



National Library  
of Canada

Acquisitions and  
Bibliographic Services Branch

395 Wellington Street  
Ottawa, Ontario  
K1A 0N4

Bibliothèque nationale  
du Canada

Direction des acquisitions et  
des services bibliographiques

395, rue Wellington  
Ottawa (Ontario)  
K1A 0N4

50-10-100-0000-0

50-10-100-0000-0

## NOTICE

The quality of this microform is heavily dependent upon the quality of the original thesis submitted for microfilming. Every effort has been made to ensure the highest quality of reproduction possible.

If pages are missing, contact the university which granted the degree.

Some pages may have indistinct print especially if the original pages were typed with a poor typewriter ribbon or if the university sent us an inferior photocopy.

Reproduction in full or in part of this microform is governed by the Canadian Copyright Act, R.S.C. 1970, c. C-30, and subsequent amendments.

## AVIS

La qualité de cette microforme dépend grandement de la qualité de la thèse soumise au microfilmage. Nous avons tout fait pour assurer une qualité supérieure de reproduction.

S'il manque des pages, veuillez communiquer avec l'université qui a conféré le grade.

La qualité d'impression de certaines pages peut laisser à désirer, surtout si les pages originales ont été dactylographiées à l'aide d'un ruban usé ou si l'université nous a fait parvenir une photocopie de qualité inférieure.

La reproduction, même partielle, de cette microforme est soumise à la Loi canadienne sur le droit d'auteur, SRC 1970, c. C-30, et ses amendements subséquents.

Canada

**LA COEXISTENCE DE L'OBLIGATION  
DE FIDUCIAIRE DE LA COURONNE ET DU DROIT  
À L'AUTONOMIE GOUVERNEMENTALE  
DES PEUPLES AUTOCHTONES**

**Alain LAFONTAINE**

Thèse de maîtrise sous la direction de  
**Monsieur le Professeur Bradford W. MORSE**  
dans le cadre du programme d'études supérieures  
en droit à l'Université d'Ottawa

**Le 25 mai 1993**



Alain Lafontaine, Ottawa, Canada, 1993



National Library  
of Canada

Acquisitions and  
Bibliographic Services Branch

395 Wellington Street  
Ottawa, Ontario  
K1A 0N4

Bibliothèque nationale  
du Canada

Direction des acquisitions et  
des services bibliographiques

395, rue Wellington  
Ottawa (Ontario)  
K1A 0N4

*Vous le / Vous référez*

*Caché / Non référencé*

The author has granted an irrevocable non-exclusive licence allowing the National Library of Canada to reproduce, loan, distribute or sell copies of his/her thesis by any means and in any form or format, making this thesis available to interested persons.

L'auteur a accordé une licence irrévocable et non exclusive permettant à la Bibliothèque nationale du Canada de reproduire, prêter, distribuer ou vendre des copies de sa thèse de quelque manière et sous quelque forme que ce soit pour mettre des exemplaires de cette thèse à la disposition des personnes intéressées.

The author retains ownership of the copyright in his/her thesis. Neither the thesis nor substantial extracts from it may be printed or otherwise reproduced without his/her permission.

L'auteur conserve la propriété du droit d'auteur qui protège sa thèse. Ni la thèse ni des extraits substantiels de celle-ci ne doivent être imprimés ou autrement reproduits sans son autorisation.

ISBN 0-315-89642-6

Canada



UNIVERSITÉ D'OTTAWA  
UNIVERSITY OF OTTAWA

**À mon épouse *Louise***  
**et à mes enfants, *Simon, Danie et Micaèle***

**- REMERCIEMENTS -**

Je tiens à remercier très sincèrement  
le professeur Bradford Morse  
d'avoir accepté de mettre à ma disposition  
ses vastes connaissances en droit autochtone  
et de m'avoir si généreusement guidé  
dans la rédaction de cette thèse.

## AVANT-PROPOS

Au cours des dernières années, l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones a occupé beaucoup de place dans les milieux politique et juridique. Les nations autochtones prétendent qu'elles ont le droit inhérent de s'auto-gouverner et qu'il s'agit là d'un droit ancestral protégé par la constitution canadienne.

D'autre part, on compte de plus en plus de recours intentés contre la Couronne, au motif qu'elle a manqué à son obligation de fiduciaire envers les autochtones, et on constate une réceptivité accrue des tribunaux face à de telles prétentions.

La présente thèse se veut une étude des liens qui peuvent exister entre ces deux concepts juridiques.

L'intérêt du sujet relève de l'incompatibilité apparente qui existe entre le droit des peuples autochtones de s'auto-gouverner 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, nommément la Proclamation royale de 1763 et la doctrine des droits ancestraux, nous exposerons comment ces deux institutions juridiques étaient perçues historiquement. Nous comptons ainsi faire état des liens qui ont existé entre elles et qui doivent servir de nos jours à orienter les instances politiques et judiciaires quant à la façon d'aborder les questions reliées au devoir de la Couronne face aux revendications autochtones du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale.

Aussi, nous retracerons l'évolution de ces concepts en droit canadien pour mieux faire le point sur la place qu'ils y occupent présentement. Ceci nous permettra de proposer certains principes susceptibles de chapeauter la coexistence du devoir de fiduciaire de la Couronne et de l'autonomie gouvernementale. Nous explorerons notamment l'incidence que peut avoir l'obligation de fiduciaire sur le volet économique de l'autonomie autochtone, de même que sur la juridiction d'un éventuel gouvernement autochtone autonome dans le cadre de la constitution canadienne.

Bien sûr, il serait impossible de traiter des innombrables questions que pose l'intégration d'un troisième ordre de gouvernement au sein de la fédération canadienne. Nous espérons néanmoins contribuer à démystifier, dans une modeste mesure, ces concepts, *a priori* plutôt flous, et suggérer des avenues que nous souhaitons aussi concrètes que possible, pour définir les rapports entre le rôle particulier de la Couronne à titre de fiduciaire à l'égard des autochtones et l'autonomie gouvernementale de ces derniers.

**NOTA BENE - Les propos tenus dans cette thèse sont propres à l'auteur et ne sauraient être attribués au ministère de la Justice du Canada.**

LA COEXISTENCE DE L'OBLIGATION DE FIDUCIAIRE  
DE LA COURONNE ET DU DROIT À L'AUTONOMIE GOUVERNEMENTALE  
DES PEUPLES AUTOCHTONES

TABLE DES MATIÈRES

	<u>PAGE</u>
<u>INTRODUCTION</u>	1
<u>PREMIÈRE PARTIE - LA JUSTIFICATION DE LA COEXISTENCE</u>	15
<u>CHAPITRE I - L'OBLIGATION DE FIDUCIAIRE</u>	15
<u>SECTION 1 - LES SOURCES DE L'OBLIGATION</u>	16
PARAGRAPHE 1 - LA <u>PROCLAMATION ROYALE DE 1763</u>	16
A - Contenu	18
B - Applicabilité	25
PARAGRAPHE 2 - LA DOCTRINE DES DROITS ANCESTRAUX	27
A - Contenu	27
B - Applicabilité	32
<u>SECTION 2 - L'ÉVOLUTION DE L'OBLIGATION</u>	36
PARAGRAPHE 1 - LA JURISPRUDENCE ANTÉRIEURE À LA <u>LOI CONSTITUTIONNELLE DE 1982</u>	37
PARAGRAPHE 2 - L'IMPACT DE LA <u>LOI</u> <u>CONSTITUTIONNELLE DE 1982</u>	45
A - La sanction judiciaire: l'affaire <u>Guerin</u>	45
B - La dimension constitutionnelle: l'affaire <u>Sparrow</u>	57
<u>CHAPITRE II - LE DROIT À L'AUTONOMIE</u>	62

	<u>PAGE</u>
<b>SECTION 1 - L'ACQUIESCEMENT PAR LE DROIT COLONIAL</b>	<b>64</b>
PARAGRAPHE 1 - LA <u>PROCLAMATION ROYALE DE 1763</u>	<b>64</b>
A - Contenu	<b>54</b>
B - Complémentarité	<b>74</b>
PARAGRAPHE 2 - LA DOCTRINE DES DROITS ANCESTRAUX	<b>77</b>
A - Contenu	<b>77</b>
B - Complémentarité	<b>83</b>
<b>SECTION 2 - L'ÉVOLUTION DU DROIT À L'AUTONOMIE</b>	<b>91</b>
PARAGRAPHE 1 - LA RÉTICENCE DE LA JURISPRUDENCE	<b>92</b>
PARAGRAPHE 2 - L'IMPACT DE LA <u>LOI</u> <u>CONSTITUTIONNELLE DE 1982</u>	<b>101</b>
<b><u>DEUXIÈME PARTIE - LES MODALITÉS DE LA COEXISTENCE</u></b>	<b>114</b>
<b>CHAPITRE I - <u>L'OBLIGATION DE FIDUCIAIRE ET</u></b> <u>L'AUTONOMIE ÉCONOMIQUE</u>	<b>125</b>
<b>SECTION 1 - LA PROTECTION DU VOLET ÉCONOMIQUE</b>	<b>126</b>
PARAGRAPHE 1 - AVEC UNE BASE TERRITORIALE	<b>127</b>
PARAGRAPHE 2 - EN L'ABSENCE DE BASE TERRITORIALE	<b>137</b>
<b>SECTION 2 - LES LIMITES DE LA PROTECTION</b>	<b>141</b>
PARAGRAPHE 1 - UN NIVEAU DE VIE COMPARABLE	<b>141</b>
PARAGRAPHE 2 - L'ABSENCE D'OBLIGATION D'AGIR	<b>144</b>

	<u>PAGE</u>
<b>CHAPITRE II - <u>L'OBLIGATION DE FIDUCIAIRE ET LA JURIDICTION AUTOCHTONE</u></b>	<b>155</b>
<b>SECTION 1 - L'ÉTENDUE DE LA JURIDICTION PROTÉGÉE</b>	<b>156</b>
PARAGRAPHE 1 - SUR LE TERRITOIRE OCCUPÉ	158
PARAGRAPHE 2 - SUR LE TERRITOIRE NON OCCUPÉ	163
<b>SECTION 2 - LES LIMITES DE LA PROTECTION</b>	<b>165</b>
PARAGRAPHE 1 - LA DISTINCTION ENTRE LA JURIDICTION ET L'EXERCICE DE L'AUTONOMIE	165
PARAGRAPHE 2 - L'ABSENCE D'OBLIGATION D'AGIR	169
<b><u>CONCLUSION</u></b>	<b>173</b>
<b><u>ANNEXE A</u></b>	<b>177</b>
<b><u>ANNEXE B</u></b>	<b>185</b>
<b><u>BIBLIOGRAPHIE</u></b>	<b>193</b>
I - MONOGRAPHIES	193
II - RAPPORTS ET DOCUMENTS GOUVERNEMENTAUX	195
III - ARTICLES DE REVUES	196
<b><u>TABLE DE JURISPRUDENCE</u></b>	<b>199</b>
<b><u>TABLE DE LÉGISLATION</u></b>	<b>204</b>

**NOTE AU LECTEUR:** Dans le but d'éviter toute divergence qui pourrait être due à la traduction, nous citerons, tout au long de notre étude, les jugements dans leur langue d'origine.

INTRODUCTION -

De prime abord, l'obligation de fiduciaire de la Couronne<sup>1</sup> et l'autonomie gouvernementale des autochtones sont deux institutions juridiques 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

---

<sup>1</sup> Le terme "Couronne" est utilisé 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 en doctrine veut que la 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: William I.C. BINNIE, "The Sparrow Doctrine: Beginning of the End or End of the Beginning", (1990) 15 Queen's L.J. 217, pp. 228-9; Richard BARTLETT, "You Can't Trust the Crown: The fiduciary obligation of the Crown to the Indians: Guerin v. The Queen" (1984-85) 49 Sask. Law Rev. 367, p. 374; Sébastien GRAMOND, "La protection constitutionnelle des droits ancestraux des peuples autochtones et l'arrêt Sparrow", (1991) 36 McGill L.J. 1382, p. 1397. On retrouve un passage intéressant à ce sujet dans les motifs du juge Dickson dans l'affaire Mitchell c. Peguis, [1990] 2 R.C.S. 85 à la page 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"; a contrario voir les motifs du juge La Forest, à la page 144; le juge en chef McEachern discute des responsabilités du fédéral et de la Colombie-Britannique dans l'affaire Delgamuukw v. B.C., [1991] 3 W.W.R. 97, aux pages 442-5; voir aussi les chapitres de Alan PRATT, "Federalism in the era of aboriginal self-government" et Bradford MORSE, "Government obligations, aboriginal peoples and section 91(24) of the Constitution Act, 1867" dans David C. HAWKES (éd.), Aboriginal Peoples and Government Responsibility, Ottawa, Carleton University Press, 1989.

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, ce conflit entre l'obligation de fiduciaire et l'autonomie gouvernementale n'est pas du tout récent et n'a rien de contemporain à l'effervescence que l'on connaît en droit autochtone présentement. Le premier litige ayant soulevé la contradiction a pour cause d'action une série de transactions qui ont été faites dans les années 1640. Il s'agit de l'affaire Mohegan Indians v. Connecticut<sup>2</sup> dont la décision finale, suite à un appel au Conseil Privé, n'a été rendue qu'en 1773.

Par le biais 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

---

<sup>2</sup> Cette affaire ne se retrouve pas dans les recueils de jurisprudence usuels. Elle fut, à toute fin pratique, ressuscitée par Joseph Henry 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 Bruce CLARK, Native Liberty, Crown Sovereignty - The Existing Aboriginal Right of Self-Government in Canada, Montreal, McGill-Queen's University Press, 1990, pp. 28 et 40.

constituait une cession pure et simple. Le litige a donné lieu à un long et complexe processus judiciaire<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> 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 émise, sous le grand sceau, le 19 juillet 1704. On y prévoyait un droit d'appel à la Reine en conseil. Une 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 tel qu'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 émise 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, suite à des représentations par les Mohegans au "Board of Trade", que celui-ci recommanda l'émission d'une nouvelle Commission de révision. Elle fut émise 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 très irrégulier, cassa les procédures de 1737-38. Une nouvelle Commission de révision fut émise en 1741 et reçut le grand sceau en janvier 1743. Par une décision rendue en août 1743, une majorité des commissaires concluait 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, de renverser 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 question de juridiction par le biais de laquelle on concluait à leur statut de nation quasi-

Ce qui importe pour nos fins, c'est surtout l'argument mis de l'avant 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 1770-71:

... 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."<sup>4</sup> (nous soulignons)

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 intérêts<sup>5</sup>.

---

souveraine fut confirmée. Pour un exposé historique plus détaillé de ces procédures, voir J.H. SMITH, id., pp. 422-42 et B. CLARK, id., pp. 40-5.

<sup>4</sup> Voir J.H. SMITH, supra, note 2, p. 434, note 109.

<sup>5</sup> Voir B. CLARK, supra, 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. Du fait qu'elle précède la révolution américaine, elle fut

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 indiennes."<sup>6</sup> On relève 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 fiduciaire<sup>7</sup>. D'autre part, certains affirment que la dévolution d'une autorité législative aux autochtones éliminerait l'obligation de fiduciaire de la Couronne<sup>8</sup>. La jurisprudence canadienne contient elle aussi des énoncés de ce genre. Dans une récente

---

largement ignorée par les tribunaux américains. Ceci 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.

<sup>6</sup> 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, chapitre I, 19 juillet 1990; 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. 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.

<sup>7</sup> NATIONAL INDIAN BROTHERHOOD and Douglas SANDERS, The Friendly Care and Directing Hand of the Government; A Study of Government Trusteeship of Indians in Canada, Ottawa, 1977, p. 24.

<sup>8</sup> David C. NAHWEGAHBOW, Michael W. POSLUNS, Don ALLEN & Associates, Douglas SAUNDERS, 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, Avril 1983, p. 254.

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 (en l'occurrence la Couronne) que le rôle fiduciaire de la Couronne est incompatible avec le statut autonome d'alliées libres revendiqué par les tribus amérindiennes.<sup>9</sup>

(la parenthèse est la nôtre)

En fait, ce devoir de la Couronne qui, en soi, a pour but la protection des intérêts autochtones est souvent invoqué par la Couronne comme motif pour sa rétention du contrôle à l'égard des biens et des activités autochtones. Ceci a bien sûr pour conséquence, sinon d'empêcher, à tout le moins de retarder l'accès à l'autonomie gouvernementale<sup>10</sup>.

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

---

<sup>9</sup> R. c. Elizabeth Vincent, 22 janvier 1993, C.A. Ontario, no. C8006, p. 27. 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. Ceci 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 et, ce faisant, il fait l'affirmation ci-haut citée. Celle-ci est par conséquent nettement en obiter.

<sup>10</sup> William R. McMURTRY et Alan PRATT, "Indians and the Fiduciary Concept, Self-Government and the Constitution: Guerin in Perspective," [1986] 3 C.N.L.R., 19, p. 40.

<sup>11</sup> R. c. Sparrow, [1990] 1 R.C.S. 1075, (ci-après l'affaire Sparrow).

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 du paragraphe 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982<sup>12</sup> dans la cause 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 du paragraphe 35(1) et, donc, que la disposition était inopérante au sens de l'article 52 de la Loi constitutionnelle de 1982.

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

Yet, we find that the words "recognition and affirmation" incorporate the fiduciary relationship referred to earlier and so import some restraint on the exercise of sovereign power.<sup>13</sup>

et un peu plus loin,

The special trust relationship and the responsibility of the government vis-à-vis aboriginals must be the first consideration in determining whether the legislation or action in question can be justified.<sup>14</sup>

Ainsi, le concept de la relation de fiduciaire entre la Couronne et les autochtones, déjà bien ancré en droit canadien

---

<sup>12</sup> Le paragraphe 35(1) se lit comme suit: "Les droits existants - ancestraux ou issus de traités - des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés."

<sup>13</sup> Supra, note 11, p. 1109.

<sup>14</sup> Id., p. 1114.

depuis l'affaire Guerin<sup>15</sup>, 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 35.

On remarque, 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:

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 rendrait.<sup>16</sup>

Toutefois, pour plus de certitude, les autochtones revendiquent une modification constitutionnelle énonçant de

---

<sup>15</sup> Guerin c. La Reine, [1984] 2 R.C.S. 335 (ci-après l'affaire 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. Pour les causes antérieures à l'affaire Guerin qui font état du rôle de fiduciaire de la Couronne, voir texte infra, p. 37.

<sup>16</sup> COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, Le droit à l'autonomie gouvernementale des autochtones et la Constitution: Commentaire, Ottawa, 1992, p. 17; voir aussi pp. 26-7.

façon claire qu'ils ont ce droit inhérent<sup>17</sup> à l'autonomie gouvernementale. Ils ont réussi à faire insérer ce droit dans l'entente constitutionnelle de Charlottetown qui fut toutefois refusée par la population.<sup>18</sup>

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 Penner<sup>19</sup>, aux conférences constitutionnelles de 1983, 1984, 1985 et 1987, au projet de loi C-52<sup>20</sup>, à la législation portant sur la bande Sechelt<sup>21</sup>, de même qu'aux ententes conclues avec les diverses

---

<sup>17</sup> 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 id., p. 19.

<sup>18</sup> Rapport du consensus sur la Constitution, Charlottetown, 28 août 1992. Nous nous référerons à l'occasion aux dispositions pertinentes du Projet de texte juridique du 9 octobre 1992, fondé sur l'entente de Charlottetown. Cette ébauche de texte fournit une indication claire de la perception des gouvernements au Canada et du degré de reconnaissance de l'autonomie gouvernementale que ceux-ci étaient disposés à intégrer dans la constitution.

<sup>19</sup> CHAMBRE DES COMMUNES CANADA, L'autonomie politique des Indiens au Canada - rapport du comité spécial, Ottawa, 1983. (ci-après le rapport Penner)

<sup>20</sup> Loi relative à l'autonomie gouvernementale des nations indiennes, projet de loi C-52, deuxième session, trente-deuxième législature, 32-33 Elizabeth II, 1983-84. Ce projet de loi est mort au feuillet.

<sup>21</sup> 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), ch. 7.

entités autochtones tel le Conseil des Indiens du Yukon<sup>22</sup> et les Dene-Métis<sup>23</sup>.

Ces récents développements 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.

Le but de la présente thèse est de démontrer que ces deux institutions non seulement peuvent mais doivent coexister et de proposer une ébauche des modalités et des principes susceptibles de régir cette coexistence.

À cette fin, une mise en garde s'impose. Notre objectif n'est pas de faire une revue exhaustive de toutes les causes ou circonstances où l'obligation de fiduciaire a été ou devrait être appliquée, ni de revoir tous les principes du droit de la fiducie ou du trust. Il ne s'agit pas non plus de faire une étude de tous les modèles possibles de gouvernement autochtone autonome ou de tous les droits ou paramètres juridiques relatifs au droit à l'autonomie gouvernementale.

Une étude complète de l'un ou l'autre de ces deux concepts dépasserait largement les cadres de notre exposé. Nous sommes conscients que chacun de ces deux sujets est très vaste. Toutefois, notre étude ne porte sur ni l'un ni l'autre. Elle vise plutôt, et spécifiquement, à étaler les liens et les relations qui existent entre les deux. Pour les besoins de la

---

<sup>22</sup> CANADA, Comprehensive Land Claim Umbrella Final Agreement Between the Government of Canada, the Council for Yukon Indians and the Government of Yukon, le 31 mars 1990.

<sup>23</sup> CANADA, Comprehensive Land Claim Agreement Between Canada and the Dene Nation and the Metis Association of the Northwest Territories, le 9 avril 1990.

cause et pour circonscrire davantage les paramètres de notre discussion, certaines précisions de vocabulaire s'imposent.

Il convient d'abord de remarquer que nous utilisons le terme "obligation ou devoir de fiduciaire" dans son sens générique plutôt que dans un quelconque sens technique<sup>24</sup>. Aussi considérons-nous que tous les vocables anglophones de "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 ces diverses relations de fiduciaire/bénéficiaire. Cette conception de l'obligation de fiduciaire est conforme à la doctrine<sup>25</sup> et à la jurisprudence canadiennes<sup>26</sup>. Nous

---

<sup>24</sup> C'est aussi l'approche retenue en droit américain, voir Seminole Nation v. U.S., 316 U.S. 286, p. 295 (1941). Il s'agit de la première cause 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 Fed. (2nd) 320, p. 322 (U.S. Ct of Claim 1966); Manchester Band of Pomo Indians Inc. v. U.S., 363 Fed. Supp. 1238, p. 1246 (N.D. Cal. 1973).

<sup>25</sup> J.R. Maurice GAUTREAU, "Demystifying the Fiduciary Mystique", (1989) Can. Bar Rev. 1, p. 2; l'auteur fait d'ailleurs remarquer (note 2) que "fiduciaire" est le mot latin pour "trust" et qu'il vient du mot "fiducia".

<sup>26</sup> Le juge Dickson écrivait dans l'arrêt Guerin, supra, note 15, p. 384: "It is sometimes said that the nature of fiduciary relationships is both established and exhausted by the standard categories of agent, trustee, partner, director, and the like. I do not agree. It is the nature of the relationship, not the specific category of actor involved that gives rise to the fiduciary duty. The categories of fiduciary, like those of negligence, should not be considered closed. See, e.g. Laskin v.

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 utilisé 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 lorsque l'on compare l'expression ancienne de "guardian and ward" à la version moderne de "fiduciaire et bénéficiaire".

Quant à l'autonomie gouvernementale, nous la définissons comme étant 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 utiliserons 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<sup>27</sup>.

---

Bache & Co. Inc. (1971), 23 D.L.R. (3d) 385 (Ont. C.A.), at p. 392: Goldex Mines Ltd. v. Revill (1974), 7 O.R. 216 (Ont. C.A.), at p. 224." Dans M.(K.) v. M.(H.), 142 N.R. 321, le plus récent jugement de la Cour suprême à traiter des relations de fiduciaire, le juge La Forest écrivait, en page 387: "In Lac Minerals I stressed the point, which also emerges from Frame v. Smith, that the substance of the fiduciary obligation in any given case is not derived from some immutable list of duties attached to a category of relationships. In other words, the duty is not determined by analogy with the "established" heads of fiduciary duty. Rather, the nature of the obligation will vary depending on the factual context of the relationship in which it arises."

<sup>27</sup> L.R.C. (1985), ch. I-5. Toute distinction à ces égards 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

Dans le but de cerner 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 est un exemple<sup>28</sup>. Les considérations de droit international dans le domaine ne seront pas non plus abordées<sup>29</sup>. De même, les questions relatives aux remèdes et aux recours possibles en cas de manquement à l'obligation de fiduciaire<sup>30</sup> ne seront pas étudiées d'une façon directe, mais elles seront nécessairement traitées de façon incidente lors de l'analyse d'arrêts. Nous nous limiterons quant au droit étranger, à la doctrine et à la jurisprudence américaines<sup>31</sup>. Notre recours au droit australien et néo-zélandais ne sera que très limité<sup>32</sup>.

---

doctrine des droits ancestraux qui ne fait aucune distinction. À ce sujet voir B. CLARK, op.cit., note 2, p. 83.

<sup>28</sup> Pour un aperçu général du droit relatif aux traités autochtones voir: Simon c. La Reine, [1985] 2 R.C.S. 387; R. c. Horseman, [1990] 1 R.C.S. 901; R. c. Sioui, [1990] 1 R.S.C. 1025.

<sup>29</sup> Sur cet aspect voir: Chantal BERNIER, "La négociation de l'autonomie politique des Autochtones du Québec et le droit international", (1984) 1 R.Q.D.I. 359; CLINEBELL & THOMPSON, "Sovereignty and Self-Determination: The Rights of Native Americans under International Law", 27 Buffalo Law Review 669; L.C. GREEN, "Aboriginal People, International Law, and the Canadian Charter of Rights and Freedoms" (1983), 61 Can. Bar Rev. 341.

<sup>30</sup> À cet égard voir J.R.M. GAUTREAU, loc. cit., supra, note 25, p. 20.

<sup>31</sup> Sur la valeur des précédents américains en droit canadien voir texte infra, p. 32.

<sup>32</sup> Pour une discussion du droit relatif au devoir de fiduciaire en Australie et en Nouvelle-Zélande, voir D.C. NAHWEHABOW et al, loc. cit., supra, note 8, p. 218; voir aussi la récente décision Mabo et ors. v. State of Queensland, (no. 2), [1992] 175 C.L.R. 1 (High Court of Australia).

Pour arriver à nos fins, nous avons choisi de diviser notre exposé en deux parties. Dans la première, nous nous attarderons à étudier les raisons qui font en sorte que l'autonomie gouvernementale autochtone et l'obligation de fiduciaire de la Couronne peuvent et doivent coexister et, dans la seconde, nous exposerons comment et à partir de quels principes cette coexistence est possible.

La première partie nous amènera à démontrer, d'une part, que l'obligation de fiduciaire et l'autonomie gouvernementale ont les mêmes sources juridiques et, d'autre part, que ce sont deux concepts qui existent toujours en droit canadien et qu'ils sont en fait des compléments.

Une fois cette étape franchie, nous discuterons en deuxième partie des modalités et des principes nécessaires à la coexistence de l'obligation de fiduciaire de la Couronne et de l'autonomie gouvernementale autochtone. On aura alors l'occasion d'étudier l'incidence du devoir de fiduciaire, d'une part, sur le volet économique de l'autonomie autochtone et, d'autre part, sur la juridiction d'un gouvernement autochtone autonome. Ces sujets seront abordés sous deux hypothèses différentes: selon la première, la nation autochtone bénéficie toujours de sa base territoriale ancestrale pour ne l'avoir jamais cédée, alors que selon la seconde, le territoire ancestral a fait l'objet d'une cession valide en faveur de la Couronne, et la communauté autochtone se trouve confinée à un territoire beaucoup plus petit, telle une réserve au sens de la Loi sur les Indiens.<sup>33</sup>

---

<sup>33</sup> Voir supra, note 27, art. 2.

PREMIÈRE PARTIE  
LA JUSTIFICATION DE LA COEXISTENCE

CHAPITRE I - L'OBLIGATION DE FIDUCIAIRE

L'expression "obligation de fiduciaire" et la description du rôle de la Couronne à l'égard des autochtones comme étant celui d'un fiduciaire sont relativement récentes en droit canadien, mais le concept que véhicule cette 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. On exposera, dans la première section de ce chapitre, la naissance du devoir de fiduciaire à partir des principales sources de droit autochtone: la Proclamation royale de 1763 et la doctrine des droits ancestraux. Une revue de l'évolution jurisprudentielle de l'obligation de fiduciaire nous permettra, dans la deuxième section, de voir comment ce concept a survécu et en est arrivé à faire partie intégrante de la protection constitutionnelle accordée aux droits des autochtones par l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982.

## SECTION 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 fait les tribunaux ou encore de la doctrine des droits ancestraux telle que synthétisée par le juge en chef Marshall de la Cour suprême des États-Unis dans les années 1800. Le devoir de fiduciaire de la Couronne n'y fait pas exception.

PARAGRAPHE 1 - LA PROCLAMATION ROYALE DE 1763

La Proclamation royale de 1763<sup>34</sup> n'est pas la première

---

<sup>34</sup> Proclamation royale de 1763, L.R.C. (1985), appendice II, no. 1; La Proclamation royale est reproduite intégralement à l'annexe A. 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. Ceci nous semble impératif dans le but d'éviter toute confusion étant donné les divergences majeures 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.

"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;"  
(nous soulignons)

"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 paisibles 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,"  
(nous soulignons)

La version française permet à certains, notamment au Procureur général du Québec dans Decontie c. La Reine,

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 traité<sup>35</sup> intervenu avec les 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 soulignons)

Nous avons cependant choisi de traiter de la Proclamation royale de 1763 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 cette politique britannique devant régir les relations avec les autochtones. De surcroît, on accorde à la Proclamation un caractère constitutionnel<sup>36</sup> en plus

---

[1989] R.J.Q. 1893 (Cour supérieure) répertorié en première instance sous La Reine v. Frank Côté et autres, [1988] R.J.Q. 1969 (Cour provinciale), de soutenir que la Proclamation elle-même ne reconnaît pas de territoires réservés aux Indiens. 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.

<sup>35</sup> Le texte du traité est reproduit intégralement dans l'affaire Simon, *supra*, note 28, pp. 392-5. On le retrouve aussi dans Peter A. CUMMING et Neil H. MICKENBERG, Native Rights in Canada, 2<sup>nd</sup> ed., Toronto, The Indian-Eskimo Association of Canada, 1972, pp. 307-9.

<sup>36</sup> Voir infra, note 55.

d'en faire expressément mention à l'article 25 de la Charte canadienne des droits et libertés<sup>37</sup>.

#### A - Contenu

On s'entend généralement pour dire que la Proclamation royale de 1763 ne crée pas de droits en faveur des autochtones mais qu'elle a plutôt pour effet de reconnaître des droits pré-existants<sup>38</sup>. Elle a l'avantage de faire état de façon concise, bien que parfois fragmentaire, des droits inhérents des peuples autochtones et témoigne de la reconnaissance de ces droits par la Couronne britannique à cette époque spécifique.<sup>39</sup>

---

<sup>37</sup> 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 traité ou autres - des peuples autochtones du Canada, notamment: a) aux droits ou libertés reconnus par la Proclamation royale du 7 octobre 1763; ..."

<sup>38</sup> Voir Guerin, supra, note 15, pp. 378-9; John HURLEY, "The Crown's Fiduciary Duty and Indian Title: Guerin v. The Queen" (1985) 30 McGill L.J., 559, pp. 568-9; sur ce point et sur la Proclamation royale en général voir aussi: Kenneth M. NARVEY, "The Royal Proclamation of 7 October 1763, the common, and native rights to land within the territory granted to the Hudson's Bay Company", (1974) 38 Sask. L.R. 123; Brian SLATTERY, The land rights of indigenous canadian people, as affected by the Crown's acquisition of their territories, Ph.D. thesis, University of Oxford, 1979; Jack STAGG, Anglo-Indian relations in North America to 1763 an analysis of the Royal Proclamation of 7 October 1763, Ottawa, Research Branch Indian and Northern Affairs Canada, 1981.

<sup>39</sup> 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. Le Ministre des Affaires Indiennes et du Nord Canada, [1980] 1 C.F. 518, aux pages 557-8 la Cour fédérale, section de première instance, énonçait ainsi les éléments à prouver pour établir un titre aborigène que reconnaîtrait la common law. Les autochtones doivent établir: "1. That they and their ancestors were members of an organized society;

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 étant 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 être 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 le biais de la politique britannique relative aux premières nations, laquelle était appliquée notamment lors de la conclusion de traités et, par la suite, par la Proclamation royale de 1763.

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 de 1763, la protection des nations alliées faisait partie intégrante de la politique britannique. Déjà en 1670, les

---

2. That the organized society occupied the specific territory over which they assert the aboriginal title; 3. That the occupation was to the exclusion of other organized societies; 4. That the occupation was an established fact at the time sovereignty was asserted by England." (nous soulignons) 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 suite à la conquête des Français et au traité de Paris de 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, supra, note 1, pp. 368-73 et 381-90; A.G. of Ontario v. Bear Island Foundation (1984), 49 O.R. (2d) 352 (HC) (confirmé: (1989) 68 O.R. (2d) 394 (C.A.)); confirmé pour d'autres motifs [1991] 2 R.C.S. 570), la Cour d'appel et la Cour suprême n'ont pas traité de cette question.

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 severely punish the said injuries.<sup>40</sup>  
(nous soulignons)

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 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 only.<sup>41</sup> (nous soulignons)

---

<sup>40</sup> Journals of the Legislative Assembly of the Province of Canada, App. E.E.E., art. 1 (20 mars 1844-45); voir aussi Darlene M. JOHNSTON, "A theory of Crown trust towards aboriginal peoples", (1986) Ott. L.R. 307, p. 309.

<sup>41</sup> Adam SHORTT et Arthur G. DOUGHTY, Documents Relating to the Constitutional History of Canada 1759-1791, Part I, Ottawa, Canadian Archives, 1918, p. 128; on notera que non seulement les biens mais aussi les droits et privilèges des occupants devaient être protégés.

C'est donc dans cette optique que les Lords of Trade ont entrepris de rédiger la Proclamation royale de 1763. Celle-ci rendait officielle la politique britannique en ce qu'elle devait être diffusée de façon à ce que tous, et surtout les collectivités autochtones, en soient informés. Cette publicité était devenue nécessaire pour apaiser les populations autochtones alors mécontentes des empiètements sur leurs territoires et des atteintes répétées à leur droits<sup>42</sup>. En plus de confirmer ces droits, la Proclamation royale de 1763 clarifiait les droits des sujets britanniques sur le territoire et à l'égard de celui-ci, et elle leur imposait certaines restrictions.<sup>43</sup>

Ainsi, la Proclamation rendait impérative la politique antérieure en lui accordant force de loi à l'égard des autorités coloniales. Conformément aux intentions du souverain, telles que transmises aux Lords of Trade par Lord Egremont, la Proclamation contient des dispositions destinées à la protection des intérêts autochtones. On y retrouve 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 Territories ...<sup>44</sup>  
(nous soulignons)

Cette protection se manifeste notamment par l'interposition de la Couronne dans le processus de cession des terres

---

<sup>42</sup> Voir texte infra, p. 71.

<sup>43</sup> Voir notamment texte infra, p. 23, note 46.

<sup>44</sup> Supra, note 34, p. 4.

indiennes. Dans le but de prévenir les "abus et les fraudes" contre les Indiens, la Proclamation 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 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 de 1763 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 Colonies respectively, within which they shall lie.<sup>45</sup>

---

<sup>45</sup> Id., p. 6. Il faut remarquer que la Proclamation fait une distinction entre les terres situées à l'intérieur des colonies et celles 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

En plus de ce mécanisme de cession, la Proclamation accomplit le devoir de protection assumé par la Couronne en ordonnant le déguerpissement 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 "Settlements".<sup>46</sup>

Les Lords of Trade ont veillé à donner suite aux prescriptions de la Proclamation qu'ils ont eux-mêmes rédigées. La Couronne assumait ainsi son rôle de fiduciaire dans ses relations avec les nations aborigènes. Ceci est apparent à la lecture des instructions transmises aux gouverneurs des diverses colonies à des époques contemporaines, mais postérieures à la Proclamation royale de 1763. Les articles 60, 61 et 62 des instructions adressées au gouverneur Murray de la colonie de Québec, le 7 décembre 1763, sont représentatifs<sup>47</sup>:

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

---

revendiquait aucune forme de souveraineté à l'égard des tribus vivant à l'extérieur des colonies.

<sup>46</sup> Id., p. 5.

<sup>47</sup> 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 Leonard W. LABARGE, Royal Instructions to British Colonial Governors 1670-1776, New York, 1935, pp. 478-480.

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 the 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 the said Indians as depend upon your Government be carried on in the Manner, and under the Regulations prescribed in Our said Proclamation.<sup>48</sup> (nous soulignons)

En conformité avec la Proclamation royale de 1763, et avec les instructions données à leur intention, les autorités coloniales ont posé des gestes concrets 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 de 1763 et qui se sont établis sur des territoires non cédés de la colonie de Québec ont été expulsés par les autorités coloniales. Cette décision fondée sur le non-

respect de la Proclamation fut par la suite ratifiée par un décret impérial.<sup>49</sup> 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 grant".<sup>50</sup>

C'est par le biais de cette protection des intérêts autochtones que la Couronne assumait son rôle de fiduciaire. La consignation de ce rôle dans la Proclamation royale de 1763 fait de celle-ci une source juridique de l'obligation de fiduciaire.

