 1985, p. 1.1.01.

60. R.P. CHAMBERS, « Judicial Enforcement of the Federal Trust Responsibility to Indians », (1975) 27 *Stan. L. Rev.* 1213, 1216 ; W.T. GROSS, « Tribal Resources : Federal Trust

l'affaire *Cherokee*⁶¹ comme étant la source judiciaire de ce que l'on appelle maintenant le devoir de fiduciaire. Dans cette affaire, la Cour suprême des États-Unis était saisie d'une demande d'injonction faite par la nation *cherokee* dans le but d'empêcher l'application sur le territoire *cherokee* de lois nouvellement adoptées par l'État de Georgie. Ces lois rendaient criminel l'exercice de l'autonomie gouvernementale. Elles morcelaient le territoire *cherokee*, abolissaient les lois *cherokees*, étendaient l'application des lois de l'État sur le territoire *cherokee* et ainsi dépouillaient les *Cherokees* de la protection de leurs lois. L'affaire a été décidée sur une question de juridiction. Pour que la Cour ait compétence, la demanderesse devait établir qu'elle constituait un État étranger au sens de l'article III de la Constitution américaine. La Cour a, par une majorité, décliné juridiction au motif que la nation *cherokee* ne formait pas un tel État étranger. Dans sa discussion, la Cour a cependant bien exprimé la nature des liens existant entre la nation indienne et les États-Unis.

Le passage le plus célèbre à cet égard, et auquel on attribue la naissance judiciaire de la relation de fiduciaire, est celui où le juge en chef Marshall écrit :

Though the Indians are acknowledged to have an unquestionable, and, heretofore, unquestioned right to the lands they occupy until that right shall be extinguished by a voluntary cession to our government, yet it may well be doubted whether those tribes which reside within the acknowledged boundaries of the United States can, with strict accuracy, be denominated foreign nations. They may, more correctly, perhaps, be denominated, *domestic dependent nations*. They occupy a territory to which we assert a title independent of their will, which must take effect in point of possession when their right of possession ceases. *Meanwhile they are in a state of pupilage. Their relation to the United States resembles that of a ward to his guardian*⁶².

C'est à partir de cette dernière proposition que les tribunaux américains ont élaboré la relation de *trust*, que l'on désigne aussi comme la relation de fiduciaire, entre les autochtones et les autorités américaines. Il est opportun de remarquer que la description de cette relation comme celle d'un *ward to his guardian* ne doit pas être vue comme une définition technique et immuable. En effet, le juge en chef Marshall dit bien qu'il s'agit d'une ressemblance. Une interprétation stricte de cette description serait incompatible avec le

Responsibility: United States Energy Development Versus Trust Responsibilities to Indian Tribes », (1981) 9 *Am. Indian. L. Rev.* 309, 313 ; voir aussi un article non signé: ANONYME, « Rethinking the Trust Doctrine in Federal Indian Law », (1984) 98 *Harv. L. Rev.* 422, 423.

61. *Cherokee*, précité, note 54.

62. *Id.*, 17 ; l'italique est de nous.

reste de la pensée de Marshall en ce qu'elle n'inclurait pas le degré d'autonomie qu'il reconnaît par ailleurs aux peuples autochtones⁶³. Il est clair pour lui, comme on le verra de sa décision dans l'affaire *Worcester*⁶⁴, que les tribus indiennes étaient véritablement des nations bénéficiant d'une grande indépendance et ayant le droit au respect le plus strict de leur autonomie. Aussi, la description de la relation comme ressemblant à celle d'un *ward to his guardian* ne doit pas être comprise comme une négation de l'autonomie autochtone mais plutôt comme une affirmation de l'engagement pris par les « découvreurs » de protéger l'autonomie des aborigènes. D'ailleurs, le passage du jugement du juge Marshall suivant immédiatement l'extrait cité plus haut confirme que l'expression *ward to his guardian* est liée au devoir de protection : « They look to our government for protection ; rely upon its kindness and its power ; appeal to it for relief to their wants ; and address the president as their great father⁶⁵. » Comme au temps de la Proclamation royale, c'est dans cet engagement de protection que l'on retrouve les racines de l'obligation de fiduciaire.

1.1.2.2 Applicabilité

On retrouve la justification de la réception en droit canadien de ces décisions américaines dans le fait notamment qu'elles ont comme origine commune la branche du droit britannique appelée le droit colonial ou encore le droit constitutionnel impérial. Cette partie du droit britannique a comme origine la politique britannique, elle-même élaborée à partir des circonstances et des attitudes de l'époque et à partir des exigences et des règles appliquées par les nations indiennes⁶⁶. Ce droit prévoyait les règles relatives à la création, au maintien et au développement des colonies, et c'est pour cette raison qu'on le considère comme ayant un statut constitutionnel. On peut effectivement dire de cet ensemble de règles qu'il représente la constitution non écrite de toutes les colonies britanniques, y compris celles qui font maintenant partie des États-Unis.

Ce sont ces mêmes principes, élaborés avant la révolution américaine, qui ont été reçus intégralement en droit américain par l'intermédiaire surtout des décisions de la Cour suprême rendues par le juge en chef Marshall⁶⁷.

63. En effet, techniquement, la relation entre un *ward and his guardian* présuppose l'incapacité du premier et, en ce sens, l'expression traduit mal les relations entre l'État et les peuples autochtones, telles qu'elles ont été décrites par le juge en chef Marshall.

64. *Worcester*, précité, note 55 ; voir le texte correspondant aux notes 242 et suivantes.

65. *Cherokee*, précité, note 54, 17.

66. Voir B. SLATTERY, *loc. cit.*, note 56, 737.

67. Voir : *Johnson*, précité, note 53 ; *Cherokee*, précité, note 54 ; *Worcester*, précité, note 55.

Pour celui-ci, ces règles étaient reconnues par la politique impériale, mais elles avaient une source encore plus lointaine qu'il appelait la loi des nations. En fait, ces décisions ne font qu'élaborer et regrouper dans un tout relativement cohérent le droit constitutionnel impérial propre aux autochtones et déjà présent en partie dans la Proclamation royale. C'est cette synthèse faite par le juge en chef Marshall que l'on désigne de nos jours comme la doctrine des droits ancestraux.

Cela dit, il ne faut pas se surprendre que l'on accepte d'emblée l'applicabilité en droit canadien de la jurisprudence américaine ancienne⁶⁸. En effet, non seulement la doctrine mais aussi la jurisprudence canadienne a souvent accepté sans réserve la teneur des décisions américaines en droit autochtone. Cela est particulièrement vrai quant à la partie de la doctrine des droits ancestraux qui a trait aux droits territoriaux et que l'on connaît sous l'expression « doctrine du titre aborigène » (*doctrine of aboriginal title*). Les propos du juge en chef Marshall à ce sujet ont été entérinés à maintes reprises par la Cour suprême du Canada⁶⁹, surtout depuis l'affirmation suivante tirée du jugement du juge Strong dans l'affaire *St-Catherines Milling* :

The value and importance of these authorities is not merely that they show that the same doctrine as that already propounded regarding the title of the Indians to unsundered lands prevails in the United States, but, what is of vastly greater importance, they without exception refer its origin to a date anterior to the revolution and recognize it as a continuance of the principles of law or policy as to Indian title then established by the British government, and therefore identical with those which are also continued to be recognized and applied to British North America⁷⁰.

Or, puisque c'est le cas avec la doctrine du titre indien, les principes de la doctrine des droits ancestraux qui reconnaissent la relation particulière entre l'État et les premières nations et le droit à l'autonomie gouvernementale des autochtones, tels qu'ils furent énoncés par le juge Marshall, doivent également être reçus en droit canadien.

Ces origines historiques communes, outre qu'elles permettent l'adoption au Canada des anciens arrêts américains, justifient également l'application uniforme dans tout le pays de la doctrine des droits ancestraux. Comme

68. Sur l'admissibilité de causes américaines à titre de précédents en droit canadien, voir : B. SLATTERY, *loc. cit.*, note 56, 737 ; B. CLARK, *op. cit.*, note 2, pp. 12 et 36 ; D.M. Johnston, *loc. cit.*, note 40, 317 ; W.R. McMURTRY et A. PRATT, *loc. cit.*, note 10, 28 ; R.H. BARTLETT, « The Fiduciary Obligation of the Crown to the Indians », (1989) 53 *Sask. L. Rev.* 309, 323-324.

69. Voir B. SLATTERY, *loc. cit.*, note 56, 739 (note 38).

70. *St. Catherines Milling*, précité, note 51, 610.

l'expliquait Slattery⁷¹, la doctrine ne fait pas partie de la common law anglaise dans son sens strict ; elle participe plutôt du droit constitutionnel britannique relatif aux colonies qui non seulement précède la réception de la common law anglaise dans les colonies mais en régit l'application. C'est pourquoi la doctrine des droits ancestraux avait cours en Nouvelle-France dès la Conquête britannique en 1760, pourtant avant l'introduction de la common law anglaise en 1763. C'est aussi la raison pour laquelle elle est demeurée intacte malgré l'entrée en vigueur de l'*Acte de Québec de 1774* qui restaurait le droit privé français en Nouvelle-France.

On trouve également un argument favorable à l'uniformité d'application de la doctrine des droits ancestraux dans la décision de la Cour suprême *Roberts c. Canada*⁷². Une bande indienne poursuit devant la Cour fédérale la Couronne du chef du Canada et une autre bande indienne au motif que cette dernière viole ses droits de propriété sur une réserve. On reproche à Sa Majesté d'avoir manqué à son obligation de fiduciaire. La question devant la Cour suprême était de déterminer si la Cour fédérale avait compétence pour entendre le litige de par l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La Cour en vient à une conclusion affirmative et, ce faisant, juge que le droit relatif au titre aborigène constitue de la common law fédérale. On en déduit donc que la doctrine du titre indien est applicable de la même façon partout au Canada et qu'il doit en être de même de la doctrine plus large des droits ancestraux. Cette théorie qui, à l'occasion, s'inspire du droit international (quant aux droits des découvreurs) ou encore du droit privé (quant à la teneur de l'obligation de fiduciaire) demeure *sui generis* et, partant, susceptible d'être appliquée uniformément dans tout le pays⁷³. L'obligation de fiduciaire n'a évidemment pas stagné depuis la promulgation de la Proclamation royale et l'élaboration de la doctrine des droits ancestraux. Il convient d'aborder l'étude de son évolution.

71. B. SLATTERY, *loc. cit.*, note 56, 737-738 ; voir aussi : B. SLATTERY, « The Independence of Canada », (1983) 5 *Sup. Ct. L. Rev.* 375-384.

72. *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322 (ci-après cité : « *Roberts* »).

73. Selon la Cour suprême du Canada, le titre aborigène existe indépendamment de toute reconnaissance étatique ; voir entre autres : *Guerin*, précité, note 15 ; *C.P. c. Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654 (ci-après cité : « *Paul* ») ; *Sparrow*, précité, note 6. Toutefois, dans *Côté*, précité, note 34, la Cour d'appel du Québec va à contre-courant de toute la common law fédérale sur le sujet. Elle appuie son raisonnement sur l'existence du Régime français au Québec avant la Conquête britannique. Pour une opinion contraire, voir : R. BOIVIN, *loc. cit.*, note 34.

1.2 L'évolution de l'obligation

L'obligation de fiduciaire de la Couronne a beaucoup évolué en droit canadien depuis la Proclamation royale et la doctrine des droits ancestraux du juge en chef Marshall. Dans la jurisprudence ancienne, ou même plus récente mais antérieure à la *Loi constitutionnelle de 1982*, les tribunaux se servaient du fait que la Couronne agissait comme gardienne des intérêts autochtones comme argument secondaire, au mieux en *obiter*, pour appuyer une conclusion juridique déjà dictée par d'autres principes de droit aucunement liés au rôle de fiduciaire de la Couronne. Les décisions récentes de la Cour suprême du Canada sur le sujet ont donné un nouvel essor au concept de la fiducie envers les autochtones. Il nous semble opportun de faire état brièvement de l'évolution du devoir de fiduciaire dans ses grandes lignes pour en arriver à tracer le cadre juridique dans lequel il s'inscrit présentement.

Ainsi, nous verrons que la relation particulière entre les autochtones et la Couronne est reconnue depuis longtemps par les tribunaux canadiens, mais que, jusqu'à l'affaire *Guerin*⁷⁴, aucun jugement n'était fondé directement sur le rôle de fiduciaire de la Couronne⁷⁵. Diverses doctrines, telles l'immunité de la Couronne ou la théorie de la « fiducie politique », étaient retenues pour exonérer les autorités étatiques. Nous verrons ensuite comment la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Guerin c. La Reine* a changé le droit antérieur sur le sujet. Finalement, nous étudierons l'effet de l'arrêt *Sparrow*⁷⁶.

1.2.1 La jurisprudence antérieure à la *Loi constitutionnelle de 1982*

Contrairement à ce que l'on serait tenté de croire, les tribunaux canadiens reconnaissent depuis fort longtemps la relation unique entre la Couronne et les autochtones⁷⁷. Déjà en 1856, la Cour supérieure du Bas-Canada considère que le Commissaire aux terres indiennes pour le Bas-Canada agit comme fiduciaire à l'égard des ressources qui se trouvent sur les terres indiennes. Dans l'affaire *Commissioner of Indian Lands for Lower Canada v. Payant*⁷⁸, la Cour devait décider de la validité de la vente par un Indien à

74. *Guerin*, précité, note 15.

75. Voir le texte correspondant à la note 99.

76. *Sparrow*, précité, note 6.

77. Pour une discussion de la jurisprudence ancienne sur le sujet, voir : D.C. NAHWEGAHBOW *et al.*, *op. cit.*, note 8, p. 22 ; et R.H. BARTLETT, *loc. cit.*, note 1, 301-304.

78. *Commissioner of Indian Lands for Lower Canada v. Payant*, C.N.L.C. 66 (1856), 8 R.J.R.Q. 29 (L.C. Sup. Ct.) (ci-après cité : « *Payant* »). Dans cette affaire, le Commissaire intenta une poursuite contre l'acheteur pour reprendre le bois et ce dernier appela le vendeur en garantie. Celui-ci ne semble pas avoir fait de représentation devant la Cour.

un non-Indien du bois coupé par le vendeur sur les terres réservées aux Indiens. La vente fut considérée comme nulle aux motifs que les Indiens n'avaient pas le droit de disposer du bois qui pousse sur les terres qui leur sont réservées et que ce bois est détenu en fiducie par le Commissaire aux terres indiennes.

En 1868, l'Ontario Court of Chancery faisait état de ces liens particuliers entre la Couronne et les autochtones dans l'arrêt *Mutchmore c. Davis*⁷⁹. La Cour devait alors se prononcer sur la validité du titre du demandeur à l'égard de terres qu'il avait obtenues par lettres patentes émises en 1845 par l'agent des terres de la Couronne. Le litige eut lieu en raison du fait que les terres en question avaient déjà été concédées à un dénommé Tiffany, prédécesseur en titre des défendeurs, par lettres patentes émises par la Couronne en 1838. À cette époque, les terres en litige étaient considérées comme des « terres indiennes », mais elles n'étaient régies par aucune loi. Voici comment les juges majoritaires⁸⁰ s'exprimaient quant à la relation Couronne-Indiens et quant à cette première concession de 1838 :

These lands were dealt with by the Crown in the way it considered most for the benefit of the Indians, for and towards whom it assumed the duty of trustee and guardian. For ought that appears it may have been a wise and most reasonable discharge of this duty : it may have been at the instance, or with the consent of, the Chiefs of the Six Nations Indians, that this grant was made to Tiffany in consideration of his erecting mills, the want of which may have been a serious inconvenience to the Indians ; or the erection of which may have added largely to the value of their adjacent lands⁸¹.

Il est important de remarquer que le rôle de *trustee and guardian* de la Couronne, tel qu'il est formulé par la Cour, n'est pas relié exclusivement aux terres, mais qu'il existe en toute matière relative aux Indiens. On doit également noter que ce litige opposait des particuliers. À cette époque, la relation de fiduciaire n'aurait pu mener à un recours contre la Couronne en raison de l'immunité de cette dernière.

L'affaire *Fegan c. McLean*⁸², en 1869, présente des faits très similaires à ceux de l'affaire *Payant*. Le Commissaire aux terres indiennes poursuit pour *trespass* un non-Indien qui a acheté du bois coupé par un Indien sur les terres réservées occupées par ce dernier à titre de membre de la tribu. Comme dans l'arrêt *Payant*, le tribunal, en l'occurrence la Cour du banc de la reine de l'Ontario, considère que les terres en question sont détenues en

79. *Mutchmore c. Davis*, C.N.L.C. 309 (1868), 14 Gr. 346 (Ont. Ch.) (ci-après cité : « *Mutchmore* »).

80. Le juge Van Koughnet écrivait pour quatre de ses six confrères.

81. *Mutchmore*, précité, note 79, 321 ; l'italique est de nous.

82. *Fegan c. McClean*, C.N.L.C. 253, (1869), 29 U.C.Q.B. 202 (Ont. Q.B.).

fiducie par la Couronne. La Cour juge toutefois que cela n'a pas pour effet d'empêcher les Indiens de couper du bois sur les terres qui leur sont réservées et de le vendre. L'acheteur n'était donc pas coupable de *trespass*.

Dans l'affaire *A.G. of Canada c. Giroux*⁸³, le Procureur général du Canada demandait à la Cour suprême du Canada de déclarer que la Couronne, et non l'intimé, était propriétaire d'un certain lot de terre. Dans un passage nettement en *obiter*, le juge Duff décrivait les pouvoirs statutaires du Commissaire aux terres de réserve comme ceux d'un *tutor for pupil* et de *trustee of the Indian title*⁸⁴.

Parmi les affaires antérieures à l'affaire *Guerin*, l'affaire *Dreaver*⁸⁵ est celle qui est venue le plus près d'accueillir une action fondée sur le rôle de fiduciaire de la Couronne.

Il s'agit essentiellement d'une action en dommages par une bande contre la Couronne au motif que cette dernière n'a pas utilisé les fonds obtenus de la vente de terres de réserve qui ont été cédées, conformément aux actes de cession. Selon les trois actes de cession intervenus, l'argent obtenu de la vente des terres de réserve devait être utilisé de façon bien précise. Les sommes provenant des ventes devaient être déposées dans le fonds en capital, « to be used for the benefit of the Band » et, dans certains cas, « to the credit of an account to be used at the discretion of the Honorable Superintendent General of Indian Affairs, for certain specific purposes »⁸⁶. Chacun de ces actes de cession des terres disposait que Sa Majesté et ses successeurs « were to hold the land for ever in trust to dispose of it to such person or persons and upon such terms, as the government of the Dominion of Canada might deem most conducive to the welfare of the said Indians »⁸⁷.

Il est clair que, pour la Cour, la Couronne agissait à titre de *trustee* pour le compte des Indiens. Le tribunal ne mentionne pas cette conclusion de façon explicite, mais il considère, dans sa discussion de l'applicabilité des dispositions relatives à la prescription, que la Couronne est un *trustee* et que, conformément aux règles de la prescription qui sont applicables au *trustee*,

83. *A.G. of Canada c. Giroux*, (1916) 53 R.C.S. 172. Le lot de terre en question avait déjà fait partie d'une réserve qui avait par la suite été cédée par la bande à la Couronne. Cette dernière a ensuite vendu le lot en question à un Indien. Un tiers avait obtenu jugement contre ce dernier et l'intimé s'était porté adjudicataire des terres en question à l'occasion d'une vente en justice. La Couronne prétendait que l'Indien n'avait pas le droit d'acheter les terres qu'elle lui avait vendues après la cession par la Bande. Cet argument fut rejeté et la Couronne fut déboutée de son action.

84. *Id.*, 195.

85. *Dreaver c. The King*, 5 C.N.L.C. 92 (1935) (C. de l'É.).

86. *Id.*, 109.

87. *Id.*, 108.

l'action n'était pas prescrite. La Cour acceptait ainsi l'argument formulé par le demandeur quant à la prescription :

[T]he government of Canada being in a fiduciary position towards suppliants, who are wards of the said Government and are under disabilities, the claim of the suppliants are not barred by the Statute of Limitation⁸⁸.

