

[couverture]
[]

**L'obligation de fiduciaire du Canada
envers les peuples autochtones
dans le contexte de l'accession du Québec
à la souveraineté**

**VOLUME 2
DIMENSION INTÉRIEURE**

Août 1995

**Commission royale
sur les peuples autochtones**

**L'obligation de fiduciaire du Canada
envers les peuples autochtones
dans le contexte de l'accession du Québec
à la souveraineté**

**VOLUME 2
DIMENSION INTÉRIEURE**

par
Renée Dupuis
et
Kent McNeil

Août 1995

**Document préparé dans le cadre
du Programme de recherche
de la Commission royale
sur les peuples autochtones**

Données de catalogage avant publication (Canada)

Vedette principale au titre :

L'obligation de fiduciaire du Canada envers les peuples autochtones dans le contexte de l'accession du Québec à la souveraineté

Publ. aussi en anglais sous le titre :

Canada's fiduciary obligation to Aboriginal Peoples in the context of accession to sovereignty by Quebec

Sommaire : 1. Dimension internationale. —2. Dimension intérieure.

ISBN 0-660-95105-3 (v.1); ISBN 0-660-94631-9 (v.2)

N^o de cat. Z1-1991/1-41-6-1F (v.1); Z1-1991/1-41-6-2F (v.2)

1. Autochtones — Québec (province) — Relations avec l'État.
 2. Autochtones — Québec (province) — Politique et gouvernement.
 3. Autochtones — Québec (province) — Conditions économiques.
- I. Canada. Commission royale sur les peuples autochtones.

E92.C3214 1995

323.1'19701

C95-980219-3

© Ministre des Approvisionnements et Services Canada 1995

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

N^o de cat. Z1-1991/1-41-6-2F

ISBN 0-660-94631-9

**L'obligation de fiduciaire du Canada
envers les peuples autochtones
dans le contexte de l'accession du Québec
à la souveraineté**

**Volume 2
DIMENSION INTÉRIEURE**

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION (Dupuis)	1
Des rapports fiduciaires	2
Un nouveau paradigme	3
Une portée variable	4
Les jurisprudences américaine et canadienne	4
PARTIE I	
L'obligation de fiduciaire	5
Les sources de l'obligation de fiduciaire (Dupuis/McNeil)	5
Le Traité d'Utrecht (1713) (Dupuis)	7
Les Articles de la Capitulation de Montréal (1760) (Dupuis)	9
La <i>Proclamation royale de 1763</i> (Dupuis)	11
Les traités historiques (Dupuis)	18
La Paix de Montréal (1701) (Dupuis)	19
L'entente de Swegachy (1760) (Dupuis)	21
Le traité Murray (1760) (Dupuis)	22
La <i>Loi constitutionnelle de 1867</i> (McNeil)	25
Le Décret en conseil sur la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest (1870) (McNeil)	27
Les lois de 1898 et 1912 délimitant le territoire du Québec (McNeil)	32
La Convention de la Baie James et du Nord québécois et les lois de mise en vigueur de la Convention (Dupuis)	37
La <i>Loi constitutionnelle de 1982</i> (McNeil)	45
PARTIE II	
La nature de l'obligation (Dupuis/McNeil)	52
Aspects généraux	52
L'autodétermination et l'autonomie gouvernementale	55
Droits relatifs aux terres et aux ressources	58

Le cas du Québec 60

PARTIE III

L'obligation de fiduciaire dans le contexte de l'accession du Québec à la souveraineté 64

Les implications en droit interne (Dupuis) 64

Référendum sur la souveraineté du Québec

(Dupuis) 64

Négociations sur la souveraineté du Québec

(Dupuis) 69

Déclaration unilatérale d'indépendance du Québec

(McNeil) 74

CONCLUSION (Dupuis/McNeil) 77

NOTES 79

NOTE : Les études regroupées dans ce volume ont été commandées aux auteurs par la Commission royale sur les peuples autochtones dans le cadre de son programme de recherche. Les opinions exprimées dans ces études sont celles des auteurs et n'engagent aucunement la Commission royale sur les peuples autochtones.

**L'obligation de fiduciaire du Canada
envers les peuples autochtones
dans le contexte de l'accession du Québec
à la souveraineté**

DIMENSION INTÉRIEURE

*par Renée Dupuis
et
Kent McNeil*

INTRODUCTION (Dupuis)

Conformément au mandat que nous avons reçu de la Commission royale, nous allons analyser la question de l'obligation de fiduciaire, en droit interne canadien, de la Couronne du Canada dans le contexte de l'accession du Québec à la souveraineté. À cet égard, il convient d'abord de préciser quelques éléments qui nous paraissent essentiels pour mieux situer le contexte dans lequel nous devons réaliser cette étude. La première partie de notre étude porte sur les sources de l'obligation de fiduciaire de la Couronne du Canada à l'égard des peuples autochtones du Canada, et plus particulièrement, des peuples autochtones du Québec dans le contexte constitutionnel canadien actuel. La deuxième partie traite de la nature générale de l'obligation de fiduciaire de la Couronne du Canada, en mettant l'accent sur l'analyse de cette obligation en regard du droit à l'autonomie gouvernementale des autochtones et de leurs droits sur les terres. La dernière partie examine la portée de l'obligation de fiduciaire de la Couronne du Canada appliquée à divers scénarios portant sur l'accession du Québec à la souveraineté.

Des rapports fiduciaires

Il est maintenant bien établi qu'il existe des rapports fiduciaires entre l'État fédéral et les peuples autochtones du Canada. Ces rapports sont de nature fiduciaire plutôt que contradictoireⁱⁱ. Il n'y a toutefois pas d'obligation de fiduciaire dans chaque aspect des rapports entre fiduciairesⁱⁱⁱ. C'est la nature des rapports entre les parties et non le statut de ces parties qui définit l'étendue, voire les limites des obligations imposées.

Le rapport fiduciaire découle, en partie, du concept du titre aborigène, autochtone ou indien^{iv}. Le gouvernement a la responsabilité de protéger les droits des Indiens qui découlent des

rappports fiduciaires spéciaux créés par l'histoire, des traités et des textes législatifs^v. Ce rapport sui generis engendre, dans certaines conditions, une obligation de fiduciaire qui impose, par conséquent, une certaine restriction à l'exercice du pouvoir souverain^{vi}.

La marque distinctive d'un rapport fiduciaire réside dans le fait que la situation juridique relative des parties est telle que l'une d'elles se trouve à la merci de l'exercice unilatéral d'un pouvoir discrétionnaire de la part de l'autre partie, lequel pouvoir discrétionnaire peut produire des effets sur les intérêts juridiques ou pratiques du bénéficiaire^{vii}.

L'obligation de fiduciaire est une obligation d'equity exécutoire en justice. L'existence de cette obligation est surtout une question de fait et le manquement à une telle obligation sera le fondement d'une demande de réparation^{viii}. Cette obligation n'est pas, à strictement parler, une obligation de droit public, ni une fiducie de droit privé^{ix}.

L'obligation de fiduciaire est créée tant dans le cadre d'actions unilatérales de la Couronne, qu'elles soient législatives, administratives ou autres, que dans le cadre d'actions bilatérales comme des traités ou d'autres ententes. Enfin, il ne nous semble pas impossible que la Couronne puisse mettre fin à une obligation de fiduciaire par voie d'entente avec les autochtones, ce qu'elle ne peut pas faire unilatéralement.

Un nouveau paradigme

La reconnaissance récente du rapport fiduciaire par les tribunaux canadiens nous amène à réexaminer les rapports historiques entre l'État et les autochtones dans cette nouvelle optique. Les travaux historiques et juridiques faits jusqu'ici ne prennent pas en compte cette nouvelle perspective.

Nous ne pouvons, dans le cadre de la présente étude, tracer un portrait complet du concept de l'obligation de fiduciaire de la Couronne. D'une part, la reconnaissance du concept d'obligation de fiduciaire exécutoire en justice représente un changement majeur dans l'interprétation que la Cour suprême du Canada fait des obligations de la Couronne envers les autochtones. Il est donc trop tôt, à ce moment-ci, pour en mesurer tous les effets. D'autre part, ce changement de cap obligera les juristes, et d'autres, à réexaminer tant les documents historiques que les actions étatiques à la lumière de cette nouvelle réalité juridique. Enfin, notre mandat est limité à l'étude de l'obligation de fiduciaire de la Couronne du Canada dans le contexte de l'accession à la souveraineté par le Québec. Nous devons donc nous restreindre à ce sujet,

conscients que cela ne couvre pas tout le champ réel et virtuel de cette obligation. Par exemple, le déplacement des Inuit du Nord québécois, dans les années 50, dans l'Extrême-Arctique est susceptible de mettre en cause l'obligation de fiduciaire du gouvernement fédéral. En effet, le déplacement et les conditions dans lesquelles il a été mené pourraient constituer un manquement à l'obligation de fiduciaire du gouvernement fédéral à l'endroit des Inuit déplacés, notamment à cause de sa compétence constitutionnelle exclusive à leur égard. Mais une telle discussion dépasse le cadre de cette étude.

Une portée variable

L'obligation de fiduciaire de la Couronne du Canada à l'endroit des autochtones est, par nature, la même sur tout le territoire canadien. L'ampleur et la portée de cette obligation ne sont toutefois pas identiques à l'égard de tous les peuples autochtones ni dans toutes les parties du territoire canadien. Nous verrons notamment que telle source d'une obligation de fiduciaire s'applique uniquement à un peuple autochtone, les Indiens par exemple. Telle autre source s'applique uniquement à un peuple autochtone d'un territoire donné, l'Ontario ou le Québec par exemple. Telle autre enfin s'applique à tous les peuples autochtones, soit les Indiens, les Inuit et les Métis.

Les jurisprudences américaine et canadienne

Il est intéressant de noter que la première décision rendue par la Cour suprême du Canada sur une obligation de fiduciaire de la Couronne, l'arrêt *Guerin*, a été rendue un an après le jugement de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Mitchell II*, en 1983⁸. Dans cet arrêt, la Cour suprême des États-Unis a accordé pour la première fois, des dommages-intérêts à la suite d'un manquement du gouvernement fédéral américain à son obligation de fiduciaire. À cette occasion, la Cour a établi qu'il existe entre les États-Unis et les Indiens un rapport fiduciaire qui crée une obligation de fiduciaire pour le gouvernement, l'obligeant alors à dédommager les Indiens s'ils font la preuve d'un manquement à cette obligation. On ne peut manquer d'être frappé par la similitude entre les faits de l'affaire *Mitchell II* et ceux de l'affaire *Guerin* et le jugement rendu par la Cour suprême des deux pays. D'ailleurs, il ne s'agit pas d'un précédent, puisque la Cour suprême du Canada se réfère, à l'occasion, à des décisions judiciaires historiques de la Cour suprême des États-Unis en matière autochtone.

PARTIE I

L'obligation de fiduciaire

Les sources de l'obligation de fiduciaire (Dupuis/McNeil)

Comme la reconnaissance, par les tribunaux canadiens, d'une obligation de fiduciaire de la Couronne fédérale à l'endroit des autochtones est un phénomène très récent, il n'est pas possible d'en énumérer les sources de façon exhaustive. De plus, nous ne possédons pas suffisamment de recul pour pouvoir dégager des principes définitifs à cet égard. Les quelques énoncés jurisprudentiels dont nous disposons sont appelés à être précisés, de telle sorte que les contours du concept de l'obligation de fiduciaire seront mieux délimités dans quelques décennies. Le champ des sources de cette obligation sera alors mieux défini.

Il faut donc se garder de considérer comme acquis les principes que nous tenterons de dégager dans la présente étude. Le passage du temps nous aidant à mieux mesurer les conséquences juridiques de la reconnaissance de l'obligation de fiduciaire de la Couronne canadienne, on peut prévoir que le législateur et les tribunaux chercheront à l'encadrer.

Il en va de même pour les sources de cette obligation. C'est dans cet esprit que nous en avons abordé l'analyse. Nous ne prétendons pas apporter ici une liste exhaustive des sources de cette obligation ni en établir des catégories définitives. La hiérarchie entre ces diverses sources d'obligation n'est pas encore établie. Il est donc difficile, à ce stade-ci, de tenter de les regrouper en catégories très bien définies.

Nous avons retenu les sources suivantes : la Constitution canadienne, la législation et la réglementation historiques et contemporaines, la jurisprudence et les traités (pré et post-confédératifs) conclus entre la Couronne et les autochtones.

Puisque l'obligation de fiduciaire repose sur la relation historique entre la Couronne et les autochtones, nous avons choisi de présenter les sources de cette obligation en suivant à peu près l'évolution des régimes juridiques qui se sont succédé au Canada à partir de l'établissement des liens entre les Européens et les autochtones. Notre étude permettra d'identifier un certain nombre de sources de l'obligation de fiduciaire de la Couronne. Quoiqu'elle doive être entreprise, une analyse plus approfondie de chacune de ces sources dépasse les limites de notre mandat dans le cadre de la présente étude. Même si notre étude porte sur l'obligation de fiduciaire de la Couronne du Canada dans le contexte de l'accession à la souveraineté par le Québec, la plupart

des sources identifiées ici ne s'appliquent pas exclusivement au Québec.

Nous avons identifié pour les fins de la présente étude neuf sources susceptibles de générer une obligation de fiduciaire de la part de la Couronne du Canada à l'endroit des autochtones du Québec. Ce sont : 1) le Traité d'Utrecht (1713); 2) les Articles de la Capitulation de Montréal (1760); 3) la Proclamation royale de 1763; 4) des traités historiques; 5) le paragraphe 91(24) de la Loi constitutionnelle de 1867; 6) le Décret en conseil sur la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest (1870) et l'Adresse conjointe du Parlement du Canada (1869); 7) les lois relatives aux frontières du Québec (1898 et 1912); 8) la Convention de la Baie James et du Nord québécois et les lois de mise en vigueur de la Convention; 9) la Loi constitutionnelle de 1982. D'autres sources génèrent une obligation de fiduciaire à l'endroit des peuples autochtones, notamment la Loi sur les Indiens, mais il n'en est pas directement question ici.

Le Traité d'Utrecht (1713) (Dupuis)

Quoiqu'il n'ait jamais été envisagé sous cet angle jusqu'ici, le Traité d'Utrecht pourrait représenter une expression de la relation historique entre la Couronne et les autochtones sur laquelle est fondée l'obligation de fiduciaire.

Signé le 16 avril 1713, le Traité d'Utrecht met fin à la guerre de la succession d'Espagne. Par le Traité d'Utrecht, la France restitue à la Grande-Bretagne la baie et le détroit d'Hudson avec toutes les terres, mers, rivages, fleuves et lieux qui en dépendent et qui y sont situés (article x). La Grande-Bretagne et la France conviennent alors de nommer des commissaires qui doivent déterminer les limites entre la baie d'Hudson et les lieux appartenant à la France.

À cette occasion, la France cède également à la Grande-Bretagne, l'Acadie, dans ses anciennes limites, de même que l'île de Terre-Neuve avec les îles adjacentes, sauf l'île du Cap-Breton et les autres îles situées dans l'embouchure et dans le golfe du fleuve Saint-Laurent (articles xii et xiii).