## B - Applicabilité

Dans cette perspective, le rôle de la Proclamation amène deux questions additionnelles: celle de son applicabilité à travers le Canada et celle de sa force à titre de source de droit.<sup>51</sup> Ni l'une ni l'autre d'entre elles n'a reçu de réponse définitive de notre Cour suprême qui a pourtant eu l'occasion à maintes reprises de se prononcer à ces égards. Cette carence

---

<sup>49</sup> Pour les détails de ces événements voir B. SLATTERY, supra, note 38, pp. 223-4.

<sup>50</sup> Voir les propos du juge Gwyne dans St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen (1887), 13 S.C.R. 577, p. 652.

<sup>51</sup> Il ne serait ni possible ni utile de traiter de ces questions dans le cadre de la présente étude. Notre but, dans cette revue de la Proclamation royale, est d'abord et avant tout d'établir qu'elle constitue une des sources communes de l'obligation de fiduciaire et de l'autonomie gouvernementale. Ainsi nous nous contentons de renvoyer le lecteur à certains auteurs ayant traité de ces questions: voir à cet effet infra, note 54 et 55.

s'explique, d'une part, par le fait que la Proclamation ne fait que confirmer des droits pré-existants qui découlent de l'occupation historique du territoire par les premières nations et, d'autre part, par le fait que les propositions qu'on y retrouve ont toutes été reprises et élaborées par la common law dans ce que l'on désigne comme la doctrine des droits ancestraux. Cette doctrine, maintenant partie intégrante du droit canadien<sup>52</sup>, fut élaborée par la Cour suprême des États-Unis, plus particulièrement par le juge en chef Marshall, au début du 19<sup>e</sup> siècle. La doctrine des droits ancestraux reprend les attributs essentiels des droits autochtones contenus dans la Proclamation mais ne présente pas les difficultés relatives à l'applicabilité géographique et à la force juridique de la Proclamation. Les principes énoncés par le juge en chef Marshall dans cette doctrine font partie de la common law canadienne et, de ce fait, sont applicables uniformément dans tout le pays.<sup>53</sup> Il suffit donc pour nos tribunaux d'appliquer la doctrine des droits ancestraux pour éviter d'avoir à élucider les problèmes d'application géographique propres à la Proclamation. Cependant, comme la Proclamation est fondamentalement conforme à la common law des droits ancestraux, les instances judiciaires n'hésitent pas à l'invoquer comme argument additionnel à l'appui de leur décision.<sup>54</sup>

Il en est de même des questions liées à la force ou au statut juridique de la Proclamation.<sup>55</sup> On évite d'y répondre en

---

<sup>52</sup> Voir texte infra, p. 32.

<sup>53</sup> Voir texte infra, p. 34.

<sup>54</sup> Sur l'applicabilité géographique de la Proclamation royale de 1763, voir B. SLATTERY, supra, note 38, J. STAGG, supra, note 38 et K.M. NARVEY, supra, note 38.

<sup>55</sup> Sur la force et le statut juridique de la Proclamation royale de 1763 voir: St-Catherine's Milling & Lumber Co. v. R. (1887), 14 App. Cas. 46 (Conseil Privé); R. v.

appliquant les principes de la doctrine des droits ancestraux qui ont la force que l'on attribue à la common law. Celle-ci bénéficie d'un statut constitutionnel depuis l'arrivée de l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982, à tout le moins dans la mesure où elle se rapporte à des droits ancestraux ou issus de traités maintenant reconnus et confirmés par cet article.

C'est de cette doctrine des droits ancestraux et de son incidence sur l'obligation de fiduciaire dont il sera maintenant question.

## PARAGRAPHE 2 - LA DOCTRINE DES DROITS ANCESTRAUX

### A - Contenu

La doctrine des droits ancestraux, connue sous le vocable anglais "doctrine of aboriginal rights", constitue ce que certains ont appelé un véritable code<sup>56</sup> des principes régissant

---

McMaster, [1926] Ex. C.R. 68, p. 72; Easterbrook v. R., [1931] S.C.R. 210, pp. 214-18; Calder c. P.G. Colombie-Britannique, [1973] R.C.S. 313, à la page 395 le juge Hall décrivait la Proclamation comme suit: "Its force as a statute is analogous to the status of the Magna Carta which has always been considered to be the law throughout the Empire. It was a law which followed the flag as England assumed jurisdiction over newly-discovered or acquired lands or territories." Dans R. v. Secretary of State for Foreign & Commonwealth Affairs, [1982] 2 All E.R. 118, à la p. 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»." Voir aussi B. SLATTERY, supra, note 38.

<sup>56</sup> B. CLARK, op. cit., supra, note 2, p. 13.

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 19<sup>e</sup> siècle. Il s'agit des affaires Johnson v. McIntosh<sup>57</sup>, The Cherokee Nation v. State of Georgia<sup>58</sup> et Worcester v. State of Georgia<sup>59</sup>.

Ces décisions sont bien connues en droit autochtone canadien, surtout en ce qui a trait aux droits territoriaux respectifs des "découvreurs" et des premiers occupants. Cette partie de la doctrine des droits ancestraux<sup>60</sup> 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

---

<sup>57</sup> Johnson and Graham's Lessee v. McIntosh, 8 Wheaton 543 (1823).

<sup>58</sup> Cherokee Nation v. State of Georgia, 5 Peters 1 (1831) (dorénavant l'affaire Cherokee).

<sup>59</sup> Worcester v. State of Georgia, 6 Peters 515 (1832).

<sup>60</sup> Pour la distinction entre la doctrine des droits ancestraux et la doctrine du titre indien voir B. SLATTERY, "Understanding Aboriginal Rights", (1987) 66 Can. Bar Rev. 727, p. 737. Nous acceptons cette distinction pour les fins de notre étude. Elle ne fait toutefois pas l'unanimité. Certains préfèrent la thèse inverse à l'effet que le titre indien inclut tous les droits ancestraux.

(aussi appelé le droit constitutionnel impérial<sup>61</sup>) et qui sont donc, en principe, applicables uniformément dans toutes les colonies britanniques<sup>62</sup>. 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, à toutes fins utiles, 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 canadiens<sup>63</sup> qu'américains<sup>64</sup>, qui ont étudié la question se réfèrent invariablement au jugement du juge Marshall dans l'affaire Cherokee<sup>65</sup> comme étant la source judiciaire de ce que l'on appelle maintenant le devoir de fiduciaire. Dans cette cause, la Cour suprême des États-Unis

---

<sup>61</sup> Ibid. et B. CLARK, op. cit., supra, note 2, p. 37.

<sup>62</sup> Voir texte infra, p. 32, 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 texte infra, p. 34.

<sup>63</sup> L.C. GREEN, "Trusteeship and Canada's Indians", (1976) 3 Dalhousie L.J. 104, p. 104; D.M. JOHNSTON, supra, note 40, p. 319; R. BARTLETT, supra, note 1, p. 309; W.R. McMURTRY and A. PRATT, supra, note 10, p. 25; James I. REYNOLDS dans Lew F. HARVEY, The Fiduciary Obligation of the United States and Canadian Governments Towards Indian Peoples, dans THE CONTINUING LEGAL EDUCATION SOCIETY OF BRITISH COLUMBIA, Indians and the Law II, 1985, p. 1.1.01.

<sup>64</sup> Reid Peyton CHAMBERS, "Judicial Enforcement of the Federal Trust Responsibility to Indians", (1975) 27 Stanford L.R., 1213, p. 1216; Winifred T. GROSS, "Tribal Resources: Federal Trust Responsibility: United States Energy Development Versus Trust Responsibilities to Indian Tribes", (1981) 9 Am. Ind. L.R. 309, p. 313; voir aussi un article non signé: "Rethinking the Trust Doctrine in Federal Indian Law", (1984) 98 Harv. L.R. 422, p. 423.

<sup>65</sup> Supra, note 58.

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 Cherokee, étendaient l'application des lois de l'État sur le territoire Cherokee et ainsi dépouillaient les Cherokee de la protection de leurs lois. La cause 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 land they occupy, until that right shall be extinguished by a voluntary cession to 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 pupillage. Their relation to the United States resembles that of a ward to his guardian.<sup>66</sup>

(nous soulignons)

---

<sup>66</sup> Id., p. 17.

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 étant 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 reste de la pensée de Marshall en ce qu'elle n'inclurait pas le degré d'autonomie qu'il reconnaît par ailleurs aux peuples autochtones<sup>67</sup>. Il est clair pour lui, comme on le verra de sa décision dans Worcester<sup>68</sup>, que les tribus indiennes étaient véritablement des nations bénéficiant d'une grande indépendance et ayant le droit au respect le plus strict de cette autonomie. Aussi, cette 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 ci-haut cité confirme que cette expression "ward to his guardian" est reliée 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 father."<sup>69</sup>

---

<sup>67</sup> En effet, techniquement, la relation entre un "ward and his guardian" présuppose l'inaptitude du premier et, en ce sens, l'expression traduit mal les relations entre l'État et les peuples autochtones, telles que décrites par le juge en chef Marshall.

<sup>68</sup> Voir texte infra, p. 79.

<sup>69</sup> Supra, note 58, p. 17.

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.

### **B - 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 cette 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 indiennes<sup>70</sup>. 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 le biais surtout des décisions de la Cour suprême du juge en chef Marshall.<sup>71</sup> 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

---

<sup>70</sup> Voir B. SLATTERY, supra, note 60, p. 737.

<sup>71</sup> Voir supra, notes 57, 58 et 59.

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.

Ceci dit, il ne faut pas se surprendre que l'on accepte d'emblée l'applicabilité en droit canadien de la jurisprudence américaine ancienne<sup>72</sup>. En effet, non seulement la doctrine mais aussi la jurisprudence canadienne a souvent accepté sans réserve la teneur des décisions américaines en droit autochtone. Ceci 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 le vocable de doctrine du titre aborigène ou "doctrine of aboriginal title". Les propos du juge en chef Marshall à ce sujet ont été entérinés à maintes reprises par notre Cour suprême<sup>73</sup>, surtout depuis l'affirmation suivante tirée du jugement du juge Strong dans l'affaire St-Catherine's 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

---

<sup>72</sup> Sur l'admissibilité de causes américaines à titre de précédents en droit canadien voir: B. SLATTERY, loc. cit., supra, note 60, p. 737; B. CLARK, op. cit., supra, note 2, pp. 12 et 36; Darlene M. JOHNSTON, loc. cit., supra, note 40, p. 317; W.R. MURTRY et A. PRATT, loc. cit., supra, note 10, p. 28; Richard BARTLETT, "The Fiduciary Obligation of the Crown to the Indians" (1989) 53 Sask. Law Rev. 309, pp. 323 et 324.

<sup>73</sup> Voir B. SLATTERY, loc. cit., supra, note 60, p. 739, note 38.

established by the British government and therefore identical with those which are also continued to be recognized and applied to British North America.<sup>74</sup>

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 non seulement permettent l'adoption au Canada des anciens arrêts américains mais justifient également l'application uniforme dans tout le pays de la doctrine des droits ancestraux. Comme l'expliquait Slattery<sup>75</sup>, 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 tire également un argument favorable à l'uniformité d'application de la doctrine des droits ancestraux dans la

---

<sup>74</sup> Supra, note 50, p. 610.

<sup>75</sup> Supra, note 60, pp. 737-8; voir aussi: Brian SLATTERY, "The Independance of Canada" (1983), 5 Sup. Ct. L.R. pp. 375-84.

décision de la Cour suprême Roberts c. Canada<sup>76</sup>. 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 pays.<sup>77</sup> L'obligation de fiduciaire

---

<sup>76</sup> [1989] 1 R.C.S. 322.

<sup>77</sup> Voir *a contrario* la décision du juge O. Frenette de la Cour supérieure du Québec dans l'affaire Decontie c. La Reine, [1989] R.J.Q. 1893. Cet arrêt nous apparaît nettement erroné en ce qu'il fait fi de principes relatifs aux droits des autochtones expressément acceptés à de nombreuses reprises par la Cour suprême du Canada. À titre d'exemple le juge Frenette exige, pour conclure à l'existence du titre indien sur un territoire, que ce titre ait été préalablement reconnu par les autorités européennes (voir p. 1903). Or, selon notre Cour suprême, le titre aborigène existe indépendamment de toute reconnaissance étatique; voir entre autres Guerin, *supra*, note 15, C.P. c. Paul, [1988] 2 R.C.S. 654, Sparrow, *supra*, note 11. La Cour d'appel du Québec a récemment confirmé le jugement de la Cour supérieure quant au titre indien; voir Côté c. La Reine, [1993] R.J.Q. 1350. Ce faisant la Cour va à contre courant de toute la common law fédérale du titre indien. Elle appuie son raisonnement sur l'existence du régime français au Québec avant la conquête britannique.

n'a évidemment pas stagné depuis la Proclamation royale et l'élaboration de la doctrine des droits ancestraux. Il convient d'aborder l'étude de son évolution.

## SECTION 2 - L'ÉVOLUTION DE L'OBLIGATION

L'obligation de fiduciaire de la Couronne a beaucoup évolué dans notre droit depuis la Proclamation royale de 1763 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 reliés au rôle de fiduciaire de la Couronne. Les décisions récentes de notre Cour suprême sur le sujet ont donné un nouvel essor au concept de la fiducie envers les autochtones.

Nous ne comptons pas faire ici une analyse exhaustive de toutes les facettes de l'obligation de fiduciaire de la Couronne à l'égard des autochtones en droit canadien. L'objectif fixé ne nécessite pas une telle étude, et le cadre de notre travail ne la permet pas.

Nous visons plutôt à 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<sup>78</sup>, aucun

---

<sup>78</sup> Supra, note 15.

jugement n'était fondé directement sur le rôle de fiduciaire de la Couronne<sup>79</sup>. 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 Guerin c. La Reine a changé le droit antérieur sur le sujet. Finalement, nous étudierons l'impact de l'arrêt Sparrow<sup>80</sup>.

PARAGRAPHE 1 - LA JURISPRUDENCE ANTÉRIEURE À LA  
LOI CONSTITUTIONNELLE DE 1982

Contrairement à ce que l'on serait tenté de croire, nos tribunaux reconnaissent depuis fort longtemps la relation unique entre la Couronne et les autochtones<sup>81</sup>. 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 la cause Commissioner of Indian Lands for Lower Canada v. Payant<sup>82</sup>, la Cour devait décider de la validité de la vente par un Indien à un non-Indien du bois coupé par le vendeur sur les terres réservées aux Indiens. La vente fut considérée 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.

---

<sup>79</sup> Voir texte infra, p. 44.

<sup>80</sup> Supra, note 11.

<sup>81</sup> Pour une discussion de la jurisprudence ancienne sur le sujet voir D.C. NAHWEGAHBOW et al., op. cit., supra, note 8, p. 22 et R. BARTLETT, loc. cit., supra, note 72, pp. 301-304.

<sup>82</sup> (1856) 8 R.J.Q. 29 (ci-après l'affaire Payant); SLATTERY, 1 C.N.L.C. 66. Dans cette affaire, le Commissaire prit action 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.

En 1868, la Ontario Court of Chancery faisait état de ces liens particuliers entre la Couronne et les autochtones dans l'arrêt Mutchmore v. Davis<sup>83</sup>. 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 eu 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 n'étaient régies par aucune loi. Voici comment les juges majoritaires<sup>84</sup> 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 lands.<sup>85</sup> (nous soulignons)

Il est important de remarquer que ce rôle de "trustee and guardian" de la Couronne, tel que 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

---

<sup>83</sup> (1868) 14 Gr. 346 rapporté dans SLATTERY, 1 C.N.L.C. 309 (ci-après cité à partir de C.N.L.C.).

<sup>84</sup> Le juge Van Koughnet écrivait pour 4 de ses 6 confrères.

<sup>85</sup> Supra, note 83, p. 321.

de fiduciaire n'aurait pu mener à un recours contre la Couronne en raison de l'immunité de cette dernière.

La cause Fegan v. McLean<sup>86</sup>, en 1869, présente des faits très similaires à ceux de l'affaire Payant. Le Commissaire des 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 fiducie par la Couronne. La Cour juge toutefois que ceci 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 A.G. of Canada v. Giroux<sup>87</sup>, 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 étant ceux d'un "tutor for pupil" et de "trustee of the Indian title".<sup>88</sup>

---

<sup>86</sup> (1869) 29 U.C.Q.B. 202; SLATTERY, 1 C.N.L.C. 253.

<sup>87</sup> (1916) 53 S.C.R. 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 lors d'une vente en justice. La Couronne prétendait que l'Indien n'avait pas le droit d'acheter les terres qu'elle lui a vendues après la cession par la Bande. Cet argument fut rejeté et la Couronne fut déboutée de son action.

<sup>88</sup> Id., p. 195.

Parmi les causes antérieures à l'affaire Guerin, Dreaver et al. v. The King<sup>89</sup> 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 spécifique. 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".<sup>90</sup> Chacun de ces actes de cession des terres stipulait 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".<sup>91</sup>

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", l'action n'était pas prescrite.

---

<sup>89</sup> SLATTERY, 5 C.N.L.C., 92 (1935 Cour de l'Échiquier).

<sup>90</sup> Id., p. 109.

<sup>91</sup> Id., p. 108.

La Cour acceptait ainsi l'argument formulé par le demandeur quant à la prescription:

The 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 suppliant are not barred by the statute of limitation.<sup>92</sup>

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 les fins de 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<sup>93</sup> 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, plus particulièrement les dispositions contre les empiètements sur les réserves, le juge Martin écrivait:

---

<sup>92</sup> Id., p. 97.

<sup>93</sup> [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, L.R.C. (1927), ch. 98, portant sur le "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 que portant sur des aspects différents.

Even were there no game laws in existence such legislation would be necessary to protect the welfare of these 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" ... .<sup>94</sup> (nous soulignons)

L'affaire Re Kane<sup>95</sup> 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:

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 ... .<sup>96</sup>  
(nous soulignons)

---

<sup>94</sup> Id., p. 490. Le juge Martin écrivait alors un jugement distinct mais faisant partie de la majorité. Son collègue dissident, le juge McDonald utilisait 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) (nous soulignons)

<sup>95</sup> [1940] 1 D.L.R. 390.

<sup>96</sup> Id., p. 397. 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.

On retrouve aussi dans la cause St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Limited v. The King<sup>97</sup> un énoncé émanant de notre Cour suprême 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, L.R.C. 1906, ch. 81, 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 obligation.<sup>98</sup> (nous soulignons)

Pour la première fois dans l'affaire Miller v. The King<sup>99</sup>, 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 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

---

<sup>97</sup> [1950] R.C.S. 211.

<sup>98</sup> Id., p. 219. 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.

<sup>99</sup> [1950] R.C.S. 168, voir en particulier les motifs des juges Taschereau et Kellock aux pages 174-9. Le juge Locke se dit d'accord avec leurs propos, voir page 186.

expressément prononcée sur l'existence ou non d'un véritable trust. Elle permit quand même le recours contre la Couronne puisque, comme le faisait remarquer le juge Kellock écrivant aussi pour le juge Taschereau:

Although the matters present relations of the nature of a trust, they contain likewise the ordinary elements of a contract.<sup>100</sup>

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. Ceci s'explique sans doute en grande partie par le fait que les tribunaux n'étaient pas alors sensibilisés, comme les gouvernements d'ailleurs<sup>101</sup>, 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 Island ci-haut citée.<sup>102</sup>

---

<sup>100</sup> Id., p. 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.

<sup>101</sup> Qu'il suffise de rappeler le livre blanc publié par le gouvernement Trudeau en 1969, MINISTÈRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADA, La politique indienne du gouvernement du Canada, 25 juin 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, supra, note 55, en 1973, devait changer de façon définitive cette fausse perception et ouvrir la voie à l'avancement de la cause autochtone en droit canadien.

<sup>102</sup> Voir texte supra, p. 43, note 98.

Il a fallu attendre l'affaire Guerin et la Loi constitutionnelle de 1982 pour que le devoir de fiduciaire soit sanctionné par les tribunaux.

## PARAGRAPHE 2 - L'IMPACT DE LA LOI CONSTITUTIONNELLE DE 1982

### A - La sanction judiciaire: l'affaire Guerin

L'affaire Guerin<sup>103</sup> constitue très certainement un point tournant quant au devoir de fiduciaire de la Couronne. En effet, c'est à cette occasion que notre Cour suprême reconnaissait pour la première fois un recours contre la Couronne fondé sur l'obligation de fiduciaire.<sup>104</sup>

Le litige survient suite à 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, pour 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

---

<sup>103</sup> Supra, note 15. L'arrêt Guerin a été repris récemment par notre Cour suprême dans les affaires Frame c. Smith, [1987] 2 R.C.S. 99, p. 134; Lac Minerals Ltd c. International Corona Ressources Ltd., [1989] 2 R.C.S. 574, pp. 597, 600 et 644; Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co., [1991] 3 R.C.S. 534, pp. 546 et 549; M.(K.) v. M.(H.), 142 N.R. 321, pp. 376, 382 et 393.

<sup>104</sup> Il faut noter cependant que le jugement de la Cour suprême dans l'affaire Miller, supra, note 99, avait déjà ouvert la voie à un tel recours.

de fiduciaire, a été accueillie pour une somme de dix millions de dollars, plus intérêts.

Sans en faire une étude exhaustive<sup>105</sup>, on peut affirmer que les propositions majeures 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 sanctionnable par les tribunaux et, en ce sens, la théorie de la fiducie politique n'est pas applicable<sup>106</sup>; 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 Wilson<sup>107</sup> que le juge Dickson<sup>108</sup> sont d'opinion que l'obligation de fiduciaire, pour reprendre leur expression, "has its roots in aboriginal title".<sup>109</sup>

---

<sup>105</sup> Pour une étude approfondie de l'affaire Guerin voir: J. HURLEY, loc. cit., supra, note 38; R. BARTLETT, loc. cit., supra, note 72.

<sup>106</sup> Cependant, les obligations morales et politiques reliées à une telle fiducie demeurent.

<sup>107</sup> Elle écrivait aussi pour les juges Ritchie et McIntyre.

<sup>108</sup> Il 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.

<sup>109</sup> Supra, note 15, p. 349 pour la juge Wilson, p. 376 pour le juge Dickson.

Pour Madame la juge Wilson, l'article 18 de la Loi sur les Indiens<sup>110</sup> 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 au gouverneur en conseil pour décider quel usage est au bénéfice des Indiens ne peut s'exercer de façon incompatible avec le titre indien<sup>111</sup>. Pour la juge Wilson, l'article 18 ne fait que confirmer cette réalité historique qu'est le devoir de fiduciaire de la Couronne face aux 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" pour des fins de location<sup>112</sup>. Sur ce dernier point, le jugement du juge Dickson diffère. Pour lui, la cession n'a pas créée de véritable "trust" parce que tous les éléments qui y sont nécessaires ne sont pas présents, entre autres, parce qu'il n'y a pas de "trust corpus"<sup>113</sup>.

Quoiqu'il en soit, il appert clairement des deux jugements qu'un devoir de fiduciaire sanctionnable devant les tribunaux existe, peu importe qu'il y ait ou non création d'un véritable trust.

---

<sup>110</sup> L'article 18(1) se lit comme suit: Sauf les 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; et, sauf la présente loi et les 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.

<sup>111</sup> Supra, note 15, p. 349.

<sup>112</sup> Id., p. 355.

<sup>113</sup> Id., p. 386.

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 spécifiquement dans son inaliénabilité (sauf à la Couronne), alors que le second est l'existence d'un pouvoir discrétionnaire entre les mains du fiduciaire à l'égard des droits du bénéficiaire<sup>114</sup>. En l'occurrence, le juge Dickson identifiait cette discrétion dans l'article 18 de la Loi sur les Indiens.

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 fiduciaire<sup>115</sup>. Il est vrai que plusieurs passages de ses motifs peuvent justifier cette proposition<sup>116</sup>. Nous sommes cependant d'opinion 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

---

<sup>114</sup> Id., pp. 376 et 382-4.

<sup>115</sup> C'est notamment l'opinion du juge Addy dans Apsassin c. Canada, [1988] 3 C.F. 20: "With the exception of any special obligations which might be created by treaty, there is no special fiduciary relationship or duty owed by the Crown with regard to reserve lands previous to surrender nor, a fortiori, is there any remaining after the surrendered lands have been transferred and disposed of subsequently. The duty from that moment attaches to the proceeds of disposition."; voir aussi: ROBERT A. REITER, The Fundamental Principles of Indian Law, vol. I, part IV: The Crown's Fiduciary Obligation to Indians, Edmonton, First Nation Resource Council, 1990, p. 15; Jack WOODWARD, Native Law, Toronto, Carswell, 1989, p. 114.

<sup>116</sup> Supra, note 15, pp. 376, 382, 385 et 386.

appui à cette proposition dans la jurisprudence récente de la Cour d'appel fédérale.<sup>117</sup>

On pourrait également prétendre que l'obligation de fiduciaire que l'on retrouve dans Guerin est d'abord et avant tout une obligation statutaire étant donné que, selon l'opinion du 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

---

<sup>117</sup> Dans Kruger c. La Reine, [1986] 1 C.F. 3, le juge Heald écrivait quant à la nécessité d'une cession: "I do not think, however, that what was said by Mr. Justice Dickson relative to the fiduciary relationship existing between the Crown and the Indian can be construed in such a way as to be authority for the proposition generally that the fiduciary relationship arises only where there is a surrender of Indian lands to the Crown. It is correct to note, as did Mr. Justice Urie, that those comments were made by the learned Justice in the context of the facts of that case which involved a surrender of Indian lands to the Crown upon certain terms." Le juge Urie, parlant aussi pour le juge Stone, abondait dans le même sens, voir p. 48. Dans Apsassin c. La Reine, jugement rendu le 9 février 1993, no. A-1240-87, les juges Marceau (page 3 de ses motifs) et Stone (page 27 de ses motifs) ont expressément conclu qu'une obligation de fiduciaire pouvait exister sans qu'il y ait une cession préalable de droits. Voir aussi J. HURLEY, loc. cit., supra, note 38, p. 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."

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 fiduciaire quelconque n'en constitue pas la source mais représente plutôt un acquiescement à une relation pré-existante.<sup>118</sup>

Le principe de l'arrêt Guerin voulant que le rôle de fiduciaire de la Couronne émane du titre aborigène<sup>119</sup> amène la

---

<sup>118</sup> D. SANDERS, op. cit., supra, note 7, pp. 8-17, expose de façon très nette comment l'obligation de fiduciaire de la Couronne a graduellement fait son entrée dans le vocabulaire des lois canadiennes. Il démontre 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 l'article 18 de la Loi sur les Indiens reprend les éléments essentiels de l'obligation de fiduciaire que celle-ci n'existe pas en l'absence d'une telle disposition; aussi W.R. MCMURTRY & A. PRATT, loc. cit., supra, note 10, p. 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 l'affaire St. Ann's Shooting Club, supra, note 97, p. 220 et Roberts c. Canada, supra, note 76, à la page 340 où Mme le juge Wilson écrit pour la Cour: "While, as was made clear in Guerin, S. 18(1) of the Indian Act did not create the unique relationship between the Crown and the Indians, it certainly incorporated it into federal law by affirming that "reserves are held by Her Majesty for the use and benefit of the respective bands for which they were set apart."

<sup>119</sup> Voir texte supra, p. 46, note 109.

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, notre Cour suprême élargit sciemment l'origine du devoir de fiduciaire énoncé initialement dans Guerin. Elle écrit:

The sui generis nature of Indian title, and the historic powers and responsibility assumed by the Crown constituted the source of a fiduciary obligation.<sup>120</sup> (nous soulignons)

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 à 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

---

<sup>120</sup> Supra, note 11, p. 1108.

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 à 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 aussi 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 conceptuellement de conclure à une existence de l'autonomie politique qui ne soit pas nécessairement reliée 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 ou y avoir renoncé.

Dans le cas contraire, les peuples autochtones ne seraient pas du tout enclins à consentir à des cessions de terres par le biais 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 autochtones<sup>121</sup> et avec le principe qui veut que l'honneur de la Couronne soit préservé dans ses transactions avec les autochtones.<sup>122</sup>

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

---

<sup>121</sup> Dans l'arrêt Nowegijick c. La Reine, [1983] 1 R.C.S. 29, le juge Dickson, par la suite devenu juge en chef, affirme à la page 36: ... treaties and statutes relating to Indians should be liberally construed and doubtful expressions resolved in favour of the Indians ... In Jones v. Meehan, 175 U.S. 1 (1899), it was held that Indian treaties "must ... be construed, not according to the technical meaning of [their] words ... but in the sense in which they would naturally be understood by the Indians." (nous soulignons) Ces principes ont été réitérés par la Cour dans les affaires Simon à la page 402, Horseman aux pages 906 et 930 et Sioui à la page 1035, voir supra, note 28. Dans la récente affaire P.G. du Québec c. La Bande d'Eastmain et al., A-1071-91, 20 novembre 1992, la Cour d'appel fédérale 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 au niveau linguistique et juridique, mais soutient que ce n'est pas le cas à l'égard des traités modernes tels la Convention de la Baie James et du Nord Québécois conclue en 1976 où les négociateurs autochtones disposaient de toute l'expertise voulue; voir les motifs du juge Décary en pages 7 et suivantes.

<sup>122</sup> Ce principe est réaffirmé constamment par la jurisprudence, voir notamment: Mutchmore v. Davis, supra, note 83, p. 325; R. v. Wesley, [1932] 2 W.W.R. 337, pp. 351 et 353 (Alberta Supreme Court, Appellate Division); R. c. Georges, [1966] R.C.S. 267, p. 279; Sparrow, supra, note 11, p. 1110; voir aussi S. GRAMOND, supra, note 1, p. 1398.

nécessairement une partie des terres ancestrales de la nation autochtone en cause. Notre position repose aussi sur le fait que, historiquement, 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 le biais de l'obligation de fiduciaire, deviendra plus apparent au chapitre suivant. Qu'il suffise pour l'instant de reconnaître que, conceptuellement, rien ne s'oppose à ce que l'autonomie gouvernementale, jadis concomitante au 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 doctrine<sup>123</sup>.

Ce 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<sup>124</sup>. En effet, depuis l'affaire 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.

---

<sup>123</sup> Voir S. GRAMOND, loc. cit., supra, note 1, p. 1386 et Shawn NAKATSURU, "A Constitutional Right of Indian Self-Government", (1985) 43 U.T. Fac. L.R. 72, p. 77.

<sup>124</sup> À ce sujet voir texte infra, p. 101.

Parmi les autres aspects majeurs de la décision dans Guerin, on retrouve 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<sup>125</sup> et Tito<sup>126</sup> 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 ou reconnaissance législative, le concept de la "fiducie politique" est déclaré inapplicable et l'obligation de fiduciaire, sanctionnable.<sup>127</sup>

L'autre affirmation importante que l'on retrouve dans 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:

It is not a creation of either the legislative or executive branches of government. The Crown's obligation to the Indians with respect to that interest is therefore not a public law duty. While it is not a private law duty in the strict sense either, it is nevertheless in the nature of a private law duty. Therefore, in this *sui generis* relationship, it is not improper to regard the Crown as a fiduciary.<sup>128</sup>

---

<sup>125</sup> Kinloch v. Secretary of State for Indian in Council (1882), 7 App. Cas. 619 (H.L.).

<sup>126</sup> Tito v. Waddell (No.2), [1977] 3 All E.R. 129 (Ch.D.).

<sup>127</sup> Supra, note 15, pp. 350-2 pour la juge Wilson, p. 379 pour le juge Dickson.

<sup>128</sup> Id., p. 385.

Ce rapprochement avec le droit privé du "trust" 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 particulière<sup>129</sup>. 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 privé<sup>130</sup> et que l'obligation de Sa Majesté est régie par des principes très similaires à ceux qui régissent le droit des fiducies<sup>131</sup>.

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 Canada.<sup>132</sup>

Ce domaine de droit particulier a acquis une toute nouvelle dimension avec la décision de la Cour suprême dans l'affaire Sparrow<sup>133</sup>.

---

<sup>129</sup> Id., p. 362 pour la juge Wilson, p. 390 pour le juge Dickson.

<sup>130</sup> Id., p. 376.

<sup>131</sup> Id., p. 387. Voir notre discussion à ce sujet, infra, p. 115.

<sup>132</sup> Voir supra, p. 34.

<sup>133</sup> Supra, note 11.

**B - La dimension constitutionnelle: l'affaire Sparrow**

Dans cette cause, 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 le paragraphe 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982. La Cour devait donc pour la première fois se pencher sur l'interprétation de cet article 35. Ce faisant, le tribunal rejeta les thèses extrémistes mises de l'avant par les parties et adopta une approche de compromis déjà préconisée par certains auteurs<sup>134</sup>. Ainsi, la position voulant que les droits prévus à l'article 35 soient pratiquement absolus parce que non soumis aux limites de l'article 1 de la Charte, était mise à l'écart<sup>135</sup>. La Cour n'accepta pas non plus la thèse voulant que l'article 35 soit sans effet et qu'il ne soit qu'un préambule quant aux droits des autochtones<sup>136</sup>. La théorie du "gel" qui aurait incorporé aux droits issus de 35 toute la réglementation en vigueur au 17 avril 1982, avec toutes les conséquences que ceci aurait amené quant à la modification des règlements, était également mise de côté<sup>137</sup>. C'est en élaborant le compromis que la Cour eut recours à l'obligation de fiduciaire.

---

<sup>134</sup> Id., p. 1109, voir aussi B. SLATTERY, loc. cit., supra, note 60, p. 782.

<sup>135</sup> Id., pp. 1108-9.

<sup>136</sup> Id., pp. 1106-7.

<sup>137</sup> Id., p. 1093.

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 du paragraphe 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 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 à l'article 35. Il doit ensuite établir que la législation contestée constitue une atteinte *prima facie* à ce droit<sup>138</sup>. 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 valide.<sup>139</sup> Un tel objectif doit non seulement respecter les articles 91 et 92 de la Loi constitutionnelle de 1867, mais il doit également répondre à des préoccupations importantes. L'objectif doit être impérieux et réel.<sup>140</sup> Il ressort clairement des propos de la Cour suprême que les

---

<sup>138</sup> 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? Id., p. 1112.

<sup>139</sup> Id., p. 1113.

<sup>140</sup> Id., p. 1114; la Cour donne des exemples de ce que constitue un objectif législatif valide. Elle le fait en ces termes: "An objective aimed at preserving s. 35(1) rights by conserving and managing a natural resource, for example, would be valid. Also valid would be objectives purporting to prevent the exercise of s. 35(1) rights that would cause harm to the general populace or to aboriginal peoples themselves, or other objectives found to be compelling and substantial."

tribunaux devront être attentifs et s'assurer que le caractère impérial des objectifs gouvernementaux se vérifie non seulement en théorie mais surtout dans les faits.<sup>141</sup> 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.

Aux dires de la Cour, cette relation particulière est incorporée dans le paragraphe 35(1) par les mots "reconnus et confirmés" et elle implique une certaine restriction à l'exercice du pouvoir souverain<sup>142</sup>. Les pouvoirs législatifs fédéraux subsistent, dont bien sûr celui de légiférer quant aux Indiens et aux terres indiennes prévu au paragraphe 91(24) de la Loi constitutionnelle de 1867. Le pouvoir fédéral<sup>143</sup> doit cependant, dans son exercice, être concilié avec l'obligation fédérale<sup>144</sup>, et ce rôle de fiduciaire emporte le principe du respect de l'honneur de la Couronne dans ses transactions avec les autochtones<sup>145</sup>.

---

<sup>141</sup> Id., p. 1110; La Cour énonce: "Our history has shown, unfortunately all too well, that Canada's aboriginal peoples are justified in worrying about government objectives that may be superficially neutral but which constitute *de facto* threats to the existence of aboriginal rights and interests; voir aussi S. GRAMOND, supra, note 1, p. 1397.

<sup>142</sup> Id., p. 1109.

<sup>143</sup> Quant aux provinces voir id., p. 1105, où la Cour se contente d'affirmer, par l'entremise du juge en chef Dickson et du juge La Forest: "It also affords aboriginal peoples constitutional protection against provincial power."; sur cette question, voir supra, note 1.

<sup>144</sup> Id., p. 1109.

<sup>145</sup> Id., p. 1114.

Dans son jugement unanime, le tribunal fournit des précisions additionnelles quant à l'applicabilité du devoir de fiduciaire aux droits autochtones. Au sujet de l'affaire Guerin, il remarque:

"This Court found that the Crown owed a fiduciary obligation to the Indians with respect to land."<sup>146</sup>  
(nous soulignons)

La Cour poursuit immédiatement après:

The sui generis nature of Indian title, and the historic powers and responsibility assumed by the Crown constituted the source of a fiduciary obligation. In our opinion, Guerin, together with *R. v. Taylor and Williams* (1981) 34 O.R. (2d) 360, ground a general guiding principle for s. 35(1). That is, the Government has the responsibility to act in a fiduciary capacity with respect to aboriginal people. The relationship between the Government and aboriginals is trust-like, rather than adversarial, and contemporary recognition and affirmation of aboriginal rights must be defined in light of this historic relationship.<sup>147</sup> (nous soulignons)

On constate d'emblée l'intention de la Cour d'élargir le champ d'application du devoir de fiduciaire. Ce qui dans Guerin n'était dû qu'à l'égard des terres l'est maintenant avec Sparrow à l'égard de tous les droits des peuples autochtones reconnus par l'article 35. 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.

---

<sup>146</sup> Id., p. 1108.

<sup>147</sup> Ibid.

Avant d'arriver à l'analyse de la portée du devoir de fiduciaire dans un cas donné, il faut notamment<sup>148</sup> 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 pourraient être plus restrictives quant au contenu des "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 grande<sup>149</sup>. À l'inverse, on pourrait assister à une reconnaissance sans précédent des droits ancestraux, lesquels ne bénéficieraient que d'une mince protection par le biais d'une application relativement permissive du test proposé<sup>150</sup>. Il est évident que la Cour, en élaborant ce test de justification, se réserve toutes les possibilités.