La majorité des chefs de réclamation des demandeurs ont été accueillis. Remarquons toutefois que la Cour, bien qu'elle ait considéré que la Couronne était un *trustee* pour la prescription, ne fonde pas son jugement sur ce rôle particulier de la Couronne, mais uniquement sur le motif que les dispositions des divers actes de cession n'ont pas été respectées.

Plusieurs décisions ont repris les termes mêmes du juge en chef Marshall de la Cour suprême des États-Unis pour décrire la relation particulière entre la Couronne et les premiers occupants. C'est le cas de l'affaire *Rex v. Morley*⁸⁹ mettant en question la constitutionnalité d'une loi provinciale sur la faune et son applicabilité sur une réserve.

En étudiant le but visé par la *Loi sur les Indiens*⁹⁰ de 1927, plus particulièrement les dispositions qui visent à éviter les empiétements sur les réserves, le juge Martin écrivait :

Even were there no game laws in existence such legislation would be necessary to protect the welfare of these aboriginal *wards of the Crown*, from the incursions of trespassers in general (as has been done « from the earliest period » — *Totten v. Watson* (1858) 15 U.C.Q.B. 393, *in banco*) and the matter is not dealt with in the said Indian Act *qua* game but as a general prohibition against « hunting »⁹¹.

L'affaire *Re Kane*⁹² portait sur l'applicabilité à un Indien d'une taxe imposée par une loi provinciale. Le juge McArthur de la County Court de la Nouvelle-Écosse endossait une description similaire :

88. *Id.*, 97.

89. *Rex c. Morley*, [1932] 4 D.L.R. 483. Un Blanc était accusé d'avoir tué un faisan hors saison sur une réserve, contrairement à la *Game Act* de la Colombie-Britannique. La Cour d'appel devait donc s'interroger quant à savoir si les dispositions législatives de la *Loi sur les Indiens*, S.C. 1927, c. 98, portant sur la *trespass* occupaient déjà le champ législatif, auquel cas la prépondérance fédérale aurait pu rendre inopérante la loi provinciale. Les deux lois furent jugées valides parce qu'elles portaient sur des aspects différents.

90. *Loi sur les Indiens*, précitée, note 89.

91. *Rex c. Morley*, précité, note 89, 490 ; l'italique est de nous. Le juge Martin écrivait alors un jugement distinct mais faisant partie de la majorité. Son collègue dissident, le juge McDonald, employait les mêmes termes : « When authority was reserved to the Federal authorities to legislate in respect to *its wards*, the Indians, it means into all matter affecting their welfare and civil rights. If their welfare is to be protected, others besides Indians must be restrained if they enter reserves » (p. 514) ; l'italique est de nous.

92. *Re Kane*, [1940] 1 D.L.R. 390 (N.S. Co. Ct.).

For reasons which are quite apparent, the Indian has been placed under *the guardianship* of the Dominion Government. *He is his ward*, so long as he remains unenfranchised, the Minister of Interior, as Superintendent General of Indian Affairs, is given the control and management of all lands and property of Indians in Canada. They are looked upon and treated as requiring the friendly care and directing hand of the Government in the management of their affairs. They and their property are, so to speak, *under the protecting wing of the Dominion Government*⁹³.

On retrouve aussi dans l'affaire *St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Limited*⁹⁴ un énoncé provenant de la Cour suprême du Canada quant à la nature des liens spéciaux existant entre la Couronne et les autochtones. Appelé à interpréter l'article 51 de la *Loi sur les Indiens de 1906*⁹⁵, lequel prescrit certaines formalités à remplir pour valider un bail de location de terres de réserve, le juge Rand, appuyé par le juge Estey, affirmait :

But I agree that S. 51 requires a direction by the Governor in Council to a valid lease of Indian lands. The language of the statute embodies *the accepted view* that these aborigenes are, in effect, *wards of the State*, whose care and welfare are a political trust of the highest obligation⁹⁶.

Pour la première fois dans l'affaire *Miller*⁹⁷, la Cour suprême du Canada ouvrait la porte à un recours contre la Couronne fondé sur un *trust*. Conformément à un acte de cession en faveur de la Couronne, celle-ci pouvait vendre les terres cédées, mais elle devait conserver les sommes reçues en contrepartie, pour le bénéfice des Indiens cédants. Une question préliminaire avait été soulevée devant la Cour de l'échiquier quant à savoir si un recours était possible contre la Couronne en présumant qu'elle ait manqué à ses obligations relatives à la cession intervenue. Comme il s'agissait de trancher une question préliminaire, la Cour ne s'est pas expressément prononcée sur l'existence ou non d'un véritable *trust*. Elle permet quand même le recours contre la Couronne puisque, comme le faisait remarquer le juge Kellock écrivant aussi pour le juge Taschereau : « Although the matters

93. *Id.*, 397 ; l'italique est de nous. Encore ici, il est opportun de noter qu'il ne s'agit pas d'un litige opposant des Indiens à la Couronne et fondé sur le devoir de fiduciaire. Il s'agissait de décider de l'applicabilité d'une loi provinciale à l'égard d'un Indien.

94. *St. Ann's Island Shooting and Fishing Club c. The King*, [1950] R.C.S. 211 (ci-après cité : « *St. Ann's Shooting Club* »).

95. *Loi sur les Indiens*, S.C. 1906, c. 81. L'article 51 se lisait comme suit : « Toutes les terres des sauvages qui sont des réserves ou des parties de réserves cédées ou à être cédées à Sa Majesté, sont réputées possédées aux mêmes fins que par le passé, et sont administrées, affermées et vendues selon que le gouverneur en conseil le prescrit, sauf les conditions de la cession et les dispositions de la présente Partie. »

96. *St. Ann's Shooting Club*, précité, note 94, 219 ; l'italique est de nous.

97. *Miller c. La Reine*, [1950] R.C.S. 168 (ci-après cité : « *Miller* ») ; voir en particulier les motifs des juges Taschereau et Kellock (pp. 174-179). Le juge Locke se dit d'accord avec leurs propos (p. 186).

present relations of the nature of a trust, they contain likewise the ordinary elements of a contract⁹⁸. »

Comme on le constate, bien que ces causes aient toutes acquiescé à la relation unique existant entre la Couronne et les autochtones, aucune d'entre elles ne fait état d'un litige, jugé au mérite, opposant une première nation à Sa Majesté, lequel serait fondé sur le devoir de fiduciaire de cette dernière. Cela s'explique sans doute en grande partie par le fait que les tribunaux n'étaient pas alors sensibilisés, comme les gouvernements d'ailleurs⁹⁹, aux droits des autochtones et, aussi, par les diverses doctrines invoquées à l'époque à la décharge de la Couronne. On songe surtout au principe de l'immunité de la Couronne ou encore à la doctrine de la « fiducie politique » à laquelle faisait d'ailleurs allusion le juge Rand dans le passage de l'affaire *St. Ann's Shooting Island* citée plus haut¹⁰⁰. Il a fallu attendre l'affaire *Guerin* et la *Loi constitutionnelle de 1982* pour que le devoir de fiduciaire soit sanctionné par les tribunaux.

1.2.2 L'effet de la *Loi constitutionnelle de 1982*

1.2.2.1 La sanction judiciaire : l'affaire *Guerin*

L'affaire *Guerin*¹⁰¹ constitue très certainement un point tournant quant au devoir de fiduciaire de la Couronne. En effet, c'est à cette occasion que la Cour suprême du Canada reconnaissait pour la première fois un recours contre la Couronne fondé sur l'obligation de fiduciaire¹⁰².

98. *Id.*, 179. Selon toute apparence, la cause a fait l'objet d'un règlement hors cour et ne fut jamais entendue au fond. Nous n'avons retracé aucun rapport judiciaire faisant état d'un jugement au mérite dans cette affaire.

99. Qu'il suffise de rappeler le Livre blanc publié par le gouvernement Trudeau en 1969, MINISTÈRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADIEN, *La politique indienne du gouvernement du Canada*, Ottawa, Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, 1969, où l'on soutenait que les autochtones n'avaient aucun droit distinct de ceux des autres Canadiens. La décision de la Cour suprême du Canada dans *Calder c. P.-G. Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313 (ci-après cité : « *Calder* »), devait changer de façon définitive cette fausse perception et ouvrir la voie à l'avancement de la cause autochtone en droit canadien.

100. Voir le texte correspondant à la note 96.

101. *Guerin*, précité, note 15. L'arrêt *Guerin* a été repris récemment par la Cour suprême du Canada dans les affaires suivantes : *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99, 134 (j. Wilson) ; *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Ressources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574, 597, 600 (j. Sopinka) et 644 (j. La Forest) ; *Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.*, [1991] 3 R.C.S. 534, 546 et 549 (j. McLachlin) ; *M.(K.) v. M.(H.)*, précité, note 27.

102. Il faut noter cependant que le jugement de la Cour suprême dans l'affaire *Miller*, précitée, note 97, avait déjà ouvert la voie à un tel recours.

Le litige survient à la suite d'une cession de terres de réserve par une bande indienne en faveur de la Couronne. Ces terres d'une grande valeur étaient cédées, selon l'acte de cession, à des fins de location. Or, la preuve a révélé que le bail consenti par les préposés de Sa Majesté, en l'occurrence à un club de golf, l'a été sous des conditions beaucoup moins favorables que celles qui avaient été approuvées par la bande à l'assemblée de cession. L'action en dommages et intérêts contre la Couronne, fondée exclusivement sur le manquement à son devoir de fiduciaire, a été accueillie pour une somme de 10 millions de dollars, plus intérêts.

Sans en faire une étude exhaustive¹⁰³, on peut affirmer que les principales propositions pour lesquelles l'arrêt est généralement cité sont les suivantes :

- 1) l'obligation de fiduciaire est une obligation en *equity* qui tient sa source du titre aborigène ;
- 2) l'obligation de fiduciaire est une obligation qui peut être sanctionnée par les tribunaux et, en ce sens, la théorie de la fiducie politique n'est pas applicable¹⁰⁴ ; et,
- 3) c'est une obligation *sui generis* qui permet cependant l'application par analogie des règles du droit privé relatives au *trust*.

Quant à la première proposition, tant la juge Wilson¹⁰⁵ que le juge Dickson¹⁰⁶ sont d'opinion que l'obligation de fiduciaire, pour reprendre leur expression, « has its roots in aboriginal title¹⁰⁷ ».

Pour la juge Wilson, l'article 18 de la *Loi sur les Indiens*¹⁰⁸ prévoyant que Sa Majesté garde les terres de réserve à l'usage et au profit des Indiens ne fait que reconnaître une réalité historique, nommément que les bandes indiennes ont un droit de bénéficiaire sur leur réserve et qu'il incombe à Sa Majesté de protéger ce droit. De ce fait, la discrétion accordée par cet article

103. Pour une étude approfondie de l'affaire *Guerin*, précitée, note 15, voir : J. HURLEY, *loc. cit.*, note 38 ; R.H. Bartlett, *loc. cit.*, note 68.

104. Cependant, les obligations morales et politiques liées à une telle fiducie demeurent.

105. La juge Wilson écrivait aussi pour les juges Ritchie et McIntyre.

106. Le juge Dickson écrivait pour les juges Beetz, Chouinard et Lamer. Le juge Estey décidait de la question à partir des principes du mandat, et le juge en chef Laskin n'a pas participé à la décision.

107. *Guerin*, précité, note 15, 349 (j. Wilson), 376 (j. Dickson).

108. *Loi sur les Indiens*, précitée, note 28. L'article 18 (1) se lit comme suit : « Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, Sa Majesté détient des réserves à l'usage et au profit des bandes respectives pour lesquelles elles furent mises de côté ; sous réserve des autres dispositions de la présente loi et des stipulations de tout traité ou cession, le gouverneur en conseil peut décider si tout objet, pour lequel des terres dans une réserve sont ou doivent être utilisées, se trouve à l'usage et au profit de la bande. »

au gouverneur en conseil pour décider quel usage est au bénéfice des Indiens ne peut s'exercer de façon incompatible avec le titre indien¹⁰⁹. D'après la juge Wilson, l'article 18 ne fait que confirmer la réalité historique qu'est le devoir de fiduciaire de la Couronne à l'égard des autochtones. Selon elle, ce rôle de fiduciaire s'est cristallisé en un véritable *trust* par l'exécution de l'acte de cession qui prévoyait notamment que les terres étaient cédées à Sa Majesté *in trust* à des fins de location¹¹⁰. Sur ce dernier point, le jugement du juge Dickson diffère. Pour lui, la cession n'a pas créé de véritable *trust* parce que tous les éléments qui y sont nécessaires ne sont pas présents, notamment parce qu'il n'y a pas de *trust corpus*¹¹¹.

Quoi qu'il en soit, il appert clairement des deux jugements qu'un devoir de fiduciaire que l'on peut sanctionner devant les tribunaux existe, peu importe qu'il y ait création ou non d'un véritable *trust*.

Pour le juge Dickson, deux éléments sont nécessaires à l'existence de l'obligation de fiduciaire : le premier réside dans la nature du titre indien, plus précisément dans son inaliénabilité (sauf en faveur de la Couronne), alors que le second est l'existence d'un pouvoir discrétionnaire entre les mains du fiduciaire à l'égard des droits du bénéficiaire¹¹². En l'occurrence, le juge Dickson relevait l'existence de cette discrétion dans l'article 18 de la *Loi sur les Indiens*¹¹³.

Certains verront dans le jugement du juge Dickson l'exigence additionnelle qu'une cession ait lieu avant que l'on puisse conclure à la naissance du devoir de fiduciaire¹¹⁴. Il est vrai que plusieurs passages de ses motifs peuvent justifier cette proposition¹¹⁵. Nous sommes cependant d'opinion

109. *Guerin*, précité, note 15, 349 (j. Wilson).

110. *Id.*, 355.

111. *Id.*, 386.

112. *Id.*, 376 et 382-384.

113. *Loi sur les Indiens*, précitée, note 28.

114. C'est notamment l'opinion du juge Addy dans *Apsassin c. Canada*, [1988] 3 C.F. 20, 46 (1^{re} inst.), confirmé par *Blueberry River Indian Band and Doig River Indian Band c. Canada*, 61 F.T.R. 240 (C.F.A.) (ci-après cité : « *Apsassin* ») (demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême du Canada accordée le 14 octobre 1993) : « À l'exception des obligations spéciales que peuvent créer les traités, la Couronne n'est tenue par aucune obligation ou rapport fiduciaire spécial en ce qui concerne les terres des réserves avant qu'elles ne soient cédées et, *a fortiori*, elle ne l'est pas non plus une fois que les terres cédées ont été transférées et subséquemment vendues. L'obligation naissant à ce moment concerne les produits de la vente. » Voir aussi : R.A. REITER, *The Fundamental Principles of Indian Law*, vol. I, part IV : *The Crown's Fiduciary Obligation to Indians*, Edmonton, First Nations Resource Council, 1990, p. 15 ; J. WOODWARD, *Native Law*, Toronto, Carswell, 1989, p. 114.

115. *Guerin*, précité, note 15, 376, 382, 385 et 386.

que la cession intervenue en l'espèce doit être considérée comme l'occasion qui, dans les circonstances de l'affaire, a mené à l'application des règles relatives au devoir de fiduciaire de la Couronne plutôt que comme une condition préalable à l'existence même de cette obligation particulière. On trouve d'ailleurs appui à cette proposition dans la jurisprudence récente de la Cour d'appel fédérale. C'est le cas notamment dans l'affaire *Apsassin* où les juges Marceau et Stone ont expressément conclu qu'une obligation de fiduciaire pouvait exister sans qu'il y ait une cession préalable de droits¹¹⁶.

On pourrait également prétendre que l'obligation de fiduciaire que l'on retrouve dans l'affaire *Guerin* est d'abord et avant tout une obligation statutaire étant donné que, selon le juge Dickson, la discrétion que doit nécessairement posséder le fiduciaire se retrouve à l'article 18 de la *Loi sur les Indiens*. Ce serait là, à notre avis, une exigence qui ferait fi de l'origine même du devoir de fiduciaire. En effet, comme ce devoir participe du titre indien et des relations historiques entre les autochtones et la Couronne, il ne requiert pas une reconnaissance statutaire ou conventionnelle pour exister. Bien que l'on puisse admettre la nécessité d'un pouvoir discrétionnaire du fiduciaire, ce pouvoir n'a pas à être explicite dans un statut ou un traité. Le pouvoir discrétionnaire est implicite au rôle particulier de la Couronne à l'égard des autochtones et existe du seul fait que la Couronne a le pouvoir d'agir quant à leurs droits. Elle a non seulement le pouvoir d'agir, mais elle a le devoir de bien agir, et ce, en vertu des liens historiques particuliers qui existent entre la Couronne et les peuples autochtones.

Dans cette perspective, toute disposition statutaire, tel l'article 18 de la *Loi sur les Indiens*, qui ferait mention d'une discrétion ou d'une relation de

116. *Apsassin*, précité, note 114 (C.F.A.). Voir aussi *Kruger c. La Reine*, [1986] 1 C.F. 3, 12 (1^{re} inst.) (ci-après cité : « *Kruger* »), où le juge Heald écrivait quant à la nécessité d'une cession : « Toutefois, je ne crois pas que les déclarations que le juge Dickson a formulées au sujet du rapport de fiduciaire existant entre la Couronne et les Indiens puissent être interprétées comme faisant autorité à l'appui de la proposition générale que le rapport de fiduciaire n'existe que si les Indiens ont cédé leurs terres à la Couronne. Comme l'a fait remarquer le juge Urie, il est vrai que ces commentaires ont été formulés par le savant juge dans le contexte de cette affaire, soit d'une cession des terres de la réserve à la Couronne à certaines conditions. » Le juge Urie, parlant aussi pour le juge Stone, abondait dans le même sens (p. 48). Voir aussi : J. HURLEY, *loc. cit.*, note 38, 585, au sujet de l'arrêt *Guerin* : « Dickson J. later advances the surrender requirement as a separate source of fiduciary duty for the Crown. Rather than a distinct source of fiduciary duty, however, the surrender requirement may more properly be seen as a feature of Indian title itself. »

fiduciaire quelconque n'en constitue pas la source mais représente plutôt un acquiescement à une relation préexistante¹¹⁷.

Le principe de l'arrêt *Guerin* voulant que le rôle de fiduciaire de la Couronne découle du titre aborigène¹¹⁸ amène la question de savoir si l'autonomie gouvernementale peut bénéficier de l'application du devoir de fiduciaire indépendamment de l'existence du titre indien. En effet, étant donné que, selon l'affaire *Guerin*, le devoir de fiduciaire tire ses origines du titre indien, on pourrait prétendre que l'autonomie gouvernementale n'est pas couverte ou qu'elle ne peut bénéficier de la protection inhérente à l'obligation de fiduciaire en l'absence du titre aborigène ou lorsque celui-ci a été éteint.

Nous sommes d'avis que la protection inhérente au devoir de fiduciaire s'étend à l'autonomie gouvernementale indépendamment de l'existence ou non du titre indien. Pour arriver à cette conclusion, il faut d'abord établir que tant l'obligation de fiduciaire que l'autonomie gouvernementale peuvent avoir une existence indépendante du titre indien. Or, déjà dans l'affaire *Sparrow*, dont il sera plus amplement question sous peu, la Cour suprême du Canada élargit sciemment l'origine du devoir de fiduciaire énoncé initialement dans l'affaire *Guerin* :

La nature *sui generis* du titre indien de même que les pouvoirs et la responsabilité historiques de Sa Majesté constituent la source de cette obligation de fiduciaire¹¹⁹.