L'article xv de ce traité prévoit que :

Les habitants du Canada & autres sujets de la France ne molesteront point à l'avenir les cinq nations ou cantons des Indiens soumis à la Grande-Bretagne, ni les autres nations de l'Amérique amies de cette Couronne : pareillement les sujets de la Grande-Bretagne se comporteront pacifiquement envers les Américains sujets ou amis

de la France [...] au surplus les Commissaires régleront exactement & distinctement quels seront ceux qui seront ou devront être censés sujets & amis de la France ou de la Grande-Bretagne^{xiii}.

Le 30 avril 1713, dans une lettre qu'il lui adresse quelques jours après la signature du Traité d'Utrecht, le ministre français de la marine, le comte de Pontchartrain, incite le Gouverneur de la Nouvelle-France, Philippe de Rigaud de Vaudreuil, à trouver les moyens d'amener les habitants et les «Sauvages de l'Acadie» à se retirer au Cap-Breton, puisque les dispositions du traité de 1713 réservent aux sujets de Sa Majesté la possibilité de se retirer des colonies qui doivent être cédées ou restituées aux Britanniques.

Comme je suis persuadé que les habitants de l'Acadie n'auront point porté serment à la reine d'Angleterre, ils pourront se retirer dans le terme convenu sans que les Anglais puissent les en empêcher, et je ne doute point qu'ils n'en profitent avec plaisir pour se rendre au Cap breton. Il est nécessaire que vous cherchiez les moyens de les y déterminer aussi bien que les Sauvages de l'Acadie^{xiiii}.

L'article xv de ce traité entre la France et la Grande-Bretagne pourrait être interprété comme une des premières expressions formelles, dans un traité international, du statut spécial que les autochtones détenaient tant dans l'esprit des Français que dans celui des Anglais, par rapport à leurs prétentions respectives à la souveraineté sur ces territoires. Il est d'ailleurs intéressant de noter que l'on fait référence des deux côtés à deux types de nations autochtones : les nations amies et les nations soumises à la Couronne.

Ce statut spécial est le résultat de la position historique de fait, sinon de droit, occupée par les autochtones en Canada. En effet, les Européens avaient besoin, à l'époque, de l'alliance des autochtones, pour établir leur propre souveraineté sur l'Amérique. Cette position a été le moteur de la relation historique particulière que les Couronnes successives ont développée avec les autochtones. Or, c'est de cette relation historique que découle l'obligation de fiduciaire de la Couronne. Ce texte précède de 50 ans la Proclamation royale de 1763 qui en reprend en partie les termes. Il est donc possible de conclure que cet article xv du Traité d'Utrecht constitue, sinon une source directe d'une obligation de fiduciaire, du moins une expression formelle de la relation historique particulière d'où découle l'obligation de fiduciaire de la Couronne du Canada.

Les Articles de la Capitulation de Montréal (1760) (Dupuis)

Signés le 8 septembre 1760, les Articles de la Capitulation de Montréal consacrent la victoire de la Grande-Bretagne sur la France au Canada. Ils avaient été précédés, un an

auparavant, de la Capitulation de Québec qui avait suivi la victoire de l'armée anglaise sur l'armée française lors de la bataille des Plaines d'Abraham. Signés le 18 septembre 1759, les articles de la Capitulation de Québec avaient donné à la Grande-Bretagne le contrôle de la ville de Québec et de la région environnante. Les 11 articles de la Capitulation de Québec ne comportent pas de mention particulière concernant les autochtones.

La Capitulation de Montréal, elle, marque la défaite définitive de la France en Amérique du Nord, laquelle sera consacrée par le Traité de Paris du 10 février 1763.

Signés par le général Amherst, Commandant en chef des troupes britanniques et le marquis de Vaudreuil, Gouverneur français en Canada, les Articles de la Capitulation de Montréal comportent 55 articles portant sur les conditions négociées par les Français et acceptées par les Britanniques^{xiv}.

Les articles 9, 40, et 51 traitent des «Sauvages». D'abord, les Britanniques refusent de s'engager à renvoyer chez eux les «Sauvages indiens» membres de leur armée, estimant que ceux-ci ne se sont pas livrés à des cruautés à l'endroit des Français.

Ensuite, l'article 40 accorde aux Français que les «Sauvages» ou Indiens alliés de la France «seront maintenus dans les terres qu'ils habitent, s'ils veulent y rester. Ils ne pourront être inquiétés sous quelque prétexte pour avoir pris les armes et servi la France.» On prévoit de plus qu'ils auront, comme les Français, la liberté de religion (catholique) et qu'ils conserveront leurs missionnaires.

Enfin, le général Amherst s'engage, à l'article 51, à faire en sorte que les «Sauvages», s'il en reste après la reddition de Montréal, n'insultent les Français.

On spéculé encore aujourd'hui sur la portée de l'article 40. A-t-il pour effet de créer des droits, de geler les droits reconnus antérieurement par les Français ou de reconnaître et de confirmer des droits préexistants? Dans l'arrêt Sioui, rendu en 1990, la Cour suprême du Canada répond en partie à cette question. S'exprimant au nom de la Cour, le juge Lamer se dit de l'avis suivant :

on ne peut interpréter cet article que comme une condition à laquelle les Français acceptaient de capituler [...] De plus, il me semble évident que l'article 40 avait pour but d'assurer des droits et non pas d'éteindre des droits déjà existants^{xv}.

L'article 40 des Articles de la Capitulation de Montréal apparaît au moins comme un engagement pris par la Grande-Bretagne de ne pas déposséder les Indiens alliés des Français des

terres qu'ils occupent en 1760. Cet engagement, dont l'application dépasse le territoire du Québec de l'époque et du Québec actuel, est-il source d'obligation pour la Couronne britannique envers les autochtones alliés de la France? Cette obligation est-elle de nature fiduciaire? Dans ce cas, s'agit-il d'une obligation générale de protection des autochtones ou d'une obligation de fiduciaire spécifique? Qui sont les autochtones alliés de la France bénéficiaires de cette obligation? Selon ce que la Cour suprême du Canada en a dit dans l'arrêt *Sioui*, les Hurons du moins ne peuvent en bénéficier parce qu'ils avaient abandonné leur alliance avec les Français au moment de la Capitulation de Montréal, comme nous le verrons plus loin quand nous examinerons le traité Murray (1760). Cette obligation ouvre-t-elle éventuellement la porte à des recours de la part des autochtones en cas de manquement de la Couronne à une telle obligation? Voilà autant de questions non résolues et qui devront faire l'objet d'une analyse qui dépasse l'objet de la présente étude.

La Proclamation royale de 1763 (Dupuis)

Le Traité de Paris, signé le 10 février 1763 est venu confirmer officiellement la reconnaissance, par la France, de la conquête, par la Grande-Bretagne, de ses possessions en Amérique.

[TRADUCTION] La fin d'une époque et le début d'une nouvelle : telle est la signification de l'année 1763 [...] la proclamation est l'un des plus importants documents d'État du XVIII^e siècle. Elle marque le début de cette nouvelle époque, qui allait être témoin de la réorganisation du Canada sous le nouveau gouvernement, de la séparation des colonies américaines de la mère patrie, et de l'occupation de l'occident par les Anglo-Saxons^{xvi}.

Ce «traité de paix et d'alliance» entre la Grande-Bretagne, la France, l'Espagne et le Portugal met fin à la Guerre de Sept Ans. La France y renonce, entre autres, à l'Acadie toute entière, au Cap-Breton et au Canada. Il ne lui reste pratiquement rien de son empire en Amérique du Nord, puisqu'elle a déjà cédé la Louisiane à l'Espagne.

L'article 4 de ce traité précise la nature et l'étendue de cette cession de la France qui

cede et garantit à Sa dite Majesté Britannique, en toute Propriété, le Canada avec toutes ses Dependances [...] avec la Souveraineté, Propriété, Possession, & tous Droits acquis par Traité, ou autrement, que le Roy Très Chretien et la Couronne de France ont eus jusqu'à present sur les dits Pays, Isles, Terres, Lieux, Côtes, & leurs Habitans, ainsi que le Roy Très Chretien cede & transporte le tout au dit Roy & à la Couronne de la Grande Bretagne, & cela de la Maniere & d^s la Forme la plus ample, sans Restriction^{xvii} [...]

Les pressions exercées par les Indiens et, plus précisément, le soulèvement de Pontiac contre les autorités britanniques, auraient précipité l'adoption, quelques mois plus tard, par le roi George III, d'un édit pour organiser le gouvernement civil de ses nouveaux territoires : la *Proclamation royale du 7 octobre 1763*^{xviii}.

En vertu de la Proclamation, le territoire qui constituait le Canada sous le régime français est considérablement réduit; on lui a amputé la vallée de l'Ohio, les pays d'en-haut, le lac Champlain, l'île d'Anticosti et le Labrador. La nouvelle colonie est rebaptisée Colonie de Québec et ses nouvelles frontières sont délimitées par cette proclamation.

La Proclamation royale de 1763 n'est pas une loi, mais bien un édit du pouvoir exécutif britannique. Elle a été révoquée en partie par l'article 4 de l'Acte de Québec en 1774^{xix}. Toutefois, l'article 3 de l'Acte de Québec prévoit explicitement que cet acte n'a pas pour effet d'étendre, d'annuler ou autrement altérer tout droit, titre ou possession obtenu de quelque manière que ce soit et qu'en conséquence, ces droits, titres ou possessions sont maintenus en vigueur comme si cet acte n'avait pas été adopté.

La Constitution canadienne y réfère, à l'article 25 de la Charte canadienne des droits et libertés, qui met les droits des autochtones issus de la Proclamation royale à l'abri de l'application de la Chartexx. Le juge Gwynne (dissident) l'a d'ailleurs qualifiée d'«Indian Bill of rights» dans le jugement que la Cour suprême du Canada a rendu dans la cause de St. Catharines Millingxxi, et le juge Hall l'a repris dans son jugement dissident dans l'affaire Calderxxii.

La Proclamation royale de 1763 se présente comme un texte touffu et portant sur des sujets forts variés. Certaines parties concernent les anciennes colonies anglaises, d'autres, les nouvelles colonies et enfin, d'autres encore s'appliquent aux deux catégories de colonies. Son manque de clarté a engendré beaucoup de confusion et de difficultés d'interprétation qui subsistent à ce jour. La question de l'application de cette proclamation au territoire du Québec d'aujourd'hui est actuellement posée à la Cour suprême du Canada à la suite de deux jugements de la Cour d'appel du Québec sur cette questionxxiii.

Chaque partie de ce texte n'est pas clairement identifiée. Sa structure même présente matière à discussion. On peut le diviser en cinq parties, chacune de ces parties commençant par un préambule qui en énonce le contexte.

D'abord, la Proclamation royale crée et définit le territoire de quatre nouvelles colonies : Québec, la Floride occidentale, la Floride orientale et la Grenade. La deuxième partie concerne

l'organisation du gouvernement civil dans ces nouvelles colonies. La troisième partie prévoit la concession de terres aux soldats anglais réformés qui ont servi la Couronne britannique pendant la guerre qui vient de se terminer.

Enfin, la quatrième et la cinquième parties traitent des «nations ou tribus sauvages». Pour sa part, Slattery divise la Proclamation en quatre parties, amalgamant ce que nous distinguons comme les quatrième et cinquième parties^{xxiv}. Notre division en cinq parties repose sur le style de préambule utilisé à chaque nouvelle partie du texte. Cette question n'est pas déterminante ici et une analyse approfondie de cette question dépasse le cadre de la présente étude.

Après le préambule suivant :

[NOTRE TRADUCTION] 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 n'ayant été ni concédées ni achetées par Nous, ont été réservées pour ces tribus ou quelques-unes d'entre elles comme territoires de chasse^{xxv} [...] la quatrième partie édicte que les gouverneurs des nouvelles colonies, dont le Québec, n'ont pas l'autorité d'accorder des permis d'arpentage ni des droits de propriété sur les terres situées au-delà des limites de leur colonie.

De plus, cette quatrième partie de la Proclamation «réserve(r) pour le présent sous notre Souveraineté, notre Protection et notre Autorité pour l'usage desdits Sauvages» les terres situées à l'extérieur des limites de la colonie de Québec de 1763, du territoire de la Terre de Rupert, qui avait été concédé à la Compagnie de la Baie d'Hudson par l'Angleterre en 1670, de même que toutes les terres situées à l'ouest de la source des rivières qui, de l'ouest ou du nord-ouest, vont se jeter dans la mer. Elle interdit de plus aux colons d'acheter ou de posséder «aucune terre ci-dessus réservée» sans l'autorisation préalable des autorités gouvernementales.

Le préambule de la cinquième partie fait état de la volonté de mettre fin aux abus commis dans l'achat des terres des Indiens, ce qui a nui à l'Angleterre et provoqué le mécontentement des Indiens. Pour corriger cette situation, on interdit d'acheter aux Indiens les terres qui leur ont été réservées dans les parties des colonies où la Couronne a permis des établissements. On prévoit en outre que, dans l'hypothèse où les Indiens voudraient se départir de telles terres, ils ne pourront les céder désormais à d'autres qu'à la Couronne.

Plus de 200 ans après son adoption, l'interprétation du texte de cette proclamation fait toujours l'objet de controverses sur plusieurs points, notamment la nature et l'étendue des droits

en question, l'extinction ou la cession de ces droits, et les limites du territoire que l'on a voulu réserver aux Indiens.

La Commission d'étude sur l'intégrité du territoire du Québec a consacré une partie de son rapport à l'étude de cette question, faisant état des divergences dans l'interprétation du texte de cette proclamation^{xxvi}.

Les juges de la Cour suprême du Canada ont également exprimé des vues opposées sur l'application de la Proclamation de 1763, dans l'arrêt *Calder* en 1973^{xxvii}. Dans cette cause, le juge Judson était d'avis que la Proclamation royale de 1763 n'avait rien à voir avec la question du titre indien en Colombie-Britannique^{xxviii}. Au contraire, le juge Hall considérait que le libellé même de la Proclamation montre qu'elle devait inclure les terres à l'ouest des Rocheuses, et par conséquent qu'elle devait s'appliquer à la Colombie-Britannique^{xxix}.

Quoiqu'il existe à ce jour très peu de décisions des tribunaux canadiens portant sur l'interprétation de ce texte appliquée au Québec, à ce jour, la Cour suprême du Canada a néanmoins établi dans l'arrêt *Sioui*, qu'en ce qui concerne la colonie de Québec, la Proclamation royale «réserva aux Indiens deux catégories de terres : celles situées à l'extérieur des limites territoriales de la colonie et les établissements permis par la Couronne à l'intérieur de la colonie^{xxx}».

En décembre 1763, les Instructions royales au Gouverneur Murray viennent compléter la Proclamation royale et en confirment les intentions, du moins pour la partie qui concerne les relations à établir avec les Indiens^{xxxi}.

L'article 60 de ces instructions ordonne au gouverneur de traiter avec les «sauvages» de la province de Québec, de leur promettre la protection et l'amitié de la Grande-Bretagne et de leur remettre des cadeaux de manière à les amener graduellement à devenir non seulement de bons voisins pour les sujets britanniques, mais de bons sujets eux-mêmes. Cette instruction au Gouverneur est adoptée parce que la province de Québec est «en partie habitée et possédée par plusieurs nations ou 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^{xxxii}». Cet article est important dans la mesure où il semble confirmer d'une part la perception que les autochtones ne sont pas encore à cette époque considérés par la Couronne comme ses sujets, et d'autre part, la volonté de la Couronne d'entretenir une relation particulière avec les autochtones.

