

LA-2.1993-2639

2.2.

Partenaires au sein de la Confédération



Les peuples autochtones,
l'autonomie
gouvernementale
et la Constitution



Commission royale
sur les peuples autochtones



**ROYAL
COMMISSION ON
ABORIGINAL PEOPLES**

**COMMISSION ROYALE
SUR LES PEUPLES
AUTOCHTONES**

Co-Chairs

Coprésidents

René Dussault, j.c.a.
Georges Erasmus

René Dussault, j.c.a.
Georges Erasmus

Commissioners

Commissaires

Paul Chartrand
J. Peter Meekison
Viola Robinson
Mary Sillett
Bertha Wilson

Paul Chartrand
J. Peter Meekison
Viola Robinson
Mary Sillett
Bertha Wilson

SEP 24 1993

Partenaires au sein de la Confédération

Les peuples autochtones,
l'autonomie
gouvernementale
et la Constitution



**Commission royale
sur les peuples autochtones**

© Ministre des Approvisionnements et Services Canada 1993

En vente au Canada chez
votre libraire local
ou par la poste auprès du
Groupe Communication Canada – Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9

Données de catalogage avant publication (Canada)

Vedette principale au titre :

*Partenaires au sein de la Confédération : les peuples autochtones,
l'autonomie gouvernementale et la Constitution*

N° de cat. MAS Z1-1991/1-41-2F
ISBN 0-660-94284-4

1. Autochtones – Canada – Droit.
2. Autochtones – Canada – Politique et
gouvernement. I. Canada. Commission royale sur
les peuples autochtones. II. Titre : Les peuples
autochtones, l'autonomie gouvernementale et la
Constitution.

E92.P3714 1993 342.71'0872 C93-099633-X

Publié aussi en anglais sous le titre :
Partners in Confederation.



Groupe	Canada
Communication	Communication
Canada	Group
Édition	Publishing



Table des matières

Avant-propos	v
Introduction	1
Le statut originel des peuples autochtones	5
Les premiers rapports entre autochtones et Européens	10
La <i>Proclamation royale de 1763</i>	15
La doctrine des droits ancestraux	20
Le processus d'élaboration de la Constitution	22
La <i>Loi constitutionnelle de 1982</i> : un tournant	29
L'autonomie gouvernementale à titre de droit constitutionnel	31
Le caractère des droits gouvernementaux autochtones	36
La mise en oeuvre de l'autonomie gouvernementale	41
Les initiatives collectives	44
Les traités et ententes	46
L'action fédérale	49
Conclusion	51
Notes	52

Avant-propos



En février 1992, la Commission royale sur les peuples autochtones a publié un commentaire intitulé *Le droit à l'autonomie gouvernementale des autochtones et la Constitution*, dont l'objet était d'examiner les mesures de réforme constitutionnelle alors proposées en tant qu'elles influaient sur le droit des peuples autochtones de se gouverner eux-mêmes. Ce commentaire énonce un certain nombre de critères que doit respecter toute disposition constitutionnelle portant sur le droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale, et il examine plusieurs façons de consacrer expressément ce droit dans la Constitution.

Depuis, le processus de réforme constitutionnelle s'est enrayé et, à l'heure actuelle, une nouvelle série de négociations paraît peu probable. Cependant, on peut se demander s'il est vraiment nécessaire de modifier la Constitution pour que soit reconnu le droit inhérent des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale. Dans le présent document, la Commission royale examine si ce droit n'existerait pas déjà dans la Constitution du Canada. Elle en étudie les fondements historiques et juridiques, ainsi que les moyens de l'appliquer. Par la même occasion, elle brosse de la Constitution un tableau plus vaste et plus complet que celui qu'on nous présente souvent, puisqu'elle expose l'optique des peuples autochtones en même temps que celle des autres partenaires de la Confédération. Elle tient compte, comme il se doit d'ailleurs, de la longue évolution des traités et des autres rapports entre les peuples autochtones et la Couronne, et dégage les incidences modernes des principes fondamentaux qui sous-tendent ces rapports. Bien que la portion historique de ce document mette surtout l'accent sur les relations entre les premières nations indiennes et la Couronne, nous arriverions aux mêmes conclusions si nous examinions l'histoire des Inuit et des Métis en tant que peuples autochtones distincts.

Le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* garantit les droits existants, ancestraux ou issus de traités, des peuples autochtones du Canada. Comme nous le verrons plus loin, il existe de bonnes raisons de croire que cette disposition englobe un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale. Voilà une opinion lourde de conséquences pour les peuples autochtones, les gouvernements fédéral et provinciaux et le grand public. Elle mérite donc de faire l'objet d'un large débat public.

Le but du présent document est précisément d'amorcer ce débat. L'examen des fondements sur lesquels on peut asseoir le droit constitutionnel à l'autonomie gouvernementale favorisera, espérons-nous, une meilleure compréhension de cette question fondamentale et fournira matière à un dialogue intelligent. Cet examen permettra aussi, nous le souhaitons, de faire des progrès relativement à une question dont la résolution importe pour l'amélioration des rapports entre les peuples autochtones et le Canada.

Si les commissaires se penchent sur l'existence du droit des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale dans la Constitution du Canada, ce n'est pas qu'ils considèrent ce document comme la source unique de ce droit ou que la voie judiciaire est celle qu'ils privilégient comme moyen de l'énoncer. En effet, il existe d'autres sources possibles de ce droit, par exemple, le droit international, le droit naturel et les traités, ainsi que les lois, les constitutions et les croyances spirituelles des peuples autochtones; d'autres façons de formuler ce droit sont également à notre portée. Ce sont là autant de points qui, en eux-mêmes, méritent d'être examinés. Cependant, l'objet du présent document est uniquement d'aider à combler le vide laissé par l'échec du processus de réforme constitutionnelle et de relancer l'examen des possibilités d'autonomie gouvernementale qu'offre aux peuples autochtones la Constitution dans sa rédaction actuelle.



René Dussault, j.c.a.
coprésident



Georges Erasmus
coprésident

Introduction

 Il y a un peu plus de dix ans, la Constitution écrite du Canada a été modifiée de manière à reconnaître explicitement le statut spécial et les droits des peuples autochtones. Il est ainsi prévu, à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*¹, que les droits existants, ancestraux ou issus de traités, des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés. Cette disposition s'applique tout aussi bien aux Indiens et aux Inuit qu'aux Métis du Canada et garantit ces droits également aux hommes et aux femmes.

L'adoption de cet article fut un point tournant dans les relations entre les peuples autochtones et l'État canadien. Comme le mentionne la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Sparrow*², rendu en 1990 :

...le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* représente l'aboutissement d'une bataille longue et difficile à la fois dans l'arène politique et devant les tribunaux pour la reconnaissance de droits ancestraux. La forte représentation des associations autochtones et d'autres groupes soucieux du bien-être des peuples autochtones du Canada a rendu possible l'adoption du par. 35(1)³...

La Cour suprême ajoute que cette nouvelle disposition établit un fondement constitutionnel solide pour les négociations futures entre les peuples autochtones et les gouvernements du Canada. Ce paragraphe offre également aux autochtones une protection contre certains types de lois. Cependant, de l'avis de la Cour, l'importance de l'article 35 va au-delà de ces effets fondamentaux. Citant un article du professeur Noel Lyon de l'Université Queen, elle fait sienne l'opinion suivante :

[traduction]

...le contexte de l'année 1982 nous fournit assurément une indication suffisante qu'il ne s'agit pas d'une simple codification de la jurisprudence portant sur les droits ancestraux qui existait en 1982. L'article 35 exige un règlement équitable en faveur des peuples autochtones. Il écarte les anciennes règles du jeu en vertu desquelles Sa Majesté établissait des cours de justice auxquelles elle refusait le pouvoir de mettre en doute Ses revendications souveraines⁴.

La Cour suprême affirme que, si on considère les objectifs de l'article 35, il est évident qu'une interprétation «généreuse et libérale du texte de cette disposition» s'impose⁵. À son avis, un seul principe directeur général doit présider à l'interprétation de l'article 35, à savoir :

Les rapports entre le gouvernement et les autochtones sont de nature fiduciaire plutôt que contradictoire et la reconnaissance et la confirmation contemporaines des droits ancestraux doivent être définies en fonction de ces rapports historiques⁶.

L'article 35 venant tout juste d'être adopté, les observateurs ont noté que le droit des peuples autochtones de se gouverner eux-mêmes à l'intérieur du Canada pouvait être l'un des droits reconnus dans cet article. Dès 1983, le Comité spécial de la Chambre des communes sur l'autonomie politique des Indiens mentionnait dans son rapport (le rapport Penner⁷) que la reconnaissance dans la Constitution des droits ancestraux ou issus de traités peut avoir modifié la conception traditionnelle des pouvoirs gouvernementaux :

Si, comme beaucoup le prétendent, le droit à l'autonomie politique existe en tant que droit ancestral, les pouvoirs feront l'objet d'une réorganisation substantielle et les gouvernements indiens réclameront des pouvoirs législatifs dont ils sont implicitement investis mais pratiquement privés⁸.

Il est mentionné dans le rapport Penner que bien des témoins indiens qui ont comparu devant le Comité ont allégué que le droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale avait des fondements dans le droit canadien. Ainsi, une représentante de l'Association canadienne des avocats indiens, M^{me} Judy Sayers, invoquant la *Proclamation royale de 1763* et la *Loi constitutionnelle de 1982*, a conclu son témoignage en ces termes : «La législation et l'histoire contiennent les fondements du droit à l'autodétermination et à l'autonomie politique».

Devant cette possibilité, le comité Penner recommande que la Constitution soit modifiée de manière à reconnaître explicitement et à consacrer le droit à l'autonomie politique. De cette façon, affirme-t-il, les gouvernements indiens formeraient clairement un ordre distinct de gouvernement au Canada, leur compétence étant définie¹⁰

Au cours de la décennie suivante, on s'est employé à poursuivre la réforme constitutionnelle. Plusieurs séries de négociations intensives ont eu lieu entre les peuples autochtones et les gouvernements fédéral et provinciaux¹¹, l'un des principaux objectifs étant de faire reconnaître expressément, dans la Constitution, le droit à l'autonomie gouvernementale. Ces efforts ont abouti aux modifications détaillées proposées dans l'Accord de Charlottetown de 1992 à l'égard des autochtones¹². En dépit de la complexité de ces dispositions, l'une d'elles, toute simple, en constitue le noeud. On y énonce que les peuples autochtones du Canada possèdent un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale au sein du Canada.

L'échec de l'Accord de Charlottetown, à l'automne de 1992, a laissé sans solution une foule de questions. Malgré l'unanimité atteinte durant les négociations, les chances de modifications constitutionnelles dans ce domaine ne sont pas bonnes en ce moment. La voie de la réforme constitutionnelle, prometteuse au début des années 80, semble maintenant temporairement bloquée.

Aussi la question demeurée en suspens durant la dernière décennie retrouve-t-elle son importance capitale : est-il possible, en vertu de la Constitution actuelle, de mettre en oeuvre un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale sans amendement constitutionnel? De plus, peut-on mettre en oeuvre cette autonomie d'une manière qui réponde aux aspirations et aux préoccupations des divers groupes autochtones, dont les groupes de femmes, les nations signataires de traités et les organismes autochtones nationaux, tout en respectant les besoins des gouvernements fédéral et provinciaux et du grand public?

Pour répondre à ces questions, il est utile de rappeler les mesures précises qu'envisageait l'Accord de Charlottetown, et surtout, ce qu'il *n'envisageait pas*. Le projet de texte juridique du 9 octobre 1992 renferme la disposition suivante :

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

Comme on le voit dans cette disposition, il ne s'agit pas de créer un droit à l'autonomie gouvernementale ou de l'accorder aux peuples autochtones. On y affirme simplement que ces derniers «ont» ce droit, qui y est qualifié d'«inhérent». Ce paragraphe suppose donc que le droit à l'autonomie gouvernementale *existe déjà* de quelque manière. Son objet est simplement d'en confirmer l'existence et de le consacrer explicitement dans la Constitution.

Est-ce à juste titre qu'il a été reconnu dans l'Accord que le droit à l'autonomie gouvernementale existait déjà dans le droit canadien? C'est précisément là le sujet du présent document. En limitant ainsi le champ de l'étude au droit canadien, nous ne cherchons pas à écarter les autres sources du droit à l'autonomie gouvernementale, par exemple le droit international, le droit naturel ou les traités, ou encore les lois, les constitutions et les croyances spirituelles de groupes autochtones particuliers. Ces sources fournissent des moyens complémentaires d'atteindre l'objectif de l'autonomie gouvernementale et d'en arriver à saisir toute la richesse et la portée de ce droit. Nous espérons pouvoir examiner ces sources à d'autres occasions. Cependant, dans le présent document, nous concentrerons notre attention sur le

droit à l'autonomie gouvernementale dans le droit canadien, persuadés que c'est là un bon point de départ pour le débat plus approfondi qui s'impose.

Dans le premier chapitre, nous examinerons le statut originel des peuples autochtones et nous étudierons l'état de leurs rapports initiaux avec les Européens, la *Proclamation royale de 1763*, la doctrine des droits ancestraux et le processus de la Confédération. Dans le second chapitre, nous verrons quels sont les effets de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en examinant l'état actuel du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, le caractère et la portée de ce droit, ainsi que les moyens de le mettre en oeuvre.

Chapitre premier

Le statut originel des peuples autochtones

 Vers 1802, un jeune Québécois appelé William Connolly quitta son village, situé près de Montréal, pour aller chercher fortune dans l'Ouest en faisant la traite des fourrures pour le compte de la Compagnie du Nord-Ouest¹⁴. Environ un an plus tard, William épousa une jeune Crie dénommée Suzanne, dont les antécédents sont intéressants. Née d'une mère crie et d'un père canadien-français, Suzanne était la belle-fille d'un chef crie de Cumberland House, situé à l'ouest du lac Winnipeg¹⁵. Son union avec William fut conclue par consentement mutuel, selon le droit crie, et un cadeau fut probablement remis au beau-père de Suzanne. Le mariage ne fut jamais célébré par un prêtre ni par un ministre, ce qui était souvent le cas à l'époque chez les gens qui se livraient à la traite des fourrures.

William et Suzanne vécurent heureux pendant près de trente ans et eurent six enfants, dont, soit dit en passant, une fille qui allait devenir lady Amelia Douglas, épouse du premier gouverneur de la Colombie-Britannique. William Connolly est devenu prospère grâce à la traite des fourrures. Un contemporain a dit de lui que c'était «vraiment un bon garçon et un excellent fils de la verte Érin». Lorsque la Compagnie du Nord-Ouest fusionna avec la Compagnie de la Baie d'Hudson, il conserva son titre de chef de poste principal (*chief trader*) et fut par la suite promu agent principal (*chief factor*).

En 1831, William abandonna la traite des fourrures dans l'Ouest et revint dans la région de Montréal accompagné de Suzanne et de plusieurs de leurs enfants. Peu de temps après, cependant, il décida de considérer son premier mariage comme non valide et épousa dans une cérémonie catholique sa riche petite-cousine, Julia Woolrich. Suzanne retourna par la suite dans l'Ouest avec ses enfants les plus jeunes et passa les dernières années de sa vie au couvent des Soeurs grises de Saint-Boniface,

entretenu par William et ensuite Julia. Lorsque William décéda, à la fin des années 1840, il légua tous ses biens à Julia et à leurs deux enfants, excluant Suzanne et ses enfants de la succession.

En 1862, plusieurs années après la mort de Suzanne, son fils aîné, John Connolly, réclama en justice à Julia Woolrich une part de la succession de son père. Cette cause célèbre, *Connolly v. Woolrich*, fut entendue par les tribunaux québécois et fit par la suite l'objet d'un appel devant le Conseil privé britannique avant de se régler par voie de transaction¹⁵. Les jugements rendus dans cette affaire éclairent admirablement bien le statut constitutionnel des peuples autochtones et leurs rapports avec les colons français et anglais.

Pour appuyer sa demande, John Connolly alléguait que le mariage entre sa mère et William Connolly était valide selon le droit cri et que le couple avait vécu en «communauté de biens», de sorte que chaque conjoint avait droit à la moitié des biens de la communauté. Lorsque William mourut, seule sa moitié des biens pouvait être léguée à Julia, l'autre échéant automatiquement à Suzanne, son épouse légitime. À la mort de cette dernière, ses enfants avaient le droit d'hériter de sa part de la succession, qui était entre les mains de Julia.

Donc, la première question que les tribunaux du Québec devaient trancher était celle de la validité du mariage cri qui avait uni Suzanne et William. L'avocat de Julia Woolrich plaida la non-validité. Il affirma que la *common law* anglaise s'appliquait dans le Nord-Ouest, en 1803, et que cette union n'était pas conforme aux exigences de ce régime. De plus, affirma-t-il dans une argumentation traduisant les pires préjugés de l'époque, le tribunal ne pouvait reconnaître les coutumes matrimoniales de [traduction] «peuplades non civilisées et païennes» comme validant l'union, même de deux autochtones, et encore moins d'une autochtone et d'un non-autochtone.

La Cour supérieure du Québec rejeta les arguments de Julia Woolrich, statuant que le mariage cri de Suzanne et William était valide et que leur fils aîné avait droit à sa juste part de la succession. La Cour du Banc de la Reine du Québec confirma cette décision en appel.

Le jugement rendu par le juge Monk de la Cour supérieure est particulièrement intéressant et mérite d'être examiné de plus près¹⁶. Celui-ci affirma qu'il était disposé, aux fins de la discussion, à supposer que les premiers commerçants européens venus s'installer dans le Nord-Ouest avaient apporté avec eux les lois qui leur étaient propres. Néanmoins, la région était déjà occupée par [traduction] «de nombreuses et puissantes tribus d'Indiens, par des peuples autochtones qui possédaient ces terres depuis longtemps». À supposer que le droit français ou anglais ait été introduit dans la région à une certaine époque, [traduction] «peut-on prétendre que les droits territoriaux, l'organisation politique, si rudimentaire fût-elle, ou les lois et usages des tribus indiennes étaient abrogés, qu'ils ont cessé d'exister lorsque ces deux nations européennes ont commencé à faire du commerce avec les occupants autochtones?» Répondant à sa propre question par la négative, le juge Monk s'exprima en ces termes : [traduction] «À mon avis, il n'y a pas l'ombre d'un doute qu'ils n'ont pas été

abolis, qu'au contraire ils sont demeurés pleinement en vigueur et n'ont subi pas même le moindre changement, en ce qui concerne les droits civils des autochtones¹⁷».

Le juge Monk étaya sa conclusion d'une longue citation tirée de l'arrêt historique *Worcester v. Georgia*¹⁸ rendu en 1832 par la Cour suprême des États-Unis présidée par le juge en chef Marshall. La citation étant trop longue pour être reproduite ici en entier, nous nous bornerons à en rappeler le dernier paragraphe où sont reprises les principales idées. Décrivant la politique suivie par la Couronne britannique en Amérique avant la guerre de l'Indépendance américaine, le juge Marshall affirme ce qui suit :

[traduction]

Il est certain que notre histoire, depuis la colonisation de notre pays, ne fournit aucun cas où la Couronne aurait tenté de s'ingérer dans les affaires internes des Indiens, si ce n'est pour tenir à distance les agents des puissances étrangères qui, en tant que commerçants ou à d'autres titres, auraient pu les convaincre de conclure des alliances avec des pays étrangers. Le Roi acheta leurs terres s'ils consentaient à les céder, et cela, au prix qu'ils voulaient bien accepter; cependant, il ne les a jamais forcés à le faire. *Il acheta également au moyen de subsides, leur adhésion à des alliances ainsi que leur dépendance, mais il ne s'est jamais ingéré dans leurs affaires internes ni ne s'est immiscé dans leur gouvernement autonome, dans la mesure où seuls les Indiens eux-mêmes étaient concernés*¹⁹. (C'est le juge Monk qui souligne.)

D'après ce passage, la Couronne britannique ne s'est pas ingérée dans les affaires internes des Indiens qui étaient ses alliés ou sous sa dépendance, de sorte que ceux-ci demeuraient autonomes à cet égard. Faisant sien ce point de vue, le juge Monk a dit n'hésiter nullement à statuer que [traduction] «les droits politiques et territoriaux des Indiens, leurs lois et leurs usages demeuraient pleinement en vigueur» dans le Nord-Ouest à l'époque considérée²⁰. En résumé, donc, cette décision dépeint les peuples autochtones comme des nations autonomes qui s'étaient placées sous la protection de la Couronne, conservant leurs droits territoriaux, leurs organisations politiques et leur droit coutumier.

Plusieurs enseignements sont à tirer de l'affaire *Connolly v. Woolrich*. Tout d'abord, les sources du droit et du pouvoir sont au Canada plus diverses qu'on ne le suppose parfois. Elles comprennent, outre l'éventail normal des sources euro-canadiennes, le droit coutumier et les régimes politiques des peuples autochtones. En deuxième lieu, l'histoire du Canada a souvent été caractérisée au début par des rapports étroits et relativement harmonieux entre les autochtones et les nouveaux venus. La traite des fourrures, qui a occupé une place importante dans l'économie de la jeune colonie canadienne, reposait sur des alliances de vieille date entre les négociants européens en fourrures et les chasseurs et négociants autochtones. Sur le plan personnel, ces alliances ont donné naissance à des gens de souches multiples qui s'assimilaient parfois à des groupes existants mais qui, dans d'autres cas, formaient des communautés

socio-politiques distinctes, comme celle des Métis de la rivière Rouge. Nous apprenons en troisième lieu qu'à un certain stade, les nouveaux venus ont parfois trouvé commode d'oublier leurs pactes et alliances initiaux avec les peuples autochtones, et de former des communautés qui excluaient ces derniers et supprimaient toutes racines locales. En dernier lieu, nous apprenons qu'en dépit de ces efforts, les tribunaux ont périodiquement confirmé les rapports initiaux entre nouveaux venus et peuples autochtones, et fait respecter les droits en découlant. L'un de ceux-ci est le droit des peuples autochtones de conduire leurs affaires suivant leurs propres lois, à l'intérieur du cadre constitutionnel plus vaste les rattachant à la Couronne²¹

La décision rendue dans l'affaire *Connolly v. Woolrich* tranche donc avec l'impression répandue que les peuples autochtones ne possèdent aucun droit général de se gouverner eux-mêmes. On croit souvent que tous les pouvoirs gouvernementaux au Canada émanent de la Couronne et sont conférés au Parlement du Canada et aux législatures provinciales, tel qu'énoncé dans les *Lois constitutionnelles* – lois fondamentales qui constituent les assises de notre constitution écrite. Dans cette perspective, puisque les *Lois constitutionnelles* ne reconnaissent pas expressément l'existence des gouvernements autochtones, les seuls pouvoirs de gouverner que détiennent les autochtones sont ceux que leur délèguent le Parlement fédéral ou les législatures provinciales, aux termes de lois telles la *Loi sur les Indiens*²², adoptée par le fédéral, ou la *Metis Settlements Act*²³ de l'Alberta.

Or, cela suppose que toute règle de droit digne de ce nom se trouve dans des lois ou dans d'autres textes légaux. Selon ce point de vue, si un droit n'y a pas été consacré, il ne constitue pas une garantie juridique : il s'agit tout au plus d'un droit moral ou politique dépourvu d'existence juridique et donc impossible à faire respecter par les tribunaux ordinaires. Comme les *Lois constitutionnelles* ne prévoient pas explicitement de droit autochtone à l'autonomie gouvernementale, un tel droit n'existe pas suivant les règles du droit canadien.

Cependant, ce point de vue néglige d'importants aspects de notre régime juridique. En réalité, les règles du droit canadien procèdent de sources très diverses, à la fois écrites et non écrites, législatives et coutumières. Ainsi, il est reconnu depuis longtemps que la constitution écrite est fondée sur des principes fondamentaux non écrits qui en régissent le statut et l'interprétation²⁴. Au Québec, les lois générales applicables aux affaires privées des citoyens tirent leur origine en grande partie d'un ensemble de lois coutumières françaises, la Coutume de Paris, qui ont été introduites au Canada au XVII^e siècle et consignées dans le *Code civil du Bas-Canada* en 1866²⁵. Dans les autres provinces, le régime de droit privé général repose sur la *common law* anglaise, qui est un ensemble de règles de droit non écrites appliquées par les tribunaux et remontant au moyen âge²⁶. La *common law* anglaise n'a jamais été énoncée sous forme de lois, si ce n'est de façon partielle et fragmentaire. Au fil des ans, elle est devenue un instrument juridique souple, susceptible d'adaptation par les tribunaux de manière à tenir compte de circonstances nouvelles et de conditions sociales changeantes.

Étant donné les sources multiples des règles de droit et des droits au Canada, il n'est guère surprenant de voir que les tribunaux canadiens ont reconnu l'existence d'un

ensemble particulier de «droits ancestraux». Ceux-ci reposent non pas sur des textes écrits comme les lois, mais sur des sources non écrites comme la coutume et les usages anciens. Ainsi, dans l'affaire *Sparrow*, la Cour suprême du Canada a reconnu le droit de pêche ancestral des Musqueams en se fondant sur la preuve «que les Musqueams vivaient dans la région comme société organisée bien avant la venue des colons européens et que la prise du saumon faisait partie intégrante de leur vie et le demeure encore aujourd'hui²⁷». La Cour a en outre statué que les règlements gouvernementaux applicables au droit ancestral des Musqueams de pêcher ne sauraient être déterminants quant au contenu et à la portée de ce droit²⁸.

Les droits ancestraux comprennent les droits territoriaux, les droits de pêcher et de chasser, des droits linguistiques, culturels et religieux particuliers et les droits détenus aux termes des régimes coutumiers de droit autochtone. Comme nous le verrons plus loin, il y a de bonnes raisons de croire qu'ils englobent aussi le droit à l'autonomie gouvernementale. Voici ce que déclarait à ce sujet en 1983 John Amagoalik, au nom du Comité inuit sur les affaires nationales :

[traduction]

Notre position est que les droits ancestraux, le titre des autochtones afférent aux terres, à l'eau et aux glaces marines découlent des droits ancestraux, et que tous les droits de pratiquer nos coutumes et nos traditions, de conserver et de développer nos langues et nos cultures, ainsi que les droits à l'autonomie gouvernementale, toutes ces choses tiennent au fait que nous possédons des droits ancestraux [...] À notre avis, ces derniers peuvent également être considérés comme des droits de la personne, car nous en avons besoin pour nous perpétuer à titre de peuples distincts au Canada²⁹.