117. NATIONAL INDIAN BROTHERHOOD ET D. SANDERS, *op. cit.*, note 7, pp. 8-17, exposent bien comment l'obligation de fiduciaire de la Couronne a graduellement fait son entrée dans le vocabulaire des lois canadiennes. Ils démontrent clairement que cette relation particulière existait bien avant sa première mention dans les statuts et que la règle d'interprétation statutaire bien connue, *expressio unius est exclusio alterius*, n'a pas sa place dans ce domaine. Ainsi, ce n'est pas parce qu'une disposition statutaire telle que l'article 18 de la *Loi sur les Indiens*, précitée, note 28, reprend les éléments essentiels de l'obligation de fiduciaire que celle-ci n'existe pas en l'absence d'une telle disposition. Voir : W.R. MCMURTRY ET A. PRATT, *loc. cit.*, note 10, 28 : « The present *Indian Act* and particularly ss. 18 and 37-41, provide for procedures for fulfilling the Crown's responsibilities which were assumed in 1763, but do not represent the source of the responsibilities, nor of aboriginal title itself. » Voir aussi : *St. Ann's Shooting Club*, précité, note 94, 220 (j. Rand) ; et *Roberts*, précité, note 72, 340, où la juge Wilson écrit pour la Cour : « Bien que, comme le dit clairement l'arrêt *Guerin* le par. 18(1) de la *Loi sur les Indiens* n'ait pas créé la relation unique qui existe entre la Couronne et les Indiens, il l'a certainement incorporée dans la loi fédérale en affirmant que « Sa Majesté détient des réserves à l'usage et au profit des bandes respectives pour lesquelles elles furent mises de côté ». »

118. Voir le texte correspondant aux notes 103 et suivantes.

119. *Sparrow*, précité, note 6, 1108 (jj. Dickson et La Forest) ; l'italique est de nous.

Bien sûr, l'obligation de fiduciaire sera applicable à l'égard du titre indien, et elle se manifeste par le fait que celui-ci soit inaliénable, sauf en faveur de la Couronne.

Nous croyons cependant qu'il est plus exact de dire que la source du devoir de fiduciaire se trouve dans l'ensemble des relations historiques entre les peuples autochtones et les autorités colonisatrices plutôt qu'uniquement dans le titre indien et dans son inaliénabilité. Cette dernière nous paraît davantage une manifestation du devoir de fiduciaire que sa source. Il serait plus opportun de se poser la question à savoir pourquoi le titre indien est devenu inaliénable. N'est-ce pas en raison des relations historiques qui ont existé entre peuples autochtones et européens ? Les autorités britanniques ont dû assumer leur obligation de protection non seulement à l'égard du titre indien, en le rendant inaliénable sauf en faveur de la Couronne, mais aussi à l'égard des autochtones eux-mêmes et de leurs droits afin d'éviter des guerres susceptibles d'expulser les colonisateurs. Ainsi, le devoir de fiduciaire relève beaucoup plus des relations historiques d'alliance et de paix que du caractère inaliénable du titre indien.

Quant au droit à l'autonomie gouvernementale, nous sommes également d'opinion qu'il a une source indépendante du titre indien, en l'occurrence la souveraineté des nations autochtones avant le contact avec les Européens. Il est plus exact, sur le plan conceptuel, de conclure à une existence de l'autonomie politique qui ne soit pas nécessairement liée au titre autochtone au point de ne pouvoir exister sans lui. Cette position est dictée par le fait qu'il est possible pour un peuple autochtone d'avoir cédé une partie ou même la totalité de ses terres ancestrales sans pour autant avoir abdiqué la moindre parcelle de ses droits politiques ni y avoir renoncé.

Dans le cas contraire, les peuples autochtones ne seraient pas du tout enclins à consentir à des cessions de terres par l'intermédiaire de traités. De plus, l'incidence de la thèse contraire sur les anciens traités de cession serait juridiquement injustifiable : ces traités, bien que muets à l'égard de l'autonomie gouvernementale, auraient eu pour effet d'éteindre le droit à l'autonomie des peuples autochtones, à leur insu et sans leur consentement. Ce résultat serait nettement incompatible avec les règles d'interprétation des traités autochtones¹²⁰ et avec le principe qui veut que

120. Dans l'arrêt *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, le juge Dickson, par la suite devenu juge en chef, affirme (p. 36) : « Il me semble que les traités et les lois visant les Indiens doivent recevoir une interprétation libérale et que toute ambiguïté doit profiter aux Indiens [...] Dans l'affaire *Jones c. Meehan*, 175 U.S. 1 (1899), on a conclu que les traités avec les Indiens « [TRADUCTION] doivent [...] être interprétés non pas selon le sens strict de [leur] langage [...] mais selon ce qui serait, pour les Indiens, le sens naturel

l'honneur de la Couronne soit préservé dans ses transactions avec les autochtones¹²¹.

L'existence d'un droit à l'autonomie gouvernementale indépendant du titre indien est aussi souhaitable dans les cas où tout le territoire ancestral a été cédé en échange, par exemple, de la création d'une réserve. L'autonomie gouvernementale pourrait alors continuer de s'exercer, bien que sur une base territoriale plus restreinte qui n'est pas nécessairement une partie des terres ancestrales de la nation autochtone en cause. Sur le plan historique, notre position repose aussi sur le fait que, au moment de la naissance de l'obligation de fiduciaire et de l'adhésion à ce devoir par la Couronne, la protection du titre indien représentait en fait beaucoup plus que la protection des droits territoriaux. En protégeant le territoire ou le titre indien, on protégeait dans les faits tout le mode de vie autochtone, y compris l'autonomie des gouvernements autochtones. Cet aspect de la protection de l'autonomie gouvernementale, par l'entremise de l'obligation de fiduciaire, deviendra plus apparent au titre suivant. Qu'il suffise pour l'instant de reconnaître que, sur le plan conceptuel, rien ne s'oppose à ce que l'autonomie gouvernementale, jadis concomitante du titre indien, puisse exister d'une façon indépendante de ce titre qui, lui, peut avoir été éteint, en tout ou en partie, ou encore remplacé par d'autres droits territoriaux. Cette approche reçoit également l'aval de la doctrine¹²².

Le débat risque cependant de devenir académique dans la mesure où l'on accepte que l'autonomie gouvernementale est un droit ancestral au sens de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*¹²³. En effet, depuis l'affaire

de ce langage » [l'italique est de nous] ». Ces principes ont été réitérés par la Cour dans les affaires suivantes : *Simon*, précitée, note 29, 402 (j. Dickson), *Horseman*, précitée, note 29, 906 (j. Wilson) et 930 (j. Cory) et *Sioui*, précitée, note 29, 1035 (j. Lamer). Dans l'affaire *Eastmain*, précitée, note 29, la Cour d'appel fédérale, sous la plume du juge Décary, apportait une nuance importante à ces principes d'interprétation. Elle reconnaît que ceux-ci sont applicables aux anciens traités, conclus à une époque où les autochtones étaient désavantagés sur les plans linguistique et juridique, mais elle soutient que ce n'est pas le cas à l'égard des traités modernes tels que la convention de la Baie-James et du Nord québécois conclue en 1976 où les négociateurs autochtones disposaient de toute l'expertise voulue ; voir aussi *Howard*, précité, note 29, où la Cour suprême entérine ce principe.

121. Ce critère de l'honneur de la Couronne est réaffirmé constamment par la jurisprudence, voir notamment : *Mutchmore*, précité, note 79, 325 ; *R. c. Wesley*, [1932] 2 W.W.R. 337, 351 et 353 (Alta. S.C.A.D.) ; *R. c. Georges*, [1966] R.C.S. 267, 279 (j. Cartwright) ; *Sparrow*, précité, note 6, 1110 (j. Dickson) ; voir aussi : S. GRAMMOND, *loc. cit.*, note 1, 1398.
122. Voir : S. GRAMMOND, *loc. cit.*, note 1, 1386 ; et S. NAKATSURU, « A Constitutional Right of Indian Self-Government », (1985) 43 *U.T. Fac. L. Rev.* 72, 77.

Sparrow, le devoir de fiduciaire agit comme un filtre protecteur contre toute atteinte à un droit ancestral existant. Or, dans la mesure où l'on considère l'autonomie gouvernementale autochtone comme un droit ancestral existant, elle bénéficiera de cette protection indépendamment du titre indien.

Parmi les autres aspects principaux de la décision dans l'affaire *Guerin*, on trouve la mise à l'écart de la doctrine de la « fiducie politique » selon laquelle tout *trust* pouvant lier la Couronne n'était que politique et ne pouvait être sanctionné par les tribunaux. Or, sur la base du titre aborigène, la Cour n'a eu aucune difficulté à distinguer la jurisprudence prônant cette théorie. Ainsi, les affaires *Kinloch*¹²⁴ et *Tito*¹²⁵ étaient différenciées au motif que les droits qui faisaient l'objet du *trust* dans ces causes n'avaient pas d'existence propre, indépendante d'une loi, d'une ordonnance ou d'un traité. Comme le titre autochtone existe de lui-même, sans traité, ordonnance ni reconnaissance législative, le concept de la « fiducie politique » est déclaré inapplicable et l'obligation de fiduciaire peut faire l'objet d'une sanction judiciaire¹²⁶.

L'autre affirmation importante que l'on rencontre dans l'affaire *Guerin*, c'est que l'obligation de fiduciaire ne relève ni du domaine du droit public ni de celui du droit privé. C'est une obligation *sui generis* de la nature d'un devoir de droit privé. Selon les mots du juge Dickson :

L'obligation qu'a Sa Majesté envers les Indiens en ce qui concerne ce droit n'est donc pas une obligation de droit public. Bien qu'il ne s'agisse pas non plus d'une obligation de droit privé au sens strict, elle tient néanmoins de la nature d'une obligation de droit privé. En conséquence, on peut à bon droit, dans le contexte de ce rapport *sui generis*, considérer Sa Majesté comme un fiduciaire¹²⁷.

Ce rapprochement avec le droit privé du *trust* (fiducie) permet à la Cour de s'en inspirer et même de l'appliquer tel quel en conservant cependant la possibilité de l'adapter aux particularités du droit autochtone. En l'occurrence, les opinions des juges Wilson et Dickson appliquent les principes du droit privé du *trust* dans l'évaluation des dommages sans distinction particulière¹²⁸. Le juge Dickson énonce même que Sa Majesté doit assumer la même responsabilité envers les Indiens que celle qu'aurait imposée une fiducie du droit privé¹²⁹ et que l'obligation de Sa Majesté est régie par des principes très similaires à ceux qui régissent le droit des fiducies¹³⁰.

123. À ce sujet, voir le texte correspondant aux notes 193 et suivantes.

124. *Kinloch c. Secretary of State for Indian in Council*, (1882) 7 App. Cas. 619 (H.L.).

125. *Tito c. Waddell (No. 2)*, [1977] 3 All E.R. 129 (Ch.D.).

126. *Guerin*, précité, note 15, 350-352 (j. Wilson) et 379 (j. Dickson).

127. *Id.*, 385 (j. Dickson).

128. *Id.*, 362 (j. Wilson) et 390 (j. Dickson).

129. *Id.*, 376 (j. Dickson).

130. *Id.*, 387.

Il n'en demeure pas moins que l'obligation de la Couronne est unique. En qualifiant ce devoir de *sui generis*, la Cour conserve toute la flexibilité nécessaire pour y adapter les règles du droit privé. Elle en fait néanmoins un domaine de droit distinct que l'on peut de ce fait qualifier de common law fédérale et qui, par conséquent, doit recevoir une application uniforme partout au Canada¹³¹.

Ce domaine de droit particulier a acquis une toute nouvelle dimension avec la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Sparrow*¹³².

1.2.2.2 La dimension constitutionnelle : l'affaire *Sparrow*

Dans l'affaire *Sparrow*, l'appelant, un membre de la bande indienne Musqueam avait été accusé, en vertu de la *Loi sur les pêcheries*, d'avoir pêché avec un filet plus long que la longueur autorisée par le permis qui lui avait été accordé aux termes des règlements d'application de ladite loi.

Il s'agissait de déterminer si la restriction imposée par le permis quant à la longueur du filet était incompatible avec l'article 35 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La Cour devait donc pour la première fois se pencher sur l'interprétation de l'article 35. Ce faisant, le tribunal rejeta les thèses extrémistes invoquées par les parties et adopta une approche de compromis déjà préconisée par certains auteurs¹³³. Ainsi, la position voulant que les droits prévus dans l'article 35 soient pratiquement absolus parce que non soumis aux limites de l'article 1 de la Charte était mise à l'écart¹³⁴. La Cour n'accepta pas non plus la thèse selon laquelle l'article 35 est sans effet et qu'il n'est qu'un préambule quant aux droits des autochtones¹³⁵. La théorie du « gel » qui aurait incorporé aux droits issus de l'article 35 toute la réglementation en vigueur au 17 avril 1982, avec toutes les conséquences que cela aurait amené quant à la modification des règlements, était également mise de côté¹³⁶. C'est en élaborant le compromis que la Cour eut recours à l'obligation de fiduciaire.

La Cour statua d'abord qu'un droit n'est pas éteint du seul fait qu'il soit réglementé. La réglementation n'empêche pas les droits des autochtones d'être des droits « existants » au sens de l'article 35 (1). En contrepartie, la protection constitutionnelle n'empêche pas pour autant toute législation ou réglementation des droits de l'article 35. Celles-ci seront permises si la

131. Voir le texte correspondant aux notes 71 et suivantes.

132. *Sparrow*, précité, note 6.

133. *Id.*, 1109; voir aussi : B. SLATTERY, *loc. cit.*, note 56, 782.

134. *Sparrow*, précité, note 6, 1108-1109 (jj. Dickson et La Forest).

135. *Id.*, 1106-1107.

136. *Id.*, 1093.

Couronne réussit à satisfaire au test de justification élaboré par la Cour. C'est dans ce test, à plusieurs volets, qu'intervient le devoir de fiduciaire.

Avant d'arriver à ce test, il appartient tout d'abord à celui qui le revendique d'établir un droit existant prévu par l'article 35. Il doit ensuite établir que la législation contestée constitue une atteinte *prima facie* à ce droit¹³⁷. C'est à la Couronne d'établir par la suite que l'atteinte était justifiée, et le processus de justification se fait en deux étapes. La Couronne doit d'abord démontrer un objectif législatif valide¹³⁸. Un tel objectif doit non seulement respecter les articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹³⁹, mais il doit également répondre à des préoccupations importantes. L'objectif doit être impérieux et réel¹⁴⁰. Il ressort clairement des propos de la Cour suprême que les tribunaux devront être attentifs et s'assurer que le caractère impérieux des objectifs gouvernementaux se vérifie non seulement en théorie mais surtout dans les faits¹⁴¹. Si la Couronne parvient à relever ce fardeau, elle doit ensuite passer au second volet, et c'est à ce stade qu'intervient la relation de fiduciaire entre Sa Majesté et les peuples autochtones.

Au dire de la Cour, cette relation particulière est incorporée dans l'article 35 (1) par les mots «reconnus et confirmés» et elle implique une certaine restriction à l'exercice du pouvoir souverain¹⁴². Les pouvoirs législatifs fédéraux subsistent, dont bien sûr celui de légiférer quant aux Indiens et aux terres indiennes prévu dans l'article 91 (24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹⁴³. Le pouvoir fédéral¹⁴⁴ doit cependant, dans son exercice, être

137. *Id.*, 1112. Cette démonstration peut se faire en répondant à certaines questions : La restriction est-elle déraisonnable ? Le règlement est-il indûment rigoureux ? Le règlement refuse-t-il aux titulaires du droit le recours à leur moyen préféré de l'exercer ?

138. *Id.*, 1113.

139. *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., R.-U., c. 3.

140. *Sparrow*, précité, note 6, 1113 (jj. Dickson et La Forest) ; la Cour donne des exemples de ce que constitue un objectif législatif valide. Elle le fait en ces termes : « L'objectif de préserver, par la conservation et la gestion d'une ressource naturelle par exemple, des droits visés au par. 35(1) serait régulier. Seraient également réguliers des objectifs visant apparemment à empêcher l'exercice de droits visés au par. 35(1) lorsque cet exercice nuirait à l'ensemble de la population ou aux peuples autochtones eux-mêmes, ou d'autres objectifs jugés impérieux et réels. »

141. *Id.*, 1110 ; la Cour énonce : « Notre histoire démontre, trop bien malheureusement, que les peuples autochtones du Canada ont raison de s'inquiéter au sujet d'objectifs gouvernementaux qui, bien que neutres en apparence, menacent en réalité l'existence de certains de leurs droits et intérêts. » Voir aussi : S. GRAMMOND, *loc. cit.*, note 1, 1397.

142. *Sparrow*, précité, note 6, 1109 (jj. Dickson et La Forest).

143. *Loi constitutionnelle de 1867*, précitée, note 139.

144. Pour ce qui est des provinces, voir : *Sparrow*, précité, note 6, 1105, où la Cour se contente d'affirmer, par l'entremise du juge en chef Dickson et du juge La Forest : « Il accorde

concilié avec l'obligation fédérale¹⁴⁵, et ce rôle de fiduciaire emporte le principe du respect de l'honneur de la Couronne dans ses transactions avec les autochtones¹⁴⁶.

Dans son jugement unanime, la Cour suprême fournit des précisions additionnelles quant à l'applicabilité du devoir de fiduciaire aux droits autochtones. Au sujet de l'affaire *Guerin*, elle remarque ceci : « Notre Cour a statué que Sa Majesté a envers les Indiens une obligation de fiduciaire *en ce qui concerne leurs terres*¹⁴⁷. »

La Cour poursuit :

La nature *sui generis* du titre indien de même que les pouvoirs et la responsabilité historiques de Sa Majesté constituent la source de cette obligation de fiduciaire. À notre avis, l'arrêt *Guerin*, conjugué avec l'arrêt *R. v. Taylor and Williams* (1981), 34 O.R. (2d) 360, justifie un principe directeur général d'interprétation du par. 35(1), savoir, le gouvernement a la responsabilité d'agir en qualité de fiduciaire à l'égard des peuples autochtones. Les rapports entre le gouvernement et les autochtones sont de nature fiduciaire plutôt que contradictoire et la reconnaissance et la confirmation contemporaines des droits ancestraux doivent être définies en fonction de ces rapports historiques¹⁴⁸.

On constate d'emblée l'intention de la Cour d'élargir le champ d'application du devoir de fiduciaire. Ce qui, dans l'affaire *Guerin*, n'était dû qu'à l'égard des terres l'est maintenant, avec l'affaire *Sparrow*, à l'égard de tous les droits des peuples autochtones reconnus par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Ainsi, dans la mesure où l'on accepte que le droit à l'autonomie gouvernementale constitue un droit ancestral existant au sens de l'article 35, il est clair qu'il bénéficiera également de la protection constitutionnelle et, par le fait même, du processus de justification, lequel passe par le respect de l'obligation de fiduciaire.

On voit donc le lien qui existe entre le contenu des droits ancestraux de l'article 35 et le processus de justification. Avant d'arriver à l'analyse de la portée du devoir de fiduciaire dans un cas donné, il faut notamment¹⁴⁹ que le tribunal ait conclu à la présence d'un droit ancestral « existant », donc non éteint, et que ce droit ait été violé. Ainsi, les instances judiciaires pourront être plus restrictives quant au contenu des

également aux autochtones une protection constitutionnelle contre la compétence législative provinciale » ; sur cette question, *supra*, note 1.

145. *Sparrow*, précité, note 6, 1109 (jj. Dickson et La Forest).

146. *Id.*, 1114 (jj. Dickson et La Forest).

147. *Id.*, 1108 (jj. Dickson et La Forest) ; l'italique est de nous.

148. *Ibid.* ; l'italique est de nous.

149. Il faudra aussi que la Couronne ait démontré un objectif législatif valide, voir le texte correspondant à la note 134.

«droits ancestraux» de l'article 35 si elles estiment que la protection offerte par le test de justification et, incidemment, par le devoir de fiduciaire est trop grande¹⁵⁰. À l'inverse, on pourrait assister à une reconnaissance sans précédent des droits ancestraux, lesquels ne bénéficieraient que d'une mince protection par l'intermédiaire d'une application relativement permissive du test proposé¹⁵¹. Il est évident que la Cour, en élaborant ce test de justification, se réserve toutes les possibilités.

Nous sommes cependant d'avis que, en raison de la grande flexibilité qu'offre le concept de l'obligation de fiduciaire, la Cour se permettra d'être relativement libérale quant à l'éventail des droits inclus dans l'article 35¹⁵². En effet, en insérant le devoir de fiduciaire dans le test de justification, la Cour s'est donné un outil très malléable qui lui permettra de décider dans chaque cas du degré de protection approprié pour un droit ancestral donné. Nous croyons que la Cour voudra bénéficier de cette flexibilité pour ainsi exercer pleinement sa discrétion et que, par conséquent, elle sera plus disposée à se rendre au stade du processus où intervient le devoir de fiduciaire. Elle devra, pour ce faire, être plus libérale quant aux étapes antérieures discutées plus haut¹⁵³.