L'article suivant reprend les termes de la Proclamation de 1763, interdisant au gouverneur

de molester ou de déranger les sauvages «dans la possession des parties de la province qu'ils occupent ou possèdent présentementxxxiii». Ce même article enjoint au gouverneur d'obtenir le plus d'informations sur leurs coutumes, leur genre de vie, leurs règlements et les constitutions qui les régissent.

La Couronne reconnaissait par cela que les autochtones, à cette époque, étaient alors gouvernés par leurs propres règles juridiques et constitutions internes. Ce faisant, la Couronne s'est-elle créé une obligation de protection vis-à-vis des autochtones et de leur mode de gouvernement interne? Une telle obligation est-elle de nature fiduciaire et subsiste-t-elle aujourd'hui?

Enfin, l'article 62 de ces instructions reprend l'interdiction que faisait la Proclamation royale de 1763 aux sujets britanniques d'acheter des terres aux Indiens ou de posséder des terres réservées aux différentes tribus.

Ces trois articles des instructions au gouverneur Murray sont repris intégralement dans les Instructions au gouverneur Carleton du 12 avril 1768, aux articles 59, 60 et 61xxxiv.

De nouvelles instructions sont transmises au gouverneur Carleton, le 3 janvier 1775, accompagnées d'un projet de règlement relatif à l'administration des affaires des «Sauvages»xxxv. Dans ce projet de règlement, on reprend l'interdiction faite à quiconque d'acquérir des terres des Indiens (article 41). De plus, on prévoit que des mesures seront prises «avec le consentement et l'approbation des sauvages pour fixer et déterminer les bornes et limites précises et exactes des terres qu'il pourra être à propos de leur réserver et sur lesquelles aucune colonisation ne sera permisxxxvi».

Ces diverses instructions sont dans le même esprit que la Proclamation royale de 1763 et constituent au moins une source historique fondant la responsabilité que la Couronne britannique s'est attribuée à l'égard des autochtones, laquelle responsabilité est à l'origine de l'obligation de fiduciaire de la Couronne.

Les traités historiques (Dupuis)

Des alliances ont été signées tant par la France que par la Grande-Bretagne avec diverses nations autochtones. Ces alliances ont longtemps été considérées comme des documents historiques n'ayant pas de valeur juridique. Nous ne reviendrons pas sur la distinction qui a prévalu jusqu'à récemment entre les traités pré et post-confédératifs ou encore entre les traités

dits de paix et d'amitié et les traités dits de cession des terres.

Nous verrons dans cette section que les tribunaux ont attribué à ces alliances le statut de traité, ayant une force juridique en droit interne canadien, tout en refusant de leur accorder le statut de traité au sens du droit international. Nous n'avons pas voulu dresser de liste exhaustive de telles alliances, mais nous en avons retenu trois exemples. Nous croyons que ces trois exemples indiquent une tendance des tribunaux à réexaminer le statut de ces traités historiques dans une nouvelle perspective. Nous croyons également que ce réexamen s'intéressera, entre autres, à savoir s'ils sont source d'une obligation de fiduciaire pour la Couronne.

En effet, dans son jugement dans l'affaire Sparrow, la Cour suprême du Canada a décidé que le principe directeur général d'interprétation du paragraphe 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982 est que le gouvernement a la responsabilité d'agir en qualité de fiduciaire à l'égard des peuples autochtones. La décision dans l'affaire Sparrow portait sur un droit ancestral, mais le paragraphe 35(1) protège aussi bien les droits ancestraux que les droits issus de traités. Et la Cour suprême n'a pas donné d'indication selon laquelle ce principe directeur général d'interprétation concernait uniquement les droits ancestraux. Il y a tout lieu de croire que la Cour l'appliquerait également aux droits issus de traités.

Dans la mesure où ces alliances sont considérées comme des traités, les droits qui en sont issus sont susceptibles d'être protégés en vertu du paragraphe 35(1). Les parties autochtones à ces traités pourraient ainsi invoquer l'obligation de fiduciaire de la Couronne en se fondant sur ces traités historiques pour obtenir, par exemple, l'annulation d'une législation qui empiéterait sur un droit issu de tels traités. Il est trop tôt, à ce moment-ci, pour évaluer la portée que les tribunaux voudront donner à leur principe d'interprétation du paragraphe 35(1) et comment ils voudront l'appliquer à ce type de traités ou alliances.

La Paix de Montréal (1701) (Dupuis)

Signée à Montréal, le 4 août 1701, la Paix de Montréal met un terme à près de 100 ans de guerres impliquant la France et les Iroquois. Cet événement regroupe des représentants de la Nouvelle-France, d'une trentaine de nations autochtones alliées de la France et des Cinq-Nations^{xxxvii}.

Cet accord multilatéral de paix avait été précédé, au cours du xvii^e siècle, de diverses tentatives de paix entre les Français et les Iroquois qui n'avaient pas duré. Par exemple, les

Français et leurs alliés hurons, montagnais et algonquins avaient conclu une entente avec les Agniers en 1645, à Trois-Rivières. En 1653, les Cinq-Nations avaient obtenu, à la Conférence de Montréal, que les Français restent neutres en cas de guerre entre les Iroquois d'une part, et les Montagnais et les Algonquins d'autre part. En 1684, l'échec militaire des Français dirigés par Antoine le Febvre de la Barre contre les Tsonnontouans avait abouti à un accord de paix entre Iroquois et Français, à l'anse de la Famine.

Par ailleurs, les Cinq-Nations avaient également signé, en juillet 1701, un traité de paix avec la Grande-Bretagne à la Conférence d'Albany. Ainsi, environ 1 300 délégués représentant plus de 38 nations différentes se rendent à Montréal, à l'été 1701, pour y conclure la paix qui est signée le 4 août. Outre les Cinq-Nations, y sont représentées les nations d'En-Haut, regroupant une trentaine de nations alliées des Français. Ce sont notamment les Hurons, les Outaouais, les Miamis, les Cris, les Népissingues et les Illinois^{xxxviii}.

Dans un jugement récent de la Cour d'appel du Québec rendu dans la cause Adams qui porte sur les droits ancestraux des Mohawks, le juge Rothman, dissident, s'exprime ainsi au sujet de la Paix intervenue à Montréal en 1701:

[TRADUCTION] Il a fallu attendre 1701 et le traité de paix formel entre les Cinq-Nations de la Confédération iroquoise et les Français et leurs alliés Indiens pour que prennent fin les guerres iroquoises. Ils avaient été en guerre, de manière intermittente, durant près de 100 ans. Je crois qu'il n'est pas déraisonnable de conclure que le traité de paix constitue en lui-même une reconnaissance tacite du statut indépendant des Mohawks et de l'importance de leur rôle^{xxxix}.

Même si la question en litige en l'espèce ne repose pas sur la qualification de la Paix de Montréal de 1701 et que le juge Rothman est dissident dans ce jugement, il n'en demeure pas moins qu'il accorde à ce texte valeur de traité formel, allant même jusqu'à l'interpréter comme une preuve tacite de reconnaissance du statut indépendant des Mohawks à l'époque de la signature de ce traité. Même si la Cour suprême du Canada n'a pas à se prononcer sur cette question dans l'appel de ce jugement, la question de l'obligation de fiduciaire de la Couronne par rapport à la protection des droits issus de ce traité pourrait éventuellement être posée.

L'entente de Swegachy (1760) (Dupuis)

Dans un autre jugement récent, la Cour d'appel du Québec a qualifié de traité une entente intervenue entre la Couronne et des autochtones du Québec, dont les Algonquins^{xl}. Cette entente serait intervenue à Swegachy, en août 1760, entre sir William Johnson, alors Surintendant des

Affaires indiennes pour la Grande-Bretagne, et la Confédération des Sept-Nations du Canada.

Il n'existe pas de trace écrite de l'entente de Swegachy, laquelle aurait été confirmée à Caughnawaga, en septembre de la même année. Toutefois, la Cour a accepté comme preuve de l'existence cette entente, un procès-verbal d'une rencontre postérieure qui a eu lieu à Sault Saint-Louis, le 21 août 1769.

L'entente de Swegachy est intervenue à une époque où les Français et les Britanniques se disputaient toujours le contrôle du Canada. Après la Capitulation de Québec, moins d'un an auparavant, l'enjeu était d'obtenir le contrôle de Montréal. L'entente de Swegachy intervient à peine un mois avant la Capitulation de Montréal par les Français. Les Britanniques concluent cette alliance avec des nations indiennes alliées des Français pour garantir, sinon leur coopération, du moins leur neutralité.

S'appuyant sur l'interprétation libérale de l'arrêt Sioui, le juge Beaudoin en vient à la conclusion suivante :

Il y a effectivement bien eu entente entre les autorités britanniques et les ancêtres des appelants à Swegachy, entente qui, eu égard aux critères posés par la Cour suprême me paraît, d'une part prouvée et d'autre part, constituer un traité véritable au sens particulier donné à ce terme par le plus haut tribunal de notre pays^{xli}.

Contrairement au cas de la Paix de Montréal de 1701, la qualification de cette entente est au cœur du litige en l'espèce et la question sera débattue devant la Cour suprême du Canada qui a accepté d'entendre l'appel logé à l'encontre de ce jugement. Selon la qualification qu'en fera la Cour suprême, se posera ou non la question de l'obligation de fiduciaire de la Couronne de protéger les droits issus de ce traité.

Le traité Murray (1760) (Dupuis)

En 1990, la Cour suprême du Canada a qualifié de traité, au sens de l'article 88 de la Loi sur les Indiens^{xlii}, un document signé par le général Murray, représentant alors la Couronne britannique, le 5 septembre 1760, soit quelques jours avant la capitulation de Montréal par les Français.

Nous avons vu plus haut, qu'à cette époque, la France et la Grande-Bretagne étaient en guerre depuis plus de quatre ans, guerre qui se terminera par la défaite des Français, confirmée par le Traité de Paris, le 10 février 1763. La signature du traité par le général Murray a donc précédé de quelques jours la capitulation définitive des Français. Il a donc été signé alors que la

Grande Bretagne n'exerçait pas encore sa souveraineté sur le Canada.

Appliquant le principe d'interprétation large et libérale pour la qualification et l'analyse de ce document, la Cour suprême a considéré que les Hurons pouvaient raisonnablement croire que le général Murray avait le pouvoir de signer un traité qui l'engageait envers eux. La France avait auparavant signé, avec les Hurons, des alliances auxquelles ces derniers ne se sentaient manifestement pas liés au moment où ils ont convenu de s'allier aux Britanniques, le 5 septembre 1760. Selon la Cour, pour les Hurons, rien ne distinguait, à ce titre, ces deux États européens dont le seul but était alors de contrôler ce territoire par la force. Le fait que les Hurons n'aient pas signé le document du 5 septembre 1760 ne fait pas obstacle à sa qualité de document bilatéral. Les Indiens constituaient une menace réelle à l'époque, tant pour les Français que pour les Britanniques.

La situation *sui generis* dans laquelle se trouvaient les Indiens à cette époque avait forcé les métropoles à leur reconnaître une autonomie suffisante pour que puissent être valablement créées des ententes solennelles qu'on a appelées traités indépendamment du sens strict que le droit international accordait et accorde toujours à ce terme^{xliii}.

Selon la Cour, l'existence d'accords entre Français et Britanniques, comme les Articles de la Capitulation de Montréal (1760) dont nous avons traité plus haut, n'empêchait pas que des accords indépendants entre Britanniques et les nations indiennes, alliées ou non des Français et des Britanniques, ne soient conclus.

S'appuyant sur sa décision antérieure dans la cause *Simon*^{xliiv}, la Cour suprême a considéré que le document signé par le général Murray comportait les 3 éléments requis pour constituer un traité : 1) l'intention de créer des obligations, 2) la présence d'obligations mutuelles et 3) un certain élément de solennité.

Considérant que ni les documents historiques, ni l'histoire législative et administrative ne démontrent une intention claire et expresse d'éteindre ce traité, il est toujours valide aujourd'hui, même si les Hurons ne s'en sont pas prévalus jusqu'aux événements qui sont à l'origine de l'arrêt *Sioui*. Il est à noter que la Cour suprême a qualifié cette entente de traité au sens de la loi fédérale sur les Indiens. Elle s'est abstenue de se prononcer sur sa qualification de traité au sens de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et ce, à la demande des appelants.

Selon la Cour, l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*, qui prévoit l'application des lois provinciales aux Indiens à certaines conditions, a justement pour objet de protéger les Indiens d'une législation provinciale qui viserait à abroger un droit protégé par un traité. Dans le conflit

entre le droit de propriété de la Couronne sur le territoire et le droit des Hurons d'exercer les droits qui leur sont garantis par un traité (le droit d'exercer leur religion et leurs coutumes ancestrales), la Cour en vient à la conclusion que l'exercice par les Hurons de leurs droits n'est pas incompatible avec l'occupation de ce territoire par la Couronne. En conséquence, la loi provinciale québécoise ne peut, en l'espèce, être invoquée contre les Hurons, puisque la Couronne n'a pas pu prouver que «l'occupation qu'elle fait du territoire ne peut s'accommoder de l'exercice raisonnable du droit des Hurons^{xlv}».

En somme, les tribunaux analysent désormais dans une nouvelle perspective les alliances historiques intervenues entre les Couronnes successives et les autochtones. On est prêt à leur reconnaître le statut de traités. Or, les traités sont considérés comme une des formes de la relation historique particulière entre la Couronne et les autochtones. Il est donc à prévoir que l'on va se poser la question de savoir si ces alliances sont génératrices d'une obligation de fiduciaire pour la Couronne.

La Loi constitutionnelle de 1867 (McNeil)

La *Loi constitutionnelle de 1867* prévoit l'union des provinces du Canada, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick dans le dominion du Canada, entité autonome de l'Empire britannique^{xlvi}. La province du Canada a été divisée en deux : le Québec et l'Ontario, appelés antérieurement le Bas et le Haut-Canada. Les pouvoirs législatifs sur les affaires intérieures sont répartis entre le Parlement fédéral et les assemblées législatives provinciales, principalement par les articles 91 et 92 de la Loi^{xlvii}. Le paragraphe 91(24) accorde au Parlement du Canada l'autorité législative exclusive sur «les Indiens et les terres réservées pour les Indiens», lui conférant par le fait même le pouvoir exécutif qui en découle^{xlviii}. La Couronne impériale gardait le contrôle des affaires étrangères du Canada qu'elle exerçait par l'intermédiaire du gouvernement britannique, à titre de prérogative royale. Ce pouvoir concernant les affaires étrangères fut peu à peu remis au gouvernement canadien, en particulier après la Première Guerre mondiale, lorsque l'Empire britannique se transforma en Commonwealth britannique^{xlix}.

Le fait que la Loi de 1867 accordait au Parlement du Canada l'autorité sur les Indiensⁱ et leurs terres de réserveⁱⁱ, tandis que le gouvernement britannique restait maître des affaires étrangères, indique que les rédacteurs britanniques de la *Loi constitutionnelle de 1867* semblaient considérer les affaires autochtones comme une question intérieure et proprement canadienneⁱⁱⁱ.