Ces propos ont été repris par Clem Chartier, à titre de porte-parole du Ralliement national des Métis :

[traduction]

À notre avis, le titre ancestral ou le droit ancestral est celui qui confère la propriété collective des terres, des eaux et des ressources, tant renouvelables que non renouvelables. C'est un droit à l'autonomie gouvernementale, le droit de se gouverner soi-même avec ses propres institutions³⁰...

C'est dans cette même optique que l'Assemblée nationale du Québec a adopté en 1985 une résolution reconnaissant l'existence des droits ancestraux des peuples autochtones de la province et exhortant le gouvernement du Québec à conclure, avec les peuples autochtones qui le souhaitent, des ententes leur assurant l'exercice :

- a) du droit à l'autonomie au sein du Québec;
- b) du droit à leur culture, leur langue, leurs traditions;
- c) du droit de posséder et de contrôler des terres;
- d) du droit de chasser, pêcher, piéger, récolter et participer à la gestion des ressources fauniques;

- e) du droit de participer au développement économique du Québec et d'en bénéficier"...

La doctrine des droits ancestraux n'est pas une innovation récente des tribunaux, visant à réparer les injustices commises par le passé. C'est l'une des doctrines les plus anciennes et les plus vivaces du droit canadien. Elle se retrouve dans les nombreux traités de paix et d'amitié conclus aux XVII^e et XVIII^e siècles entre les peuples autochtones et les Couronnes française et britannique, dans la *Proclamation royale de 1763* et dans d'autres documents de la même période, dans les traités signés en Ontario, dans l'Ouest et dans le Nord-Ouest à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle, dans les nombreuses lois, y compris les plus anciennes, qui traitent des affaires autochtones et, source non la moindre, dans une série de décisions judiciaires échelonnées sur près de deux siècles. Il est impossible ici d'exposer en détail la genèse de la doctrine des droits ancestraux. Cependant, quelques rappels historiques fourniront peut-être une idée de ses origines lointaines et intéressantes, inconnues de la majorité des Canadiens.

Les premiers rapports entre autochtones et Européens

L'embryon de la doctrine des droits ancestraux a commencé à prendre forme dès les débuts de la colonie française. Ainsi, en 1603, le Roi de France délivra une commission royale au Sieur de Monts, lui conférant le pouvoir de le représenter à l'intérieur d'un immense territoire bordant la côte atlantique, depuis l'actuel New Jersey jusqu'à l'île du Cap-Breton, au nord, et s'étendant sur une distance indéfinie, vers l'ouest, entre les quarantième et quarante-sixième parallèles³¹. Dans ce document, le Roi ne cache pas ses ambitions impérialistes : il habilite de Monts à porter sa domination le plus loin possible à l'intérieur de ces limites et à soumettre les habitants des lieux. Néanmoins, il reconnaît en même temps la condition d'indépendance des peuples autochtones et leur capacité de conclure des traités de paix et d'amitié. Il donne donc les instructions suivantes à de Monts :

traiter & contracter à même effet paix, alliance & confederation, bonne amitié, correspondance & communication avec lesdits peuples & leurs Princes, ou autres ayans pouvoir & commandement sur eux...

D'après cette commission, les traités sont le principal moyen d'étendre l'influence du Roi en Amérique, et elle évoque la possibilité de former une «confédération» avec les peuples autochtones. Il est enjoint à de Monts de maintenir et de respecter ces traités scrupuleusement, à condition que les peuples autochtones et leurs dirigeants en fassent autant. Au cas où ils manqueraient aux obligations que leur imposent les traités, de Monts est autorisé à recourir aux armes, de façon à gagner à tout le moins suffisamment d'autorité sur les peuples autochtones pour permettre aux Français de s'établir dans leur voisinage et de commercer avec eux en paix et en toute sécurité.

Cette commission laisse clairement transparaître le thème de la colonisation au service du commerce, lequel occupe une place importante dans les efforts déployés par la France au Canada et explique dans une large mesure le caractère particulier des rapports de la France avec les peuples autochtones¹³. Pour assurer un commerce des pelleteries florissant, il fallait entretenir des liens étroits avec ces peuples, de façon à exclure les puissances commerciales rivales telles que la Hollande et l'Angleterre. Il fallait également que les peuples autochtones restent en possession de leurs terres pour y chasser et y piéger. Si l'on avait provoqué leur hostilité, les groupes autochtones seraient allés troquer leurs fourrures aux entrepôts hollandais et anglais, situés plus au sud; si on les avait chassés de leurs terres (à supposer que la chose fût même possible), le commerce aurait tout simplement pris fin.

La nature des rapports franco-autochtones ressort aussi d'un traité de paix conclu à Québec le 13 décembre 1665¹⁴. Les parties à ce traité représentaient quatre nations iroquoises (les Onondagas, les Cayugas, les Senecas et les Oneidas) et la Couronne française, en la personne du Seigneur de Tracy, lieutenant-général du Roi en Amérique du Nord et Amérique du Sud. Les textes de traités de ce genre doivent se lire avec prudence parce qu'ils ont habituellement été rédigés par les parties européennes et traduits seulement après coup en langues autochtones, avec une exactitude douteuse¹⁵. Le texte du traité de 1665 est fortement teinté par les attitudes et les ambitions françaises. Il est toutefois intéressant par ce qu'il révèle sur la manière dont les Français percevaient leurs rapports avec les peuples autochtones.

La première partie du texte dit que les rois français précédents s'étaient donné du mal et avaient fait des frais pour envoyer des gens découvrir de nouveaux territoires habités par des «Nations Sauvages». Cependant, ces entreprises avaient été si peu fructueuses que, jusqu'à récemment, l'étendard du Roi n'avait été porté à l'intérieur du territoire que jusqu'à l'île de Montréal. Néanmoins, sous le régime actuel, la voie menant au pays des Iroquois avait été ouverte et des Français y avaient été envoyés «tant pour y établir le nom de Christ, que pour y assujettir à la domination Française les Peuples Sauvages qui les habitent». L'objet de ce traité, y indique-t-on, était non pas de conclure une nouvelle paix mais simplement de raffermir celle qui existait déjà et qui permettait aux nations iroquoises de continuer de jouir de la même protection que celle que leur avait accordée jusque-là la Couronne française.

Dans le premier article du traité, les parties se pardonnent mutuellement les offenses passées, y compris celles commises contre les Iroquois par les Hurons ou les Algonquins. Elles prévoient ensuite que les nations iroquoises ne devront désormais plus déranger les Hurons et les Algonquins dans leur chasse, ni les harceler lorsqu'ils se déplacent pour aller commercer avec les Français, «Ledit Seigneur Roy déclarant dès à présent qu'il les tient tous, non seulement sous sa Protection, mais comme ses propres Sujets, s'estans une fois donnez à Sa Majesté à titre de sujettion & vasselage¹⁶». Les hostilités entre les Iroquois et les Hurons et les Algonquins devront prendre fin et ces nations vivront dans un climat d'amitié et d'aide mutuelle «sous la protection dudit Seigneur Roy». Globalement, ces dispositions évoquent l'image de plusieurs peuples autochtones distincts vivant en paix, sous la suzeraineté de la Couronne française, chacun dans son propre territoire.

Les articles suivants reconnaissent les droits territoriaux et gouvernementaux des parties autochtones. La Couronne de France s'engage à envoyer quelques familles françaises au sein des nations iroquoises «pour s'habituer dans leur País», à condition que ces dernières leur donnent des terres convenables pour y construire des cabanes et y planter du maïs, mais aussi qu'elles leur confèrent des droits communs de chasse et de pêche. En retour, les nations iroquoises acceptent d'envoyer chacune deux familles à Montréal, à Trois-Rivières et à Québec, où on leur donnera des champs et du maïs, ainsi que le privilège de chasser et de pêcher en commun. Ces dispositions reconnaissent le droit de propriété que détenaient les Iroquois sur leurs territoires, ainsi que leur pouvoir de concéder (ou non) des terres et des droits de chasse aux colons français. Le caractère réciproque de ces dispositions est révélateur. Il atténue les prétentions exagérées de la Couronne française, exposées dans les articles précédents, et les situe dans un contexte plus réaliste. Dans l'ensemble, le traité présente les peuples autochtones comme des nations autonomes qui se gouvernent elles-mêmes et qui ont la possession de leurs territoires, mais dans le cadre que constituent la suzeraineté et la protection de la Couronne française.

Naturellement, les peuples autochtones voyaient d'un autre oeil leurs rapports avec les Français. Même si cette perspective différait d'un peuple à l'autre, ils avaient généralement tendance à les ranger davantage dans la catégorie de l'amitié et de l'alliance que dans celle de la suzeraineté ou de la protection. Ainsi, en 1715, lorsque les Britanniques ont tenté de persuader les Micmacs de jurer allégeance à la Couronne britannique, au lendemain de la cession de l'Acadie par les Français, les Micmacs ont répondu que la Couronne française ne pouvait avoir cédé leurs droits puisqu'ils avaient toujours été un peuple indépendant, alliés et frères des Français¹⁹. De même, en 1752, les Abénakis ont fait savoir sans ambages à un représentant du gouverneur installé à Boston :

[traduction]

Nous sommes pleinement libres, alliés du Roi de France, qui nous a transmis la Foi et a pourvu de toutes sortes de manières à nos besoins; nous aimons ce monarque et c'est avec un attachement profond que nous veillons à ses intérêts²⁰.

Néanmoins, la réalité des rapports entretenus entre eux à cette époque par les autochtones et les Européens était remarquablement complexe et fluide, et elle était beaucoup plus ambiguë qu'aucune des deux parties n'avait habituellement tendance à le reconnaître²¹. Même si les Français souhaitaient affirmer une forme quelconque de suzeraineté sur leurs voisins les peuples autochtones, en pratique, ils devaient souvent se contenter de conclure avec eux des alliances ou de simplement obtenir leur neutralité. Par ailleurs, tandis que les peuples autochtones désiraient parfois faire valoir leur indépendance totale par rapport à la colonie française, dans les faits, ils devaient souvent compter sur le commerce avec les français et sur leur protection, et ils se voyaient de plus en plus dépassés par la puissance militaire européenne.

En règle générale, cependant, les observations faites par le juge Monk, dans l'arrêt *Connolly v. Woolrich*, ne semblent pas s'écarter tellement de la réalité. Ainsi,

analysant l'incidence que les colons et sociétés de négoce français ont eue sur les peuples autochtones, il tire la conclusion suivante :

[traduction]

Les entreprises et les opérations commerciales de ces compagnies et des colons français s'étendaient généralement sur de vastes régions du nord et de l'ouest du continent. On concluait des traités avec les tribus et les nations indiennes et faisait avec elles un commerce fructueux et étendu des pelleteries. Ni le gouvernement français ni aucun de ses colons ou associations de négoce n'a jamais tenté, dans le cadre de rapports maintenus sur plus de 200 ans, de miner ou de modifier les lois et les usages des tribus autochtones, sauf là où ils avaient constitué des colonies et des établissements permanents et, même alors, cela ne se faisait que par persuasion³³...

La ligne de conduite française consistant à gagner l'amitié des peuples autochtones et à conclure des alliances avec eux a été imitée, avec un peu moins de succès, par les colonies britanniques en pleine éclosion dans le Sud³⁴. Ces colonies auraient préféré être en mesure de dominer et de contrôler leurs voisins autochtones. Cependant, en pratique, elles devaient habituellement se contenter de s'en faire des partenaires dans la traite des fourrures et des alliés dans leur lutte contre la France. Donc, comme c'était le cas pour les Français, les traités constituaient un élément courant et important des rapports des Britanniques avec les peuples autochtones et ils étaient habituellement conclus suivant une variante du cérémonial autochtone.

Les usages britanniques et français comportaient une différence importante dans ce contexte. La colonie française s'était implantée le long des rives du Saint-Laurent, dans des régions faiblement peuplées par les autochtones au début, et le nombre de colons demeurait relativement restreint³⁵. Le besoin des Français d'obtenir des terres de leurs voisins autochtones n'était donc pas très grand. Par contre, dès les débuts, les colons britanniques se sont trouvés en concurrence directe avec les autochtones pour ce qui est de la possession des terres³⁶. Aux stades initiaux de la colonisation, ces conflits d'intérêts ont souvent provoqué des affrontements armés par suite desquels les peuples autochtones étaient dépossédés de force³⁷. Cependant, petit à petit, on a adopté pour ligne de conduite de recourir à des ententes en bonne et due forme³⁸ pour obtenir des occupants autochtones les terres nécessaires à l'établissement des colons. Aussi les traités comportant cession de terres sont-ils rapidement devenus monnaie courante dans les rapports entre Britanniques et autochtones. Par contre, semblables traités sont demeurés relativement rares dans le camp des Français, ce qui ne veut pas nécessairement dire, toutefois, que ceux-ci étaient moins disposés que les Britanniques à reconnaître les droits territoriaux des peuples autochtones³⁹.

Les rapports entre les colonies britanniques et les peuples autochtones étaient complexes et diversifiés et comportaient des éléments contradictoires et paradoxaux. Néanmoins, dès 1763, année de la cession de la Nouvelle-France à la Couronne britannique aux termes du Traité de Paris, les rapports anglo-autochtones s'étaient stabilisés au point qu'on pouvait les considérer comme fondés sur deux principes fondamentaux.

Le premier de ces principes voulait que les peuples autochtones fussent des entités politiques autonomes, capables d'entretenir avec la Couronne des rapports établis par voie de traité. Ce principe était reconnu dès les débuts de la colonisation britannique. Ainsi se retrouve-t-il, par exemple, dans la charte royale concédée en 1621 à sir William Alexander à l'égard de la baronnie de Nouvelle-Écosse. En dépit de l'ethnocentrisme, courant à cette époque, qui teinte cette charte, celle-ci qualifie les autochtones de peuples indépendants, capables de conclure des traités. Le Roi d'Angleterre enjoint à ses sujets [traduction] «de rechercher la paix et la tranquillité dans leurs rapports avec les occupants autochtones» et il confère à Alexander le pouvoir

[traduction]

d'établir la paix, l'amitié, un climat d'entraide et de bons rapports avec ces autochtones sauvages et avec leurs chefs, ainsi qu'avec tous les autres qui détiennent sur eux puissance et pouvoir, et de conclure avec eux des alliances et de tenir avec eux des réunions, ainsi que d'entretenir et de favoriser les rapports et les traités que les personnes susvisées établiront avec eux; à condition, par contre, que ces traités soient fidèlement respectés par ces barbares; et, s'ils ne le sont pas, de recourir aux armes pour ramener ces derniers à l'ordre⁴⁷...

L'expression de ce même principe se retrouve dans les instructions royales données au gouverneur de la Nouvelle-Écosse un siècle plus tard, en 1719 :

[traduction]

Et attendu que nous avons jugé hautement nécessaire pour notre service que vous cultiviez et entreteniez une amitié étroite et de bons rapports avec les Indiens qui habitent ladite province de Nouvelle-Écosse, et qu'ils soient petit à petit amenés non seulement à vivre en bon voisinage avec nos sujets, mais à devenir eux-mêmes de bons sujets de Notre Majesté, nous vous ordonnons donc, à votre arrivée en Nouvelle-Écosse, de faire venir les différents chefs desdites nations ou desdits clans indiens et de leur promettre amitié et protection de la part de Notre Majesté; vous leur remettrez aussi en Notre nom, à votre discrétion, des présents que vous apporterez d'ici à leur intention⁴⁸

Cette disposition continuera de s'appliquer, avec de légères variantes, au moins jusqu'à la fin des années 1770. Elle reconnaît le statut autonome des peuples indiens, organisés en «nations» ou «clans» coiffés par leurs propres dirigeants. Elle enjoint au gouverneur d'établir avec les nations indiennes des rapports propres à gagner leur amitié et propices à la négociation de traités. Cette dernière possibilité est expressément évoquée dans les instructions révisées qui ont été adressées au gouverneur de la Nouvelle-Écosse en 1749 et qui lui enjoignaient explicitement de conclure un traité avec les Indiens en leur promettant l'amitié et la protection de Sa Majesté⁴⁹.

Un second principe ressort de l'usage britannique. Il reconnaît que les peuples autochtones détenaient des droits sur les terres qu'ils possédaient tant qu'ils ne les avaient pas cédées. Ce principe a été formulé, par exemple, par les commissaires envoyés par le Roi en 1664 dans les colonies de Nouvelle-Angleterre et investis du pouvoir, par exemple, d'entendre les plaintes de mauvais traitements formulées par les Indiens⁵⁰. L'un des motifs de plainte relevés par les commissaires était une loi du Massachusetts prévoyant que les Indiens avaient un droit légitime sur les terres qu'ils possédaient dans la colonie, pourvu qu'ils les eussent améliorées en [traduction] «les soumettant⁵¹». Plusieurs passages de la Bible sont cités dans la loi pour étayer cette disposition, notamment Genèse 1:28 et 9:1, et Psaumes 115:16. En dépit du caractère de prévoyance qu'elle semblait présenter, cette loi donnait à entendre que le droit des Indiens ne serait reconnu qu'à l'égard des terres qu'ils avaient réellement cultivées ou autrement «améliorées». Selon ce critère, leurs territoires traditionnels de chasse et de pêche n'auraient pu bénéficier de cette protection.

Les commissaires royaux s'en prirent à cette disposition, affirmant qu'elle sous-entendait que les Indiens [traduction] «étaient dépossédés de leurs terres par les Saintes Écritures, ce qui pêche à la fois contre l'honneur de Dieu et contre la justice du Roi». Ils ont en outre fait eux-mêmes de l'exégèse biblique. Examinant le commandement bien connu de soumettre la terre, énoncé dans Genèse 1:28, ils déclarèrent en fait que le terme «soumettre» devait être interprété comme visant l'établissement d'une domination, plutôt que comme l'expression d'une obligation de cultiver la terre. Quant à Psaumes 115:16, où l'on peut lire que «la terre, il l'a donnée aux fils d'Adam», ils mentionnèrent de façon assez acerbe que l'expression «fils d'Adam» visait aussi bien les Indiens que les Anglais. En conclusion, ils réaffirmèrent le droit des peuples autochtones sur toutes leurs terres, «améliorées» ou «non améliorées», et firent cette observation générale [traduction] «il ne fait aucun doute que les terres leur appartiennent tant qu'ils ne les ont pas données ou vendues, même s'ils ne les ont pas améliorées⁵²».

La Proclamation royale de 1763

Lorsque la Nouvelle-France fut cédée à la Couronne britannique en 1763, la Grande-Bretagne dut faire face à la double difficulté de gagner l'amitié et la confiance des anciens alliés indiens de la France et d'apaiser l'insatisfaction croissante des siens propres⁵³. L'objectif principal de la politique britannique est énoncé dans une dépêche officielle envoyée en janvier 1763 par lord Egremont, secrétaire d'État au *Southern Office*, à sir Jeffrey Amherst, commandant en chef des forces britanniques en Amérique. Faisant allusion au risque d'une guerre avec les Indiens, Egremont affirme que le bon plaisir du Roi est

[traduction]

de se concilier l'affection des nations indiennes, par tout acte de stricte justice, en leur octroyant sa protection royale contre tout empiètement sur les terres qu'elles ont réservées pour elles-mêmes

comme territoires de chasse, comme moyen de subsistance et comme lieu d'habitation⁵⁴.

Il informe en outre Amherst qu'un plan visant à réaliser cet objectif est actuellement à l'étude.

Quelques mois plus tard, Egremont envoie au surintendant des Indiens du Sud et aux gouverneurs de plusieurs colonies une circulaire attirant leur attention sur le fait que le départ des Français et des Espagnols de la région alarmera sans doute les Indiens. Dans sa missive, il dit qu'il est nécessaire de gagner la confiance et la bonne volonté des Indiens et d'écartier l'idée fausse que les Anglais [traduction] «nourrissent le projet bien arrêté d'anéantir complètement la race indienne afin de s'approprier et d'exploiter leurs terres». Dans cette optique, Egremont ordonne à ses fonctionnaires de convoquer une réunion avec les chefs de toutes les grandes tribus du Sud de façon à faire clairement comprendre les bonnes intentions de la Grande-Bretagne et à leur promettre [traduction] «que nous veillerons sans cesse à leurs intérêts et [...] que nous serons en tout temps disposés à leur faire justice⁵⁵».

Quand éclata la célèbre «Guerre de Pontiac», qui balaya l'intérieur de l'Amérique durant l'été 1763, ces préoccupations s'accrochèrent. Finalement, le gouvernement britannique décida de lancer une proclamation royale énonçant au public ses politiques fondamentales à l'égard des nations indiennes et disposant à l'égard des territoires cédés récemment par la France et l'Espagne⁵⁶. Le juge Hall de la Cour suprême du Canada a dit de cette proclamation, datée du 7 octobre 1763, qu'elle était un ordre émanant du pouvoir exécutif et ayant la même force qu'une loi du Parlement, et qu'elle constituait la Déclaration des droits indiens. «Sa force de loi, affirme le juge Hall, est analogue au statut de la Magna Carta, qui a toujours été considérée comme étant la loi à travers l'Empire. Elle était une loi qui s'appliquait chaque fois que l'Angleterre prenait en main la souveraineté sur les terres ou territoires nouvellement découverts ou acquis⁵⁷.»

La *Proclamation royale de 1763* est un document complexe qui renferme plusieurs parties distinctes et de nombreuses subdivisions. Il faut se garder de tenter de la résumer en une seule phrase. L'une de ses parties principales est consacrée aux nations indiennes et une autre énonce la constitution fondamentale du Québec et de plusieurs autres colonies nouvelles; une autre encore délimite les frontières des colonies. Comme nous le verrons plus loin, cette structure complexe est un élément fondamental de la Proclamation et, à vrai dire, du cadre constitutionnel de l'ensemble de l'Amérique du Nord britannique.

L'esprit général de la partie de la Proclamation qui concerne les Indiens est énoncé dans un préambule qui porte :

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 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 chasse⁵⁸...

Dans ce passage, les nations indiennes sont présentées comme des entités politiques autonomes vivant sous la protection de la Couronne et conservant leurs pouvoirs politiques internes et leurs territoires. On ne pourra concéder ni s'approprier ceux-ci sans l'assentiment des Indiens. Ce préambule renferme donc les deux principes fondamentaux, formulés plus haut, qui présidaient aux rapports entre les Britanniques et les Indiens et qui étaient conformes aux usages de la Couronne française.

L'ensemble des considérations d'ordre stratégique et d'équité qui ont donné lieu à la Proclamation se trouvent reflétées dans un passage subséquent. Le Roi y fait allusion à «des fraudes et des abus» commis par le passé dans l'achat de terres aux Indiens, «au préjudice de Nos intérêts et au grand mécontentement de ces derniers [des Indiens]». Il exprime ensuite sa volonté ferme 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». À cette fin, le Roi interdit aux particuliers d'acheter des terres aux Indiens. Il prescrit en outre la procédure à suivre pour la cession volontaire des terres indiennes à la Couronne :

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...

Tout comme le préambule, ce passage suppose l'existence de peuples autochtones autonomes qui détiennent leurs terres sous la protection de la Grande-Bretagne et qui entretiennent des rapports avec la Couronne. Lorsqu'un de ces peuples est disposé à céder des terres à cette dernière, il doit convoquer une assemblée aux fins de traiter avec le gouverneur ou avec le commandant en chef de la colonie en cause. La cession doit s'effectuer par voie d'entente mutuelle ou de traité. Ce passage suppose que chaque peuple indien dispose d'une structure politique interne qui lui permet de prendre en assemblée des décisions ayant force exécutoire. Cependant, la Proclamation n'énonce aucune procédure précise à suivre, ni le degré nécessaire d'assentiment. On peut donc supposer que c'était là une question dont le règlement devait être régi par les lois du peuple autochtone concerné ou par les pratiques élaborées dans le cadre des rapports entre Britanniques et autochtones.

En un mot, la Proclamation présente les peuples autochtones comme des entités politiques autonomes vivant sous la protection de la Couronne, détenant des pouvoirs inhérents sur leurs affaires internes et investies du pouvoir de conclure avec elle des traités ou ententes. Elle prête un caractère généralement «confédéral» aux liens entre les peuples autochtones et la Couronne.

La Couronne n'a pas eu avec les peuples autochtones les mêmes rapports qu'avec ses colonies. Cette différence se perçoit dans la structure de la Proclamation. Une autre partie de ce document contient des dispositions constitutionnelles touchant le Québec et trois autres colonies nouvelles⁵⁹ Elle commence par le préambule suivant :

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 habitent comme de ceux qui habiteront ces nouveaux gouvernements...

À cette fin, le Roi ordonne aux gouverneurs des colonies de convoquer des assemblées représentatives dès que les circonstances le permettront. Les gouverneurs et leurs conseils et assemblées, sont habilités à adopter des lois «pour assurer la paix publique, le bon ordre ainsi que le bon gouvernement» des colonies. Ce dernier membre de phrase (ou quelque variante de celui-ci) se retrouvait couramment dans les concessions faites aux colonies et, en l'absence de restrictions, il était considéré comme attributif de vastes pouvoirs législatifs⁶¹. Plus loin dans la Proclamation, il est prévu que, dans l'intervalle et jusqu'à ce que des assemblées représentatives puissent être convoquées, les habitants des 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, les gouverneurs ont le pouvoir d'établir des cours de justice publique «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».

Ces dispositions établissent le cadre constitutionnel fondamental du Québec. Elles ne vont pas à l'encontre des dispositions distinctes ayant trait aux peuples autochtones. Au contraire, la division de la Proclamation en différentes parties reflète la pratique établie suivant laquelle les peuples autochtones étaient traités comme des entités distinctes, dotées de constitutions et lois internes qui différaient de celles des colonies et ayant des rapports particuliers avec la Couronne par l'entremise de ses représentants locaux.