Nous sommes cependant d'avis qu'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 35<sup>151</sup>. En effet, en insérant le devoir de fiduciaire dans le test de justification, la Cour se dotait d'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

---

<sup>148</sup> Il faudra aussi que la Couronne ait démontré un objectif législatif valide, voir supra, note 140.

<sup>149</sup> Au même effet voir W.I.C. BINNIE, loc. cit., supra, note 1, pp. 217 et 225.

<sup>150</sup> S. GRAMOND, loc. cit., supra, note 1, p. 1402: l'auteur fait état du risque que représente la décision Sparrow 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.

<sup>151</sup> Ceci est conforme à l'approche généralement acceptée en matière de droits autochtones, voir supra, note 121.

bénéficiaire 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 haut<sup>152</sup>.

Suite à 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.

## CHAPITRE II - 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'impact qu'ils ont eu sur l'histoire de la colonisation de l'Amérique et n'auraient certes pu maintenir et 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 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'auto-gouverner, n'ont jamais éteint ce droit. Aucun tribunal ni aucune loi n'ont encore écarté de façon expresse la substance de la Proclamation royale de 1763 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

---

<sup>152</sup> Voir texte supra, p. 58.

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'auto-gouverner.

Avant d'entreprendre l'étude relative aux modalités 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 gouvernementale.<sup>153</sup>

Nous exposerons donc, en première section, comment le droit colonial a acquiescé au droit qu'ont les peuples autochtones de se gouverner eux-mêmes. On établira ainsi que le droit à l'autonomie a certes déjà existé.

La seconde section sera consacrée à l'étude de la jurisprudence canadienne. Nous verrons 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, de nos jours, un droit ancestral existant au sens de l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982.

---

<sup>153</sup> Bruce CLARK a consacré un livre à cette question: voir loc. cit., supra, note 2. 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.

**SECTION 1 - 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 aborigènes, 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 le biais notamment de la Proclamation royale de 1763, laquelle confirmait 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 de 1763 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.

**PARAGRAPHE 1 - LA PROCLAMATION ROYALE DE 1763****A - Contenu**

On serait porté à croire que la Proclamation royale a comme but ultime la protection des droits strictement territoriaux des aborigènes. 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 surtout dans son aspect territorial et que l'on délaisse par le fait même ceux de ses éléments qui participent de l'autonomie autochtone. Cette 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 à la Proclamation 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.

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-Bretagne.<sup>154</sup>

---

<sup>154</sup> 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

Ce pouvoir s'exerçait sur deux plans que l'on retrouve consignés à 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.

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 Purpose ...<sup>155</sup> (nous soulignons)

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.

---

la France au cours du dix-septième siècle, voir à cet effet Maurice RATELLE, Le "Two Row Wampum" ou Les voies parallèles, Québec, Ministère de l'Énergie et des Ressources, Direction des Affaires autochtones, 1992, aux pages 9 à 12 et 16 à 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, aux dires de certains peuples autochtones, surtout 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.

<sup>155</sup> Supra, note 34, p. 6.

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 reconnaissaient 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 terme.<sup>156</sup> (nous soulignons)

La jurisprudence américaine est encore plus tranchante sur cette 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<sup>157</sup> suffira à s'en convaincre:

What is a Treaty? The answer is, it is a contract 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 treaties.<sup>158</sup>

(nous soulignons)

---

<sup>156</sup> Supra, note 28, p. 1056.

<sup>157</sup> Supra, note 59 (ci-après l'affaire Worcester).

<sup>158</sup> Id., p. 580. Le juge McLean rendait alors une décision distincte mais concurrente à celle du juge en chef Marshall.

On retrouve également des appuis à cette proposition en doctrine.<sup>159</sup> Le rapport Penner soulignait pour sa part que: «La signature de traités suppose également la reconnaissance des structures politiques indiennes»<sup>160</sup>.

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 que la capacité de conclure des traités de cession, mais elles disposaient aussi de la faculté de conclure ou non 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'eût 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 le biais des alliances, de la force militaire des peuples indiens. L'extrait suivant tiré des Johnson Papers et émanant de Sir William Johnson, alors représentant du Roi en Amérique, est

---

<sup>159</sup> S. NAKATSURU, loc. cit., supra, note 123, p. 83; W.R. McMURTRY & A. PRATT, loc. cit., supra, note 10, p. 32; B. CLARK, op. cit., supra, note 2, pp. 7-8.

<sup>160</sup> Supra, note 19, p. 48.

représentatif 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 inhabitants.<sup>161</sup>

Il est clair que la faculté de décider d'alliances comprend un caractère propre aux relations entre nations. D'ailleurs, la Proclamation elle-même utilise le vocable "nation" pour désigner les peuples autochtones.<sup>162</sup> Contrairement à certaines prétentions<sup>163</sup>, 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

---

<sup>161</sup> Clarence W. ALVORD et Clarence E. CARTER, The critical period 1763-1765, Springfield, Illinois, 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 texte infra, p. 71.

<sup>162</sup> Supra, note 34. D'autre part, le Petit Robert 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.

<sup>163</sup> Dans P.A. CUMMING et N.H. MICKENBERG, supra, note 35, à la page 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.

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 acquises.<sup>164</sup>

La reconnaissance de ces alliances est consignée à 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 molested...<sup>165</sup>

(nous soulignons)

On peut même, à la lumière des passages ci-haut cités, affirmer que c'est spécifiquement en raison de ces alliances, manifestations de l'autonomie autochtone, que la Couronne offre sa protection et donc assume son obligation de fiduciaire à

---

<sup>164</sup> Supra, note 28, p. 1054.

<sup>165</sup> Supra, note 34, p.4; voir aussi au sujet des alliances l'arrêt américain Worcester, supra, note 59, pp. 548-50.

l'égard des autochtones. On constate encore là la coexistence de l'obligation de fiduciaire et l'autonomie des premiers occupants.

Parallèlement à ce 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 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 Pontiac.<sup>166</sup>

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 autochtones.<sup>167</sup> 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 à d'autres nations autochtones.

---

<sup>166</sup> Thomas G. MARQUIS, The War Chief of the Ottawas, Toronto, Glasgow, Brook & Company, 1915 et Edward S. ELLIS, The Life of Pontiac, New York, Hurst, 1910.

<sup>167</sup> Voir G. MARQUIS, id., pp. 68 à 87 et E.S. ELLIS, id., p. 95; voir aussi D.C. NAHWEGABOW et al., op.cit., supra, note 8, p. 85.

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....<sup>168</sup>  
(nous soulignons)

ou encore :

And whereas great Frauds and Abuses have been committed in the purchasing lands of the Indians, to the great Prejudice of Our Interests, and to the great Dissatisfaction of the said Indians; ...<sup>169</sup>  
(nous soulignons)

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

Le troisième élément faisant foi de l'autonomie des peuples autochtones se retrouve 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 intérêt à s'ingérer dans ce domaine puisqu'ils étaient les premiers à bénéficier des ressources autochtones, notamment par le biais du commerce des fourrures.

La Proclamation 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

---

<sup>168</sup> Supra, note 34.

<sup>169</sup> Id., p. 6.

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.<sup>170</sup>  
(nous soulignons)

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.

---

<sup>170</sup> Id., p. 5. 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 St-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, supra, 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"; id., p. 301. L'article 4 du traité de 1752 exécuté 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"; id., p. 307.

**B - 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 à la Proclamation en termes de protection existe spécifiquement 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, exprimée par le pouvoir de conclure des traités de cession, d'alliance ou de neutralité et du 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 aborigènes 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. Ceci 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 stipule 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 'hem, or any of them, as their Hunting Grounds"<sup>171</sup>.

Le contexte historique de la Proclamation royale nous permet de voir de ce passage que la protection du territoire

---

<sup>171</sup> Supra, note 34, p. 5.

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 ne se limite pas à l'interposition des autorités britanniques dans l'achat des terres. Le but visé est clairement énoncé à la Proclamation 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 privilèges.<sup>172</sup>

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 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

---

<sup>172</sup> Voir texte supra, p. 20.

royale de 1763. 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 à la Proclamation royale de 1763, fournies à plusieurs gouverneurs de colonies. 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 gouvernaient.<sup>173</sup>

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 condition.<sup>174</sup>

---

<sup>173</sup> Voir texte supra, p. 24.

<sup>174</sup> B. CLARK, op. cit., supra, note 2, p. 9; au même effet voir W.R. McMURTRY & A. PRATT, loc. cit., supra, note 10, p. 41 et B. SLATTERY, loc. cit., supra, note 60, p. 736.

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 de 1763, 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, plus que jamais, 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.

## PARAGRAPHE II - LA DOCTRINE DES DROITS ANCESTRAUX

### A - Son 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<sup>175</sup>. 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 partageait cet avis, le juge Johnson écrivait notamment:

Though without land that they can call theirs in the sense of property, their rights 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

---

<sup>175</sup> Supra, note 58. Pour un bref récit des faits voir texte supra, p. 29.

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 trade.<sup>176</sup> (nous soulignons)

Dans cette même cause, le juge Thompson, aux motifs duquel souscrit le juge Story, adopte sans réserve les propos suivants du chancelier Kent dans l'affaire Jackson c. Goodel<sup>177</sup>:

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 independance. 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 deliberation 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,

---

<sup>176</sup> Id., p. 27.

<sup>177</sup> 20 Johns 193 (S. Ct. of Judicature 1823).

and calling for the same protection 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.<sup>178</sup> (nous soulignons)

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 droit.<sup>179</sup> 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.<sup>180</sup>

Ce litige portait également sur l'applicabilité d'une loi de l'État de Georgie en territoire Cherokee. Cette fois, la question de juridiction 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 fiduciaire<sup>181</sup>, a pris l'occasion pour élaborer sa pensée quant aux relations particulières entre les premières nations et le pouvoir colonial. Il expliquait

---

<sup>178</sup> Supra, note 58, p. 67.

<sup>179</sup> Id., p. 45.

<sup>180</sup> Supra, note 59.

<sup>181</sup> Voir texte supra, p. 29.

notamment que, dans la mesure où l'indépendance des peuples autochtones demeurerait intouchée et que leur droit à l'autonomie gouvernementale était reconnu, ceux-ci acceptaient d'être désignés comme étant 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 alliance<sup>182</sup>.

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 involved, practically, no claim to their lands, no dominion over their persons. It merely bound the nation to the British Crown, as 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.<sup>183</sup>

(nous soulignons)

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

---

<sup>182</sup> Supra, note 59, p. 547.

<sup>183</sup> Id., p. 552.

gouvernementale autochtone, le juge en chef Marshall attribue la règle suivante à la loi des nations:

... and the settled doctrine of the law of nations is, that a weaker power does not surrender its independance -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.<sup>184</sup>

(nous soulignons)

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"<sup>185</sup> 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 v. McIntosh<sup>186</sup>, 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 contrainte.<sup>187</sup> Le titre absolu demeurait cependant celui du découvreur ou de la Couronne.<sup>188</sup>

---

<sup>184</sup> Id., pp. 560-1.

<sup>185</sup> Voir texte supra, p. 30, note 66.

<sup>186</sup> Supra, note 57.

<sup>187</sup> Id., pp. 573-4.

<sup>188</sup> Id., pp. 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,

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 autochtone.<sup>189</sup> La trilogie de Marshall, soit les affaires Johnson, Worcester et Cherokee, 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

---

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 en page 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 absolute title to others. However this restriction may be opposed to natural rights, 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."

<sup>189</sup> Quant à la Proclamation royale, voir texte supra, p. 64.

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.

## B - 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 gouvernementale.<sup>190</sup> Le professeur Chambers affirmait que: ... "Marshall correctly discerned that the basic guarantee of the United States was the territorial and governmental integrity of the tribes."<sup>191</sup> (nous soulignons)

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 Worcester était probablement la composante la plus importante de la relation de fiduciaire mais aussi la plus difficile à sanctionner.<sup>192</sup>

Pour Chambers, les traités, les ententes et les lois qui protègent l'autonomie autochtone ne font que fournir des appuis

---

<sup>190</sup> D.M. JOHNSTON, loc. cit., supra, note 40, p. 321.

<sup>191</sup> R.P. CHAMBERS, supra, note 64, p. 1246.

<sup>192</sup> 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, 197-, 49 rapporté dans D.C. NAHWEGAHBOW et al., op. cit., supra, note 8, p. 329 et NATIONAL INDIAN BROTHERHOOD et D. SANDERS, op. cit., supra, note 7, p. 58.

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 autonome.<sup>193</sup>

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 nation.<sup>194</sup>

Il est clair que cette thèse reprise par Chambers en 1975 émane 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 cette 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<sup>195</sup>, 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

---

<sup>193</sup> Ibid.

<sup>194</sup> Id., p. 50.

<sup>195</sup> 118 U.S. 375 (1886).

ou non.<sup>196</sup> 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 power.<sup>197</sup>

Ce passage devait par la suite être repris dans l'affaire Lone Wolf v. Hitchcock<sup>198</sup> pour confirmer le pouvoir du Congrès d'abroger unilatéralement, par une loi, les termes 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 anglais "plenary power doctrine". Cette doctrine a depuis lors été atténuée par la jurisprudence subséquente<sup>199</sup>,

---

<sup>196</sup> La loi en question avait été adoptée pour renverser 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.

<sup>197</sup> Supra, note 195, p. 384.

<sup>198</sup> 187 U.S. 553, p. 567 (1903).

<sup>199</sup> Voir notamment U.S. v. Creek Nation, 295 U.S. 103 (1935) où la Cour suprême énonçait aux pages 109-10: "The tribe was a dependent Indian community under the guardianship

mais elle demeure valide pour confirmer la suprématie du Congrès à l'égard des autochtones<sup>200</sup>.

Une fois cette 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 & al. c. Mancari & al.<sup>201</sup> rendue par la Cour en 1974. Les appelants, des employés non indiens du B.I.A. (Bureau of Indian Affairs), prennent une action à l'encontre du 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 B.I.A. 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'exprimé par l'historique de la législation, est de donner aux Indiens une plus grande participation dans leur propre autonomie gouvernementale et de promouvoir l'obligation de fiduciaire du gouvernement face aux tribus indiennes. La Cour joint ces deux derniers éléments de la façon suivante:

---

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." (nous soulignons)

<sup>200</sup> Pour un bon compte rendu des principales décisions américaines portant sur le devoir de fiduciaire voir D.M. JOHNSTON, loc. cit., supra, note 40.

<sup>201</sup> 417 U.S. 535 (1974).

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 further Indian self-government, we cannot say that Congress' classification violates due process.<sup>202</sup>

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'énoncée par le juge en chef Marshall. Un article non signé, publié par la Harvard Law Review en 1984<sup>203</sup>, 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 loi<sup>204</sup>.

---

<sup>202</sup> Id., p. 555.

<sup>203</sup> "Rethinking the Trust Doctrine in Federal Indian Law", supra, note 64.

<sup>204</sup> Id., p. 426.

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 émanant de la récente décision de la Cour suprême dans l'affaire U.S. v. Mitchell & al. II<sup>205</sup>, 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 contrôle<sup>206</sup>.

Ainsi, la solution préconisée par cette étude est de reconnaître le principe de l'autonomie comme étant 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 development.<sup>207</sup>

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 autochtone.<sup>208</sup>

Finalement, 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

---

<sup>205</sup> 463 U.S. 206 (1983). Après avoir pris note des nombreuses lois relatives aux forêts et à la propriété des Indiens, la Cour statua à la page 225: "Moreover, a fiduciary relationship necessarily arises when the Government assumes such elaborate control over forests and property belonging to Indians".

<sup>206</sup> Supra, note 203, p. 428.

<sup>207</sup> Id., p. 429.

<sup>208</sup> Id., p. 434.

des nations auto-gouvernantes 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 maître. Selon cet article:

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.<sup>209</sup>

Cette 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.

M<sup>c</sup>Murtry et Pratt<sup>210</sup> 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.<sup>211</sup>

(nous soulignons)

---

<sup>209</sup> Id., p. 435. Le passage du juge Marshall auquel il est fait allusion ici est cité supra, p. 30.

<sup>210</sup> Loc. cit., supra, note 10.

<sup>211</sup> Id., p. 32.

Bruce Clark abondait dans le même sens lors de sa démonstration de l'existence d'un droit constitutionnel à l'autonomie gouvernementale des autochtones. En réponse à l'affirmation publiée dans l'étude *Terres, Revenus et Fiducies*<sup>212</sup> portant que le devoir de fiduciaire restreint le pouvoir des autochtones de se gouverner, il réplique:

In truth, when properly addressed the fiduciary relationship strengthens the natives' existing aboriginal right of self-government by imposing upon the federal government a unique obligation to protect against unlawful encroachments upon the natives' constitutional jurisdiction.<sup>213</sup>

D'autres<sup>214</sup> ont aussi appuyé cette jonction de l'obligation de fiduciaire et de l'autonomie autochtone, mais la jurisprudence canadienne est encore muette à cet égard. Certaines causes traitent du devoir de fiduciaire et d'autres, bien que 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*<sup>215</sup> offre cette possibilité. Il faudrait cependant préalablement admettre que

---

<sup>212</sup> Op. cit., supra, note 6.

<sup>213</sup> Op. cit., supra, note 2, p. 184.

<sup>214</sup> Voir le rapport Penner, op. cit., supra, note 19, p. 133 où l'on énonce que, dans l'éventualité où l'autonomie politique des premières nations était 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., supra, note 8, p. 327: "Self-government may be the most basic goal of the trust relationship. And, approached as the goal, though not as a subject of the trust relationship, may provide an understanding of Indian self-government not readily available from any other vantage point."

<sup>215</sup> Supra, note 11.

l'autonomie des premières nations est un droit ancestral au sens de l'article 35<sup>216</sup>, 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. Ceci 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 canadien.<sup>217</sup>

## SECTION 2 - L'ÉVOLUTION DU DROIT À L'AUTONOMIE

Comme on l'a vu lors de notre étude de la Proclamation royale de 1763<sup>218</sup>, la Couronne britannique avait effectivement reconnu l'autonomie autochtone. Cette dernière devait également être sanctionnée par la jurisprudence de la Cour suprême de États-Unis, comme nous l'avons déjà exposé<sup>219</sup>. 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: est-ce que la jurisprudence américaine a 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

---

<sup>216</sup> À ce sujet, voir texte infra, p. 101.

<sup>217</sup> À cet égard, voir texte supra, p. 32.

<sup>218</sup> Voir texte, supra, p. 64.

<sup>219</sup> Voir texte, supra, p. 77.

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 le biais de la jurisprudence récente de notre Cour suprême, 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 par le biais d'une revue de la jurisprudence.

#### PARAGRAPHE 1 - LA RÉTICENCE DE LA JURISPRUDENCE

La première cause en droit canadien à reconnaître un aspect de l'autonomie gouvernementale est l'affaire Connolly v. Woolrich<sup>220</sup>, où le juge Monk de la Cour supérieure du Québec devait décider de la validité d'un mariage entre un Blanc et une Indienne Cri 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. Il le fit en ces termes:

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 natives.<sup>221</sup>

Le juge Monk cite ensuite un long passage du jugement rendu dans l'affaire Worcester où le juge en chef Marshall de la Cour

---

<sup>220</sup> (1867), 11 L.C.J. 197.

<sup>221</sup> Id., p. 205.

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 doubt.<sup>222</sup>

Comme on le constate, 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 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 undisturbed.<sup>223</sup>

(nous soulignons)

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

---

<sup>222</sup> Id., p. 207.

<sup>223</sup> Johnstone et al. (en reprise d'instance pour Woolrich) v. Connolly (1869), 1 R.L.O.S. 253 (C.A. Qué), p. 356.

Re: Wah-Shee ou Re: Tagornak Adoption Petition.<sup>224</sup> On retrouve aussi dans la jurisprudence récente une reconnaissance des lois autochtones en matière de garde d'enfants.<sup>225</sup>

<sup>224</sup> Voir entre autres: R. v. Nan-E-Quis-A-Ka (1889), 1 Terr. L.R. 211 (N.W.T.C.A.); R. v. Bear's Shin Bone (1899), 4 Terr. L.R. 173 (N.W.T.S.C.); Robb v. Robb (1891), 20 O.R. 591 (Ont. Q.B.); Re: Noah Estate (1961), 2 D.L.R. (2d) 185 (N.W.T.Terr. Ct); Ex parte Cote, (1972), 5 C.C.C. (2d) 49 (Sask. C.A.); Re: Katie's Adoption Petition (1961), 38 W.W.R. 100 (N.W.T. Terr. Ct); Re: Beaulieu's Petition (1969), 67 W.W.R. 669 (N.W.T. Terr. Ct); Re: Deborah, [1972] 5 W.W.R. 203 (N.W.T.C.A.); Re: Wah-Shee (1975), 57 D.L.R. (3d) 743 (N.W.T.S.C.); Deer v. Okpik, [1980] 4 C.N.L.R. 93 (C.S. Qué.); Re: Tagornak Adoption Petition, [1984] 1 C.N.L.R. 185 (N.W.T.S.C.); Michell v. Denis and Dennis, [1984] 2 C.N.L.R. 91 (B.C.S.C.); C.K. and E.K. v. 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: Bradford W. MORSE, "Indian and Inuit Family Law and the Canadian Legal System", (1980) 8 Am. Ind. Law Rev. 199; voir aussi: Norman K. ZLOTKIN, "Judicial Recognition of Aboriginal Customary Law in Canada", [1984] 4 C.N.L.R. 1; Kenneth J. TYLER, Custom and Common Law, joint Canada - Saskatchewan, FSIN Studies, 1985, vol. I. On retrouve plusieurs articles sur le droit coutumier autochtone dans Bradford W. MORSE and Gordon R. Woodman (eds.), Indigenous Law and the State, Dordrecht Holland, Foris Publications, 1988; voir en particulier l'article de Peter GRANT, "Recognition of traditional law in state courts and the formulation of state legislation, 259 en page 264, pour des exemples de l'incidence des coutumes autochtones sur la question des dommages en responsabilité civile.

<sup>225</sup> Dans la récente affaire Wilson v. 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 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 de la province, les autorités provinciales auraient plutôt

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 la plupart de ces causes émanent d'une autre époque<sup>226</sup> et que le droit de même que l'attitude des tribunaux, canadiens et étrangers<sup>227</sup>, face aux revendications autochtones, ont beaucoup évolué depuis. Notre Cour suprême a encore à se prononcer sur la question.

Néanmoins, dans Regina ex rel. Gill v. White<sup>228</sup> le tribunal devait juger de la validité de l'élection d'un Indien non affranchi, au poste d'échevin de la municipalité de Anderdon. Le requérant, par le biais d'un quo warranto, tente de faire déclarer l'occupation du poste illégale au motif que son

---

confié la garde légale à chacun des foyers d'accueil où se trouvaient les enfants. Sans toutefois fournir de motifs, la Cour ordonne que: "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 de cet arrêt voir: Peter R. GRANT, "Recognition of Traditional Law in Child Custody Applications: Wilson v. Wilson, (B.S.S.C.), June 6, 1991", [1991] 4 C.N.L.R. 1.

<sup>226</sup> Parmi les causes canadiennes qui ont traité directement d'un aspect ou d'un autre de l'autonomie gouvernementale, toutes sont antérieures au 17 avril 1982, date d'entrée en vigueur de l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982. La décision dans l'affaire Bear Island dont il sera question ci-après voir texte infra, p. 99, a été rendue après l'entrée en vigueur de l'article 35. L'action fut cependant déposée en 1977 et fut plaidée et jugée selon le droit antérieur.

<sup>227</sup> Le meilleur exemple du changement d'attitude des tribunaux se retrouve dans la récente décision de la High Court of Australia dans l'affaire Mabo, supra, note 32. La Cour a de façon expresse, même drastique, renversé en faveur des autochtones les grands principes du droit aborigène australien qui ont eu cours pendant plus de 200 ans.

<sup>228</sup> SLATTERY, 2 C.N.L.C. 565, (Ontario Chambers 1870).

titulaire ne satisfait pas à tous les critères d'admissibilité, notamment qu'il n'est 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 considère 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 notre droit 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 away ...<sup>229</sup>

Dans l'affaire Sheldon v. Ramsay<sup>230</sup>, 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

---

<sup>229</sup> Id., pp. 567-8.

<sup>230</sup> (1852), 9 U.C.R. 105. 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.

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 way.<sup>231</sup>  
(nous soulignons)

Dans l'affaire Sero v. Gault<sup>232</sup>, 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. bl. pp. 369, 370; Halsbury's Laws of England, vol. 1, p. 306.<sup>233</sup>

Dans la même veine, le juge King de la Ontario High Court déclara dans l'affaire Logan v. Styres<sup>234</sup> 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

---

<sup>231</sup> Id., pp. 133-134.

<sup>232</sup> (1921), 50 O.L.R. 27. 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, supra, note 11.

<sup>233</sup> Id., pp. 31-3.

<sup>234</sup> (1959), 20 D.L.R.(2d) 416 (Ont. H.C.); Pour une discussion des anciennes causes reliées à l'autonomie gouvernementale autochtone voir B. CLARK, op. cit., supra, note 2, p. 13 et S. NAKATSURU, loc. cit., supra, note 123, p. 78.

après la révolution américaine, et puisqu'ils avaient accepté la protection de la Couronne, avaient ainsi perdu le statut d'allié de la Couronne qu'ils avaient pu posséder précédemment et devaient donc être considérés comme des sujets.

L'affaire Isaac et al. v. Davey et al.<sup>235</sup> remettait en question le mode de gouvernement des Six Nations. Les défendeurs invoquaient l'invalidité des décrets prévoyant le mode d'élection du Conseil de Bande en conformité avec la Loi sur les Indiens<sup>236</sup> 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 que définie par la Loi sur les Indiens. La Cour de première instance décida que les Six Nations n'étaient pas une bande aux sens du paragraphe 2(1) de la loi. La Cour d'appel de l'Ontario<sup>237</sup> renversa la décision et la Cour suprême du Canada<sup>238</sup> confirma le jugement de la Cour d'appel. Dans toutes les cours, les jugements ne furent fondés que sur l'interprétation du paragraphe 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 à la Loi sur les Indiens. 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. Or aurait pu croire, surtout depuis l'avènement de l'article 35, que la jurisprudence moderne se

---

<sup>235</sup> [1973] 3 O.R. 677.

<sup>236</sup> S.R.C. (1952), ch. 149.

<sup>237</sup> (1975) 5 O.R. (2d) 610.

<sup>238</sup> [1971] 2 R.C.S. 897.

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<sup>239</sup> dont le jugement de première instance a été rendu par le juge Steel de la Ontario High Court en 1984. Dans l'un des rares passages de la jurisprudence moderne canadienne portant sur l'autonomie gouvernementale autochtone, 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 legislation or treaties ... the Constitution Act, 1867, in its division of powers, did not leave to the Indians any independent rights or area of competence.<sup>240</sup>

---

<sup>239</sup> Bear Island, *supra*, note 39.

<sup>240</sup> Id., pp. 438 et 466. Il est opportun de noter que la Cour était certes influencée dans ces propos par les termes 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 concernée 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, id., p. 575.

L'arrêt Eastmain v. Gilpin<sup>241</sup>, 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<sup>242</sup>. 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 stipulant un couvre-feu mais 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 locaux."<sup>243</sup>

Ainsi, quant à la première question posée en début de chapitre relativement à l'acceptation en droit canadien du droit à l'autonomie gouvernementale, tel que reconnu par la jurisprudence américaine, nous ne pouvons que conclure que celui-ci n'est reconnu que d'une façon très limitée en ce que seules les lois et coutumes relatives au mariage, à l'adoption

---

<sup>241</sup> [1987] R.J.Q. 1637.

<sup>242</sup> S.C. (1984), ch. 18.

<sup>243</sup> Supra, note 241, p. 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 de 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, ...", voir 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.

et à la garde d'enfants, sont considérées valides et prépondérantes sur les lois des non-autochtones. Nous demeurons cependant d'opinion que la reconnaissance constitutionnelle des droits ancestraux, de même que la jurisprudence récente de notre Cour suprême, 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 une réponse négative à la seconde question posée plus haut quant à l'extinction du droit à l'autonomie gouvernementale antérieurement à l'entrée en vigueur de l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982. Une étude de l'impact de cette loi constitutionnelle nous permettra de traiter de cette question.

#### PARAGRAPHE 2 - L'IMPACT 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 continuité<sup>244</sup>. 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 v. Hall en 1774<sup>245</sup>.

---

<sup>244</sup> S. GRAMOND, loc. cit., supra, note 1, p. 1386, note 8, et, J. HURLEY, loc. cit., supra, note 38, p. 571.

<sup>245</sup> (1774), 98 E.R. 848, pp. 895-6; voir aussi Stuart v. Bowman, (1852) 2 L.C.R. 369 (Mont. S.C.); (1853) 3 L.C.R. 309 (Q.B.); Wilcox v. Wilcox (1858), 8 L.C.R. 34 (Q.B.); pour une discussion sur le principe de la continuité voir la thèse doctorale de B. SLATTERY, op. cit., note 38, p. 167.

On constate que cette 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 le biais de ce principe que les tenants de la thèse de l'extinction peuvent prétendre que la Loi sur les Indiens<sup>246</sup> 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 moins à l'égard des Indiens au sens de cette loi. L'argument veut que tous les champs de juridiction se trouvent ainsi couverts, 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.

Ceci devient apparent lorsque l'on s'attarde à l'incidence, sur 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.<sup>247</sup>

L'article 88 a pour effet de rendre applicables aux Indiens

---

<sup>246</sup> S.R.C. (1985) ch. I-5, l'article 88 se lit comme suit: Sous réserve des dispositions de quelque traité et de quelque autre loi du Parlement du Canada, toutes lois d'application générale et en vigueur, à l'occasion, dans une province sont applicables aux Indiens qui s'y trouvent et à leur égard, sauf dans la mesure où lesdites lois sont incompatibles avec la présente loi ou quelques arrêté, ordonnance, règle, règlement ou statut administratif établi sous son régime, et sauf dans la mesure où ces lois contiennent des dispositions sur toute question prévue par la présente loi ou y ressortissant.

<sup>247</sup> Ces dispositions sont reproduites à l'annexe B.

certaines lois provinciales.<sup>248</sup> 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 ci-haut mentionnées, ne sont applicables qu'aux Indiens et à leur égard mais demeurent inapplicables aux terres indiennes, lesquelles continuent de relever la juridiction fédérale exclusive prévue au paragraphe 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 le biais de l'article 88, à la fois incorporer mais aussi restreindre dans une certaine mesure l'application des lois provinciales aux Indiens. Il a aussi prévu, aux articles 74 à 86, la création et

---

<sup>248</sup> Sur la portée de l'article 88 voir notamment: R. c. Horseman, [1990] 1 R.C.S. 901; 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.

les pouvoirs d'un gouvernement indien local.

L'incongruité de la thèse de l'extinction de l'autonomie indienne, par le biais 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.

D'autre part, cette thèse de l'extinction du droit à l'autonomie gouvernementale présuppose une hiérarchie entre la common law et le droit statutaire, selon laquelle cette 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 le biais de la suprématie du législateur, particulièrement par la Loi sur les Indiens. La première porte que la législation, à moins d'être claire et expresse, n'a pas pour effet d'éteindre les droits des autochtones<sup>249</sup>, et la seconde est la confirmation du statut constitutionnel des droits ancestraux par l'article 35 de la

---

<sup>249</sup> Ce principe avait déjà été édicté par notre Cour suprême, notamment dans l'affaire C.P. c. Paul, [1988] 2 R.C.S. 654, p. 679.

Loi constitutionnelle de 1982<sup>250</sup>. Évidemment, cette seconde affirmation signifie 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. v. Derricksan<sup>251</sup> et l'affaire R. c. Sparrow<sup>252</sup>. Dans les deux cas, la question de droit était essentiellement la même, soit de décider si le droit ancestral de pêche des Indiens, pour des fins de subsistance, était assujetti au règlement fédéral adopté en vertu de la Loi sur les pêcheries. La différence se situe au niveau de l'époque où la

---

<sup>250</sup> Bruce CLARK, op. cit., supra, note 2, soutient pour sa part 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.", voir 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. D'autre part, il ne faut pas non plus oublier la possibilité que l'autonomie autochtone soit confirmée par les termes 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 35(3).

<sup>251</sup> R. v. Derriksan (1977), 71 D.L.R. (3d) 159.

<sup>252</sup> Supra, note 11.

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 fut jugée après. Dans l'arrêt Derriksan, la Cour suprême a rendu un jugement unanime par la voix de l'honorable 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 dismissed.<sup>253</sup>

La Cour suprême a reconnu expressément dans Sparrow que c'était là l'état du droit avant l'entrée en vigueur de l'article 35<sup>254</sup>. Elle a aussi expressément déclaré que, depuis l'arrivée de cet article, l'arrêt Derriksan n'était plus applicable.<sup>255</sup>

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

There is nothing in the *Fisheries Act* or its detailed regulations that demonstrates a clear and plain intention to extinguish the Indian aboriginal right to fish. The fact that express provisions permitting the Indians to fish for food may have applied to all Indians and that for an extended period permits were discretionary and issued on individual rather than a communal basis in no way shows a clear intention to

---

<sup>253</sup> Supra, note 251, p. 160.

<sup>254</sup> Supra, note 11, p. 1098.

<sup>255</sup> Id., p. 1111.

extinguish. These permits were simply a manner of controlling the fisheries, not defining underlying rights.<sup>256</sup> (nous soulignons)

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 passer 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 bande<sup>257</sup> soit prévu à la loi et qu'il ait certains pouvoirs législatifs<sup>258</sup> n'empêche pas pour autant une autre entité décisionnelle d'exister et d'avoir elle aussi le pouvoir de faire des lois.

Ceci 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 les quarante jours de leur envoi à ce dernier, et ceux 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

---

<sup>256</sup> Id., p. 1099.

<sup>257</sup> Voir les articles 74 à 80 de la Loi sur les Indiens reproduits à l'annexe B.

<sup>258</sup> Voir les articles 81 à 86, ibid.

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 juridiction 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 face à la Loi sur les Indiens, de celui offert au droit ancestral de pêche face à 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 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 ne peut l'être le droit de pêche des autochtones. En effet, ces deux droits, bien que 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 souveraineté.<sup>259</sup> 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

---

<sup>259</sup> Voir à ce sujet, supra, note 39.

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 proclamation.<sup>260</sup>

(nous soulignons)

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<sup>261</sup> ou encore une contestation judiciaire fondée sur le droit ancestral à

---

<sup>260</sup> B. CLARK, op. cit., supra, note 2, pp. 98-9.

<sup>261</sup> Au sujet de la préséance des lois autochtones et de l'incidence de l'obligation de fiduciaire sur la juridiction autochtone, voir texte infra, pp. 155 et ss.

l'autonomie gouvernementale. Dans l'éventualité d'une telle contestation de la Loi sur les Indiens ou des règles de droit qu'elle incorpore par le biais 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<sup>262</sup>, 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 Canada.<sup>263</sup>

Notre Cour suprême a également fourni un appui important au droit à l'autonomie gouvernementale lors de sa décision dans l'affaire Sioui<sup>264</sup>. Le juge Lamer écrivait alors le jugement unanime de la Cour. Après avoir noté que les nations

---

<sup>262</sup> P.G. du Canada c. Grand Chief Matthew Coon Come, [1991] R.J.Q. 922 (C.A. Qué.).

<sup>263</sup> Id., p. 939.

<sup>264</sup> Supra, note 28, p. 1025.

européennes faisaient jadis tout en leur pouvoir pour s'assurer l'alliance des nations indiennes, il écrit:

Cela indique 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 Nord.<sup>265</sup>  
(nous soulignons)

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 croire qu'elle considérera que le droit à l'autonomie gouvernementale est inclus dans l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982<sup>266</sup>. Le rapport Beaudoin-Dobbie abonde dans le même sens.<sup>267</sup>

Finalement, l'appui le plus récent et probablement le plus important que reçoit le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale se retrouve à la partie IV de l'entente

---

<sup>265</sup> Id., p. 1053.

<sup>266</sup> Commission royale sur les peuples autochtones, op. cit., supra, note 16, p. 17. Ce faisant, la Commission se trouvait à reprendre l'hypothèse déjà avancée par le rapport Penner, supra, note 19, pp. 45-46.

<sup>267</sup> Gérald BEAUDOIN et Dorothy DOBBIE, Un Canada renouvelé - Rapport du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des Communes, le 28 février 1992, p. 27.

constitutionnelle de Charlottetown<sup>268</sup>, intervenue le 28 août 1992. Conformément à ce consensus, le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale devait être expressément reconnu dans un nouveau paragraphe 35.1 (1) de la Loi constitutionnelle de 1982.<sup>269</sup> 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 que qualifié par la Cour suprême dans l'affaire Roberts:

... [it] pre-dated colonization by the British and survived British claims of sovereignty.<sup>270</sup>

C'est donc un droit pré-existant, 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 nos dirigeants aient convenu, par

---

<sup>268</sup> Rapport du consensus sur la Constitution, Charlottetown, 28 août 1992, partie IV, p. 14.

<sup>269</sup> Selon le projet de texte juridique fondé sur le consensus de Charlottetown, les paragraphes 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.

<sup>270</sup> Supra, note 76, p. 340.

le biais de l'entente de Charlottetown, de reconnaître dans notre constitution l'indépendance autochtone.

En conclusion à cette première partie, 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 dix-neuvième 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 le biais du devoir de fiduciaire de la Couronne.

Loin de s'opposer, ces deux concepts juridiques se complètent. Ceci dit, nous pouvons maintenant aborder l'étude des principes qui doivent chapeauter leur coexistence.