Autrement dit, les nations autochtones qui habitaient les territoires compris dans le nouveau dominion du Canada n'étaient pas considérées comme des nations étrangères^{liii}. C'est un point de vue que ne partageaient pas nécessairement les nations autochtones, qui ne furent pas consultées et ne donnèrent pas leur assentiment à la création du Canada^{liv}. Certaines d'entre elles se sont d'ailleurs affirmées, à cette époque et depuis lors, comme des nations indépendantes ayant des relations d'alliés égaux, de nation à nation avec la Couronne^{lv}.

Le fait que la Grande-Bretagne et le Canada considéraient que le paragraphe 91(24) plaçait les nations autochtones du Canada^{lvi} sous l'autorité canadienne, ne signifie pas que ces nations n'avaient plus le pouvoir de se gouverner elles-mêmes. Il est possible que leur capacité à entretenir des relations avec des nations étrangères en ait été réduite, mais on peut arguer qu'elles conservaient l'autorité sur leurs affaires internes, dans la mesure où le Canada ne s'interposait pas en exerçant sa compétence en vertu du paragraphe 91(24)^{lvii}.

Avant la Confédération, l'autorité sur les affaires indiennes était exercée par l'assemblée législative de la province du Canada, sous l'autorité suprême du Parlement britannique^{lviii}. Quand les compétences ont été réparties entre le Parlement du Canada et les assemblées législatives en 1867, le transfert des pouvoirs concernant les affaires indiennes au Parlement n'aurait pas modifié la nature des relations entre la Couronne et les peuples autochtones. L'obligation de fiduciaire découlant de la colonisation et exprimée dans le Traité d'Utrecht, la Capitulation de Montréal, la *Proclamation royale de 1763* et les traités historiques, a tout simplement été reconduite. Cependant, la responsabilité première de respecter ces obligations n'incombait plus à la province du Canada, mais à la nouvelle entité qu'était le gouvernement canadien^{lix}. Toutefois, l'obligation de fiduciaire incombant à la Couronne dans toutes ses capacités lie également tout gouvernement agissant pour le compte de la Couronne. Par conséquent, elle s'appliquerait non seulement au gouvernement canadien, mais également aux gouvernements provinciaux et, tout au moins jusqu'à l'adoption du *Statut de Westminster*^{lx} en 1931, au gouvernement britannique^{lxi}.

Sur le plan juridique, il appert que l'obligation de fiduciaire à l'égard des peuples autochtones ne s'appliquait qu'aux organes exécutifs et non pas aux organes législatifs^{lxii}. En effet, le principe de la souveraineté (ou suprématie) parlementaire empêche les tribunaux de remettre en question la validité d'une loi adoptée par une assemblée législative dans le cadre de sa compétence constitutionnelle^{lxiii}. Une assemblée législative pourrait avoir négligé son obligation de fiduciaire — et la Couronne aussi, en sanctionnant une loi qui viole des droits ancestraux ou

issus de traités — mais les tribunaux seraient restés impuissants^{lxiv}. Nous verrons cependant que l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982* a changé tout cela.

En résumé, la création de la Confédération et l'octroi au Parlement du Canada de l'autorité législative sur «les Indiens et les terres réservées pour les Indiens» n'a en rien modifié la nature de l'obligation de fiduciaire de la Couronne à l'égard des peuples autochtones. Cette obligation demeure, mais la responsabilité première en incombe désormais au gouvernement canadien^{lxv}.

Le Décret en conseil sur la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest (1870) (McNeil)

La *Loi constitutionnelle de 1867* donna naissance à un pays qui n'était pas le Canada que nous connaissons aujourd'hui. Comme nous l'avons vu, il était composé de quatre provinces seulement et deux d'entre elles — le Québec et l'Ontario — étaient beaucoup plus petites qu'actuellement. Cependant, l'article 146 de la Loi prévoyait l'extension du Canada par l'admission dans la Confédération de nouvelles provinces et de nouveaux territoires, y compris la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest. La Terre de Rupert était le nom que portait le territoire concédé à la Compagnie de la Baie d'Hudson en 1670 en vertu d'une charte royale promulguée par Charles II^{lxvi}.

Selon la Compagnie, la Terre de Rupert comprenait tous les territoires dont les eaux s'écoulaient dans la baie et le détroit d'Hudson, un vaste territoire comprenant la province actuelle du Manitoba, une partie de l'Alberta, de la Saskatchewan et les Territoires du Nord-Ouest, ainsi que certains secteurs faisant partie actuellement du Québec et de l'Ontario, situés au nord de la ligne de partage des eaux entre la baie d'Hudson et les bassins hydrographiques du Saint-Laurent et des Grands Lacs^{lxvii}. Cependant, la délimitation de la Terre de Rupert soulève une controverse importante qui n'a jamais été résolue de manière satisfaisante^{lxviii}. Le fait que la frontière sud-est coïncidait avec les limites nord-ouest du Québec et de l'Ontario, établies en 1867, était conjointement reconnu par la Compagnie de la Baie d'Hudson et le Canada, mais la prétention de la Compagnie de fixer la limite à la ligne de partage des eaux fut vivement contestée tant avant qu'après la Confédération. Cette controverse ne fut que partiellement résolue par une décision du Conseil privé fixant, en 1884, une partie de la frontière de l'Ontario au nord de la ligne de partage des eaux^{lxix}. En outre, on peut arguer que la charte de 1670 n'accordait à la Compagnie de la Baie d'Hudson que le droit d'acquérir la souveraineté pour la Couronne et des terres pour elle-même en prenant possession et contrôle du

territoire dans les limites prévues par la Charte. Selon ce point de vue, les limites de la Terre de Rupert seraient circonscrites au territoire que la Compagnie occupait et contrôlait effectivement et ne comprendrait pas le territoire encore occupé et géré par les nations autochtones^{lxx}. Quant au Territoire du Nord-Ouest, il semble que cela comprenait toutes les zones situées au nord et à l'ouest de la Terre de Rupert sur lesquelles la Couronne avait acquis la souveraineté et qui ne faisaient pas partie de la Colombie-Britannique^{lxxi}.

Conformément aux dispositions de l'article 146 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et à l'*Acte de la Terre de Rupert, 1868*^{lxxii}, la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest furent transférés au Canada par le Décret en conseil sur la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest^{lxxiii} (appelé ci-après Décret sur la Terre de Rupert), le 15 juillet 1870^{lxxiv}. Ce décret impérial obtenu sur présentation d'adresses conjointes du Sénat et de la Chambre des communes du Canada, tel que requis par l'article 146, fait partie intégrante de la Constitution canadienne^{lxxv}. En tant que tel, il n'était pas possible de le modifier ni de l'abroger au Canada avant l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982* et, actuellement, toute modification ou abrogation ne peut se faire qu'à partir de la formule d'amendement prévue par cette loi^{lxxvi}.

Le décret de 1870 procédait au transfert de la Terre de Rupert au Canada aux termes et conditions contenus dans l'adresse conjointe du Parlement canadien adoptée en mai 1869^{lxxvii}. Deux de ces conditions portent sur la relation entre le gouvernement canadien et les peuples autochtones habitant la Terre de Rupert. La première de ces conditions, reprise à l'article 14 du décret lui-même, dispose que :

14. Toute indemnité à payer aux Indiens pour les terres destinées à la colonisation sera réglée par le Gouvernement Canadien de concert avec le Gouvernement Impérial, et la Compagnie sera libérée de toute responsabilité à cet égard.

Cette disposition reconnaissait que les «Indiens^{lxxviii}» avaient des droits territoriaux sur la Terre de Rupert avant sa cession et transférait la responsabilité en matière de règlement des revendications territoriales, de la Compagnie de la Baie d'Hudson au gouvernement canadien^{lxxix}. En outre, compte tenu du caractère constitutionnel du Décret sur la Terre de Rupert, cette obligation liait également le Parlement du Canada. L'obligation de consulter le gouvernement britannique qui visait à l'origine à conserver un rôle à la Couronne impériale, s'est sans aucun doute éteinte, probablement avec l'adoption du *Statut de Westminster* en 1931 et à coup sûr avec le rapatriement de la Constitution canadienne, en 1982^{lxxx}.

La deuxième condition pertinente de l'adresse de 1869 précise :

Que lors de la cession des territoires en question au Gouvernement Canadien, il sera du devoir du Gouvernement de prendre des mesures efficaces pour la protection des tribus indiennes, dont les intérêts et le bien-être sont intimement impliqués dans la cession^{lxxxix}.

Si cette disposition (que nous appellerons la «clause de protection») ne figure pas dans le Décret sur la Terre de Rupert lui-même, elle fut néanmoins approuvée par Sa Majesté au même titre que les autres conditions figurant dans l'adresse de 1869^{lxxxix}. Elle aurait donc force exécutoire, non seulement pour le gouvernement du Canada, mais également pour le Parlement canadien^{lxxxiii}.

Cet engagement du Parlement canadien «de prendre des mesures efficaces pour la protection des tribus indiennes» impose un «devoir» constitutionnel qui paraît être de nature fiduciaire. Comme nous l'avons vu, le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère au Parlement le pouvoir d'adopter des lois se rapportant aux Indiens et aux terres qui leur sont réservées, mais ce pouvoir est limité dans le cas des Indiens de la Terre de Rupert. Le paragraphe 91(24) combiné à la clause de protection fait que, pour reprendre les termes de la Cour suprême du Canada, «le pouvoir fédéral doit être concilié avec l'obligation fédérale^{lxxxiv}». Même si la Cour suprême parle ici de la relation entre le paragraphe 91(24) et le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le parallèle est évident : dans chaque cas, la compétence du Parlement est limitée par son obligation de fiduciaire constitutionnelle^{lxxxv}.

La clause de protection impose une obligation à l'égard des «tribus indiennes». Le Canada doit en effet veiller à l'intérêt et au bien-être des tribus, ce qui consiste à protéger leurs terres et leurs modes de vie, ainsi que leur existence physique de toutes les conséquences potentiellement néfastes du peuplement européen dans la Terre de Rupert^{lxxxvi}. Or, on peut considérer que les intérêts des tribus englobent également la préservation de leurs cultures et le maintien de leur statut politique semi-autonome^{lxxxvii}. Cette interprétation large du terme «intérêts» est appuyée par de nombreux jugements de la Cour suprême du Canada statuant qu'il convient d'interpréter les traités et statuts de manière large et libérale en faveur des peuples autochtones qui en sont l'objet^{lxxxviii}.

Par conséquent, le Décret sur la Terre de Rupert imposait au Canada une double obligation relativement aux peuples autochtones établis dans la Terre de Rupert. La première était l'obligation pour le gouvernement canadien de régler leurs revendications territoriales, tout

comme le Canada était tenu de régler les revendications territoriales des autochtones des autres régions en vertu de la *Proclamation royale de 1763*. Deuxièmement, le gouvernement canadien, en ses capacités législatives et exécutives, a adopté un rôle protecteur à l'égard des tribus indiennes considérées comme des collectivités ayant des intérêts communs. Ces deux obligations sont constitutionnelles et, en tant que telles, sont étroitement liées à l'obligation de fiduciaire qui fait partie intégrante de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Mais avant de parler de l'article 35, nous devons examiner les conséquences qu'ont eues sur ces obligations l'annexion d'une partie de la Terre de Rupert au Québec et le règlement des revendications territoriales autochtones dans le territoire annexé.

Les lois de 1898 et 1912 délimitant le territoire du Québec (McNeil)

L'emplacement de la frontière septentrionale du Québec était assez mal défini à l'époque de la Confédération. Afin de remédier à cet état de choses et de préciser l'emplacement de la frontière entre ce territoire fédéral (qui faisait alors partie des Territoires du Nord-Ouest^{lxxxix}) et le Québec, il fut convenu en 1898 que le Canada et le Québec adopteraient concurremment des lois^{xc} établissant la frontière selon une ligne suivant la rive est de la baie James jusqu'à l'embouchure de la rivière Eastmain, remontant le long de cette rivière jusqu'au point le plus septentrional du lac Patamisk, puis vers l'est jusqu'à la rivière Hamilton et descendant le long de cette rivière jusqu'à la limite ouest du Labrador^{xci}. Il faut souligner que cette frontière était le résultat d'un accord politique qui fut entériné par des lois. On n'a jamais précisé si cette frontière correspondait aux limites légales du Québec avant l'adoption des lois de 1898^{xcii}. De plus, les lois de 1898 auraient été jugées invalides dans la mesure où elles préconisaient d'inclure dans le Québec un territoire qui ne faisait pas partie du Canada à l'époque^{xciii}.

Par une entente ultérieure, le Canada acceptait, en 1912, d'étendre la frontière septentrionale du Québec depuis la limite déterminée en 1898 jusqu'à l'emplacement actuel, le long de la baie et du détroit d'Hudson et jusqu'à la limite occidentale du Labrador^{xciv}. Cette entente fut elle aussi entérinée par des lois adoptées concurremment par le Canada et le Québec^{xcv}. On tenait pour acquis à l'époque que l'ensemble du territoire rajouté au Québec par les lois de 1912 faisait antérieurement partie de la Terre de Rupert, mais nous avons vu que cette hypothèse peut être contestée dans la mesure où la Compagnie de la Baie d'Hudson n'y exerçait pas une occupation et un contrôle réels avant la cession de la Terre de Rupert au Canada, en

1870^{xcvi}.

Les lois de 1912 prévoyaient les conditions particulières suivantes relativement aux peuples autochtones vivant dans le territoire acquis par le Québec :

2. (c) que la province de Québec reconnaitra les droits des habitants sauvages dans le territoire ci-dessus décrit dans la même mesure, et obtiendra la remise de ces droits de la même manière, que le Gouvernement du Canada a ci-devant reconnu ces droits et obtenu leur remise, et ladite province supportera et acquittera toutes les charges et dépenses se rattachant à ces remises ou en résultant;

(d) que nulle pareille remise ne sera faite ou obtenu, qu'avec l'approbation du Gouverneur en conseil;

(e) que la tutelle des sauvages dans ledit territoire et l'administration de toutes terres maintenant ou ci-après réservées pour leur usage, restera à la charge du Gouvernement du Canada, subordonné au contrôle du Parlement.

L'alinéa 2c) visait apparemment un double objectif. Premièrement, il veillait à ce que les droits territoriaux des peuples autochtones habitant dans le secteur de la Terre de Rupert transféré au Québec continueraient d'être protégés, comme ils l'étaient en vertu de l'article 14 du Décret sur la Terre de Rupert. Deuxièmement, il visait à transférer la responsabilité en matière de règlement des revendications territoriales des autochtones du gouvernement fédéral au gouvernement du Québec. L'objectif du gouvernement fédéral était bien entendu d'éviter la situation dans laquelle l'avaient placé les décisions du Conseil privé qui l'obligeaient à assumer les coûts du règlement des revendications territoriales des terres situées dans les limites provinciales, alors que les provinces tiraient l'avantage de voir les terres de la Couronne provinciale libérées des obligations découlant du titre ancestral^{xcvii}.