Après ce survol du droit canadien relatif à l'obligation de fiduciaire de la Couronne, nous ferons maintenant le point sur la situation juridique du droit à l'autonomie gouvernementale avant d'entreprendre la justification de leur coexistence.

2. Le droit à l'autonomie

L'histoire démontre bien qu'en définitive l'autonomie d'une nation autochtone, comme d'ailleurs l'autonomie de toute nation, est une question de pouvoir. N'eût été de leur grande force militaire, les peuples autochtones n'auraient jamais eu l'influence qu'ils ont eue sur l'histoire de la colonisation de l'Amérique et n'auraient certes pu maintenir ni exiger le respect de leur autonomie et de leurs gouvernements. Bien sûr, les peuples autochtones n'ont plus cette puissance militaire. Cependant, les droits qu'ils avaient à l'époque de la Proclamation royale et qui leur ont alors été reconnus par les

150. Au même effet, voir : W.I.C. BINNIE, *loc. cit.*, note 1, 217 et 225.

151. S. GRAMMOND, *loc. cit.*, note 1, 1402 : l'auteur fait état du risque que représente la décision *Sparrow*, précitée, note 6, en ce qu'elle est susceptible d'élargir exagérément l'étendue des droits protégés par l'article 35, ce qui forcerait la Cour à rendre moins efficace le mécanisme de protection.

152. Cela est conforme à l'approche généralement acceptée en matière de droits autochtones, voir le texte correspondant à la note 120.

153. Voir le texte correspondant à la note 137.

nations européennes subsistent toujours. L'abstinence forcée ou le non-exercice de leur autonomie, causés notamment par les nombreuses atteintes des lois contemporaines à leur droit de s'autogouverner, n'ont jamais éteint ce droit. Aucun tribunal ni aucune loi n'ont encore écarté de façon expresse la substance de la Proclamation royale ou les principes de la doctrine des droits ancestraux du juge en chef Marshall. Au contraire, l'affaiblissement des peuples autochtones a été compensé, surtout depuis l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982*, par une plus grande ouverture des tribunaux et une plus grande sensibilité en général à l'égard des droits des autochtones. En fait, on constate que l'acquiescement par le droit colonial à l'autonomie gouvernementale autochtone refait surface et que l'évolution du droit canadien rend imminente une reconnaissance judiciaire du droit inhérent des peuples autochtones de s'autogouverner.

Pour traiter de la coexistence de l'autonomie gouvernementale autochtone et du devoir de fiduciaire, il nous faut d'abord établir d'un point de vue juridique, non seulement l'existence, mais aussi la subsistance, de nos jours du droit ancestral à l'autonomie gouvernementale¹⁵⁴. Une étude de la jurisprudence canadienne nous permettra de voir comment et dans quelle mesure le droit colonial a été entériné par celle-ci. Nous comptons ainsi démontrer que le droit à l'autonomie gouvernementale a subsisté et donc qu'il constitue, encore aujourd'hui, un droit ancestral existant au sens de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Nous exposerons ensuite comment le droit colonial a acquiescé au droit qu'ont les peuples autochtones de se gouverner eux-mêmes et en quoi le devoir de fiduciaire est complémentaire de ce droit.

2.1 L'évolution du droit à l'autonomie

Comme nous le verrons plus loin au moment de notre étude du droit à l'autonomie dans le cadre de la Proclamation royale¹⁵⁵, la Couronne britannique avait effectivement reconnu l'autonomie autochtone. Cette dernière devait également être sanctionnée par la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis¹⁵⁶. À la lumière de ces faits, on peut certes affirmer que le droit à l'autonomie gouvernementale des autochtones a déjà existé. En fait, deux questions se posent quant à la situation au Canada : la jurisprudence

154. B. CLARK *op. cit.*, note 2, a consacré un livre à cette question. L'auteur soutient de façon convaincante que l'autonomie gouvernementale autochtone est un droit constitutionnel existant qui n'a jamais été éteint, sauf à l'égard du droit criminel où la juridiction autochtone aurait été constitutionnellement abrogée par le droit impérial.

155. Voir le texte correspondant à la note 218 et suivantes.

156. Voir le texte correspondant à la note 238 et suivantes.

américaine a-t-elle été entérinée par la common law canadienne ? et le droit à l'autonomie gouvernementale, s'il a déjà existé, a-t-il été éteint ? Quant à la première question, on ne peut que constater que la jurisprudence canadienne, par ailleurs très peu abondante sur le sujet, a été plutôt timide dans sa reconnaissance de l'autonomie autochtone. Elle a néanmoins reconnu l'indépendance autochtone à certains égards. Quant à la seconde question relative à l'extinction du droit à l'autonomie, nous soutiendrons, par l'entremise de la jurisprudence récente de la Cour suprême du Canada, que ce droit n'est pas éteint et, donc, qu'il bénéficie de la protection constitutionnelle énoncée à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Nous traiterons de ces questions en faisant une revue de la jurisprudence.

2.1.1 La réticence de la jurisprudence

La première cause en droit canadien à reconnaître un aspect de l'autonomie gouvernementale est l'affaire *Connolly c. Woolrich*¹⁵⁷, où le juge Monk de la Cour supérieure du Québec devait décider de la validité d'un mariage entre un Blanc et une Crie conclu conformément aux lois et coutumes autochtones. Le tribunal en vint à la conclusion que le mariage était valide et, partant, que les lois autochtones sur le sujet étaient toujours applicables et n'avaient pas été abrogées :

[...] will it be contended that the territorial rights, political organization such as it was, or the laws and usages of the Indian tribes, were abrogated — that they ceased to exist when these two European nations [France and Great Britain] began to trade with the aboriginal occupants ? In my opinion, it is beyond controversy that they did not — that so far from being abolished, they were left in full force, and were not even modified in the slightest degree in regard to the civil rights of the natives¹⁵⁸.

Le juge Monk cite ensuite un long passage du jugement rendu dans l'affaire *Worcester* où le juge en chef Marshall de la Cour suprême des États-Unis reconnaît à maintes reprises l'autonomie gouvernementale autochtone. Il poursuit ensuite :

Though speaking more particularly of Indian lands and territories, yet the opinion of the Court as to the maintenance of the laws of the Aborigines, is manifest throughout [the *Worcester* decision]. The principles laid down in this judgment [of Marshall C.J.], (and Mr. Justice Story as a member of the Court concurred in this decision), admit of no doubt¹⁵⁹.

La décision du juge Monk établit le principe général selon lequel les lois autochtones demeurent en vigueur malgré l'assertion de souveraineté par les nations européennes. Cette décision fut confirmée par la Cour d'appel du

157. *Connolly c. Woolrich*, (1867) 11 L.C.J. 197 (Qué. C.S.).

158. *Id.*, 205.

159. *Id.*, 207.

Québec, mais sa portée fut considérablement restreinte. En effet, la Cour d'appel, par l'entremise du juge Badgley, n'a pas endossé le principe général énoncé par le juge Monk, mais elle a plutôt limité sa décision à la reconnaissance des lois autochtones régissant les relations entre les individus, telle la coutume relative au mariage. Le juge Badgley écrivait :

The modern usage of nations would be violated, if private property should be confiscated and private rights annulled. Therefore the relations of the people and their ancient sovereign or government are dissolved, but *their relations to each other*, and their customs and usages remain undisturbed¹⁶⁰.

Il appert cependant que la jurisprudence n'eut aucune difficulté à reconnaître les coutumes et les lois autochtones en matière de mariage et d'adoption, même dans les cas de mariage mixte, comme dans l'affaire *Connolly*, ou d'adoption lorsque l'un des parents adoptifs n'est pas d'origine autochtone, comme dans *Re : Wah-Shee* ou *Re : Tagornak Adoption Petition*¹⁶¹. On retrouve aussi dans la jurisprudence récente une reconnaissance des lois autochtones en matière de garde d'enfants¹⁶².

-
160. *Johnstone* (en reprise d'instance pour *Woolrich*) c. *Connolly* (1869), 1 R.L. 253, 356 (C.A.); l'italique est de nous.
161. Voir entre autres : *R. c. Nan-E-Quis-A-Ka*, (1889) 1 Terr. L.R. 211 (T.N.-O.C.A.); *R. c. Bear's Shin Bone*, (1899) 4 Terr. L.R. 173 (T.N.-O.S.C.); *Robb c. Robb*, (1891) 20 O.R. 591 (Ont. Q.B.); *Re Noah Estate*, (1962) 32 D.L.R. (2d) 185 (T.N.-O. Terr. Ct); *Ex parte Cote*, (1972) 5 C.C.C. (2d) 49 (Sask. C.A.); *Re Katie's Adoption Petition*, (1962) 38 W.W.R. 100 (N.T.-O. Terr. Ct); *Re Beaulieu's Petition*, (1969) 67 W.W.R. 669 (N.T.-O. Terr. Ct); *Re Deborah E4-789*, [1972] 5 W.W.R. 203 (T.N.-O.C.A.); *Re Wah-Shee*, (1976) 57 D.L.R. (3d) 743 (T.N.-O.S.C.); *Deer c. Okpik*, [1980] 4 C.N.L.R. 93 (Qué. C.S.); *Re Tagornak Adoption Petition*, [1984] 1 C.N.L.R. 185 (T.N.-O.S.C.); *Michell c. Denis and Dennis*, [1984] 2 C.N.L.R. 91 (B.C.S.C.); *C.K. and E.K. c. C.E.*, [1986] 2 C.N.L.R. 187 (Alta. Q.B.). Pour une analyse de la jurisprudence sur la question et une étude détaillée des lois provinciales et territoriales sur le mariage, voir : B.W. MORSE, « Indian and Inuit Family Law and the Canadian Legal System », (1980) 8 *Am. Indian L. Rev.* 199; voir aussi : N.K. ZLOTKIN, « Judicial Recognition of Aboriginal Customary Law in Canada », (1984) 4 *C.N.L.R.* 1; R. DAGENAIS, « Le droit de la famille autochtone », dans *Droit civil et droit autochtone : confrontation ou complémentarité*, Conférence Henri-Capitant, 1992, p. 25; K.J. TYLER, *Custom and Common Law*, Canada-Saskatchewan, FSIN Studies, 1985, vol. I. On trouve plusieurs articles sur le droit coutumier autochtone dans B.W. MORSE et G.R. WOODMAN (dir.), *Indigenous Law and the State*, Dordrecht, Foris Publications, 1988; voir en particulier P. GRANT, « Recognition of Traditional Law in State Courts and the Formulation of State Legislation », p. 264, pour des exemples de l'incidence des coutumes autochtones sur la question des dommages en responsabilité civile.
162. Dans la récente affaire *Wilson c. Wilson* (non rapportée, Cour suprême de la Colombie-Britannique, le 6 juin 1991), une décision relative à la garde légale de quatre enfants indiens délaissés, prise par les autorités autochtones, selon les lois autochtones, était enterinée par la Cour. Ce faisant, le tribunal reconnaissait non seulement le pouvoir des instances décisionnelles autochtones de décider de tels cas mais aussi la validité et

Quant au concept de l'autonomie gouvernementale dans son sens le plus large, force nous est de constater que la jurisprudence canadienne majoritaire a nié son existence. Il y a lieu, cependant, de remarquer que l'attitude des tribunaux, canadiens et étrangers¹⁶³, quant aux revendications autochtones continue d'évoluer. La Cour suprême a encore à se prononcer sur la question.

Dans l'affaire *Regina ex rel. Gill c. White*¹⁶⁴, le tribunal devait juger de la validité de l'élection d'un Indien non affranchi au poste d'échevin de la municipalité d'Anderdon. Le requérant, par l'entremise d'un *quo warranto*, tentait de faire déclarer l'occupation du poste illégale au motif que son titulaire ne satisfaisait pas à tous les critères d'admissibilité, notamment qu'il n'était pas légalement propriétaire foncier de terres situées sur le territoire de la municipalité. Pourtant, le défendeur était bel et bien propriétaire en fief simple de telles terres. Le requérant prétendait cependant qu'un Indien n'avait pas le droit d'acheter des terres et qu'il en était légalement incapable. La Cour considéra que l'intimé était un sujet de la Couronne et, qu'à ce titre, il avait tous les droits de n'importe quel autre sujet, dont celui d'acquérir des terres. Le tribunal distinguait le droit canadien du droit américain. Il écrivait :

There is a marked difference between the position of Indians in the United States and in this Province. There, the Indian is an alien, not a citizen [...] Indians are not citizens, but distinct tribes, living under the protection of the government, and consequently, they can never be made citizens under the Act of Congress [...] The defendant then has the necessary property qualification. Being a subject he must have all the rights of a subject which are not expressly taken away¹⁶⁵.

l'applicabilité des lois autochtones en ce domaine. En l'espèce, le comité mis sur pied par les chefs Gitksan et Wet'suwet'en avait décidé de confier la garde légale des enfants à leur tante, le tout conformément à la loi Gitksan. Selon la pratique établie en vertu de la loi de la province, les autorités provinciales auraient plutôt confié la garde légale à chacun des foyers d'accueil où se trouvaient les enfants. Sans toutefois fournir de motifs, la Cour ordonne ceci : « The Petitioner, who is responsible under Gitskan law for the children of the late Alfred Wilson, deceased [...] be awarded custody and guardianship of the children. » Pour un commentaire sur cet arrêt, voir : P.R. GRANT, « Recognition of Traditional Law in Child Custody Applications : *Wilson c. Wilson*, (B.S.S.C.), June 6, 1991 », [1991] 4 C.N.L.R. 1.

163. Le meilleur exemple du changement d'attitude des tribunaux se trouve dans la récente décision de la Haute Cour d'Australie dans l'affaire *Mabo c. Queensland*, précitée, note 33. La Cour a de façon expresse, même draconienne, infirmé, en faveur des autochtones, les grands principes du droit aborigène australien qui ont eu cours pendant plus de 200 ans.

164. *Regina ex rel. Gill c. White*, 2 C.N.L.C. 565, (1870), 5 P.R. 315 (Ont. Chambers).

165. *Id.*, 567-568.

Dans l'affaire *Sheldon c. Ramsay*¹⁶⁶, la Cour du banc de la reine du Haut-Canada, sous la plume du juge Burns, niait l'existence d'une quelconque forme d'indépendance autochtone. Bien qu'*obiter*, le passage suivant en témoigne :

It never can be pretended that these [Six Nations Tribe of] Indians while situated within the limits of this province, as a British province at least, were recognized as a *separate and independent nation*, governed by laws of their own, distinct from the general law of the land, having a right to deal with the soil as they pleased ; but they were considered as a distinct race of people, consisting of tribes associated together distinct from the general mass of the inhabitants, it is true, but yet as British subjects, and under the control of, and subject to the general law of England. As regards their lands on the Grand River, the Indians had *no national existence* nor any recognized patriarchal or other form of government or management, so far as we can see, in any way¹⁶⁷.

Dans l'affaire *Sero c. Gault*¹⁶⁸, le juge Riddell abondait dans le même sens :

It is well known that claims have been made from the time of Joseph Brant that the Indians were not in reality subjects of the King but an independent people — allies of His Majesty — and in a measure at least exempt from the civil laws governing the true subject [...] I can find no justification for the supposition that any Indians in the Province are exempt from the general law — or ever were [...] Admittedly all parties to this action were born within the allegiance of the Crown ; and indeed if they were not, they could claim no higher rights than those who were : Blackstone, Comm., bk. 1, pp. 369, 370 ; Halsbury's Laws of England, vol. 1, p. 306¹⁶⁹.

Dans la même veine, le juge King de l'Ontario High Court déclara dans l'affaire *Logan c. Styres*¹⁷⁰ que les Indiens des Six Nations n'avaient aucun droit à une quelconque souveraineté interne. Il décidait que ces Indiens, une fois établis sur des terres qui leur furent concédées par la Couronne britannique après la révolution américaine, et puisqu'ils avaient accepté la protection de la Couronne, avaient ainsi perdu le statut d'alliés de la Couronne

166. *Sheldon c. Ramsay*, (1852) 9 U.C.R. 105 (B.R.). Il s'agissait pour la Cour de décider si des terres louées par un Indien à un non-Indien pouvaient être confisquées par la Couronne en raison de la trahison de ce locataire non indien.

167. *Id.*, 133-144 ; l'italique est de nous.

168. *Sero c. Gault*, (1921) 50 O.L.R. 27 (Div. Ct.). La Cour devait décider si les Indiens, alors qu'ils étaient hors réserve, étaient assujettis à la législation générale interdisant la pêche au filet sans permis. On ne peut que noter le rapprochement avec l'affaire *Sparrow*, précitée, note 6.

169. *Sero c. Gault*, précité, note 168, 31-33.

170. *Logan c. Styres*, (1959) 20 D.L.R.(2d) 416 (Ont. H.C.). Pour une discussion des anciennes causes liées à l'autonomie gouvernementale autochtone, voir : B. CLARK, *op. cit.*, note 2, p. 13 ; et S. NAKATSURU, *loc. cit.*, note 122, 78.

qu'ils avaient pu posséder précédemment et devaient donc être considérés comme des sujets.

L'affaire *Isaac c. Davey*¹⁷¹ remettait en question le mode de gouvernement des Six Nations. Les défenseurs invoquaient l'invalidité des décrets prévoyant le mode d'élection du Conseil de bande en conformité avec la *Loi sur les Indiens*¹⁷² de 1952 et revendiquaient du même coup un retour au système gouvernemental traditionnel avec, à la tête, des chefs héréditaires. Le gouverneur en conseil n'avait le pouvoir d'adopter ces décrets que si les Six Nations constituaient une bande, telle qu'elle est définie par la *Loi sur les Indiens* de 1952. La Cour de première instance décida que les Six Nations n'étaient pas une bande au sens de l'article 2 (1) de la loi. La Cour d'appel de l'Ontario¹⁷³ infirma la décision et la Cour suprême du Canada confirma le jugement de la Cour d'appel¹⁷⁴. Dans toutes les cours, les jugements ne furent fondés que sur l'interprétation de l'article 2 (1) de la loi qui définit le mot « bande ». Le droit à un gouvernement traditionnel n'était pas véritablement invoqué comme argument à l'encontre du mode de gouvernement prévu dans la *Loi sur les Indiens*¹⁷⁵. Il aurait plutôt été la conséquence de l'invalidité des décrets en question.

Comme on peut le noter, cette jurisprudence est relativement ancienne pour un domaine aussi effervescent que le droit autochtone. On aurait pu croire, surtout depuis l'avènement de l'article 35, que la jurisprudence moderne se serait détachée de la thèse rejetant tout droit à l'autonomie autochtone. Ce ne fut pas le cas, à tout le moins pour l'affaire *Bear Island*¹⁷⁶, dont le jugement de première instance a été rendu par le juge Steel de l'Ontario High Court en 1984. La Cour énonçait :

Although it was the custom in Canada not to interfere with the internal affairs of a local band or to extinguish aboriginal rights except by treaties, there was no legal right of internal administration or self-government by the local band. It was purely at the sufferance of the Crown, or, to use the words of the Royal Proclamation, « at the pleasure of the Crown ». It is clear that prior to the *Constitution Act, 1982*, Canada could have given Indians internal self-government, and in fact by the *Indian Act* it did give them limited rights. Just as a province could take away municipal rights, Canada could also have unilaterally taken away aboriginal rights. (There may be some question as to Canada's unilateral power to do so now in view of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.) Hence, the Indian nations or bands were not sovereign and their aboriginal rights could be extinguished unilaterally by validly enacted

171. *Isaac c. Davey*, [1973] 3 O.R. 677 (H.C.J.).

172. *Loi sur les Indiens*, S.C. 1952, c. 149.

173. *Isaac c. Davey*, (1975) 5 O.R. (2d) 610 (C.A.).

174. *Isaac c. Davey*, [1977] 2 R.C.S. 897.

175. *Loi sur les Indiens*, précitée, note 172.

176. *Bear Island*, précité, note 39 (H.C.).

legislation or treaties [...] the *Constitution Act, 1867*, in its division of powers, did not leave to the Indians any independent rights or area of competence¹⁷⁷.