DEUXIÈME PARTIE  
LES MODALITÉS DE LA COEXISTENCE

L'agencement de l'obligation de fiduciaire avec le droit à l'autonomie gouvernementale autochtone devra se faire à partir d'une réalité incontournable: les autochtones et leurs droits doivent coexister avec les non-autochtones et leurs droits. Le défi du droit et des juristes est de définir cette coexistence. Comment l'un pourra profiter le plus possible de l'exercice de ses droits en portant atteinte le moins possible aux droits de l'autre? Cette question est davantage compliquée par le fait que "l'un" et "l'autre" ne sont pas des individus, mais bien des entités politiques qui revendiquent l'autonomie gouvernementale et un certain degré de souveraineté. Il ne s'agit pas d'un conflit classique où des droits collectifs sont confrontés à des droits individuels, mais plutôt d'une opposition entre droits collectifs.

L'un des outils les plus importants choisi par notre Cour suprême pour veiller à la définition de cette coexistence est le devoir de fiduciaire de la Couronne. Nous sommes d'avis que ce concept offre toute la flexibilité nécessaire pour équilibrer les droits et obligations de chacun. Évidemment, le rôle de fiduciaire de la Couronne à l'égard des peuples autochtones diffère de celui du fiduciaire du droit privé. Les règles applicables à la Couronne s'inspirent du droit privé mais doivent nécessairement être plus souples.

Le droit de la fiducie applicable aux particuliers enseigne que le fiduciaire a un devoir accru de loyauté envers le bénéficiaire et qu'il doit agir à son égard avec la plus grande bonne foi. Les critères du droit privé sont sévères, et le moindre geste du fiduciaire portant atteinte aux intérêts du bénéficiaire est sanctionné. Des règles très strictes sont édictées pour assurer une protection maximale du bénéficiaire.

En outre, il est interdit au fiduciaire de profiter de quelque façon que ce soit des actes accomplis pour le bénéficiaire, dans le cadre de la fiducie, à moins que cela ne soit expressément permis par l'acte créant l'obligation du fiduciaire. Aussi, aucun conflit d'intérêt ne sera toléré et, s'il devait survenir, il devra nécessairement être résolu exclusivement en faveur du bénéficiaire sauf disposition expresse contraire.<sup>271</sup> Une adaptation de ces règles s'impose dans un contexte de coexistence des peuples autochtones et non autochtones.

Une approche particulière est d'ailleurs en voie de développement en jurisprudence canadienne. Avant d'entreprendre l'étude de l'interaction entre l'obligation de fiduciaire et les diverses facettes de l'autonomie autochtone, nous croyons opportun de faire état de cette approche propre au domaine autochtone. Son importance dans la solution des problèmes que soulève cette coexistence justifie que l'on s'y attarde plus longuement.

C'est dans le caractère *sui generis* de la relation de fiduciaire et bénéficiaire qui existe entre la Couronne et les peuples autochtones que réside la flexibilité requise pour régir les relations entre les peuples et les gouvernements autochtones et non autochtones; le recours sans réserve aux règles du droit privé est irréaliste. Ces règles ne sont pas compatibles avec le rôle fondamental de l'État qui est de veiller au bien-être de tous.<sup>272</sup> Partant, on ne peut exiger de l'État qu'il ne tienne

---

<sup>271</sup> Voir D.C. NAHWEGAHBOW, *op.cit.*, *supra*, note 8, 278; Aussi D.M.W. WATERS, Law of Trusts in Canada, Toronto, Carswell, 1974, pp. 610-618.

<sup>272</sup> Ce rôle particulier de l'État a été reconnu à deux reprises dans des décisions récentes de la Cour d'appel fédérale; Voir l'affaire Apsassin, *supra*, note 117, à la page 6 des motifs du juge Marceau et l'arrêt Eastmain,

aucunement compte des intérêts des non-autochtones au profit exclusif de ses bénéficiaires autochtones.

Le droit privé fait fi du rôle d'arbitre collectif de la Couronne qui, dans certaines circonstances, justifie une atteinte à un droit ancestral autochtone sans pour autant qu'elle manque à son obligation de fiduciaire. Le droit privé ignore également que le devoir de la Couronne envers les peuples autochtones est péremptoire. Il s'agit d'une obligation légale, voire constitutionnelle à laquelle elle ne peut se soustraire, contrairement aux rapports conventionnels entre particuliers assujettis au droit privé de la fiducie. Les règles du droit privé doivent donc être adaptées pour tenir compte du fait que le fiduciaire des peuples autochtones est la Couronne.<sup>273</sup> À lui seul, cet aspect commande que l'on considère certaines particularités dans la définition de son devoir de fiduciaire.

La jurisprudence américaine a d'ailleurs été victime de la rigidité des règles du droit privé lorsqu'elle a entrepris de les endosser sans réserve pour définir la relation particulière entre les États-Unis et les peuples indiens. Les tribunaux américains ont dû faire marche arrière pour nuancer leurs propos. Ainsi, la Cour de district dans Manchester Band of Pomo Indians v. U.S.<sup>274</sup>, à l'instar de la "Court of Claim" dans Menominee Tribe v. U.S.<sup>275</sup>, statuait:

---

supra, note 121, en page 10 des motifs du juge Décary, auxquels a souscrit le juge Létourneau; voir aussi Brian SLATTERY "First Nations and the Constitution": A question of trust" (1992) 71 Can. Bar. Rev. 261.

<sup>273</sup> Ceci rejoint les propos du juge Dickson dans l'affaire Guerin; à ce sujet voir notre discussion supra, pp. 55-6.

<sup>274</sup> 363 F. Supp. 1238 (District Court 1973).

<sup>275</sup> 101 Ct.Cl. 10 (1944), pp. 18-9.

It is well established that the conduct of the Government as a trustee is measured by the same standards applicable to a private trustee ... Accordingly, the Government as trustee is under a duty to the beneficiary to administer the trust solely in the interest of the beneficiary.<sup>276</sup>

Cette règle est certes valable en l'absence de conflit entre intérêts divergents, comme dans les causes précitées où le gouvernement administre les fonds de la tribu. Il en va toutefois autrement dans des situations de conflits d'intérêts où la règle du recours au droit privé, sans réserve, a dû être assouplie. C'est la constatation que l'on tire notamment de l'affaire Pyramid Lake Paiute Tribe of Indians v. Morton<sup>277</sup>. La cause mettait en question les intérêts du district voisin de la réserve indienne en faveur duquel le secrétaire de l'intérieur voulait, par le biais d'un règlement, détourner l'eau qui, naturellement, aurait abouti dans le lac situé sur la réserve. Le règlement destiné à fournir l'eau nécessaire au district en question aurait eu pour effet de réduire substantiellement le niveau d'eau du lac Pyramid, à un point tel que l'approvisionnement en eau et les stocks de poissons de la réserve s'en trouvaient compromis. Une application stricte des règles du droit privé relatif aux obligations d'un fiduciaire mènerait inévitablement au rejet de toute forme de réglementation, par le fiduciaire, qui aurait un impact négatif sur les intérêts du bénéficiaire. En principe, toute considération autre, si légitime soit-elle, devrait, selon ces règles, être ignorée au profit du bénéficiaire. Ce ne fut pas le cas dans Pyramid Lake puisque la Cour n'a pas interdit toute diversion d'eau et tout règlement en ce sens. Elle a plutôt jugé que le secrétaire de l'intérieur, alors responsable des affaires indiennes pour le gouvernement fédéral américain, avait

---

<sup>276</sup> Supra, note 274, p. 1245.

<sup>277</sup> 354 F. Supp. 252 (U.S. District Court 1973).

l'obligation de formuler avec minutie un règlement qui préserverait l'eau de la tribu<sup>278</sup> et que, ce faisant, il devait tenir compte adéquatement de son devoir de fiduciaire<sup>279</sup>. Conséquemment, la Cour ordonna au secrétaire de lui soumettre, pour approbation, un règlement selon lequel la quantité d'eau détournée serait compatible avec son devoir de fiduciaire.<sup>280</sup> Il est donc possible pour l'État de porter atteinte aux intérêts du bénéficiaire autochtone tout en respectant son obligation fiduciaire envers ce dernier.

La Cour suprême américaine a aussi assoupli sa position.

Dans l'affaire Seminole<sup>281</sup>, elle décide que la conduite du gouvernement dans ses rapports avec les Indiens doit être jugée "by the most exacting fiduciary standards".<sup>282</sup> Cette affaire portait sur la violation du droit de la nation Seminole de recevoir le paiement d'annuités aux termes d'un traité. Aucun intérêt divergent n'était remis en question.

Dans la récente affaire Nevada v. United States<sup>283</sup>, la Cour nuance sa position. Il s'agissait notamment de décider si le gouvernement, en représentant à la fois la partie autochtone et la partie gouvernementale dans une même cause, ne manquait pas, par le fait même, à son devoir de fiduciaire. La Cour confirme que le recours sans réserve aux règles du droit privé est approprié et permet de définir adéquatement le devoir de

---

<sup>278</sup> Id., p. 256.

<sup>279</sup> Id., p. 257.

<sup>280</sup> Id., p. 258.

<sup>281</sup> Seminole Nation v. U.S., 316 U.S. 286 (1942).

<sup>282</sup> Id., pp. 296-7.

<sup>283</sup> 103 S.Ct. 2906 (1983).

fiduciaire de l'État dans les cas où seule la relation entre le gouvernement et la tribu est en cause. Il en va toutefois différemment dans des situations de conflits d'intérêts. La Cour affirme:

In this regard, the Government cannot follow the fastidious standards of a private fiduciary, who would breach his duties to his single beneficiary solely by representing potentially conflicting interests without the beneficiary's consent. The Government does not "compromise" its obligation to one interest that Congress obliges it to represent by the mere fact that it simultaneously performs another task for another interest that Congress has obligated it by statute to do.<sup>284</sup>

Une approche similaire est également apparente en jurisprudence canadienne. Dans l'affaire Guerin<sup>285</sup> où aucun intérêt collectif non autochtone ne s'opposait aux droits de la bande Musqueam et où seule la conduite de la Couronne était remise en question, la Cour se rapproche davantage des règles du droit privé du fiduciaire.<sup>286</sup> Par contre, dans la cause

---

<sup>284</sup> Id., p. 2917.

<sup>285</sup> Supra, note 15.

<sup>286</sup> Il faut dire aussi que la différence entre l'approche de l'affaire Guerin et celle de l'affaire Sparrow peut aussi s'expliquer par le fait que, dans la première, le litige mettait en cause une législation destinée spécifiquement aux Indiens, plus particulièrement l'article 18 de la Loi sur les Indiens, alors que la seconde s'attardait à l'incidence d'une disposition de la Loi sur les pêcheries, une loi en principe applicable à tous et édictée sans considération particulière pour les autochtones, sur un droit ancestral. On peut vouloir être plus sévère envers la Couronne lorsque la législation en cause vise spécifiquement et exclusivement les autochtones. Pour des exemples de situations similaires à celle que l'on retrouve dans Guerin voir: Kruger c. The Queen, [1982] 1 C.N.L.R. 50, 125 D.L.R. (3d) 513 (Cour fédérale de première instance) et [1986] 1 C.F. 3 (Cour d'appel fédérale); Apsassin c. Canada, [1988] 3 C.F. 20 (cour fédérale de première instance) et jugement rendu le 9 février 1993, no. A-1240-87 (Cour

Sparrow<sup>287</sup>, la Cour adopte une attitude plus conciliante où les droits ancestraux bénéficient d'une priorité mais ne sont pas pour autant absolus. Aussi, selon Sparrow, il est même possible pour la Couronne de porter atteinte à un droit ancestral tout en respectant son devoir de fiduciaire. La Cour se garde ainsi toutes les ouvertures pour pouvoir mieux équilibrer les intérêts divergents en présence.<sup>288</sup>

Cette attitude conciliatrice avait déjà été prônée par la Cour relativement aux droits issus de traités. Dans l'affaire Sioui, le juge Lamer, au nom d'une Cour unanime, affirme que l'interprétation d'un document doit être générale mais réaliste et refléter l'intention des deux parties. Parmi les interprétations possibles, celle qui concilie le mieux les

---

d'appel fédérale). Dans l'affaire Kruger, il s'agissait entre autres de déterminer si, au début des années 1940, la Couronne avait le droit d'exproprier des terres de réserve, en l'occurrence pour le bénéfice du ministère des Transports et pour le ministère de la Défense nationale, sans avoir préalablement obtenu une cession de la bande indienne en cause. Celle-ci invoquait le devoir de fiduciaire de la Couronne quant à la légalité de l'expropriation et quant à la compensation reçue. Les trois juges de la Cour d'appel fédérale siégeant dans cette cause ont dit applicables les principes de l'arrêt Guerin (Le jugement de la section de première instance est antérieur au jugement de la Cour suprême dans Guerin). Dans la cause Apsassin, la bande indienne remettait en question, par le biais du devoir de fiduciaire, la conduite de la Couronne dans l'obtention d'une cession de l'intégralité des terres de la réserve et dans la disposition des terres ainsi cédées, d'abord, en faveur du ministère des Anciens combattants et, ensuite, en faveur des anciens combattants individuellement. Les juges se réfèrent amplement à l'arrêt Guerin; voir les motifs du juge Isaac (dissident) aux pp. 13, 18, 35 et ceux du juge Stone aux pp. 20 et 56.

<sup>287</sup> Supra, note 11.

<sup>288</sup> Voir texte supra, p. 58.

intérêts des deux opposants doit être retenue<sup>289</sup>. Cet esprit de conciliation est présent tout au long du jugement, tel qu'en fait foi l'extrait suivant:

Je conclus donc que vu l'absence d'indication expresse de la portée territoriale du traité, il faut tenir pour acquis que les parties au traité du 5 septembre entendaient concilier le besoin des Hurons de protéger l'exercice de leurs coutumes et le désir d'expansion du conquérant britannique. Que l'exercice des coutumes soit protégé sur toutes les parties du territoire fréquenté lorsqu'il n'est pas incompatible avec son occupation est, à mon avis, la façon la plus raisonnable de concilier les intérêts en jeu ... Définir ainsi l'intention commune des parties sur la question du territoire permet de donner plein effet à l'esprit de conciliation tout en respectant les exigences pratiques des Britanniques.<sup>290</sup>

(nous soulignons)

Bien sûr, ces propos de la Cour portent sur l'interprétation d'un traité. Nous sommes toutefois d'avis qu'ils sont tout aussi applicables à l'égard de la définition des droits ancestraux reconnus et confirmés à l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982. La conciliation des droits respectifs des autochtones et des non-autochtones est dictée par la réalité, soit la nécessité de la coexistence des peuples à l'intérieur des mêmes frontières. Comme la Cour le réitérait dans Sparrow, les pouvoirs législatifs de la Couronne doivent être rapprochés du paragraphe 35(1) et conciliés avec son devoir de fiduciaire.<sup>291</sup>

Il est difficile de définir dans l'abstrait les règles relatives au devoir de fiduciaire propres à la Couronne dans sa

---

<sup>289</sup> Supra, note 28, p. 1069.

<sup>290</sup> Id., 1071; ces propos étaient repris récemment par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt Eastmain, supra, note 121, voir pp. 8 et 10 des motifs du juge Décary.

<sup>291</sup> Supra, note 11, p. 1109.

relation avec les peuples autochtones. Ce que l'on peut dire, c'est qu'aucune manigance ni aucun acte ou omission susceptible de tromper les autochtones ne seront tolérés. L'affaire Guerin en constitue le meilleur exemple. Des règles strictes, analogues à celle du droit privé relatif au fiduciaire, seront appliquées à la Couronne dans ses rapports avec les premières nations dans la mesure où le manquement ou la faute reproché par le bénéficiaire met uniquement en cause un geste ou un acte de la Couronne qui n'interfère pas directement avec des intérêts collectifs non autochtones. D'autre part, dans les cas où de tels intérêts sont présents, comme dans l'affaire Sparrow, alors des règles particulières devront être élaborées de façon à sanctionner en priorité mais non d'une façon absolue les droits autochtones. Une application stricte des règles de droit privé de la fiducie, notamment quant au conflit d'intérêts, aurait pour conséquence de rendre les droits ancestraux à toute fin pratique absolus parce que, rappelons-le, ce sont des droits constitutionnels d'une part et, d'autre part, parce que les règles du droit privé en cette matière ne tolèrent aucun conflit d'intérêts.

De plus, la rigidité du droit privé rendrait vain le test de justification proposé par la Cour suprême dans Sparrow en ce qu'elle ferait en sorte qu'il soit pratiquement impossible pour la Couronne d'y satisfaire. On ne saurait alors parler de "test" puisque, dès l'existence d'une relation de fiduciaire établie, en supposant que les étapes préalables de l'analyse dictées par la Cour aient été franchies<sup>292</sup>, la partie autochtone s'en trouverait invariablement victorieuse. Ce n'est certes pas l'intention de la Cour qui, à de nombreuses reprises, laisse clairement entendre que la Couronne peut porter atteinte aux

---

<sup>292</sup> Voir l'étude de l'arrêt Sparrow, supra, p. 57.

droits ancestraux en respectant néanmoins son devoir de fiduciaire.<sup>293</sup>

La jurisprudence nous fournit des indications additionnelles quant à la façon d'aborder la coexistence des droits autochtones et non autochtones.

À l'approche conciliatrice préconisée par les tribunaux vient s'ajouter, comme point de départ de l'analyse, le but recherché par la reconnaissance, à l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982, du droit ancestral en cause. La Cour suprême énonce dans Sparrow:

The nature of s. 35(1) itself suggests that it be construed in a purposive way. When the purposes of the affirmation of aboriginal rights are considered, it is clear that a generous liberal interpretation of the words in the constitutional provision is demanded.<sup>294</sup>

et aussi,

The inquiry with respect to interference begins with a reference to the characteristics or incidents of the rights at stake.<sup>295</sup>

La définition de la coexistence des collectivités autochtones et non autochtones et de leurs gouvernements respectifs rend impérative la délimitation du but visé par le droit ancestral à l'autonomie gouvernementale des peuples aborigènes.

---

<sup>293</sup> Id., p. 1109-10.

<sup>294</sup> Id., p. 1106, voir aussi S. GRAMOND, loc.cit., supra, note 1, p. 1389.

<sup>295</sup> Id., p. 1111.

L'autonomie autochtone, c'est d'abord et avant tout la préservation d'un mode de vie dans tous ses aspects, social, culturel, politique et économique. Pour reprendre les mots de Pentney, l'objectif de la constitutionnalisation des droits ancestraux est de permettre aux nations autochtones de contrôler leur propre évolution et de préserver leur différence.<sup>296</sup> Il est juste de parler de "différence" en parlant de droits ancestraux autochtones, et c'est précisément cette spécificité que la Loi constitutionnelle de 1982 vise à protéger. En effet, les droits autres que les droits reconnus et confirmés par l'article 35 et qui ne sont pas propres aux premiers occupants pourraient être revendiqués par eux en vertu des dispositions de la Charte canadienne des droits et libertés, notamment par le biais de l'article 15<sup>297</sup> prévoyant le droit à l'égalité. C'est

---

<sup>296</sup> William PENTNEY, "The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the Constitution Act, 1982 - Part II - Section 35: the Substantive Guarantee", (1988) 22, U.B.C.L. Rev. 207, à la page 259. Le projet de texte juridique élaboré suite à l'accord de Charlottetown aurait ajouté notamment le paragraphe 35.1(3) à la Loi constitutionnelle de 1982, lequel témoigne bien du souci des intervenants de veiller à la protection de la quiddité autochtone. Il est libellé ainsi: 35.1(3) Il est prévu que l'exercice du droit visé au paragraphe (1) comporte notamment le pouvoir, pour les corps législatifs dûment constitués des peuples autochtones, chacun dans leur champ de compétence: a) de préserver et de développer leurs langues, leurs cultures, leurs économies, leurs identités, leurs institutions et leurs traditions, b) de développer, de maintenir et de renforcer leurs liens avec leurs terres, leurs eaux et leur environnement, afin que ces peuples puissent diriger et maîtriser leur développement en tant que tels, conformément à leurs valeurs et à leurs ordres de priorité, et assurer l'intégrité de leurs sociétés.

<sup>297</sup> L'article 15 dispose: 15.(1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

(2) Le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou des groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques.

donc dans la protection de la quiddité autochtone que le devoir de fiduciaire de la Couronne devra être appliqué dans toute sa vigueur.

En résumé, on peut dire que le caractère *sui generis* de l'obligation de fiduciaire de la Couronne et les liens à faire entre cette obligation et le droit à l'autonomie gouvernementale devront être élaborés en tenant compte des intérêts en présence. Les règles de droit privé ne seront pas toujours appropriées. Une approche conciliatrice devra être adoptée pour tenir compte du fait que le fiduciaire est la Couronne. Le but visé par la reconnaissance constitutionnelle du droit ancestral à l'autonomie gouvernementale doit servir de point de départ pour définir l'étendue et le degré de protection dont ce droit pourra bénéficier par le biais de l'obligation de fiduciaire.

C'est sur cette toile de fond que nous étudierons maintenant comment le devoir de fiduciaire peut interagir avec les diverses facettes de l'autonomie autochtone dans le contexte de la coexistence des peuples. Dans un premier temps, nous verrons jusqu'à quel point l'obligation de fiduciaire peut contribuer à l'autonomie économique et, dans un second, jusqu'à quel point elle peut protéger la juridiction autochtone.

## **CHAPITRE I - L'OBLIGATION DE FIDUCIAIRE ET L'AUTONOMIE ÉCONOMIQUE**

Historiquement, on l'a vu, le devoir de fiduciaire de la Couronne consistait, entre autre, à protéger l'autonomie gouvernementale autochtone par l'entremise de la protection du territoire ancestral autochtone. Celui-ci fournissait la base économique et territoriale nécessaire à la survie de la collectivité et à l'exercice de l'autonomie politique. Les problèmes économiques reliés à l'autonomie autochtone ne se

posaient pas avec l'acuité qu'on leur connaît maintenant. De nos jours, la compétition pour l'appropriation des ressources et l'exploitation du territoire ramène à l'avant-plan l'aspect économique de l'autonomie gouvernementale autochtone. Vu les liens étroits entre les aspects économique et politique, l'autonomie gouvernementale se trouverait grandement diminuée si le gouvernement autochtone qui l'exerce dépend exclusivement de sources de financement externes, donc incertaines, pour son fonctionnement.

L'obligation de fiduciaire de la Couronne peut s'avérer une protection efficace du volet économique<sup>298</sup> de l'autonomie gouvernementale, mais cette protection aura des limites. Nous explorerons tour à tour ces propositions.

## SECTION 1 - LA PROTECTION DU VOLET ÉCONOMIQUE

Certaines nations autochtones ont cédé en tout ou en partie leur territoire ancestral alors que d'autres ne l'ont pas fait. Les assises économiques d'un éventuel gouvernement autochtone sont donc susceptibles de varier d'une nation à l'autre. Aussi, plusieurs peuples autochtones demeurent dans l'incertitude quant à l'étendue de leur base territoriale si l'on considère que la validité de plusieurs cessions de territoire est contestée

---

<sup>298</sup> Le projet de texte juridique faisant suite au consensus de Charlottetown traite du volet économique de l'autonomie gouvernementale en proposant l'ajout notamment du paragraphe 35.2(1) à la Loi constitutionnelle de 1982. Ce paragraphe est libellé comme suit: 35.2(1) Les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux et les peuples autochtones du Canada -- notamment les Indiens, les Inuit et les Métis du Canada -- des diverses régions et collectivités du pays sont tenus de négocier de bonne foi la mise en oeuvre du droit à l'autonomie gouvernementale -- notamment les questions relatives à la compétence, aux terres et aux ressources ainsi qu'aux arrangements économiques et fiscaux -- en vue de conclure des accords précisant les rapports entre les gouvernements de ces peuples et le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux et territoriaux.

devant les tribunaux. Pour d'autres collectivités autochtones, l'illégalité se situe au niveau d'une occupation, par des tiers, de leur territoire ancestral sans que celui-ci n'ait fait l'objet d'une quelconque cession. Il serait trop ambitieux de vouloir traiter ici de l'incidence du devoir de fiduciaire sur chacune de ces situations. Nos propos seront plus limités.

Nous verrons comment l'obligation de fiduciaire peut contribuer à la protection de l'autonomie économique à partir d'une base territoriale dont ni les modalités d'exploitation, ni les droits respectifs des parties, autochtones et non autochtones, n'ont été arrêtés par convention ou traité. En fait, nous tenterons de voir comment pourrait s'élaborer, en l'absence de toute convention, la common law relative à l'obligation de fiduciaire quant au degré de protection qu'elle peut offrir à l'exploitation par les nations autochtones de leurs territoires ancestraux. On s'attardera ensuite à l'incidence possible du devoir de fiduciaire sur l'aspect économique de l'autonomie autochtone en l'absence d'une base territoriale ancestrale.

#### PARAGRAPHE 1 - AVEC UNE BASE TERRITORIALE

Il est important de noter d'entrée de jeu que nous ne traitons pas ici de l'étendue de la protection accordée à la juridiction autochtone sur le territoire ancestral d'une nation ou sur le territoire occupé quotidiennement par une collectivité autochtone. Seule la protection du volet économique de l'autonomie autochtone, par le biais du devoir de fiduciaire, sera étudiée pour l'instant.<sup>299</sup>

---

<sup>299</sup> La protection de la juridiction autochtone fera l'objet du prochain chapitre, voir texte infra, à la page 155.

D'aucuns conviendront qu'on ne saurait parler de coexistence des peuples et des gouvernements autonomes, autochtones et non autochtones, sans parler de partage des sources de financement. En effet, que l'on traite de l'exploitation des ressources naturelles ou du pouvoir de taxation, on ne peut pas prétendre à l'exclusivité et, du même coup, croire à la coexistence de gouvernements véritablement autonomes.

Nous sommes d'avis qu'une partie de la solution de la coexistence réside dans le concept de priorité d'utilisation de ces sources de revenus en faveur des nations aborigènes. Cette idée de priorité d'utilisation dans le cadre de l'autonomie gouvernementale d'une nation qui est toujours titulaire du titre indien sur son territoire ancestral, pour n'en avoir rien cédé, se traduit par une priorité d'exploitation des ressources naturelles qui s'y trouvent. Ce n'est pas là une proposition complètement étrangère à notre droit. En fait, il s'agit à peine d'une extrapolation tirée de l'arrêt Sparrow<sup>300</sup>.

*A priori*, on tend à retenir de cette décision une portée relativement étroite en ce que la priorité d'utilisation reconnue par la Cour n'a trait qu'au droit ancestral de pêche pour des fins de subsistance, de cérémonie ou d'activités sociales, une fois les impératifs de la conservation respectés. Or, la Cour tient des propos qui nous permettent de soutenir que cette priorité n'est pas restreinte aux droits de pêche mais qu'elle est susceptible de s'appliquer à tous les droits ancestraux, dont l'autonomie gouvernementale. Le passage le plus révélateur à cet égard mérite d'être cité au long:

Section 35(1) suggests that while regulation affecting aboriginal rights is not precluded, such regulation must be enacted according to a valid objective. Our

---

<sup>300</sup> Supra, note 11.

history has shown, unfortunately all too well, that Canada's aboriginal peoples are justified in worrying about government objectives that may be superficially neutral but which constitute *de facto* threats to the existence of aboriginal rights and interests. By giving aboriginal rights constitutional status and priority, Parliament and the provinces have sanctioned challenges to social and economic policy objectives embodied in legislation to the extent the aboriginal rights are affected. Implicit in this constitutional scheme is the obligation of the legislature to satisfy the test of justification. The way in which a legislative objective is to be attained must uphold the honour of the Crown and must be in keeping with the unique contemporary relationship, grounded in the history and policy, between the Crown and Canada's aboriginal peoples. The extent of legislative or regulatory impact on an existing aboriginal right may be scrutinized so as to ensure recognition and affirmation.<sup>301</sup> (nous soulignons)

La généralité de cet énoncé est évidente: le statut constitutionnel et la priorité s'appliquent à tous les droits ancestraux.<sup>302</sup> La priorité existera dans la mesure de ce qui est requis pour accéder à l'autonomie et la maintenir. Le corollaire de cette priorité d'utilisation des ressources du territoire ancestral c'est que d'autres, par hypothèse des non-autochtones, peuvent aussi exploiter ces ressources mais seulement une fois accompli le but visé par la priorité, en l'occurrence, l'atteinte et le maintien de l'autonomie gouvernementale autochtone. On ne peut donc plus parler

---

<sup>301</sup> Id. p. 1110.

<sup>302</sup> Cette priorité s'applique également aux droits issus de traités; voir à cet effet R. c. Arcand (1989), 65 Alta. L.R. (2d) 326 (Q.B.) et R. v. Flett (1990), 60 Man. R. (2d) 294 (Q.B.), la Cour d'appel a refusé la permission d'en appeler (1991), 68, Man. R. (2d) 159, où il est décidé que les droits issus de traités avaient préséance en vertu de l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 sur les dispositions de la Loi sur la convention concernant les oiseaux migrateurs, L.R.C. (1985), ch. M-7 et ses règlements restreignant la chasse.

d'exclusivité, laquelle était traditionnellement associée au titre indien, mais plutôt de priorité.

Cette idée de priorité, eu égard notamment aux droits territoriaux inhérents au titre indien, ne vient pas aisément. Ce qui y fait obstacle, c'est que le titre indien est généralement perçu comme véhiculant un élément d'exclusivité qui permet aux nations titulaires de réclamer l'exclusivité sur l'usage des ressources. Ceci émane du fait que la jurisprudence a retenu, comme l'un des critères à prouver pour établir l'existence du titre indien, que l'occupation autochtone sur un territoire donné ait lieu à l'exclusion de toute autre société organisée.<sup>303</sup> On a cependant tendance à oublier que cette occupation exclusive doit, pour répondre aux critères de preuve du titre indien, être établie et exister à une époque particulière, soit à l'époque où l'Angleterre assumait sa souveraineté.<sup>304</sup> Bien que ce soit là l'un des critères nécessaires à la preuve de l'existence du titre ancestral, cela ne signifie pas que le titre indien ne peut, à notre époque, exister sans cet élément d'exclusivité. Le titre aborigène ne s'éteint pas parce que d'autres ont des droits sur le territoire grevé de ce titre<sup>305</sup>. D'autre part, dans la mesure où les droits territoriaux des peuples autochtones ont priorité, le titre est respecté.

L'exclusivité a donc cédé le pas à la priorité et à la coexistence des droits. C'est là, il faut l'admettre, une façon

---

<sup>303</sup> Voir notamment l'affaire Baker Lake, supra, note 39; voir aussi: Delgamuukw, supra, note 1 où le juge en chef McEachern met en doute la nécessité de remplir le critère de l'exclusivité à la page 388; et, S. GRAMOND, loc.cit., supra, note 1, p. 1394.

<sup>304</sup> À ce sujet, voir supra, note 39.

<sup>305</sup> C'est ce qui ressort de l'arrêt Sparrow, supra, note 11.

de concilier des droits collectifs divergents en ce qu'ils sont en concurrence pour les mêmes ressources économiques. Cette position découle de la common law des droits ancestraux, comme on l'a vu de l'arrêt Sparrow, et s'accorde avec l'approche conciliatrice que préconisait déjà la Cour suprême dans l'affaire Sioui dont on a déjà traité<sup>306</sup>.

Ce concept d'utilisation prioritaire des ressources par les autochtones est déjà bien ancré dans le droit constitutionnel canadien et il demeure compatible avec les diverses descriptions jurisprudentielles du titre aborigène. Cette priorité n'a cependant jamais été étudiée dans l'optique du droit ancestral à l'autonomie gouvernementale. Nous croyons par ailleurs que rien ne s'y oppose depuis l'arrivée de l'article 35. De fait, la priorité de l'intérêt territorial autochtone est incluse dans la constitution canadienne depuis la fédération, par le biais de l'article 109 de la Loi constitutionnelle de 1867.<sup>307</sup>

---

<sup>306</sup> Voir texte supra, p. 105.

<sup>307</sup> L'article 109 se lit ainsi: Les terres, mines, minéraux et redevances appartenant aux différentes provinces du Canada, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick lors de l'Union, et toutes les sommes d'argent alors dues ou payables pour ces terres, mines, minéraux ou redevances, appartiendront aux différentes provinces d'Ontario, de Québec, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick, dans lesquelles ils sont sis et situés ou exigibles, sous réserve des fiducies existantes et de tout intérêt autre que celui de la province à cet égard. (nous soulignons); voir à cet effet St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen (1888), 14 A.C. 46, p. 58, repris dans Guerin, supra, note 15, p. 380. Le but premier de l'article 109 était de confirmer que les terres appartenaient aux provinces et, à cet égard, la Loi constitutionnelle de 1930 est venue placer les quatre provinces de l'Ouest dans la même situation. Elle prévoyait cependant des dispositions particulières quant aux droits de chasse et de pêche des Indiens de l'Alberta (article 12), de la Saskatchewan (article 12) et du Manitoba (article 13), de même que l'obligation pour ces provinces de fournir les terres nécessaires afin de permettre au Canada de remplir ses obligations issues

Cette priorité consignée ainsi dans notre constitution depuis le tout début offre l'avantage d'être compatible avec les diverses descriptions jurisprudentielles du titre indien. Ainsi, que l'on parle d'un "personal and usufructuary rights"<sup>308</sup>, d'un "beneficial interest"<sup>309</sup> ou encore de "[something] more than the right to enjoyment and occupancy"<sup>310</sup>, on n'y retrouve aucune exigence d'exclusivité, et la priorité d'abord comprise dans l'article 109 et maintenant dans l'article 35 peut s'y greffer sans incompatibilité. On apporte cependant une nouvelle dimension à cette priorité lorsque l'on en étend l'application aux autres droits ancestraux, tel le droit à l'autonomie gouvernementale.

C'est spécifiquement cette priorité, compte tenu des limites qui s'y rattachent et dont il sera question ci-après, qui sera protégée par le devoir de fiduciaire. Celui-ci interviendra pour sanctionner un manquement au respect de cette priorité.

La décision de la Cour suprême dans C.P. v. Paul<sup>311</sup> offre un exemple de manquement à la priorité. La Couronne, du chef du Nouveau-Brunswick, au moyen d'une loi préconfédérative, avait accordé ce que la Cour devait qualifier de droit de passage à une compagnie de chemin de fer et ce, à même les terres de réserve qu'elle détenait à l'usage et au profit des ancêtres de

---

de traités avec les Indiens de la province; voir l'article 10 pour l'Alberta et la Saskatchewan et l'article 11 pour le Manitoba.

<sup>308</sup> Voir l'affaire St. Catherine's Milling, id., pp. 54-5; et, A.G. of Quebec c. A.G. of Canada (1921), 1 A.C. 401, p. 408.

<sup>309</sup> Guerin c. La Reine, supra, note 15, p. 382.

<sup>310</sup> C.P. c. Paul, supra, note 249, p. 658.

<sup>311</sup> Ibid.

la bande défenderesse. Cette dernière avait barricadé la voie ferrée située sur le territoire en cause, d'où la demande d'injonction de la compagnie. La bande a riposté par une demande reconventionnelle visant à obtenir une déclaration de titre sur le passage en question. La Cour devait donc statuer sur les revendications opposées de la compagnie de chemin de fer et de la bande relativement à l'utilisation d'un bien-fonds.<sup>312</sup>

La Cour a accordé l'injonction en faveur de la compagnie de chemin de fer au motif notamment que le droit de passage qu'elle avait obtenu par la loi était valide. Elle ne jugea pas nécessaire, dans ces circonstances, de décider expressément si ce droit de passage avait eu pour effet d'éteindre le titre de la bande sur le fief simple.<sup>313</sup> Cependant, la Cour laisse clairement entendre que le titre de la bande n'a pas été éteint puisqu'elle affirme, d'une part, qu'on pourrait conclure à l'extinction par la concession de ce droit de passage si le titre indien n'était rien de plus qu'un droit de jouissance et d'occupation et, d'autre part, que le titre indien est quelque chose de plus qu'un droit de jouissance et d'occupation.<sup>314</sup> Encore là, on constate que la Cour favorise la coexistence des droits autant que faire se peut.

Ce qui importe surtout pour nos fins, c'est que la Cour suggère nettement que la Couronne, en accordant un droit de passage sur des terres de réserve qu'elle détenait pour l'usage et au profit de la bande a, de ce fait, manqué à son devoir de fiduciaire. La Cour fait remarquer que la question de savoir si le gouvernement de l'époque s'est acquitté de son obligation

---

<sup>312</sup> Id., p. 657.

<sup>313</sup> Id., p. 679.

<sup>314</sup> Id. p. 678.

envers la bande est une question distincte qui ne porte pas atteinte au droit que possède C.P. sur le bien-fonds.<sup>315</sup> Elle poursuit:

The question whether the Government of New Brunswick failed to carry out its obligations to the Band and whether the Band is entitled to damages or compensation as a consequence does not arise in this appeal. Those remain open questions. In this regard, we note the words of Dickson J. (as he then was) in the case of Guerin v. The Queen, [1984] 2 S.C.R. 335, at p. 376:

In my view, the nature of Indian title and the framework of the statutory scheme established for disposing of Indian land places upon the Crown an equitable obligation, enforceable by the courts, to deal with the land for the benefit of the Indians. This obligation does not amount to a trust in the private law sense. It is rather a fiduciary duty. If, however, the Crown breaches this fiduciary duty it will be liable to the Indians in the same way and to the same extent as if such a trust were in effect.<sup>316</sup>

On peut déduire de ce passage qu'un recours en dommages-intérêts contre la Couronne fondé sur un manquement à son obligation de fiduciaire risque fort de réussir. En fait, la Couronne, en accordant ce droit de passage à la compagnie de chemin de fer, a en quelque sorte passé outre à la priorité d'utilisation de la bande sur les terres de réserve.<sup>317</sup>

Dans tous ses actes, législatifs, exécutifs ou administratifs, la Couronne devra respecter cette priorité sous

---

<sup>315</sup> Id., 676.