D'un point de vue constitutionnel, l'alinéa 2c) pose problème. Selon l'article 14 du Décret sur la Terre de Rupert, il incombait au gouvernement canadien de régler les revendications territoriales des autochtones. Le Canada ne pouvait pas échapper à cette responsabilité constitutionnelle en cherchant à la faire endosser entièrement par la province du Québec. De plus, il n'est pas certain que le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* autorisait le gouvernement fédéral à déléguer aux provinces sa responsabilité en matière de règlement de ces revendications^{xcviii}. Le Canada pensait peut-être avoir réglé ce problème en conservant un rôle de surveillance, en vertu de l'alinéa 2d) qui exige que les cessions négociées par la province reçoivent l'approbation du gouverneur en conseil.

Quant à l'interprétation de l'alinéa 2c), il est clair que le terme «habitants sauvages»

englobe les Inuit vivant dans la partie nord du territoire cédé^{xcix}. L'alinéa précise que le Canada avait reconnu antérieurement que ces habitants avaient des droits, allusion sans doute à l'adresse conjointe faite par le Parlement canadien en 1869, dont les conditions furent approuvées par Sa Majesté et acquièrent force constitutionnelle avec le Décret sur la Terre de Rupert. Comme nous l'avons vu, cette reconnaissance concernait non seulement les droits territoriaux, mais également la protection des intérêts et du bien-être des peuples autochtones en tant que nations semi-autonomes^c. Aussi, en précisant que «la province du Québec reconnaîtra les droits des habitants sauvages dans le territoire ci-dessus décrit», l'alinéa 2c) imposait au Québec la même obligation qu'au Canada de respecter ces droits.

Toutefois, les alinéas 2c) et e) limitent la capacité du Québec à négocier ces droits. L'alinéa 2c) dispose que le Québec «obtiendra la remise de ces droits de la même manière que le Gouvernement du Canada a ci-devant reconnu ces droits et obtenu leur remise». Le Canada n'ayant conclu aucune entente relativement à la cession des droits des peuples autochtones habitant le territoire touché par la nouvelle frontière établie en 1912, cette disposition doit se rapporter aux cessions que le Canada avait antérieurement obtenues dans d'autres parties du territoire que l'on supposait concernées par le Décret sur la Terre de Rupert, c'est-à-dire aux traités numérotés, signés entre 1870 et 1912 dans la Terre de Rupert^{ci}. Ces traités prévoyaient la cession des droits territoriaux en échange d'autres droits et avantages, mais n'entraînaient pas la cession de pouvoirs gouvernementaux de la part des peuples autochtones signataires^{cii}. Pour cette raison, l'alinéa 2c) conférait uniquement au Québec le pouvoir de négocier des cessions de terre en conformité des dispositions des traités numérotés antérieurs; il n'autorisait pas le Québec à négocier des droits autochtones tels que le droit à l'autonomie gouvernementale, sur lesquels ces traités sont muets. Le Québec serait donc soumis, dans la négociation de cessions territoriales, à la même obligation de fiduciaire que le Canada. Ni la Couronne ni le Parlement ne pouvaient échapper à leur obligation de fiduciaire qui se trouve intégrée à la Constitution par le Décret sur la Terre de Rupert, en adoptant une loi qui transférait la responsabilité première en matière de règlement des revendications territoriales du gouvernement fédéral au gouvernement provincial.

Cette interprétation de l'alinéa 2c) est confortée par l'alinéa 2e) qui dispose, comme nous l'avons vu, «que la tutelle des sauvages dans ledit territoire et l'administration de toutes terres maintenant ou ci-après réservées pour leur usage, restera à la charge du Gouvernement du Canada». Cette disposition est purement déclaratoire dans la mesure où elle affirme l'autorité

fédérale en vertu du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ainsi que la responsabilité fédérale qui découle du Décret sur la Terre de Rupert. Cela est confirmé par les termes «restera à la charge». L'utilisation du mot «tutelle» est particulièrement importante dans ce contexte, puisqu'il signifie qu'aux yeux du Parlement, la Couronne a une obligation de fiduciaire à l'égard des peuples autochtones, dont la responsabilité première incombe au gouvernement fédéral, sans aucun doute en vertu du paragraphe 91(24) et du Décret sur la Terre de Rupert.

Dans la mesure où le territoire acquis par le Québec en 1912 faisait déjà partie du Canada^{ciii}, l'article 3 de la *Loi constitutionnelle de 1871*^{civ} accorde le pouvoir d'étendre les frontières du Québec :

3. Avec le consentement de la législature de toute province de ladite Puissance, le Parlement du Canada pourra de temps à autre augmenter, diminuer ou autrement modifier les limites de telle province, à tels termes et conditions qui pourront être acceptés par ladite législature [...]

Cependant, après l'adoption des lois de l'extension des frontières du Québec, il ne serait plus possible, ni pour le Parlement, ni pour l'Assemblée nationale du Québec, de modifier unilatéralement l'entente mise en œuvre par ces lois en amendant ou abrogeant sa propre loi. Cela irait à l'encontre de l'esprit, sinon de la lettre, de l'article 3. En ce sens, les lois de l'extension des frontières sont «constitutionnelles», comme le confirme le jugement de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Sparrow*^{cv}. En revanche, le Canada et le Québec pourraient abroger ou modifier ces lois en adoptant concurremment de nouvelles dispositions. C'est d'ailleurs ce qui s'est passé en 1977 lorsque les alinéas 2c), d) et e) furent abrogés par les lois entérinant la Convention de la Baie James et du Nord québécois, que nous examinerons plus loin^{vi}. Toutefois, à la lumière du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et de l'aspect fiduciaire du Décret sur la Terre de Rupert, cette abrogation a probablement très peu d'importance^{vii}.

En conclusion, les lois de 1898 et 1912 sur les frontières du Québec n'ont modifié en rien l'obligation de fiduciaire du Canada à l'égard des peuples autochtones. Le Canada aurait tout simplement conservé les obligations qui lui incombaient dans tous les territoires ajoutés au Québec en vertu des lois de 1898, en raison de leur statut constitutionnel découlant du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et du Décret sur la Terre de Rupert. De même, le Canada continuerait d'assumer les mêmes obligations constitutionnelles dans le territoire cédé au Québec en 1912. Cependant, en supposant que le transfert au Québec du

pouvoir concurrent de régler les revendications territoriales ait été constitutionnel, le Québec aurait alors contracté une obligation de fiduciaire concernant la négociation des revendications territoriales.

La Convention de la Baie James et du Nord québécois et les lois de mise en vigueur de la Convention (Dupuis)

La Convention de la Baie James et du Nord québécois (ci-après la CBJNQ) a été signée le 11 novembre 1975. Elle est le résultat d'une entente entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement du Québec (et la Société d'énergie de la Baie James, la Société de développement de la Baie James et Hydro-Québec) d'une part, et le Grand Conseil des Cris (et les membres des huit bandes cries) et la Northern Quebec Inuit Association (et les Inuit du Québec et les Inuit de Port Burwell), d'autre part^{viii}.

L'article 2.4 de la CBJNQ précise que celle-ci constitue un règlement hors cours des procédures judiciaires relatives au projet hydroélectrique de la baie James, intentées en 1972, par l'Association des Indiens du Québec contre le Gouvernement du Québec^{ix}. Ce texte de 483 pages est divisé en 31 chapitres couvrant des domaines très divers. Le style du document est révélateur du contexte qui a prévalu lors de la négociation : la volonté politique respective des parties, aiguisée par la pression des procédures judiciaires, d'arriver dans les plus brefs délais à un compromis.

La CBJNQ prévoit que les Cris et les Inuit du Québec reçoivent des indemnités financières de 232,5 millions de dollars sur une période de 21 ans, en échange de la cession de leurs droits sur le territoire du Québec. De plus, la Convention prévoit la mise en place de structures administratives et de programmes spéciaux à l'intention des Cris et des Inuit.

La CBJNQ est le premier accord de revendications territoriales intervenu après l'adoption, en 1973, de la politique fédérale de règlement des revendications territoriales des autochtones. Est venue s'y greffer, la Convention du Nord-Est québécois (CNEQ) intervenue en 1978 entre toutes les parties à la CBJNQ et les Naskapis du Québec. En vertu de cette entente accessoire, les bénéfices de la CBJNQ ont été appliqués aux Naskapis. La Convention de la Baie James et la Convention du Nord-Est québécois sont les seuls accords de ce type à être intervenus sur le territoire québécois à ce jour, quoique d'autres revendications territoriales soient en négociation ou en discussion actuellement au Québec^x. La CBJNQ a été modifiée par 12 conventions complémentaires, intervenues entre les parties, entre 1975 et 1993.

Il faut se rappeler que la politique fédérale relative aux revendications territoriales a été adoptée en 1973, dans la foulée de l'arrêt *Calder* et des procédures judiciaires intentées par l'Association des Indiens du Québec. Cette politique fédérale fait référence, entre autres, aux droits fonciers des autochtones fondés sur l'occupation et l'utilisation de leurs terres traditionnelles et à la *Proclamation royale de 1763* qui, selon le gouvernement canadien, reconnaît aux autochtones des droits fonciers sur les terres qu'ils habitaient à l'époque^{cx}.

Le préambule de la CBJNQ est axé autour de deux pôles :

1. l'organisation, l'administration et le développement planifié du territoire nordique du Québec (visé par les lois, fédérales et provinciales, concernant la délimitation des frontières de 1898 et d'extension des frontières de 1912^{cxii}); et
2. le règlement des obligations que le Québec a assumées envers les autochtones de ce territoire et les conditions de la cession des droits prévus à la loi fédérale de 1912, les Cris et les Inuit ayant consenti à une convention à cet effet.

Nous avons vu, plus haut, que la Compagnie de la Baie d'Hudson avait rétrocédé la Terre de Rupert à la Couronne d'Angleterre qui l'avait transférée au Canada en 1870. Par l'article 2 c), d) et e) de la loi fédérale de 1912, le Canada a donc transféré au Québec, du moins en partie, l'obligation qui lui incombait en vertu du Décret en conseil sur la Terre de Rupert (1870) qui avait transféré la Terre de Rupert au Canada.

La loi québécoise adoptée parallèlement à cette loi fédérale, en 1912, prévoit, à l'article 1, que la législature de la province consent à cette extension de ses frontières, et ce, aux termes, conditions et dispositions qui sont énoncés dans la loi fédérale. En fait, la loi québécoise donne suite à l'article 4 de la loi fédérale qui prévoyait que celle-ci devait entrer en vigueur après que la province eut consenti à l'augmentation de ses frontières et agréé aux termes et conditions qui y sont énoncés.

Le Parlement du Canada et l'Assemblée nationale du Québec ont donné suite à la CBJNQ en adoptant respectivement la *Loi sur le règlement des revendications des autochtones de la Baie James et du Nord québécois* et la *Loi approuvant la Convention de la Baie James et du Nord québécois*^{cxiii}.

Adoptée en 1977, la loi fédérale approuvant et mettant en vigueur la CBJNQ précise, dans son préambule, que «le Parlement et le gouvernement du Canada reconnaissent et affirment une responsabilité particulière envers les Cris et les Inuit». Cette affirmation contemporaine par la

Couronne de sa responsabilité particulière envers les autochtones signataires de la Convention, invite à considérer cet accord comme une source d'obligation de fiduciaire de la part de la Couronne fédérale.

Tout en mettant la Convention en vigueur, cette loi fédérale éteint «tous les revendications, droits, titres et intérêts autochtones, quels qu'ils soient, aux terres et dans les terres du Territoire (couvert par la Convention) de tous les Indiens et de tous les Inuit» (article 3), qu'ils soient signataires ou non de la Convention. Cette extinction unilatérale des droits des autochtones non signataires de la Convention constitue-t-elle, à leur égard, une violation du Canada à son obligation de fiduciaire fondée entre autres sur son engagement inscrit dans la *Loi sur l'extension des frontières du Québec* de 1912, dont nous avons discuté plus haut? De plus, nous avons vu que le Décret sur la Terre de Rupert (1870) imposait au Canada l'obligation constitutionnelle de régler les revendications territoriales des autochtones. Étant donné que cette obligation serait probablement violée par une extinction unilatérale, il faut peut-être considérer comme invalide la tentative faite pour éteindre les droits fonciers des non-signataires.

L'article 2.14 de la Convention a été adopté précisément pour répondre aux objections des autochtones non signataires de la Convention, dont le Parlement fédéral allait éteindre les droits sans leur consentement et sans indemnisation. C'était entre autres le cas des Algonquins, des Atikamekw, des Montagnais et des Naskapis. À l'époque de la négociation de la Convention, les Montagnais de Schefferville avaient refusé une négociation qui excluait les autres bandes montagnaises qui n'étaient pas résidentes du territoire en question^{cxiv}. À la suite de discussions avec les Naskapis, la Convention du Nord-Est québécois fut signée le 31 janvier 1978 entre les parties à la CBJNQ et les Naskapis de Schefferville. On signa, parallèlement, la Convention complémentaire n° 1 qui modifie la Convention de la Baie James et du Nord québécois pour l'adapter aux Naskapis^{cxv}. Comme celle-ci, la Convention du Nord-Est québécois comporte la cession, par les Naskapis, de leurs droits sur le territoire couvert par la CBJNQ.

L'article 2.14 de la CBJNQ prévoit que :

le Québec s'engage à négocier avec les autres Indiens ou Inuit non admissibles aux indemnités et avantages de la présente Convention toute revendication qu'ils peuvent avoir relativement au Territoire.

Nonobstant les engagements prévus à la phrase précédente, aucune disposition du présent article n'est réputée constituer une reconnaissance, de quelque façon que ce soit, par le Canada ou le Québec, de quelque droit de ces Indiens ou Inuit.

Aucune disposition du présent article n'influe sur les obligations, s'il y en a, que le Canada peut avoir quant aux revendications de ces autochtones relativement au Territoire. Le présent article ne sera pas intégré dans la loi^{cxvi}.

La dernière phrase de cet article ne vient-elle pas confirmer le fait que non seulement le Canada a accepté d'éteindre unilatéralement et sans compensation les droits des autochtones non signataires de la Convention, ce qui met en cause son obligation de fiduciaire à leur égard, mais qu'il a de plus accepté de soustraire l'engagement de négociier pris par la province de sa loi de mise en œuvre de la Convention?

Il faut se rappeler que la CBJNQ et les lois de mise en vigueur de cette entente précèdent d'abord l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982* et surtout la modification constitutionnelle apportée en 1983 à l'article 35 de cette loi, qui représentent un changement majeur sur le plan de la protection juridique accordée à ce genre d'entente. Avant 1982, cette entente ne bénéficiait pas d'une protection constitutionnelle. Nous verrons plus loin que le paragraphe 35(3) a été ajouté en 1983 pour assurer une protection constitutionnelle aux droits issus d'un accord de revendications territoriales, comme la CBJNQ. Quelle qu'ait été l'intention des parties à l'époque de la signature de la Convention, de soustraire l'article 2.14 de la loi fédérale de mise en vigueur de cette convention, la question doit maintenant être analysée en regard du nouveau statut constitutionnel des droits issus de cette convention.

Par ailleurs, la loi fédérale mettant la CBJNQ en vigueur a abrogé les alinéas 2 c) d) et e) de la loi fédérale de 1912 relatifs aux autochtones ainsi que la partie de l'article portant sur «les termes et conditions qui suivent et subordonnement aux dispositions suivantes^{cxvii}».