Cet état de choses se reflète dans les instructions royales envoyées quelques mois plus tard, en décembre 1763⁶¹, au gouverneur du Québec. Le Roi s'y exprime en ces termes :

Et attendu que Notre province de Québec est en partie habitée et possédée par plusieurs nations et tribus de sauvages avec lesquels il est à la fois nécessaire et opportun de cultiver et d'entretenir une étroite amitié et de bonnes relations, afin d'induire graduellement ces sauvages à devenir non seulement de bons voisins pour Nos sujets mais à devenir eux-mêmes de bons sujets pour Nous : vous devrez par conséquent aussitôt que vous le jugerez à propos, charger une personne ou des personnes aptes à s'acquitter de cette tâche, de rassembler lesdits sauvages, de traiter avec eux, de leur promettre protection et amitié de Notre part et de leur remettre les cadeaux qui vous seront envoyés à cette fin⁶².

Le Roi enjoint au gouverneur de recueillir, à l'égard de ces groupes d'Indiens, des renseignements «sur leur genre de vie et sur les règlements et les constitutions qui leur servent de régie et de règle de conduite», ce qui constitue donc la reconnaissance des structures gouvernementales et lois qui leur sont particulières. Les instructions

se poursuivent en ces termes : «Et pour aucun motif vous ne pourrez les molester ou les déranger dans la possession des parties de la province qu'ils occupent ou possèdent présentement⁶¹». Le texte fait explicitement un lien entre cette injonction et la Proclamation royale, dans les termes suivants :

Attendu que, par Notre proclamation [...] Nous avons strictement défendu à tous Nos sujets, sous peine d'encourir Notre déplaisir, de faire l'achat ou de prendre possession de quelqu'une des terres réservées aux différentes tribus de sauvages avec lesquels Nous sommes en relation et qui vivent sous Notre protection ou de s'y établir sans avoir au préalable obtenu Notre permission : c'est Notre volonté formelle et Notre bon plaisir que vous vous occupiez avec le plus grand soin de faire observer ponctuellement Nos instructions royales à ce sujet⁶⁴...

Il existait une différence fondamentale entre les constitutions des peuples autochtones protégés par la Couronne et celles des colonies. Ces dernières constitutions émanaient principalement (sinon entièrement) de concessions explicites consenties sous forme de chartes, proclamations, commissions ou instructions royales, ou encore de lois du Parlement, auxquelles venaient s'ajouter certains principes fondamentaux non écrits. Par contre, les constitutions des peuples autochtones avaient des sources internes et se maintenaient grâce aux pouvoirs inhérents des peuples concernés. Ces pouvoirs ont été modifiés au fil des ans par les rapports avec la Couronne et par certains principes coutumiers qui se sont dégagés des pratiques suivies dans les rapports entre cette dernière et les autochtones. Néanmoins, malgré tous ces changements, les constitutions autochtones ont conservé leurs origines premières au sein des collectivités concernées.

La *Proclamation royale de 1763* était teintée par les visées impérialistes de la Grande-Bretagne, qui cherchait à étendre son influence et sa domination en Amérique du Nord. Il reste tout de même que, vue sous un autre angle, elle comporte certaines ressemblances avec l'image iroquoise traditionnelle de l'Arbre de Paix, exprimée notamment par le sachem onondaga Sadeganaktie, durant les négociations menées avec les Anglais à Albany en 1698 :

[traduction]

...chacun de nous est assis à l'ombre de ce grand Arbre au feuillage abondant, dont les racines et les branches s'étendent non seulement jusqu'aux endroits et aux maisons que nous habitons, mais jusqu'aux confins des possessions de notre Grand Roi sur ce continent d'Amérique, de cet Arbre qui est maintenant devenu un Arbre de bien-être et de paix; et le fait que nous vivrons dans son ombre pour le temps à venir nous permettra de jouir d'un mieux-être et de profiter d'avantages supérieurs à ceux que nous avons connus depuis plusieurs années⁶⁵

La doctrine des droits ancestraux

Les principes qui sous-tendent l'arrêt *Connolly v. Woolrich* sont au cœur du droit canadien moderne des droits ancestraux⁶⁶. Cet ensemble de règles de droit définit les liens constitutionnels fondamentaux existant entre les peuples autochtones et la Couronne et règle l'interrelation des régimes canadiens généraux de droit et de gouvernement d'une part, et les lois, les institutions gouvernementales et les territoires autochtones d'autre part. Il énonce les conditions suivant lesquelles, peut-on présumer, les peuples autochtones ont noué avec la Couronne des rapports confédéraux, conditions qui, sous une forme modifiée, continuent de régir aujourd'hui leurs rapports avec la Couronne canadienne⁶⁷.

Dans une série de décisions historiques rendues au cours des deux dernières décennies, la Cour suprême du Canada a confirmé l'opinion selon laquelle les droits ancestraux existent en droit canadien et doivent être reconnus par les tribunaux partout au Canada⁶⁸. Ainsi que le dit le juge Judson dans l'arrêt *Calder* :

...il reste que lorsque les colons sont arrivés, les Indiens étaient déjà là, ils étaient organisés en sociétés et occupaient les terres comme leurs ancêtres l'avaient fait depuis des siècles. C'est ce que signifie le titre indien⁶⁹...

Exprimant l'opinion unanime des juges de la Cour suprême dans l'arrêt *Roberts c. Canada* (1989), le juge Bertha Wilson a statué que la loi applicable au titre aborigène est de la «*common law* fédérale», à savoir un ensemble de règles non écrites qui s'appliquent dans le champ constitutionnel fédéral⁷⁰. Cette loi, peut-on présumer, est uniforme dans l'ensemble du Canada. On peut donc affirmer qu'à ce titre elle fait partie de la *common law* canadienne.

Par «*common law*» canadienne ou fédérale, nous n'entendons pas, dans ce contexte, la *common law* anglaise qui, comme nous l'avons vu plus haut, est à l'origine de divers régimes de droit privé du Canada, sauf au Québec. De plus, nous ne cherchons pas à établir des distinctions avec le régime de droit civil de cette province. L'expression «*common law* fédérale» vise plutôt à décrire un ensemble de règles fondamentales non écrites qui est commun à tout le Canada et qui s'applique en principe à tous les ressorts, que ce soit la *common law* anglaise, le droit civil français ou bien le droit coutumier autochtone qui leur soit propre.

La doctrine des droits ancestraux est de la «*common law*» en ce sens qu'elle n'émane pas de dispositions légales ou constitutionnelles et qu'elle ne dépend pas de ces dernières pour avoir force de loi⁷¹. Elle repose plutôt sur les droits que détenaient à l'origine les peuples autochtones et qui ont été reconnus dans la coutume née des rapports entre ceux-ci et les colons français et anglais à partir du XVII^e siècle. Cet ensemble de règles fondamentales jette un pont entre les groupes autochtones et le reste de la population et règle l'interaction de leurs régimes juridiques et gouvernementaux, permettant à chacun de fonctionner harmonieusement dans sa sphère propre. Cette doctrine n'est d'origine ni entièrement autochtone ni entièrement européenne, mais elle se fonde sur les usages et les conceptions de toutes les parties

aux rapports en question, usages et conceptions qui ont été modifiés et adaptés au fil de ces rapports.

En reconnaissant l'existence d'une *common law* applicable aux droits ancestraux, la Cour suprême du Canada contemporaine a confirmé tacitement les vues exprimées en 1887 dans l'arrêt *St. Catharines* par le juge Strong du même tribunal. Le juge Strong a dit :

[traduction]

Il appert donc qu'aux États-Unis, la ligne de conduite traditionnelle, datant de l'époque coloniale, relativement aux Indiens et à leurs terres, a produit des règles juridiques bien établies [...] S'il en est ainsi en ce qui concerne les terres indiennes américaines, [...] comment est-il possible de présumer que le droit puisse, ou plutôt ait pu, au moment de la confédération, être moins favorable aux Indiens dont les terres étaient situées dans les limites du dominion de la Couronne britannique, fondatrice de cette doctrine avantageuse suivie de si près aux États-Unis depuis l'époque des gouvernements coloniaux? Par conséquent, lorsque nous considérons la chose eu égard au Canada, la pratique constante a été de reconnaître le titre indien comme pouvant être éteint uniquement par suite d'une cession à la Couronne. Je soutiens que s'il n'y avait eu aucun texte législatif énonçant expressément cette règle à titre de règle de droit positif, nous devrions, comme les tribunaux américains l'ont fait, décider que cette règle était néanmoins une règle non écrite de la *common law*, que les cours étaient tenues d'appliquer comme telle⁷².

Il existe de bonnes raisons de croire que la doctrine de *common law* en matière de droits ancestraux comprend le droit des peuples autochtones de se gouverner eux-mêmes à titre d'entités faisant partie de la Confédération. Même si la Cour suprême du Canada ne s'est pas encore prononcée directement sur la question, certains indices de sa façon de voir se dégagent de l'arrêt *R. c. Sioui* (1990)⁷³, où le juge Lamer a rendu le jugement unanime de l'ensemble des neuf juges de la Cour. Dans cet arrêt, le juge Lamer cite un passage de *Worcester v. Georgia* (1832)⁷⁴, dans lequel la Cour suprême des États-Unis résume dans les termes suivants l'attitude britannique à l'égard des peuples autochtones au milieu du XVIII^e siècle :

[traduction]

C'était la politique de la Grande-Bretagne à l'égard des nations indiennes qui habitaient le territoire d'où elle avait exclu tous les autres Européens; c'étaient ses revendications et sa présentation pratique des chartes qu'elle a accordées : elle les considérait comme des nations capables de maintenir les relations de paix et de guerre, de se gouverner elles-mêmes, sous sa protection, et elle a conclu des traités avec elles, dont elle a reconnu le caractère obligatoire⁷⁵. (C'est le juge Lamer qui souligne.)

Le juge Lamer ajoute ensuite que la Grande-Bretagne continua de pratiquer une politique semblable après la chute de la Nouvelle-France et l'expansion des revendications territoriales britanniques :

La Couronne britannique reconnaissait, en effet, aux Indiens certains droits de propriété sur leurs terres, elle cherchait à établir un commerce avec eux qui s'élèverait au-dessus du niveau de l'exploitation et leur apporterait un juste avantage. *Elle leur reconnaissait aussi l'autonomie dans leurs affaires internes, intervenant ainsi le moins possible dans ce domaine*⁷⁶. (C'est nous qui soulignons.)

En résumé, il existe de bonnes raisons de conclure que, en vertu de la doctrine de *common law* applicable aux droits ancestraux, les peuples autochtones ont le droit inhérent de se gouverner eux-mêmes au Canada. Ce droit est inhérent en ce sens qu'il tire finalement son origine des collectivités autochtones elles-mêmes, et non de la Couronne ou du Parlement.

Le processus d'élaboration de la Constitution

Ces brèves réflexions montrent que la Constitution du Canada a une structure interne complexe qui porte la marque d'un vaste éventail de processus et d'événements historiques. L'édification de la Confédération n'est pas un processus qui se limite au pacte historique, conclu dans les années 1860 entre les représentants francophones et anglophones du Bas-Canada, du Haut-Canada, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick, qui a donné naissance à la *Loi constitutionnelle de 1867* et à l'État moderne du Canada. Il englobe les traités et les autres processus par lesquels les peuples autochtones se sont affiliés à la Couronne pour finalement adhérer à la Confédération du Canada. Il comprend également les divers arrangements qui ont été conclus au moment de l'admission de la Terre de Rupert et du Territoire du Nord-Ouest, ainsi que de la Colombie-Britannique, de l'Île-du-Prince-Édouard et de Terre-Neuve, et les conditions particulières qui ont présidé à la création des provinces du Manitoba, de la Saskatchewan et d'Alberta.

Aussi faut-il comprendre que la «théorie du pacte» de la Confédération déborde le contexte de la Loi de 1867. Il s'agit en effet d'un principe général d'interprétation qui vaut pour l'ensemble de la Constitution et qui a une portée particulière pour les peuples autochtones⁷⁷. L'énoncé classique de cette doctrine par lord Sankey est évocateur :

[traduction]

Dans la mesure où la Loi [de 1867] traduit un compromis qui a amené les premières provinces à accepter de se fédérer, il est important de se rappeler que la préservation des droits des minorités était une condition de l'adhésion de ces dernières à la fédération et l'assise sur laquelle l'ensemble de la structure devait par la suite être édifié. Il ne faut pas permettre qu'au fil des ans le processus de l'interprétation affaiblisse les dispositions du contrat

initial qui a servi de fondement à la fédération ou en réduise la portée⁷⁸...

Même si ces observations visent directement la position des provinces au moment de leur entrée dans la Confédération, il sera bon de ne pas les oublier dans le contexte des peuples autochtones.

Les principes fondamentaux qui sous-tendent la théorie du pacte ont été formulés par un influent juriste québécois, le juge Thomas-Jean-Jacques Loranger, en 1883⁷⁹. Il résume la question dans une série de propositions dont trois ont un certain rapport avec la présente analyse :

1. La confédération des provinces britanniques a été le résultat d'un pacte formé par les provinces et le Parlement Impérial, qui, en décrétant l'Acte de l'Amérique Britannique du Nord, n'a fait que le ratifier.

2. Les provinces sont entrées dans l'union fédérale avec leur identité corporative, leurs anciennes constitutions, et tous leurs pouvoirs législatifs, dont elles ont consenti à retrancher un certain nombre qu'elles ont cédés au parlement fédéral, pour les exercer dans leur intérêt commun et dans des fins d'utilité générale, mais en conservant le reste pour en laisser l'exercice à leurs législatures, agissant dans la sphère provinciale, d'après leur ancienne constitution, sauf certaines modifications de forme établies par le pacte fédéral.

3. Loin de leur avoir été conférés par le gouvernement fédéral, les pouvoirs des provinces non cédés à ce gouvernement sont le résidu de leurs anciens pouvoirs, et loin d'avoir été créé par lui, il a été le fruit de leur association et de leurs conventions et il a été créé par elles.

Au coeur de ces propositions figure un principe unique, plus fondamental, qui peut s'appeler le principe de la continuité⁸⁰. Voici l'énoncé de ce principe par Loranger :

Pas plus qu'à un particulier, un droit ni un pouvoir ne peuvent être enlevés à une nation que par une loi qui les révoque ou par un abandon volontaire⁸¹.

Bien que Loranger envisage là le statut et les droits des provinces qui ont formé l'union en 1867, les incidences du principe de la continuité débordent très largement de ce contexte. En particulier, ce principe vient étayer l'opinion suivant laquelle les peuples autochtones n'ont pas perdu leurs droits inhérents en nouant des rapports d'ordre confédéral avec la Couronne. Au contraire, ils ont conservé leurs anciennes constitutions dans la mesure où celles-ci n'allaient pas à l'encontre de ces nouveaux rapports.

Cette conception élargie de la Constitution soulève plusieurs points distincts. Tout d'abord, le processus d'élaboration de la Constitution s'est étendu sur une très

longue période. Il a commencé par d'anciennes ententes, comme celles qui constituent la série de conventions conclues au XVII^e siècle entre les Cinq-Nations et les Couronnes française et anglaise, et s'est poursuivi jusqu'à l'adhésion relativement récente de Terre-Neuve à l'union en 1949. L'union fédérale dans laquelle Français et Anglais, en 1867, se sont donné la main pour former le nouveau pays du Canada, a été un jalon très important dans le processus d'édification de la Confédération. Néanmoins, il faut la voir comme l'un des éléments d'une évolution historique fort longue qui, d'une façon ou d'une autre, était amorcée depuis un certain temps déjà et qui continue jusqu'à ce jour.

Deuxièmement, l'élaboration de la Constitution a été un processus diversifié. Les conditions dont était assortie l'adhésion des nations micmac ou huronne à la Confédération étaient différentes de celles applicables à la Nouvelle-Écosse, la Colombie-Britannique ou l'Alberta. Ainsi, la nation micmac avait posé comme condition le respect du Traité d'Annapolis Royal, conclu en 1726 avec la Couronne britannique, dans lequel cette dernière avait promis aux Indiens [traduction] «tous les témoignages de faveur, de protection et d'amitié» et s'était engagée à veiller à ce que [traduction] «les sujets de Sa Majesté ou leurs domestiques ne les importunent dans leur personne et dans leurs activités de chasse, de pêche, de tir et de plantation sur leurs terres ni en quelque autre circonstance légitime, ni dans l'exercice de leur religion⁸²...» Les liens entre la nation micmac et la Couronne ont été réaffirmés dans le Traité de Governor's Farm de 1761, dans lequel le représentant de la Couronne a promis ce qui suit :

[traduction]

Les lois seront comme une grande haie protégeant vos droits et vos biens – si quelqu'un franchit cette haie pour vous faire du mal ou du tort, le lourd poids des lois tombera sur lui et le punira de sa désobéissance⁸³

Durant la même période, en 1760, les Hurons ont conclu avec les Britanniques un traité de paix qui leur assurait la protection de la Couronne [traduction] «aux mêmes conditions que les Canadiens. Il leur était permis en effet d'exercer librement leur religion, leurs coutumes et la liberté de commerce avec les Anglais⁸⁴». De l'avis de la Cour suprême, cette disposition de large portée reste en vigueur de nos jours et permet aux membres de la nation huronne de poursuivre certaines activités traditionnelles à l'abri de toute ingérence injustifiée⁸⁵.

Le troisième point veut que le respect des droits nationaux représente, depuis le début, un principe important de la structure de la Confédération. Suivant ce principe de continuité, lorsqu'un groupe national distinct adhère à la Confédération, il ne renonce pas nécessairement à son caractère national en tant que peuple, ni ne perdait ses attributs distinctifs, qu'il s'agisse d'une langue, d'une religion, d'un régime de droit, d'une culture, d'un système d'enseignement ou d'un régime politique distincts. Dans sa forme la plus évoluée, ce principe autorise certains groupes nationaux à déterminer le caractère juridique, linguistique, culturel ou politique qui doit primer dans une unité territoriale entière faisant partie de la Confédération,

qu'il s'agisse d'une province ou d'un territoire autochtone. Dans une forme plus restreinte, il garantit la préservation de certains droits collectifs des groupes nationaux habitant ces unités territoriales.

Comme nous l'avons vu plus haut, la *Proclamation royale de 1763* est l'une des pierres angulaires du principe de la continuité nationale du fait qu'elle reconnaît la situation d'autonomie des peuples autochtones dans leurs territoires. Une seconde pierre angulaire a été posée au cours de la décennie suivante avec l'adoption de l'*Acte de Québec de 1774*⁸⁶. Cette loi modifiait les dispositions prévoyant l'introduction du droit anglais au Québec, et rétablissait le droit français dans toutes les affaires touchant les «propriétés et [les] droits de citoyens⁸⁷». À ce titre, l'*Acte de Québec* confirmait que la coexistence de plusieurs régimes juridiques distincts était possible dans les territoires sous la protection de la Couronne britannique, principe qui devait être largement appliqué au fur et à mesure que la Grande-Bretagne étendait son influence en Afrique, en Inde et en Asie du Sud-Est⁸⁸.

La reconnaissance du droit français dans l'*Acte de Québec* n'a pas nui à celle accordée aux droits ancestraux dans la *Proclamation de 1763*. L'*Acte de Québec* contenait une réserve garantissant que le rétablissement du droit français n'aurait aucune incidence néfaste sur «aucuns droits, titres ou possessions, résultans de quelques concessions, actes de cession, ou d'autres que ce soit, d'aucunes terres dans la dite province⁸⁹». Cette disposition sauvegardait tous les droits existants aux terres, quelle qu'en fût l'origine. L'Acte devait donc avoir pour effet de redonner aux habitants du Québec les lois et les droits qu'ils possédaient à l'origine, et non pas de les privilégier aux dépens des lois et des droits des groupes autochtones⁹⁰.

Chacun à sa façon, la *Proclamation de 1763* et l'*Acte de Québec* traduisaient donc le principe de la continuité, qui devait être à nouveau reconnu, et développé davantage, dans le cadre du processus d'élaboration de la Constitution qui a continué au cours du siècle suivant. Le caractère distinctif du Québec est une pierre angulaire de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁹¹, celle-ci étant venue mettre fin à la tentative antérieure d'unir le Bas-Canada et le Haut-Canada en une seule province. La formule employée dans l'*Acte de Québec* a été reprise dans une disposition qui confère aux provinces le droit exclusif de faire des lois sur «[l]a propriété et les droits civils dans la province⁹²». Le caractère distinct du régime québécois de droit civil se reflète dans une disposition qui habilite le Parlement du Canada à adopter des mesures visant à uniformiser les lois dans toutes les provinces fédérées, à l'exception du Québec, ce qui constitue en même temps la reconnaissance d'un élément d'asymétrie dans la Confédération⁹³.

Le principe de la continuité se reflète également dans les dispositions de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, qui traite des «titres des Indiens» des Métis⁹⁴. À cet égard, un commentateur a conclu :

[traduction]

Il ressort du contexte de l'article 31 [de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*] que celui-ci est véritablement l'une des dispositions constitutionnelles qui font partie du «pacte fondamental de la

Confédération», et qu'il est à ranger dans la catégorie des dispositions garantissant les droits des minorités en vue de les amener à consentir à adhérer à la Confédération. Pour ce qui est de cet article, un accord sur le règlement des revendications territoriales a été conclu et consacré dans un pacte de confédération, et les droits qui y sont visés sont confirmés, à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, comme l'un des «traités» qui ont officialisé les relations entre la Couronne et ceux qui habitaient les terres de cette dernière au moment où le Canada a assumé la compétence à l'égard de celles-ci⁹⁵.

Le dernier point à faire valoir est que notre droit constitutionnel est divers, non seulement dans ses origines et son contenu, mais également par son caractère juridique. À différentes époques, il comprenait notamment les traités conclus avec les peuples autochtones, les proclamations royales, les commissions et instructions royales, les lois du Parlement britannique, les lois fédérales et les décrets. Outre ces sources écrites, il englobe également un ensemble de principes et règles non écrits, appelé la *common law* de la Constitution. Certaines de ces règles de droit ont été «constitutionnalisées» en ce sens qu'elles ne pouvaient être modifiées par une loi ordinaire adoptée par le Parlement fédéral ou par la législature d'une province, mais seulement au moyen d'un processus plus complexe comportant le recours au Parlement britannique. Les autres parties de la Constitution n'ont cependant pas été enchâssées et pourraient être modifiées par une loi ordinaire.

Selon les tribunaux, il était possible, avant les réformes constitutionnelles de 1982, de modifier les traités conclus avec les autochtones ou d'y déroger par une loi fédérale, sans le consentement des parties autochtones. Ce point de vue était conforme aux traditions constitutionnelles britanniques suivant lesquelles même les documents fondamentaux comme la Magna Carta pouvaient être abrogés par une simple loi du Parlement. Cela ne correspondait cependant pas aux conceptions que les autochtones se faisaient des traités, qu'ils considéraient comme des pactes sacrés, impossibles à abroger unilatéralement. Comme le déclarait en 1876 Mis-tah-wah-sis, l'un des principaux chefs, lors de la négociation du Traité n° 6 :

[traduction]

Ce que nous disons et faisons aujourd'hui durera aussi longtemps que le soleil brillera et que les rivières couleront; nous préparons ici l'avenir des enfants de nos enfants, car nous sommes vieux et il ne nous reste que peu de jours à vivre⁹⁶

Cette perspective ne reposait pas sur une méprise. Les négociateurs de la Couronne faisaient souvent valoir que les traités étaient des ententes fondamentales qui établissaient ou confirmaient les conditions essentielles et permanentes des rapports entre les peuples autochtones et la Couronne. C'est le cas, par exemple, des observations faites par l'honorable Alexander Morris, lieutenant-gouverneur des Territoires du Nord-Ouest, au moment de la négociation des conditions du Traité n° 4 à Fort Qu'Appelle, en 1874 :

[traduction]

J'ai dit à mes amis, hier, que les choses ont changé ici, qu'aujourd'hui nous sommes ici mais que nous n'y serons peut-être plus dans quelques années, mais qu'après nous viendront nos enfants. La Reine pense aux enfants à naître. Je sais qu'il y a certains hommes rouges, tout comme des Blancs, qui ne pensent qu'à aujourd'hui et ne voient jamais plus loin. La Reine doit entrevoir un avenir beaucoup plus lointain. Aussi les promesses que nous devons vous faire ne valent pas uniquement pour aujourd'hui, mais aussi pour demain, non seulement pour vous mais aussi pour vos enfants déjà nés et à naître, et ces promesses seront respectées aussi longtemps que le soleil brillera et que subsisteront les flots de l'océan⁹⁷

Malheureusement, la mémoire de la Couronne s'est avérée moins bonne que celle des parties autochtones. Les gouvernements canadiens ont aussi souvent violé les traités qu'ils ne les ont respectés et, avant 1982, les tribunaux du pays ont confirmé des lois fédérales imposant unilatéralement des restrictions aux droits issus de traités. Ces décisions ont parfois été rendues un peu à regret. Ainsi, dans l'arrêt *Regina v. Sikyea* (1964)⁹⁸, le juge Johnson, de la Cour d'appel des Territoires du Nord-Ouest, déclare lugubrement :

[traduction]

Il est clair, à mon avis, que cette Loi et son règlement d'application enlèvent aux Indiens les droits qui leur ont été conférés par leurs traités en tant qu'ils visent les oiseaux migrateurs. Comment pouvons-nous expliquer cet acte apparemment déloyal, car je ne crois pas que nous puissions le qualifier autrement, de la part du gouvernement? On ne peut parler ici de réduction minime ou insignifiante de ces droits issus de traités, car le gibier à plumes a toujours été, dans de vastes étendues du Canada, une source très abondante et très fiable de nourriture facile à se procurer. Je ne puis croire que le gouvernement du Canada savait qu'en appliquant la Convention il enfreignait du même coup les traités qu'il avait conclus avec les Indiens. Il est beaucoup plus probable qu'on ait oublié les obligations qui découlaient des traités – un cas où la main gauche ignore ce que fait la main droite⁹⁹.