L'arrêt *Gilpin*¹⁷⁸, par contre, offre une certaine ouverture à l'autonomie gouvernementale. La Cour des sessions de la paix du Québec devait décider de la validité d'un statut administratif adopté par la bande d'Eastmain en vertu de la *Loi sur les Cris et les Naskapis du Québec*¹⁷⁹. Le statut administratif en question prévoyait un couvre-feu pour les enfants de moins de 16 ans. La loi autorisait l'adoption d'un statut administratif énonçant un couvre-feu, mais elle n'autorisait pas la discrimination fondée sur l'âge. Le procureur de la bande invoquait la souveraineté résiduaire de celle-ci pour contrer le principe que toute discrimination dans l'exercice d'un pouvoir réglementaire doit être expressément prévue par la loi. La Cour s'est dite « d'accord avec la proposition que les Cris détiennent une espèce de souveraineté résiduaire lorsqu'il s'agit de leurs gouvernements locaux¹⁸⁰ ».

Dans l'affaire *R. c. Nikal*¹⁸¹, une majorité de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique rejette la défense de l'accusé qui prétend pouvoir pêcher sans permis en raison, entre autres, de son droit ancestral de pêche et du droit ancestral de sa bande d'édicter sa propre réglementation à cet égard. Parmi les trois juges formant la majorité, les juges MacFarlane et Taggart concluent que l'exigence d'un permis donné gratuitement ne constitue pas une atteinte *prima facie* aux droits ancestraux de l'accusé, que ce soit le droit de pêche ou le droit de réglementer la pêche. Étant donné cette

177. *Id.*, 438 et 466. Il est opportun de noter que la Cour était certes influencée dans ces propos par les conditions mêmes du traité Robinson-Huron qui prévoyait notamment que les Indiens renonçaient à leurs droits en échange de rentes prévues au traité et d'une réserve. On doit également souligner que la Cour suprême a expressément rejeté la conclusion du juge de première instance que les Indiens n'avaient pas occupé suffisamment les terres en question pendant toute la période visée pour établir l'existence d'un droit ancestral. La Cour mentionne d'autre part qu'elle n'est pas d'accord avec toutes les conclusions de droit, tirées des faits, du juge de première instance, sans toutefois spécifier davantage (p. 575).

178. *Bande d'Eastmain c. Gilpin*, [1987] R.J.Q. 1637 (C.S.P.) (ci-après cité : « *Gilpin* »).

179. *Loi sur les Cris et les Naskapis du Québec*, S.C. 1984, c. 18.

180. *Gilpin*, précité, note 178, 1644. Il faut cependant noter que la Cour justifie cette souveraineté résiduaire à partir des textes de loi et de l'esprit de ces textes. Or, si cette souveraineté existe et est inhérente, il aurait mieux valu la justifier par autre chose que les textes de loi. Au contraire, lorsque l'occasion de retenir une autre justification s'est présentée, la Cour l'a refusée : « Or, même si l'histoire du pays ne paraît pas avoir justifié une souveraineté autochtone sur les terres occupées par les Cris [...] » (p. 1641). Il faut remarquer cependant qu'aucun tribunal canadien n'a encore rejeté les décisions du juge en chef Marshall relatives à la souveraineté résiduaire des nations autochtones.

181. *R. c. Nikal*, (1993) 80 B.C.L.R. (2d) 245 (C.A.).

conclusion, les juges ne discutent pas de l'étape de la justification quant à l'exigence du permis.

Le juge Wallace, pour sa part, rejoint ses collègues quant au résultat, mais pour des motifs différents. Contrairement à eux qui, à tout le moins dans cette affaire, présumant de l'existence du droit à l'autonomie, le juge Wallace est d'avis qu'aucun droit à l'autonomie gouvernementale n'a survécu à la distribution exhaustive des pouvoirs entre les provinces et le fédéral aux termes de l'*Acte de l'Union de 1871*. La revendication d'autonomie gouvernementale à l'égard des pêcheries empiète sur la compétence fédérale. Selon lui, toute autorité législative autochtone à ce sujet ne peut être que déléguée par le Parlement.

Ainsi, bien que la Cour d'appel ait accueilli le pouvoir de la Couronne à l'encontre de l'acquiescement de M. Nikal, elle n'a pas, de façon majoritaire, rejeté l'existence du droit à l'autonomie gouvernementale¹⁸².

L'affaire *Delgamuukw*¹⁸³ a été jugée par le même banc de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique qui a disposé de l'affaire *Nikal* et les cinq juges ont pu élaborer leur position respective à l'égard de l'autonomie gouvernementale des Gitksan et Wet'suwet'en. Ceux-ci demandaient, entre autres, un jugement déclaratoire selon lequel ils détenaient la propriété et la compétence à l'égard d'un territoire de 57 000 kilomètres carrés (22 000 milles carrés) dans le nord-ouest de la Colombie-Britannique.

Les juges MacFarlane et Taggart¹⁸⁴ se rapprochent cette fois-ci des motifs du juge Wallace¹⁸⁵ en ce qu'ils considèrent qu'une compétence législative autochtone générale sur le territoire revendiqué est incompatible avec le partage des pouvoirs contenu dans la *Loi constitutionnelle de 1867*, introduite en Colombie-Britannique en 1871. L'entrée de la province dans la Confédération par l'*Acte de l'Union de 1871* a, selon eux, éteint le droit à

182. Pour le juge Lambert, dissident, la simple exigence d'un permis constituait une atteinte au droit ancestral de l'accusé de pêcher selon les coutumes de la bande. Le juge Hutcheon, aussi dissident, est d'avis que le droit ancestral de pêcher est assujéti au pouvoir fédéral d'imposer l'exigence d'un permis. Il croit cependant que le statut administratif adopté par la bande selon l'article 81 (1) o) de la *Loi sur les Indiens* et qui régit la pêche s'applique non seulement aux terres de la réserve mais également à la rivière qui passe sur la réserve, là où ont eu lieu les événements reprochés à l'accusé. Il est admis par la Couronne que ce statut administratif, s'il est jugé applicable à la rivière en question, aurait préséance sur le règlement fédéral sur les pêcheries qui est la source de l'infraction reprochée à l'appelant.

183. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1993] 5 W.W.R. 97 (demande d'autorisation de pourvoi à la Cour suprême accordée le 10 mars 1994).

184. *Id.*, 152.

185. *Id.*, 225.

l'autonomie gouvernementale tel qu'il est réclamé par les demandeurs dans leur recours¹⁸⁶.

De leur côté, les juges Lambert et Hutcheon ont perçu la revendication des demandeurs quant à l'autonomie comme plus limitée. Il ne s'agissait pas d'une revendication de souveraineté comme l'énonçait le juge de première instance mais bien de la revendication d'un certain degré d'autonomie gouvernementale et réglementaire. Sur cette base, tant le juge Lambert¹⁸⁷ que le juge Hutcheon¹⁸⁸ auraient reconnu aux demandeurs certains pouvoirs d'ordre législatif qui constituent en fait des droits ancestraux non éteints.

La décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *R. c. Pamajewon*¹⁸⁹ témoigne d'une approche étroite et restrictive dans l'analyse du droit à l'autonomie gouvernementale et de son étendue. Dans cette affaire, les appelants prétendaient être à l'abri des dispositions du *Code criminel* relatives aux jeux de hasard en raison de leur droit ancestral et de l'article 35.

En première instance, ils avaient été trouvés coupables de tenir une maison de jeu contrairement à l'article 201 du *Code criminel*, en raison de l'exploitation d'un bingo sur la réserve. Devant la Cour d'appel, ils allèguent en défense le droit constitutionnel de gérer leurs activités économiques sur la réserve et affirment que ce droit repose, d'une part, sur leur titre indien ancestral et, d'autre part, sur leur droit inhérent à l'autonomie gouvernementale.

La Cour refuse l'approche globale et la description générale que les appelants font de leur droit : le droit de faire des choix et de prendre des décisions économiques, à leur discrétion et selon leurs lois. Elle préconise plutôt, à l'instar de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Delgamuukw*, une analyse plus étroite qui s'attarde précisément sur l'activité particulière en cause, soit le jeu, caractérisé par les sommes d'argent considérables impliquées ainsi que la participation directe de personnes de l'extérieur de la réserve. Même si la Cour présume de l'existence du titre indien sur la réserve¹⁹⁰, elle rejette la prétention des appelants selon

186. La Cour a eu de la difficulté à comprendre la réclamation des demandeurs quant à la juridiction. Elle refuse la réclamation telle qu'elle la perçoit, mais elle n'élimine pas toute forme de réglementation autochtone. Voir la discussion à ce sujet dans *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 183, 149, 150 et 185.

187. *Id.*, 359 et suivantes.

188. *Id.*, 394.

189. *R. c. Pamajewon*, (1994) 21 O.R. (3d) 385.

190. *Id.*, 396.

laquelle ce titre ancestral entraîne le droit ancestral général de gérer l'exploitation de leurs terres. Il est important de remarquer que l'absence de liens entre ce type de jeu et la culture autochtone traditionnelle fut déterminant pour la Cour :

It is clear from cases such as *R. v. Sparrow* that the common law recognizes aboriginal rights which are integral to, or connected with traditional aboriginal practices, and land use. Thus, as both MacFarlane and Wallace J.J.A. point out, in *Delgamuukw*, the nature and scope of an aboriginal right will relate to the aboriginal tradition or practice which gave rise to it [...] There is no evidence to support a conclusion that gambling generally or high stakes gambling of the sort in issue here, were part of First Nations' historic cultures and traditions, or an aspect of their rise of their land¹⁹¹.

La Cour d'appel de l'Ontario adopte la même approche quant à l'argument fondé sur l'autonomie gouvernementale ; l'activité en cause doit être considérée de façon particulière et justifiée par un contexte historique. Aussi, bien que la Cour soit prête à présumer que les appelants ont certains droits d'autonomie gouvernementale, elle ne croit pas que ceux-ci incluent le jeu :

If the Shawanaga First Nation and Eagle Lake Band had some rights of self-government which existed in 1982 (I am prepared to assume that they did), the right of governance asserted must be viewed like other claimed aboriginal rights ; it must be given an historic context. Here, there is no evidence that gambling on the reserve lands generally was ever the subject matter of aboriginal regulation. Moreover, there is no evidence of an historic involvement in anything resembling the high stake gambling in issue in these cases¹⁹².

Quant aux lois adoptées par les bandes dont sont membres les appelants, la Cour retient qu'elles n'ont aucune assise historique dans les traditions des premières nations. Elles visent à autoriser ce qui est valablement interdit par le droit criminel. Selon la Cour, le jeu n'est pas une version moderne d'un droit ancestral, ni comme accessoire d'un titre indien ni comme accessoire du droit à l'autonomie gouvernementale.

Ce qui ressort de cet arrêt, c'est que la Cour d'appel de l'Ontario ne conclut pas à l'inexistence du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale qui serait protégé par l'article 35. Elle décrète cependant que la compétence sur le jeu n'en fait pas partie faute de justification historique quant à cette activité particulière.

Ainsi, l'acceptation en droit canadien du droit à l'autonomie gouvernementale, tel qu'il est reconnu par la jurisprudence américaine, demeure très limitée en ce que seules les lois et coutumes relatives au mariage, à l'adop-

191. *Id.*, 399 et 400.

192. *Id.*, 400.

tion et à la garde d'enfants sont considérées comme valides et prépondérantes sur les lois des non-autochtones. Nous sommes cependant d'avis que la reconnaissance constitutionnelle des droits ancestraux de même que la jurisprudence récente de la Cour suprême du Canada ont eu pour effet de mettre en place les éléments nécessaires à une reconnaissance judiciaire prochaine du droit à l'autonomie gouvernementale. Cette affirmation repose sur l'existence et la non-extinction du droit à l'autonomie gouvernementale avant l'entrée en vigueur de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Une étude de l'effet de cette loi constitutionnelle nous permettra de traiter de cette question.

2.1.2 L'effet de la *Loi constitutionnelle de 1982*

On ne peut parler d'extinction ou de non-extinction du droit à l'autonomie gouvernementale sans faire état de la théorie de la continuité¹⁹³. Selon cette doctrine, les droits des peuples occupant le territoire au moment de la découverte par les Européens continuaient d'exister dans toute leur vigueur à moins que la Couronne ne décide de les modifier. Ainsi, l'assertion de la souveraineté par la Couronne n'avait pas pour effet d'annihiler, *de facto*, les droits des premiers occupants. Ce principe a d'ailleurs été reconnu à maintes reprises depuis qu'il fut énoncé pour la première fois dans l'affaire *Campbell c. Hall* en 1774¹⁹⁴.

On constate que la doctrine de la continuité incorpore en contrepartie le principe de la suprématie du législateur. C'est cette même suprématie du Parlement qui constitue l'argument le plus sérieux pour contrer toute revendication autochtone d'un droit existant à l'autonomie gouvernementale. Aussi, c'est par l'entremise de ce principe que les tenants de la thèse de l'extinction peuvent prétendre que la *Loi sur les Indiens*¹⁹⁵ et, en particulier, l'article 88 ont eu pour effet, avant l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982*, d'éteindre tout droit à l'autonomie gouvernementale, à tout le

193. S. GRAMMOND, *loc. cit.*, note 1, 1386, note 8; et J. HURLEY, *loc. cit.*, note 38, 571.

194. *Campbell c. Hall*, (1774) 98 E.R. 1045, 895-896; voir aussi : *Stuart c. Bowman*, (1852) 2 L.C.R. 369 (Mont. S.C.); (1853) 3 L.C.R. 309 (Q.B.); *Wilcox c. Wilcox*, (1858) 8 L.C.R. 34 (Q.B.); pour une discussion sur le principe de la continuité, voir : B. SLATTERY, *loc. cit.*, note 38, 167.

195. *Loi sur les Indiens*, précitée, note 28. L'article 88 se lit comme suit : « Sous réserve des dispositions de quelque traité et de quelque autre loi fédérale, toutes les lois d'application générale et en vigueur dans une province sont applicables aux Indiens qui s'y trouvent et à leur égard, sauf dans la mesure où ces lois sont incompatibles avec la présente loi ou quelque arrêté, ordonnance, règle, règlement ou règlement administratif pris sous son régime, et sauf dans la mesure où ces lois contiennent des dispositions sur toute question prévue par la présente loi ou sous son régime. »

moins à l'égard des Indiens au sens de cette loi. L'argument veut que tous les champs de compétence se trouvent ainsi englobés, ne laissant donc aucune place pour un gouvernement autonome indien.

Comme la *Loi sur les Indiens* n'est pas applicable aux autochtones non indiens, tels les Métis et les Inuits, l'acceptation de la thèse de l'extinction du droit à l'autonomie gouvernementale par la *Loi sur les Indiens* entraînerait des conséquences juridiques plutôt singulières.

Cela devient apparent lorsqu'on s'attarde sur l'incidence, quant à l'autonomie gouvernementale, de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens* et des articles 74 à 86 prévoyant un régime de gouvernement local avec certains pouvoirs.

L'article 88 a pour effet de rendre applicables aux Indiens certaines lois provinciales¹⁹⁶. Il a aussi comme conséquence de restreindre, quant aux Indiens, l'application des lois provinciales, par ailleurs applicables sans réserve aux autochtones non indiens. Selon cet article, les lois provinciales, pour être applicables aux Indiens, doivent être d'application générale et ne doivent pas être incompatibles avec les dispositions d'un traité, d'une loi fédérale ou quelque arrêté, ordonnance, règle, règlement ou règlement administratif adopté en vertu de la *Loi sur les Indiens*. La loi provinciale ne sera pas non plus applicable aux Indiens dans la mesure où les dispositions qu'elle contient portent sur une question déjà prévue par la *Loi sur les Indiens* ou par la législation adoptée en vertu de la *Loi sur les Indiens*. Il y a lieu également de remarquer que, selon l'article 88, les lois provinciales qui, par hypothèse, respecteraient toutes les conditions mentionnées plus haut ne sont applicables qu'aux Indiens et à leur égard, mais elles demeurent inapplicables aux terres indiennes, lesquelles continuent de relever de la compétence fédérale exclusive prévue dans l'article 91 (24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Par ailleurs, les articles 74 à 80 édictent les règles relatives à la création de l'entité gouvernementale indienne, en l'occurrence les règles relatives à la composition et au mode d'élection du conseil de bande, alors que les articles 81 à 86 énoncent les pouvoirs législatifs que peut exercer le Conseil de bande par l'adoption de statuts administratifs.

Comme on le constate, le Parlement a voulu, par l'article 88, à la fois incorporer mais aussi restreindre dans une certaine mesure l'application des

196. Sur la portée de l'article 88, voir notamment : *Horseman*, précité, note 29 ; *Dick c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 309 ; *Jack and Charlie c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 332 ; *Kruger c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104.

lois provinciales aux Indiens. Il a aussi prévu, dans les articles 74 à 86, la création et les pouvoirs d'un gouvernement indien local.

L'incongruité de la thèse de l'extinction de l'autonomie indienne, par l'intermédiaire de la *Loi sur les Indiens*, découle du fait que les nations autochtones non indiennes auxquelles s'appliquent sans réserve les lois provinciales et pour lesquelles on n'a jamais édicté de loi prévoyant la création et les pouvoirs d'un gouvernement local pourraient potentiellement revendiquer leur droit à l'autonomie gouvernementale plus facilement que les peuples indiens. En effet, comme aucune loi ne prévoit à l'égard des autochtones non indiens des dispositions législatives équivalentes aux articles 74 à 86 de la *Loi sur les Indiens*, on ne pourrait prétendre que le champ de compétence est occupé ou qu'il y a des dispositions législatives incompatibles avec l'existence d'un gouvernement autochtone autonome.

Par ailleurs, la thèse de l'extinction du droit à l'autonomie gouvernementale présuppose une hiérarchie entre la common law et le droit statutaire, selon laquelle la deuxième catégorie de règles de droit a préséance sur la première. Ainsi, tout droit à l'autonomie gouvernementale qui aurait pu être reconnu en common law aurait dû céder le pas aux règles statutaires énoncées notamment dans la *Loi sur les Indiens*. Ce n'est en fait qu'une réaffirmation de la suprématie parlementaire.

Or, deux propositions tirées de la récente décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Sparrow* nous permettent de réfuter les affirmations voulant que le droit à l'autonomie gouvernementale autochtone aurait été éteint par l'entremise de la suprématie du législateur, particulièrement par la *Loi sur les Indiens*. Selon la première proposition, la législation, à moins d'être claire et expresse, n'a pas pour effet d'éteindre les droits des autochtones¹⁹⁷. Quant à la seconde proposition, il s'agit de la confirmation du statut constitutionnel des droits ancestraux par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*¹⁹⁸. Évidemment, la seconde affirmation signifie

197. Ce principe avait déjà été édicté par la Cour suprême du Canada, notamment dans *Paul*, précité, note 73, 679.

198. Pour sa part, B. CLARK, *op. cit.*, note 2, soutient que le droit à l'autonomie gouvernementale est et a toujours été un droit constitutionnel, même avant l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Sa thèse repose sur la distinction entre la common law et ce qu'il appelle la common law constitutionnelle qu'il définit ainsi : « « constitutional » common law [is] distinct from « domestic » common law. [It is] the judge-made law that delimits constitutional powers, as distinct from private law rights » (p. 36). Selon lui, étant donné que les arrêts qui reconnaissent le droit à l'autonomie gouvernementale répondent à cette définition, le droit à l'autonomie a donc un caractère constitutionnel et, par conséquent, n'a pu être éteint par la législation ordinaire telle la *Loi sur les Indiens*. Par ailleurs, il ne faut pas non plus oublier la possibilité que l'autonomie autochtone soit

que les droits de common law initialement assujettis à la prépondérance du droit statutaire ne le sont plus. Le droit statutaire doit maintenant céder le pas à la prépondérance constitutionnelle dans la mesure de la protection offerte par l'article 35. Comme on l'a vu, il ne s'agit pas là d'une protection absolue mais bien d'une protection qui, entre autres, doit respecter le devoir de fiduciaire de la Couronne.

On peut illustrer, de façon succincte, l'incidence de l'article 35 sur les droits ancestraux des autochtones en comparant l'affaire *R. c. Derriksan*¹⁹⁹ et l'affaire *R. c. Sparrow*²⁰⁰. Dans les deux cas, la question de droit était essentiellement la même, soit de décider si le droit ancestral de pêche des Indiens, pour leur subsistance, était assujéti au règlement fédéral adopté en vertu de la *Loi sur les pêcheries*. La différence se situe au niveau de l'époque où la Cour suprême a eu à trancher ces litiges ; l'affaire *Derriksan* a été décidée avant l'entrée en vigueur de l'article 35 alors que l'affaire *Sparrow* a été jugée après. Dans l'arrêt *Derriksan*, la Cour suprême a rendu un jugement unanime par la voix du juge en chef Laskin, qui, après avoir présumé de l'existence d'un droit ancestral de pêche dans la région faisant l'objet du litige, déclara :

[...] we are all of the view that the *Fisheries Act*, R.S.C. 1970, c. F-14, and the Regulations thereunder which, so far as relevant here, were validly enacted, have the effect of subjecting the alleged right to the controls imposed by the Act and Regulations. The appeal is accordingly dismissed²⁰¹.