De son côté, en plus d'adopter une loi générale mettant en vigueur la CBJNQ^{cxviii}, l'Assemblée nationale du Québec a adopté plus de 20 lois qui reprennent les dispositions de la Convention. Le législateur québécois a procédé soit en adoptant une loi particulière, comme la *Loi sur la sécurité du revenu des chasseurs et piégeurs cris bénéficiaires de la Convention de la Baie James*^{cxix}, soit en modifiant une loi générale existante, comme la *Loi modifiant de nouveau la loi sur la qualité de l'environnement*^{cxx}.

Dans le jugement qu'il a rendu en première instance dans l'affaire *Administration régionale crie c. Canada (Administrateur fédéral)* le juge Rouleau, de la Cour fédérale (1^{re} instance), en vient à la conclusion que comme dans la cause *Guerin*, l'État fédéral a assumé une obligation de fiduciaire quand il a éteint les droits des autochtones par le paragraphe 3(3) de la loi qui met en vigueur la CBJNQ. De plus, il estime que «à la lumière de l'obligation fiduciaire qui

incombe à l'État fédéral dans ses rapports avec les peuples autochtones [...] la Convention de la Baie James et du Nord québécois rend obligatoire la protection des peuples autochtones qui ont renoncé à des droits importants en échange de la protection des deux ordres de gouvernements^{cxxi}».

Par ailleurs, la Cour d'appel fédérale a jugé que même si on attribue une nature fiduciaire aux relations entre la Couronne et les autochtones, ces relations «requièrent bonne foi et raisonnable de part et d'autre et supposent un respect par chacune des parties des obligations qu'elles a assumées envers l'autre^{cxvii}». Dans cette cause où les autochtones soutenaient que le principe de l'interprétation des ambiguïtés en leur faveur découle de la relation de fiducie qui existerait entre la Couronne et eux, la Cour répond que la Couronne, lorsqu'elle négocie aujourd'hui des accords territoriaux avec les autochtones, «n'a pas et ne peut pas avoir que l'intérêt des ces derniers en vue. Elle doit chercher un compromis entre cet intérêt et celui de la collectivité qu'elle représente et dont font partie les autochtones^{cxviii}».

Selon nous, la Convention de la Baie James et du Nord québécois constitue une source d'obligation de fiduciaire pour la Couronne fédérale à l'égard des autochtones qui sont touchés par cette convention.

Dans la mesure où cet accord de revendications territoriales est protégé par le paragraphe 35(3) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les droits qui en sont issus sont protégés au même titre que des droits issus de traités. Le principe directeur général d'interprétation du paragraphe 35(1) développé par la Cour suprême s'applique donc également aux droits issus de cette convention. Étant donné la protection constitutionnelle qui est accordée aux droits qui en sont issus, la Convention de la Baie James et du Nord québécois constitue un élément dont on devra obligatoirement tenir compte dans tout processus mettant en question la souveraineté du Québec. En tant que signataire de la Convention, le gouvernement fédéral a des obligations constitutionnelles auxquelles il ne peut renoncer sans l'accord des autres parties à cette entente.

La Convention de la Baie James et du Nord québécois pourrait, de plus, constituer une source d'obligation de fiduciaire pour la Couronne provinciale du Québec, partie signataire de cette convention, et ce dans la mesure des engagements qu'elle a contractés dans la Convention. Il est trop tôt pour en définir précisément la portée, mais il est probable que les tribunaux étendront l'obligation de fiduciaire à la Couronne provinciale si on peut établir que celle-ci se trouve, sur la base de la CBJNQ, dans la même position juridique que celle qui a donné lieu à

l'obligation de fiduciaire de la Couronne fédérale. Comme l'a indiqué la Cour suprême, chaque traité est un cas d'espèce qui génère des obligations quoique toutes les obligations créées par traité ou entente n'engendrent pas nécessairement d'obligation de fiduciaire^{cxxiv}.

Comme on peut le constater, il existe plusieurs situations juridiques susceptibles d'engendrer une obligation fiduciaire de la part de la Couronne à l'endroit des peuples autochtones du Canada. Comme l'existence de rapports fiduciaires entre ces deux parties ne génère pas automatiquement une obligation de fiduciaire pour la Couronne, chaque source constitue un cas d'espèce. Il est donc impossible de conclure qu'une source donnée est obligatoirement en soi génératrice d'une obligation particulière.

La Loi constitutionnelle de 1982 (McNeil)

La *Loi constitutionnelle de 1982*, telle que modifiée^{cxxv}, contient trois dispositions se rapportant expressément aux peuples autochtones du Canada. L'article 25 de la *Charte canadienne des droits et libertés* prévoit que la Charte ne porte pas atteinte aux droits et libertés ancestraux, issus de traités ou autres des peuples autochtones^{cxxvi}. Cet article reconnaît le statut constitutionnel spécial des peuples autochtones et place leurs droits hors de portée des principes fondamentaux de la Charte applicables aux relations entre les Canadiens et les gouvernements fédéral et provinciaux^{cxxvii}. En ce qui a trait à l'obligation de fiduciaire du Canada à l'égard des peuples autochtones, il faut sans doute considérer l'article 25 moins comme une confirmation que comme la reconnaissance de l'existence de cette obligation. L'article 25 visait à reconnaître et à inclure une disposition spéciale pour la protection des droits des peuples autochtones qui garantisse que ces peuples disposeraient des moyens légaux de défendre leurs droits en cas de contestation en vertu de la Charte^{cxxviii}.

Une autre disposition, l'article 35.1, se lit comme suit :

35.1 Les gouvernements fédéral et provinciaux sont liés par l'engagement de principe selon lequel le premier ministre du Canada, avant toute modification de la catégorie 24 de l'article 91 de la «*Loi constitutionnelle de 1867*», de l'article 25 de la présente loi ou de la présente partie :

- a) convoquera une conférence constitutionnelle réunissant les premiers ministres provinciaux et lui-même et comportant à son ordre du jour la question du projet de modification;
- b) invitera les représentants des peuples autochtones du Canada à participer aux travaux relatifs à cette question.

Cet article requiert que les peuples autochtones soient consultés avant toute modification des

principales dispositions constitutionnelles concernant leurs droits. Quoique l'article ne prévoit pas que les autochtones doivent consentir à toute telle modification, il fournit néanmoins un fondement à l'application des principes fiduciaires dans ce contexte.

Pour que la participation des autochtones aux travaux mentionnés à l'article 35.1 soit significative, les premiers ministres devraient prendre sérieusement en considération les points de vue des représentants autochtones et en tenir compte avant d'apporter des modifications aux dispositions précisées. Autrement dit, il ne suffirait pas aux premiers ministres d'effectuer une simple consultation. Étant donné que l'obligation de consulter est inscrite dans la Constitution, ce serait aux tribunaux de décider si cette obligation a été dûment respectée. Ce faisant, il est probable que les tribunaux prendraient en compte, pour prononcer leur décision, l'obligation de fiduciaire à l'égard des peuples autochtones. Cette approche serait conforme à la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *Sparrow*, selon laquelle l'existence ou l'absence de consultation avec les peuples autochtones serait un facteur à prendre en considération au moment de décider si une loi fédérale brimant les droits des autochtones serait justifiable^{cxix}. La consultation est par conséquent un aspect de la relation fiduciaire que la Cour suprême a identifié comme le principe directeur à l'aune de laquelle on doit juger des mesures prises par le gouvernement à l'égard des peuples autochtones^{cxx}. Dans le cas de l'article 35.1, l'obligation de consultation est constitutionnellement explicite. Par conséquent, c'est à la lumière des principes fiduciaires qu'il faudrait décider si l'obligation a été dûment respectée^{cxxi}.

La disposition la plus importante pour les autochtones dans la Loi de 1982 est l'article 35 qui se lit comme suit :

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.

La Cour suprême du Canada a interprété et appliqué le paragraphe 35(1) dans l'arrêt *Sparrow*. Se rapportant à l'arrêt *Guerin*^{cxixii}, la Cour a statué que, dans cette affaire

[...] Sa Majesté a envers les Indiens une obligation de fiduciaire en ce qui concerne leurs terres [terres de réserve cédées à la Couronne en vue d'être louées à

un club de golf]. La nature *sui generis* du titre indien de même que les pouvoirs et la responsabilité historiques de Sa Majesté constituent la source de cette obligation de fiduciaire^{cxxxiii}.

La Cour a décidé de combiner l'approche définie dans le jugement *Guerin* à un principe exposé par la Cour d'appel de l'Ontario dans le jugement *R. c. Taylor and Williams* selon lequel, lorsqu'il est question de traités amérindiens, «il y va toujours de l'honneur de la Couronne et aucune apparence de "manœuvres malhonnêtes" ne doit être tolérée^{cxxxiv}». La Cour suprême est d'avis que ces deux jugements justifient

[...] un principe directeur général d'interprétation du par. 35(1) savoir, le gouvernement a la responsabilité d'agir en qualité de fiduciaire à l'égard des peuples autochtones. Les rapports entre le gouvernement et les autochtones sont de nature fiduciaire plutôt que contradictoire et la reconnaissance et la confirmation contemporaines des droits ancestraux doivent être définies en fonction de ces rapports historiques^{cxxxv}.

La Cour a ensuite appliqué ce principe directeur pour obliger le gouvernement fédéral à justifier toute violation des droits autochtones en le soumettant à un examen strict^{cxxxvi}.

Le jugement *Sparrow* établit que l'obligation de fiduciaire à l'égard des peuples autochtones ne se limite pas aux cessions de terre. Toute la relation existant entre le gouvernement fédéral et les peuples autochtones est de nature fiduciaire, ce qui requiert du gouvernement qu'il soit sensible et respectueux des droits de ces peuples^{cxxxvii}. De plus, le paragraphe 35(1) a constitutionnalisé l'obligation de fiduciaire, liant ainsi autant le pouvoir législatif que le pouvoir exécutif. Autrement dit, le Parlement doit respecter cette obligation lorsqu'il adopte des lois, au même titre que la Couronne lorsqu'elle exerce ses prérogatives et les pouvoirs qui lui sont délégués. Comme l'a indiqué la Cour suprême, il faut désormais considérer les pouvoirs législatifs fédéraux, y compris le pouvoir conféré en vertu du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* concernant l'adoption de lois relatives aux Indiens, en regard du paragraphe 35(1).

En d'autres termes, le pouvoir fédéral doit être concilié avec l'obligation fédérale et la meilleure façon d'y parvenir est d'exiger la justification de tout règlement gouvernemental qui porte atteinte à des droits ancestraux^{cxxxviii}.

À ce sujet, l'interprétation que nous proposons du Décret sur la Terre de Rupert qui, à notre avis, impose également des obligations constitutionnelles de nature fiduciaire au Parlement canadien^{cxxxix}, est compatible avec l'interprétation de la Cour suprême en l'espèce.

La Cour suprême ne s'est pas directement prononcée sur l'application du paragraphe 35(1) aux gouvernements provinciaux dans l'arrêt *Sparrow*, mais elle a énoncé de manière

générale que l'article «accorde également aux autochtones une protection constitutionnelle contre la compétence législative provinciale^{cxli}». Toutefois, la Cour ne précise pas si les gouvernements provinciaux peuvent se prévaloir du critère que la Cour a imposé pour déterminer si les violations des droits des autochtones par le gouvernement fédéral sont justifiables. Les professeurs Brian Slattery et Peter Hogg, deux commentateurs influents des droits constitutionnels des peuples autochtones, ont néanmoins conclu que le critère défini dans le jugement *Sparrow* ne peut servir à justifier des violations de ces droits par les gouvernements provinciaux^{cxlii}. Selon M. Slattery, le pouvoir du gouvernement fédéral de porter atteinte aux droits des autochtones dans certaines circonstances justifiées découle du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Étant donné que le gouvernement fédéral dispose d'une autorité exclusive sur les Indiens et leurs terres de réserve, les assemblées législatives provinciales ne jouissent d'aucun pouvoir équivalent^{cxliii}. Nous sommes donc d'avis que les lois provinciales, sauf si elles sont incorporées par renvoi dans une loi fédérale, sont inopérantes et ne peuvent se justifier dans la mesure où elles visent à porter atteinte à des droits ancestraux^{cxliii}.

Si l'arrêt *Sparrow* se limite à la violation des droits ancestraux, certains tribunaux ont appliqué un raisonnement analogue à l'atteinte aux droits issus de traités^{cxliv}. On peut toutefois arguer que le critère défini dans l'arrêt *Sparrow* ne peut s'appliquer aux violations des droits issus de traités car il s'agit dans ce cas de la transgression d'ententes solennelles qui mettent directement en cause l'honneur de la Couronne, que la Cour suprême a défini dans l'arrêt *Sparrow* comme le «principe directeur d'interprétation» dans toutes les affaires concernant les peuples autochtones^{cxlv}. Nous avons vu que le paragraphe 35(3) prévoit que l'expression «droits issus de traités» dont il est fait mention au paragraphe (1) englobe «les droits existants issus d'accords sur des revendications territoriales ou susceptibles d'être ainsi acquis». Par conséquent, les droits issus de traités dont jouissent les peuples autochtones du Québec, y compris les droits découlant de la Convention de la Baie James et du Nord québécois et de la Convention du Nord-Est québécois sont protégés par la Constitution; on peut prétendre qu'aucune loi ne peut y porter atteinte, même une loi fédérale conforme au critère justificatif établi dans l'arrêt *Sparrow*. Le Québec n'a pas le pouvoir constitutionnel de porter atteinte à ces droits. De plus, le Canada a, vis-à-vis des peuples autochtones du Québec, une obligation de fiduciaire qui le place dans l'obligation effective de protéger leurs droits ancestraux et issus de traités contre toute atteinte par le Québec. Dans la pratique, cela pourrait signifier que le gouvernement canadien est tenu

d'exercer des pressions politiques sur le gouvernement du Québec et les autres gouvernements provinciaux afin d'éviter toute atteinte de ce type. Si les pressions politiques s'avéraient insuffisantes, le gouvernement canadien pourrait être dans l'obligation d'entreprendre ou de financer des poursuites contestant la validité constitutionnelle de ces tentatives de violation.

Dans le contexte du paragraphe 35(1), le gouvernement canadien a une obligation générale de fiduciaire à l'égard des «peuples autochtones du Canada» que le paragraphe (2) définit comme «des Indiens, des Inuit et des Métis du Canada». Par conséquent, il importe peu, pour l'application du paragraphe 35(1), que le terme «Indiens» cité au paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* englobe ou non les Métis tout autant que les Indiens et les Inuit^{cxlvi}. Dans l'arrêt *Sparrow*, la Cour suprême ne restreint pas la portée de l'obligation de fiduciaire aux seuls Indiens. Au contraire, elle précise que «le gouvernement a la responsabilité d'agir en qualité de fiduciaire à l'égard des *peuples autochtones*^{cxlvii}». Dans son examen des droits des peuples autochtones à la lumière de l'article 35, la Cour devait se rapporter aux peuples autochtones tels que définis dans cet article. Par conséquent, l'obligation de fiduciaire s'applique aussi bien aux Métis qu'aux Indiens et aux Inuit.