Néanmoins, le juge s'est cru obligé de maintenir la loi pour le motif qu'il n'en existait aucune empêchant le Parlement de déroger aux droits issus de traités.

Comme nous le verrons maintenant, cette situation a changé radicalement par suite de la réforme apportée à la Constitution en 1982.

Chapitre II

La Loi constitutionnelle de 1982 : un tournant



La *Loi constitutionnelle de 1982* a pour effet de consacrer dans la Constitution un éventail de droits particuliers détenus par les peuples autochtones¹⁰⁰. Cet effet découle de l'article 35, qui figure dans une partie distincte à la suite de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁰¹. Le paragraphe 35 est ainsi conçu :

Les droits existants – ancestraux ou issus de traités – des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.

Cette disposition, illusoirement simple, s'accompagne de plusieurs autres qui en clarifient le sens. Ainsi, le paragraphe (2) indique que l'expression «peuples autochtones du Canada» s'entend notamment des Indiens, des Inuit et des Métis du Canada. Le paragraphe 3 précise que les «droits issus de traités» comprennent les droits issus d'accords sur des revendications territoriales. Enfin, le paragraphe (4) est une disposition importante qui stipule que les droits ancestraux ou issus de traités sont garantis également aux personnes des deux sexes.

Une bonne partie des commentaires formulés à l'égard de l'article 35 concernent la portée et le caractère des droits qui y sont garantis. Ce sont certes là des questions importantes, mais cet article a une autre dimension qu'il y a lieu de faire ressortir, à savoir sa vaste portée structurelle. Il vise en effet à confirmer et à consacrer le statut des peuples autochtones à titre de partenaires initiaux au sein de la Confédération. Les droits que garantit l'article 35 sont pour la plupart des droits collectifs, détenus par des groupes et non par des particuliers. Ces groupes sont des entités politiques qui se sont associées à la Couronne à des moments précis de l'histoire, par la voie soit de traités, soit d'autres arrangements moins officiels. Non seulement l'article 35 consacre les droits particuliers de ces collectivités, mais il réaffirme et garantit leur situation d'entités constitutionnelles distinctes.

Par conséquent, l'expression «peuples autochtones», employée à l'article 35, ne vise pas des groupes considérés sous l'angle de leur composition raciale¹⁰². Elle désigne plutôt des entités politiques définies historiquement, souvent de composition mixte et englobant des individus d'origines raciales diverses. Naturellement, tout comme les habitants du Québec sont principalement de souche française et ceux de la Nouvelle-Écosse, surtout d'origine britannique, l'ascendance de la plupart des membres des peuples autochtones remonte en totalité ou en partie à une période antérieure à l'arrivée des Européens en Amérique. Cependant, tout comme les Irlandais, les Italiens et les personnes d'autres souches sont des Québécois, et que les gens de descendance chinoise ou africaine sont des Néo-Écossais, il n'y a aucune raison pour laquelle une personne de lignée huronne ou française ne puisse être membre à part entière des Cinq-Nations. La question de savoir si quelqu'un fait vraiment partie d'un groupe autochtone dépend non pas de son origine raciale mais des règles de ce groupe en matière de citoyenneté. Cette question, comme toute autre touchant la citoyenneté, peut tenir à divers facteurs comme l'ascendance, l'affiliation actuelle, l'identification personnelle au groupe, la condition adoptive, la résidence, etc. À notre avis, elle ne peut cependant pas dépendre légitimement de caractéristiques génétiques en tant que telles¹⁰³.

Les réformes constitutionnelles de 1982 ont eu un autre effet important. En achevant le processus qui a mené à l'indépendance du Canada par rapport au Royaume-Uni, elles ont confirmé le fait que la Couronne canadienne est constitutionnellement distincte de celle de la Grande-Bretagne, même si, pour des raisons historiques, il n'y a toujours qu'un seul monarque, en l'occurrence la Reine Elizabeth II¹⁰⁴. La Couronne canadienne n'est donc désormais plus le symbole de l'autorité impériale britannique. De plus, elle ne représente pas, et n'a jamais représenté d'ailleurs, qu'une seule partie de la population canadienne, par exemple les nouveaux venus, par opposition aux autochtones. La Couronne canadienne est plutôt le symbole de l'association des diverses entités politiques qui forment la Confédération, les peuples autochtones compris.

Nous venons de boucler la boucle. La Couronne canadienne moderne a abandonné l'apparat impérial pour assumer un rôle qui correspond davantage à la vision du Grand Arbre de la Paix, pour reprendre l'expression du Pacificateur (Dekanahouideh), ce prophète huron qui est l'instigateur de la création de la Confédération des Cinq-Nations¹⁰⁵ :

[traduction]

L'arbre de Dekanahouideh comptait quatre racines blanches qui s'étendaient vers les quatre points cardinaux. Un tapis de duvet de chardon, blanc comme la neige, s'étalait au pied de l'arbre, couvrant la campagne environnante et protégeant les peuples qui embrassaient les trois principes de la vie [Paix, Puissance et Sagesse]. Dekanahouideh expliquait que cet arbre représentait l'humanité, vivant selon les principes régissant les rapports entre êtres humains, et que l'aigle perché sur la cime du pin géant était, pour l'humanité, la vigie guettant les ennemis qui viendraient

troubler la paix. Il supposait que le tapis pourrait couvrir la terre entière et être pour toute l'humanité une oasis de paix et de fraternité. Sa vision était un message du Créateur destiné à apporter l'harmonie dans l'existence humaine et à unir tous les peuples en une même famille¹⁰⁶...

Suivant la vision du Pacificateur, l'Arbre de la Paix débordait des Cinq-Nations et pouvait inclure l'humanité toute entière. D'une certaine manière, le Canada peut être considéré comme incarnant de façon partielle et imparfaite cet idéal, constituant en fait une confédération multinationale de peuples et de collectivités unis dans la paix et l'amitié.

L'autonomie gouvernementale à titre de droit constitutionnel

La décision rendue par la Cour suprême dans l'affaire *Sparrow*¹⁰⁷ énonce, au sujet de la portée et de l'effet du paragraphe 35(1), des principes généraux que ce tribunal précisera sans doute au cours des prochaines décennies. Jusqu'ici, il est clair que ce paragraphe fait bénéficier d'une protection constitutionnelle tout un éventail de droits particuliers dont jouissent les peuples autochtones, mettant ces droits à l'abri des effets néfastes des lois et des autres actes du gouvernement, à moins que ceux-ci ne se justifient selon un critère strict.

Comme nous l'avons déjà vu, il existe de bonnes raisons de conclure que le droit à l'autonomie gouvernementale est l'un de ceux dont jouissent les peuples autochtones en vertu de la doctrine de *common law* en matière de droits ancestraux. Aussi ce droit peut-il être rangé parmi les droits ancestraux au sens du paragraphe 35(1)¹⁰⁸. Ce droit ancestral est renforcé par les traités qui protègent ou présupposent l'autonomie interne des premières nations.

En supposant que cette étape puisse être franchie, nous sommes amenés à nous demander si le droit à l'autonomie gouvernementale peut être qualifié d'«existant», comme l'exige le paragraphe 35(1). Dans l'arrêt *Sparrow*, la Cour suprême a statué que, si un droit avait été complètement aboli avant 1982, année de l'adoption du paragraphe 35(1), il ne pouvait s'agir d'un droit «existant» au sens de ce paragraphe¹⁰⁹. Cependant, de l'avis de la Cour, un droit ancestral ou issu de traité qui avait simplement été réglementé par voie législative ne cessait pas d'exister même si sa portée avait été très sensiblement restreinte¹¹⁰. Dans la mesure où le droit subsistait sous une forme quelconque, si minime fût-elle, il pouvait être considéré comme un droit «existant» aux termes du paragraphe et bénéficiait de la protection constitutionnelle. De plus, le paragraphe 35(1) n'a pas «figé» un droit ancestral ou issu de traité sous la forme qu'il revêtait antérieurement à 1982¹¹¹. Toute loi limitant la portée ou l'application d'un droit protégé pourrait être contestée en vertu de ce paragraphe, même si elle était déjà en vigueur en 1982.

En conséquence, d'après l'arrêt *Sparrow*, la question à trancher consiste à savoir si le droit à l'autonomie gouvernementale avait été éteint par voie législative avant 1982. On soutient parfois que tel a été l'effet de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Or, selon

l'opinion courante, cette loi partage l'ensemble des pouvoirs gouvernementaux entre les gouvernements fédéral et provinciaux, sauf pour quelques domaines expressément réservés. Comme le disait le Conseil privé dans l'arrêt *Reference Appeal* (1912) :

[traduction]

En 1867, la volonté du Canada de se donner une Constitution définie s'étendant à tout le pays se concrétisa dans l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*. Or, il ne fait aucun doute qu'aux termes de ce document organique les pouvoirs répartis entre le gouvernement fédéral d'une part et les provinces d'autre part comprennent la totalité du champ de l'autonomie gouvernementale dans tout le territoire du Canada. Ce serait miner complètement le régime établi par l'Acte et la politique que véhicule celui-ci que de supposer que quelque élément que ce soit de l'autonomie gouvernementale ait été refusé au Canada¹¹².

On pourrait soutenir que cette répartition complète des pouvoirs a mis fin à tout pouvoir gouvernemental détenu par les peuples autochtones. Puisqu'il n'y avait aucun domaine dans lequel ne pouvait légiférer le gouvernement fédéral ou celui d'une province, il ne restait aucun champ pour l'exercice de la compétence autochtone. De plus, le paragraphe 91(24) de la Loi confère expressément au Parlement fédéral le pouvoir de s'occuper des matières touchant «[l]es Indiens et les terres réservées pour les Indiens».

Cependant, cet argument confond la question de la *portée* des pouvoirs fédéraux et provinciaux et celle de leur *exclusivité*. En principe, le fait qu'un organisme gouvernemental a le pouvoir de s'occuper de certaines matières ne veut pas nécessairement dire que ce pouvoir est exclusif et que cet organisme est le seul à avoir compétence en la matière. Au contraire, il arrive couramment que deux organismes gouvernementaux ou plus détiennent des pouvoirs chevauchants ou «concurrents». Tel est le cas, par exemple, du Parlement fédéral et des législatures provinciales en certaines matières. Lorsque deux organismes détenant des pouvoirs concurrents entrent en conflit, il est nécessaire de déterminer lequel des deux a prépondérance dans le domaine. En l'absence de conflit, cependant, les deux sont libres d'agir dans ce domaine. Ainsi, par exemple, même si le gouvernement fédéral détient, aux termes du paragraphe 91(24) de la Loi de 1867, des pouvoirs étendus pour légiférer relativement aux affaires indiennes, il n'est pas nécessairement le seul à pouvoir le faire.

Il faut se rappeler que la Loi de 1867 n'est pas la première dans laquelle s'est faite une répartition complète des pouvoirs gouvernementaux au Canada. Depuis le début, les gouvernements coloniaux avaient été habilités à légiférer pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement de la colonie (ou quelque variante de cette formule), et les pouvoirs ainsi attribués étaient considérés comme complets¹¹³. Par exemple, la commission royale décernée au gouverneur de la Nouvelle-Écosse en 1749 l'autorisait à constituer un conseil et une assemblée et, de concert avec eux, à légiférer [traduction] «pour la paix publique, le bien-être et le bon gouvernement de Notre dite province¹¹⁴». Comme on l'a vu plus haut, la *Proclamation royale de 1763* contenait

une disposition semblable à l'égard du Québec¹¹⁵. De même, l'*Acte constitutionnel de 1791* conférait aux conseils et aux assemblées du Haut-Canada et du Bas-Canada le pouvoir, partagé avec la Couronne, de faire des lois «pour la tranquillité, le bonheur et le bon Gouvernement» des provinces concernées¹¹⁶. Une expression analogue se retrouve dans l'*Acte d'union, 1840*¹¹⁷. La *Loi constitutionnelle de 1867* n'a donc pas élargi sensiblement la portée globale des pouvoirs législatifs détenus par les gouvernements coloniaux de l'Amérique du Nord britannique; elle a plutôt réparti entre deux paliers de gouvernement les pouvoirs complets que les colonies qui se fédéraient avaient jusque-là détenus chacune pour soi.

Le fait que les gouvernements coloniaux exerçaient des pouvoirs complets ne signifie pas que ceux-ci étaient exclusifs. Au contraire, suivant leur mode d'exercice normal, ces pouvoirs étaient considérés comme parallèles à ceux que détenait le Parlement impérial de Westminster. Même après 1867, on attribuait à ce dernier le pouvoir de légiférer de façon générale relativement aux affaires du Canada et de ses provinces. En pratique, ce pouvoir s'exerçait de plus en plus rarement à mesure que le Canada accédait graduellement à l'indépendance. En principe, cependant, chaque fois que les lois impériales applicables au Canada entraient en conflit avec des lois fédérales ou provinciales, les premières l'emportaient sur les secondes. Du point de vue du rang, le Parlement impérial avait prééminence et les législatures canadiennes locales lui étaient subordonnées¹¹⁸.

Donc, même si la *Loi constitutionnelle de 1867* a réparti des pouvoirs complets entre les gouvernements fédéral et provinciaux, comme le veut l'opinion courante, elle n'a pas nécessairement mis fin, pas plus que les constitutions coloniales antérieures, aux pouvoirs gouvernementaux des premières nations. Son effet plus probable a été de restructurer la hiérarchie existante de l'autorité, de sorte que le Parlement impérial, le gouvernement fédéral, les gouvernements provinciaux et les collectivités autochtones détenaient tous, à divers degrés, des pouvoirs chevauchants au sujet des questions intéressant les peuples autochtones. Selon le plan impérial normal, il y avait quatre ordre de gouvernement, au sommet desquels le Parlement britannique. Quelle que soit la valeur de ce plan, le seul point à faire valoir ici est que les pouvoirs gouvernementaux des peuples autochtones n'ont pas disparu en 1867, pas plus qu'en 1791 ou 1840, années où avaient été adoptées des constitutions coloniales antérieures¹¹⁹.

Le maintien des régimes politiques autochtones est confirmé par des lois adoptées tant avant qu'après la Loi de 1867. Prenons, par exemple, l'*Acte relatif à l'administration des terres et des biens des sauvages*¹²⁰, adopté par la province du Canada en 1860. L'article 4 de cette loi prévoit que les terres réservées pour les tribus ou bandes indiennes ne peuvent être cédées («délivrées»), sauf à la condition suivante :

Tel abandon ou délivrance sera consenti par le chef, ou s'il y a plus d'un chef, par la majorité des chefs de la tribu ou bande de sauvages, assemblés en un conseil de la tribu ou bande convoqué à cet effet, conformément à leurs règles et ayant droit en vertu du présent acte d'y donner leurs voix, et tenu en présence d'un officier

dûment autorisé à assister à tel conseil par le commissaire des terres de la couronne; pourvu, toujours, qu'aucun chef ou sauvage n'aura droit de voter ou d'être présent à tel conseil, à moins qu'il ne réside habituellement sur ou aux environs des terres en question... (C'est nous qui soulignons.)

Cet article suppose que chaque tribu ou bande indienne conserve son autonomie et sa structure politique interne, assujetties aux règles du groupe. La loi impose certaines restrictions à ces règles, prévoyant notamment qu'aucun Indien ne peut voter lors d'un conseil convoqué en vue de la cession de terres, à moins qu'il ne réside sur ces terres ou aux environs de celles-ci. Pour le reste, elle ne change rien à la structure fondamentale des lois et des pouvoirs indiens.

On pourrait croire que la *Loi constitutionnelle de 1867* a mis fin à cette situation. Cependant, l'examen des lois postérieures à la Confédération ne corrobore pas ce point de vue. La première loi fédérale relative aux Indiens contient une formule presque identique à celle de la loi de 1860. La loi de 1868 relative aux terres des Indiens¹²¹ prévoit, à l'article 8, que nulle cession de terres réservées pour l'usage de toute nation, tribu ou peuplade d'Indiens n'est valide, à moins d'avoir été ratifiée par le chef ou les chefs du groupe réunis «en conseil de la nation, tribu ou peuplade, convoqué à cette fin, conformément à leurs usages...» (C'est nous qui soulignons.) Des formules semblables se retrouvent dans les lois adoptées jusqu'en 1951 à l'égard des Indiens¹²². À l'évidence, ces dispositions supposent que les constitutions internes des groupes autochtones ont survécu à l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

L'article 129 de la *Loi constitutionnelle de 1867* appuie cette conclusion. S'y trouve énoncé un principe de continuité selon lequel les lois et les pouvoirs existant avant 1867 étaient censés être maintenus dans la nouvelle fédération. Aux termes de cet article, sauf disposition contraire de ladite loi, toutes les lois et tous les tribunaux existant dans les diverses provinces au moment de la Confédération, de même que «toutes les commissions, pouvoirs et autorités ayant force légale, – et tous les officiers judiciaires administratifs et ministériels» continueront d'exister, mais ils pourront néanmoins être révoqués, abolis ou modifiés par le Parlement du Canada ou par les législatures provinciales, conformément à leurs pouvoirs respectifs. Cet énoncé suffit à lui seul à empêcher que les structures gouvernementales, les pouvoirs et les lois autochtones ne soient abolis par la Loi de 1867, ce qui ne pourrait se faire d'ailleurs que par l'adoption d'une loi précise à cet effet.

Néanmoins, on pourrait soutenir que le Parlement du Canada a, dans les faits, adopté de telles mesures législatives sous la forme de diverses lois relatives aux affaires indiennes, dont la dernière est l'actuelle *Loi sur les Indiens*. À partir de 1869, le Parlement a adopté une série de dispositions traitant expressément des pouvoirs gouvernementaux des chefs et conseils indiens. Elles définissent les pouvoirs législatifs des chefs et conseils, et les assujettissent au pouvoir discrétionnaire de fonctionnaires fédéraux. Initialement fort restrictive, la définition de ces pouvoirs a été graduellement élargie au fil des ans.

Il est impossible, dans le présent document, d'entreprendre un examen approfondi de ces lois¹²³. Cependant, la tendance fondamentale a été établie dans l'*Acte*

*pourvoyant à l'émancipation graduelle des Sauvages, à la meilleure administration des affaires des Sauvages*¹²⁴, adopté en 1869, dont l'article 12 porte :

Le chef ou les chefs de toute nation, tribu ou peuplade de Sauvages pourront faire, sujets à ratification par le gouverneur en conseil, des règlements relatifs aux objets suivants :

1. À la salubrité publique;
2. Au maintien de l'ordre et du décorum dans les assemblées de la tribu réunie en conseil général, ou en d'autres occasions;
3. À la répression de l'intempérance et de l'immoralité;
4. Aux mesures à prendre pour empêcher les bestiaux de commettre des dégâts sur la propriété d'autrui;
5. À l'entretien des chemins, ponts, fossés et clôtures;
6. À la construction et réparation des maisons d'école, salles de conseil et autres édifices publics appartenant aux Sauvages;
7. À l'établissement de fourrières et à la nomination de gardiens de fourrières.

Cette disposition, et d'autres qui s'y apparentent, visaient manifestement à modifier les structures gouvernementales existantes des groupes indiens, attribuant des pouvoirs législatifs aux personnes et aux groupes qui n'en avaient peut-être pas antérieurement, tout en limitant ces pouvoirs à un éventail restreint de domaines. Il importe néanmoins de noter que ces mesures ne reposaient pas sur des assises entièrement nouvelles. Tenant pour admis l'existence de nations indiennes à titre d'entités politiques distinctes, elles apportaient des changements à leurs structures politiques internes ou en autorisaient.

Le deuxième paragraphe de l'article cité ci-dessus illustre cette approche. Il autorise en effet les chefs, réunis en conseil, à prendre des règlements portant sur l'ordre et le décorum de ce qu'on appelle «les assemblées de la tribu réunie en conseil général», ce qui suppose l'existence d'assemblées constituées aux termes des lois coutumières des bandes indiennes. Une autre disposition de la même loi (l'article 10) habilite le gouverneur à ordonner que les chefs soient élus par les adultes de sexe masculin membres du groupe, et qu'ils demeurent en fonctions pendant trois ans, à moins d'être destitués par le gouverneur pour mauvaise conduite. Cependant, l'application de cette disposition est laissée à la discrétion de ce dernier. Pour le reste, c'est le mode traditionnel de sélection des chefs qui continue d'être suivi.

En résumé, il semble que les lois fédérales relatives aux Indiens ne visaient pas à les dépouiller de toute autorité gouvernementale, même si elles ont gravement désorganisé et corrompu leurs structures politiques, ne leur laissant que des pouvoirs très limités. Il y a des raisons convaincantes de conclure que leur droit inhérent à l'autonomie gouvernementale existait toujours en 1982 lors de l'adoption de la *Loi*

constitutionnelle de 1982. Ce droit peut en conséquence être qualifié d'«existant» aux termes du paragraphe 35(1)¹²⁵. Si nous avons porté notre attention sur la situation des peuples indiens, c'est parce que leurs droits ont été l'objet d'une vaste réglementation depuis un siècle et demi. Une approche semblable pourrait toutefois être adoptée à l'égard des droits gouvernementaux des Inuit et des Métis aux termes du paragraphe 35(1).

Dans cette optique, l'une des grandes réalisations de la *Loi constitutionnelle de 1982* a été de régler de façon favorable aux points de vue des autochtones la question controversée de la hiérarchie des lois. En consacrant dans la Constitution les droits ancestraux et issus de traités, le paragraphe 35(1) garantit que le droit à l'autonomie gouvernementale sera dans une large mesure à l'abri des lois fédérales et provinciales, sauf dans les cas où celles-ci pourront être justifiées suivant un critère constitutionnel strict. Dans le reste du présent document, nous supposerons l'existence d'un droit à l'autonomie gouvernementale aux termes de l'article 35, et nous articulons notre étude autour des incidences de cette hypothèse.

Le caractère des droits gouvernementaux autochtones

Examinons tout d'abord la nature et la portée du droit à l'autonomie gouvernementale des autochtones aux termes de l'article 35. De ce que nous avons dit plus haut, il découle que ce droit est *inhérent* en ce sens qu'il procède de sources au sein des collectivités autochtones à titre d'élément résiduel des pouvoirs que celles-ci détenaient initialement en tant que nations autonomes¹²⁶. Ce droit n'est pas conféré par la Constitution, c'est-à-dire qu'il ne s'agit pas d'un droit *dérivé*. La distinction entre droit inhérent et droit dérivé n'est pas purement symbolique. Elle touche la question fondamentale de la façon dont le Canada a vu le jour et de ce qu'il incarne. Selon les tenants de la doctrine du droit «dérivé», les peuples autochtones n'ont aucun pouvoir de gouvernement, si ce n'est ceux que leur confère la Constitution écrite ou que les gouvernements fédéral et provinciaux décident de leur accorder. Par contre, selon la doctrine du droit «inhérent», ils sont les héritiers de pouvoirs de gouvernement, anciens et durables, qu'ils ont conservés à leur entrée dans la Confédération et qu'ils possèdent donc toujours. Selon la première doctrine, les gouvernements autochtones sont des nouveaux venus sur la scène constitutionnelle, faisant figure de simples néophytes parmi les autres gouvernements du Canada. Suivant la seconde, ils ont donné à la Constitution ses racines les plus profondes et les plus tenaces en sol canadien¹²⁷.

Le droit des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale est reconnu sous le régime juridique canadien, tant dans la *common law* constitutionnelle du Canada qu'à l'article 35. Aussi, même si le droit confirmé par cet article est inhérent par son origine, son statut actuel en fait un droit qui existe en vertu des règles de droit du Canada. Cela implique que, même si les peuples autochtones possèdent un droit juridique inhérent de se gouverner eux-mêmes aux termes de l'article 35, ce droit constitutionnel ne peut être exercé que dans le cadre de la Confédération. L'article 35 ne permet pas de prétendre aux pouvoirs illimités de gouvernement ou à

la souveraineté complète communément prêtées aux États indépendants. Les gouvernements autochtones sont dans la même situation que les gouvernements fédéral et provinciaux : leurs pouvoirs s'exercent à l'intérieur d'une sphère définie dans la Constitution. En résumé donc, l'autonomie gouvernementale à laquelle ont droit les peuples autochtones suivant l'article 35 comporte des pouvoirs *circonscrits* et non *illimités*.

Dans leur champ de compétence, cependant, les gouvernements autochtones possèdent des pouvoirs auxquels les gouvernements fédéral ou provinciaux ne sauraient inconsidérément passer outre. Cette conclusion découle de l'arrêt *Sparrow*¹²⁸, d'après lequel les droits ancestraux et issus de traités sont censés être à l'abri des empiétements législatifs, à moins que ne soit respectée une norme constitutionnelle sévère. Selon ce point de vue, les gouvernements autochtones ne sont pas *subordonnés* à l'action des autres gouvernements, mais ils ne sont pas, non plus, complètement *souverains*. Ils occupent un rang intermédiaire. En cas d'opposition entre les lois autochtones et celles d'origine extérieure, les premières l'emporteront généralement, sauf dans les cas où les secondes pourront se justifier selon la norme visée dans l'arrêt *Sparrow*. Ce point de vue reconnaît aux autochtones une autonomie considérable, mais il admet la primauté des lois d'origine extérieure en ce qui concerne les questions d'importance transcendante.

Comment l'exercice du droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale visé au paragraphe 35(1) peut-il être mis en oeuvre? À ce sujet, il est utile de distinguer entre deux points de vue opposés. Selon le premier de ceux-ci, le droit à l'autonomie gouvernementale est simplement *virtuel* et doit être particularisé et adapté aux besoins d'un peuple autochtone donné avant de pouvoir être exercé. Ce dernier processus exige négociation et entente entre le peuple autochtone concerné et la Couronne, ou encore, le recours à une procédure d'arbitrage sanctionnée par les tribunaux. Dans l'un et l'autre cas, un peuple autochtone ne pourrait décider unilatéralement d'exercer ce droit. Par contre, suivant le second point de vue, le droit à l'autonomie gouvernementale est *réel* plutôt que virtuel. À ce titre, il peut être exercé, sur-le-champ et sans restriction, au moyen de mesures prises unilatéralement par un peuple autochtone, même en l'absence d'ententes relatives à l'autonomie gouvernementale ou de sanction judiciaire.