La Cour suprême a reconnu expressément dans l'affaire *Sparrow* que c'était là l'état du droit avant l'entrée en vigueur de l'article 35²⁰². Elle a aussi précisément déclaré que, depuis l'arrivée de cet article, l'arrêt *Derriksan* n'était plus applicable²⁰³.

De fait, la Cour réaffirme le principe que toute extinction législative d'un droit autochtone doit se faire de façon claire et expresse :

La *Loi sur les pêcheries* ou ses règlements d'application détaillés ne font état d'aucune intention claire et expresse de mettre fin au droit ancestral des Indiens de pêcher. Le fait qu'une disposition autorisant explicitement les Indiens à pêcher à des fins de subsistance ait pu s'appliquer à tous les Indiens et que la délivrance des permis ait pendant longtemps été discrétionnaire et effectuée sur une base indivi-

confirmée par les conditions d'un traité. Qu'un tel traité soit antérieur ou postérieur à l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982*, il bénéficiera néanmoins de la protection de l'article 35 ; voir le paragraphe 3 de l'article 35.

199. *R. c. Derriksan*, (1977) 71 D.L.R. (3d) 159 (C.S.C.) (ci-après cité : « *Derriksan* »).

200. *Sparrow*, précité, note 6.

201. *Derriksan*, précité, note 199, 160.

202. *Sparrow*, précité, note 6, 1098 (jj. Dickson et La Forest).

203. *Id.*, 1111 (jj. Dickson et La Forest).

duelle plutôt que collective n'indique aucunement une intention claire d'éteindre le droit. *Ces permis constituaient simplement une façon de contrôler les pêcheries et non de définir des droits sous-jacents*²⁰⁴.

Dans cette perspective, le parallèle à faire entre, d'une part, la *Loi fédérale sur les pêcheries* et le droit ancestral de pêche et, d'autre part, la *Loi sur les Indiens* et le droit à l'autonomie gouvernementale est trop évident pour être passé sous silence. Cette dernière affirmation de la Cour suprême relativement à la non-extinction du droit de pêche peut être transposée au droit à l'autonomie gouvernementale. Ainsi, il est possible de soutenir que rien dans les dispositions de la *Loi sur les Indiens* ne démontre une intention claire et expresse d'éteindre le droit à l'autonomie et que ces dispositions ne font que prévoir une façon parmi d'autres d'exercer l'autonomie gouvernementale. Le fait qu'un organisme décisionnel tel un conseil de bande²⁰⁵ soit prévu dans la loi et qu'il ait certains pouvoirs législatifs²⁰⁶ n'empêche pas pour autant une autre entité décisionnelle d'exister et d'avoir elle aussi le pouvoir de faire des lois.

Cela demeure vrai même dans les cas où la *Loi sur les Indiens* impose des exigences préalables à l'exercice du pouvoir législatif d'un conseil de bande. Les statuts administratifs adoptés par le conseil de bande en vertu de l'article 81 peuvent être annulés par le ministre dans un délai de 40 jours suivant leur envoi à ce dernier, et ceux qui sont adoptés en vertu de l'article 83 nécessitent l'approbation du ministre pour être valides. Or, dans la mesure où le droit à l'autonomie gouvernementale est un droit inhérent, la question n'est plus de savoir si le pouvoir législatif exercé en vertu de ce droit est accordé par la *Loi sur les Indiens* et approuvé par le ministre conformément à cette loi. Il s'agit plutôt de savoir si ce pouvoir participe du droit ancestral à l'autonomie gouvernementale et si l'exercice de ce pouvoir bénéficie de la protection constitutionnelle de l'article 35. Dans l'affirmative, il sera possible de limiter la portée de la compétence d'un gouvernement autochtone, mais toute restriction devra être justifiée, non pas par l'exercice du pouvoir ministériel de désapprobation, mais bien par le respect du test de justification élaboré dans l'arrêt *Sparrow*.

En somme, nous prétendons qu'il n'existe aucun principe qui justifierait un traitement différent du droit à l'autonomie gouvernementale par rapport à la *Loi sur les Indiens* de celui qui est offert au droit ancestral de pêche au regard de la législation sur les pêcheries. À notre avis, aucun de ces deux droits n'a été éteint par la législation et, par conséquent, toute atteinte

204. *Id.*, 1099 (jj. Dickson et La Forest); l'italique est de nous.

205. Voir la *Loi sur les Indiens*, précitée, note 28, art. 74-80.

206. *Id.*, art. 81-86.

devra, avant d'être validée, répondre au test véhiculé par l'article 35. Cette affirmation s'avérera exacte dans la mesure où ils sont tous deux considérés comme des droits ancestraux.

En l'occurrence, il ne saurait faire de doute que le droit à l'autonomie gouvernementale est tout autant un droit ancestral que peut l'être le droit de pêche des autochtones. En effet, ces deux droits, bien qu'ils soient distincts, répondent aux critères traditionnellement appliqués pour établir l'existence d'un droit ancestral. Tous deux étaient exercés par une société organisée, sur un territoire donné, au moment où la Couronne britannique assumait sa souveraineté²⁰⁷. À cet égard, il est opportun de se rappeler le but ultime de l'occupation et de la possession historiques, par les autochtones, de leurs territoires ancestraux. Ce but était précisément l'exercice de l'autonomie. En effet, on pourrait difficilement prétendre que les peuples autochtones possédaient leurs territoires uniquement pour s'en dire les possesseurs. Comme le faisait remarquer Clark :

The « Indian territory » in imperial policy in the eighteenth century was more than just a geographical concept — it was a place, but a place with a purpose. It was where the aboriginal peoples remained masters in their own house, where the laws made by European colonists for European colonists did not run. The aboriginal peoples' laws and customs governed there. When the Indian territory was constituted for legal purposes by the Royal Proclamation of 1763, the concept became a cornerstone of imperial law, and not just policy, regarding aboriginal rights. It has been referred to by several synonymous names. It simply means the yet unceded lands reserved for the use of the aboriginal peoples, reserved until surrendered in accordance with the proclamation²⁰⁸.

Ainsi, la possession et l'occupation historiques du territoire par les autochtones avaient une raison d'être : la vie d'une collectivité organisée et, surtout, autonome. Dans cette perspective, il est possible d'affirmer que tant le titre indien et les droits territoriaux qui y sont inclus que les droits politiques qui participent à l'autonomie gouvernementale sont des droits inhérents des peuples autochtones. Ainsi, comme ces droits sont de même nature, rien ne s'oppose, en principe, à ce qu'ils soient juridiquement traités de la même façon quant à leur extinction. Le droit à l'autonomie bénéficie d'un statut constitutionnel et, par conséquent, il ne saurait être éteint implicitement par la *Loi sur les Indiens*. Cette dernière demeure toutefois applicable aux Indiens, à tout le moins à titre supplétif en attendant l'adoption par un gouvernement autochtone d'une loi qui aurait préséance ou encore une contestation judiciaire fondée sur le droit ancestral à l'autonomie gouvernementale. Dans l'éventualité d'une telle contestation de la *Loi sur les Indiens*

207. Voir à ce sujet, *supra*, note 39.

208. B. CLARK, *op. cit.*, note 2, pp. 98-99 ; l'italique est de nous.

ou des règles de droit qu'elle incorpore par l'intermédiaire de l'article 88, les dispositions remises en question devront être justifiées conformément au test de l'article 35, et ce, eu égard au droit inhérent à l'autonomie gouvernementale. C'est alors que l'obligation de fiduciaire et ce droit à l'indépendance vont interagir.

La jurisprudence n'a pas encore eu l'occasion de décider directement de l'incidence de la *Loi sur les Indiens* et de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* sur le droit à l'autonomie gouvernementale autochtone. Il demeure néanmoins utile de faire état des appuis contemporains que reçoivent les droits politiques des premières nations.

Dans l'affaire *Coon Come*²⁰⁹, le juge Lebel ouvre la porte à la protection constitutionnelle du droit ancestral à l'autonomie gouvernementale autochtone. En parlant du partage des pouvoirs, il affirmait :

Dans la conception qui paraît ressortir de l'arrêt *Sparrow*, la constitutionnalisation des droits autochtones dans l'article 35 introduirait une troisième composante dans le fonctionnement du fédéralisme canadien, qui devrait être pris en compte dans la répartition des pouvoirs entre les législatures provinciales et le Parlement du Canada²¹⁰.

La Cour suprême du Canada a également fourni un appui important au droit à l'autonomie gouvernementale par sa décision dans l'affaire *Sioui*²¹¹. Le juge Lamer écrivait alors le jugement unanime de la Cour. Après avoir noté que les nations européennes faisaient jadis tout en leur pouvoir pour s'assurer l'alliance des nations indiennes, il écrit :

Cela indique clairement que les nations indiennes étaient considérées, dans leurs relations avec les nations européennes qui occupaient l'Amérique du Nord, *comme des nations indépendantes*. Les documents de Sir William Johnson [...], responsable des affaires indiennes en Amérique du Nord britannique, témoignent de la reconnaissance de la part de la Grande-Bretagne du fait qu'il fallait entretenir des relations *de nation à nation* avec les Indiens d'Amérique du Nord²¹².

Si l'on combine cette reconnaissance de l'indépendance autochtone avec les principes de l'affaire *Sparrow* qui refuse l'extinction implicite de droits inhérents, par la législation, on peut certes conclure à la survivance du droit ancestral à l'autonomie gouvernementale. C'est d'ailleurs l'opinion formulée par la Commission royale sur les peuples autochtones. Celle-ci affirmait récemment, dans son commentaire, que, bien que la Cour suprême ne l'ait pas encore expressément déclaré, il existe de bonnes raisons de

209. *P.G. du Canada c. Grand Chief Matthew Coon Come*, [1991] R.J.Q. 922 (C.A.).

210. *Id.*, 939.

211. *Sioui*, précité, note 29, 1025.

212. *Id.*, 1053 ; l'italique est de nous.

croire qu'elle considérera que le droit à l'autonomie gouvernementale est inclus dans l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*²¹³. Le rapport Beaudoin-Dobbie abonde dans le même sens²¹⁴.

Finalement, un appui important que reçoit le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale se trouve à la partie IV de l'entente constitutionnelle de Charlottetown²¹⁵, intervenue le 28 août 1992. Conformément à ce consensus, le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale devait être expressément reconnu dans un nouveau paragraphe 1 de l'article 35.1 de la *Loi constitutionnelle de 1982*²¹⁶. Bien que cette entente ait été rejetée par une majorité de la population, il demeure néanmoins qu'elle témoigne assurément de la volonté politique des gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux du Canada de reconnaître dans la Constitution l'indépendance autochtone à titre de droit inhérent.

Aussi, on peut donc affirmer que le droit ancestral à l'autonomie gouvernementale est dans la même situation que le titre indien, tel qu'il était qualifié par la Cour suprême dans l'affaire *Roberts* :

[...] [il] existait avant la colonisation par les Britanniques et a continué d'exister après les revendications de souveraineté britanniques²¹⁷.

C'est donc un droit préexistant, non éteint, jadis soumis à la législation ordinaire, telle la *Loi sur les Indiens*, mais maintenant protégé par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et ce, dans la mesure du test élaboré par la Cour suprême dans l'affaire *Sparrow*. Dans cette perspective, il n'est donc pas surprenant que les dirigeants canadiens aient convenu, par l'entre-

213. COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, « Le droit à l'autonomie gouvernementale [...] », *op. cit.*, note 17. Ce faisant, la Commission se trouvait à reprendre l'hypothèse déjà avancée dans le rapport Penner, *op. cit.*, note 20, pp. 45-46.

214. G. BEAUDOIN et D. DOBBIE, *Un Canada renouvelé — Rapport du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des Communes*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 27 et 28 février 1992, p. 27.

215. *Rapport du consensus sur la Constitution*, Charlottetown, 28 août 1992, partie IV, p. 14.

216. Selon le projet de texte juridique fondé sur le consensus de Charlottetown, les articles 35.1 (1) et 35.1 (2) de la *Loi constitutionnelle de 1982* auraient prévu :

35.1(1) Les peuples autochtones du Canada ont le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale au sein du Canada.

(2) Toute interprétation du droit visé au paragraphe (1) doit concorder avec la reconnaissance du fait que les gouvernements des peuples autochtones du Canada constituent un des trois ordres de gouvernement au Canada.

Par ailleurs, la nouvelle politique fédérale sur le sujet reconnaît officiellement le droit à l'autonomie gouvernementale, voir : *L'autonomie gouvernementale des autochtones*, Ottawa, Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, 1995.

217. *Roberts*, précité, note 72, 340 (j. Wilson).

mise de l'entente de Charlottetown, de reconnaître dans la Constitution canadienne l'indépendance autochtone.

Cela dit, nous verrons maintenant comment le droit colonial a reconnu l'autonomie gouvernementale autochtone et nous traiterons des liens entre celle-ci et le rôle de fiduciaire de la Couronne.

2.2 L'acquiescement par le droit colonial

Le droit colonial offre la particularité d'avoir pour origine la situation factuelle dans laquelle se trouvaient les nations européennes à leur arrivée en Amérique. Elles ont dû apprendre à composer avec les nations autochtones, leurs droits, leurs règles et surtout leur puissance militaire. Ces éléments devaient entraîner une façon particulière de traiter avec les premiers occupants. Cette façon de faire se précisa graduellement au point de devenir une politique établie des autorités européennes, pour ensuite devenir impérative par l'intermédiaire notamment de la Proclamation royale, laquelle conférait dès lors un statut juridique aux droits autochtones. Ce droit colonial fut ensuite sanctionné et même précisé par les tribunaux, et l'ensemble des décisions judiciaires à cet égard est maintenant désigné comme étant la doctrine des droits ancestraux.

Les autorités colonisatrices ont reconnu sans équivoque le droit des autochtones à l'autonomie. La Proclamation royale et la doctrine des droits ancestraux en témoignent amplement. Aussi, une revue de ces sources de droit nous permettra non seulement de faire état de l'existence du droit à l'autonomie, mais également des liens à faire entre ce droit et le devoir de fiduciaire. Nous entendons ainsi démontrer la complémentarité de ces deux concepts juridiques.

2.2.1 La Proclamation royale de 1763

2.2.1.1 Contenu

On serait porté à croire que la Proclamation royale a comme but ultime la protection des droits strictement territoriaux des autochtones. Cette perception découle du fait que, par le passé, elle fut invoquée presque exclusivement à l'appui de droits liés à la terre, tels les droits de chasse, de pêche et de cueillette. Il n'est donc pas étonnant de constater que, tant en doctrine qu'en jurisprudence, on traite de la Proclamation royale surtout dans son aspect territorial et que l'on délaisse par le fait même ceux de ses éléments qui participent de l'autonomie autochtone. La situation risque fort de changer avec la place de plus en plus grande qu'occupe l'autonomie gouvernementale sur la scène politique et dans les revendications autochtones. Nous

avons déjà exposé en quoi la Proclamation constitue une source de l'obligation de fiduciaire de la Couronne. Nous verrons maintenant qu'elle reconnaît également les attributs essentiels de l'autonomie autochtone.

L'autonomie gouvernementale se retrouve dans la Proclamation royale sous essentiellement trois rubriques : l'exercice indépendant du pouvoir décisionnel, le pouvoir de faire sanctionner les décisions prises et la faculté d'utilisation du territoire par les autochtones, à leur guise. Nous étudierons tour à tour ces éléments en nous reportant tantôt au contexte historique entourant l'arrivée de la Proclamation, tantôt au texte même de celle-ci.

L'exercice indépendant du pouvoir décisionnel

Le premier de ces éléments peut être désigné comme étant l'exercice indépendant du pouvoir décisionnel. Il s'agit ici non pas seulement du pouvoir de prendre des décisions à caractère interne qui ne toucheraient que les membres de la communauté autochtone mais bien, et surtout, du pouvoir de prendre des décisions dans les relations de nation à nation qu'entretenaient les peuples aborigènes avec la Grande-Bretagne²¹⁸.

Ce pouvoir s'exerçait sur deux plans que l'on retrouve consignés dans la Proclamation. Le premier est le pouvoir de décider de céder ou non un territoire, notamment par la conclusion de traités, et le second, celui de sceller des alliances militaires ou des ententes de neutralité. Que l'on parle de cession de territoire d'une nation à une autre ou d'alliance militaire de deux nations, dans les deux cas on ne fait qu'acquiescer à l'autonomie autochtone.

218. Il faut noter que des relations de nation à nation ont également existé entre les peuples autochtones et d'autres nations européennes. Par exemple, des traités de paix et d'alliance ont été conclus avec la Hollande et la France au cours du XVII^e siècle ; voir à cet effet : M. RATELLE, *Le « Two Row Wampum » ou Les voies parallèles*, Québec, Ministère de l'Énergie et des Ressources, Direction des Affaires autochtones, 1992, pp. 9-12 et 16-20. L'auteur traite également de la signification à accorder à ces ceintures de coquillages sur lesquelles on retrouve deux voies parallèles sur un fond blanc et qui, au dire de certains peuples autochtones, surtout les Iroquois, constituent la preuve matérielle d'un traité intervenu entre la partie autochtone, d'une part, et la partie européenne, d'autre part, chacune représentée par une des deux voies parallèles, et en vertu duquel elles ont accepté de coexister sur un même territoire mais toujours en respectant la souveraineté de l'autre. Voir aussi : G. HARVARD, *La Grande Paix de Montréal de 1701, Les voies de la diplomatie amérindienne*, Montréal, Recherches amérindiennes du Québec, 1992.

Quant à la cession des terres, la Proclamation édicte :

[...] but that, *if at any Time* any of the Said Indians *should be inclined to dispose of* the said Lands, the same shall be *Purchased* only for Us, in our Name, at some public Meeting or Assembly of the said Indians to be held for that Purpose²¹⁹.

Cet extrait témoigne bien de l'autonomie des autochtones en ce qu'ils sont les seuls à décider de l'opportunité de céder ou non leur territoire, du moment de cette cession, du territoire à céder et de la contrepartie. La seule limitation à la souveraineté complète des autochtones, c'est le fait que la cession ne peut se faire qu'à la Couronne et que celle-ci détient le titre sous-jacent.

Il convient de rappeler que le pouvoir de conclure des traités est perçu, selon la jurisprudence récente au Canada, comme un constat d'autonomie autochtone. La Cour suprême énonçait unanimement dans l'affaire *Sioui*, sous la plume du juge Lamer, maintenant juge en chef :

Or, les puissances coloniales reconnaissent aux Indiens la capacité de signer directement des traités avec les nations européennes qui occupaient les territoires d'Amérique du Nord. *La situation sui generis dans laquelle se trouvaient les Indiens avait forcé les métropoles européennes à leur reconnaître une autonomie suffisante pour que puissent être valablement créées des ententes solennelles* qu'on a appelé « traités », indépendamment du sens strict que le droit international accordait et accorde toujours à ce terme²²⁰.

La jurisprudence américaine est encore plus tranchante sur la question. Le passage suivant tiré des motifs du juge McLean de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Worcester v. State of Georgia*²²¹ suffira à s'en convaincre :

What is a Treaty ? The answer is, it is a compact formed between *two nations or communities, having the right of self-government*.

Is it essential that each party shall possess the same attributes of sovereignty to give force to the treaty ? This will not be pretended : for, on this ground, very few valid treaties could be formed. *The only requisite is, that each of the contracting parties shall possess the right of self-government, and the power to perform the stipulations of the treaty*²²².

On trouve également des appuis à cette proposition dans la doctrine²²³. Pour sa part, le rapport Penner soulignait ceci : « La signature

219. Proclamation royale, précitée, note 34, p. 6 ; l'italique est de nous.

220. *Sioui*, précité, note 29, 1056 ; l'italique est de nous.