En résumé, les dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1982* se rapportant à l'obligation de fiduciaire à l'égard des peuples autochtones sont les articles 35 et 35.1. Le paragraphe 35(1) enchâsse dans la Constitution l'obligation de fiduciaire de la Couronne et la rend applicable au Parlement ainsi qu'au pouvoir exécutif fédéral. Mises à part les lois provinciales incorporées par renvoi dans la législation fédérale, le paragraphe interdit toute atteinte par les provinces, y compris le Québec, aux droits ancestraux et issus de traités. En vertu de son obligation de fiduciaire, le gouvernement fédéral pourrait être également tenu de s'opposer à toute atteinte à ces droits par une province. Les gouvernements fédéral et provinciaux sont également tenus, en vertu de l'article 35.1, d'organiser des consultations significatives des représentants des peuples autochtones avant d'apporter des amendements constitutionnels aux principales dispositions constitutionnelles concernant leurs droits. En cas de litige au sujet de cette disposition, les tribunaux appliqueraient sans doute le principe de l'obligation de fiduciaire avant de se prononcer quant au respect de cette exigence.

PARTIE II

La nature de l'obligation (Dupuis/McNeil)

Aspects généraux

Nous avons vu, dans l'analyse des sources, que l'obligation de fiduciaire découle de la relation historique entre la Couronne et les peuples autochtones et dont nous trouvons la preuve dans les documents que nous avons examinés. Cette obligation contrebalance l'autorité de la Couronne (le pouvoir exécutif du gouvernement) sur les peuples autochtones. Dans la mesure où la Couronne a le pouvoir discrétionnaire de prendre des décisions ayant une incidence sur les peuples autochtones, elle est tenue par cette obligation d'agir dans leur intérêt^{cxlviii}. Mais, comme nous l'avons vu, le pouvoir parlementaire sur les peuples autochtones n'était pas généralement assujéti à cette obligation de fiduciaire exécutoire^{cxlix}. La situation a changé avec l'adoption du paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui, en reconnaissant et confirmant les droits ancestraux et issus de traités dans la Constitution, impose une obligation de fiduciaire au Parlement^{cl}.

Les obligations de la Couronne et celles du Parlement ne sont probablement pas identiques dans le contexte du pouvoir gouvernemental sur les peuples autochtones^{cli}. L'autorité de la Couronne se limite aux pouvoirs de prérogative et au pouvoir réglementaire^{clii}, alors que le paragraphe 91(24) accorde au Parlement un large pouvoir législatif d'adopter des lois concernant les peuples autochtones^{cliii}. Dans un cas comme dans l'autre, l'obligation de fiduciaire découle de l'exercice de ces pouvoirs et aurait par conséquent une portée aussi grande que ces pouvoirs eux-mêmes.

Nous avons également vu plus haut que le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* constitue une garantie contre des atteintes par les provinces aux droits ancestraux et issus de traités^{cliv}. Il est possible que ni la Couronne du chef d'une province, ni les assemblées législatives provinciales ne disposent d'aucun pouvoir contre ces droits. Dans un tel cas, on pourrait en déduire, dans la mesure où l'obligation de fiduciaire découle de pouvoirs discrétionnaires sur les peuples autochtones, que l'absence de pouvoir se traduit par une absence d'obligation. Toutefois, en adoptant l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*^{clv}, le Parlement a statué que certaines lois provinciales d'application générale s'appliquent aux Indiens, accordant par là aux assemblées législatives provinciales des pouvoirs limités de contrevenir aux droits

ancestraux^{clvi}. Si les législatures provinciales disposent d'un tel pouvoir, elles doivent du même coup être assujetties à la même obligation de fiduciaire et aux mêmes critères de justification que le Parlement^{clvii}.

Le pouvoir discrétionnaire que détiennent la Couronne et le Parlement et, dans une moindre mesure les assemblées législatives provinciales, sur les peuples autochtones, est une des causes principales de l'existence de l'obligation de fiduciaire, mais ce n'est pas la seule. Comme nous l'avons vu, l'obligation de fiduciaire découle également des engagements pris par la Couronne et le Parlement, dans des documents tels que la *Proclamation royale de 1763* et l'Adresse conjointe approuvée par le Décret sur la Terre de Rupert, se rapportant au rôle de protection des intérêts des peuples autochtones. Par la Proclamation royale, la Couronne s'engageait à protéger les autochtones contre toute ingérence par rapport à leurs droits territoriaux et contre toute exploitation par les colons européens^{clviii}. Dans l'adresse conjointe, le Parlement s'engageait à «prendre des mesures efficaces pour la protection des tribus indiennes, dont les intérêts et le bien-être sont intimement liés à la cession» de la Terre de Rupert^{clix}. Ces documents créaient des obligations positives qui ne se limitent pas au devoir de ne pas exercer des pouvoirs discrétionnaires au détriment des peuples autochtones. La Couronne et le Parlement se sont engagés à protéger les intérêts de ces peuples contre des tiers, y compris les gouvernements provinciaux. En outre, dans de nombreux traités et dans les règlements modernes des revendications territoriales comme la Convention de la Baie James et du Nord québécois et la Convention du Nord-Est québécois, dont il a été question précédemment dans cette étude, la Couronne s'est engagée à mettre de côté des terres à l'intention des signataires autochtones et à leur conférer d'autres avantages. Ces traités et conventions ont créé des obligations qui lient la Couronne dans toutes ses capacités^{clx}, et imposent désormais une obligation de fiduciaire au Parlement, en vertu du paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*^{clxi}.

Pour les besoins de la discussion, il n'est pas nécessaire de chercher à définir la portée complète de l'obligation de fiduciaire qui incombe à la Couronne et au Parlement à l'égard des peuples autochtones. Nous allons plutôt nous limiter aux questions qui se rapportent plus directement aux responsabilités fédérales en cas d'accession du Québec à la souveraineté, notamment son obligation de fiduciaire à l'égard de l'autodétermination des autochtones et de leurs droits sur la terre et les ressources. Nous allons d'abord traiter de ces questions d'une manière générale avant de les appliquer au cas du Québec.

L'autodétermination et l'autonomie gouvernementale

Si les peuples autochtones du Canada disposent d'un droit général à l'autodétermination externe leur permettant de se séparer du Canada s'ils le veulent et de créer des États indépendants, ce droit doit prendre sa source à l'extérieur du droit canadien. Le droit constitutionnel canadien ne prévoit pas le droit à la sécession^{clxii}. En revanche, les peuples autochtones ont peut-être, en droit canadien, un droit constitutionnel plus limité à l'autodétermination interne qui leur permettrait d'exercer un certain degré de souveraineté ou d'autorité sur leurs propres citoyens (compétence personnelle) et sur leur territoire (compétence territoriale). Ce droit d'autodétermination interne découlerait du fait que les peuples autochtones étaient, avant l'arrivée des colons européens en Amérique du Nord, des nations indépendantes et souveraines. L'établissement de leur souveraineté par les nations européennes a diminué mais n'a pas abrogé la souveraineté inhérente des nations autochtones sur le sol nord-américain^{clxiii}. En outre, on peut arguer que l'exercice de l'autorité canadienne sur les nations autochtones en vertu du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et de l'adoption de la *Loi sur les Indiens* n'a pas éliminé la souveraineté autochtone^{clxiv}. Si c'est le cas, les peuples autochtones ont conservé leur droit inhérent de se gouverner eux-mêmes ainsi que leurs territoires, ce droit étant toutefois assujéti à toute loi canadienne valide limitant ou réglementant ce droit à l'autonomie gouvernementale^{clxv}.

Si ce droit inhérent à l'autonomie gouvernementale n'était pas éteint avant le 17 avril 1982^{clxvi}, il était encore valide au moment de l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Si l'on part du principe qu'il s'agit d'un droit ancestral ou issu de traités, ce droit est reconnu et confirmé par le paragraphe 35(1) de la *Loi*^{clxvii}. À l'intérieur du cadre constitutionnel offert par ce paragraphe, les peuples autochtones auraient le droit à l'autodétermination dans le sens qu'ils pourraient jusqu'à un certain point décider par eux-mêmes comment ils veulent exercer leur droit à l'autonomie gouvernementale au sein du Canada^{clxviii}.

Si le droit à l'autonomie gouvernementale bénéficie d'un statut constitutionnel, on ne peut l'éteindre que par un amendement constitutionnel^{clxix}. Toutefois, selon l'arrêt *Sparrow*, ce droit peut être réglementé par une loi fédérale qui se conforme à un critère strict de justification^{clxx}. C'est dans ce contexte qu'entre en jeu l'obligation de fiduciaire. Comme nous l'avons vu, l'arrêt *Sparrow* a élargi cette obligation à la relation globale qui unit le Canada et les peuples

autochtones, liant ainsi le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif fédéral^{clxxi}. Par conséquent, une loi fédérale qui régirait le droit à l'autonomie gouvernementale devrait être compatible avec l'obligation de fiduciaire du Canada. Comme l'a précisé la Cour suprême dans l'arrêt *Sparrow*, «[l]es rapports spéciaux de fiduciaire et la responsabilité du gouvernement envers les autochtones doivent être le premier facteur à examiner en déterminant si la mesure législative ou l'action en cause est justifiable^{clxxii}». À titre d'exemple, dans la mesure où la *Loi sur les Indiens* prétend réglementer l'autonomie gouvernementale autochtone en dictant la forme et les pouvoirs des gouvernements indiens dans les réserves^{clxxiii}, elle pourrait être soumise à l'examen et possiblement invalidée si on y voyait une atteinte injustifiable aux droits à l'autonomie gouvernementale^{clxxiv}.

L'obligation de fiduciaire se rapporte aux nations autochtones en tant qu'entités politiques jouissant de droits collectifs^{clxxv}. En raison de l'autorité constitutionnelle qu'il exerce sur «les Indiens et les terres réservées pour les Indiens», c'est au gouvernement fédéral qu'échoit la responsabilité principale de cette obligation^{clxxvi}. Comme l'a précisé la Cour suprême dans l'arrêt *Sparrow*, «le pouvoir fédéral doit être concilié avec l'obligation fédérale^{clxxvii}». Dans le cas du droit de pêche ancestral examiné dans l'affaire *Sparrow*, le gouvernement fédéral a eu l'obligation de justifier toute atteinte fédérale à ce droit. Toutefois, nous avons vu qu'il pourrait être du devoir du gouvernement fédéral d'intervenir activement pour protéger ce droit ancestral lorsqu'il est menacé par une province^{clxxviii}. Cette obligation est conforme à l'engagement pris par le Parlement canadien, au moment du transfert au Canada de la Terre de Rupert et du Territoire du Nord-Ouest en 1870, «de prendre des mesures efficaces pour la protection des tribus indiennes, dont les intérêts et le bien-être sont intimement liés à la cession^{clxxix}».

Droits relatifs aux terres et aux ressources

Dans l'arrêt *Guerin*^{clxxx}, la Cour suprême a établi que la Couronne a une obligation de fiduciaire à l'égard des nations autochtones relativement aux terres cédées. Si l'affaire portait sur des terres de réserve, les principes qui ont guidé la Cour s'appliquent également, de toute évidence, aux terres détenues en vertu d'un titre ancestral. Selon le juge Dickson qui a prononcé les conclusions de quatre des huit membres,

[l]e rapport fiduciaire entre Sa Majesté et les Indiens découle du concept du titre aborigène, autochtone ou indien. Cependant, le fait que les bandes indiennes possèdent un certain droit sur des terres n'engendre pas en soi un rapport

fiduciaire entre les Indiens et Sa Majesté. Pour conclure que Sa Majesté est fiduciaire, il faut aussi que le droit des Indiens sur les terres soit inaliénable, sauf dans le cas d'une cession à Sa Majesté [...]

C'est par la *Proclamation royale de 1763* que Sa Majesté a pour la première fois endossé cette responsabilité qui lui est encore reconnue dans les dispositions de la *Loi sur les Indiens* relatives aux cessions. L'exigence d'une cession et la responsabilité qui en découle ont pour effet d'imposer à Sa Majesté une obligation de fiduciaire distincte envers les Indiens^{clxxxix}.

La juge Wilson, parlant en son nom et en celui de deux autres juges, a également conclu que «[l]'obligation [de fiduciaire] a sa source dans le titre aborigène des Indiens du Canada». Elle est convaincue que l'article 18 de la *Loi sur les Indiens* selon lequel la Couronne détient des réserves à l'usage et au profit des bandes respectives pour lesquelles elles furent mises de côté, «est la reconnaissance d'une réalité historique, savoir que les Indiens ont un droit de bénéficiaire sur leurs réserves et qu'il incombe à Sa Majesté de protéger ce droit et de s'assurer que les fins auxquelles les terres des réserves sont utilisées ne portent pas atteinte à ce droit». La juge Wilson considère clairement que cette responsabilité comporte le devoir positif de protéger les intérêts des Indiens. Elle précise que Sa Majesté «les détient [les terres de réserve] sous réserve de l'obligation qui incombe au fiduciaire de protéger et préserver les droits des bandes contre l'extinction ou l'empiétement^{clxxxii}».

L'obligation de fiduciaire du gouvernement fédéral s'appliquant aussi bien aux terres détenues par titre ancestral qu'aux terres de réserve, il lui incombe de veiller à ce que les intérêts des peuples autochtones soient protégés en cas de cession de leur titre à la Couronne. Bien entendu, il doit également faire respecter la *Proclamation royale de 1763* et le Décret sur la Terre de Rupert dans les régions du Canada où ces actes constitutionnels s'appliquent^{clxxxiii}. L'arrêt *Guerin* n'a pas précisé l'existence ni la nature de l'obligation de fiduciaire qui intervient avant une cession, mais il est clair, d'après le jugement, que la cession de terres autochtones génère une obligation de fiduciaire^{clxxxiv}. En outre, le gouvernement fédéral a l'obligation continue de veiller à ce que les conditions de la cession soient respectées, à la fois en respectant ses propres engagements et en veillant à ce que les autres parties ou bénéficiaires de la cession en respectent les conditions. Il s'agit là d'une obligation vaste qui englobe, sans s'y limiter, toutes les obligations nommément inscrites dans le document de cession^{clxxxv}.

Dans l'arrêt *Guerin*, la Cour suprême maintient que la Couronne du chef du Canada a dérogé à son obligation de fiduciaire à l'égard des Musqueams en prenant à bail certaines de leurs terres de réserve à des conditions moins favorables que celles qui avaient été préalablement

discutées avec les Musqueams. C'est un simple exemple de l'application de l'obligation de fiduciaire du gouvernement fédéral à l'égard des droits relatifs aux terres et aux ressources. Dans l'arrêt *Sparrow*, la Cour suprême considère que ces obligations s'appliquent de manière générale à toutes les actions du gouvernement. Comme nous l'avons vu, la Cour suprême a déclaré que

[...] le gouvernement a la responsabilité d'agir en qualité de fiduciaire à l'égard des peuples autochtones. Les rapports entre le gouvernement et les autochtones sont de nature fiduciaire plutôt que contradictoire et la reconnaissance et la confirmation contemporaines des droits ancestraux doivent être définies en fonction de ces rapports historiques^{clxxxvi}.