À notre avis, aucun de ces deux points de vue n'est entièrement satisfaisant. D'une part, il semble incompatible avec le caractère inhérent du droit à l'autonomie gouvernementale de prétendre que celui-ci ne peut s'exercer d'aucune manière sans l'assentiment de la Couronne ou l'autorisation des tribunaux. D'autre part, affirmer que les peuples autochtones peuvent décider unilatéralement d'exercer ce droit dans toute son étendue paraît donner au paragraphe 35(1) une interprétation trop large. Selon toute vraisemblance, la position juste se situerait quelque part entre ces deux extrêmes.

Examinons brièvement une solution qui tente de trouver un moyen terme. D'après cette solution, le droit à l'autonomie gouvernementale reconnu au paragraphe 35(1) doit être considéré comme *organique*, en un sens qui s'apparente à celui

qu'on retrouve dans un rapport récent des premières nations sur le dossier constitutionnel :

[traduction]

L'autonomie gouvernementale n'est pas une machine qu'on peut démarrer et arrêter à volonté. C'est un processus organique qui procède du peuple, comme un arbre pousse dans la terre, et qui s'adapte à la situation du peuple et répond à ses besoins. Pas plus que l'arbre en croissance, ce processus ne peut être accéléré ni déformé afin de le faire entrer dans un moule particulier¹²⁹.

À cela nous pouvons ajouter que, les peuples autochtones étaient autrefois comme des arbres relativement isolés, croissant dans une plaine, mais qu'ils ressemblent maintenant davantage à des arbres formant un bosquet et coexistant à l'intérieur d'un système écologique complexe. Par conséquent, si ce vieux pin qu'est le gouvernement autochtone demeure enraciné dans le même sol, dont il se nourrit, il est maintenant lié de diverses manières complexes aux gouvernements voisins.

Suivant le modèle organique, le droit à l'autonomie gouvernementale comprendrait un droit *réel* d'exercer des pouvoirs dans certains domaines centraux, sans qu'il soit besoin de sanction par les tribunaux ni d'ententes avec la Couronne. Ces domaines centraux comprendraient ceux qui sont cruciaux pour la vie et le bien-être de la collectivité sans pour autant avoir d'incidences profondes sur les gouvernements voisins ni prendre une importance prépondérante sur le plan national ou régional. Le droit organique à l'autonomie gouvernementale comprend aussi un droit *virtuel* de régler un éventail plus grand de questions transcendant ces domaines essentiels et s'étendant jusqu'aux confins du champ de compétence virtuelle des peuples autochtones. Il faut cependant que ce droit virtuel soit adapté aux besoins particuliers de la ou des collectivités autochtones concernées, soit par voie d'une entente avec la Couronne, soit peut-être au moyen de mécanismes d'arbitrage établis sous la surveillance des tribunaux.

Selon le modèle organique, le droit à l'autonomie gouvernementale est un droit inhérent lorsqu'il s'exerce dans des domaines situés tant au centre qu'aux confins du champ de compétence autochtone. Dans aucun de ces deux cas ne s'agit-il d'un droit délégué. L'effet des ententes conclues avec la Couronne est de particulariser ce droit inhérent, et non de le créer. Aussi, lorsqu'un groupe autochtone conclut, avec les autorités fédérales et provinciales, une entente en matière d'autonomie gouvernementale, par exemple, son pouvoir de gouverner est inhérent dans l'ensemble de son champ de compétence tant à l'égard des affaires se trouvant au centre de celui-ci qu'à l'égard de celles situées à ses confins.

À ce stade-ci, deux questions connexes se posent : 1) quelles peuvent être les limites extrêmes du champ de compétence autochtone, centre et confins compris, et 2) quelle est l'interaction entre cette compétence et les pouvoirs des gouvernements fédéral et provinciaux? Voilà des questions complexes et difficiles qu'il faudra finalement résoudre au cas par cas, par une action concertée des gouvernements, sous la surveillance des tribunaux. Il est néanmoins une approche qui mérite d'être

examinée sérieusement, à savoir celle selon laquelle cette question relève de trois principes directeurs¹¹⁰

Le premier de ces principes veut que le champ de compétence virtuelle, comprenant à la fois les domaines situés au centre et ceux touchant aux confins, qui appartient aux peuples autochtones aux termes du paragraphe 35(1), a la même étendue, en gros, que le pouvoir concernant «[l]es Indiens et les terres réservées pour les Indiens» conféré au gouvernement fédéral par le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Dans ce domaine, les gouvernements autochtones et le gouvernement fédéral détiennent des pouvoirs législatifs concurrents, c'est-à-dire qu'ils ont des pouvoirs législatifs qui sont indépendants mais qui chevauchent. Cette approche suppose que, pour assurer la rationalité et l'harmonie constitutionnelles, le mot «Indiens», employé au paragraphe 91(24), a le même sens que l'expression «peuples autochtones» figurant à l'article 35, c'est-à-dire qu'il englobe non seulement les «Indiens», au sens restreint de ce terme, mais également les Inuit et les Métis du Canada¹¹¹

Suivant le deuxième principe, s'il y a incompatibilité d'une loi autochtone et d'une loi fédérale et que les deux soient par ailleurs valides, la première prime, sauf si la seconde satisfait au critère énoncé dans l'arrêt *Sparrow*. Selon ce critère, les lois fédérales ont prééminence lorsqu'on peut démontrer que la nécessité de l'intervention fédérale est impérieuse et réelle et que ces lois sont conciliables avec les responsabilités fondamentales de fiduciaire qu'a la Couronne envers les autochtones¹¹².

Selon le troisième principe, l'interaction entre les lois autochtones et les lois provinciales est soumise à des règles semblables à celles qui régissent l'interaction des lois fédérales et provinciales en ce domaine. Avant 1982, le pouvoir des provinces à l'égard des peuples autochtones était limité par celui dont le paragraphe 91(24) investit le gouvernement fédéral, et les tribunaux avaient élaboré un ensemble complexe de règles visant à délimiter le champ de compétence respectif des deux ordres de gouvernement¹¹³. Bien entendu, cette situation n'a pas changé en 1982. D'après ce point de vue, cependant, un nouvel élément est entré en jeu. En effet, aux termes du paragraphe 35(1), les gouvernements autochtones se sont vu reconnaître comme détenteurs de pouvoirs parallèles à ceux du gouvernement fédéral en ce qui a trait aux matières visées au paragraphe 91(24). On peut soutenir que les règles constitutionnelles régissant l'interaction des lois fédérales et provinciales dans ce domaine s'appliquent également, moyennant les adaptations voulues, à l'interaction des lois autochtones et provinciales¹¹⁴.

Comment la *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique-t-elle aux gouvernements autochtones? C'est là une question complexe qui a d'importantes incidences constitutionnelles¹¹⁵. Une réponse possible, qui mérite un examen attentif, repose sur deux propositions fondamentales¹¹⁶. Premièrement, le droit des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale, en tant que tel, échappe à tout examen en vertu de la Charte parce qu'il est protégé par l'article 25 de celle-ci, selon lequel la Charte ne saurait s'interpréter de manière à porter atteinte aux droits ou libertés – ancestraux,

issus de traités ou autres – des peuples autochtones¹³⁷. Deuxièmement, chacun des membres des groupes autochtones bénéficie de la protection des dispositions de la Charte dans ses rapports avec les gouvernements autochtones.

Cette approche établit une distinction entre le *droit* même à l'autonomie gouvernementale et l'*exercice* des pouvoirs gouvernementaux qui découlent de ce droit¹³⁸. Dans la mesure où celui-ci est un droit ancestral, l'article 25 en empêche l'abolition ou la limitation opérées en application de la Charte. Cependant, dans ses rapports avec les gouvernements, chaque membre des groupes autochtones jouit au même titre que les autres Canadiens, des droits prévus par la Charte, et cette protection s'étend aux gouvernements autochtones¹³⁹. La Charte régleme donc, selon ce point de vue, la manière dont ces derniers exercent leurs pouvoirs, mais elle n'a pas pour effet de supprimer le droit même à l'autonomie gouvernementale.

De plus, le paragraphe 35(4) contient une disposition garantissant l'égalité des deux sexes dans l'exercice du droit à l'autonomie gouvernementale. Il est ainsi rédigé :

Indépendamment de toute autre disposition de la présente loi, les droits – ancestraux ou issus de traités – visés au paragraphe (1) sont garantis également aux personnes des deux sexes.

Dans la mesure où le droit à l'autonomie gouvernementale est un droit ancestral ou issu de traités visé au paragraphe 35(1), il tombe manifestement dans le champ d'application de cette garantie.

Il ne faut pas oublier que les premières nations ne sont pas étrangères aux doctrines de liberté et d'égalité dont est empreinte la Charte. Les premiers Européens venus en Amérique du Nord ont été frappés par le caractère égalitaire de la plupart des sociétés autochtones et par le degré remarquable de liberté et de responsabilité personnelles dont jouissaient les membres de ces sociétés¹⁴⁰. Comme le notait en 1744 l'historien français Charlevoix :

Nés libres & indépendans, ils ont en horreur jusqu'à l'ombre du pouvoir despotique, mais ils s'écartent rarement de certains principes & de certains usages, fondés sur le bon sens [...] Dans ce Pays tous les Hommes se croient également Hommes, & dans l'Homme ce qu'ils estiment le plus, c'est l'Homme. Nulle distinction de naissance; nulle prérogative attribuée au rang¹⁴¹...

Par contre, nombre de sociétés européennes des XVII^e et XVIII^e siècles étaient hautement hiérarchisées et soumises à des régimes très autoritaires qui laissaient peu de place aux libertés démocratiques, l'asservissement étant monnaie courante. D'après une théorie, l'exemple des sociétés autochtones a eu une incidence importante (et sous-estimée) sur la pensée politique européenne et a contribué à la formation des idéaux qui ont mené aux révolutions américaine et française¹⁴². Comme l'ont affirmé les chefs de la Confédération iroquoise :

[traduction]

Après avoir pris place autour des feux de nos conseils, les Européens sont repartis dans le monde répandre les principes de la justice et de la démocratie qu'ils avaient appris de nous et qui ont eu une incidence profonde sur l'évolution du monde moderne¹⁴³

Aussi peut-on soutenir que les principes dont est empreinte la *Charte canadienne des droits et libertés* ont de multiples racines qui plongent au plus profond des sociétés autochtones et non autochtones. Ces principes peuvent, du moins dans une certaine mesure, être considérés comme le résultat d'un mélange de cultures par suite de contacts entre sociétés dans les villages et les forêts d'Amérique du Nord, contacts dont les effets se firent sentir jusque dans les salons et les marchés de l'Europe antérieurement à la Révolution. Dans l'interprétation et l'application de la Charte, il serait donc bon de garder présents à l'esprit les idéaux complémentaires de liberté et de responsabilité qui ont imprégné les attitudes autochtones de temps immémorial et qui demeurent valables dans la société canadienne moderne.

En un mot, le droit des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale a de solides assises dans les règles de droit actuelles du Canada, même en l'absence de dispositions constitutionnelles explicites analogues à celles proposées dans l'Accord constitutionnel de Charlottetown en 1992. Le fondement initial de ce droit a été le statut autonome des nations autochtones au moment de leur association avec les Couronnes française et britannique. Le droit des peuples autochtones de diriger leurs propres affaires a été reconnu dans les usages des sociétés en présence et il constitue une prémisse implicite de bien des traités. Il est passé dans la doctrine de *common law* touchant les droits ancestraux, laquelle a été élaborée au cours des XVII^e et XVIII^e siècles pour former un ensemble de règles de droit fondamentales régissant les rapports entre les peuples autochtones et les peuples européens qui venaient s'établir en Amérique. Ce sont là de bonnes raisons de conclure que le droit à l'autonomie gouvernementale subsiste encore aujourd'hui dans la *common law* constitutionnelle et qu'il figure parmi les droits ancestraux ou issus de traités que garantit le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il s'agit d'un droit à caractère organique qui peut s'exercer au moyen de mesures prises par les peuples autochtones dans les domaines centraux du champ de compétence autochtone. Cependant, son exercice dans les domaines situés aux confins de ce champ de compétence exige vraisemblablement la conclusion d'ententes avec les autres ordres de gouvernement compétents.

Examinons donc maintenant de plus près la façon dont il peut être donné effet au droit à l'autonomie gouvernementale reconnu au paragraphe 35(1).

La mise en oeuvre de l'autonomie gouvernementale

L'autonomie gouvernementale a un sens différent d'un groupe autochtone à l'autre. Pour certains, elle peut signifier le rétablissement des structures gouvernementales traditionnelles ou leur adaptation aux besoins modernes. Pour d'autres, elle peut

être l'établissement de structures toutes nouvelles ou une participation plus active aux institutions de gouvernement nouvelles ou déjà existantes aux niveaux fédéral, provincial, régional ou territorial. Pour certains groupes, cette autonomie peut impliquer la création de structures gouvernementales qui régiraient tous les habitants d'une région ou d'un territoire en particulier. Pour d'autres groupes encore, cela peut vouloir dire un plus grand pouvoir en ce qui concerne la prestation de services gouvernementaux – en matière d'éducation et de santé, par exemple. Dans l'examen de la mise en oeuvre de l'autonomie gouvernementale, il est important de se rappeler qu'il existe plus d'une manière, pour les peuples autochtones, de parvenir à leur objectif d'une autonomie plus grande et d'une maîtrise accrue de leurs vies. Aucun modèle unique n'est à lui seul suffisant étant donné la grande diversité des aspirations et des circonstances propres à chaque peuple autochtone.

Néanmoins, il existe plusieurs principes fondamentaux qui peuvent servir de lignes directrices générales qui permettront de mener à bonne fin la mise en oeuvre de l'autonomie gouvernementale, soit 1) la prise de l'initiative et de la responsabilité par le groupe, 2) la réceptivité de la Couronne, 3) la souplesse structurelle, et 4) la stabilité et l'égalité sur le plan financier. Reprenons maintenant chacun de ces points brièvement.

En ce qui concerne le premier principe, il est essentiel que toute mesure visant à instaurer l'autonomie gouvernementale soit prise par le groupe autochtone intéressé et qu'elle réponde aux besoins déterminés par ses membres. Venant de l'extérieur, les tentatives en vue d'instaurer l'autonomie gouvernementale, même si elles témoignent d'une grande inventivité et s'inspirent des meilleures intentions, risquent fort de ne pas être au diapason des véritables priorités et préoccupations d'une collectivité, et d'en perturber la dynamique interne. Les mesures d'origine extérieure destinées à réduire la dépendance d'une collectivité peuvent en réalité l'accroître à la longue, précisément parce qu'elles émanent de l'extérieur. Bon nombre des difficultés éprouvées par les collectivités autochtones découlent du fait qu'elles ont perdu la maîtrise de leurs propres affaires, situation que les solutions imposées ne sauraient vraisemblablement qu'aggraver. Il appartient à chaque groupe de déterminer la nature de toute mesure visant à accroître son autonomie et de décider quand elle sera prise. Néanmoins, il va sans dire que les collectivités peuvent choisir, aux fins de l'autonomie gouvernementale, de former des groupes selon leur tribu, selon leur région ou selon le traité dont elles sont signataires, de constituer des ensembles plus grands ou de participer à des gouvernements qui représentent tous les habitants d'un territoire donné.

Il faut que les collectivités prennent elles-mêmes l'initiative; voilà la dimension pratique de la notion du caractère inhérent du droit à l'autonomie gouvernementale. Le dicton selon lequel l'indépendance ne se donne pas mais se gagne cache une vérité profonde. Cela veut dire que l'accession à une autonomie spirituelle et matérielle plus grande ne peut s'amorcer que de l'intérieur. Non seulement les structures de l'autonomie gouvernementale doivent être le résultat de l'initiative communautaire, mais elles doivent être placées sous la direction du groupe, qui en demeure responsable en dernière analyse. Autrement dit, le groupe doit assumer la gestion de ses propres affaires et les responsabilités que cela comporte.

Néanmoins, les peuples autochtones et leurs gouvernements n'existent pas isolément mais constituent des éléments d'un régime fédéral complexe. Aussi, suivant notre deuxième principe directeur, est-il souhaitable que l'autonomie gouvernementale soit mise en oeuvre avec la coopération des autorités fédérales et provinciales, qui devraient être disposées à donner suite en temps opportun et de façon appropriée aux initiatives des peuples autochtones. Cela obligera ces autorités à établir des mécanismes et des procédures souples, susceptibles de faciliter l'accession à l'autonomie gouvernementale. Il faudra en outre clarifier le rôle que devront jouer les gouvernements fédéral et provinciaux dans ce processus. Comme nous le verrons, l'adoption de lois cadres appropriées par le Parlement du Canada, en vertu du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, pourrait être un moyen de réaliser ces objectifs.

Le troisième principe directeur veut que les procédures applicables à la transition vers une autonomie gouvernementale élargie soient adaptables et de nature à permettre une vaste gamme d'options. Dans certains cas, les collectivités autochtones pourront être disposées à élaborer et à appliquer d'un seul coup des mesures de réforme de large portée. Dans d'autres, cependant, on préférera peut-être une démarche plus lente et plus progressive au cours de laquelle on attaquera d'abord les besoins les plus criants du groupe pour régler ultérieurement les questions moins urgentes, en se fondant sur l'expérience acquise. Ainsi, dans le domaine de la protection de l'enfance, un groupe pourrait décider de commencer par légiférer à l'égard d'un seul aspect de ce dossier, par exemple, les ordonnances de surveillance, et de laisser provisoirement les autres aspects à une agence extérieure.

Voilà qui nous amène au quatrième principe directeur. Or, pour bon nombre de peuples autochtones, l'autonomie gouvernementale n'aura guère de sens sans la conclusion d'arrangements fiscaux sûrs à long terme et, en ce qui concerne les terres et les ressources, sans un accès élargi qui procurera à ces collectivités une autosuffisance plus grande. Le pouvoir abstrait de l'autonomie gouvernementale est une coquille vide si l'on ne dispose pas des possibilités matérielles d'exercer les fonctions normales d'un gouvernement moderne et si l'on ne possède pas suffisamment de terres et de ressources pour répondre aux besoins des populations actuelles et futures. Par suite des processus historiques qu'a enclenchés la colonisation, bien des autochtones se sont vu déposséder de leurs terres ancestrales, privés de leur modes de subsistance traditionnels, et relégués dans des territoires minuscules offrant un potentiel économique minime. C'est aux gouvernements fédéral et provinciaux qu'il incombe de veiller à ce que les assises, tant territoriales qu'en matière de ressources, des peuples autochtones soient améliorées, et aussi de voir à ce que ces derniers disposent de moyens financiers suffisants pour offrir des services à des niveaux comparables à ceux existant ailleurs au Canada.

Quoique l'article 36 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ait été adopté dans un contexte différent, on y trouve les principaux éléments de cette dernière responsabilité. Il prévoit en effet que les gouvernements fédéral et provinciaux s'engagent à atteindre trois objectifs principaux, à savoir :

- 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.

Même si ces objectifs sont énoncés dans le contexte des relations fédérales-provinciales, ils semblent s'appliquer également aux rapports entre les peuples autochtones et les gouvernements fédéral et provinciaux.

Compte tenu de ces principes, voyons maintenant quelques-uns des principaux moyens de mettre en oeuvre le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale dans le cadre constitutionnel actuel. Nous concentrerons notre attention sur trois moyens : 1) les initiatives collectives, 2) les traités et les autres ententes et 3) les lois fédérales. Naturellement, ces moyens ne s'excluent pas l'un l'autre et peuvent se combiner de diverses manières. Il est cependant utile de les examiner séparément.

Les initiatives collectives

Dans l'optique exposée plus haut, le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* offre aux peuples autochtones un moyen souple et commode de réaliser l'autonomie gouvernementale. Pour reprendre les principaux éléments exposés précédemment, nous soutenons que la question est soumise aux règles suivantes :

- a) Aux termes du paragraphe 35(1), un groupe autochtone a le droit de prendre en main ses propres affaires dans les domaines centraux ressortissant au champ de compétence autochtone, et ce, de sa propre initiative et sans nécessairement attendre la conclusion d'ententes intergouvernementales. Il a aussi le droit d'assumer compétence relativement à une plus large gamme de matières étrangères aux domaines centraux en négociant à cet égard des ententes avec les autorités fédérales et provinciales compétentes.
- b) Tant qu'un groupe autochtone n'aura pas assumé les pouvoirs associés à l'autonomie gouvernementale, les lois fédérales et provinciales valides continueront de s'appliquer. Il ne pourra donc y avoir de «vide» en matière de compétence en attendant qu'un groupe autochtone décide d'agir.
- c) Une fois qu'un groupe aura établi ses propres institutions gouvernementales, il sera libre de procéder aussi graduellement ou rapidement qu'il le jugera à propos dans les domaines centraux et négociés de sa compétence, en adoptant des lois applicables aux matières actuellement régies par des lois fédérales ou provinciales.
- d) Les lois adoptées par un gouvernement autochtone l'emporteront sur les lois fédérales incompatibles, sauf lorsque ces

dernières pourront être justifiées suivant le critère énoncé dans l'arrêt *Sparrow*. L'interaction entre les lois autochtones et provinciales sera en grande partie assujettie aux règles qui s'appliquent normalement aux lois provinciales et fédérales sous le régime de la répartition des pouvoirs.

e) Cependant, là où les lois fédérales ou provinciales n'entreront pas en conflit avec les lois autochtones mais ne feront que les compléter ou les renforcer, celles-là continueront de s'appliquer en chevauchant celles-ci.

f) Si un gouvernement autochtone abroge une loi, toute loi fédérale ou provinciale écartée par cette loi recommencera à s'appliquer.

En pratique, quelles sont donc les mesures qu'un groupe autochtone doit prendre pour mettre en œuvre son droit inhérent à l'autonomie gouvernementale? Nous n'examinerons ici que le cas principal, celui d'un groupe formant une entité distincte et possédant ses propres terres, que celles-ci soient détenues en vertu d'un titre ancestral, d'un traité ou d'un décret, ou encore par occupation ou autrement¹⁴⁴. Le cas des groupes autochtones sans aucune assise territoriale est différent et pose un éventail de problèmes complexes dont nous ne pouvons traiter ici.

La première condition préalable à l'exercice du droit à l'autonomie gouvernementale est l'existence d'une constitution définissant la structure fondamentale et les pouvoirs du gouvernement. Cette constitution peut être traditionnelle ou moderne, ou les deux à la fois. Elle peut reposer sur le statu quo ou encore prévoir des institutions nouvelles ou rétablies. Cependant, pour éliminer toute incertitude, il semble souhaitable que les principaux éléments de la constitution soient énoncés dans un document, auquel pourraient bien entendu se greffer des principes non écrits, comme c'est le cas pour la Constitution du Canada.

La deuxième condition préalable à l'exercice du droit à l'autonomie gouvernementale est l'existence d'un code de citoyenneté définissant les membres du groupe de façon assez précise. Ce code peut être un ensemble de règles existantes, une variante d'un tel ensemble ou quelque chose d'essentiellement nouveau. Dans certains cas, il pourrait être utile, pour un groupe, de prendre pour point de départ son effectif actuel et de se ménager la possibilité d'admettre ultérieurement de nouvelles catégories de membres. Dans d'autres, le groupe pourra décider de commencer par se reconstituer en élargissant le cercle de ses ressortissants ou en s'unissant à d'autres groupes de manière à former une nouvelle entité pour les fins gouvernementales. Dans tous les cas, c'est au groupe qu'il appartiendra de déterminer la voie à suivre, sous réserve des normes fondamentales de justice et des critères constitutionnels et internationaux applicables. Le modèle qui suit pourra cependant convenir dans certaines situations.

Suivant ce modèle, le groupe prendrait pour point de départ son effectif actuel, conformément aux dispositions de son code ou de ses lois en matière d'appartenance au groupe. En l'absence de dispositions semblables, il devrait déterminer cet effectif

principalement en fonction des coutumes et usages locaux. Le groupe initial se réunirait pour décider s'il veut élargir son effectif actuel, le conserver tel quel ou remettre à plus tard la prise d'une décision à ce sujet. Il déciderait aussi s'il veut s'unir à d'autres groupes pour constituer une nouvelle entité gouvernementale et former, par exemple, un conseil tribal ou un conseil d'autochtones visés par un traité. Le groupe devrait ensuite arrêter des critères en matière de citoyenneté et les consigner dans un code. Dans certains cas, celui-ci ne ferait peut-être que reprendre un code existant. Les critères de citoyenneté adoptés devraient être justes et conformes à tous les critères constitutionnels et internationaux applicables. Le groupe devrait ensuite établir une procédure d'appel pour le règlement des différends touchant le statut de membre.

Un groupe autochtone doté d'une constitution et d'un effectif assez bien défini est en mesure d'exercer son droit à l'autonomie gouvernementale dans les domaines centraux du champ de compétence autochtone. S'il le souhaite, il pourra le faire par étapes, en prenant en main graduellement divers domaines administrés auparavant par d'autres gouvernements, et ce de la manière et au rythme que dicteront les besoins et les priorités de la collectivité.

Les traités et ententes

Dans bien des cas, les groupes autochtones gagneront à emprunter la voie de la négociation et des ententes pour mettre en oeuvre leur droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, tant dans les domaines centraux que dans ceux touchant aux confins de leur champ de compétence. Il y a souvent de bonnes raisons de procéder de cette manière. Par exemple, un groupe dont la revendication relative à un certain territoire n'est pas réglée pourra décider de combiner les négociations portant sur cette revendication avec celles qui concernent l'autonomie gouvernementale. Un autre groupe préférera peut-être s'assurer que des arrangements fiscaux appropriés sont pris avant d'exercer ses droits à l'autonomie gouvernementale dans les domaines centraux. Dans d'autres cas encore, le groupe pourra trouver commode de régler les différends relatifs au statut de membre dans le cadre de négociations globales sur l'autonomie gouvernementale.