221. *Worcester*, précité, note 55.

222. *Id.*, 508 ; l'italique est de nous. Le juge McLean rendait alors une décision distincte de celle du juge en chef Marshall mais concurrente.

223. S. NAKATSURU, *loc. cit.*, note 122, 83 ; W.R. MCMURTRY et A. PRATT, *loc. cit.*, note 10, 32 ; B. CLARK, *op. cit.*, note 2, pp. 7-8.

de traités suppose également la reconnaissance des structures politiques indiennes²²⁴. »

Comme on le constate, il est donc permis de soutenir que le mécanisme de cession de territoires contenu dans la Proclamation royale, qui a pour but de protéger les droits territoriaux des peuples autochtones, représente à la fois une manifestation de l'obligation de fiduciaire de la Couronne et un acquiescement à l'autonomie gouvernementale des autochtones. D'une part, la Couronne offre sa protection pour éviter les abus et les fraudes dans l'acquisition des terres indiennes et, d'autre part, les nations autochtones décident de tout ce qui est relatif à la cession du territoire, sauf l'identité du cessionnaire.

Les premières nations n'avaient cependant pas seulement la capacité de conclure des traités de cession, mais elles disposaient aussi de la faculté de conclure des traités d'alliance ou de neutralité. Ces ententes étaient d'une importance primordiale pour les nations européennes qui convoitaient le droit de s'établir en Amérique. L'histoire démontre d'ailleurs sans équivoque que, n'eussent été des alliances conclues entre les Britanniques et les peuples autochtones, surtout entre 1750 et 1760, l'Angleterre n'aurait jamais pu coloniser l'Amérique. Elle en aurait été expulsée par les Français qui initialement bénéficiaient, par les alliances, de la force militaire des peuples indiens. L'extrait suivant tiré des Johnson Papers et venant de sir William Johnson, alors représentant du roi en Amérique, est typique de la perception britannique de l'époque. Le 30 août 1764, il réitérait au Board of Trade que :

[...] they [the Indians] apprehend that we design to enslave them [...] if we conquer their prejudices by our generosity they will lay aside their Jealousy's, & we may rest in security. This is much cheaper than any other plan, and more certain of success. Our extensive Frontier renders it necessary if we will provide for their security [...] [in the last campaign] they saw themselves able to effect what was looked upon by many of our prejudiced Politicians here as utterly impossible [...] The Indians all know we cannot be a Match for them in the midst of an extensive woody Country [...] from whence I infer that if we are determined to possess Our Posts, Trade & ca securely, it cannot be done for a Century by any other means than that of purchasing the favour of the numerous Indian inhabitants²²⁵.

Il est clair que la faculté de décider d'alliances comprend un caractère propre aux relations entre nations. D'ailleurs, la Proclamation royale elle-même emploie le vocable « nation » pour désigner les peuples autochto-

224. Rapport Penner, *op. cit.*, note 20, p. 48.

225. C.W. ALVORD et C.E. CARTER, *The Critical Period 1763-1765*, Springfield, Illinois State Historical Library, 1915, p. 307. Par l'expression *in the last campaign*, il est fort probable que sir Johnson renvoyait à la révolution de Pontiac ; à ce sujet, voir le texte correspondant à la note 230.

nes²²⁶. Contrairement à certaines prétentions²²⁷, la défense des intérêts nationaux, britanniques ou autochtones, par l'adjonction de forces alliées, constitue beaucoup plus qu'un contrat au sens du droit privé, d'autant plus que la survie même de l'influence anglaise en Amérique en dépendait.

L'importance des alliances n'est pas étrangère au droit canadien. La Cour suprême en faisait ainsi état dans l'affaire *Sioui* :

De plus, tant les Français que les Anglais reconnaissaient l'importance déterminante des alliances ou du moins, de la neutralité, des Indiens quant à l'issue de la guerre qui les opposait et à la sécurité des colonies d'Amérique du Nord.

Suite aux défaites écrasantes des Anglais aux mains des Français en 1755, les Anglais s'étaient rendu compte que le contrôle de l'Amérique du Nord ne pourrait s'acquérir sans la collaboration des Indiens. Aussi, s'employaient-ils depuis à s'allier le plus grand nombre possible de nations indiennes. Conscients depuis longtemps du rôle stratégique des Indiens pour le succès de tout effort de guerre, les Français n'épargnaient rien non plus pour se les allier ou s'assurer du maintien des alliances déjà acquises²²⁸.

La reconnaissance de ces alliances est consignée dans la Proclamation en ces termes :

And whereas it is just and reasonable, and essential to our Interests, and the Security of our Colonies, that the several Nations or Tribes of Indians *with whom We are connected, and who live under our Protection*, should not be molested²²⁹.

On peut même, à la lumière des passages cités, affirmer que c'est précisément en raison de ces alliances, manifestations de l'autonomie autochtone, que la Couronne offre sa protection et donc assume son obligation de fiduciaire à l'égard des autochtones. On constate encore là la coexistence de l'obligation de fiduciaire et l'autonomie des premiers occupants.

Le pouvoir de faire sanctionner les décisions prises

Parallèlement au pouvoir décisionnel inhérent, manifesté par la conclusion d'alliances avec les nations européennes, les peuples autochtones détenaient aussi le pouvoir, non moins tributaire de leur autonomie, de

226. Proclamation royale, précitée, note 34. D'autre part, dans le *Petit Robert* (1990), on définit « nation » comme suit : « Groupe humain constituant une communauté politique, établie sur un territoire défini ou un ensemble de territoires définis, et personnifiée par une autorité souveraine. »

227. Dans P.A. CUMMING et N.H. MICKENBERG, *op. cit.*, note 35, p. 56, les auteurs font état de la thèse voulant que les traités conclus avec les Indiens doivent être considérés comme des contrats de droit privé.

228. *Sioui*, précité, note 29, 1054 (J. Lamer).

229. Proclamation royale, précitée, note 34, p. 4 ; l'italique est de nous. Voir aussi, au sujet des alliances, l'arrêt américain *Worcester*, précité, note 55, 496-497.

sanctionner les décisions de leur gouvernement et d'exiger le respect de leurs droits. La Couronne britannique reconnaissait ce pouvoir. Elle en fut d'ailleurs la victime à quelques reprises. L'exemple le plus frappant est sans contredit la révolution de Pontiac²³⁰.

En raison d'accrocs répétés à leurs droits et de l'appropriation illégale de leur territoire, les Ottawas et les nations alliées, dirigés par le chef Pontiac, ont imposé le respect de leurs intérêts. Ainsi, en l'espace de quelques semaines, les Anglais furent littéralement expulsés de huit des onze forts, servant aussi de postes de traite, qu'ils occupaient à la place des Français depuis la Conquête et, jusque-là, avec la tolérance des autochtones²³¹. Ces événements eurent lieu entre le 16 mai et le 20 juin 1763. La Proclamation royale date du 7 octobre 1763. Sans elle, l'Angleterre était menacée d'éviction. C'est d'autant plus vrai que les alliances entre nations autochtones étaient elles aussi fréquentes et que le mécontentement du peuple de Pontiac à l'égard des Britanniques avait déjà commencé à se répandre au sein d'autres nations autochtones.

Dans ce contexte, on est donc mieux en mesure d'apprécier la portée des termes de la Proclamation qui énonce que :

And whereas it is just and reasonable, *and essential to our Interest, and the Security of our Colonies*, that the several Nations or Tribes of Indians[...].

And whereas great Frauds and Abuses have been committed in purchasing Lands of the Indians, *to the great Prejudice of our Interests, and to the great Dissatisfaction of the said Indians*²³².

La Proclamation royale ne constituait pas une gracieuseté ou un privilège de la Couronne britannique en faveur des Indiens. Elle était devenue une nécessité.

La libre utilisation du territoire

Le troisième élément faisant foi de l'autonomie des peuples autochtones se trouve dans leur faculté d'utiliser librement les ressources de leur territoire. Les diverses nations aborigènes décidaient elles-mêmes de l'exploitation des ressources et des mesures de conservation à appliquer. Leur survie en dépendait. D'ailleurs, les ressortissants européens n'avaient aucun

230. T.G. MARQUIS, *The War Chief of the Ottawas*, Toronto, Glasgow, Brook & Company, 1915 ; et E.S. ELLIS, *The Life of Pontiac*, New York, Hurst, 1910.

231. Voir : T.G. MARQUIS, *op. cit.*, note 230, pp. 68-87 ; et E.S. ELLIS, *op. cit.*, note 230, p. 95 ; voir aussi : D.C. NAHWEGABOW *et al.*, *op. cit.*, note 8, p. 85.

232. Proclamation royale, précitée, note 34, pp. 4 et 6 ; l'italique est de nous.

intérêt à s'ingérer dans ce domaine puisqu'ils étaient les premiers à bénéficier des ressources autochtones, notamment par le commerce des fourrures.

La Proclamation royale protège en ces termes la libre utilisation du territoire :

[...] the several Nations or Tribes of Indians with whom We are connected, and who live under our Protection, *should not be molested or disturbed in the Possession of such Parts of Our Dominion and Territories as, not having been ceded to or purchased by Us, are reserved to them, or any of them, as their Hunting Grounds*²³³.

Le libellé de ce passage, considéré même en faisant abstraction de son contexte, confirme la faculté des premiers occupants de disposer librement des ressources. Cependant, perçu plus globalement dans son contexte, tant textuel qu'historique, il démontre sans équivoque la complémentarité qui existe entre le devoir de fiduciaire et l'autonomie autochtone.

2.2.1.2 Complémentarité

À la lumière de l'étude qui précède, on peut affirmer que, non seulement l'obligation de fiduciaire et l'autonomie gouvernementale trouvent une source commune dans la Proclamation royale, mais que, au surplus, l'obligation de fiduciaire consignée dans la Proclamation royale en termes de protection existe précisément et en raison même du fait que les peuples autochtones constituaient des nations, dignes de ce nom, possédant l'autonomie gouvernementale. N'eût été de cette autonomie des autochtones,

233. *Id.*, p. 5 ; l'italique est de nous. Plusieurs traités antérieurs à la Proclamation royale ont aussi reconnu expressément le droit des autochtones d'utiliser librement leurs territoires. Le traité de 1713 entre Sa Majesté et diverses nations autochtones de la rivière Saint-Jean au Nouveau-Brunswick (à l'époque la province du New Hampshire) prévoyait notamment : « Saving unto the said Indians their own Grounds, & free liberty for Hunting, Fishing, Fowling, and all other their Lawful Liberties & Privileges ». Pour le texte intégral, voir : P.A. CUMMING et N.H. MICKENBERG, *op. cit.*, note 35, p. 296. Le traité de 1725 conclu avec plusieurs tribus indiennes des Maritimes préservait « all their lands, Liberties and properties not by them convey'd or sold to or possessed by any of the English Subjects as aforesaid. As also the priviledge of fishing, hunting, and fowling as formerly » (p. 301). L'article 4 du traité de 1752 conclu avec les Micmacs de la Nouvelle-Écosse va dans le même sens : « It is agreed that the said Tribe of Indians shall not be hindered from, but have free liberty of hunting and Fishing as usual and that if they shall think a Truck house needful at the River Chibenaccadie, or any other place of their resort they shall have the same built and proper Merchandize, lodged therein to be exchanged for what the Indians shall have to dispose of and that in the meantime the Indians shall have free liberty to bring to Sale to Halifax or any Settlement within this Province, Skins, feathers, fowl, fish or any other think they shall have to sell, where they have liberty to dispose thereof to the best Advantage » (p. 307).

exprimée par le pouvoir de conclure des traités de cession, d'alliance ou de neutralité et le pouvoir de faire respecter leurs droits et celui de décider librement de l'utilisation du territoire, la Couronne britannique n'aurait pas eu, pour arriver à ses fins, à veiller à la protection des intérêts autochtones contre les ressortissants européens dangereusement avides de s'approprier les terres indiennes. Elle n'aurait eu qu'à prendre le territoire et à se déclarer souveraine sans plus. Cela était impossible puisqu'à cette époque les autochtones avaient non seulement le droit de décider mais aussi le pouvoir d'imposer leurs décisions à quiconque.

La Proclamation royale dispose bien qu'il est essentiel à la sécurité des colonies que les Indiens alliés bénéficient de la protection de la Couronne et que ceux-ci, on l'a vu, « *should not be molested or disturbed in the Possession of such Parts of Our Dominions and Territories as, not having been ceded to or purchased by Us, are reserved to them, or any of them, as their Hunting Grounds*²³⁴ ».

Le contexte historique de la Proclamation royale nous permet de voir de ce passage que la protection du territoire autochtone représente beaucoup plus que la protection d'un espace géographique. Il s'agissait bien sûr d'un lieu, mais d'un lieu avec une fin particulière : l'exercice de l'autonomie par les nations. En protégeant le territoire, on protégeait également tout le mode de vie des peuples qui l'occupaient. L'obligation de protection assumée par la Couronne selon la Proclamation royale ne se limite pas à l'interposition des autorités britanniques dans l'achat des terres. Le but visé est clairement énoncé dans la Proclamation royale et il est beaucoup plus large. Les nations alliées « *should not be molested or disturbed in the Possession of [the Territories] not having been ceded* ».

Non seulement le territoire non cédé est protégé, mais les droits des occupants aussi. Rappelons les propos du secrétaire d'État, lord Egremont, qui, cinq mois avant la Proclamation, exprimait les intentions du roi George III dans une lettre adressée aux lords of Trade. Les autorités britanniques devaient apaiser les Indiens en protégeant leur personne, leurs biens et leurs possessions et en préservant leurs droits et privilèges²³⁵.

L'occupation de leur territoire ancestral par les diverses nations autochtones signifie plus qu'uniquement leur présence physique. Lorsqu'une collectivité occupe un territoire, qu'elle décide de l'utilisation des ressources qui s'y trouvent, qu'elle y puise ce qui est nécessaire à sa survie, qu'elle seule a le pouvoir de décider de céder ou non ce territoire, du

234. Proclamation royale précitée, note 34, p. 5.

235. Voir le texte correspondant à la note 41.

moment, de l'étendue et de la contrepartie de cette cession, qu'elle protège ce territoire et qu'elle a le pouvoir de conclure des alliances militaires en ce sens, alors cette collectivité est véritablement une nation en plein exercice de son autonomie gouvernementale. C'est tout cela que protège la Couronne lorsqu'elle protège les territoires non cédés de la Proclamation royale. Elle protège bien sûr un espace géographique, mais il s'agit d'un espace où les peuples autochtones demeurent maîtres et où les lois coloniales faites par et pour les colons européens ne s'appliquent pas à ces peuples et à leurs territoires.

La reconnaissance de l'autonomie gouvernementale par la Couronne britannique pourrait difficilement être mise en doute à la lumière notamment des instructions royales, contemporaines de la Proclamation royale, fournies à plusieurs gouverneurs de colonie. À titre d'exemple, rappelons l'article 61 des instructions à Murray. Selon cet article, les gouverneurs devaient s'enquérir, entre autres, du nombre d'Indiens et de la localisation des diverses tribus, mais aussi de leur mode de vie et des règles et constitutions en vertu desquelles ils se gouvernaient²³⁶.

En fait, à l'époque de la Proclamation royale, l'autonomie gouvernementale était clairement un attribut du territoire autochtone. Bruce Clark énonçait cette idée de la façon suivante :

[...] [the] legal protection and reservation of tribal sovereignty follow from legal protection and reservation of tribal land. The British crown historically reserved all unceded North American land, and enacted that upon such land the native nations or tribes should not be molested or disturbed. The argument is that by not molesting or disturbing these political entities, one necessarily leaves them in a self-governing condition²³⁷.

Encore ici, on est à même de constater que la protection inhérente à l'obligation de fiduciaire de la Couronne et l'autonomie gouvernementale sont très intimement liées. Ces deux concepts ne représentent pas une antinomie, mais ils témoignent plutôt d'une complémentarité. Une de leurs sources communes est la Proclamation royale, et ils participent à une même fin : la préservation de l'autonomie autochtone par l'entremise de la protection du territoire.

Nous sommes d'avis que le devoir de fiduciaire de la Couronne et l'autonomie gouvernementale doivent être considérés comme des compléments. L'étude de la doctrine des droits ancestraux mène elle aussi à cette conclusion.

236. Voir le texte correspondant à la note 47.

237. B. CLARK, *op. cit.*, note 2, p. 9 ; au même effet, voir : W.R. MCMURTRY et A. PRATT, *loc. cit.*, note 10, 41 ; et B. SLATTERY, *loc. cit.*, note 56, 736.

2.2.2 La doctrine des droits ancestraux

2.2.2.1 Contenu

Bien que la Couronne offre sa protection aux peuples autochtones, l'autonomie n'est pas pour autant anéantie. Au contraire, une majorité de la Cour suprême américaine a affirmé le droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale dès la décision dans l'affaire *Cherokee*²³⁸. Rappelons que la Cour avait alors décliné juridiction puisque, selon elle, les Cherokees ne constituaient pas un *foreign state* au sens de la Constitution américaine. Ainsi, bien qu'il partageât cet avis, le juge Johnson écrivait notamment :

Though without land that they can call theirs in the sense of property, *their right of personal self-government has never been taken from them*; and such a form of government may exist though the land occupied be in fact that of another. The right to expel them may exist in that other, but the alternative of departing and retaining the right of self government may exist in them. *And such they certainly do possess*; it has never been questioned, nor any attempt made at subjugating them as a people, or restraining their personal liberty except as to their land and trade²³⁹.

Pour sa part, le juge Thompson, aux motifs duquel souscrit le juge Story, adopte sans réserve des propos au même effet émis par le chancelier Kent dans l'affaire *Jackson c. Goodel*²⁴⁰.

238. *Cherokee*, précité, note 54. Pour un bref récit des faits, voir le texte correspondant à la note 61.

239. *Id.*, 27; l'italique est de nous.

240. *Jackson c. Goodel*, 20 Johns 193 (S. Ct. of Judicature 1823) (l'italique est de nous) :

We have purchased the greater part of their lands, destroyed their hunting grounds, subdued the wilderness around them, overwhelmed them with our population, and gradually abridged their native independence. Still they are permitted to exist as distinct nations, and we continue to treat with their sachems in a national capacity, and as being the lawful representatives of their tribes [...].

Through the whole course of our colonial history, these Indians were considered dependent allies. The colonial authorities uniformly negotiated with them, and made and observed treaties with them as sovereign communities exercising the right of free liberation and action; but, in consideration of protection, owing a qualified subjection in a national capacity to the British crown. *No argument can be drawn against the sovereignty of these Indian nations, from the fact of their having put themselves and their lands under the protection of the British crown: such a fact is of frequent occurrence between independent nations. One community may be bound to another by a very unequal alliance, and still be a sovereign state.* Vat. B.1, ch. 16, 194. The Indians, though born within our territorial limits, are considered as born under the dominion of their own tribes. There is nothing in the proceedings of the United States during the revolutionary war, which went to impair and much less to extinguish the national character of the six nations, and consolidate them with our own people. Every public document speaks a different language, and admits their distinct existence and competence as nations; but placed in the same state of dependence, and calling for the same protection

On constate donc que trois (Johnson, Thompson et Story) des cinq juges ayant entendu l'affaire *Cherokee* reconnaissaient dès lors le droit à l'autonomie gouvernementale des autochtones. En fait, seul le juge Baldwin s'est prononcé contre ce droit²⁴¹. Le juge en chef Marshall n'a pas formulé d'opinion sur le sujet. Il devait toutefois consacrer le droit à l'autonomie autochtone un an plus tard dans l'affaire *Worcester*²⁴².

Ce litige portait également sur l'applicabilité d'une loi de l'État de Georgie en territoire cherokee. Cette fois, la question de compétence ne se posait pas puisque l'appelant était un missionnaire américain. Il avait été accusé et condamné en vertu d'une loi de Georgie d'avoir résidé sur le territoire des Cherokees sans être titulaire du permis requis par ladite loi à cette fin. L'appelant eut gain de cause, et la loi georgienne a été déclarée inopérante quant au territoire cherokee.