<sup>316</sup> Ibid.

<sup>317</sup> L'affaire Pyramid Lake discutée plus haut, voir supra, note 277, p. 103, constitue un exemple similaire tiré de la jurisprudence américaine. La Cour avait alors écarté un règlement qui avait pour effet de détourner, en faveur du district voisin, une quantité d'eau qui aurait naturellement abouti dans le lac situé sur la réserve. La priorité d'alimentation en eau et en poisson de la tribu n'étant pas respectée, la Cour exigea un nouveau règlement.

peine d'être taxée d'avoir manqué à son obligation particulière envers les autochtones.<sup>318</sup> Le respect à accorder à la priorité d'utilisation devra toutefois toujours se faire et être analysé en fonction du but recherché, soit l'accession à une véritable autonomie gouvernementale et son maintien. L'étendue de la protection constitutionnelle accordée à cette priorité sera en quelque sorte limitée par le but à atteindre.<sup>319</sup>

Jusqu'à maintenant, nous avons fait état de la protection constitutionnelle accordée aux droits territoriaux d'une nation autochtone sur son territoire ancestral non cédé, indistinctement du fait qu'il soit ou non occupé par la collectivité. Qu'en est-il cependant du territoire où vit quotidiennement une communauté autochtone? Nous proposons que, sur un tel territoire, la protection de droits territoriaux soit plus étendue de telle sorte que la collectivité autochtone qui l'occupe puisse jouir d'une façon exclusive des ressources qui s'y trouvent.

La protection constitutionnelle accordée à la priorité d'utilisation du territoire ancestral s'appliquera alors à l'exclusivité dans l'utilisation des ressources du territoire occupé par le peuple autochtone. C'est d'ailleurs là le corollaire des propos que nous tenons relativement à la juridiction autochtone<sup>320</sup> exclusive sur le territoire occupé quotidiennement par la collectivité. Dans la mesure où un gouvernement autochtone dispose d'une telle juridiction sur ces terres, il n'est pas risqué de croire qu'il se réservera cette exclusivité d'utilisation.

---

<sup>318</sup> Nous reviendrons sur cet aspect dans notre discussion des limites de la protection inhérente à l'obligation de fiduciaire; voir texte infra, p. 141.

<sup>319</sup> Voir texte supra, pp. 123-5.

<sup>320</sup> Voir texte infra, p. 158.

Nous sommes d'avis que cette dernière est nécessaire à la protection de l'autonomie gouvernementale autochtone. Il serait en effet incongru de permettre à quiconque d'aller sur les territoires qui représentent en quelque sorte la résidence d'une nation autochtone afin d'y exploiter à son gré les ressources qui s'y trouvent. La protection du mode de vie et la quiddité autochtone ne permettent pas de telles intrusions.

À l'encontre de cette variation dans la protection accordée au territoire selon qu'il est ou non occupé, on pourrait invoquer, à tout le moins quant aux Indiens et aux terres de réserve<sup>321</sup>, l'affirmation du juge Dickson dans l'affaire Guerin à l'effet que l'intérêt indien dans les terres est le même, que ce soit des terres traditionnelles grevées du titre aborigène ou des terres de réserve.<sup>322</sup> La variation que nous proposons quant à la protection des droits territoriaux autochtones demeure valable même à la lumière de cet énoncé. Il faut d'abord remarquer que cette déclaration du juge Dickson s'inscrit dans le contexte bien particulier de la cause et de la situation des territoires aborigènes en Colombie-Britannique où aucun traité n'a été conclu avec les nations autochtones.

Aussi, il s'agissait dans ce litige de décider de la conduite de la Couronne suite à une cession de terres de réserve. Il n'était pas question d'autonomie autochtone et encore moins du volet économique de celle-ci dans le contexte de la coexistence des peuples et des gouvernements. Aussi, comme s'assure de le mentionner le juge Dickson immédiatement après son affirmation rapportée plus haut, la réserve en litige dans l'affaire Guerin avait été créée à même les terres ancestrales

---

<sup>321</sup> On réfère ici aux Indiens et aux réserves telles que définis dans la Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5.

<sup>322</sup> Voir l'arrêt Guerin, supra, note 15, p. 379.

de la bande Musqueam<sup>323</sup>. Il n'est donc pas étonnant que, pour les besoins de la cause, le juge Dickson ait jugé que l'intérêt indien était le même sur et hors réserve.

D'autre part, et d'un point de vue plus théorique, il est possible de justifier notre proposition même en acceptant que l'intérêt indien est le même sur réserve que sur les territoires ancestraux. Selon notre position, ce qui varie en fonction de l'occupation, ce n'est pas l'intérêt aborigène sur les terres mais plutôt l'étendue de l'obligation de la Couronne à l'égard de ces terres. La protection constitutionnelle des droits territoriaux sera plus ou moins étendue selon que le territoire constituera ou non la résidence de la collectivité. L'intérêt indien ne change pas, les obligations de la Couronne à son égard, oui.

Abordons maintenant l'étendue de la protection du volet économique de l'autonomie en l'absence de base territoriale autre que celle occupée par la collectivité autochtone.

## PARAGRAPHE 2 - EN L'ABSENCE DE BASE TERRITORIALE

L'hypothèse envisagée est celle où la nation autochtone qui revendique l'autonomie gouvernementale a, sauf pour le territoire qu'elle occupe quotidiennement, cédé toutes ses terres ancestrales. Dans ces circonstances, l'alternative au financement indépendant d'un gouvernement autochtone autonome passe presque invariablement par un mode de taxation quelconque que pourrait imposer et administrer ce gouvernement.<sup>324</sup>

---

<sup>323</sup> Ibid.

<sup>324</sup> Le pouvoir de taxation d'un gouvernement autonome indien, au sens de la Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, remettrait en question l'opposabilité à ce

La question qui se pose quant à ce pouvoir de taxation est de savoir quelle incidence il aura sur le pouvoir de taxation dont pourrait disposer un autre ordre de gouvernement à l'égard des ressortissants autochtones dont le gouvernement se veut autonome.

Dans un tel contexte, le devoir de fiduciaire de la Couronne, tant fédérale que provinciale, peut être invoqué pour protéger le pouvoir de taxation du gouvernement autochtone au détriment de la compétence en matière de taxation des gouvernements non autochtones. En fait, les gouvernements autochtones bénéficient de l'exclusivité en matière de taxation à l'égard de leurs ressortissants et de leurs ressources, et celle-ci est sauvegardée par l'obligation de fiduciaire. Par contre, les autorités gouvernementales autochtones devront être conscientes que les services qui peuvent être dispensés à leurs ressortissants par un autre ordre de gouvernement peuvent aussi leur être facturés par ce dernier.

D'autre part, il faut remarquer que, selon les exigences de l'arrêt Sparrow, le droit autochtone qui est remis en question doit être visé à l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 pour profiter de la protection du devoir de fiduciaire

---

gouvernement de l'article 87 de la loi qui prévoit une exemption de taxe, notamment à l'égard des biens meubles d'un Indien. Par ailleurs, l'article 83 stipule que le Conseil de bande peut, avec l'approbation du ministre, adopter des règlements administratifs pour imposer des taxes, à des fins locales, sur les immeubles situés dans la réserve ainsi que sur les droits sur ceux-ci; voir l'annexe B pour le texte de ces articles. Au sujet du financement de l'autonomie gouvernementale autochtone voir Marc MALONE, Financing Aboriginal Self-Government in Canada, Kingston, Institute of Intergovernmental Relations, 1986; voir aussi Robert A. REITER, Indian Finance Law: Alternative Mechanisms and Strategies for Financing Reserve Public and Private Ventures, Edmonton, First Nations Resource Council, 1991.

intrinsèque, selon la Cour, aux mots "reconnus et confirmés" qu'on y retrouve. Cette exigence est plus facilement remplie lorsque le droit revendiqué est un droit territorial relié au titre indien. En effet, dans un tel cas, on y voit plus aisément un droit ancestral.<sup>325</sup> C'est là une conclusion à laquelle on arrive plus difficilement lorsque l'on traite du pouvoir de taxation d'un éventuel gouvernement autochtone. L'exigence pourrait néanmoins être remplie et se justifier par une affirmation analogue à celle du juge en chef Dickson dans l'arrêt Simon où il retient en substance que le droit, en l'espèce celui de chasser "comme de coutume", pour être réel, doit comprendre les activités qui sont raisonnablement accessoires à l'acte lui-même.<sup>326</sup> Or, il est clair que l'auto-suffisance économique et, plus particulièrement, le pouvoir de taxation autochtone sont, sinon parties intégrantes de l'autonomie gouvernementale, à tout le moins des accessoires au droit ancestral à l'autonomie gouvernementale. Celui-ci, pour être réel, doit comprendre un certain degré d'indépendance économique.

Il ne faut cependant pas croire de nos propos que toute forme d'autonomie gouvernementale autochtone est impossible ou illusoire en l'absence de source de financement parfaitement indépendante ou exclusivement autochtone. Un degré d'autonomie demeure possible, mais il sera d'autant plus vulnérable et relèvera alors plus du privilège que du droit à l'autonomie. En effet, la Couronne pourrait décider de supporter financièrement

---

<sup>325</sup> Un pouvoir de taxation pourrait également être prévu dans un traité et, de ce fait, bénéficier de la protection de l'article 35.

<sup>326</sup> Voir supra, note 28, p. 403.

le fardeau d'un gouvernement autochtone mais elle n'en aurait pas l'obligation.<sup>327</sup> Elle pourrait décider en tout temps de retirer son appui, et l'autonomie gouvernementale s'en trouverait conséquemment compromise.

Outre ce pouvoir de taxation, le devoir de fiduciaire de la Couronne devra servir à la protection de l'exclusivité quant à l'utilisation des ressources comprises sur le territoire occupé quotidiennement par la nation autochtone. Le gouvernement autochtone sera le seul à pouvoir décider de toutes les questions relatives à l'exploitation de ses ressources. Le but visé par l'autonomie gouvernementale, soit l'indépendance économique et la préservation du mode de vie de la collectivité, nécessite la protection quant à l'utilisation exclusive de ce territoire. Il serait en effet inusité, dans un contexte d'autonomie gouvernementale, de permettre à des non-membres<sup>328</sup> d'exploiter le territoire occupé sans l'assentiment préalable des autorités gouvernementales autochtones.

Le devoir de fiduciaire peut servir à préserver la base économique nécessaire à l'existence et au maintien d'un gouvernement autochtone autonome. Une telle protection n'est toutefois pas sans limite dans une perspective de coexistence des peuples et des gouvernements.

---

<sup>327</sup> Voir B. CLARK, supra, note 2, p. 196; Nous traiterons plus amplement de l'obligation ou non d'agir de la Couronne dans la section suivante; voir texte infra, p. 145.

<sup>328</sup> Nous définissons le terme "membre" comme suit: une personne qui réside parmi la collectivité et qui est acceptée comme membre par les instances gouvernementales autochtones.

## SECTION 2 - LES LIMITES DE LA PROTECTION

La protection constitutionnelle du volet économique de l'autonomie gouvernementale ne sera pas sans limite. Nous ferons état des éléments servant à établir les paramètres de cette protection.

## PARAGRAPHE 1 - UN NIVEAU DE VIE COMPARABLE

Comme nous proposons que le pouvoir de taxation, à l'égard des membres et des ressources exploitées par eux, soit exclusif et qu'il en soit de même quant à l'utilisation des ressources comprises sur le territoire occupé par la nation, nous nous attarderons davantage ici à la limite relative à la priorité d'utilisation des ressources sur le territoire ancestral non occupé.

Conformément à l'approche suggérée par la jurisprudence et discutée plus haut<sup>329</sup>, la protection constitutionnelle offerte à un droit ancestral peut être circonscrite en fonction du but visé par la connaissance de ce droit. En l'occurrence, le but sous-jacent au droit à l'autonomie gouvernementale est de permettre aux nations aborigènes de décider elles-mêmes de leur évolution, de leur mode de vie et de la façon de préserver leurs différences. Ce but constitue en soi une limite à la protection constitutionnelle et, du même coup, à l'étendue du devoir de fiduciaire de la Couronne.

Par ailleurs, la question qui émane, d'une perspective économique, est de savoir jusqu'où ira la protection de la priorité autochtone. Pour répondre à cette question, il faut d'abord reconnaître que l'autonomie économique du gouvernement

---

<sup>329</sup> Voir texte supra, p. 123.

autochtone passe par l'autonomie économique de la collectivité qu'il dirige. Il est difficile en effet d'imaginer un gouvernement économiquement autonome si la population qu'il gouverne ne peut lui fournir les revenus nécessaires à son fonctionnement.

Quelle protection devra fournir la Couronne, en vertu de son devoir de fiduciaire, dans la préservation de l'indépendance économique autochtone afin que la reconnaissance constitutionnelle du droit à l'autonomie gouvernementale soit respectée? Dans le contexte de coexistence des peuples il serait irréaliste pour les nations autochtones d'aspirer à une priorité économique sans borne. De fait, il faudrait alors parler d'exclusivité plutôt que de priorité. Quel est donc le critère à retenir quant à la limite de cette priorité?

La solution à laquelle en étaient arrivés les représentants autochtones et tous les gouvernements du Canada lors de la dernière ronde de négociations constitutionnelles fait appel au niveau des services offerts aux populations avoisinantes des collectivités autochtones comme critère de référence.

Le texte pertinent de l'entente de Charlottetown prévoit à son article 50 que:

Les questions relatives au financement des gouvernements des peuples autochtones devraient être réglées dans un accord politique. Celui-ci engagerait les gouvernements des peuples autochtones à:

[ ... ]

- fournir des services publics essentiels de niveau raisonnablement comparable à ceux offerts aux autres Canadiens dans les environs.<sup>330</sup>

---

<sup>330</sup>

Ce critère de niveau de services comparable est inspiré de l'article 36 de la Loi constitutionnelle de 1982:

36. (1) Sous réserve de compétences législatives du Parlement et des législatures et de leur droit

Il engagerait également les gouvernements fédéral et provinciaux à l'égard du principe consistant à fournir aux gouvernements autochtones les ressources financières et autres, telles que fonds de terre, pour les aider à diriger leurs propres affaires et à respecter les engagements énumérés ci-dessus, compte tenu des niveaux de services offerts aux autres Canadiens dans les environs et de la capacité des gouvernements des peuples autochtones de prélever les impôts nécessaires sur leurs propres sources de revenu.<sup>331</sup>

Même si cette entente constitutionnelle n'a pas été adoptée, nous sommes d'avis qu'il s'agit là d'un critère qui risque fort d'être entériné par nos tribunaux si l'occasion se présente. Il offre de sérieux avantages: il permet la coexistence et le partage des ressources, il est empreint de justice sociale, il respecte le but de l'autonomie gouvernementale et, surtout, il reçoit l'assentiment de toutes les parties représentées à Charlottetown.

On peut donc concevoir que l'obligation de fiduciaire de la Couronne veille à la protection de la priorité économique autochtone dans la mesure nécessaire pour que les collectivités puissent bénéficier d'un niveau de vie comparable à celui des populations avoisinantes.

Ceci ne signifie pas que certaines nations autochtones qui,

---

de les exercer, le Parlement et les législatures, ainsi que les gouvernements fédéraux et provinciaux s'engagent à: a) promouvoir l'égalité des chances de tous les Canadiens dans la recherche de leur bien-être; b) favoriser le développement économique pour réduire l'inégalité des chances; c) fournir à tous les Canadiens, à un niveau de qualité acceptable, les services publics essentiels.

(2) Le Parlement et le gouvernement du Canada prennent l'engagement de principe de faire des paiements de péréquation propres à donner aux gouvernements provinciaux des revenus suffisants pour les mettre en mesure d'assurer les services publics à un niveau de qualité et de fiscalité sensiblement comparables.

pour diverses raisons, bénéficient d'une grande richesse, ne puissent jouir de celle-ci. Elles pourront continuer à le faire librement, mais la protection constitutionnelle de l'autonomie économique sera limitée par le niveau de vie des populations voisines.

Une question encore plus épineuse se pose en regard du rôle que pourrait être appelée à jouer l'obligation de fiduciaire de la Couronne dans la protection de l'autonomie gouvernementale; peut-on, au nom du devoir de fiduciaire, forcer les instances étatiques à poser un acte quelconque, législatif, exécutif ou même administratif?

#### PARAGRAPHE 2 - L'ABSENCE D'OBLIGATION D'AGIR

Outre les limites au devoir de fiduciaire, qui sont intrinsèques au but visé par le droit à l'autonomie gouvernementale, se pose la question de savoir si la Couronne a une obligation positive d'agir pour protéger l'autonomie autochtone ou, pour reprendre le vocable anglophone, si la Couronne a un "affirmative duty"?

On constate, à l'étude de ce problème, que la formulation de la question est finalement plus difficile que la réponse. Ceci est sans doute dû au fait que les auteurs qui ont traité du sujet n'ont jamais véritablement précisé ce qu'ils entendaient par "obligation positive" ou "affirmative duty".<sup>332</sup> Ils s'entendent cependant pour dire que la Couronne a une telle obligation envers les peuples autochtones. Cette conclusion demeure toutefois peu significative en l'absence de définition

---

<sup>332</sup> C'est le cas de R.P. CHAMBERS, loc.cit., supra, note 64; J. HURLEY, loc.cit., supra, note 38; D.M. JOHNSTON, loc.cit., supra, note 40.

des expressions mentionnées ci-haut.

On pose parfois la question de savoir si la Couronne a l'obligation de promouvoir l'autonomie gouvernementale ou si elle a uniquement l'obligation de ne pas y porter atteinte. A-t-elle une obligation positive ou passive à cet égard? Est-ce un devoir préventif ou curatif? Il existe plusieurs formulations possibles, mais la façon la plus simple d'énoncer le problème est la suivante: Peut-on forcer l'État, en vertu de son devoir de fiduciaire, à agir en faveur du droit à l'autonomie gouvernementale ou est-ce que l'obligation de la Couronne se limite à bien agir, comme doit le faire un fiduciaire, uniquement lorsqu'elle agit? Nous sommes d'avis que cette dernière proposition doit être retenue.

Les raisons qui justifient cette position peuvent être traitées sous trois rubriques: la prérogative de la Couronne, la nature de l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 et la teneur du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale.

Quant à la prérogative de la Couronne, elle nous permet d'affirmer que l'on ne saurait forcer la Couronne à agir en faveur de qui que ce soit ou de quoi que ce soit sauf dispositions législatives expresses. Toutefois, lorsqu'elle agit et que ses actes peuvent avoir un effet sur un droit ancestral autochtone, tel le droit à l'autonomie gouvernementale, elle doit agir d'une façon qui respecte son devoir de fiduciaire. En fait, il est possible pour les tribunaux de dire à l'État comment il doit exercer son pouvoir, mais ils ne peuvent lui dire quand il doit l'exercer. C'est la légalité des actes posés par la Couronne qui fait l'objet du test de justification et non l'opportunité d'agir ou de ne pas agir. Cette dernière demeure la prérogative ultime des organes dirigeants de l'État. Ainsi, sauf disposition constitutionnelle ou législative exigeant expressément l'intervention de la Couronne, on ne pourra la forcer à agir et l'on ne pourra faire

sanctionner son inaction. Aucune telle disposition n'existe à l'égard de l'autonomie gouvernementale et des droits ancestraux en général.

Aussi, lorsqu'on examine la question de plus près, la doctrine et la jurisprudence généralement invoquées pour appuyer la thèse voulant que l'on puisse forcer la Couronne à agir pour protéger les droits des autochtones ne mènent pas à cette conclusion. L'analyse qu'on peut en faire commande plutôt la conclusion inverse; le devoir de fiduciaire n'intervient qu'une fois que la Couronne a agi, que ce soit en posant un acte législatif, exécutif ou administratif.

Chambers, auteur américain, est l'un de ceux qui affirment que l'État a, envers les premières nations, ce qu'il décrit comme étant un "affirmative duty".<sup>333</sup> Cette expression est trompeuse et ne signifie pas que la Couronne a un devoir d'agir. L'auteur appuie sa conclusion sur l'arrêt de la Cour de district Pyramid Lake Paiute Tribe of Indians v. Morton<sup>334</sup>. Dans cette affaire, la Cour, sur la base de l'obligation de fiduciaire du secrétaire de l'intérieur, annula le règlement par lequel une certaine quantité d'eau était détournée en faveur du district voisin de la réserve et ordonna au secrétaire de formuler un autre règlement, à être soumis à la Cour, qui respecte le devoir de fiduciaire.<sup>335</sup> À partir de cette ordonnance, on prétend que l'obligation de fiduciaire emporte le devoir d'agir, en l'occurrence d'adopter un règlement qui verrait à préserver les intérêts autochtones. Partant, on affirme que l'État a un "affirmative duty". Ce n'est pas exact. Il ne faut pas oublier

---

<sup>333</sup> Voir R.P. CHAMBERS, id., p. 1233 et D.M. JOHNSTON, id., p. 327.

<sup>334</sup> Voir supra, note 277.

<sup>335</sup> Id., p. 258.

que le devoir de fiduciaire n'est intervenu en l'espèce que parce qu'un premier règlement portait atteinte aux intérêts indiens. La Cour n'exige pas que l'État agisse, mais elle rappelle à l'État que s'il agit, en l'occurrence par l'adoption d'un règlement, il doit le faire comme un fiduciaire. Dans ce contexte, le vocable "affirmative duty" est mal choisi. On a pour preuve les propos mêmes de Chambers qui définit le "affirmative duty" de l'État de la façon suivante en se référant à l'affaire Pyramid Lake:

This doctrine would seem to have far-reaching significance, for it suggests an affirmative federal duty, especially by the Department of Interior, to protect Indian trust property from injury by other federal projects - unless, of course, Congress has, pursuant to *Lone Wolf*, specifically authorized the injury and directed the payment of compensation. The suggested principle is that the trust relationship, independent of any express treaty or statutory provision, constitutes a general limitation on the authority of executive officials to act in a manner which adversely affects Indian trust property.<sup>336</sup>

(nous soulignons)

En fait, ce que prône Chambers, c'est la thèse que le devoir de fiduciaire ne peut forcer l'État à agir mais qu'il interviendra pour contrôler les actes posés.

L'affaire United States, as guardian of the Walapai Indians of Arizona v. Santa Fe Pacific Railroad Co.<sup>337</sup> offre une autre illustration de notre position. Il s'agissait pour la Cour suprême des États-Unis de décider si la loi en vertu de laquelle la compagnie de chemin de fer détenait son titre avait eu pour effet d'éteindre le titre indien. La Cour a conclu que non.<sup>338</sup> Ce qu'il importe de noter, c'est que les États-Unis ont eu à

---

<sup>336</sup> Supra, note 64, p. 1234.

<sup>337</sup> 314 U.S. 339 (1941).

<sup>338</sup> Id., p. 354.

prendre un recours à titre de gardien des Indiens en raison du fait qu'ils avaient préalablement accordé, par une loi, un droit foncier à la compagnie sur des terres appartenant aux Walapais. N'eût été de cette loi, les États-Unis n'auraient pas eu à intervenir.

La doctrine canadienne qui soutient que la Couronne aurait une obligation positive d'agir ou une "affirmative duty" ne définit pas non plus le sens de ces expressions.<sup>339</sup> Ainsi, dans sa discussion de l'affaire Guerin, Hurley fait allusion à l'article 18 de la Loi sur les Indiens et affirme:

The Crown has a special historical relationship with the Indians. This relationship, now formalized in the Indian Act, obliges the Crown to act positively for the benefit of Indians.<sup>340</sup> (nous soulignons)

Bien qu'il soit vrai que le devoir de fiduciaire est reconnu par la Loi sur les Indiens, plus particulièrement par l'article 18, rien ne force Sa Majesté à agir. Il demeure cependant que, lorsqu'elle pose des gestes susceptibles de toucher les droits des Indiens, comme ce fut le cas dans Guerin, elle doit respecter son obligation de fiduciaire. C'est d'ailleurs la position qui semble vouloir s'instaurer en jurisprudence canadienne. Le seul passage qui en émane et qui porte directement sur cette question est tiré du jugement du juge Addy dans la cause Apsassin c. Canada<sup>341</sup>. La Cour devait alors décider notamment de la validité d'une cession de terres de réserve et d'un transfert de droits miniers faits par la bande dans les années 1940. Les demandeurs alléguaient entre

---

<sup>339</sup> Voir D.M. JOHNSTON, supra, note 40, p. 326 où l'auteur endosse les propos de R.P. CHAMBERS rapportés ci-haut. Voir aussi J. HURLEY, supra, note 38.

<sup>340</sup> Id., p. 589. L'auteur se réfère ici à l'article 18 de la Loi sur les Indiens reproduit à supra, note 110.

<sup>341</sup> Supra, note 115.

autres que la Couronne avait manqué à son devoir de fiduciaire en permettant l'utilisation non autorisée de terres sur lesquelles ils possédaient un droit et en autorisant la réglementation inadéquate par la province de la Colombie-Britannique quant à l'utilisation de ces terres.<sup>342</sup>

Dans le cours de son jugement, le tribunal écrivait, au sujet des dispositions constitutionnelles:

This does not carry with it the legal obligation to legislate or to carry out programs for the benefit of Indians any more than the existence of various disadvantaged groups in society creates a general legally enforceable duty on the part of governments to care for those groups although there is of course a moral and political duty to do so in a democratic society where the welfare of the individual is regarded as paramount.<sup>343</sup> (la Cour souligne)

La Cour a poursuivi immédiatement en précisant quand intervient l'obligation particulière de la Couronne:

I must hasten to state however, that wherever advice is sought or whenever it is proffered, regardless of whether or not it is sought or whether action is taken, there exists a duty on the Crown to take reasonable care in offering the advice to or in taking any action on behalf of the Indians. Whether or not reasonable care and prudence has been exercised will of course depend on all of the circumstances of the case at that time and, among those circumstances, one must of course include as most important any lack of awareness, knowledge, comprehension, sophistication, ingenuity or resourcefulness on the part of the Indians of which the Crown might reasonably be expected to be aware. Since this situation exists in the case at bar, the duty on the Crown is an onerous

---

<sup>342</sup> Id., p. 30.

<sup>343</sup> Id., p. 47.

one, a breach of which will bring into play the appropriate legal and equitable remedies.<sup>344</sup>  
(nous soulignons)

Ceci permet au juge Addy d'ajouter que le ministère des Affaires indiennes n'a aucune obligation légale, fiduciaire ou autre, de régler activement les réserves indiennes ou d'utiliser son pouvoir constitutionnel pour légiférer sur un sujet donné de façon à ce que sa loi ait préséance sur une loi provinciale d'application générale sur ce même sujet.<sup>345</sup>

Ce principe voulant que le rôle de fiduciaire de la Couronne n'intervienne que lorsque celle-ci agit, plutôt que pour la forcer à agir, relève non seulement de la prérogative de la Couronne mais aussi de la nature même de la disposition constitutionnelle qui protège les droits ancestraux, soit l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982.

La reconnaissance constitutionnelle des droits ancestraux permet aux autochtones de prendre des recours lorsque l'on viole leurs droits et veille à ce que l'on ne puisse à l'avenir y porter atteinte sans devoir s'astreindre à une justification difficile exigeant notamment le respect de l'obligation de

---

<sup>344</sup> Ibid. Ce passage est repris et accepté sans réserve par le juge Marceau dans le jugement de la Cour d'appel fédérale, dans Apsassin, supra, note 117, en page 5 de ses motifs, voir aussi la page 20 des motifs du juge Stone. Un aspect intéressant de la décision de la Cour d'appel mérite d'être mentionné; il s'agit du fait que deux des trois juges ayant entendu la cause ont considéré que le devoir de fiduciaire relativement aux terres de réserve cédées ne passait pas du ministère des Affaires indiennes au ministère des Anciens combattants lors du transfert de ces terres de l'un à l'autre; voir les motifs du juge Marceau en page 9-10 et ceux du juge Stone en page 47. Le juge en chef Isaac ne partage pas cet avis; voir page 32 de ses motifs.

<sup>345</sup> Id., p. 58.

fiduciaire. Comme le faisait remarquer W.I.C. Binnie, l'article 35 n'est pas une disposition habilitante<sup>346</sup> à partir de laquelle on pourrait forcer la Couronne à agir:

The Sparrow judgment takes the approach (one approach among many possible approaches) that the office of section 35 is to redress the inequality of powers as between Aboriginal peoples and the governments who too often seek to regulate their lives.<sup>347</sup>

On retrouve cette position dans Sparrow où la Cour suprême affirme que le Parlement et les législatures, en accordant aux droits ancestraux un statut constitutionnel et une priorité, ont sanctionné la contestation judiciaire d'objectifs sociaux et économiques véhiculés par la législation, dans la mesure où les droits ancestraux sont touchés.<sup>348</sup> L'article 35 permet la contestation judiciaire de lois dont les objectifs sociaux et économiques ont une incidence sur les droits ancestraux. On permet ainsi une contestation a *posteriori* d'objectifs sociaux et économiques, mais on ne crée pas une obligation pour la Couronne d'adopter a *priori*, dans ses lois, certains objectifs sociaux et économiques plutôt que d'autres.

Un troisième élément permet de soutenir que la Couronne n'a pas l'obligation d'agir en faveur de l'autonomie autochtone. Il découle de la nature même du droit ancestral inhérent à l'autonomie gouvernementale que la Couronne s'abstienne d'intervenir.

---

<sup>346</sup> Voir W.I.C. BINNIE, supra note 1, p. 234.

<sup>347</sup> Ibid.

<sup>348</sup> Voir l'affaire Sparrow, supra, note 11, 1110.

Bruce Clark<sup>349</sup> est celui qui a le mieux exprimé le paradoxe inhérent à l'intervention active de l'État sur le droit ancestral à l'autonomie gouvernementale. Il écrit:

The existing aboriginal right of self-government under the constitution means no more than that the federal and provincial governments may not exercise their non-native legislative jurisdiction so as to encroach on the corresponding jurisdiction of the natives to govern their own affairs. The right thus denotes a negative obligation on the part of federal and provincial governments to refrain from interfering, but it does not connote any positive obligation to provide support.<sup>350</sup>

Le droit ancestral à l'autonomie gouvernementale commande, par définition, que l'entité qui en est titulaire, de façon inhérente, veille elle-même à la protection de son droit et qu'elle fasse elle-même valoir la protection qu'on lui accorde lorsque ce droit est brimé dans un de ses aspects. Il suffit que les autochtones puissent se pourvoir devant les tribunaux pour en exiger le respect, à l'encontre de tous ceux qui y porteraient atteinte, pour que l'équation soit complète.<sup>351</sup>

---

<sup>349</sup> Voir supra, op.cit., note 2.

<sup>350</sup> Id., p. 196.

<sup>351</sup> Le juge Addy dans l'arrêt Apsassin reconnaissait en ces termes la capacité des Indiens de faire valoir leurs droits: "...the Indians are not to be treated at law somehow as if they were not *sui juris* such as infants or persons incapable of managing their own affairs, which would cause some legally enforceable fiduciary duty to arise on the part of the Crown to protect them or to take action on their behalf. They are fully entitled to avail themselves of federal and provincial laws and of our judicial system as a whole to enforce their rights, as they are indeed doing in the case at bar.", voir supra, note 115, pp. 46-7. Il convient également de noter que les droits reconnus à l'article 35 ne sont pas soumis à l'article 33 de la Charte qui permet aux législatures et au Parlement de se soustraire à certains droits fondamentaux. Plus important encore, l'article 32, qui dispose que la Charte s'applique aux parlements et aux gouvernements provinciaux et fédéraux, ne s'étend pas à

Se pose également la question de savoir si la Couronne, en tant que fiduciaire, a l'obligation de prendre un recours judiciaire dans le but d'obtenir réparation pour des dommages causés aux biens des autochtones ou pour empêcher que de tels dommages ne soient causés. L'argument en faveur d'une telle obligation est tirée des propos du juge Dickson dans l'affaire Guerin où il affirme qu'à certains égards, notamment en matière de dommages, les règles applicables à la Couronne sont très semblables à celles du droit privé en matière de "trust".<sup>352</sup> Or, selon ces règles, le bénéficiaire peut exiger de son fiduciaire qu'il prenne les recours appropriés pour veiller à la protection de ses intérêts contre ceux qui peuvent y porter atteinte. Par analogie au droit privé du "trust", on prétend que la Couronne pourrait avoir une telle obligation.

Nous sommes d'avis que ce serait là une conception du devoir de fiduciaire de la Couronne qui fait fi du caractère *sui generis* inhérent au fait que ce soit la Couronne qui soit fiduciaire. Pour les raisons déjà exposées, nous croyons que la Couronne n'a pas une telle obligation envers les peuples autochtones. On pourrait même prétendre qu'une telle obligation de la Couronne serait antinomique du droit à l'autonomie gouvernementale, lequel comprend le droit et le pouvoir de faire valoir ses droits devant les instances judiciaires. Il est concevable d'envisager des situations où la Couronne puisse

---

l'article 35. Il est donc possible de conclure que celui-ci lie aussi bien les parties privées que la Couronne; voir S. GRAMOND supra, note 1, p. 1046. C'est d'ailleurs ce que réitérait notre Cour suprême récemment: "We would not wish to set out an exhaustive list of the factors to be considered in the assessment of justification. Suffice it to say that recognition and affirmation requires sensitivity to and respect for the rights of aboriginal peoples on behalf of the government, courts and indeed all Canadians". Voir l'affaire Sparrow, supra, note 11, p. 1119. (nous soulignons)

<sup>352</sup> Supra, note 15, p. 387.

avoir une obligation morale de contribuer à la poursuite d'un recours d'un peuple autochtone qui en serait dans l'impossibilité, mais il serait très étonnant que nos tribunaux concluent qu'il s'agisse là d'une obligation légale. De plus, avec l'ampleur et les ressources dont disposent les organisations autochtones contemporaines, il est difficile d'envisager qu'une nation autochtone ne puisse disposer des ressources nécessaires pour faire valoir ses droits.<sup>353</sup>

En résumé, l'obligation de fiduciaire de la Couronne, eu égard au droit ancestral à l'autonomie gouvernementale, est limitée, d'une part, par le but visé par la reconnaissance de ce droit et, d'autre part, par le fait qu'elle n'oblige pas la Couronne à poser des gestes en faveur de l'autonomie mais lui impose des limites dans les actes qu'elle décide de poser. En complément, les premières nations constituent des entités politiques distinctes qui possèdent tous les attributs nécessaires pour faire valoir leurs droits devant les tribunaux, non seulement contre les organes de l'État, mais contre quiconque y porte atteinte.

Jusqu'ici, nos propos ont porté sur les droits économiques reliés à l'autonomie gouvernementale. Il sera maintenant question de la juridiction autochtone dans le cadre de l'autonomie gouvernementale.

---

<sup>353</sup> On retrouve des causes en jurisprudence américaine où le gouvernement fédéral américain a entrepris des poursuites judiciaires à titre de fiduciaire des autochtones pour empêcher que l'on porte atteinte à leurs droits ancestraux ou issus de traité, mais rien n'indique qu'il y était contraint. Il appert plutôt que les autorités américaines agissent à leur discrétion à cet égard, voir U.S. v. State of Michigan, 471 F.Supp. 192 (U.S. District Court 1979) quant aux droits ancestraux et U.S. v. State of Washington, 520 F. 2d 676 (U.S. Court of Appeal Ninth Circuit 1975) quant aux droits issus de traité.

CHAPITRE II - L'OBLIGATION DE FIDUCIAIRE  
ET LA JURIDICTION AUTOCHTONE

La Cour suprême statuait dans l'arrêt Sparrow, relativement à la reconnaissance constitutionnelle des droits autochtones, que:

Rights that are recognized and affirmed are not absolute. Federal legislative powers continue, including of course, the right to legislate with respect to Indians pursuant to s. 91(24) of the Constitution Act, 1867. These powers must, however, now be read together with s. 35(1). In other words, federal power must be reconciled with federal duty ...<sup>354</sup> (nous soulignons)

Comment donc la juridiction autochtone, au cœur même de l'autonomie gouvernementale, peut-elle s'intégrer dans le partage des pouvoirs prévu à la constitution canadienne et y prendre une place qui se traduise par une véritable autonomie par opposition à la reconnaissance de quelques droits particuliers propres aux peuples aborigènes? Un compromis s'impose. Comme le faisait remarquer Alan Pratt:

Indians claims for ultimate title and ultimate sovereignty will not be conceded by Canadian law, but this has not precluded the recognition of a continuing form of aboriginal title, and in precisely the same manner the way is now open to recognize in Canadian law a degree of inherent aboriginal sovereignty which is recognized and protected by the fiduciary doctrine.<sup>355</sup>

La question qui se pose est de savoir quel degré de souveraineté autochtone sera protégé par le devoir de fiduciaire.

---

<sup>354</sup> Supra, note 11, p. 1109.

<sup>355</sup> Alan PRATT, "Aboriginal Self-Government and the Crown's Fiduciary Duty: Squaring the Circle or Completing the Circle?", (1992) 2 N.J.C.L. 163, p. 182.

C'est là le sujet des prochaines sections; la première portera sur l'étendue de la juridiction protégée par l'obligation de fiduciaire et la seconde, sur les limites de la protection. Rappelons que notre étude se limitera à discuter de l'autonomie gouvernementale en l'absence de traités. La situation visée est celle de l'autonomie d'une nation autochtone dont le titre indien n'a pas été éteint par cession ou autrement. Il nous faut cependant admettre que, vu le mutisme de notre jurisprudence en ce domaine, nos propos ne sont que spéculation.