Les ententes entre un groupe autochtone et la Couronne pourront prendre diverses formes dont les incidences juridiques et constitutionnelles diffèrent. Nous nous arrêterons d'abord aux traités, puis nous ferons un survol des autres types d'ententes.

Depuis les temps anciens, les traités sont le mécanisme privilégié pour la réglementation des rapports entre les peuples autochtones et la Couronne. Il semble donc normal que, dans bien des cas, ils soient un rouage essentiel dans le processus moderne de mise en oeuvre de l'autonomie gouvernementale. Comme le déclarait le Conseil de district de Bella Coola :

La modification des lois et de la Constitution n'est certes pas la meilleure façon d'établir les relations entre nos gouvernements indiens et le reste du Canada. Il faut plutôt, pour ce faire un accord politique fondamental, un pacte ou un contrat social. Cela

respecterait le principe de l'égalité des peuples. Cette entente ferait partie intégrante de la Constitution canadienne et servirait en même temps de constitution pour la Confédération des nations indiennes du pays. Ce contrat social ne pourrait pas être modifié sans le consentement des deux parties¹⁴⁵

Les traités en matière d'autonomie gouvernementale pourraient prendre diverses formes. Ainsi, un traité de caractère général pourrait être conclu entre la Couronne et des collectivités autochtones habitant une région donnée ou un territoire visé par un traité, ou même partout au Canada. Ce traité pourrait établir un vaste cadre pour la mise en oeuvre du droit à l'autonomie gouvernementale, tout en prévoyant des critères et mécanismes fondamentaux pour la négociation ou l'arbitrage. Une autre façon de faire pourrait consister à conclure pour chaque collectivité un traité particulier mettant en oeuvre ce droit. Ces traités donneraient naissance à des «droits existants issus de traités», au sens du paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et ils auraient primauté sur les lois restrictives telle la *Loi sur les Indiens*. Ils seraient en outre protégés contre l'abrogation unilatérale par le Parlement du Canada, en vertu des principes énoncés par la Cour suprême dans l'arrêt *Sparrow*.

On pourrait soutenir, par contre, que le paragraphe 35(1) s'applique uniquement aux traités qui existaient déjà en 1982, et non à ceux conclus par la suite. Cependant, il semble probable qu'il sera interprété de façon large, de manière à comprendre tous les droits issus de traités qui ont pu exister depuis 1982. Pareille interprétation est étayée par le paragraphe 35(3), qui est ainsi conçu :

Il est entendu que sont compris parmi les droits issus de traités, dont il est fait mention au paragraphe (1), les droits existants issus d'accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis.

L'expression «susceptibles d'être ainsi acquis» donne à entendre que les mots «droits existants [...] issus de traités», employés au paragraphe 35(1), visent l'avenir. Autrement dit, ce paragraphe ne se limite pas aux traités qui existaient au moment de son adoption; il vise aussi les traités conclus ultérieurement, en 1989, 1995, etc. L'expression «il est entendu» montre que le paragraphe 35(3) ne vient pas modifier le paragraphe 35(1), mais ne fait qu'en clarifier le sens. Donc, bien qu'il s'applique exclusivement aux accords sur des revendications territoriales, le paragraphe 35(3) suppose que les termes «droits existants [...] issus de traités», figurant au paragraphe 35(1), visent l'avenir, c'est-à-dire que l'application prospective de ce dernier paragraphe ne résulte pas d'une exception de portée étroite énoncée au paragraphe 35(3), mais se fonde sur les termes généraux du paragraphe 35(1) lui-même.

Néanmoins, les traités ayant juridiquement force exécutoire ne sont pas la seule forme que peuvent prendre les ententes en matière d'autonomie gouvernementale. Dans certains cas, par exemple, des accords politiques conclus entre les peuples autochtones et les gouvernements fédéral ou provinciaux pourront jouer un rôle. De tels accords énonceraient les grands principes devant guider les actions des parties, même si l'on ne pouvait pas en obtenir directement l'exécution forcée devant les

tribunaux. L'objet de ces accords serait de fournir un contexte approprié dans lequel les peuples autochtones pourraient accéder à l'autonomie gouvernementale dans un climat de coopération dénué d'affrontements, sans avoir à craindre que les gouvernements ne contestent devant les tribunaux ni que les arrangements fiscaux ne soient suspendus.

La Déclaration ontarienne sur les relations politiques, intervenue en 1991 entre le gouvernement de l'Ontario et les premières nations de cette province, est un exemple d'une telle entente¹⁴⁶. Dans ce document, on reconnaît tout d'abord que les premières nations existent en Ontario à titre de nations distinctes, dotées de leurs propres gouvernements, cultures, langues, traditions, coutumes et territoires. On y reconnaît ensuite que les relations de l'Ontario avec les premières nations doivent reposer sur les droits ancestraux et issus de traités qui ont été reconnus dans la *Proclamation royale de 1763* et dans la *Loi constitutionnelle de 1982*. On affirme ensuite dans cette déclaration que le droit inhérent des premières nations à l'autonomie gouvernementale procède du Créateur et du fait que les premières nations occupaient le territoire à l'origine. L'Ontario reconnaît que, en vertu de la Constitution du Canada, les premières nations ont un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale dans le cadre constitutionnel canadien, et que ses relations avec elles doivent se fonder sur le respect de ce droit. Dans ce texte, les parties s'engagent à faciliter l'énoncé, l'exercice et la mise en oeuvre plus poussés du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale par des moyens comme la conclusion de traités, la réforme constitutionnelle et législative et l'établissement d'ententes mutuellement acceptables.

Un projet d'accord politique rédigé en 1992, à l'époque de l'Accord de Charlottetown, fournit un autre exemple d'un accord-cadre, auquel aucune suite n'a néanmoins été donnée¹⁴⁷. D'après ce document, le gouvernement fédéral, les provinces d'Ontario, du Manitoba, de la Saskatchewan, d'Alberta et de la Colombie-Britannique, et le Ralliement national des Métis sont convenus de conclure un accord sur la nation métisse. Le document dit également que l'accord engagerait les gouvernements à négocier un éventail de questions intéressant celle-ci, tout en maintenant le niveau actuel des fonds qui sont affectés à cette nation et aux autres peuples autochtones. Une fois conclu, cet accord lierait juridiquement les parties et pourrait fonder des recours devant les tribunaux¹⁴⁸. Depuis l'échec des propositions de Charlottetown, les gouvernements concernés n'ont pris aucune autre mesure concernant cet accord.

En résumé, il serait préférable, de manière générale, que les peuples autochtones mettent en oeuvre leur droit inhérent à l'autonomie gouvernementale par la voie d'ententes avec les autorités fédérales et provinciales, dans un esprit de fédéralisme coopératif, de sorte que les questions importantes, comme celles de la compétence, du financement et des dispositions transitoires, puissent être réglées de façon rationnelle et amicale. En dernière analyse, toutefois, il y a de bonnes raisons de penser que les peuples autochtones pourront, en ce qui a trait aux domaines centraux de leur champ de compétence, exercer leur droit à l'autonomie gouvernementale de leur propre initiative, sans l'assentiment des autorités fédérales et provinciales.

L'action fédérale

Même si l'initiative concernant l'accession à l'autonomie gouvernementale devrait émaner des peuples autochtones, le gouvernement fédéral pourrait lui faciliter la voie en modifiant ou en complétant, de façon générale ou sélective, certaines lois restrictives comme la *Loi sur les Indiens*. Ainsi, il pourrait être utile de compléter la *Loi sur les Indiens* par une loi fixant un cadre facultatif destiné à permettre le passage ordonné à l'exercice des pouvoirs inhérents de gouvernement, pourvu qu'il soit bien entendu qu'il s'agit d'un droit non délégué mais de source inhérente. De telles dispositions pourraient reconnaître le droit des peuples autochtones de se soustraire, de leur propre chef, à l'application de certaines parties de la *Loi sur les Indiens*. Elles pourraient aussi établir des mécanismes pour la négociation d'ententes ou traités en matière d'autonomie gouvernementale. Ces ententes pourraient ensuite être incorporées dans des lois parallèles adoptées par chacune des parties, y compris le groupe autochtone, qui se trouverait alors à exercer son pouvoir inhérent. Si les parties ne parvenaient pas à s'entendre, le groupe autochtone pourrait toujours choisir d'exercer son droit constitutionnel au moyen d'initiatives collectives.

Conclusion



En examinant le long cheminement des rapports entre les peuples autochtones et la Couronne, nous constatons que des changements profonds se sont produits de part et d'autre depuis la conclusion des premiers traités et des premières alliances. Ces changements n'ont pas tous été bénéfiques et les principes sous-tendant les rapports initiaux n'ont pas toujours été respectés. Certaines promesses n'ont pas été tenues et de graves injustices ont été commises. Néanmoins, le temps est venu d'essuyer nos larmes, de nous éclaircir la voix et de parler franchement et ouvertement de notre avenir dans ce pays que nous partageons tous, autochtones et nouveaux venus.

L'objet du présent document était de favoriser cette communication. Nous avons pris pour point de départ les principes sous-jacents aux rapports initiaux entre les peuples autochtones et la Couronne, et la reconnaissance de ces principes dans la *Loi constitutionnelle de 1982*. Nous nous sommes inspirés du consensus manifeste, observé depuis 1982, quant à la nécessité de trouver des moyens de vivre ensemble et d'organiser nos rapports de façon harmonieuse. Dans notre recherche d'un terrain commun de dialogue, nous nous sommes efforcés, tout au long du document, de suivre le principe de la reconnaissance. À notre avis, on ne peut avoir de rapports fructueux qu'à condition de reconnaître et de respecter les valeurs fondamentales, les institutions et les objectifs de l'autre partie. C'est dans cet esprit que nous lançons un appel à une meilleure compréhension des sources du droit et du pouvoir dans ce pays et préconisons des façons plus globales d'interpréter la Constitution, de manière à reconnaître le rôle capital qu'ont joué les traités et les droits ancestraux dans la structuration de la Confédération. Cette nouvelle façon de voir comporte comme élément central la reconnaissance du fait que les peuples autochtones jouissent du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale au sein du Canada.

En abordant ces questions fondamentales, si chères à tous les intéressés, il est facile de mal choisir ses mots, de tomber dans la maladresse et de faire des erreurs. Nous avons certainement commis notre part d'erreurs dans ce document. Si, toutefois, malgré leur imperfection, nos efforts contribuent à écarter d'anciennes conceptions erronées et à ouvrir de nouvelles perspectives sur notre histoire commune, ils n'auront pas été vains.

Notes

1. Le texte original de la Loi figure à l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, Statutes of the United Kingdom, chapitre 11. L'article 35 a par la suite été changé par la *Proclamation de 1983 modifiant la Constitution*, TR/84-102, qui y ajoute les paragraphes 35(3) et 35(4). Voici le libellé actuel de l'article 35 :
 - (1) Les droits existants – ancestraux ou issus de traités – des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.
 - (2) Dans la présente loi, «peuples autochtones du Canada» s'entend notamment des Indiens, des Inuit et des Métis du Canada.
 - (3) Il est entendu que sont compris parmi les droits issus de traités, dont il est fait mention au paragraphe (1), les droits existants issus d'accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis.
 - (4) Indépendamment de toute autre disposition de la présente loi, les droits – ancestraux ou issus de traités – visés au paragraphe (1) sont garantis également aux personnes des deux sexes.
2. *R. v. Sparrow*, [1990] 1 Recueil de la Cour suprême 1075. L'arrêt unanime de la Cour a été rédigé par le juge en chef Dickson et le juge La Forest.
3. Note précédente, p. 1105.
4. Note précédente, p. 1106. Le passage cité figure dans Noel Lyon, "An Essay on Constitutional Interpretation" (1988), 26 Osgoode Hall Law Journal 95, p. 100.
5. Note précédente, p. 1106.
6. Note précédente, p. 1108.
7. Parlement du Canada, Chambre des communes, *L'Autonomie politique des Indiens au Canada : deuxième rapport du Comité spécial sur l'autonomie politique des Indiens* (président : M. Keith Penner), présenté les 12 et 20 octobre 1983 (Ottawa : Imprimeur de la Reine, 1983).
8. Note précédente, pp. 45-46.
9. Note précédente, p. 46.
10. Note précédente, p. 47.
11. Ces négociations sont examinées dans : Michael Asch, *Home and Native Land: Aboriginal Rights and the Canadian Constitution* (Toronto: Methuen, 1984), pp. 26-40; William Calder, "The Provinces and Indian Self-Government in the Constitutional Forum", in J. Anthony Long and Menno Boldt, ed. *Governments in Conflict? Provinces and Indian Nations in Canada* (Toronto: University of Toronto Press, 1988), pp. 72-82; J. Edward Chamberlin, "Aboriginal Rights and

- the Meech Lake Accord”, in Katherine E. Swinton, and Carol J. Rogerson, eds., *Competing Constitutional Visions: The Meech Lake Accord* (Toronto: Carswell, 1988), pp. 11-19; Georges Erasmus, «Vingt ans d'espoirs déçus» dans *Minuit moins cinq sur les réserves*, sous la direction de Boyce Richardson, traduction de Jacques B. Gélinas (Montréal Libre Expression, 1992), pp. 259-97; R.E. Gaffney, G.P. Gould, and A.J. Semple, *Broken Promises: The Aboriginal Constitutional Conferences* (Fredericton, N.-B.: New Brunswick Association of Metis and Non-Status Indians, 1984); David C. Hawkes, *Aboriginal Peoples and Constitutional Reform: What Have We Learned?* (Kingston: Institute of Intergovernmental Relations, Queen's University, 1989); Kent McNeil, “Aboriginal Peoples and Constitutional Reform in Canada”, (étude inédite, Osgoode Hall Law School, York University, Toronto, 23 octobre, 1992); Bryan Schwartz, *First Principles, Second Thoughts: Aboriginal Peoples, Constitutional Reform and Canadian Statecraft* (Montréal: Institut de recherches politiques, 1986); Norman K. Zlotkin, “The 1983 and 1984 Constitutional Conferences: Only the Beginning”, [1984] 3 *Canadian Native Law Reporter* 3-29.
12. Voir réunion des premiers ministres sur la Constitution, *Rapport du consensus sur la Constitution*, Charlottetown, Î.-P.-É., 28 août 1992, et *Projet de texte juridique*, 9 octobre 1992.
 13. Ce récit se fonde principalement sur les sources suivantes, qui diffèrent légèrement quant aux détails : *Connolly v. Woolrich* (1867), 17 Rapports judiciaires révisés de la province de Québec 75 (d'autres références pour cette affaire sont mentionnées à la note 15); Dictionnaire biographique du Canada (Québec: Les Presses de l'Université Laval, 1967-91), vol. VII, pp. 221-23 (“Connolly, William”), vol. IX, pp. 164-65 (“Connolly, Suzanne”).
 14. Archives nationales du Canada, MG 29, B 15, Robert Bell Papers, “Reminiscences of Henry Connolly”; renseignements gracieusement fournis par James Morrison, Legal and Historical Research, Haileybury (Ontario).
 15. La décision rendue en première instance est publiée sous l'intitulé *Connolly v. Woolrich* (1867), 17 Rapports judiciaires révisés de la province de Québec 75 (Cour supérieure du Québec); elle est aussi publiée dans 11 *Lower Canada Jurist* 197 et dans Brian Slattery, ed., *Canadian Native Law Cases* (Saskatoon: University of Saskatchewan Native Law Centre, 1980), Vol. 1, 70. La décision rendue en appel est publiée sous l'intitulé *Johnstone v. Connolly* (1869), 17 Rapports judiciaires révisés de la province de Québec 266 (Cour du Banc de la Reine); elle est également publiée dans 1 *Revue légale* (ancienne série) 253 et dans Slattery, ed. *Canadian Native Law Cases*, Vol. 1, 151. L'affaire fut réglée par voie de transaction avant que le Conseil privé ne se prononce; *Dictionary of Canadian Biography*, note 13, Vol. IX, p. 150.
 16. Le récit qui suit est fondé sur *Connolly v. Woolrich*, note 15, pp. 83-87.
 17. Note précédente, pp. 83-84.
 18. Publié dans (1832) 6 *Peters* 515.
 19. La citation originale figure dans *Worcester v. Georgia*, note précédente, p. 547, et elle est citée dans *Connolly v. Woolrich*, note 15, p. 86.
 20. *Connolly v. Woolrich*, note précédente, p. 82.
 21. Voici d'autres affaires traitant du droit coutumier autochtone : *R. v. Nan-e-quis-a Ka* (1889), 1 *Territories Law Reports* 211 (Northwest Territories Supreme Court); *R. v. Bear's Shin Bone* (1899), 3 *Canadian Criminal Cases* 329 (Northwest Territories Supreme Court); *Re Noah Estate* (1961), 32 *Dominion Law Reports* (2nd series) 185 (Northwest Territories Territorial Court); *Re Adoption of Katie* (1961), 32 *Dominion Law Reports* (2nd series) 686 (Northwest Territories Territorial Court); *Re Beaulieu's Adoption Petition* (1969), 3 *Dominion Law Reports* (3rd series) 479 (Northwest Territories Territorial Court); *Re Kitchoalik and Tucktoo* (également publié sous l'intitulé *Re Deborah*) (1972), 28 *Dominion Law Reports* (3rd) 483

- (Northwest Territories Court of Appeal), confirmant la décision de la Northwest Territories Territorial Court, publiée dans (1972), 27 Dominion Law Reports (3rd series) 225; *Re Wab-Shee* (1975), 57 Dominion Law Reports (3d) 743 (Northwest Territories Supreme Court); *Re Tagornak Adoption Petition* [1984] 1 Canadian Native Law Reporter 185 (Northwest Territories Supreme Court); *Michell v. Dennis* [1984] 2 Canadian Native Law Reporter 91 (B.C.S.C.); *Casimel v. Insurance Corporation of British Columbia* [1992] 1 Canadian Native Law Reporter 84 (British Columbia Supreme Court); *Delgamuukw v. The Queen*, British Columbia Court of Appeal, 25 juin 1993 (arrêt inédit). Voir l'exposé figurant dans : Norman K. Zlotkin, "Judicial Recognition of Aboriginal Customary Law in Canada: Selected Marriage and Adoption Cases", [1984] 4 Canadian Native Law Reporter 1; Brian Slattery, "Understanding Aboriginal Rights" (1987), 66 *Revue du Barreau canadien* 727, pp. 738-39.
22. Lois révisées du Canada (1985), chapitre I-5.
 23. Statutes of Alberta 1990, chapitre M-14.3.
 24. Dans *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 Recueil de la Cour suprême 721, pp. 750-52, la Cour suprême du Canada a statué à l'unanimité que la primauté du droit est un postulat fondamental de la structure constitutionnelle canadienne, même si elle n'est énoncée explicitement dans aucune disposition. La Cour conclut ensuite, à la p. 752 : «En d'autres termes, dans les décisions constitutionnelles, la Cour peut tenir compte des postulats non écrits qui constituent le fondement même de la Constitution du Canada. Dans le cas du *Renvoi sur le rapatriement* [...], ce postulat non écrit était le principe du fédéralisme. Dans le cas présent, c'est le principe de la primauté du droit.»
 25. Voir Jean-Gabriel Castel, *The Civil Law System of the Province of Quebec* (Toronto: Butterworths, 1962). Voir également l'Édit royal de 1663 créant le Conseil souverain de la Nouvelle-France; texte dans Jacques-Yvan Morin et José Woehrling, *Les Constitutions du Canada et du Québec* (Montréal : Éditions Thémis, 1992), 591, p. 592.
 26. Voir W.R. Jackett, "Foundations of Canadian Law in History and Theory", in Otto E. Lang, ed., *Contemporary Problems of Public Law in Canada* (Toronto: University of Toronto Press, 1968); J.E. Cote, "The Reception of English Law" (1977), 15 *Alberta Law Review* 29; Peter Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. (Toronto: Carswell, 1992), pp. 27-44.
 27. Cité dans la note 2, p. 1094.
 28. Note précédente, p. 1101.
 29. Cité dans Asch, *Home and Native Land*, note 11, p. 27, citant Canada, *First Ministers' Conference on Aboriginal Constitutional Matters; Unofficial and Unverified Verbatim Transcript*, 15 mars 1983, Volume 1, p. 130 (avec de légères corrections approuvées par l'intervenant).
 30. Voir Asch, *Home and Native Land*, note 11, p. 28, citant Canada, *First Ministers' Conference on Aboriginal Constitutional Matters; Unofficial and Unverified Verbatim Transcript*, 15 mars 1983, Vol. 1, p. 134.
 31. Résolution de l'Assemblée nationale du Québec, 20 mars 1985, figurant dans Québec, Secrétariat aux affaires autochtones, *Les fondements de la politique du Gouvernement du Québec en matière autochtone* (Québec : Publications du Québec, 1988), pp. 5-6. Le texte anglais figure dans Québec, Secrétariat aux affaires autochtones, *The Basis of the Québec Government's Policy on Aboriginal Peoples* (Québec: Secrétariat aux affaires autochtones, 1989). Il est ainsi conçu "...agreements guaranteeing them the exercise of]:
 - (a) the right to self-government within Québec;
 - (b) the right to their own language, culture and traditions;
 - (c) the right to own and control land;
 - (d) the right to hunt, fish, trap, harvest and participate in wildlife management;

- (e) the right to participate in, and benefit from, the economic development of Québec, ...”
32. Le texte figure dans Marc Lescarbot, *Histoire de la Nouvelle-France*, 3^e éd. (Paris : Adrian Perier, 1618), reproduit dans Marc Lescarbot, *The History of New France*, ed. by W.L. Grant, 3 vols. (Toronto: The Champlain Society, 1907-14), Vol. II, 490. Voir l'exposé de Brian Slattery, *The Land Rights of Indigenous Canadian Peoples* (thèse de doctorat, Oxford University, 1979, réimprimé par le University of Saskatchewan Native Law Centre, 1979), pp. 83-85; John D. Hurley, *Children or Brethren: Aboriginal Rights in Colonial Iroquoia* (thèse de doctorat, Cambridge University, 1985, réimprimé par le University of Saskatchewan Native Law Centre, 1985), pp. 86-88.
 33. Voir l'exposé sur l'interaction des facteurs économiques, culturels, politiques et militaires dans : Denys Delâge, «L'alliance franco-amérindienne, 1660-1701» (printemps 1989) 19 *Recherches amérindiennes au Québec* 3-15; Gilles Havard, *La Grande Paix de Montréal de 1701 - Les voies de la diplomatie franco-amérindienne* (Montréal : Recherches amérindiennes au Québec, 1992); Bruce G. Trigger, "The French Presence in Huronia: The Structure of Franco-Huron Relations in the First Half of the Seventeenth Century" (1968), 49 *Canadian Historical Review* 107.
 34. Voir le texte reproduit dans Clive Parry, ed., *The Consolidated Treaty Series*, (Dobbs Ferry, N.Y.: Oceana Publications, 1969-), Vol. IX, 363, où est reproduit le texte figurant dans Léonard, *Recueil des Traitez de Paix*, V; voir aussi, Jean Du Mont, *Corps universel diplomatique du droit des gens* (Amsterdam : Brunel, Wetstein, et al., 1728), vol. VI, partie III, 133. La date donnée dans ce texte est inexacte. La date exacte est mentionnée dans la traduction anglaise figurant dans E. B. O'Callaghan, ed., *Documents Relative to the Colonial History of the State of New York*, (Albany: Weed, Parsons & Co., 1856-61), Vol. III, 121, qui semble fondée sur un texte plus complet du traité. Celui-ci devait être ratifié par les parties autochtones. Voir l'exposé dans Slattery, *Land Rights*, note 32, pp. 92-94; Hurley, *Children or Brethren*, note 32, pp. 119-27.
 35. Voir Hurley, *Children or Brethren*, note 32, pp. 119-20.
 36. Selon Denys Delâge, les Français emploient ici une imagerie féodale qui n'avait guère de signification pour les autochtones et qui a vite été remplacée dans le langage français par une autre s'inspirant de la famille patriarcale; voir «L'alliance franco-amérindienne», note 33, p. 4.
 37. Cité dans Cornelius J. Jaenen, "French Sovereignty and Native Nationhood during the French Regime", in J.R. Miller, ed., *Sweet Promises: A Reader on Indian-White Relations in Canada* (Toronto: University of Toronto Press, 1991), p. 32.
 38. Cité dans Jaenen, note précédente.
 39. Pour différents points de vue, voir Denys Delâge, "War and the French-Indian Alliance" (1991), 5:1 *European Review of Native American Studies* 15-20; Delâge, «L'alliance franco-amérindienne», note 33; Olive P. Dickason, "Amerindians between French and English in Nova Scotia, 1713-1763", in J.R. Miller, ed., *Sweet Promises*, note 37, pp. 45-67; W.J. Eccles, "Sovereignty-Association, 1500-1783" (1984) 65 *Canadian Historical Review* 475; Hurley, *Children or Brethren*, note 32; Cornelius J. Jaenen, *Friend and Foe: Aspects of French-Amerindian Cultural Contact in the Sixteenth and Seventeenth Centuries* (Toronto: McClelland & Stewart Ltd., 1976); Jaenen, "French Sovereignty", note 37; Brian Slattery, "Did France Claim Canada Upon Discovery?" in J.M. Bumsted, *Interpreting Canada's Past* (Toronto: Oxford University Press, 1986), Vol. I, pp. 2-26; Slattery, *Land Rights*, note 32, pp. 70-94.
 40. Tel que cité à la note 15, p. 82.