Le juge en chef Marshall, à qui l'on attribue les origines judiciaires du devoir de fiduciaire²⁴³, a saisi l'occasion pour expliciter sa pensée quant aux relations particulières entre les premières nations et le pouvoir colonial. Il expliquait notamment que, dans la mesure où l'indépendance des peuples autochtones demeurait intouchée et que leur droit à l'autonomie gouvernementale était reconnu, ceux-ci acceptaient d'être désignés comme des sujets ou des enfants de leur père d'Europe. Il note que la Couronne n'a même jamais tenté d'intervenir dans leurs affaires internes, si ce n'est pour repousser d'autres nations qui auraient pu solliciter leur alliance²⁴⁴.

La décision offre également des précisions quant aux liens à faire entre l'obligation de protection, présage du devoir de fiduciaire, et l'autonomie autochtone. On dénote clairement des propos de la Cour que ces deux concepts sont davantage des compléments que des antonymes. Aussi, dans sa discussion des relations entre autochtones et découvreurs, le juge en chef Marshall écrivait :

What was of still more importance, the strong hand of government was interposed to restrain the disorderly and licentious from intrusions into their country, from encroachments on their lands, and from those acts of violence which were often attended by reciprocal murder. The Indians perceived in this protection only what was beneficial to themselves — an engagement to punish aggressions on them. *It*

which existed before the war. *In the treaties made with them we have the forms and requisites peculiar to the intercourse between friendly and independent states* ; and they are conformable to the received institutes of the law of nations. *What more demonstrable proof can we require of existing and acknowledged sovereignty.*

241. *Cherokee*, précité, note 54, 45.

242. *Worcester*, précité, note 55.

243. Voir le texte correspondant à la note 59.

244. *Worcester*, précité, note 55, 547.

*involved, practically, no claim to their lands, no dominion over their persons. It merely bound the nation to the British crown, as a dependent ally, claiming the protection of a powerful friend and neighbour, and receiving the advantages of that protection, without involving a surrender of their national character*²⁴⁵.

Après avoir noté que les nombreux traités passés entre les Indiens et la Grande-Bretagne, ensuite avec les États-Unis, témoignent de la reconnaissance du droit à l'autonomie gouvernementale autochtone, le juge en chef Marshall est d'avis que les autochtones n'ont pas renoncé à l'autonomie gouvernementale du seul fait qu'ils ont accepté, par une alliance, la protection d'une autre nation²⁴⁶.

On constate une fois de plus la coexistence du devoir de protection et de l'indépendance indienne. Cette coexistence est d'ailleurs intrinsèque à l'expression *domestic dependent nations*²⁴⁷ adoptée par le juge en chef Marshall pour désigner les peuples aborigènes.

Pour mieux saisir la teneur de cette désignation, il faut se rappeler les principes énoncés pour la première fois par la Cour suprême américaine, sous la plume du juge en chef Marshall dans l'affaire *Johnson*²⁴⁸, relativement à l'incidence de la découverte sur les droits territoriaux des parties en présence. Par la découverte, le découvreur obtenait le droit exclusif, à l'encontre de toute autre nation européenne, d'acquérir le titre indien défini alors comme un droit d'occupation et d'usage, sans contrainte²⁴⁹. Le titre absolu demeurait cependant celui du découvreur ou de la Couronne²⁵⁰.

245. *Id.*, 552 ; l'italique est de nous.

246. *Id.*, 560-561 (l'italique est de nous) : « and the settled doctrine of the law of nations is, that a weaker power does not surrender its independence — its right to self-government, by associating with a stronger, and taking its protection. A weak state, in order to provide for its safety, may place itself under the protection of one more powerful, without stripping itself of the right of government, and ceasing to be a state. »

247. Voir le texte correspondant à la note 62.

248. *Johnson*, précité, note 53.

249. *Id.*, 573-574.

250. *Id.*, 588, 592 et 603. Le juge en chef Marshall admet cependant que ces principes peuvent paraître injustes et qu'ils sont issus d'un compromis dicté par les faits et la situation historique de l'époque. Ces politiques, devenues des règles de droit, découlent beaucoup plus de la nécessité que d'arguments juridiques. Ainsi, faisant état de la particularité de la situation des peuples autochtones, le juge en chef écrivait (p. 591) : « That law which regulates, and ought to regulate in general, the relations between the conqueror and conquered, was incapable of application to a people under such circumstances. The resort to some new and different rule, better adapted to the actual state of things, was unavoidable. Every rule which can be suggested will be found to be attended with great difficulty [...] So, too, with respect to the concomitant principle, that the Indian inhabitants are to be considered merely as occupants, to be protected, indeed, while in peace, in the possession of their lands, but to be deemed incapable of transferring the

Cette proposition complète l'équation. Les peuples autochtones sont des nations *domestiques* en ce qu'ils occupent un territoire à l'intérieur des frontières du découvreur qui possède le titre ultime ; ils sont *dépendants* en ce qu'ils comptent sur la protection de la Couronne contre les atteintes à leurs droits territoriaux et à leur droit à l'autonomie gouvernementale, mais ils n'en demeurent pas moins des *nations*.

Ainsi, la doctrine des droits ancestraux, à l'instar de la Proclamation royale, constitue à la fois une source de l'obligation de fiduciaire et du droit à l'autonomie autochtone²⁵¹. La trilogie *Johnson, Worcester et Cherokee*, façonnée par le juge Marshall, représente en fait la naissance judiciaire et presque simultanée des deux concepts.

Cette complémentarité entre les deux institutions juridiques a même amené des auteurs à affirmer que non seulement leur coexistence est possible, mais que le devoir de fiduciaire a précisément comme but ultime la protection de l'autonomie gouvernementale. Ainsi, la raison d'être de l'obligation de fiduciaire serait tout particulièrement de veiller au respect de l'autonomie autochtone.

2.2.2.2 Complémentarité

On dit parfois de l'affaire *Worcester* qu'elle ne fait qu'exprimer le but sous-jacent du concept de *guardianship* énoncé par le juge Marshall lorsqu'elle confirme le droit à l'autonomie gouvernementale²⁵². Le professeur Chambers affirmait que « Marshall correctly discerned that the basic guarantee of the United States was the territorial and governmental integrity of the tribes²⁵³ ».

Il énonçait aussi, dans une opinion qu'il adressait au secrétaire américain de l'Intérieur, alors qu'il était lui-même solliciteur associé aux Affaires indiennes, que l'autonomie gouvernementale autochtone reconnue dans l'affaire *Worcester* était probablement la composante la plus importante de la relation de fiduciaire mais aussi la plus difficile à sanctionner²⁵⁴.

absolute title to others. However this restriction may be opposed to natural right, and to the usages of civilized nations, yet, if it be indispensable to that system under which the country has been settled, and be adapted to the actual condition of two people, it may, perhaps, be supported by reason, and certainly cannot be rejected by courts of justice. »

251. Quant à la Proclamation royale, voir le texte correspondant à la note 34.

252. D.M. JOHNSTON, *loc. cit.*, note 40, 321.

253. R.P. CHAMBERS, *loc. cit.*, note 60, 1246 ; l'italique est de nous.

254. R.P. CHAMBERS, « Associate Solicitor for Indian Affairs, Memorandum to the Secretary of the Interior from the Solicitor regarding a Definition of the Department's Trust Responsibility of the Indians », dans D.C. NAHWEGAHBOW *et al.*, *op. cit.*, note 8, p. 329 ; et NATIONAL INDIAN BROTHERHOOD et D. SANDERS, *op. cit.*, note 7, p. 58.

Pour Chambers, les traités, les ententes et les lois qui protègent l'autonomie autochtone ne font que fournir des appuis additionnels au concept que les tribus indiennes sont des *domestic dependent sovereigns* dans les limites territoriales des États-Unis et qu'elles ont droit au statut de gouvernement autonome²⁵⁵.

Dans cette optique, Chambers écrit dans son opinion :

The central purpose of the trust responsibility may be to honor that political guarantee. The property-related fiduciary standards may in this view be simply a means towards that ultimate end of creating for Indians a viable option to exist as a society, rural and land-based, within an increasingly metropolitan industrial nation²⁵⁶.

Il est clair que la thèse reprise par Chambers en 1975 découle directement des décisions de Marshall rendues dans les années 1830. Il ne faut cependant pas croire que la jurisprudence américaine des 160 dernières années a toujours été constante dans sa façon de concevoir le devoir de fiduciaire. Pour la Cour suprême des États-Unis, du temps du juge en chef Marshall, cette obligation représentait une source de protection des intérêts autochtones, dont le droit à l'autonomie. Pourtant, elle a plus tard aussi été perçue par la même Cour suprême comme une source de pouvoir du Congrès américain pour abroger unilatéralement des droits autochtones.

Ainsi, dans l'affaire *United States v. Kagama*²⁵⁷, la Cour devait décider de la constitutionnalité d'une loi du Congrès qui avait notamment pour effet de donner juridiction aux tribunaux américains quant à certains crimes commis par des Indiens sur des réserves indiennes, que la victime soit d'origine indienne ou non²⁵⁸. La Cour constate d'abord qu'aucune clause de la Constitution américaine n'autorise le Congrès à adopter une telle loi. Elle trouve la source de ce pouvoir dans la relation particulière et le devoir de protection qui existent entre les États-Unis et les Indiens.

La Cour s'exprime ainsi :

From their very weakness and helplessness so largely due to the course of dealing of the Federal Government with them and the treaties in which it has been promised, there arises the duty of protection, and with it the power²⁵⁹.

255. R.P. CHAMBERS, *loc. cit.*, note 254.

256. *Id.*, 50.

257. *United States v. Kagama*, 118 U.S. 375 (1886) (ci-après cité : « *Kagama* »).

258. La loi en question avait été adoptée pour infirmer l'arrêt rendu par la Cour suprême dans l'affaire *Ex Parte Crow Dog*, 109 U.S. 556 (1883), qui avait décidé que les cours fédérales n'avaient pas juridiction quant aux crimes commis par un Indien contre un autre Indien sur les terres de réserve. La Cour, par sa décision dans l'affaire *Kagama*, a choisi de respecter la volonté du Congrès.

259. *Kagama*, précité, note 257, 384.

Ce passage devait par la suite être repris dans l'affaire *Lone Wolf c. Hitchcock*²⁶⁰ pour confirmer le pouvoir du Congrès d'abroger unilatéralement, par une loi, les conditions d'un traité, en l'occurrence la disposition prévoyant que, pour être valide, une cession de territoire devait être ratifiée par les trois quarts des adultes de sexe masculin occupant ce territoire.

Ensemble, ces deux décisions servent de fondement à ce que l'on appelle la théorie du pouvoir entier du Congrès connue sous le vocable *plenary power doctrine*. Cette doctrine a depuis lors été atténuée par la jurisprudence subséquente²⁶¹, mais elle demeure valide pour confirmer la suprématie du Congrès à l'égard des autochtones²⁶².

Une fois la suprématie du Congrès bien consolidée, la Cour suprême, s'en trouvant rassurée, n'a pas hésité à revenir à une vision de l'obligation de fiduciaire, plus conforme à celle du juge en chef Marshall, qui lie ce devoir à l'autonomie gouvernementale. C'est ce que l'on constate à la lecture de la décision *Morton, Secretary of the Interior et al. v. Mancari et al.*²⁶³ rendue par la Cour en 1974. Les appelants, des employés non indiens du Bureau of Indian Affairs (BIA), engagent une poursuite à l'encontre de l'*Indian Reorganization Act of 1934*, lequel accorde une préférence aux Indiens en matière d'emploi quant aux postes et aux promotions disponibles à l'intérieur du BIA. Ils prétendent que cette loi est contraire au *Equal Employment Opportunity Act of 1972* et aux droits de propriété protégés par le cinquième amendement.

La Cour note que le but de cette préférence, tel qu'il est exprimé par l'historique de la législation, est de donner aux Indiens une plus grande participation à leur propre autonomie gouvernementale et de promouvoir l'obligation de fiduciaire du gouvernement à l'égard des tribus indiennes. La Cour joint ces deux derniers éléments de la façon suivante :

As long as the special treatment can be tied rationally to the fulfillment of Congress' unique obligation towards the Indians, such legislative judgments will not be disturbed. Here, where the preference is reasonable and rationally designed to

260. *Lone Wolf v. Hitchcock*, 187 U.S. 553, 567 (1903).

261. Voir notamment *U.S. v. Creek Nation*, 295 U.S. 103 (1935) où la Cour suprême énonçait (pp. 109-110) (l'italique est de nous): « The tribe was a dependent Indian community under the guardianship of the United States, and therefore its property and affairs were subject to the control and management of that government. But this power to control and manage was not absolute. While extending to all appropriate measures for protecting and advancing the tribe, it was subject to limitations inhering in such a guardianship and to pertinent constitutional restrictions. »

262. Pour un intéressant compte rendu des principales décisions américaines portant sur le devoir de fiduciaire, voir : D.M. JOHNSTON, *loc. cit.*, note 40.

263. *Morton, Secretary of the Interior c. Mancari*, 417 U.S. 535 (1974).

further Indian self-government, we cannot say that Congress' classification violates due process²⁶⁴.

La protection de l'autonomie gouvernementale est donc perçue par la Cour comme l'accomplissement par le Congrès de son obligation particulière envers les Indiens.

On trouve également, dans la doctrine américaine récente, un appui très sérieux à la thèse voulant que la protection de l'autonomie autochtone soit le but ultime du devoir de fiduciaire et, du même coup, à la conception des relations entre les États-Unis et les autochtones, telle qu'elle a été énoncée par le juge en chef Marshall. Un article non signé, publié par la Harvard Law Review en 1984²⁶⁵, fait état des divers fondements théoriques qui furent avancés pour expliquer la portée et justifier l'application ou non du devoir de fiduciaire à diverses situations.

Selon cet article, la première théorie appelée « culturelle », qui présuppose la supériorité d'une culture sur une autre et selon laquelle le peuple le plus fort protège le plus faible, doit être écartée. Cette thèse, véhiculée notamment par les affaires *Kagama* et *Lone Wolf*, est rejetée parce que contraire aux valeurs contemporaines et au principe de l'égalité de tous devant la loi²⁶⁶.

Quant à la seconde, la théorie du contrôle selon laquelle l'obligation de fiduciaire naît de l'exercice par le gouvernement de son pouvoir de contrôle sur les actifs indiens, elle doit aussi être mise de côté. Cette position provenant de la récente décision de la Cour suprême dans l'affaire *U.S. v. Mitchell et al. II*²⁶⁷ ne peut être retenue puisqu'elle est, selon cette opinion, circulaire. En effet, on prétend que, si le contrôle est une façon d'accomplir le devoir de fiduciaire, ce devoir ne peut en retour être justifié par le contrôle²⁶⁸.

Ainsi, la solution préconisée par cette étude est de reconnaître le principe de l'autonomie comme le fondement même de l'obligation de fiduciaire :

The most just and sensible interpretation of the trust doctrine would require the U.S. as the Indians tribes' trustee, to afford the tribes enough political autonomy to enable them to chart their own economic, social and cultural development²⁶⁹.

264. *Id.*, 555.

265. ANONYME, *loc. cit.*, note 60.

266. *Id.*, 426.

267. *U.S. v. Mitchell et al. II*, 463 U.S. 206 (1983). Après avoir pris note des nombreuses lois relatives aux forêts et à la propriété des Indiens, la Cour statua (p. 225) : « Moreover, a fiduciary relationship necessarily arises when the Government assumes such elaborate control over forests and property belonging to Indians. »

268. ANONYME, *loc. cit.*, note 60, 428.

269. *Id.*, 429.

En conséquence, le principe de l'autonomie exigerait des juges qu'ils reconnaissent et sanctionnent à la limite du possible, à l'intérieur de leur discrétion, le devoir des États-Unis de protéger l'autonomie autochtone²⁷⁰.

Enfin, cette analyse démontre comment les décisions du juge Marshall justifient cette approche. On y rappelle que, dans l'affaire *Worcester*, le juge avait décrit les tribus comme des nations autogouvernantes qui recevaient la protection d'une autre nation sans pour autant renoncer à leur statut national ni se soumettre en tant que sujets aux lois du maître²⁷¹.

La conception des liens qui existent entre l'obligation de fiduciaire des autorités et l'autonomie autochtone, et qui, en fait, rend ces deux régimes pratiquement indissociables, reçoit aussi l'assentiment des auteurs canadiens.

McMurtry et Pratt²⁷² considèrent que la coexistence des deux éléments est possible et même inévitable. Elle nécessite cependant, selon eux, que l'on reconnaisse qu'il peut y avoir des degrés divers de souveraineté entre les parties en cause. Selon cette thèse, la Couronne détient une certaine souveraineté et les nations autochtones aussi. L'autonomie autochtone bénéficie de la protection véhiculée par le devoir de fiduciaire. Ils expriment le lien entre les deux concepts comme suit :

It is in our view possible, even inevitable, to extend the fiduciary concept to the political sphere, to a recognition that *the federal Crown holds attributes of Indian nations' sovereignty in trust*²⁷³.

Clark abondait dans le même sens dans sa démonstration de l'existence d'un droit constitutionnel à l'autonomie gouvernementale des autochtones²⁷⁴.

D'autres²⁷⁵ ont aussi appuyé cette jonction de l'obligation de fiduciaire et de l'autonomie autochtone, mais la jurisprudence canadienne est encore

270. *Id.*, 434.

271. *Id.*, 435 : « Marshall used this rationale to protect the tribes' autonomy against a threat from Georgia's laws. Thus in framing the famous dicta on which the trust doctrine is founded, Marshall voiced a conception of Indian rights rooted in the principle of autonomy. »

272. W.R. MCMURTRY ET A. PRATT, *loc. cit.*, note 10.

273. *Id.*, 32 ; l'italique est de nous.

274. B. CLARK, *op. cit.*, note 2, p. 184.

275. Voir le rapport Penner, *op. cit.*, note 20, p. 133, où l'on énonce que, dans l'éventualité où l'autonomie politique des premières nations serait reconnue, alors la « responsabilité première du gouvernement fédéral serait de promouvoir l'autonomie politique d'une manière qui respecte les droits et les intérêts des premières nations indiennes » ; voir aussi : D.C. NAHWEGAHBOW *et al.*, *op. cit.*, note 8, p. 327 : « Self-government may be the most basic goal of the trust relationship. And, approached as the goal, though not

muette à cet égard. Certaines causes traitent du devoir de fiduciaire et d'autres, bien que cela soit fait de façon très fragmentaire, du droit à l'autonomie gouvernementale, mais aucune n'a encore expressément relié les deux idées pour en faire des compléments. Seule la décision rendue par la Cour suprême dans l'affaire *Sparrow*²⁷⁶ offre cette possibilité. Il faudrait cependant préalablement admettre que l'autonomie des premières nations est un droit ancestral au sens de l'article 35²⁷⁷, lequel droit bénéficierait alors, selon cet arrêt, de la protection inhérente au devoir de fiduciaire.

Quoi qu'il en soit, il est clair que cette approche qui, finalement, tire ses origines des anciennes décisions américaines, est appelée à se développer en droit canadien. Cela est d'autant plus vrai si l'on considère que les décisions américaines, particulièrement celles du juge en chef Marshall, sont reconnues de façon constante par nos tribunaux à titre de précédents recevables en droit canadien²⁷⁸.

Conclusion

En conclusion, nous pouvons donc réitérer que l'obligation de fiduciaire de la Couronne et le droit à l'autonomie gouvernementale des autochtones ont des sources communes. Elles sont reconnues par la même Proclamation royale et font partie intégrante de la même doctrine des droits ancestraux, laquelle fut synthétisée par la jurisprudence américaine du début du XIX^e siècle.

Outre le fait que ces deux institutions aient des sources communes, nous avons démontré la place respective qu'elles occupent en droit canadien. Non seulement elles existent encore aujourd'hui, mais elles ont pris beaucoup d'ampleur dans le contexte juridique canadien actuel et sont assurément appelées à se développer davantage. La coexistence de l'autonomie gouvernementale autochtone et du devoir de fiduciaire de la Couronne est inévitable. On peut même affirmer que ces deux éléments font maintenant partie intégrante de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le droit ancestral inhérent à l'autonomie gouvernementale est un droit existant et il devra être précisé notamment par l'intermédiaire du devoir de fiduciaire de la Couronne. Loin de s'opposer, les deux concepts juridiques se complètent.

as a subject of the trust relationship, may provide an understanding of Indian self-government not readily available from any other vantage point. »

276. *Sparrow*, précité, note 6.

277. Voir le texte correspondant à la note 193.

278. Voir le texte correspondant à la note 66.