#### **SECTION 1 - L'ÉTENDUE DE LA JURIDICTION PROTÉGÉE**

L'un des obstacles majeurs à l'avancement du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale a toujours été la crainte des gouvernements non autochtones quant à l'intégrité du territoire et de leur juridiction sur les ressources qui s'y trouvent. Dans l'hypothèse où le droit inhérent à l'autonomie inclut une juridiction autochtone assez étendue pour qu'existe une véritable autonomie et que cette juridiction soit indissociable du titre indien de telle sorte que la juridiction autochtone et les lois autochtones soient opposables à tous, y compris les non-autochtones, sur tous les territoires grevés du titre indien, alors certains gouvernements provinciaux, notamment ceux du Québec, des provinces de l'Atlantique et de la Colombie-Britannique où très peu de traités de cession ont été conclus, risqueraient à toute fin pratique l'éviction. Les craintes des autorités non autochtones seraient justifiées si l'on admet qu'une juridiction aussi étendue bénéficie de la protection constitutionnelle.

Par contre, la juridiction autochtone protégée, applicable sur tout le territoire grevé du titre indien, pourrait être réduite à un minimum dont la portée ne risquerait pas d'entraver

la compétence des autres ordres de gouvernement. Les craintes de ces derniers seraient alors apaisées mais il ne saurait, dans ce cas, être question de véritable autonomie gouvernementale autochtone vu la trop grande restriction de la juridiction.

L'impasse vient de la prémisse que la juridiction autochtone protégée doit être uniforme sur tous les territoires autochtones, que ce soit des réserves ou des territoires ancestraux, occupés ou non occupés. La variation de l'étendue de la protection accordée à la juridiction autochtone en fonction du type de territoire et de son occupation offre une avenue qui mérite d'être explorée.<sup>356</sup>

La théorie que nous proposons peut être énoncée succinctement de la façon suivante. La protection de la juridiction d'une même nation autochtone, à l'instar de la protection de ses droits territoriaux, varie en fonction de l'occupation du territoire. Ainsi, les gouvernements autochtones ont une juridiction protégée très étendue et bénéficient d'une grande indépendance sur les terres occupées par la collectivité ou sur ce que l'on pourrait appeler la "résidence de la collectivité", que ce soit ou non des terres de réserves au sens de la Loi sur les Indiens. À l'intérieur de ces frontières où vivent véritablement les ressortissants de la nation, la juridiction autochtone est protégée de façon à être exclusive et opposable à tous. Une atteinte à cette juridiction pourrait être justifiée dans la mesure où le devoir de fiduciaire est respecté, mais le test sera alors très exigeant.

Quant aux territoires inoccupés par les membres de la nation, mais sur lesquels elle détient toujours le titre indien,

---

<sup>356</sup> Quant à la variation de la protection constitutionnelle des droits territoriaux, voir notre discussion supra, pp. 127 et ss.

la protection de la juridiction du gouvernement autochtone sera plus limitée. Elle devra néanmoins être suffisamment étendue pour que soit respecté le but visé par la reconnaissance constitutionnelle du droit à l'autonomie gouvernementale.

#### PARAGRAPHE 1 - SUR LE TERRITOIRE OCCUPÉ

Il y a lieu de rappeler que le territoire occupé dont il est question n'a pas à être une réserve, au sens de la Loi sur les Indiens, ni même une partie du territoire ancestral de la nation autochtone. Il suffit qu'il soit occupé quotidiennement par les membres de la nation, comme collectivité, dont le gouvernement aspire à l'autonomie. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle nous croyons préférable de référer au territoire occupé ou encore à la résidence de la collectivité plutôt qu'à une désignation à caractère plus technique.

Quelle serait cette juridiction et quelle en serait la place parmi les divers champs de compétence déjà prévus à notre constitution, notamment aux articles 91 et 92 et, plus spécifiquement, en regard du paragraphe 91(24) accordant au pouvoir fédéral la compétence sur "les Indiens et les terres réservées aux Indiens"?

Une fois encore, dans un article récent, le professeur Slattery faisait oeuvre de pionnier à cet égard.<sup>357</sup> Il s'attarde d'abord à trouver la justification de la suprématie de la constitution canadienne et de son applicabilité à l'égard des peuples autochtones. Il trouve réponse dans ce qu'il appelle la doctrine de la fiducie constitutionnelle selon laquelle la constitution canadienne tient sa suprématie de l'existence d'une

---

<sup>357</sup> Brian SLATTERY, "First Nations and the Constitution: A question of trust" (1992) 71 Can. Bar. Rev. 261.

fiducie qui crée et qui renseigne les institutions gouvernementales.<sup>358</sup> Cette fiducie incorpore le principe fondamental que les gouvernements ne possèdent pas de pouvoirs illimités mais sont restreints par un mandat intrinsèque qui est de gouverner pour le bien-être du peuple, présent et futur. La teneur de cette fiducie est la même pour tous les ordres de gouvernement, quelle que soit leur origine:

Finally, the trust doctrine argues that governmental authority is inherently conditioned and shaped by responsibilities towards the communities and individuals governed; that is to say, government is intrinsically a matter of trust, regardless of its specific origins, character, or underlying philosophy. ... [The doctrine of constitutional trust] argues that the rationale of all governmental institutions is to advance communal and individual welfare; this rationale poses basic limits on governmental powers, no matter how these powers originated historically.<sup>359</sup>

Perçue de cette façon, notre constitution d'origine britannique n'est pas un instrument de domination d'un peuple sur un autre, mais plutôt un outil qui vise un bien-être égal pour tous, y compris les nations autochtones. Son applicabilité à leur égard est ainsi plus justifiable.

L'auteur qualifie le droit à l'autonomie gouvernementale comme étant inhérent, limité et suprême. Il est inhérent en ce qu'il n'a pas à être accordé, mais intrinsèque aux communautés autochtones; limité en ce qu'il ne peut être exercé qu'à l'intérieur de la structure constitutionnelle canadienne, et suprême puisqu'à l'intérieur des champs de compétence autochtone, l'autorité législative autochtone est suprême.<sup>360</sup>

---

<sup>358</sup> Id., p. 270.

<sup>359</sup> Id., p. 277-8.

<sup>360</sup> Id., p. 281.

Dans cette perspective, il aborde l'intégration de la juridiction autochtone dans le partage des pouvoirs prévu à la constitution.

Cette intégration s'impose dans la mesure où l'on accepte que l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 reconnaît un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale. Dans ce cas, il est alors raisonnable de croire que la juridiction autochtone s'étend, à tout le moins, aux ressortissants autochtones et à leur territoire. Une telle compétence chevaucherait nécessairement la juridiction fédérale de légiférer quant aux "Indiens et terres réservées pour les Indiens" prévue au paragraphe 91(24) de la Loi constitutionnelle de 1867. On peut en déduire que la juridiction autochtone et celle du Parlement fédéral sont concurrentes quant aux matières prévues au paragraphe 91(24). Néanmoins, étant donné que les droits ancestraux bénéficient, en vertu de l'article 35, d'une protection contre les législations injustifiées, on peut en déduire que les lois autochtones auront préséance sur la législation fédérale, sauf si, conformément au test élaboré dans Sparrow, la loi fédérale véhicule un objectif jugé impérieux et réel et que l'atteinte respecte néanmoins le devoir de fiduciaire de la Couronne.<sup>361</sup> Ce pourrait être le cas, comme l'explique le professeur Slattey, lorsque l'uniformité des lois applicables à l'égard des peuples autochtones serait jugée nécessaire considérant qu'aucun gouvernement autochtone local n'ait

---

<sup>361</sup> Supra, note 11, p. 1113. Selon le projet de texte juridique préparé après l'accord de Charlottetown, la prédominance des lois autochtones aurait été prévue dans la Loi constitutionnelle de 1982 au paragraphe 35.4(1): Sauf disposition contraire de la Constitution du Canada, le droit fédéral, le droit provincial et le droit territorial continuent à s'appliquer aux peuples autochtones du Canada; ils sont toutefois susceptibles d'être écartés par des lois adoptées par les corps législatifs de ces peuples dans le cadre de leur compétence.

Quant au contenu de la juridiction autochtone selon le projet de texte, voir l'art. 35.2(1), supra, note 298.

le pouvoir d'adopter de telles lois. Le droit criminel pourrait en être un exemple.<sup>362</sup>

Ainsi, la situation des gouvernements autochtones, en rapport avec le gouvernement fédéral, serait à certains égards similaire à celle des provinces, alors que sous d'autres aspects, elle serait différente. Le gouvernement autochtone aurait, comme les provinces, de larges pouvoirs relativement à sa communauté et à son territoire et, d'une façon générale, ses lois auraient préséance sur la législation fédérale incompatible, sous réserve du test proposé dans Sparrow.<sup>363</sup> Cependant, contrairement aux provinces, le pouvoir des gouvernements autochtones ne serait pas exclusif en rapport avec le pouvoir fédéral, mais plutôt concurrent, à tout le moins quant à la compétence prévue à 91(24).<sup>364</sup> En l'absence de loi autochtone, la loi fédérale serait applicable. D'autre part, le gouvernement autochtone se trouverait dans une situation analogue à celle du gouvernement fédéral relativement aux champs

---

<sup>362</sup> Pour le droit américain relatif à la juridiction autochtone en matière criminelle, voir Oliphant v. Squamish Indian Tribe et al., 435 U.S. 191 (1978); United States c. Wheeler, 435 U.S. 313 (1978); Duro v. Reina, 495 U.S. 676 (1990). Dans son ouvrage, B. CLARK, op. cit., note 2, soutient habilement qu'un droit constitutionnel à l'autonomie gouvernementale a toujours existé en faveur des peuples autochtones, mais il concède que ce droit a été éteint expressément par les autorités impériales en ce qui a trait à la juridiction autochtone en matière criminelle, voir p. 124-46. À cet égard, le projet de texte juridique aurait apporté une limite à la juridiction autochtone par le biais du paragraphe 35.4(2) de la Loi constitutionnelle de 1982: Ni les lois autochtones, ni, d'une façon générale, l'exercice du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale en application de l'article 35.1 ne peuvent être incompatibles avec les lois fédérales ou provinciales essentielles au maintien de la paix, de l'ordre et du bon gouvernement au Canada.

<sup>363</sup> Voir supra, note 357, p. 282.

<sup>364</sup> Id., p. 283.

de compétence provinciaux. Conséquemment, comme les provinces ne peuvent légiférer dans les matières réservées exclusivement au gouvernement fédéral et, dans notre hypothèse, autochtone, toutes lois provinciales qui toucheraient de façon isolée un champ de juridiction autochtone seraient inopérantes à l'égard des autochtones.<sup>365</sup> Par contre, toutes lois provinciales d'application générale seraient applicables aux peuples autochtones et leur territoire, dans la mesure où elles tombent dans un champ de juridiction provinciale et ne sont pas en conflit avec une loi fédérale ou autochtone valide. En cas de conflit, la loi autochtone ou, à défaut, la loi fédérale aurait préséance.<sup>366</sup> De cette façon, il serait possible pour le gouvernement autochtone, dans son champ de compétence, d'empêcher l'application de lois provinciales en adoptant sa propre législation sur le sujet.<sup>367</sup>

Le professeur Slaterry pose également la question de savoir s'il serait possible pour une loi provinciale d'avoir préséance sur une loi autochtone, dans la mesure où le test énoncé dans l'arrêt Sparrow serait satisfait. Selon lui, la réponse est négative puisqu'en raison du partage des pouvoirs, les provinces n'ont pas de compétence législative relativement aux droits ancestraux ou issus de traités prévus à l'article 35. Ainsi, bien que le Parlement puisse être justifié, en vertu du paragraphe 91(24), d'adopter des lois qui auraient préséance sur les droits autochtones, les provinces ne détiennent pas ce pouvoir.

---

<sup>365</sup> Id., p. 284.

<sup>366</sup> Dans cette perspective et selon le partage des pouvoirs proposé, la constitutionnalité de l'article 88 de la Loi sur les Indiens, voir supra, note 246, pourrait certes être remise en question.

<sup>367</sup> Supra, note 365.

Selon Slattery, et de façon analogue à ce que prévoit le paragraphe 91(24) de la Loi constitutionnelle de 1867, la juridiction autochtone s'étendrait au "territoire de la nation" et à ses "membres". L'auteur ne précise pas davantage ces derniers termes. Nous sommes d'avis que le partage des compétences qu'il suggère est parfaitement approprié en ce qui a trait, d'une part, au territoire occupé quotidiennement par la nation autochtone et, d'autre part, aux membres de la collectivité, tels que nous les avons définis précédemment.<sup>368</sup> Le but visé par la reconnaissance du droit à l'autonomie gouvernementale est respecté. Dans cette optique, il est plausible de prôner l'opposabilité des lois autochtones aux non-membres sur tout le territoire qui constitue la résidence de la collectivité ainsi que la protection de cette juridiction par le biais de l'obligation de fiduciaire. Par contre, nous croyons que le principe de la coexistence des peuples ne permet pas que cette juridiction autochtone soit opposable à tous sur toute l'étendue des territoires grevés du titre indien, pas plus qu'il ne permet l'opposabilité des lois non autochtones à tous sur toute l'étendue du territoire du Canada, dont le territoire occupé par les autochtones. Nous sommes d'avis que l'autonomie gouvernementale autochtone peut très bien exister sans que la juridiction autochtone n'ait une telle portée géographique. L'élaboration de règles de compromis s'impose quant au territoire non occupé, grevé du titre indien.

## PARAGRAPHE 2 - SUR LE TERRITOIRE NON OCCUPÉ

Sur le territoire non occupé par la communauté autochtone et, par hypothèse grevé du titre indien, la juridiction du gouvernement autochtone pourrait être la même que celle décrite au paragraphe précédent, mais l'opposabilité des lois qui

---

<sup>368</sup> Voir supra, note 328.

seraient adoptées en vertu de cette juridiction serait limitée. Le gouvernement autochtone continuerait d'avoir la compétence d'adopter des lois relativement aux membres de la nation et au territoire de celle-ci. Mais, ces lois ne pourraient avoir d'incidence sur les non-membres ou sur le territoire grevé du titre indien au-delà de la priorité dont nous avons fait état au chapitre précédent.

Quant à la juridiction relative aux ressortissants de la nation, le droit coutumier autochtone, de même que les lois qui pourraient être adoptées par le gouvernement, lieraient les membres de la communauté, mais les non-autochtones n'y seraient pas soumis comme ils le seraient par contre sur le territoire occupé par la collectivité. Bien sûr, ceci est susceptible de créer des conflits de lois particulièrement dans des litiges où membres et non-membres sont impliqués comme adversaires ou même, par exemple, comme codéfendeurs. Il faudra alors s'inspirer des règles ou des mécanismes que l'on connaît déjà en semblable matière pour palier à ces situations.<sup>369</sup>

En ce qui a trait au territoire, nous avons déjà vu que la nation titulaire du titre indien détient une priorité d'exploitation du territoire nécessaire pour lui permettre d'accéder à son autonomie et la maintenir et, plus particulièrement, d'accéder à un niveau de services équivalent aux services offerts à la population avoisinante. Les décisions relatives à l'exploitation, en priorité, du territoire ancestral relèveraient exclusivement du gouvernement autochtone et seraient régies par le droit coutumier et les lois, adoptées par

---

<sup>369</sup>

Qu'il suffise ici de penser aux principes élaborés par le droit international privé ou encore aux situations où les défendeurs à une même cause d'action doivent être poursuivis devant des tribunaux et selon des lois distinctes comme par exemple les jeunes contrevenants où la Couronne fédérale.

les autorités. Bien que les non-autochtones seraient tenus de respecter cette priorité d'exploitation, les lois autochtones prévoyant les règles d'utilisation du territoire ne leur sont pas opposables. Par conséquent, les lois autochtones ne pourraient dicter à un non-membre la façon dont il doit exploiter le territoire qui n'est pas touché par la priorité d'utilisation, bien qu'il puisse être grevé du titre indien. Il en irait toutefois différemment de l'exploitation du territoire occupé quotidiennement par la collectivité autochtone. Les lois du gouvernement autonome seraient alors opposables à tous sur et à l'égard de tout le territoire.

Nous avons tenté jusqu'ici de circonscrire la juridiction qui doit être protégée par le devoir de fiduciaire, si l'on veut que soit respecté le but visé par la reconnaissance du droit ancestral à l'autonomie gouvernementale à l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982. Nous verrons maintenant à exposer les limites de la protection que peut fournir le devoir de fiduciaire à l'endroit de la juridiction autochtone.

## SECTION 2 - LES LIMITES DE LA PROTECTION

Comme on l'a vu, l'autonomie gouvernementale autochtone n'est pas absolue. Elle sera nécessairement limitée par la constitution canadienne. Outre les restrictions intrinsèques à la compétence autochtone, on trouve également des limites inhérentes à l'obligation de fiduciaire de la Couronne.

### PARAGRAPHE 1 - LA DISTINCTION ENTRE LA JURIDICTION ET L'EXERCICE DE L'AUTONOMIE

La distinction entre la juridiction d'un gouvernement autochtone et l'exercice par celui-ci de cette juridiction est

nécessaire si l'on veut éviter le paradoxe souvent invoqué à tort pour soutenir que l'autonomie gouvernementale et l'obligation de fiduciaire sont incompatibles. L'obligation de fiduciaire de la Couronne ne s'appliquera qu'à l'égard de la juridiction autochtone mais non à l'exercice du pouvoir par un gouvernement autonome à l'intérieur de sa juridiction. Conséquemment, tout acte de la Couronne, législatif, exécutif ou administratif, qui porte atteinte à une loi autochtone validement adoptée, selon la sphère de compétence du gouvernement autochtone, pourrait être déclaré inopérant au motif que le devoir de fiduciaire n'a pas été respecté. Par contre, la Couronne ne portera aucune responsabilité de fiduciaire quant aux décisions prises par les dirigeants. Elle ne saurait être fiduciaire, mandataire ou agent des autorités autochtones dans l'exercice de leur juridiction. Les dirigeants devront répondre à leur peuple, et les décisions prises ne pourront être révisées par la Couronne ou lui être imputées au motif qu'elle est fiduciaire ou responsable du bien-être des communautés aborigènes. Le rapport Penner énonce que ce principe d'une responsabilité accrue est plutôt bien accueilli par les organisations autochtones. Il rapporte entre autres les propos suivants de regroupements autochtones:

... Les nations indiennes de ce pays veulent être uniquement responsables, d'après les conditions qu'ils ont eux-mêmes posées, envers leur propre peuple. Nous devons être responsables envers eux. Ce n'est pas le cas actuellement. C'est le Ministre qui possède ce pouvoir. (Assemblée des premières nations, S.-comité, 3:38)

Chaque gouvernement indien déterminera sa propre responsabilité interne par des procédures législatives, administratives et légales internes, à savoir les moyens par lesquels ses propres citoyens

seront en mesure d'exercer leur droit démocratique d'être informés de leurs propres ressources et de décider de leur usage. (Nation Dakota, C. spécial, 12:120)<sup>370</sup>

L'obligation des gouvernements autochtones d'assumer la responsabilité de leur décision représente évidemment l'envers de la médaille de l'autonomie et peut mener à des résultats défavorables aux nations autonomes. La récente affaire Navajo Tribe of Indians v. U.S.<sup>371</sup> servira d'illustration. La tribu prend une action en dommages-intérêts contre les États-Unis et allègue un bris du devoir de fiduciaire dans la gestion des ressources tribales. On reprochait notamment au gouvernement d'avoir manqué à son devoir en permettant une surutilisation des pâturages de la réserve. Bien qu'il y ait eu effectivement surutilisation, la Cour refusa de conclure à un manquement au devoir de fiduciaire au motifs que celle-ci était acceptée par la tribu. La décision de cette dernière éliminait en quelque sorte le devoir de fiduciaire.

Il en va du respect même du principe de l'autonomie que les autorités autochtones soient responsables des décisions prises à l'intérieur de leurs champs de compétence. C'est là le corollaire du fait que la Couronne ne peut s'ingérer dans l'exercice des pouvoirs inhérents du gouvernement autonome.

D'autre part, les gouvernements autochtones devraient prendre soin, dans l'exercice de leur juridiction, de ne pas adopter des lois susceptibles d'entraîner une isolation de leur

---

<sup>370</sup> Voir le rapport Penner, *id.*, pp.61-2, voir aussi B. CLARK, *op.cit.*, *supra*, note 2, p. 152 où l'auteur affirme que la nouvelle politique du gouvernement fédéral consiste à transférer son devoir de superviseur des communautés indiennes à l'électorat indien.

<sup>371</sup> 9 Ct.Cl. 336 (1986).

population, surtout du point de vue économique et commercial. Des lois trop protectionnistes interdisant par exemple toute forme d'exécution de jugements qui pourraient être rendus contre des commerçants autochtones pourraient faire fuir les gens d'affaires et ainsi priver la société autochtone de revenus importants. De telles lois risqueraient aussi d'anéantir toute forme possible de financement dont pourrait avoir besoin le gouvernement autonome pour exploiter son potentiel économique. Cette mise en garde est à peine implicite dans les propos du juge LaForest dans l'affaire Mitchell alors qu'il traitait des articles 87 et 89 de la Loi sur les Indiens qui protègent les biens personnels des Indiens contre la taxation et la saisie, pourvu que ces biens soient situés sur une réserve. Il écrit:

I think it safe to say that businessmen place a great premium on certainty in their commercial dealings, and that, accordingly, the greatest possible incentive to do business with Indians would be the knowledge that business may be conducted with them on exactly the same basis as with any other person. Any special considerations, extraordinary protections or exemptions that Indians bring with them to the marketplace introduce complications and would seem guaranteed to frighten off potential business partners.<sup>372</sup>

On convient qu'il ne s'agit pas là d'une limite juridique à l'exercice de la compétence autochtone mais elle n'en demeure pas moins très réelle.

---

<sup>372</sup> [1990] 2 R.C.S. 85, p. 147. Ce passage fut repris par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire Eastmain, supra, note 121, aux pages 12-14 des motifs du juge Décary, dans le contexte de l'interprétation de la Convention de la Baie-James et du Nord Québécois.

## PARAGRAPHE 2 - ABSENCE D'OBLIGATION D'AGIR

Les propos que nous avons tenus sur cette question lors de notre étude du volet économique de l'autonomie gouvernementale<sup>373</sup> s'appliquent également à la juridiction autochtone. En effet, la Couronne n'a aucune obligation, en vertu de son devoir de fiduciaire, d'agir afin de protéger la juridiction autochtone contre toute atteinte. Par exemple, le Parlement fédéral n'aurait pas l'obligation, en l'absence d'une loi autochtone sur un sujet donné, d'adopter une loi qui, vu le principe de la prédominance fédérale, aurait pour effet de rendre inapplicable une loi provinciale, par ailleurs valide, portant atteinte, dans un de ses aspects, à la juridiction autochtone. Cette responsabilité relève exclusivement des gouvernements autochtones. En ce domaine, l'obligation de fiduciaire de la Couronne se limite à respecter la juridiction autochtone dans les actes qu'elle pose.

Il ne faudrait pas pour autant sous-estimer l'ampleur de cette dernière proposition. Elle implique que, dans l'exercice de sa propre compétence et dans les actes administratifs ou exécutifs qui s'ensuivent, la Couronne tienne compte des lois autochtones valablement adoptées. Conséquemment, le Parlement ne pourrait pas par exemple permettre législativement l'émission par l'exécutif de permis d'exploitation d'une ressource, telle les pêcheries, qui empiéterait sur la priorité autochtone et, du même coup, sur la juridiction autochtone relative à la façon d'exploiter les ressources issues de cette priorité. Bien sûr, les législatures provinciales sont elles aussi tenues au respect de cette juridiction autochtone mais la question de savoir si elles ont une obligation d'agir positivement pour la protéger ne se pose pas puisque, de toute façon, elle ne dispose pas de

---

<sup>373</sup> Voir texte supra, p. 144.

compétences constitutionnelles à l'égard des peuples autochtones et de leurs droits territoriaux.<sup>374</sup>

Il demeure néanmoins, en dépit de toute théorie qui peut être mise de l'avant quant à l'intégration d'un troisième ordre de gouvernement dans le cadre de la constitution canadienne, que l'ampleur et la complexité des questions qui se posent rendent la négociation de loin préférable aux recours judiciaires.<sup>375</sup>

En résumé à cette deuxième partie, on retient que l'obligation de fiduciaire pourra contribuer à la protection de l'autonomie gouvernementale, tant dans son volet économique qu'à l'égard de la juridiction d'un éventuel gouvernement autonome. La protection accordée aux intérêts autochtones variera selon qu'il s'agit d'un territoire qui est occupé quotidiennement par la collectivité autochtone ou d'un territoire qui ne fait pas l'objet d'une telle occupation, mais qui est par ailleurs grevé du titre indien. Ainsi, quant à un tel territoire, la protection constitutionnelle s'étendra à la priorité d'utilisation dans la mesure nécessaire à l'autosuffisance économique de sorte que la population autochtone puisse accéder et maintenir un niveau de vie comparable à celui des populations avoisinantes. La protection de cette priorité d'utilisation s'étendra également à la préservation de la quiddité autochtone

---

<sup>374</sup> Voir texte supra, pp. 160 et ss.

<sup>375</sup> On fait d'ailleurs une place importante aux négociations dans le projet d'amendement de la Loi constitutionnelle de 1982, issu de l'accord de Charlottetown. L'article 35.1(4) édicte que: (4) Toute tribunal saisi au cours d'une instance d'une question relative à la portée du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale ou à la revendication de ce droit: a) s'enquiert, avant de statuer de façon définitive sur la question, des efforts qui ont été déployés pour la résoudre par des négociations menées en application de l'article 35.2 et peut ordonner aux parties de prendre les mesures indiquées dans les circonstances pour arriver à une solution négociée; b) statue de façon définitive sur la question en tant compte du paragraphe (3).

et inclura l'utilisation des ressources à des fins d'activités sociales ou cérémoniales.

Quant à la juridiction autochtone relative aux territoires grevés du titre indien, elle sera tributaire de la priorité d'utilisation des ressources. Par analogie à ce que l'on retrouve au paragraphe 91(24) de la Loi constitutionnelle 1867, la juridiction autochtone portera tant sur les membres de la collectivité que sur le territoire grevé du titre indien. Cette juridiction sera protégée dans la mesure nécessaire à l'exercice de cette priorité. Au-delà de celle-ci, elle ne saurait être opposable aux non-membres. Par ailleurs, des règles particulières devront être élaborées pour palier aux questions de conflits de juridiction et on n'aura alors à s'inspirer des mécanismes et principes issus du droit international privé.

Quant aux terres occupées quotidiennement par une nation autochtone, l'utilisation des ressources qui s'y trouvent sera exclusive aux membres de la collectivité. La juridiction d'un gouvernement autochtone sur les terres constituant la résidence de la collectivité sera, en principe, exclusive et s'étendra tant aux membres qu'au territoire, en plus d'être opposable règle générale aux non-membres. Il convient également de souligner que cette juridiction autochtone comprend un pouvoir de taxation exclusif aux autorités gouvernementales autochtones.

D'autre part, nous avons soutenu que la Couronne n'a pas d'obligation positive d'agir, mais qu'elle doit cependant respecter son devoir de fiduciaire dans tous les gestes qu'elle pose. Le devoir de fiduciaire ne saurait non plus intervenir quant à la façon dont les gouvernements autochtones pourraient exercer leur autonomie, à l'intérieur de leur juridiction. Les instances gouvernementales autochtones devront assumer la responsabilité accrue, tributaire de leur autonomie.

Le droit autochtone canadien est en pleine mutation depuis l'entrée en vigueur de l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982. C'est particulièrement le cas en ce qui a trait au droit à l'autonomie gouvernementale et au devoir de fiduciaire de la Couronne. À ce titre, il faut reconnaître que nos propos quant aux liens entre ces deux concepts juridiques ne sont que spéculation. Nous espérons néanmoins qu'ils serviront à alimenter la réflexion de ceux que le sujet intéresse.

**CONCLUSION** -

Les droits des peuples autochtones ont pris plus d'ampleur au cours des vingt dernières années que durant les deux cents ans qui ont précédé. Au temps de l'affaire Calder<sup>376</sup> en 1973, les Indiens se battaient pour la reconnaissance du titre indien. De nos jours, presque toutes les communautés autochtones revendiquent le droit à l'autonomie gouvernementale. La dominance dont les assises sont propres aux préjugés d'une autre époque doit maintenant céder le pas à une coexistence digne de ce nom, qui respecte la quiddité autochtone. Que ce soit au Canada, aux États-Unis ou dans les autres États regroupant des populations aborigènes, le défi des juristes est de définir cette coexistence de telle sorte que les droits des peuples, autochtones et non autochtones, soient respectés le plus possible. Cette tâche est d'autant plus compliquée que, dans le cas de l'autonomie gouvernementale autochtone, ce sont des droits collectifs qui s'opposent.

Le rôle des tribunaux américains dans la définition de cette coexistence paraît moins ardu que celui des instances judiciaires canadiennes puisqu'ils leur est toujours possible de se rabattre sur la suprématie du Congrès qui doit lui-même assumer des choix souvent difficiles dans ce domaine.

Depuis l'entrée en vigueur de l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982, les tribunaux canadiens n'ont plus ce loisir, et c'est à eux que revient en grande partie la lourde tâche d'élaborer les principes devant chapeauter la coexistence des peuples et des gouvernements autonomes, autochtones et non autochtones. Notre Cour suprême a trouvé en l'obligation de fiduciaire un outil qu'elle veut malléable pour définir les relations entre ces collectivités. La flexibilité de ce concept

---

<sup>376</sup> Supra, note 55.

est nécessaire, particulièrement en regard d'un droit aussi vaste et complexe que le droit à l'autonomie gouvernementale. En effet, l'intégration d'un troisième ordre de gouvernement est une manœuvre d'une ampleur et d'une difficulté peu communes dans le contexte de la fédération canadienne où l'on est encore à régler des problèmes juridictionnels entre le Parlement et les législatures provinciales pourtant en place depuis longtemps.

Nos cours de justice devront faire preuve de prudence dans l'application d'un concept aussi flexible que celui du devoir de fiduciaire afin d'éviter les sophismes susceptibles de dénaturer ce rôle particulier de la Couronne. Certains passages de la jurisprudence américaine doivent servir de mise en garde à cet égard. Rappelons l'affaire Kagama<sup>377</sup> où la Cour suprême américaine, en invoquant le devoir de fiduciaire, est arrivée à justifier la constitutionnalité d'une loi du Congrès visant à donner juridiction aux tribunaux américains quant à certains crimes commis par des Indiens sur des réserves indiennes, que la victime soit ou non indienne. De même, dans l'affaire Lone Wolf<sup>378</sup> où la Cour, sur la base du rôle de fiduciaire de l'État, a acquiescé au pouvoir du législateur fédéral américain d'abroger unilatéralement les termes d'un traité.

De surcroît, la justice canadienne devra répondre de la protection constitutionnelle accordée aux droits des autochtones dans une mesure qui ne souffre pas de comparaison avec les droits dont bénéficient les amérindiens chez nos voisins du sud qui, eux, ne peuvent invoquer une telle reconnaissance de leurs droits dans la loi suprême du pays.

---

<sup>377</sup> Voir texte supra, p. 84.

<sup>378</sup> Voir texte supra, p. 85.

Les problèmes relatifs à l'autonomie gouvernementale autochtone ne peuvent tous être réglés par la voie judiciaire. La négociation est de loin préférable compte tenu de la complexité de la question et des nombreux intérêts divergents en cause. Néanmoins, les tribunaux peuvent certes contribuer au processus en édictant des principes de droit susceptibles d'inciter les parties à négocier. Notre Cour suprême n'y a pas manqué dans l'affaire Sparrow en donnant à l'article 35 une interprétation qui accorde une protection substantielle aux droits des peuples autochtones. D'autres décisions de principe de ce genre sont cependant requises afin que les intéressés puissent avoir l'avantage d'un cadre de négociation apte à circonscrire le débat. Notre plus haut tribunal devra notamment se prononcer sur la question de l'inclusion ou non du droit à l'autonomie gouvernementale autochtone dans les droits ancestraux de l'article 35. Dans l'affirmative, il aura aussi à décider si cette autonomie comprend un volet économique également protégé par la constitution. Viendront ensuite les questions relatives à la préséance des lois entre les lois autochtones, fédérales et provinciales. Ce sont des interrogations qu'il nous paraît nécessaire de régler avant que l'on puisse espérer des négociations fructueuses, tant pour les parties autochtones que la Couronne, dans le règlement des problèmes relatifs à la coexistence des gouvernements. Des réponses à ces grandes questions contribueraient certes à accélérer le rythme des discussions relatives à l'autonomie gouvernementale qui ont tendance à piétiner faute de balises juridiques fournissant un cadre aux négociations.

La reconnaissance constitutionnelle des droits des peuples autochtones de même que la sensibilité accrue qui existe à leur égard ont pour effet de ressusciter des questions juridiques jadis réglées par les tribunaux et de ramener le débat essentiellement à celui auquel faisait face la Cour suprême américaine, en particulier le juge en chef Marshall, au début

des années 1800. De ce fait, les principes élaborés alors valent encore aujourd'hui. Bien sûr, ils devront être adaptés aux exigences du monde contemporain, mais ils demeurent une source primordiale pour orienter la réflexion judiciaire.

L'étude de l'évolution des droits des peuples autochtones démontre que l'histoire se répète. Les impératifs de la colonisation ont contraint les autorités européennes de l'époque à la reconnaissance de l'autonomie autochtone. Celle-ci a ensuite été brimée sans toutefois être expressément abrogée. Les nations autochtones la revendiquent maintenant comme un droit ancestral inhérent qui existe toujours. Faut-il une fois de plus attendre d'y être contraint avant d'y donner effet? La question est d'actualité; pourtant le juge McLean de la Cour suprême américaine la posait déjà en ces termes en 1832:

The exercise of this independent power surely does not become more objectionable, as it assumes the basis of justice and the forms of civilization. Would it not be a singular argument to admit that so long as the Indians govern by the rifle and the tomahawk, their government may be tolerated; but, that it must be suppressed, so soon as it shall be administered upon the enlightened principles of reasons and justice.<sup>379</sup>

À l'instar de cette affirmation, le principe voulant que l'honneur de la Couronne soit respecté est lui aussi d'actualité.

---

<sup>379</sup> Worcester v. Georgia, supra, note 59, p. 590.

A N N E X E A

No. 1

## THE ROYAL PROCLAMATION

October 7, 1763

BY THE KING, A PROCLAMATION  
GEORGE R.

Whereas We have taken into Our Royal Consideration the extensive and valuable Acquisitions in America, secured to our Crown by the late Definitive Treaty of Peace, concluded at Paris, the 10th Day of February last; and being desirous that all Our loving Subjects, as well of our Kingdom as of our Colonies in America, may avail themselves with all convenient Speed, of the great Benefits and Advantages which must accrue therefrom to their Commerce, Manufactures, and Navigation, We have thought fit, with the Advice of our Privy Council, to issue this our Royal Proclamation, hereby to publish and declare to all our loving Subjects, that we have, with the Advice of our Said Privy Council, granted our Letters Patent, under our Great Seal of Great Britain, to erect, within the Countries and Islands ceded and confirmed to Us by the said Treaty, Four distinct and separate Governments, styled and called by the names of Quebec, East Florida, West Florida and Grenada, and limited and bounded as follows, viz.

First—The Government of Quebec bounded on the Labrador Coast by the River St. John, and from thence by a Line drawn from the Head of that River through the Lake St. John, to the South end of the Lake Nipissim; from whence the said Line, crossing the River St. Lawrence, and the Lake Champlain, in 45. Degrees of North Latitude, passes along the High Lands which divide the Rivers that empty themselves into the said River St. Lawrence from those which fall into the Sea; and also

N° 1

## PROCLAMATION ROYALE

7 octobre 1763

PROCLAMATION PAR LE ROI  
GEORGE R.

Attendu que Nous avons accordé Notre considération royale aux riches et considérables acquisitions d'Amérique assurées à Notre couronne par le dernier traité de paix définitif, conclu à Paris, le 10 février dernier et désirant faire bénéficier avec tout l'empressement désirable Nos sujets bien-aimés, aussi bien ceux du royaume que ceux de Nos colonies en Amérique, des grands profits et avantages qu'ils peuvent en retirer pour le commerce, les manufactures et la navigation, Nous avons cru opportun, de l'avis de Notre Conseil privé, de publier Notre présente proclamation royale pour annoncer et déclarer à tous Nos sujets bien-aimés que Nous avons, de l'avis de Notre-dit Conseil privé, par Nos lettres patentes sous le grand sceau de la Grande-Bretagne, établi dans les contrées et les îles qui Nous ont été cédées et assurées par ledit traité, quatre gouvernements séparés et distincts, savoir: ceux de Québec, de la Floride Orientale, de la Floride Occidentale et de Grenade, dont les bornes sont données ci-après.

1e.—Le gouvernement de Québec, sera borné sur la côte du Labrador par la rivière Saint-Jean et de là par une ligne s'étendant de la source de cette rivière à travers le lac Saint-Jean jusqu'à l'extrémité sud du lac Nipissin, traversant de ce dernier endroit, le fleuve Saint-Laurent et le lac Champlain par 45 degrés de latitude nord, pour longer les terres hautes qui séparent les rivières qui se déversent dans ledit fleuve Saint-Laurent de celles qui se jettent dans la mer, s'étendre ensuite le long de la côte

along the North Coast of the Baye des Chaleurs, and the Coast of the Gulph of St. Lawrence to Cape Rosieres, and from thence crossing the Mouth of the River St. Lawrence by the West End of the Island of Anticosti, terminates at the aforesaid River of St. John.