41. Parmi les nombreux ouvrages, voir notamment Lawrence H. Gipson, *The British Empire before the American Revolution*, 15 vols. (New York: Alfred A. Knopf, 1936-70); Hurley, *Children or Brethren*, note 32; Francis Jennings, *The Ambiguous Iroquois Empire* (New York: W.W. Norton & Co., 1984); Francis Jennings, William N. Fenton, Mary A. Druke, and David Miller, ed. *The History and Culture of Iroquois Diplomacy* (Syracuse, N.Y.: Syracuse University Press, 1985); Ronald O. MacFarlane, *Indian Relations in New England, 1620-1760: A Study of a Regulated Frontier* (thèse de doctorat, Harvard University, 1933); Slattery, "Land Rights", note 32, pp. 95-125; Jack Stagg, *Anglo-Indian Relations in North America to 1763 and an Analysis of the Royal Proclamation of 7 October 1763* (Ottawa: Department of Indian and Northern Affairs, Canada, 1981); Allen W. Trelease, *Indian Affairs in Colonial New York: The Seventeenth Century* (Ithaca, N.Y.: Cornell University Press, 1960); Paul C. Williams, *The Chain* (thèse de maîtrise en droit, Osgoode Hall Law School, York University, Toronto, 1982).
42. Voir Marcel Trudel, *Histoire de la Nouvelle-France* (Montréal : Fides, 1963), vol. I, pp. 246-49; R. Cole Harris, ed., and Geoffrey J. Matthews, cart., *Historical Atlas of Canada* (Toronto: University of Toronto Press, 1987), Vol. I, hors-textes 33, 46 et 47. L'étendue de la présence indienne dans la région à l'époque de la colonisation française est examinée dans l'arrêt récent *Adams c. La Reine*, Cour d'appel du Québec, 23 mars 1993 (inédit), les juges Beaugerard et Rothman.
43. Denys Delège, dans «L'alliance franco-amérindienne», note 33, p. 4, affirme très justement : «Deux empires s'affrontent, Anglais et Français, de même que deux systèmes d'alliances autochtones cristallisés autour de la traite. La supériorité britannique est nette sur les plans démographique et économique, et elle se traduit par le grand nombre des colons et le bas prix des marchandises. Toutefois les Anglais ne peuvent, en matière de traite, tirer parti de leur avantage économique, et c'est précisément à cause de leur supériorité démographique, qui les place en rapport antagonique avec les premiers occupants du sol. L'inverse est vrai pour les Français dont la force repose sur l'alliance amérindienne et dont les succès dans la traite des fourrures tiennent à la fois à la petitesse de leur population et à leurs connaissances ethnographiques, acquises principalement grâce aux missionnaires, mais également grâce aux coureurs de bois.»
44. Voir Francis Jennings, *The Invasion of America: Indians, Colonialism and the Cant of Conquest* (Chapel Hill, N.C.: University of North Carolina Press, 1975).
45. Voir Roy H. Akagi, *The Town Proprietors of the New England Colonies* (Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1924), pp. 5-30; Melville Egleston, *The Land System of the New England Colonies*, John Hopkins University Studies, 4th Series, XI-XII (Baltimore: 1886), pp. 6-10; MacFarlane, *Indian Relations*, note 41, pp. 180-232; Slattery, *Land Rights*, note 32, pp. 112-25.
46. Les auteurs ne s'entendent pas sur ce point. Selon une opinion assez vieille, la Couronne française n'a jamais reconnu aux autochtones aucun droit de propriété sur les terres; voir Henri Brun, «Les droits des indiens sur le territoire du Québec», in *Le territoire du Québec : Six études juridiques* (Québec : Presses de l'Université Laval, 1974) 33, pp. 49-51; George F.G. Stanley, "The First Indian 'Reserves' in Canada" (1950), + *Revue d'histoire de l'Amérique française* 178, et les opinions plus nuancées de Peter A. Cumming et Neil H. Mickenberg, eds., *Native Rights in Canada*, 2nd ed. (Toronto: General Publishing, 1972), pp. 80-84. Cependant, des recherches plus récentes laissent planer de sérieux doutes sur cette conclusion; voir Delège, «L'alliance franco-amérindienne», note 33; Havard, *La Grande Paix de Montréal*, note 33; Eccles, "Sovereignty-Association", note 39; Hurley, *Children or Brethren*, note 32; Slattery, "Did France Claim Canada Upon Discovery?", note 39; Slattery, *Land Rights*, note 32, pp. 70-94. Dans *R. c. Sioui*, [1990] 1 Recueil de la Cour suprême 1025, pp. 1052-53, la Cour suprême du Canada privilégie ce dernier point de vue. Le juge Lamer affirme ainsi au nom de la Cour, qui se prononçait à l'unanimité :

Je suis d'avis que les documents historiques nous permettent [...] de conclure que tant la Grande-Bretagne que la France considéraient que les nations indiennes jouissaient d'une indépendance suffisante et détenaient un rôle assez important en Amérique du Nord pour qu'il s'avère de bonne politique d'entretenir avec eux des relations très proches de celles qui étaient maintenues entre nations souveraines.

En effet, les métropoles faisaient tout en leur pouvoir pour s'assurer de l'alliance de chacune des nations indiennes et pour inciter les nations coalisées à l'ennemi à changer de camp. Ces efforts, lorsque couronnés de succès, étaient concrétisés par des traités d'alliance ou de neutralité. Cela indique clairement que les nations indiennes étaient considérées, dans leurs relations avec les nations européennes qui occupaient l'Amérique du Nord, comme des nations indépendantes.

Un récent examen judiciaire de la question, dans lequel on s'abstient néanmoins de se prononcer catégoriquement sur ce point, figure dans *Côté c. La Reine*, Cour d'appel du Québec, 17 mai 1993 (inédit), le juge Baudouin, pp. 26-32 (copie dactylographiée).

47. Texte dans Edmund F. Slafter, *Sir William Alexander and American Colonization* (Boston: Prince Society, 1873), pp. 136-37.
48. Texte dans Leonard W. Labaree, ed., *Royal Instructions to British Colonial Governors, 1670-1776*, 2 vols. (New York: D. Appleton-Century Comp., 1935), Vol. II, # 673, p. 469.
49. Voir le texte dans Labaree, *Royal Instructions*, note précédente.
50. Texte dans E. B. O'Callaghan, ed., *Documents Relative to the Colonial History of the State of New York*, 11 vols. (Albany: Weed, Parsons & Co., 1856-61) Vol. III, pp. 64-65. Voir l'exposé dans Slattery, *Land Rights*, note 32, pp. 111-12.
51. Texte dans William H. Whitmore, ed., *The Colonial Laws of Massachusetts* (Boston: City Council of Boston, 1889), p. 160.
52. Texte dans Nathaniel B. Shurtleff, ed., *Records of the Governor and Company of the Massachusetts Bay in New England, 1628-1686*, 5 vols. (Boston: Press of William White, 1853-54) Vol. IV, Part II, (1661-74), p. 213. Orthographe modernisée.
53. Pour le contexte historique de la *Proclamation de 1763*, voir les références figurant à la note 56.
54. Egremont à Amherst, 27 janvier 1763, "Fitch Papers", *Collections of the Connecticut Historical Society*, 31 vols. (Hartford, Conn.: Connecticut Historical Society, 1860-1967), Vol. 18, p. 224.
55. Texte dans William L. Saunders, ed., *The Colonial Records of North Carolina*, 10 vols. (Raleigh, N.C.: P.M. Hale, 1886-90), Vol. 6, pp. 974-76. Pour une analyse, voir notamment Slattery, *Land Rights*, note 32, p. 192 et suiv.
56. Des exposés sur le contexte historique et l'application de la *Proclamation de 1763* figurent notamment dans : Clarence W. Alvord, "The Genesis of the Proclamation of 1763" (1908) 36 *Michigan Pioneer and Historical Society Collections* 20; Clarence W. Alvord, *The Mississippi Valley in British Politics*, 2 vols. (Cleveland: Arthur H. Clark Co., 1917); Louis DeVorsey Jr., *The Indian Boundary in the Southern Colonies, 1763-1775* (Chapel Hill, N.C.: University of North Carolina Press, 1966); Gipson, *British Empire*, note 41, Vol. IX, pp. 41-54; R.A. Humphreys, "Lord Shelburne and the Proclamation of 1763" (1934) 49 *English Historical Review* 241; Jack M. Sosin, *Whitehall and the Wilderness: The Middle West in British Colonial Policy, 1760-1775* (Lincoln: University of Nebraska Press, 1961); Stagg, *Anglo-Indian Relations*, note 41. La Proclamation et ses effets sont examinés sous l'angle juridique dans :

- Jacqueline Beaulieu, Christiane Cantin et Maurice Ratelle, «La Proclamation royale de 1763 : le droit refait l'histoire», (1989) 49 *Revue du Barreau* 317; Brun, «Les droits des indiens sur le territoire du Québec», note 46, pp. 63-73; Cumming et Mickenberg, eds., *Native Rights in Canada*, note 46, pp. 23-30, 85-88, 167-69; Paul Dionne, «Les postulats de la Commission Dorion et le titre aborigène au Québec : vingt ans après», (1991) 51 *Revue du Barreau* 127; Kenneth M. Narvey, "The Royal Proclamation of 7 October 1763" (1973-74) 38 *Saskatchewan Law Review* 123; Slattery, *Land Rights*, référence à la note 32, pp. 191-349; Brian Slattery, "The Legal Basis of Aboriginal Title", in Frank Cassidy, ed., *Aboriginal Title in British Columbia: Delgamuukw v. The Queen* (Lantzville, C.-B.: Oolichan Books, 1992) pp. 121-29.
57. *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique* [1973] Recueil de la Cour suprême 313, pp. 394-95. Ce passage est cité et approuvé par le maître des rôles lord Denning dans *R. v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex parte Indian Association of Alberta*, [1982] 2 All England Law Reports: 118, pp. 124-25. Lord Denning affirme aussi, à la pp. 124 : [traduction] «Dans mon esprit, la *Proclamation royale de 1763* était assimilable à une disposition consacrée dans la constitution des colonies d'Amérique du Nord : elle liait la Couronne «tant que le soleil se lèvera[it] et que le fleuve coulera[it]»».
58. L.R.C. 1985, appendice II, n° 1. Il s'agit d'un texte moins exact que celui reproduit dans Clarence S. Brigham, ed., *British Royal Proclamations Relating to America*, Vol. 12, Transactions and Collections of the American Antiquarian Society (Worcester, Mass.: American Antiquarian Society, 1911), pp. 212-18; par exemple, les mots «qui ont été ni concédées ni achetées et ont été réservées» devraient plutôt se lire «qui, ne Nous ayant pas été vendues ni achetées, sont réservées». L'original anglais, inscrit au registre de la 4^e année du règne de George III, est conservé au Public Record Office du Royaume-Uni : c. 66/3693 (au dos du registre).
59. Les autres colonies nouvelles étaient la Floride orientale, la Floride occidentale et Grenade.
60. Voir l'exposé et les renvois figurant dans Kenneth Roberts-Wray, *Commonwealth and Colonial Law* (London: Stevens & Sons, 1966), pp. 369-70.
61. Instructions royales au gouverneur Murray de Québec, 7 décembre 1763; texte reproduit dans Adam Shortt et Arthur G. Doughty, *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada, 1759-1791*, sec. éd., 2 vol. (Ottawa : Imprimeur du Roi, 1921), vol. I, 155.
62. Note précédente, article 60, p. 174.
63. Note précédente, article 61, p. 174.
64. Note précédente, article 62, p. 174.
65. Cité dans Donald A. Grinde Jr. et Bruce E. Johansen, *Exemplar of Liberty: Native America and the Evolution of Democracy* (Los Angeles, Calif.: University of California American Indian Studies Center, 1991), pp. 11-12, citant "Propositions made by the Five Nations of Indians", Albany, 20 juillet 1698, Indian Boxes, box 1, Manuscript Division, New York Public Library.
66. Les commentaires qui suivent (par ordre chronologique) permettent de retracer l'évolution de la pensée juridique moderne sur la question : Gerard V. LaForest, *Natural Resources and Public Property under the Canadian Constitution* (Toronto: University of Toronto Press, 1969), pp. 108-33; Douglas Sanders et al., *Native Rights in Canada* (Toronto: Indian-Eskimo Association of Canada, 1970); Cumming et Mickenberg, *Native Rights in Canada*, 2nd ed., note 46; Kenneth Lysyk, "The Indian Title Question in Canada: An Appraisal in the Light of Calder", (1973) 51 *Revue du Barreau canadien* 450; Douglas Sanders, "The Nishga Case", (1973) *British Columbia Studies* (no. 19) 3; J.C. Smith, "The Concept of Native Title", (1974) 24 *University of Toronto Law Journal* 1; Brun, «Les droits des indiens sur le territoire du

Québec», note 46; Slattery, *Land Rights*, note 32; Geoffrey S. Lester, *The Territorial Rights of the Inuit of the Canadian Northwest Territories: A Legal Argument* (thèse de doctorat, Osgoode Hall Law School, York University, 1981); Leroy Littlebear, "A Concept of Native Title", (1982) 5 Can. Legal Aid Bul. (Nos. 2 & 3) 99; Brian Slattery, *Ancestral Lands, Alien Laws: Judicial Perspectives on Aboriginal Title* (Saskatoon, Sask.: University of Saskatchewan Native Law Centre, 1983); Menno Boldt et J. Anthony Long, eds., *The Quest for Justice: Aboriginal People and Aboriginal Rights* (Toronto: University of Toronto Press, 1985); René Dussault et Louis Borgeat, *Traité de droit administratif*, 2^e éd. (Québec : Presses de l'Université Laval, 1986), vol. II, pp. 88-109; Brian Slattery, "Understanding Aboriginal Rights", (1987) 66 *Revue du Barreau canadien* 727; Kent McNeil, *Common Law Aboriginal Title* (Oxford: Clarendon Press, 1989); Jack Woodward, *Native Law* (Toronto: Carswell, 1989); Kent McNeil, "The Temagami Indian Land Claim: Loosening the Judicial Strait-jacket", in Matt Bray and Ashley Thomson, eds., *Temagami: A Debate on Wilderness* (Toronto: Dundurn Press, 1990), 185; Brian Slattery, "First Nations and the Constitution: A Question of Trust", (1992) 71 *Revue du Barreau canadien* 261; Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. (Scarborough, Ont.: Carswell, 1992), pp. 679-82.

67. Voir Slattery, "Understanding Aboriginal Rights", note 66, pp. 732, 744-745.
68. Voir tout particulièrement les décisions qui suivent de la Cour suprême, où sont examinés les droits ancestraux et leurs rapports avec les droits issus de traités : *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, note 57; *Guerin c. La Reine* [1984] 2 *Recueil de la Cour suprême* 335; *Simon c. La Reine*, [1985] 2 *Recueil de la Cour suprême* 387; *Roberts c. Canada* [1989] 1 *Recueil de la Cour suprême* 322; *R. c. Sparrow*, note 2; *R. c. Sioui*, note 46. La Cour suprême a en effet confirmé récemment une opinion que la majorité de ses juges avaient exprimée au XIX^e siècle dans l'arrêt *St. Catharines Milling and Lumber Company v. The Queen* (1887), 13 *Supreme Court Reports* 577, et qu'avaient éclipsée à l'époque les avis ambigus exprimés par le Conseil privé britannique devant lequel l'affaire avait été portée en appel (motifs publiés dans (1888), 14 *Appeal Cases* 46). Dans *St. Catharines*, les juges de la Cour se sont prononcés à quatre contre deux sur la question de savoir quel gouvernement, fédéral ou provincial, bénéficiait d'une cession de terres indiennes, la majorité (le juge en chef Ritchie et les juges Fournier, Henry et Taschereau) décidant en faveur du gouvernement provincial et la minorité (les juges Strong et Gwynne), en faveur du fédéral. Cependant, au sujet de l'existence du titre autochtone, les juges se sont regroupés différemment, quatre d'entre eux (le juge en chef Ritchie et les juges Fournier, Strong et Gwynne) appuyant l'opinion que les droits territoriaux autochtones existaient sous une forme ou une autre en droit canadien, et deux autres (les juges Henry et Taschereau) la rejetant apparemment; voir 13 *Recueil de la Cour suprême* 577, notamment les pp. 599-600, 608-16, 638, 639, 643-45, 663-64. Pour des opinions judiciaires récentes sur la doctrine des droits ancestraux, voir surtout l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Delgamuukw v. The Queen*, note 21, et la décision de la High Court of Australia dans l'affaire *Mabo v. Queensland* (1992), 107 *Australian Law Reports* 1.
69. *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, note 57, p. 328.
70. Voir *Roberts*, note 68, p. 340, où le juge Wilson affirme que la question précise à trancher dans l'affaire est celle de savoir «si la loi applicable au titre aborigène est de la *common law* fédérale». Ce à quoi elle a répondu : «Je crois qu'elle l'est. Dans l'arrêt *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique* [note 57], cette Cour a reconnu le titre aborigène comme un droit, en *common law*, découlant de l'occupation et de la possession historiques par les Indiens de leurs terres tribales. Comme l'a souligné le juge Dickson [...] dans l'arrêt *Guerin* [note 68], le titre aborigène existait avant la colonisation par les Britanniques et a continué d'exister après les revendications de souveraineté britanniques.» Voir l'analyse de cette conclusion dans John M. Evans et Brian Slattery, "Federal Jurisdiction Pending Parties - Aboriginal Title and Federal Common Law - Charter Challenges - Reform Proposals: *Roberts c. Canada*" (1989)

68 Revue du Barreau canadien 817, pp. 829-32. Voir aussi *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 Recueil de la Cour suprême 60, où la Cour suprême du Canada a statué que les règles de *common law* relevant de la compétence fédérale ont primauté sur les lois provinciales. Le juge Beetz affirme, au nom de la Cour, à la p. 108 : «...je ne vois pas pourquoi le parlement fédéral serait contraint de codifier des règles juridiques dont il est satisfait s'il veut leur assurer la primauté sur les lois provinciales, du moins quand certaines de ces règles juridiques relèvent de sa compétence exclusive...».

71. Concernant cet usage général, voir *Black's Law Dictionary*, 5th ed. (St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1979), pp. 250-251.
72. *St. Catharines Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1887), 13 Recueil de la Cour suprême 577, pp. 612-13. Voir également sa déclaration aux pp. 615-616 : [traduction] «Résumons ces arguments, qui me paraissent des plus convaincants, en disant qu'au moment de la confédération, les Indiens, en raison d'une coutume et d'un usage constamment suivis par la Couronne, étaient considérés comme détenant un certain droit de propriété sur les terres non cédées qu'ils occupaient aux fins de la chasse; que cet usage avait évolué pour devenir une règle de *common law* applicable aux colonies américaines; ou que pareille règle venait du droit des gens et avait de cette façon été introduite dans le droit colonial en tant qu'il s'appliquait aux nations indiennes...»
73. Référence, note 46.
74. Référence, note 18.
75. Voir la note précédente, p. 1055.
76. Voir la note précédente, p. 1055.
77. Voir l'examen de la théorie classique du pacte dans, p. ex., Morin et Woehrling, *Les Constitutions du Canada et du Québec*, note 25, pp. 153-64; G.F.G. Stanley, "Act or Pact? Another Look at Confederation", in Ramsay Cook, ed., *Confederation* (Toronto: University of Toronto Press, 1967), pp. 94-118. Pour l'application de cette théorie aux peuples autochtones, voir J.E. Foster, "Indian-White Relations in the Prairie West during the Fur Trade Period - A Compact?" in Richard Price, ed., *The Spirit of the Alberta Indian Treaties* (Montréal : Institut de recherches politiques, 1979), pp. 181-200; voir aussi l'analyse de large portée figurant dans James Tully, "Multirow Federalism and the Charter", in Philip Bryden, Steven Davis et John Russell, eds., *The Charter - Ten Years After* (Toronto: University of Toronto Press, à paraître).
78. *Re The Regulation and Control of Aeronautics in Canada*, [1932] Appeal Cases 54, p. 70 (Conseil privé).
79. Thomas-Jean-Jacques Loranger, *Lettres sur l'interprétation de la constitution fédérale; première lettre* (Québec : Imprimerie A. Côté et Cie., 1883), pp. 59-60; texte original traduit en anglais sous le titre *Letters upon the Interpretation of the Federal Constitution; First Letter* (Quebec: The Morning Chronicle, 1884), pp. 61-62. Pour ce qui est de l'influence exercée par Loranger, voir "Loranger, Thomas-Jean-Jacques" dans *Dictionary of Canadian Biography*, note 13, Vol. XI, pp. 529-31.
80. Pour l'application de ce principe dans le contexte des droits de propriété, voir *Amodu Tijani v. Secretary, Southern Nigeria*, [1921] 2 Appeal Cases 399 (Privy Council), pp. 407-10; *Oyekan v. Adele*, [1957] 2 All England Law Reports 785 (Privy Council), p. 788; *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, note 57, le juge Hall, pp. 401-06; *Guerin c. La Reine*, note 68, le juge Dickson, pp. 376-79; *Slattery, Land Rights*, note 32, pp. 49-62; *Slattery, Ancestral Lands*, note 66; McNeil, *Common Law Aboriginal Title*, note 66, notamment aux pp. 161-92. Des opinions divergentes sur la doctrine de la continuité sont exprimées dans l'arrêt rendu récemment par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Delgamuukw v. The*

Queen, note 21, voir en particulier les motifs du juge Wallace, aux par. 376-80, et ceux du juge Lambert, aux par. 652-62.

81. *Lettres sur l'interprétation de la constitution fédérale; première lettre*, note 79, p. 14; texte original traduit en anglais sous le titre *Letters upon the Interpretation of the Federal Constitution; First Letter*, note 79, pp. 14-15.
82. Les textes intégraux du traité, qui sont conservés au Public Record Office en Grande-Bretagne, sont reproduits dans les documents présentés par les défendeurs dans les affaires *Nova Scotia Micmac Moose Harvest*; Document Books, Volume 1, pp. 159-68; quant à l'issue de ces affaires, voir [1990] 3 Canadian Native Law Reporter 87. Un exposé sur le statut des traités maritimes du XVIII^e siècle figure dans la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Simon c. La Reine*, note 68.
83. Traité de paix signé le 25 juin 1761 et reproduit dans les affaires *Moose Harvest*, note précédente, Document Books, Volume III, pp. 553-618; le passage cité figure à la p. 573.
84. Cité dans *R. c. Sioui*, note 46, p. 1034.
85. Note précédente, pp. 1071-73.
86. Statutes of the United Kingdom, 14 George III, chapitre 83; traduction française dans *Lois révisées du Canada* (1985), Appendice II, N^o 2.
87. Note précédente. L'article 8 dispose notamment, «...que tous les sujets *Canadiens* de sa Majesté en la dite province de *Quebec* [...] pourront aussi tenir leurs propriétés et possessions, et en jouir, ensemble de tous les usages et coutumes qui les concernent, et de tous leurs autres droits de citoyens, d'une manière aussi ample, aussi étendue, et aussi avantageuse, que si les dites proclamation, commissions, ordonnances, et autres actes et instruments, n'avoient point été faits [...] et que dans toutes affaires en litige, qui concerneront leurs propriétés et leurs droits de citoyens, ils auront recours aux loix du Canada, comme les maximes sur lesquelles elles doivent être décidées».
88. Voir M.B. Hooker, *Legal Pluralism: An Introduction to Colonial and Neo-Colonial Laws* (Oxford: Clarendon Press, 1975); Robert-Wray, *Commonwealth and Colonial Law*, note 60.
89. Note 86. Le texte intégral de l'article 3 est ainsi conçu : «Pourvu aussi, et il est Etabli, que rien de ce qui est contenu dans cet Acte ne s'étendra, ou s'entendra s'étendre à annuler, changer ou altérer aucuns droits, titres ou possessions, résultans de quelques concessions, actes de cession, ou d'autres que ce soit, d'aucunes terres dans la dite province ou provinces y joignantes, et que les dits titres resteront en force, et auront le même effet, comme si cet Acte n'eut jamais été fait.»
90. À cet égard, voir *St. Catharines Milling and Lumber Company v. The Queen*, (1887), 13 Recueil de la la Cour suprême 577, le juge Strong, pp. 629-35, et le juge Taschereau, p. 648. Le juge Strong a déclaré, aux pp. 631-632 : [traduction] «Les mots "droits", "titres" et "possessions" [employés à l'article 3 de l'Acte de Québec] s'appliquent tous aux droits concédés aux Indiens par la Couronne dans la proclamation [de 1763] et, sans faire complètement abstraction de ce troisième article, il serait impossible d'affirmer que cette loi a aboli et éliminé tous ces droits acquis de propriété ou de possession. Force m'est donc de conclure que l'Acte de Québec n'a pas eu pour effet d'abroger les cinq derniers paragraphes de la proclamation de 1763, qui traitent des Indiens et de leurs droits de posséder leurs terres et d'en jouir tant qu'ils ne les céderont pas volontairement à la Couronne, pas plus qu'il n'a annulé cette proclamation à titre d'ordonnance royale pour le gouvernement des Florides et de Grenade.» Le juge Taschereau affirme pour sa part, à la p. 648 : [traduction] «Vu cette conséquence de mon interprétation de [la Proclamation de 1763], il est inutile, pour trancher cette affaire, de déterminer quelle a été l'incidence de la loi de 1774 sur les articles de la proclamation dont j'ai fait mention. Je peux

dire néanmoins que cette loi ne pouvait, semble-t-il, avoir d'incidence sur tout droit que les Indiens pouvaient posséder antérieurement étant donné qu'il y est expressément prévu et établi, à l'article 3, que "rien de ce qui est contenu dans cet Acte ne s'étendra, ou s'étendra s'étendra à annuler, changer ou altérer aucuns droits, titres ou possessions, résultans de quelques concessions, actes de cession, ou d'autres que ce soit, d'aucunes terres dans la dite province ou provinces y joignantes" (note omise).» Au stade du pourvoi devant le Conseil privé, celui-ci a adopté ce point de vue, voir *St. Catherine's Milling and Lumber Company v. The Queen* (1888), 14 Appeal Cases 46, où lord Watson reprend les principales dispositions de la *Proclamation de 1763* et conclut, à la p. 54 : [traduction] «Le territoire concerné a été occupé par les Indiens depuis le jour de la proclamation jusqu'en 1873. Au cours de cette période, les affaires indiennes ont été administrées successivement par la Couronne, par les gouvernements provinciaux, et (depuis l'adoption de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867) par le gouvernement fédéral. [...] Les autorités administratives ont changé, mais il n'y a eu aucun changement depuis 1763 dans la nature de l'intérêt que les Indiens avaient sur les terres cédées par le traité. Leur possession peut uniquement découler des dispositions générales de la proclamation royale en faveur de toutes les tribus indiennes alors soumises à la suprématie et à la protection de la Couronne britannique.» Voir aussi *R. v. Lady McMaster* [1926] Exchequer Court Reports 68, pp. 73-74, où le juge Maclean affirme, après avoir résumé l'opinion exprimée sur ce point par lord Watson dans l'arrêt *St. Catherine's* : [traduction] «Je ne puis davantage souscrire à l'affirmation de la défenderesse voulant que l'Acte de Québec, qui a étendu les limites de la province de Québec, ait détruit les droits des Indiens sur les terres réservées aux termes de la proclamation. À mon avis, ce point a été réglé de façon décisive.» Dans *Attorney General for Ontario v. Bear Island Foundation*, [1989] 2 Canadian Native Law Reporter 73, p. 85, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que l'Acte de Québec ne touchait d'aucune façon les droits territoriaux que possédaient les Indiens aux termes de la *Proclamation de 1763*, mais qu'il a abrogé la procédure prescrite par cette dernière à l'égard des cessions de terres par les Indiens. Voir les exposés figurant dans Slattery, *Land Rights*, note 32, p. 334; Cumming et Mickenberg, *Native Rights in Canada*, note 46, pp. 71-72, 88-89, 107.