Secondly—The Government of East Florida, bounded to the Westward by the Gulph of Mexico and the Apalachicola River; to the Northward by a Line drawn from that part of the said River where the Chatahouchee and Flint Rivers meet, to the source of St. Mary's River, and by the course of the said River to the Atlantic Ocean; and to the Eastward and Southward by the Atlantic Ocean and the Gulph of Florida, including all Islands within Six Leagues of the Sea Coast.

Thirdly—The Government of West Florida, bounded to the Southward by the Gulph of Mexico, including all Islands within Six Leagues of the Coast, from the River Apalachicola to Lake Pontchartrain; to the Westward by the said Lake, the Lake Maurepas, and the River Mississippi; to the Northward by a Line drawn due East from that part of the River Mississippi which lies in 31 Degrees North Latitude, to the River Apalachicola or Chatahouchee; and to the Eastward by the said River.

Fourthly—The Government of Grenada, comprehending the Island of that name, together with the Grenadines, and the Islands of Dominick, St. Vincent's and Tobago. And to the end that the open and free Fishery of our Subjects may be extended to and carried on upon the Coast of Labrador, and the adjacent Islands, We have thought fit, with the advice of our said Privy Council to put all that Coast, from the River St. John's to Hudson's Streights, together with the Islands of Anticosti and Madelaine, and all other smaller Islands lying upon the said Coast, under the care and Inspection of our Governor of Newfoundland.

We have also, with the advice of our Privy Council, thought fit to annex the Islands of St. John's and Cape Breton, or Isle Royale, with the lesser Islands adjacent thereto, to our Government of Nova Scotia.

We have also, with the advice of our Privy Council aforesaid, annexed to our Province of Georgia all the Lands lying between the Rivers Alatomaha and St. Mary's.

And whereas it will greatly contribute to the speedy settling of our said new Governments,

nord de la baie des Chaleurs et de la côte du golfe Saint-Laurent jusqu'au cap Rozière, puis traverser de là l'embouchure du fleuve Saint-Laurent en passant par l'extrémité ouest de l'île d'Anticosti et se terminer ensuite à ladite rivière Saint-Jean.

2e.—Le gouvernement de la Floride Orientale sera borné à l'ouest par le golfe du Mexique et la rivière Apalachicola; au nord, par une ligne s'étendant de l'endroit de cette rivière où se rencontrent les rivières Chatahouchee et Flint, jusqu'à la source de la rivière Sainte-Marie, et par le cours de cette dernière jusqu'à l'océan; au sud et à l'est, par le golfe de la Floride et l'océan Atlantique, y compris toutes les îles situées en deçà de six lieues de la côte.

3e.—Le gouvernement de la Floride Occidentale sera borné au sud par le golfe du Mexique y compris toutes les îles situées en deçà de six lieues de la côte, entre la rivière Apalachicola et le lac Pontchartrain; à l'ouest, par le lac Pontchartrain, le lac Mauripas et la rivière Mississippi; au nord, par une ligne s'étendant vers l'est, d'un endroit de la rivière Mississippi situé à 31 degrés de latitude nord, jusqu'à la rivière Apalachicola, ou Chatahouchee et à l'est de ladite rivière.

4e.—Le gouvernement de Grenade comprenant l'île de ce nom avec les Grenadines et les îles Dominique, Saint-Vincent et Tabago. Et afin d'étendre jusqu'à la côte du Labrador et aux îles adjacentes, la pêche ouverte et libre accordée à Nos sujets et d'en favoriser le développement dans ces endroits, Nous avons cru opportun, de l'avis de Notre Conseil privé, de placer toute cette côte depuis la rivière Saint-Jean jusqu'au détroit d'Hudson ainsi que les îles d'Anticosti et Madeleine et toutes les autres petites îles disséminées le long de ladite côte, sous le contrôle et l'inspection de notre gouverneur de Terre-Neuve.

Nous avons aussi, de l'avis de Notre Conseil privé, cru opportun d'annexer l'île Saint-Jean et l'île du Cap-Breton ou île Royale, ainsi que les îles de moindre dimension situées dans leurs environs, au gouvernement de la Nouvelle-Écosse.

Nous avons également, de l'avis de Notre Conseil privé, annexé à Notre province de Georgie, toutes les terres situées entre les rivières Alatomaha et Sainte-Marie.

Et attendu qu'il est à propos de faire connaître à Nos sujets Notre sollicitude paternelle à l'égard des libertés et des propriétés de ceux qui

along the North Coast of the Baye des Chaleurs, and the Coast of the Gulph of St. Lawrence to Cape Rosieres, and from thence crossing the Mouth of the River St. Lawrence by the West End of the Island of Anticosti, terminates at the aforesaid River of St. John.

Secondly—The Government of East Florida, bounded to the Westward by the Gulph of Mexico and the Apalachicola River; to the Northward by a Line drawn from that part of the said River where the Chatahouchee and Flint Rivers meet, to the source of St. Mary's River, and by the course of the said River to the Atlantic Ocean; and to the Eastward and Southward by the Atlantic Ocean and the Gulph of Florida, including all Islands within Six Leagues of the Sea Coast.

Thirdly—The Government of West Florida, bounded to the Southward by the Gulph of Mexico, including all Islands within Six Leagues of the Coast, from the River Apalachicola to Lake Pontchartrain; to the Westward by the said Lake, the Lake Maurepas, and the River Mississippi; to the Northward by a Line drawn due East from that part of the River Mississippi which lies in 31 Degrees North Latitude, to the River Apalachicola or Chatahouchee; and to the Eastward by the said River.

Fourthly—The Government of Grenada, comprehending the Island of that name, together with the Grenadines, and the Islands of Dominico, St. Vincent's and Tobago. And to the end that the open and free Fishery of our Subjects may be extended to and carried on upon the Coast of Labrador, and the adjacent Islands, We have thought fit, with the advice of our said Privy Council to put all that Coast, from the River St. John's to Hudson's Streights, together with the Islands of Anticosti and Madelaine, and all other smaller Islands lying upon the said Coast, under the care and Inspection of our Governor of Newfoundland.

We have also, with the advice of our Privy Council, thought fit to annex the Islands of St. John's and Cape Breton, or Isle Royale, with the lesser Islands adjacent thereto, to our Government of Nova Scotia.

We have also, with the advice of our Privy Council aforesaid, annexed to our Province of Georgia all the Lands lying between the Rivers Alatomaha and St. Mary's.

And whereas it will greatly contribute to the speedy settling of our said new Governments,

nord de la baie des Chaleurs et de la côte du golfe Saint-Laurent jusqu'au cap Rozière, puis traverser de là l'embouchure du fleuve Saint-Laurent en passant par l'extrémité ouest de l'île d'Anticosti et se terminer ensuite à ladite rivière Saint-Jean.

2e.—Le gouvernement de la Floride Orientale sera borné à l'ouest par le golfe du Mexique et la rivière Apalachicola; au nord, par une ligne s'étendant de l'endroit de cette rivière où se rencontrent les rivières Chatahouchee et Flint, jusqu'à la source de la rivière Sainte-Marie, et par le cours de cette dernière jusqu'à l'océan; au sud et à l'est, par le golfe de la Floride et l'océan Atlantique, y compris toutes les îles situées en deçà de six lieues de la côte.

3e.—Le gouvernement de la Floride Occidentale sera borné au sud par le golfe du Mexique y compris toutes les îles situées en deçà de six lieues de la côte, entre la rivière Apalachicola et le lac Pontchartrain; à l'ouest, par le lac Pontchartrain, le lac Mauripas et la rivière Mississippi; au nord, par une ligne s'étendant vers l'est, d'un endroit de la rivière Mississippi situé à 31 degrés de latitude nord, jusqu'à la rivière Apalachicola, ou Chatahouchee et à l'est de ladite rivière.

4e.—Le gouvernement de Grenade comprenant l'île de ce nom avec les Grenadines et les îles Dominique, Saint-Vincent et Tabago. Et afin d'étendre jusqu'à la côte du Labrador et aux îles adjacentes, la pêche ouverte et libre accordée à Nos sujets et d'en favoriser le développement dans ces endroits, Nous avons cru opportun, de l'avis de Notre Conseil privé, de placer toute cette côte depuis la rivière Saint-Jean jusqu'au détroit d'Hudson ainsi que les îles d'Anticosti et Madeleine et toutes les autres petites îles disséminées le long de ladite côte, sous le contrôle et l'inspection de notre gouverneur de Terre-Neuve.

Nous avons aussi, de l'avis de Notre Conseil privé, cru opportun d'annexer l'île Saint-Jean et l'île du Cap-Breton ou île Royale, ainsi que les îles de moindre dimension situées dans leurs environs, au gouvernement de la Nouvelle-Écosse.

Nous avons également, de l'avis de Notre Conseil privé, annexé à Notre province de Georgie, toutes les terres situées entre les rivières Alatomaha et Sainte-Marie.

Et attendu qu'il est à propos de faire connaître à Nos sujets Notre sollicitude paternelle à l'égard des libertés et des propriétés de ceux qui

*Proclamation royale (1763)*

N° 1

that our loving Subjects should be informed of our Paternal care, for the security of the Liberties and Properties of those who are and shall become Inhabitants thereof, We have thought fit to publish and declare, by this Our Proclamation, that We have, in the Letters Patent under our Great Seal of Great Britain, by which the said Governments are constituted, given express Power and Direction to our Governors of our Said Colonies respectively, that so soon as the state and circumstances of the said Colonies will admit thereof, they shall, with the Advice and Consent of the Members of our Council, summon and call General Assemblies within the said Governments respectively, in such Manner and Form as is used and directed in those Colonies and Provinces in America which are under our immediate Government; And We have also given Power to the said Governors, with the consent of our Said Councils, and the Representatives of the People so to be summoned as aforesaid, to make, constitute, and ordain Laws, Statutes, and Ordinances for the Public Peace, Welfare, and good Government of our said Colonies, and of the People and Inhabitants thereof, as near as may be agreeable to the Laws of England, and under such Regulations and Restrictions as are used in other Colonies; and in the mean Time, and until such Assemblies can be called as aforesaid, all Persons Inhabiting in or resorting to our Said Colonies may confide in our Royal Protection for the Enjoyment of the Benefit of the Laws of our Realm of England; for which Purpose We have given Power under our Great Seal to the Governors of our said Colonies respectively to erect and constitute, with the Advice of our said Councils respectively, Courts of Judicature and public Justice within our Said Colonies for hearing and determining all Causes, as well Criminal as Civil, according to Law and Equity, and as near as may be agreeable to the Laws of England, with Liberty to all Persons who may think themselves aggrieved by the Sentences of such Courts, in all Civil Cases, to appeal, under the usual Limitations and Restrictions, to Us in our Privy Council.

We have also thought fit, with the advice of our Privy Council as aforesaid, to give unto the Governors and Councils of our said Three new Colonies, upon the Continent full Power and Authority to settle and agree with the Inhabitants of our said new Colonies or with any other

habitent comme de ceux qui habiteront ces nouveaux gouvernements, afin que des établissements s'y forment rapidement. Nous avons cru opportun de publier et de déclarer par Notre présente proclamation, que nous avons par les lettres patentes revêtues de notre grand sceau de la Grande-Bretagne, en vertu desquelles lesdits gouvernements sont constitués, donné le pouvoir et l'autorité aux gouverneurs de nos colonies respectives, d'ordonner et de convoquer, de l'avis et du consentement de notre Conseil dans leurs gouvernements respectifs, dès que l'état et les conditions des colonies le permettront, des assemblées générales de la manière prescrite et suivie dans les colonies et les provinces d'Amérique placées sous notre gouvernement immédiat; que nous avons aussi accordé auxdits gouverneurs le pouvoir de faire, avec le consentement de nosdits conseils et des représentants du peuple qui devront être convoqués tel que susmentionné, de décréter et de sanctionner des lois, des statuts et des ordonnances pour assurer la paix publique, le bon ordre ainsi que le bon gouvernement desdites colonies, de leurs populations et de leurs habitants, conformément autant que possible aux lois d'Angleterre et aux règlements et restrictions en usage dans les autres colonies. Dans l'intervalle et jusqu'à ce que ces assemblées puissent être convoquées, tous ceux qui habitent ou qui iront habiter nosdites colonies peuvent se confier en Notre protection royale et compter Nos efforts pour leur assurer les bienfaits des lois de Notre royaume d'Angleterre; à cette fin Nous avons donné aux gouverneurs de Nos colonies sous Notre grand sceau, le pouvoir de créer et d'établir, de l'avis de Nosdits conseils, des tribunaux civils et des cours de justice publique dans Nosdites colonies pour entendre et juger toutes les causes aussi bien criminelles que civiles, suivant la loi et l'équité, conformément autant que possible aux lois anglaises; cependant, toute personne ayant raison de croire qu'elle a été lésée en matière civile par suite des jugements rendus par lesdites cours, aura la liberté d'en appeler à Nous siégeant en Notre Conseil privé conformément aux délais et aux restrictions prescrits en pareil cas.

Nous avons également jugé opportun, de l'avis de Notredit Conseil privé, d'accorder aux gouverneurs et aux conseils de Nos trois nouvelles colonies sur le continent, le pouvoir et l'autorité de s'entendre et de conclure des arrangements avec les habitants de Nosdites

No. 1

*The Royal Proclamation (1763)*

Persons who shall resort thereto, for such Lands, Tenements and Hereditaments, as are now or hereafter shall be in our Power to dispose of; and them to grant to any such Person or Persons upon such Terms, and under such moderate Quit-Rents, Services and Acknowledgments, as have been appointed and settled in our other Colonies, and under such other Conditions as shall appear to us to be necessary and expedient for the Advantage of the Grantees, and the Improvement and settlement of our said Colonies.

And Whereas, We are desirous, upon all occasions, to testify our Royal Sense and Approbation of the Conduct and bravery of the Officers and Soldiers of our Armies, and to reward the same, We do hereby command and empower our Governors of our said Three new Colonies, and all other our Governors of our several Provinces on the Continent of North America, to grant without Fee or Reward, to such reduced Officers as have served in North America during the late War, and to such Private Soldiers as have been or shall be disbanded in America, and are actually residing there, and shall personally apply for the same, the following Quantities of Lands, subject, at the Expiration of Ten Years, to the same Quit-Rents as other Lands are subject to in the Province within which they are granted, as also subject to the same Conditions of Cultivation and Improvement; viz.

To every Person having the Rank of a Field Officer—5,000 Acres.

To every Captain—3,000 Acres.

To every Subaltern or Staff Officer,—2,000 Acres.

To every Non-Commission Officer,—200 Acres.

To every Private Man—50 Acres.

We do likewise authorize and require the Governors and Commanders in Chief of all our said Colonies upon the Continent of North America to grant the like Quantities of Land, and upon the same conditions, to such reduced Officers of our Navy of like Rank as served on board our Ships of War in North America at the times of the Reduction of Louisbourg and Quebec in the late War, and who shall personally apply to our respective Governors for such Grant.

And whereas it is just and reasonable, and essential to our Interest, and the Security of our

nouvelles colonies et tous ceux qui iront s'y établir, au sujet des terres des habitations et de toute propriété dont Nous pourrions hériter et qu'il est ou sera en Notre pouvoir de disposer, et de leur en faire la concession, conformément aux termes, aux redevances, aux corvées et aux tributs modérés établis et requis dans les autres colonies, ainsi qu'aux autres conditions qu'il Nous paraîtra nécessaire et expédient d'imposer pour l'avantage des acquéreurs et le progrès et l'établissement de Nosdites colonies.

Attendu que Nous désirons reconnaître et louer en toute occasion, la brave conduite des officiers et des soldats de Nos armées et leur décerner des récompenses, Nous enjoignons aux gouverneurs de Nosdites colonies et à tous les gouverneurs de nos diverses provinces sur le continent de l'Amérique du Nord et Nous leur accordons le pouvoir de concéder gratuitement aux officiers réformés qui ont servi dans l'Amérique du Nord pendant la dernière guerre et aux soldats qui ont été ou seront licenciés en Amérique, lesquels résident actuellement dans ce pays et qui en feront personnellement la demande, les quantités de terre ci-après pour lesquelles une redevance égale à celle payée pour des terres situées dans la même province ne sera exigible qu'à l'expiration de dix années; lesquelles terres seront en outre sujettes aux mêmes conditions de culture et d'amélioration que les autres dans la même province:

A tous ceux qui ont obtenu le grade d'officier supérieur, 5000 acres.

A chaque capitaine, 3000 acres.

A chaque officier subalterne ou d'état major, 2000 acres.

A chaque sous-officier, 200 acres.

A chaque soldat, 50 acres.

Nous enjoignons aux gouverneurs et aux commandants en chef de toutes Nos colonies sur le continent de l'Amérique du Nord, et Nous les autorisons de concéder aux mêmes conditions la même quantité de terre aux officiers réformés de l'Notre marine, d'un rang équivalent, qui ont servi sur Nos vaisseaux de guerre dans l'Amérique du Nord lors de la réduction de Louisbourg et de Québec, pendant la dernière guerre, et qui s'adresseront personnellement à Nos gouverneurs pour obtenir des concessions.

Attendu qu'il est juste, raisonnable et essentiel pour Notre intérêt et la sécurité de Nos colonies de prendre des mesures pour assurer

*Proclamation royale (1763)*

N° 1

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.—We do therefore, with the Advice of our Privy Council, declare it to be our Royal Will and Pleasure, that no Governor or Commander in Chief in any of our Colonies of Quebec, East Florida, or West Florida, do presume, upon any Pretence whatever, to grant Warrants of Survey, or pass any Patents for Lands beyond the Bounds of their respective Governments, as described in their Commissions; as also that no Governor or Commander in Chief in any of our other Colonies or Plantations in America do presume for the present, and until our further Pleasure be known, to grant Warrants of Survey, or pass Patents for any Lands beyond the Heads or Sources of any of the Rivers which fall into the Atlantic Ocean from the West and North West, or upon any Lands whatever, which, not having been ceded to or purchased by Us as aforesaid, are reserved to the said Indians, or any of them.

And We do further declare it to be Our Royal Will and Pleasure, for the present as aforesaid, to reserve under our Sovereignty, Protection, and Dominion, for the use of the said Indians, all the Lands and Territories not included within the Limits of Our said Three new Governments, or within the Limits of the Territory granted to the Hudson's Bay Company, as also all the Lands and Territories lying to the Westward of the Sources of the Rivers which fall into the Sea from the West and North West as aforesaid.

And We do hereby strictly forbid, on Pain of our Displeasure, all our loving Subjects from making any Purchases or Settlements whatever, or taking Possession of any of the Lands above reserved, without our especial leave and Licence for that Purpose first obtained.

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 Settlements.

aux nations ou tribus sauvages qui sont en relations avec Nous et qui vivent 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. Nous déclarons par conséquent de l'avis de Notre Conseil privé, que c'est Notre volonté et Notre plaisir et nous enjoignons à tout gouverneur et à tout commandant en chef de Nos colonies de Québec, de la Floride Orientale et de la Floride Occidentale, de n'accorder sous aucun prétexte des permis d'arpentage ni aucun titre de propriété sur les terres situées au-delà des limites de leur gouvernement respectif, conformément à la délimitation contenue dans leur commission. Nous enjoignons pour la même raison à tout gouverneur et à tout commandant en chef de toutes Nos autres colonies ou de Nos autres plantations en Amérique, de n'accorder présentement et jusqu'à ce que Nous ayons fait connaître Nos intentions futures, aucun permis d'arpentage ni aucun titre de propriété sur les terres situées au-delà de la tête ou source de toutes les rivières qui vont de l'ouest et du nord-ouest se jeter dans l'océan Atlantique ni sur celles qui ont été ni cédées ni achetées par Nous, tel que susmentionné, et ont été réservées pour les tribus sauvages susdites ou quelques-unes d'entre elles.

Nous déclarons de plus que c'est Notre plaisir royal ainsi que Notre volonté de réserver pour le présent, sous Notre souveraineté, Notre protection et Notre autorité, pour l'usage desdits sauvages, toutes les terres et tous les territoires non compris dans les limites de Nos trois gouvernements ni dans les limites du territoire concédé à la Compagnie de la baie d'Hudson, ainsi que toutes les terres et tous les territoires situés à l'ouest des sources des rivières qui de l'ouest et du nord-ouest vont se jeter dans la mer.

Nous défendons aussi strictement par la présente à tous Nos sujets, sous peine de s'attirer Notre déplaisir, d'acheter ou posséder aucune terre ci-dessus réservée, ou d'y former aucun établissement, sans avoir au préalable obtenu Notre permission spéciale et une licence à ce sujet.

Et Nous enjoignons et ordonnons strictement à tous ceux qui en connaissance de cause ou par inadvertance, se sont établis sur des terres situées dans les limites des contrées décrites ci-dessus ou sur toute autre terre qui n'ayant pas

## No. 1

*The Royal Proclamation (1763)*

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 lie; and in case they shall lie within the limits of any Proprietary Government, they shall be purchased only for the Use and in the name of such Proprietaries, conformable to such Directions and Instructions as We or they shall think proper to give for that Purpose; And we do, by the Advice of our Privy Council, declare and enjoin, that the Trade with the said Indians shall be free and open to all our Subjects whatever, provided that every Person who may incline to Trade with the said Indians do take out a Licence for carrying on such Trade from the Governor or Commander in Chief of any of our Colonies respectively where such Person shall reside, and also give Security to observe such Regulations as We shall at any Time think fit, by ourselves or by our Commissaries to be appointed for this Purpose, to direct and appoint for the Benefit of the said Trade:

And we do hereby authorize, enjoin, and require the Governors and Commanders in Chief of all our Colonies respectively, as well those under Our immediate Government as those under the Government and Direction of Proprietaries, to grant such Licences without Fee or Reward, taking especial Care to insert therein a Condition, that such Licence shall be void, and the Security forfeited in case the Person to whom the same is granted shall refuse or neglect to observe such Regulations as We shall think proper to prescribe as aforesaid.

été cédée ou achetée par Nous se trouve également réservée pour lesdits sauvages, de quitter immédiatement leurs établissements.

Attendu qu'il s'est commis des fraudes et des abus dans les achats de terres des sauvages au préjudice de Nos intérêts et au grand mécontentement de ces derniers, et afin d'empêcher qu'il ne se commette de telles irrégularités à l'avenir et de convaincre les sauvages de Notre esprit de justice et de Notre résolution bien arrêtée de faire disparaître tout sujet de mécontentement, Nous déclarons de l'avis de Notre Conseil privé, qu'il est strictement défendu à qui que ce soit d'acheter aux sauvages des terres qui leur sont réservées dans les parties de Nos colonies, où Nous avons cru à propos de permettre des établissements; cependant si quelques-uns des sauvages, un jour ou l'autre, devenaient enclins à se départir desdites terres, elles ne pourront être achetées que pour Nous, en Notre nom, à une réunion publique ou à une assemblée des sauvages qui devra être convoquée à cette fin par le gouverneur ou le commandant en chef de la colonie, dans laquelle elles se trouvent situées; en outre, si ces terres sont situées dans les limites de territoires administrés par leurs propriétaires, elles ne seront alors achetées que pour l'usage et au nom des propriétaires, conformément aux directions et aux instructions que Nous croirons ou qu'ils croiront à propos de donner à ce sujet; de plus Nous déclarons et signifions de l'avis de Notre Conseil privé que Nous accordons à tous Nos sujets le privilège de commerce ouvert et libre, à condition que tous ceux qui auront l'intention de commercer avec lesdits sauvages se munissent de licence à cette fin, du gouverneur ou du commandant en chef de celle de Nos colonies dans laquelle ils résident, et qu'ils fournissent des garanties d'observer les règlements que Nous croirons en tout temps, à propos d'imposer Nous-même ou par l'intermédiaire de Nos commissaires nommés à cette fin, en vue d'assurer le progrès dudit commerce.

Nous autorisons par la présente les gouverneurs et les commandants en chef de toutes Nos colonies respectivement, aussi bien ceux qui relèvent de Notre autorité immédiate que ceux qui relèvent de l'autorité et de la direction des propriétaires, d'accorder ces licences gratuitement sans omettre d'y insérer une condition par laquelle toute licence sera déclarée nulle et la protection qu'elle confèrera enlevée, si le porteur refuse ou néglige d'observer les règlements.

*Proclamation royale (1763)*

N° 1

And we do further expressly enjoin and require all Officers whatever, as well Military as those Employed in the Management and Direction of Indian Affairs, within the Territories reserved as aforesaid for the use of the said Indians, to seize and apprehend all Persons whatever, who standing charged with Treason, Misprisions of Treason, Murders, or other Felonies or Misdemeanors, shall fly from Justice and take Refuge in the said Territory, and to send them under a proper guard to the Colony where the Crime was committed of which they stand accused, in order to take their Trial for the same.

Given at our Court at St. James's the 7th Day of October 1763, in the Third Year of our Reign.

GOD SAVE THE KING

que Nous croirons à propos de prescrire Et de plus Nous ordonnons et enjoignons à tous les officiers militaires et à ceux chargés de l'administration et de la direction des affaires des sauvages, dans les limites des territoires réservés à l'usage desdits sauvages, de saisir et d'arrêter tous ceux sur qui pésera une accusation de trahison, de non-révélation d'attentat, de meurtre, de félonie ou de délits de tout genre et qui, pour échapper aux atteintes de la justice, auront cherché un refuge dans lesdits territoires, et de les renvoyer sous bonne escorte dans la colonie où le crime dont ils seront accusés aura été commis et pour lequel ils devront subir leur procès.

Donnée à Notre cour, à Saint-James le septième jour d'octobre mil sept cent soixante trois, la troisième année de Notre règne.

DIEU SAUVE LE ROI

A N N E X E B

Chap. 1-5

*Indian*

ELECTIONS OF CHIEFS AND BAND COUNCILS

ÉLECTION DES CHEFS ET DES CONSEILS DE  
BANDE

Elected councils	74. (1) Whenever he deems it advisable for the good government of a band, the Minister may declare by order that after a day to be named therein the council of the band, consisting of a chief and councillors, shall be selected by elections to be held in accordance with this Act.	74. (1) Lorsqu'il le juge utile à la bonne administration d'une bande, le ministre peut déclarer par arrêté qu'à compter d'un jour qu'il désigne le conseil d'une bande, comprenant un chef et des conseillers, sera constitué au moyen d'élections tenues selon la présente loi.	Conseils élus
Composition of council	(2) Unless otherwise ordered by the Minister, the council of a band in respect of which an order has been made under subsection (1) shall consist of one chief, and one councillor for every one hundred members of the band, but the number of councillors shall not be less than two nor more than twelve and no band shall have more than one chief.	(2) Sauf si le ministre en ordonne autrement, le conseil d'une bande ayant fait l'objet d'un arrêté prévu par le paragraphe (1) se compose d'un chef, ainsi que d'un conseiller par cent membres de la bande, mais le nombre des conseillers ne peut être inférieur à deux ni supérieur à douze. Une bande ne peut avoir plus d'un chef.	Composition du conseil
Regulations	(3) The Governor in Council may, for the purposes of giving effect to subsection (1), make orders or regulations to provide (a) that the chief of a band shall be elected by (i) a majority of the votes of the electors of the band, or  (ii) a majority of the votes of the elected councillors of the band from among themselves, but the chief so elected shall remain a councillor; and (b) that the councillors of a band shall be elected by (i) a majority of the votes of the electors of the band, or (ii) a majority of the votes of the electors of the band in the electoral section in which the candidate resides and that he proposes to represent on the council of the band.	(3) Pour l'application du paragraphe (1), le gouverneur en conseil peut prendre des décrets ou règlements prévoyant : a) que le chef d'une bande doit être élu : (i) soit à la majorité des votes des électeurs de la bande,  (ii) soit à la majorité des votes des conseillers élus de la bande désignant un d'entre eux, le chef ainsi élu devant cependant demeurer conseiller; b) que les conseillers d'une bande doivent être élus : (i) soit à la majorité des votes des électeurs de la bande, (ii) soit à la majorité des votes des électeurs de la bande demeurant dans la section électorale que le candidat habite et qu'il projette de représenter au conseil de la bande.	Règlements
Electoral sections	(4) A reserve shall for voting purposes consist of one electoral section, except that where the majority of the electors of a band who were present and voted at a referendum or a special meeting held and called for the purpose in accordance with the regulations have decided that the reserve should for voting purposes be divided into electoral sections and the Minister so recommends, the Governor in Council may make orders or regulations to provide for the division of the reserve for voting purposes into not more than six electoral sections containing as nearly as may be an equal number of Indians eligible to vote and to provide for the manner in which electoral sections so established are to be distinguished or identified. R.S., c. 1-6, s. 74.	(4) Aux fins de votation, une réserve se compose d'une section électorale; toutefois, lorsque la majorité des électeurs d'une bande qui étaient présents et ont voté lors d'un référendum ou à une assemblée spéciale tenue et convoquée à cette fin en conformité avec les règlements, a décidé que la réserve devrait, aux fins de votation, être divisée en sections électorales et que le ministre le recommande, le gouverneur en conseil peut prendre des décrets ou règlements stipulant qu'aux fins de votation la réserve doit être divisée en six sections électorales au plus, contenant autant que possible un nombre égal d'Indiens habilités à voter et décrétant comment les sections électorales ainsi établies doivent se distinguer ou s'identifier. S.R., ch. 1-6, art. 74.	Sections électorales

Eligibility	75. (1) No person other than an elector who resides in an electoral section may be nominated for the office of councillor to represent that section on the council of the band.	75. (1) Seul un électeur résidant dans une section électorale peut être présenté au poste de conseiller pour représenter cette section au conseil de la bande.	Éligibilité
Nomination	(2) No person may be a candidate for election as chief or councillor of a band unless his nomination is moved and seconded by persons who are themselves eligible to be nominated. R.S., c. 1-6, s. 75.	(2) Nul ne peut être candidat à une élection au poste de chef ou de conseiller d'une bande, à moins que sa candidature ne soit proposée et appuyée par des personnes habiles elles-mêmes à être présentées. S.R., ch. 1-6, art. 75.	Présentation de candidats
Regulations governing elections	76. (1) The Governor in Council may make orders and regulations with respect to band elections and, without restricting the generality of the foregoing, may make regulations with respect to (a) meetings to nominate candidates; (b) the appointment and duties of electoral officers; (c) the manner in which voting is to be carried out; (d) election appeals; and  (e) the definition of residence for the purpose of determining the eligibility of voters.	76. (1) Le gouverneur en conseil peut prendre des décrets et règlements sur les élections au sein des bandes et, notamment, des règlements concernant : a) les assemblées pour la présentation de candidats; b) la nomination et les fonctions des préposés aux élections; c) la manière dont la votation doit avoir lieu; d) les appels en matière électorale;  e) la définition de «résidence» aux fins de déterminer si une personne est habile à voter.	Règlements régissant les élections
Secrecy of voting	(2) The regulations made under paragraph (1)(c) shall provide for secrecy of voting. R.S., c. 1-6, s. 76.	(2) Les règlements pris sous le régime de l'alinéa (1)c) contiennent des dispositions assurant le secret du vote. S.R., ch. 1-6, art. 76.	Secret du vote
Eligibility of voters for chief	77. (1) A member of a band who has attained the age of eighteen years and is ordinarily resident on the reserve is qualified to vote for a person nominated to be chief of the band and, where the reserve for voting purposes consists of one section, to vote for persons nominated as councillors.	77. (1) Un membre d'une bande, qui a au moins dix-huit ans et réside ordinairement sur la réserve, a qualité pour voter en faveur d'une personne présentée comme candidat au poste de chef de la bande et, lorsque la réserve, aux fins d'élection, ne comprend qu'une section électorale, pour voter en faveur de personnes présentées aux postes de conseillers.	Qualités exigées des électeurs au poste de chef
Councillor	(2) A member of a band who is of the full age of eighteen years and is ordinarily resident in a section that has been established for voting purposes is qualified to vote for a person nominated to be councillor to represent that section. R.S., 1985, c. 1-5, s. 77; R.S., 1985, c. 32 (1st Suppl.), s. 14.	(2) Un membre d'une bande, qui a dix-huit ans et réside ordinairement dans une section électorale établie aux fins d'élection, a qualité pour voter en faveur d'une personne présentée au poste de conseiller pour représenter cette section. L.R. (1985), ch. 1-5, art. 77; L.R. (1985), ch. 32 (1 <sup>er</sup> suppl.), art. 14.	Conseiller
Tenure of office	78. (1) Subject to this section, the chief and councillors of a band hold office for two years.	78. (1) Sous réserve des autres dispositions du présent article, les chef et conseillers d'une bande occupent leur poste pendant deux années.	Mandat

Vacancy	<p>(2) The office of chief or councillor of a band becomes vacant when</p> <p>(a) the person who holds that office</p> <p style="margin-left: 20px;">(i) is convicted of an indictable offence,</p> <p style="margin-left: 20px;">(ii) dies or resigns his office, or</p> <p style="margin-left: 20px;">(iii) is or becomes ineligible to hold office by virtue of this Act; or</p> <p>(b) the Minister declares that in his opinion the person who holds that office</p> <p style="margin-left: 20px;">(i) is unfit to continue in office by reason of his having been convicted of an offence,</p> <p style="margin-left: 20px;">(ii) has been absent from three consecutive meetings of the council without being authorized to do so, or</p> <p style="margin-left: 20px;">(iii) was guilty, in connection with an election, of corrupt practice, accepting a bribe, dishonesty or malfeasance.</p>	Vacancy	<p>(2) Le poste de chef ou de conseiller d'une bande devient vacant dans les cas suivants :</p> <p>a) le titulaire, selon le cas :</p> <p style="margin-left: 20px;">(i) est déclaré coupable d'un acte criminel,</p> <p style="margin-left: 20px;">(ii) meurt ou démissionne,</p> <p style="margin-left: 20px;">(iii) est ou devient inhabile à détenir le poste aux termes de la présente loi;</p> <p>b) le ministre déclare qu'à son avis le titulaire, selon le cas :</p> <p style="margin-left: 20px;">(i) est inapte à demeurer en fonctions parce qu'il a été déclaré coupable d'une infraction,</p> <p style="margin-left: 20px;">(ii) a, sans autorisation, manqué les réunions du conseil trois fois consécutives,</p> <p style="margin-left: 20px;">(iii) à l'occasion d'une élection, s'est rendu coupable de manœuvres frauduleuses, de malhonnêteté ou de méfaits, ou a accepté des pots-de-vin.</p>
Disqualification	<p>(3) The Minister may declare a person who ceases to hold office by virtue of subparagraph (2)(b)(iii) to be ineligible to be a candidate for chief or councillor of a band for a period not exceeding six years.</p>	Privation du droit d'être candidat	<p>(3) Le ministre peut déclarer un individu, qui cesse d'occuper ses fonctions en raison du sous-alinéa (2)b(iii), inhabile à être candidat au poste de chef ou de conseiller d'une bande durant une période maximale de six ans.</p>
Special election	<p>(4) Where the office of chief or councillor of a band becomes vacant more than three months</p> <p style="margin-left: 20px;">before the date when another election would ordinarily be held, a special election may be held in accordance with this Act to fill the vacancy. R.S., c. I-6, s. 78.</p>	Election spéciale	<p>(4) Lorsque le poste de chef ou de conseiller devient vacant plus de trois mois avant la date</p> <p style="margin-left: 20px;">de la tenue ordinaire de nouvelles élections, une élection spéciale peut avoir lieu en conformité avec la présente loi afin de remplir cette vacance. S.R., ch. I-6, art. 78.</p>
Governor in Council may set aside election	<p>79. The Governor in Council may set aside the election of a chief or councillor of a band on the report of the Minister that he is satisfied that</p> <p style="margin-left: 20px;">(a) there was corrupt practice in connection with the election;</p> <p style="margin-left: 20px;">(b) there was a contravention of this Act that might have affected the result of the election; or</p> <p style="margin-left: 20px;">(c) a person nominated to be a candidate in the election was ineligible to be a candidate. R.S., c. I-6, s. 79.</p>	Le gouverneur en conseil peut annuler une élection	<p>79. Le gouverneur en conseil peut rejeter l'élection du chef ou d'un des conseillers d'une bande sur le rapport du ministre où ce dernier se dit convaincu, selon le cas :</p> <p style="margin-left: 20px;">a) qu'il y a eu des manœuvres frauduleuses à l'égard de cette élection;</p> <p style="margin-left: 20px;">b) qu'il s'est produit une infraction à la présente loi pouvant influencer sur le résultat de l'élection;</p> <p style="margin-left: 20px;">c) qu'une personne présentée comme candidat à l'élection ne possédait pas les qualités requises. S.R., ch. I-6, art. 79.</p>
Regulations respecting band and council meetings	<p>80. The Governor in Council may make regulations with respect to band meetings and council meetings and, without restricting the generality of the foregoing, may make regulations with respect to</p> <p style="margin-left: 20px;">(a) presiding officers at such meetings;</p> <p style="margin-left: 20px;">(b) notice of such meetings;</p> <p style="margin-left: 20px;">(c) the duties of any representative of the Minister at such meetings; and</p> <p style="margin-left: 20px;">(d) the number of persons required at such meetings to constitute a quorum. R.S., c. I-6, s. 80.</p>	Règlements sur les assemblées de la bande et du conseil	<p>80. Le gouverneur en conseil peut prendre des règlements sur les assemblées de la bande et du conseil et, notamment, des règlements concernant :</p> <p style="margin-left: 20px;">a) les présidents de ces assemblées;</p> <p style="margin-left: 20px;">b) les avis de ces assemblées;</p> <p style="margin-left: 20px;">c) les fonctions de tout représentant du ministre à ces assemblées;</p> <p style="margin-left: 20px;">d) le nombre de personnes requis à ces assemblées pour constituer un quorum. S.R., ch. I-6, art. 80.</p>

## POWERS OF THE COUNCIL

By-laws

81. (1) The council of a band may make by-laws not inconsistent with this Act or with any regulation made by the Governor in Council or the Minister, for any or all of the following purposes, namely,

- (a) to provide for the health of residents on the reserve and to prevent the spreading of contagious and infectious diseases;
- (b) the regulation of traffic;
- (c) the observance of law and order;
- (d) the prevention of disorderly conduct and nuisances;
- (e) the protection against and prevention of trespass by cattle and other domestic animals, the establishment of pounds, the appointment of pound-keepers, the regulation of their duties and the provision for fees and charges for their services;
- (f) the construction and maintenance of watercourses, roads, bridges, ditches, fences and other local works;
- (g) the dividing of the reserve or a portion thereof into zones and the prohibition of the construction or maintenance of any class of buildings or the carrying on of any class of business, trade or calling in any zone;
- (h) the regulation of the construction, repair and use of buildings, whether owned by the band or by individual members of the band;
- (i) the survey and allotment of reserve lands among the members of the band and the establishment of a register of Certificates of Possession and Certificates of Occupation relating to allotments and the setting apart of reserve lands for common use, if authority therefor has been granted under section 60;
- (j) the destruction and control of noxious weeds;
- (k) the regulation of bee-keeping and poultry raising;
- (l) the construction and regulation of the use of public wells, cisterns, reservoirs and other water supplies;
- (m) the control or prohibition of public games, sports, races, athletic contests and other amusements;
- (n) the regulation of the conduct and activities of hawkers, peddlers or others who enter the reserve to buy, sell or otherwise deal in wares or merchandise;
- (o) the preservation, protection and management of fur-bearing animals, fish and other game on the reserve;
- (p) the removal and punishment of persons trespassing on the reserve or frequenting the reserve for prohibited purposes;

## POUVOIRS DU CONSEIL

Règlements administratifs

81. (1) Le conseil d'une bande peut prendre des règlements administratifs, non incompatibles avec la présente loi ou avec un règlement pris par le gouverneur en conseil ou par le ministre, pour l'une ou l'ensemble des fins suivantes :

- a) l'adoption de mesures relatives à la santé des habitants de la réserve et les précautions à prendre contre la propagation des maladies contagieuses et infectieuses;
- b) la réglementation de la circulation;
- c) l'observation de la loi et le maintien de l'ordre;
- d) la répression de l'inconduite et des inconvénients;
- e) la protection et les précautions à prendre contre les empiètements des bestiaux et autres animaux domestiques, l'établissement de fourrières, la nomination de gardes-fourrières, la réglementation de leurs fonctions et la constitution de droits et redevances pour leurs services;
- f) l'établissement et l'entretien de cours d'eau, routes, ponts, fossés, clôtures et autres ouvrages locaux;
- g) la division de la réserve ou d'une de ses parties en zones, et l'interdiction de construire ou d'entretenir une catégorie de bâtiments ou d'exercer une catégorie d'entreprises, de métiers ou de professions dans une telle zone;
- h) la réglementation de la construction, de la réparation et de l'usage des bâtiments, qu'ils appartiennent à la bande ou à des membres de la bande pris individuellement;
- i) l'arpentage des terres de la réserve et leur répartition entre les membres de la bande, et l'établissement d'un registre de certificats de possession et de certificats d'occupation concernant les attributions, et la mise à part de terres de la réserve pour usage commun, si l'autorisation à cet égard a été accordée aux termes de l'article 60;
- j) la destruction et le contrôle des herbes nuisibles;
- k) la réglementation de l'apiculture et de l'aviculture;
- l) l'établissement de puits, citernes et réservoirs publics et autres services d'eau du même genre, ainsi que la réglementation de leur usage;
- m) la réglementation ou l'interdiction de jeux, sports, courses et concours athlétiques d'ordre public et autres amusements du même genre;

(p.1) the residence of band members and other persons on the reserve;

(p.2) to provide for the rights of spouses and children who reside with members of the band on the reserve with respect to any matter in relation to which the council may make by-laws in respect of members of the band;

(p.3) to authorize the Minister to make payments out of capital or revenue moneys to persons whose names were deleted from the Band List of the band;

(p.4) to bring subsection 10(3) or 64.1(2) into effect in respect of the band;

(q) with respect to any matter arising out of or ancillary to the exercise of powers under this section; and

(r) the imposition on summary conviction of a fine not exceeding one thousand dollars or imprisonment for a term not exceeding thirty days, or both, for violation of a by-law made under this section.

n) la réglementation de la conduite et des opérations des marchands ambulants, colporteurs ou autres personnes qui pénètrent dans la réserve pour acheter ou vendre des produits ou marchandises, ou en faire un autre commerce;

o) la conservation, la protection et la régie des animaux à fourrure, du poisson et du gibier de toute sorte dans la réserve;

p) l'expulsion et la punition des personnes qui pénètrent sans droit ni autorisation dans la réserve ou la fréquentent pour des fins interdites;

p.1) la résidence des membres de la bande ou des autres personnes sur la réserve;

p.2) l'adoption de mesures relatives aux droits des conjoints ou des enfants qui résident avec des membres de la bande dans une réserve pour toute matière au sujet de laquelle le conseil peut établir des règlements administratifs à l'égard des membres de la bande;

p.3) l'autorisation du ministre à effectuer des paiements sur des sommes d'argent au compte de capital ou des sommes d'argent de revenu aux personnes dont les noms ont été retranchés de la liste de la bande;

p.4) la mise en vigueur des paragraphes 10(3) ou 64.1(2) à l'égard de la bande;

q) toute question qui découle de l'exercice des pouvoirs prévus par le présent article, ou qui y est accessoire;

r) l'imposition, sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, d'une amende maximale de mille dollars et d'un emprisonnement maximal de trente jours, ou de l'une de ces peines, pour violation d'un règlement administratif pris aux termes du présent article.

Power to  
restrain by  
order where  
conviction  
entered

(2) Where any by-law of a band is contravened and a conviction entered, in addition to any other remedy and to any penalty imposed by the by-law, the court in which the conviction has been entered, and any court of competent jurisdiction thereafter, may make an order prohibiting the continuation or repetition of the offence by the person convicted.

(2) Lorsqu'un règlement administratif d'une bande est violé et qu'une déclaration de culpabilité est prononcée, le tribunal ayant prononcé la déclaration de culpabilité et tout tribunal compétent par la suite peuvent, en plus de toute autre réparation et de toute peine imposée par le règlement administratif, rendre une ordonnance interdisant la continuation ou la répétition de l'infraction par la personne déclarée coupable.

Pouvoir de  
rendre une  
ordonnance

Power to  
restrain by  
court action

(3) Where any by-law of a band passed is contravened, in addition to any other remedy and to any penalty imposed by the by-law, such contravention may be restrained by court action at the instance of the band council.

R.S., 1985, c. 1-5, s. 81; R.S., 1985, c. 32 (1st Suppl.), s. 15.

(3) La violation d'un règlement administratif d'une bande peut, sans préjudice de toute autre réparation et de toute peine imposée par celui-ci, être réfrénée par une action en justice à la demande du conseil de bande.

L.R. (1985), ch. 1-5, art. 81; L.R. (1985), ch. 32 (1<sup>er</sup> suppl.), art. 15.

Pouvoir  
d'intenter une  
action en justice

Copies of by-laws to be sent to Minister

82. (1) A copy of every by-law made under section 81 shall be forwarded by mail by the chief or a member of the council of the band to the Minister within four days after it is made.

82. (1) Le chef ou un membre du conseil de la bande fait parvenir au ministre, par la poste, un exemplaire de tout règlement administratif pris sous l'autorité de l'article 81, dans les quatre jours qui en suivent la prise.

Des exemplaires des règlements administratifs sont envoyés au ministre

Effective date of by-law

(2) A by-law made under section 81 comes into force forty days after a copy thereof is forwarded to the Minister pursuant to subsection (1), unless it is disallowed by the Minister within that period, but the Minister may declare the by-law to be in force at any time before the expiration of that period. R.S., c. 1-6, s. 82.

(2) Un règlement administratif pris en vertu de l'article 81 entre en vigueur quarante jours après qu'un exemplaire en a été envoyé au ministre, en conformité avec le paragraphe (1), à moins que le ministre ne l'annule au cours de cette période; le ministre peut cependant déclarer le règlement administratif en vigueur à tout moment avant l'expiration de cette période. S.R., ch. 1-6, art. 82.

Date d'entrée en vigueur d'un règlement administratif

Money by-laws

83. (1) Without prejudice to the powers conferred by section 81, the council of a band may, subject to the approval of the Minister, make by-laws for any or all of the following purposes, namely,

83. (1) Sans préjudice des pouvoirs que confère l'article 81, le conseil de la bande peut, sous réserve de l'approbation du ministre, prendre des règlements administratifs dans les domaines suivants :

Règlements administratifs

(a) subject to subsections (2) and (3), taxation for local purposes of land, or interests in land, in the reserve, including rights to occupy, possess or use land in the reserve;

(a.1) the licensing of businesses, callings, trades and occupations;

(b) the appropriation and expenditure of moneys of the band to defray band expenses;

(c) the appointment of officials to conduct the business of the council, prescribing their duties and providing for their remuneration out of any moneys raised pursuant to paragraph (a);

(d) the payment of remuneration, in such amount as may be approved by the Minister, to chiefs and councillors, out of any moneys raised pursuant to paragraph (a);

(e) the enforcement of payment of amounts that are payable pursuant to this section, including arrears and interest;

(e.1) the imposition and recovery of interest on amounts that are payable pursuant to this section, where those amounts are not paid before they are due, and the calculation of that interest;

(f) the raising of money from band members to support band projects; and

(g) with respect to any matter arising out of or ancillary to the exercise of powers under this section.

a) sous réserve des paragraphes (2) et (3), l'imposition de taxes à des fins locales, sur les immeubles situés dans la réserve, ainsi que sur les droits sur ceux-ci, et notamment sur les droits d'occupation, de possession et d'usage;

a.1) la délivrance de permis, de licences ou d'agrèments aux entreprises, professions, métiers et occupations;

b) l'affectation et le déboursement de l'argent de la bande pour couvrir les dépenses de cette dernière;

c) la nomination de fonctionnaires chargés de diriger les affaires du conseil, en établissant leurs fonctions et prévoyant leur rétribution sur les fonds prélevés en vertu de l'alinéa a);

d) le versement d'une rémunération, pour le montant que le ministre peut approuver, aux chefs et conseillers, sur les fonds prélevés en vertu de l'alinéa a);

e) les mesures d'exécution forcée visant le recouvrement de tout montant qui peut être perçu en application du présent article, arrérages et intérêts compris;

e.1) l'imposition, pour non-paiement de tout montant qui peut être perçu en application du présent article, d'intérêts et la fixation, par tarif ou autrement, de ces intérêts;

f) la réunion de fonds provenant des membres de la bande et destinés à supporter des entreprises de la bande;

g) toute question qui découle de l'exercice des pouvoirs prévus par le présent article, ou qui y est accessoire.

Restriction on expenditures	(2) An expenditure made out of moneys raised pursuant to subsection (1) must be so made under the authority of a by-law of the council of the band.	(2) Toute dépense à faire sur les fonds prélevés en application du paragraphe (1) doit l'être sous l'autorité d'un règlement administratif pris par le conseil de la bande.	Restriction
Appeals	(3) A by-law made under paragraph (1)(a) must provide an appeal procedure in respect of assessments made for the purposes of taxation under that paragraph.	(3) Les règlements administratifs pris en application de l'alinéa (1)a) doivent prévoir la procédure de contestation de l'évaluation en matière de taxation.	Prévision
Minister's approval	(4) The Minister may approve the whole or a part only of a by-law made under subsection (1).	(4) Le ministre peut approuver la totalité d'un règlement administratif visé au paragraphe (1) ou une partie seulement de celui-ci.	Approbation
Regulations re by-laws	(5) The Governor in Council may make regulations respecting the exercise of the by-law making powers of bands under this section.	(5) Le gouverneur en conseil peut, par règlement, régir l'exercice du pouvoir réglementaire de la bande prévu au présent article.	Règlement relatif au pouvoir réglementaire
By-laws must be consistent with regulations	(6) A by-law made under this section remains in force only to the extent that it is consistent with the regulations made under subsection (5). R.S., 1985, c. 1-5, s. 83; R.S., 1985, c. 17 (4th Suppl.), s. 10.	(6) Les règlements administratifs pris en application du présent article ne demeurent en vigueur que dans la mesure de leur compatibilité avec les règlements pris en application du paragraphe (5). L.R. (1985), ch. 1-5, art. 83; L.R. (1985), ch. 17 (4 <sup>e</sup> suppl.), art. 10.	Maintien des règlements administratifs
Recovery of taxes	84. Where a tax that is imposed on an Indian by or under the authority of a by-law made under section 83 is not paid in accordance with the by-law, the Minister may pay the amount owing together with an amount equal to one-half of one per cent thereof out of moneys payable out of the funds of the band to the Indian. R.S., c. 1-6, s. 84.  85. [Repealed, R.S., 1985, c. 17 (4th Suppl.), s. 11]	84. Lorsqu'un impôt frappant un Indien en vertu ou sous l'autorité d'un règlement administratif pris en vertu de l'article 83 n'est pas acquitté conformément au règlement administratif, le ministre peut payer le montant dû ainsi qu'une somme égale à un demi pour cent dudit montant sur l'argent payable à l'Indien sur les fonds de la bande. S.R., ch. 1-6, art. 84.  85. [Abrogé, L.R. (1985), ch. 17 (4 <sup>e</sup> suppl.), art. 11]	Recouvrement d'impôts
By-laws relating to intoxicants	85.1 (1) Subject to subsection (2), the council of a band may make by-laws (a) prohibiting the sale, barter, supply or manufacture of intoxicants on the reserve of the band; (b) prohibiting any person from being intoxicated on the reserve; (c) prohibiting any person from having intoxicants in his possession on the reserve; and (d) providing for exceptions to any of the prohibitions established pursuant to paragraph (b) or (c).	85.1 (1) Sous réserve du paragraphe (2), le conseil d'une bande peut prendre des règlements administratifs en vue : a) d'interdire la vente, le troc, la fourniture ou la fabrication de boissons alcoolisées sur la réserve de la bande; b) d'interdire à toute personne d'être en état d'ivresse sur la réserve; c) d'interdire à toute personne d'avoir en sa possession des boissons alcoolisées sur la réserve; d) de prévoir des exceptions aux interdictions visées aux alinéas b) ou c).	Règlements administratifs sur les boissons alcoolisées
Consent of electors	(2) A by-law may not be made under this section unless it is first assented to by a majority of the electors of the band who voted at a special meeting of the band called by the council of the band for the purpose of considering the by-law.	(2) Les règlements administratifs prévus au présent article ne peuvent être pris qu'avec le consentement préalable de la majorité des électeurs de la bande ayant voté à l'assemblée spéciale de la bande convoquée par le conseil de cette dernière pour l'étude de ces règlements.	Consentement des électeurs

Copies of by-laws to be sent to Minister	(3) A copy of every by-law made under this section shall be sent by mail to the Minister by the chief or a member of the council of the band within four days after it is made.	(3) Le chef ou un membre du conseil de la bande doit envoyer par courrier au ministre une copie de chaque règlement administratif prévu au présent article dans les quatre jours suivant sa prise.	Copie des règlements administratifs au ministre
Offence	(4) Every person who contravenes a by-law made under this section is guilty of an offence and liable on summary conviction	(4) Quiconque contrevient à un règlement administratif pris en vertu du présent article commet une infraction et encourt, sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire :	Infraction
	(a) in the case of a by-law made under paragraph (1)(a), to a fine of not more than one thousand dollars or to imprisonment for a term not exceeding six months or to both; and	a) dans le cas d'un règlement pris en vertu de l'alinéa (1)a), une amende maximale de mille dollars et un emprisonnement maximal de six mois, ou l'une de ces peines;	
	(b) in the case of a by-law made under paragraph (1)(b) or (c), to a fine of not more than one hundred dollars or to imprisonment for a term not exceeding three months or to both.	b) dans le cas d'un règlement pris en vertu des alinéas (1)b) ou c), une amende maximale de cent dollars et un emprisonnement maximal de trois mois, ou l'une de ces peines.	
	R.S., 1985, c. 32 (1st Supp.), s. 16.	L.R. (1985), ch. 32 (1 <sup>er</sup> suppl.), art. 16.	
Proof	86. A copy of a by-law made by the council of a band under this Act, if it is certified to be a true copy by the superintendent, is evidence that the by-law was duly made by the council and approved by the Minister, without proof of the signature or official character of the superintendent, and no such by-law is invalid by reason of any defect in form. R.S., c. 1-6, s. 86.	86. La copie d'un règlement administratif pris par le conseil d'une bande en vertu de la présente loi, constitue, si elle est certifiée conforme par le surintendant, une preuve que le règlement administratif a été dûment pris par le conseil et approuvé par le ministre, sans qu'il soit nécessaire de prouver la signature ou la qualité officielle du surintendant, et nul règlement administratif de cette nature n'est invalide en raison d'un vice de forme. S.R., ch. 1-6, art. 86.	Preuve
General provincial laws applicable to Indians	88. Subject to the terms of any treaty and any other Act of Parliament, all laws of general application from time to time in force in any province are applicable to and in respect of Indians in the province, except to the extent that those laws are inconsistent with this Act or any order, rule, regulation or by-law made thereunder, and except to the extent that those laws make provision for any matter for which provision is made by or under this Act. R.S., c. 1-6, s. 88.	88. 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. S.R., ch. 1-6, art. 88.	Lois provinciales d'ordre général applicables aux Indiens

BIBLIOGRAPHIE

## I - MONOGRAPHS:

ALVORD, C.W. et CARTER, C.E., The critical period 1763-1765, Springfield Illinois, Illinois State historical library, 1915, 597 p.

CLARK, B., Native Liberty, Crown Sovereignty - The Existing Aboriginal Right of Self-Government in Canada, Montreal, McGill-Queen's University Press, 1990, 259 p.

CUMMING, P.A. et MICKENBERG, N.H., Native Rights in Canada, 2<sup>nd</sup> ed., Toronto, The Indian-Eskimo Association of Canada, 1972, 352 p.

ELLIS, E.S., The Life of Pontiac, New York, Hurst, 1910, 230 p.

LABARGE, L.W., Royal Instructions to British Colonial Governors 1670-1776, New York, 1935.

MALONE, M., Financing Aboriginal Self-Government in Canada, Institute of Intergovernmental Relations, Kingston, Ontario, 1986, 64 p.

MARQUIS, T.G., The War Chief of the Ottawas, Toronto, Glasgow, Brook & Company, 1915, 145 p.

MORSE, B.W. and WOODMAN, G.R. (eds.), Indigenous Law and the State, Dordrecht Holland, Foris Publications, 1988.

NAHWEGAHBOW, D.C., Michael W. POSLUNS, Don ALLEN & Associates, Douglas SAUNDERS, 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, April 1983, 352 p.

NATIONAL INDIAN BROTHERHOOD et SANDERS, D., The Friendly Care and Directing Hand of the Government; A Study of Government Trusteeship of Indians in Canada, Ottawa, 1977, 80 p.

RATELLE, M., Le "Two Row Wampum" ou Les voies parallèles, Québec, Ministère de l'Énergie et des Ressources, Direction des Affaires autochtones, 1992, 45 p.

REITER, R.A., The Fundamental Principles of Indian Law, vol. I, part IV: The Crown's Fiduciary Obligation to Indians, Edmonton,

First Nation Resource Council, 1990.

REITER, R.A., Indian Finance Law: Alternative Mechanisms and Strategies for Financing Reserve Public and Private Ventures, Edmonton, First Nations Resource Council, 1991.

SHORTT, A. et DOUGHTY, A.G., Documents Relating to the Constitutional History of Canada 1759-1791, Part I, Ottawa, Canadian Archives, 1918, 1084 p.

SLATTERY, B., The land rights of indigenous canadian people, as affected by the Crown's acquisition of their territories, Ph.D. thesis, University of Oxford, 1979, 478 p.

SMITH, J.H., Appeals to the Privy Council from the American Plantations, New York, Columbia University Press, 1950, 770 p.

STAGG, J., Anglo-Indian relations in North America to 1763 an analysis of the Royal Proclamation of 7 October 1763, Ottawa, Research Branch Indian and Northern Affairs Canada, 1981, 418 p.

TYLER, K.J., Custom and Common Law vol. 1, Joint Canada - Saskatchewan, FSIN Studies, 1985, 112 p.

WATERS, D.M.W., Law of Trusts in Canada, Toronto, Carswell, 1974, 1070 p.

WOODWARD, J., Native Law, Toronto, Carswell, 1989.

## II - RAPPORTS ET DOCUMENTS GOUVERNEMENTAUX:

AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADA, La politique indienne du gouvernement du Canada, 25 juin 1969.

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, chapitre I, 19 juillet 1990

BEAUDOIN, G. et DOBBIE, D., Un Canada renouvelé - Rapport du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des Communes, le 28 février 1992.

CANADA, Comprehensive Land Claim Umbrella Final Agreement Between the Government of Canada, the Council for Yukon Indians and the Government of Yukon, 31 mars 1990.

CANADA, Comprehensive Land Claim Agreement Between Canada and the Dene Nation and the Metis Association of the Northwest Territories, 9 avril 1990.

CANADA, Journals of the Legislative Assembly of the Province of Canada, App. E.E.E., art. 1 (20 mars 1844-45).

CANADA, Rapport du consensus sur la Constitution, Charlottetown, 28 août 1992, partie IV.

CHAMBERS, R.P., 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, 1975.

CHAMBRE DES COMMUNES DU CANADA, L'autonomie politique des Indiens au Canada - rapport du comité spécial, Ottawa, 1983.

Commission royale sur les peuples autochtones, Le droit à l'autonomie gouvernementale des autochtones et la Constitution: Commentaire, Ottawa, 1992.

## III - ARTICLES DE REVUES:

ANDRESS, J.L. and FALKOWSKI, J.E., "Self-Determination: Indians and the United Nations - The Anomalous Status of America's «Domestic Dependant Nations»", (1980) 8 Am. Ind. L.R. 97-116.

BARKIN, I., "Aboriginal Rights: A Shell Without the Filling", (1990) 15 Queen's L.J. 307-325.

BARTLETT, R., "You Can't Trust the Crown: The fiduciary obligation of the Crown to the Indians: Guerin v. The Queen", (1984-85) 49 Sask. L.R. 367-374.

BARTLETT, R., "The Fiduciary Obligation of the Crown to the Indians", (1989) 53 Sask. L.R. 301-325.

BARTLETT, R.H., "The Landmark Case on Aboriginal Title in Australia: MABO v. STATE OF QUEENSLAND", [1992] 3 C.N.L.R. 4-19.

BERNIER, C., "La négociation de l'autonomie politique des Autochtones du Québec et le droit international", (1984) 1 R.Q.D.I. 359-372.

BINNIE, W.I.C., "The Sparrow Doctrine: Beginning of the End or End of the Beginning", (1990) 15 Queen's L.J. 217-253.

CARTER, N.C., "Race and Power Politics as Aspects of Federal Guardianship over American Indians: Land-Relation Cases, 1887-1924", (1976) 4 Am. Ind. L.R. 197-248.

CHAMBERS, R.P., "Judicial Enforcement of the Federal Trust Responsibility to Indians", (1975) 27 Stan. L.R., 1213-1248.

CLINEBELL & THOMPSON, "Sovereignty and Self-Determination: The Rights of Native Americans under International Law", 27 Buff. L.R. 669-708.

GAUTREAU, J.R.M., "Demystifying the Fiduciary Mystique", (1989) Can. Bar Rev. 1-29.

GRAMOND, S., "La protection constitutionnelle des droits ancestraux des peuples autochtones et l'arrêt Sparrow", (1991) 36 McGill L.J. 1382-1415.

GRANT, P.R., "Case Comment: Recognition of Traditional Law in Child Custody Applications: Wilson v. Wilson, (B.S.S.C.), June 6, 1991", [1991] 4 C.N.L.R. 1-2.

- GREEN, J.D. and WORK, S., "Comment: Inherent Indian Sovereignty", (1976) 4 Am. Ind. L.R. 311-342.
- GREEN, L.C., "Trusteeship and Canada's Indians", (1976) 3 Dalhousie L.J., 104-135.
- GREEN, L.C., "Aboriginal People, International Law, and the Canadian Charter of Rights and Freedoms" (1983), 61 Can. Bar Rev. 341-353.
- GROSS, W.T., "Tribal Resources: Federal Trust Responsibility: United States Energy Development Versus Trust Responsibilities to Indian Tribes", (1981) 9 Am. Ind. L.R. 309-343.
- HAWKES (éd.), Aboriginal Peoples and Government Responsibility, Ottawa, Carleton University Press, 1989.
- HUGHES, R.W., "Can the Trustee be Sued for its Breach? The Sad Saga of United State v. Mitchell", (1981) 26 South Dak. L.R. 447-493.
- HURLEY, J., "The Crown's Fiduciary Duty and Indian Title: Guerin v. The Queen", (1985) 30 McGill L.J. 559-602.
- JOHNSTON, D.M., "A theory of Crown trust towards aboriginal peoples" (1986) Ott. L.R. 307-322.
- LAMBERT, G.M., "Indian Breach of Trust Suits: Partial Justice in the Court of the Conqueror", (1980) 33 Rutgers L.R. 502-537.
- MASON, M.D., "Canadian and United States Approaches to Indian Sovereignty", (1983) 21 Osgoode Hall L.J. 422-474.
- MORSE, B.W., "Indian and Inuit Family Law and the Canadian Legal System", (1980) 8 Am. Ind. Law Rev. 199-238.
- MACKLEM, P., "First Nations Self-Government and the Borders of the Canadian Legal Imagination", (1991) 36 McGill L.J. 382-456.
- McMURTRY, W.R. et PRATT, A., "Indians and the Fiduciary Concept, Self-Government and the Constitution: Guerin in Perspective," [1986] 3 C.N.L.R. 19-46.
- NAKATSURU, S., "A Constitutional Right of Indian Self-Government", (1985) 43 U.T. Fac. L.R. 72-99.
- NARVEY, K.M., "The Royal Proclamation of 7 October 1763, the common, and native rights to land within the territory granted to the Hudson's Bay Company", (1974) 38 Sask. L.R. 123-233.
- NEWTON, N.J., "Enforcing the Federal-Indian Trust Relationship after Mitchell", (1981) 31 Cath. U.L.R. 635-683.

PENTNEY, W., "The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the Constitution Act, 1982 - Part II - Section 35: the Substantive Guarantee", (1988) 22 U.B.C.L. Rev. 207-278.

PRATT, A., "Federalism in the era of aboriginal self-government" et Brad MORSE, "Government obligations, aboriginal peoples and section 91(24) of the Constitution Act, 1867" dans David C.

PRATT, A., "Aboriginal Self-Government and the Crown's Fiduciary Duty: Squaring the Circle or Completing the Circle?", (1992) 2 N.J.C.L. 163-195.

REYNOLDS, J.I. and HARVEY, L.F., "The Fiduciary Obligation of the United States and Canadian Governments Towards Indian Peoples", 1985) THE CONTINUING LEGAL EDUCATION SOCIETY OF BRITISH COLUMBIA, Indians and the Law II, 1.1-1.1.40.

SLATTERY, B., "The Independence of Canada", (1983), 5 Sup. Ct. L.R. 369-404..

SLATTERY, B., "Understanding Aboriginal Rights", (1987) 66 Can. Bar Rev. 727-783.

SLATTERY, B., "First Nations and the Constitution: A question of trust" (1992) 71 Can. Bar. Rev. 261-293.

THE EDITORS, "Crown's Fiduciary Obligation Towards Native Peoples", (1985) 1 Adm. L.J., 49-53.

ZLOTKIN, N.K., "Judicial Recognition of Aboriginal Customary Law in Canada", (1984) 4 C.N.L.R. 1-17.

Article non signé: "Rethinking the Trust Doctrine in Federal Indian Law", (1984) 98 Harv. L.R., 422.

TABLE DE JURISPRUDENCE

- A.G. of Canada v. Giroux (1916), 53 S.C.R. 172.
- A.G. of Ontario v. Bear Island Foundation (1984), 49 O.R. (2d) 353 (HC); (1989) 68 O.R. (2d) 394 (C.A.); [1991] 2 R.C.S. 570.
- A.G. of Quebec v. A.G. of Canada, [1921] 1 A.C. 401.
- Apsassin c. Canada, [1988] 3 C.F. 20 (Cour fédérale de première instance); no. A-1240-87, 9 février 1993 (Cour d'appel fédérale).
- Baker Lake c. Le Ministre des Affaires Indiennes et du Nord Canada, [1980] 1 C.F. 518.
- C.K. and E.K. v. C.E., [1986] 2 C.N.L.R. 187 (Alta. Q.B.).
- C.P. c. Paul, [1988] 2 R.C.S. 654.
- Calder c. P.G. Colombie-Britannique, [1973] R.C.S. 313.
- Campbell v. Hall (1774), 98 E.R. 848.
- Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co., [1991] 3 R.C.S. 534.
- Cherokee Nation v. State of Georgia, 5 Peters 1 (1831).
- Commissioner of Indian Lands of Lower Canada v. Payant, (1856) 8 R.J.Q. 29; SLATTERY, C.N.L.C. vol. I, 66.
- Connolly v. Woolrich (1867), 11 L.C.J. 197.
- Decontie c. La Reine, [1989] R.J.Q. 1893 (C.S. Qué.).
- Deer v. Okpik, [1980] 4 C.N.L.R. 93 (C.S. Qué.).
- Delgamuukw v. B.C., [1991] 3 W.W.R. 97.
- Dick c. La Reine, [1985] 2 R.C.S. 309.
- Duro v. Reina, 495 U.S. 676 (1990).
- Eastmain c. Gilpin, [1987] R.J.Q. 1637.
- Easterbrook v. The King, [1931] S.C.R. 210.
- Ex parte Cote (1972), 5 C.C.C.(2d) 49 (Sask. C.A.).

- Fegan v. McLean, (1869) 29 U.C.Q.B. 202; SLATTERY, C.N.L.C. vol. I, 253.
- Frame c. Smith, [1987] 2 R.C.S. 99.
- Goldex Mines Ltd. v. Revill (1974), 7 O.R. 216 (Ont. C.A.).
- Guerin, Dreaver et al. v. The King, SLATTERY, C.N.L.C. vol. 5, 92 (1935 Cour de l'Échiquier).
- Guerin c. La Reine, [1984] 2 R.C.S. 335.
- Isaac et al. v. Davey et al., [1973] 3 O.R. 677 (H.C.); (1975) 5 O.R. (2d) 610 (C.A. Ont.).
- Jack and Charlie c. La Reine, [1985] 2 R.C.S. 332.
- Jackson v. Goodel, 20 Johns 193 (S. Ct. of Judicature 1823).
- Johnson and Graham's Lessee v. McIntosh, 8 Wheaton 543 (1823).
- Johnstone et al. c. Connolly (1869), 1 R.L.O.S. 253 (C.A. Qué).
- Jones v. Meehan, 175 U.S. 1 (1899).
- Kinloch v. Secretary of State for Indian in Council (1882), 7 A.C. 619.
- Kruger v. The Queen, [1982] 1 C.N.L.R. 50, 125 D.L.R. (3d) 513 (Cour fédérale de première instance) et [1986] 1 C.F. 3 (Cour d'appel fédérale).
- Kruger c. La Reine, [1978] 1 R.C.S. 104.
- Lac Minerals Ltd c. International Corona Resources Ltd., [1989] 2 R.C.S. 574.
- Laskin v. Bache & Co. Inc. (1971), 23 D.L.R. (3d) 385 (Ont. C.A.).
- Logan v. Styres (1959), 20 D.L.R. (2d) 416 (Ont. H.C.).
- Lone Wolf v. Hitchcock, 187 U.S. 553 (1903).
- M.(K.) v. M.(H.), 142 N.R. 321.
- Mabo et ors. v. State of Queensland (no. 2) (1992), 175 C.L.R. 1 (High Court of Australia).
- Manchester Band of Pomo Indians Inc. v. U.S., 363 Fed. Supp. 1238 (N.D. Cal. 1973).

- Menominee Tribe v. U.S., 101 Ct.Cl. 10 (1944).
- Michell v. Denis and Dennis, [1984] 2 C.N.L.R. 91 (B.C.S.C.).
- Miller v. The King, [1950] S.C.R. 168.
- Mitchell c. Peguis, [1990] 2 R.C.S. 85.
- Mohegan Indians v. Connecticut
- Morton, Secretary of the Interior & al. c. Mancari & al., 417 U.S. 535 (1974).
- Mutchmore v. Davis (1868), 14 Gr. 346; SLATTERY, C.N.L.C. vol. I, 309.
- Navajo Tribe of Indians v. U.S., 364 Fed. (2nd) 320 (U.S. Ct of Claim 1966).
- Nevada v. United States, 103 S.Ct. 2906 (1983).
- Nowegijick c. La Reine, [1983] 1 R.C.S. 29.
- Oliphant v. Squamish Indian Tribe et al., 435 U.S. 191 (1978).
- P.G. du Canada c. Grand Chief Matthew Coon Come, [1991] R.J.Q. 922 (C.A. Qué.).
- P.G. du Québec c. La Bande d'Eastmain et al., A-1071-91, 20 novembre 1992 (C.A. fédérale).
- Pyramid Lake Paiute Tribe of Indians v. Morton, 354 F. Supp. 252 (U.S. District Court 1973).
- R. v. Arcand (1989), 65 Alta L.R. (2d) 326 (Q.B.).
- R. v. Bear's Shin Bone, (1899) 4 Terr. L.R. 173 (N.W.T.S.C.).
- R. c. Côté et als., [1988] R.J.Q. 1969 (C.P. Qué.).
- R. v. Derriksan (1977), 71 D.L.R. (3d) 159.
- R. v. Flett (1990), 60 Man. R. (2d) 294 (Q.B.); (1991) 68 Man. R. (2d) 159.
- R. c. Georges, [1966] R.C.S. 267.
- R. c. Horseman, [1990] 1 R.C.S. 901.
- R. v. McMaster, [1926] Ex. C.R. 68.

- R. v. Secretary of State for Foreign & Commonwealth Affairs,  
[1982] 2 All E.R. 118.
- R. c. Sioui, [1990] 1 R.S.C. 1025.
- R. c. Sparrow, [1990] 1 R.C.S. 1075.
- R. c. Elizabeth Vincent, C.A. Ontario C8006, 22 janvier 1993.
- R. v. Wesley, [1932] 2 W.W.R. 337 (Alberta Supreme Court,  
Appellate Division).
- Re: Beaulieu's Petition, (1969) 67 W.W.R. 669 (N.W.T. Terr. Ct).
- Re: Deborah, (1972) 5 W.W.R. 203 (N.W.T.C.A.).
- Re: Kane, [1940] 1 D.L.R. 390 (N.S. County Ct.).
- Re: Katie's Adoption Petition (1961), 38 W.W.R. 100 (N.W.T.  
Terr. Ct).
- R. v. Nan-E-Quis-A-Ka (1889), 1 Terr. L.R. 211 (N.W.T.C.A.).
- Re: Noah Estate (1961), 2 D.L.R. (2d) 185 (N.W.T.Terr. Ct).
- Re: Tagornak Adoption Petition, [1984] 1 C.N.L.R. 185  
(N.W.T.S.C).
- Re: Wah-Shee (1975), 57 D.L.R.(3d) 743 (N.W.T.S.C.).
- Regina ex rel. Gill v. White, SLATTERY, C.N.L.C. vol. 2, 565  
(Ontario Chambers 1870).
- Rex v. Morley, [1932] 4 D.L.R. 483.
- Robb v. Robb (1891), 20 O.R. 591 (Ont. Q.B.).
- Seminole Nation v. U.S., 316 U.S. 286 (1941).
- Sero v. Gault (1921), 50 O.L.R. 27.
- Sheldon v. Ramsay (1852), 9 U.C.R. 105.
- Simon c. La Reine, [1985] 2 R.C.S. 387.
- Stuart v. Bowman (1852), 2 L.C.R. 369 (Mont. S.C.); (1853) 3  
L.C.R. 309 (Q.B.).
- St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Limited v. The King,  
[1950] S.C.R. 211.

St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen (1887), 13 S.C.R. 577.

St-Catherine's Milling & Lumber Co. v. The King (1887), 14 A.C. 46.

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

Totten v. Watson (1858), 15 U.C.Q.B. 393.

U.S. v. Creek Nation, 295 U.S. 103 (1935).

U.S. v. Mitchell & al. II, 463 U.S. 206 (1983).

United States v. Kagama, 118 U.S. 375 (1886).

United States, as guardian of the Walapai Indians of Arizona v. Santa Fe Pacific Railroad Co., 314 U.S. 339 (1941).

United States v. Wheeler, 435 U.S. 313 (1978).

Wilcox v. Wilcox (1858), 8 L.C.R. 34 (Q.B.).

Wilson v. Wilson (non rapportée, Cour suprême de la Colombie-Britannique, le 6 juin 1991).

Worcester v. State of Georgia, 6 Peters 515 (1832).

TABLE DE LÉGISLATION

Loi constitutionnelle de 1867, L.R.C. (1985), app. II, no. 5, arts 91(24) et 109.

Loi constitutionnelle de 1930, L.R.C. (1985), app. II, no. 26, arts 10 à 13.

Loi constitutionnelle de 1982, L.R.C. (1985), app. II, no. 44, arts 25 et 35.

Proclamation royale de 1763, L.R.C. (1985), app. II, no. 1.

Loi sur les Indiens, S.R.C. 1906, ch. 81.

Loi sur les Indiens, S.R.C. (1952), ch. 149.

Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, arts 2, 18 et 74 à 88.