91. Adoptée initialement sous le titre *Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*, lois du Royaume-Uni, 30 & 31 Victoria, chapitre 3, titre qui a été modifié dans l'annexe à la *Loi constitutionnelle de 1982*.
92. Paragraphe 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.
93. Article 94 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, où il est prévu que les mesures fédérales visant l'uniformité des lois n'auront d'effet dans une province qu'après avoir été adoptées par la législature de cette province.
94. Statuts du Canada 1870, chapitre 3, dont l'article 31 se lit en partie en ces termes : «Et considérant qu'il importe, dans le but d'éteindre les titres des Sauvages aux terres de la province, d'affecter une partie de ces terres non-concédées, jusqu'à concurrence de 1,400,000 acres, au bénéfice des familles des Métis résidents, il est par le présent décrété que le lieutenant-gouverneur, en vertu de règlements établis de temps à autre par le gouverneur-général en conseil, choisira des lots ou étendues de terre dans les parties de la province qu'il jugera à propos, jusqu'à concurrence du nombre d'acres ci-dessus exprimé, et en fera le partage entre les enfants des chefs de famille métis domiciliés dans la province à l'époque à laquelle le transfert sera fait au Canada...»
95. Paul L.A.H. Chartrand, *Manitoba's Metis Settlement Scheme of 1870* (Saskatoon: University of Saskatchewan Native Law Centre, 1991), p. 5 (notes de bas de page omises); voir également l'analyse détaillée aux pp. 13-14 et 110-137.
96. Hon. Alexander Morris, *The Treaties of Canada with the Indians of Manitoba and the North-West Territories* (Toronto: Belfords, Clarke & Co., 1880), p. 213. Voir l'exposé dans Foster, "Indian-White Relations", note 77.

97. Morris, *Treaties of Canada*, note précédente, p. 96.
98. 43 Dominion Law Reports (2nd series) 150 (Northwest Territories Court of Appeal). La décision de la Cour a été confirmée par la Cour suprême du Canada : voir *Sikyea v. The Queen* (1964), 50 Dominion Law Reports (2nd series) 80.
99. Note précédente, p. 158.
100. Voir les commentaires sur les articles 25 et 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* dans W.I.C. Binnie, "The Sparrow Doctrine: Beginning of the End or End of the Beginning?", (1990) 15 Queen's Law Journal 217; Dussault et Borgeat, *Traité de droit administratif*, 2^e éd., note 66, vol. II, pp. 93-95; Georges Emery, «Réflexions sur le sens et la portée au Québec des articles 25, 35, et 37 de la Loi constitutionnelle de 1982», (1984) 25 Cahiers de droit 145; Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed., note 66, pp. 679-95; Lyon, "An Essay on Constitutional Interpretation", note 4; Kenneth Lysyk, «Les droits et libertés des peuples autochtones du Canada», in Gérald A. Beaudoin et Walter S. Tarnopolsky, *Charte canadienne des droits et libertés* (Montréal : Wilson & Lafleur, 1982), 589; Kent McNeil, "The Constitutional Rights of the Aboriginal Peoples of Canada", (1982) 4 Supreme Court Law Review 255; Kent McNeil, "The Constitution Act, 1982, Sections 25 and 35", [1988] 1 Canadian Native Law Reporter 1; James O'Reilly, «La Loi constitutionnelle de 1982, droit des autochtones», (1984) 25 Cahiers de droit 125; William Pentney, "The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the Constitution Act, 1982. Parts I and II", (1988) 22 University of British Columbia Law Review 21, 207; Douglas Sanders, "The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada", (1983) 61 Revue du Barreau canadien 314; Douglas Sanders, «Les droits préexistants : les peuples autochtones du Canada (articles 25 et 35)», in Gérald A. Beaudoin et Ed Ratushny, *Charte canadienne des droits et libertés*, 2^e éd. (Montréal: Wilson & Lafleur, 1989), 779; Schwartz, *First Principles*, note 11; Brian Slattery, "The Constitutional Guarantee of Aboriginal and Treaty Rights", (1982-83), 8 Queen's Law Journal 232; Brian Slattery, "The Hidden Constitution: Aboriginal Rights in Canada", (1984) 32 American Journal of Comparative Law 361; Slattery, "Understanding Aboriginal Rights", note 66; Brian Slattery, "Aboriginal Language Rights", in D. Schneiderman, ed., *Language and the State* (Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais, 1991), 369; Slattery, "First Nations and the Constitution", note 66; Bruce H. Wildsmith, *Aboriginal Peoples and Section 25 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Saskatoon, Sask.: University of Saskatchewan Native Law Centre, 1988).
101. Voir le texte intégral dans la note 1.
102. Voir Slattery, "First Nations and the Constitution", note 66, pp. 273-274.
103. Par contre, certaines des premières lois concernant les Indiens comprenaient parmi les critères d'appartenance aux groupes indiens celui du sang indien; voir, par exemple, l'article 15 de l'*Acte pourvoyant [...] à l'administration des Terres des Sauvages et de l'Ordonnance*, Statuts du Canada 1868, chapitre 42; voir Sharon H. Venne, ed., *Indian Acts and Amendments, 1868-1975* (Saskatoon, Sask.: University of Saskatchewan Native Law Centre, 1981), p. 3. Il semble très douteux que de tels critères aient eu quelque fondement dans les lois des peuples autochtones.
104. Voir *R. v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, note 57.
105. Voir les détails biographiques à «Dekanahouideh», dans *Dictionnaire biographique du Canada*, note 13, vol. I, pp. 260-63.
106. Grinde et Johansen, *Exemplar of Liberty*, note 65, p. 29. Les auteurs décrivent les trois principes de vie en ces termes (aux pp. 28-29) : [traduction] «La première loi de la nature était qu'un esprit stable et un corps sain devaient être en équilibre pour que la paix puisse régner entre les individus et les groupes. Dekanahouideh croyait en deuxième lieu qu'une conduite, des pensées et des paroles témoignant d'humanité étaient essentielles à l'équité et à la justice entre les peuples. En dernier lieu, il envisageait une société au sein de laquelle la force physique et l'autorité civile renforceraient la puissance du système des clans.»

107. Cité dans la note 2.

108. Voir notre étude antérieure : Canada, Commission royale sur les peuples autochtones, *Le droit à l'autonomie gouvernementale des autochtones et la Constitution Commentaire* (Ottawa 13 février 1992). Au sujet du droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale, voir les commentaires de Asch, *Home and Native Land*, note 11; Michael Asch, "Aboriginal Self-Government and the Construction of Canadian Constitutional Identity", (1992) 30 *Alberta Law Review* 465; Michael Asch and Patrick Macklem, "Aboriginal Rights and Canadian Sovereignty: An Essay on *R. v. Sparrow*", (1991) 29 *Alberta Law Review* 498; John J. Borrows, "A Genealogy of Law: Inherent Sovereignty and First Nations Self-Government", (1992) 30 *Osgoode Hall Law Journal* 291; Frank Cassidy, ed., *Aboriginal Self-Determination* (Halifax, N.-É.: Institut de recherches politiques, 1991); Frank Cassidy et Robert L. Bish, *Indian Government: Its Meaning in Practice* (Halifax: Institut de recherches politiques, 1989; Diana Ginn, *Aboriginal Self-Government* (thèse de maîtrise en droit, Osgoode Hall Law School, York University, 1987); David C. Hawkes, *Aboriginal Self-Government: What Does It Mean?* (Kingston, Ont.: Institute of Intergovernmental Relations, Queen's University, 1985); Bruce W. Hodgins, John S. Milloy et Kenneth J. Maddock, "Aboriginal Self-Government: Another Level or Order in Canadian and Australian Federalism?", in Bruce W. Hodgins, John J. Eddy, S.J., Shelagh D. Grant et James Struthers, eds., *Federalism in Canada and Australia: Historical Perspectives, 1920-1988* (Peterborough, Ont.: Frost Centre, Trent University, 1989), 452; Hurley, *Children or Brethren*, note 32; Thomas Isaac, "The Storm over Aboriginal Self-Government: Section 35 of the *Constitution Act, 1982* and the Redefinition of the Inherent Right of Aboriginal Self-Government", [1992] 2 *Canadian Native Law Reporter* 6; Darlene M. Johnston, "The Quest of the Six Nations Confederacy for Self-Determination", (1986) 44 *University of Toronto Faculty of Law Review* 1; Randy Kapashesit et Murray Klippenstein, "Aboriginal Group Rights and Environmental Protection", (1991) 36 *Revue de droit de McGill* 925; Leroy Little Bear, Menno Boldt et J. Anthony Long, eds., *Pathways to Self-Determination: Canadian Indians and the Canadian State* (Toronto: University of Toronto Press, 1984); Patrick Macklem, "First Nations Self-Government and the Borders of the Canadian Legal Imagination", (1991) 36 *Revue de droit de McGill* 382; Shaun Nakatsuru, "A Constitutional Right of Indian Self-Government", (1985) 43 *University of Toronto Faculty of Law Review* 72; Alan Pratt, "Aboriginal Self-Government and the Crown's Fiduciary Duty: Squaring the Circle or Completing the Circle?", (1992) 2 *National Journal of Constitutional Law* 163; Bruce Ryder, "The Demise and Rise of the Classical Paradigm in Canadian Federalism: Promoting Autonomy for the Provinces and First Nations", (1991) 36 *Revue de droit de McGill* 308; Douglas Sanders, *Aboriginal Self-Government in the United States* (Kingston, Ont.: Institute of Intergovernmental Relations, Queen's University, 1985); Slattery, "First Nations and the Constitution", note 66; Brian Slattery, "Aboriginal Sovereignty and Imperial Claims", (1991) 29 *Osgoode Hall Law Journal* 681; Williams, *The Chain*, note 41; John D. Whyte, "Indian Self-Government: A Legal Analysis", in Little Bear, Boldt et Long, *Pathways to Self-determination*, précité; Woodward, *Native Law*, note 66, pp. 81-83.

109. Note 2, p. 1091.

110. La Cour a dit, note précédente, à la p. 1097 : «En réalité, l'intimé confond dans son argumentation la réglementation et l'extinction. Que l'exercice du droit fasse l'objet d'une réglementation très minutieuse, cela ne signifie pas que ce droit est par le fait même éteint.» Puis elle a conclu, à la page 1099 : «La *Loi sur les pêcheries* ou ses règlements d'application détaillés ne font état d'aucune intention claire et expresse de mettre fin au droit ancestral des Indiens de pêcher. Le fait qu'une disposition autorisant explicitement les Indiens à pêcher à des fins de subsistance ait pu s'appliquer à tous les Indiens et que la délivrance des permis ait pendant longtemps été discrétionnaire et effectuée sur une base individuelle plutôt que collective n'indique aucunement une intention claire d'éteindre le droit. Ces permis constituaient simplement une façon de contrôler les pêcheries et non de définir les droits sous-jacents.»

111. Note précédente, pp. 1091-1093.
112. [1912] A.C. 571, p. 581. Le jugement de la Cour a été rendu par le comte Loreburn.
113. Voir la note 60.
114. Voir le texte dans W.P.M. Kennedy, *Statutes, Treaties and Documents of the Canadian Constitution, 1713-1929*, 2nd ed. (Toronto: Oxford University Press, 1930), 6, p. 7.
115. La Proclamation habilite le gouverneur, le conseil et l'assemblée du Québec à édicter des lois «pour assurer la paix publique, le bon ordre ainsi que le bon gouvernement» de la colonie; voir le texte à la note 60.
116. Statutes of the United Kingdom, 31 George III, chap. 31, article 2; texte dans Kennedy, *Statutes, Treaties and Documents*, note 114, p. 194; traduction française dans *Lois révisées du Canada* (1985), Appendice II, N° 3.
117. Statutes of the United Kingdom, 3 & 4 Victoria, chap. 35, article 3; texte dans Kennedy, *Statutes, Treaties and Documents*, note 114, pp. 333-334; traduction française dans *Lois révisées du Canada* (1985), Appendice II, N° 4.
118. Voir exposés dans Roberts-Wray, *Commonwealth and Colonial Law*, note 60, pp. 139-40, 396-402; Brian Slattery, "The Independence of Canada", (1983) 5 *Supreme Court Law Review* 369, notamment aux pp. 384-392.
119. On trouve toute une gamme de points de vue sur cette question dans l'arrêt récent de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Delgamuukw v. The Queen*, note 21, le juge MacFarlane, par. 165-75, 264, 281-83, le juge Wallace, par. 480-85, 506-08, le juge Lambert, par. 878, 963-84, 1011-30, et le juge Hutcheon, par. 1163-73. Un point de vue généralement favorable est exprimé dans *R. v. Secretary of State*, note 57, où Lord Denning déclare, à la p. 125 : [traduction] «Sauf la mention figurant au par. 91(24), la Loi de 1867 ne parle pas des affaires indiennes. Il n'y est pas question du titre de propriété afférent aux "terres réservées pour les Indiens", ni des recettes en provenant, ni des droits et obligations incombant dès lors à la Couronne ou aux Indiens à l'égard de ces terres. Il ne fait cependant aucun doute dans mon esprit que tous les intéressés considéraient que la proclamation royale de 1763 était encore en vigueur. C'était une disposition non écrite qui allait de soi. Elle liait les législatures fédérale et provinciales tout autant que si l'énoncé suivant avait figuré dans la loi : "Les peuples autochtones du Canada conservent tous les droits et libertés qui leur ont été reconnus dans la proclamation royale de 1763".»
120. *Acte relatif à l'administration des terres et des biens des sauvages*, Statuts de la province du Canada 1860, 23 Victoria, chap. 151.
121. *Acte pourvoyant à l'organisation du Département du Secrétaire d'État du Canada, ainsi qu'à l'administration des Terres des Sauvages et de l'Ordonnance*, Statuts du Canada 1868, 31 Victoria, chap. 42; texte dans Venne, *Indian Acts*, note 103, p. 1.
122. Comparer l'article 51 de la *Loi des Indiens*, Statuts révisés du Canada 1927, chap. 98, avec l'article 39 de la *Loi sur les Indiens*, Statuts du Canada 1951, chap. 29. Néanmoins cette dernière loi prévoit encore, au sous-alinéa 2(1)c)(ii), qu'une bande peut se doter d'un conseil choisi «selon la coutume de la bande». Une disposition semblable figure dans l'actuelle *Loi sur les Indiens*; voir les *Lois révisées du Canada* (1985), chap. 1-5, par. 2(1), «conseil de la bande», al. b).
123. Voir l'exposé de Richard H. Bartlett, *The Indian Act of Canada*, 2nd ed. (Saskatoon, Sask.: University of Saskatchewan Native Law Centre, 1988).
124. *Acte pourvoyant à l'émancipation graduelle des Sauvages, à la meilleure administration des affaires des Sauvages et à l'extension des dispositions de l'acte trente-et-un Victoria, chapitre quarante-deux*, Statuts du Canada 1869, 32-33 Victoria, chapitre 6; voir Venne, *Indian Acts*, note 103, 11, p. 13.

125. Ce point de vue comporte des similitudes intéressantes avec l'argument admis par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt inédit *Donahoe c. Société Radio-Canada*, Cour suprême du Canada, 21 janvier 1993, où le juge McLachlin dit, au nom de la majorité, que certains droits constitutionnels inhérents, qui existaient en *common law* anglaise, ont été introduits au Canada au moment où des assemblées législatives y ont vu le jour. Ces droits ont alors été implicitement constitutionnalisés par une mention générale figurant dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Même s'il n'en est pas fait mention explicitement à l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, ces droits de *common law* font partie de la Constitution du Canada qui, en vertu de cet article, est la loi suprême du pays.
126. Voir notre étude antérieure : Canada, Commission royale sur les peuples autochtones, *Le droit à l'autonomie gouvernementale des autochtones et la Constitution : Commentaire* (Ottawa : 13 février 1992), pp. 19-28.
127. Nous reprenons ici, en les adaptant, des opinions formulées dans notre commentaire intitulé *Le droit à l'autonomie gouvernementale des autochtones et la Constitution*, note précédente, p. 18.
128. Note 2.
129. Rosie Mosquito et Konrad Sioui, *To the Source: First Nations Circle on the Constitution. Commissioners' Report* (Ottawa: Assembly of First Nations, 1992), p. 21.
130. Une approche parallèle est adoptée dans Slattery, "First Nations and the Constitution", note 66, pp. 282-287.
131. Dans l'arrêt *Re Term "Indians"*, [1939] Recueil de la Cour suprême 104, la Cour suprême du Canada statue que le paragraphe 91(24) s'applique aux Inuit (ou «Esquimaux»). Elle ne s'est pas encore prononcée sur l'applicabilité de cette disposition aux Métis. Un éminent constitutionnaliste, le professeur Peter Hogg, estime que les Métis sont probablement visés par ce paragraphe; voir Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed., note 66, pp. 665-66. Pour l'historique et une analyse, voir Catherine Bell, "Who Are the Métis People in Section 35(2)?", (1991) 29 Alberta Law Review 351; Clem Chartier, "Indian: An Analysis of the Term as Used in Section 91(24) of the British North America Act, 1867", (1978-79) 43 Saskatchewan Law Review 37; Paul L.A.H. Chartrand, "Aboriginal Rights: The Dispossession of the Métis", (1991) 29 Osgoode Hall Law Journal 457; Chartrand, *Manitoba's Métis Settlement Scheme*, note 95; Richard I. Hardy, "Metis Rights in the Mackenzie River District of the Northwest Territories", [1980] 1 Canadian Native Law Reporter 1; Cumming et Mickenberg, *Native Rights in Canada*, note 46, pp. 6-9, 200-04; William F. Pentney, *The Aboriginal Rights Provisions in the Constitution Act, 1982* (Saskatoon, Sask.: University of Saskatchewan Native Law Centre, 1987), chap. 4; Schwartz, *First Principles, Second Thoughts*, note 11, pp. 213-47; Woodward, *Native Law*, note 66, pp. 53-59.
132. Voir *R. c. Sparrow*, note 2, pp. 1113-14. La Cour suprême a statué que les critères proposés, c'est-à-dire que la chose soit «raisonnable» et «dans l'intérêt public», n'étaient pas suffisamment stricts; voir les pp. 1113 et 1118-1119.
133. Des exposés sur ces règles figurent dans G. A. Beaudoin, *La Constitution du Canada* (Montréal : Wilson & Lafleur, 1990), chap. 15; Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed., note 66, pp. 664-79; Patricia Hughes, "Indians and Lands Reserved for the Indians: Off-Limits to the Provinces?", (1983) 21 Osgoode Hall Law Journal 82; Kenneth M. Lysyk, "The Unique Constitutional Position of the Canadian Indian", (1967) 45 Revue du Barreau canadien 513; Kenneth M. Lysyk, "Constitutional Developments relating to Indians and Indian Lands: An Overview", in *The Constitution and the Future of Canada, Special Lectures of the Law Society of Upper Canada* (Toronto: Richard de Boo Ltd., 1978), 201; Micheline Patenaude, *Le droit provincial et les terres indiennes* (Montréal : Éditions Yvon Blais, 1986), chap. II; Douglas Sanders, "Prior Claims: Aboriginal People in the Constitution of Canada", in Stanley M. Beck

- et Ivan Bernier, eds., *Canada and the New Constitution* (Montréal : Institut de recherches politiques, 1983), Vol. I, p. 225; Slattery, "Understanding Aboriginal Rights", note 66, pp. 774-81; Woodward, *Native Law*, note 66, pp. 87-131.
134. Voir l'exposé de Slattery, "First Nations and the Constitution", note 66, pp. 283-286.
135. Un exposé sur la question de la dimension culturelle figure dans Mary Ellen Turpel, "Aboriginal Peoples and the Canadian *Charter*: Interpretive Monopolies, Cultural Differences", (1989-90) 6 *Annuaire canadien des droits de la personne* 3.
136. Comparer Slattery, "First Nations and the Constitution", note 66, pp. 286-287.
137. La première partie de l'article 25 porte notamment ce qui suit : «Le fait que la présente charte garantit certains droits et libertés ne porte pas atteinte aux droits ou libertés – ancestraux, issus de traités ou autres – des peuples autochtones du Canada...» Des observations sur cet article figurent dans les ouvrages auxquels renvoie la note 100.
138. La distinction entre les effets de la Charte sur l'existence d'un pouvoir constitutionnel et ses effets sur l'exercice de ce pouvoir est établie dans *Renvoi : An Act to Amend the Education Act*, [1987] 1 *Recueil de la Cour suprême* 1148, le juge Estey, pp. 1206-1207; *Renvoi . Circ. électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 *Recueil de la Cour suprême* 158, le juge McLachlin, p. 179; *Donahoe c. Société Radio-Canada*, note 125, le juge McLachlin, pp. 30-34 (copie dactylographiée), le juge Cory, pp. 8-10 (copie dactylographiée).
139. Même s'il n'est pas fait mention expresse des gouvernements autochtones au paragraphe 32(1) de la Charte, où se trouvent énumérées les autorités gouvernementales auxquelles celle-ci s'applique, cette liste ne semble pas exhaustive. Dans l'arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.* [1986] 2 *Recueil de la Cour suprême* 573, la Cour suprême du Canada a statué que la Charte ne s'applique pas aux litiges privés et que l'article 32 est déterminant sur ce point; voir le juge McIntyre, p. 597. Celui-ci affirme en outre, à la p. 98 : «J'estime donc que l'art. 32 de la Charte mentionne de façon précise les acteurs auxquels s'applique la Charte. Il s'agit des branches législative, exécutive et administrative.» Cette affirmation donne à entendre que l'article 32 vise à tracer une ligne de démarcation entre les acteurs privés et gouvernementaux, et non à énumérer de façon exhaustive les organismes gouvernementaux auxquels s'applique la Charte.
140. Les écrits abondent sur la question. Parmi les ouvrages récents, mentionnons tout spécialement William Brandon, *New Worlds for Old: Reports from the New World and Their Effect on the Development of Social Thought in Europe, 1500-1800* (Athens, Ohio: Ohio University Press, 1986); Denys Delâge, «L'influence des Amérindiens sur les Canadiens et les Français au temps de la Nouvelle-France», (1992) 2 *Lekton* (N° 2) 103, surtout les pp. 163-191.
141. P.-F.-X. Charlevoix, *Histoire et description générale de la Nouvelle France*. 3 vol. (Paris: Ganeau, 1744), tome 3, pp. 341-42. Sur la recherche de l'idéal de la responsabilité autonome parmi les Iroquois, voir Anthony F.C. Wallace, *The Death and Rebirth of the Seneca* (New York: Vintage Books, 1972), pp. 34-39.
142. Grinde et Johansen soutiennent cette thèse dans *Exemplar of Liberty: Native America and the Evolution of Democracy*, note 65. Des énoncés plus nuancés figurent dans Brandon, *New Worlds for Old*, note 140, et dans Delâge, «L'influence des Amérindiens», note 140.
143. "Haudenosaunee Statement to the World", *Akwesasne Notes* 11 (May 1979): 7; cité dans Grinde et Johansen, *Exemplar of Liberty*, note 65, p. 235.
144. Nous visons ici la catégorie la plus vaste possible de terres détenues par des autochtones, à partir des terres de «réserve» ou d'«établissement» jusqu'à celles possédées par occupation ou en vertu d'un titre ancestral.

145. Cité dans *L'Autonomie politique des Indiens au Canada (rapport Penner)*, note 7, p. 48.
146. Cette entente est datée du 6 août 1991. On peut y lire, à l'article 5, qu'elle exprime l'engagement politique des parties et ne se veut pas un traité ni ne vise à modifier les droits ou obligations des parties.
147. Voir le document intitulé *Accords politiques : Réunions multilatérales sur la Constitution*, en date du 28 août 1992, p. 4, où figure en préface la note explicative suivante : «Ce document connexe au Rapport du consensus [Rapport du consensus sur la Constitution, Charlottetown, 28 août 1992, texte définitif] expose les éléments d'un ou de plusieurs accords politiques qui pourraient accompagner les modifications constitutionnelles ainsi que les ententes inter-gouvernementales qui pourraient être négociées en vertu de ces modifications.»
148. On y parle d'un «accord exécutoire, justiciable et applicable...»

Pour plus de renseignements :

Commission royale sur les peuples autochtones

C.P. 1993, succursale B

Ottawa (Ontario)

K1P 1B2

Téléphone : (613) 943-2075

Télécopieur : (613) 943-0304

Appels sans frais :

1-800-363-8235 (anglais, français, chipewyan)

1-800-387-2148 (cri, inuktitut, ojibwa)

N.L.C./B.N.C.



3 3286 50156 7354

ISBN 0-660-94284-4



9 780660 94284 1