La Cour a imposé au gouvernement fédéral de respecter un critère strict de justification de toute atteinte au droit ancestral de pêche des Musqueams. Dans la mesure où l'action du gouvernement est jugée non conforme à ce critère, il contrevient à son obligation de fiduciaire à l'égard des Indiens et viole leurs droits constitutionnels. Par conséquent, l'obligation de fiduciaire englobe la protection de l'utilisation des ressources par les autochtones, en conformité avec leurs droits ancestraux ou issus de traités^{clxxxvii}.

Le cas du Québec

Rien dans la jurisprudence n'indique que l'obligation de fiduciaire à l'égard des peuples autochtones du Québec soit généralement différente de ce qu'elle est dans les autres régions du Canada. Bien que les deux principaux jugements concernant l'obligation de fiduciaire, à savoir l'arrêt *Guerin* et l'arrêt *Sparrow*, concernent tous deux la nation musqueam de Colombie-Britannique, la Cour suprême s'est prononcée au sujet de cette obligation en affirmant qu'elle s'applique de la même manière à tous les peuples autochtones du Canada^{clxxxviii}. D'ailleurs, dans la cause *Québec (P.G.) c. Canada (O.N.E.)*, le Grand Conseil des Cris du Québec prétendait que l'Office national de l'énergie avait à son égard une obligation de fiduciaire qu'il devait respecter en prenant la décision d'accorder un permis d'exportation d'électricité à un projet hydroélectrique. La Cour suprême a reconnu l'existence d'un lien fiduciaire entre le gouvernement fédéral et les peuples autochtones du Québec. En revanche, elle a conclu que l'Office n'a pas de devoir de fiduciaire lorsqu'il agit en sa capacité d'organisme parajudiciaire pour décider d'accorder ou non une licence d'exportation. Selon le juge Iacobucci, exprimant le jugement unanime de la Cour :

Il est maintenant bien établi qu'il existe des rapports entre l'État fédéral et les peuples autochtones du Canada : voir l'arrêt *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335. Néanmoins, il faut se rappeler qu'il n'y a pas une obligation fiduciaire pour

chaque aspect des rapports entre fiduciaire et bénéficiaire : voir l'arrêt *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574. La nature des rapports entre les parties définit l'étendue, voire les limites, des obligations imposées. Les cours de justice doivent veiller à ne pas porter atteinte à l'indépendance des tribunaux quasi judiciaires et des organismes décisionnels en leur imposant des obligations fiduciaires exigeant d'eux qu'ils prennent des décisions comme s'ils avaient une obligation fiduciaire^{clxxxix}.

L'obligation de fiduciaire est variable, étant donné que la portée dépend de la nature du lien entre les peuples autochtones et le gouvernement fédéral. Par conséquent, si le gouvernement fédéral a une obligation de fiduciaire à l'égard des Indiens, des Inuit et des Métis du Canada, par exemple du simple fait que le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* reconnaît et confirme les droits ancestraux et issus de traités, le gouvernement n'entretient pas la même relation avec chacun de ces peuples. En effet, si le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* s'applique aux Indiens, aux Inuit et probablement aux Métis^{cxc}, la *Loi sur les Indiens* ne s'applique qu'aux Indiens inscrits ou ayant droit d'être inscrits en vertu de cette loi. La *Loi sur les Indiens* crée une relation statutaire spéciale impliquant une obligation de fiduciaire entre le gouvernement fédéral et les Indiens auxquels elle s'applique. Cette obligation n'est pas nécessairement la même que celle qui concerne les peuples autochtones qui ne sont pas visés par cette loi. Autre exemple, certains peuples autochtones ont signé des traités ou des ententes de revendications territoriales avec la Couronne, alors que d'autres ne l'ont pas fait. Ces traités et ententes ont modifié le lien qui existait entre les parties autochtones et la Couronne avant leur signature. Par conséquent, la Couronne a, vis-à-vis des signataires autochtones, une obligation sans aucun doute différente de celle qu'elle a à l'égard des peuples autochtones qui n'ont jamais signé de traités ni d'ententes. Par ailleurs, l'obligation que ces traités et ententes imposent à la Couronne n'est pas toujours la même.

Si l'on veut définir la nature et la portée des obligations de fiduciaire du gouvernement fédéral à l'égard des peuples autochtones du Québec, il faut donc établir une distinction entre les obligations qui s'appliquent à tous les peuples autochtones du Canada et les obligations régionales ou particulières à l'égard de certains peuples autochtones. Comme nous l'avons vu plus haut, la Constitution impose au gouvernement fédéral une responsabilité vis-à-vis des peuples autochtones du Canada (ou tout au moins à l'égard des Indiens et Inuit) en vertu du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*^{cxi}. Le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* lui impose également l'obligation générale de respecter et de protéger

les droits ancestraux et issus de traités^{excii}. Bien que la nature de ces droits puisse varier d'un peuple autochtone à l'autre, l'obligation générale concerne tous les peuples. En conséquence, le gouvernement fédéral est tenu par la Constitution de respecter et de protéger les droits autochtones et issus de traités, y compris les droits découlant des ententes de revendications territoriales^{exciii} dont jouissent les peuples autochtones du Québec.

Nous avons examiné précédemment les obligations de fiduciaire découlant de certains traités conclus avec les peuples autochtones du Québec, de la Convention de la Baie James et du Nord québécois et de la Convention du Nord-Est québécois. Nous avons également passé en revue un certain nombre de documents d'application régionale tels que les Articles de la Capitulation de Montréal, la *Proclamation royale de 1763*^{exciv}, le Décret sur la Terre de Rupert et les lois de 1898 et 1912 sur les frontières du Québec. Il n'est pas nécessaire de répéter ici l'analyse que nous avons consacrée à la portée et à la nature de l'obligation de fiduciaire découlant de ces actes. D'autre part, il n'est pas nécessaire, pour les besoins du présent document, de donner une description détaillée de toutes les obligations de fiduciaire possibles à l'égard des divers peuples autochtones du Québec. Notre objectif est plutôt de définir la nature des obligations de fiduciaire du gouvernement fédéral, advenant l'accession du Québec à la souveraineté. Nous examinons cet aspect dans la prochaine partie.

PARTIE III

L'obligation de fiduciaire dans le contexte de l'accession du Québec à la souveraineté

Les implications en droit interne (Dupuis)

Dans cette partie, nous allons examiner les règles qui régissent, en droit canadien, le concept de l'obligation de fiduciaire appliqué au contexte de l'accession du Québec à la souveraineté. Le Québec est actuellement la seule province canadienne dont un gouvernement a préconisé l'accession à une forme de souveraineté. C'est un des éléments essentiels du programme du Parti québécois qui a été élu pour la première fois en 1973, et ce pour deux mandats successifs. Il a été réélu à l'automne 1994.

Notre analyse pourrait, le cas échéant, s'appliquer à toute autre province canadienne, avec les adaptations nécessaires pour tenir compte, par exemple, des sources historiques particulières à chaque province. Le concept d'obligation de fiduciaire de la Couronne fédérale est toutefois reconnu, en droit canadien, comme s'appliquant sur tout le territoire canadien.

Référendum sur la souveraineté du Québec (Dupuis)

Nous allons examiner, dans cette section, la question de l'obligation de fiduciaire de la Couronne dans le cadre d'un référendum au Québec sur la souveraineté du Québec. Un tel référendum se tiendrait dans le cadre constitutionnel canadien actuel, c'est-à-dire selon le partage des compétences constitutionnelles actuellement réparties entre les paliers fédéral et provincial. Dans ce contexte, le référendum se déroulerait au Québec dans son statut actuel de province canadienne. Ce référendum viserait à déterminer si la population du Québec souhaite que le Québec demeure une province canadienne ou qu'il devienne souverain, en dehors du cadre juridique canadien.

Nous ne considérons pas ici la question de savoir si la Constitution canadienne actuelle reconnaît un gouvernement autochtone comme troisième ordre de gouvernement en plus des paliers fédéral et provincial. Cette question dépasse le cadre de la présente étude.

Le gouvernement actuel du Québec a d'ailleurs décidé de tenir un référendum, au Québec, sur la question de l'accession du Québec à la souveraineté. Le gouvernement du Parti québécois a déjà tenu un référendum portant sur la souveraineté-association pour le Québec en 1980. Réélu à l'automne 1994, ce gouvernement a décidé de consulter la population québécoise à nouveau et a déposé, en décembre 1994, un avant-projet de loi sur lequel il entend demander à la population de se prononcer par référendum. Le moment exact de ce référendum n'est pas encore déterminé, mais le premier ministre du Québec, Jacques Parizeau, a indiqué son intention de consulter la population au cours de l'année 1995.

Cet avant-projet de loi sur la souveraineté du Québec prévoit à l'article 1 que le Québec est un pays souverain. L'article 2 prévoit la possibilité du maintien d'une association économique entre le Québec et le Canada.

L'article 3 fait explicitement mention des autochtones. Il porte sur la future constitution du Québec et prévoit notamment que cette constitution reconnaîtra aux nations autochtones le droit de se gouverner sur des terres leur appartenant en propre. Il y est précisé que cette reconnaissance s'exercera dans le respect de l'intégrité du territoire québécois.

L'article 7 prévoit que le Québec assumera les droits et obligations contenus dans les traités auxquels le Canada est partie et dans les conventions internationales auxquelles il a adhéré, conformément aux règles du droit international.

L'article 10 prévoit la continuité des lois fédérales et des règlements fédéraux s'appliquant

au Québec jusqu'à leur modification ou abrogation par une loi du Québec.

Le gouvernement a également choisi de mettre sur pied des commissions régionales et une commission nationale de consultation dans le but d'informer et de consulter la population sur toute cette question. Ces commissions ont tenu des audiences publiques en février et en mars 1995 et ont fait rapport au gouvernement. Les Indiens et les Inuit du Québec ont fait connaître publiquement leur opposition à l'avant-projet de loi et à la démarche gouvernementale et les médias y ont largement fait écho. Certaines nations autochtones, comme les Cris et les Montagnais, ont tenu leurs propres consultations et envisagent de tenir un référendum parallèle.

Le gouvernement fédéral a-t-il, dans le cadre de ce processus de consultation populaire, un rôle particulier à l'égard des peuples autochtones (Indiens, Inuit et Métis), avec qui il a une relation de fiduciaire? S'il a un tel rôle, en découle-t-il une obligation de fiduciaire particulière?

Le gouvernement du Québec a choisi de tenir ce référendum en vertu de la loi générale qu'il a adoptée à ce sujet^{cxv}. Selon cette loi, ce référendum, de type consultatif, est mis en branle à l'initiative du gouvernement qui fait approuver, par l'Assemblée nationale, la question qui doit faire l'objet de la consultation populaire. Le gouvernement du Québec, alors dirigé par le premier ministre René Lévesque, a d'ailleurs tenu le référendum de 1980, portant précisément sur une forme de souveraineté-association pour le Québec, conformément à cette loi.

Les circonscriptions électorales pour les fins d'un référendum comprennent les réserves et autres établissements indiens et les villages inuit. Les communautés autochtones ne constituent pas des circonscriptions électorales distinctes : elles sont intégrées dans des circonscriptions plus larges. Dans le territoire couvert par la Convention de la Baie James et du Nord québécois, les autochtones (Cris et Inuit) représentent un nombre significatif de votants, ce qui n'est le cas dans aucune autre région du Québec. Cette loi prévoit de plus l'utilisation des langues autochtones sur les bulletins de participation à un référendum.

La loi québécoise assure ainsi aux membres des divers peuples autochtones du Québec une participation individuelle au déroulement d'un processus référendaire, ce qui est conforme à l'esprit de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Les membres des divers peuples autochtones peuvent ainsi se prévaloir des dispositions de cette loi québécoise — dans la mesure où ils désirent participer à toutes les étapes d'un processus référendaire québécois qui porterait sur la souveraineté éventuelle du Québec — qui leur assure le droit à l'information, le droit de participer aux comités, la liberté d'expression et le

droit de vote. Ils ont donc, à titre individuel, le droit de se prononcer lors d'un éventuel référendum. Un certain nombre d'entre eux l'ont d'ailleurs fait en 1980^{cxvii}. Les droits individuels des autochtones ne coïncident par contre pas nécessairement avec leurs droits collectifs comme peuples. La distinction entre les droits particuliers des individus autochtones et les droits collectifs des peuples autochtones est particulièrement importante en regard de l'obligation de fiduciaire.

Qu'en est-il alors des droits collectifs des peuples autochtones dans le cadre d'un tel processus? Détiennent-ils des droits collectifs qui mettent en cause les obligations du gouvernement fédéral à leur endroit? Le gouvernement fédéral a-t-il un rôle particulier dans un tel processus à cet égard?

Nous avons vu plus haut qu'il existe des rapports fiduciaires entre l'État fédéral et les peuples autochtones, en tant que collectivités, et que ces rapports entraînent, dans certaines situations, une obligation de fiduciaire pour l'État fédéral. On peut dire que le gouvernement fédéral n'a pas de responsabilité particulière envers les individus membres des peuples autochtones, dans l'exercice de leurs droits à l'occasion d'un référendum. Par contre, nous croyons que le gouvernement fédéral, dans sa responsabilité à l'égard des collectivités autochtones, doit s'assurer que les préoccupations et les positions des peuples autochtones du Québec relativement à ce référendum soient connues de la population. Il va de soi que le gouvernement fédéral ne peut contraindre les autochtones à participer aux processus québécois de consultation. La décision à cet égard leur revient. Le gouvernement fédéral doit toutefois s'assurer que leurs droits constitutionnels — ancestraux et issus de traités — sont protégés. Bien qu'on puisse dire que le processus lui-même ne porte pas atteinte à ces droits, il reste que ce processus constitue une étape vers un changement politique et juridique majeur au Canada, à savoir la souveraineté du Québec.

Le gouvernement du Canada peut adopter diverses mesures pour respecter son obligation de fiduciaire à l'égard des autochtones. Il peut fournir aux autochtones des ressources pour faire valoir leur point de vue dans le cadre de ce processus. Il peut prendre des mesures pour que la population soit consciente de l'impact d'une éventuelle souveraineté du Québec sur les droits des autochtones. Il peut informer la population de l'obligation qui lui incombe de protéger les droits des autochtones du Québec en vertu de sa responsabilité de fiduciaire, de son intention de respecter son obligation et du fait que cette obligation demeure, peu importe le résultat du

référendum.

Négociations sur la souveraineté du Québec (Dupuis)

Nous allons examiner, dans cette section, la question de l'obligation de fiduciaire dans l'hypothèse où les gouvernements du Canada et du Québec s'entendraient pour négocier l'accession du Québec à la souveraineté. Ce processus de négociations se déroulerait dans le cadre constitutionnel canadien actuel, sous forme de négociations bilatérales entre le gouvernement fédéral et le gouvernement du Québec. Il ne s'agirait pas ici d'un processus constitutionnel, lequel requiert la participation et le vote des provinces selon la formule d'amendement constitutionnel et la participation aux discussions des autochtones selon l'article 35.1 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Ces négociations constitueraient un processus séparé et préliminaire à tout processus constitutionnel sur ce sujet. Tout accord sur la souveraineté du Québec qui découlerait de ce processus bilatéral préliminaire devrait faire l'objet d'un amendement constitutionnel par la suite.

Nous tenons pour acquis que les deux parties gouvernementales auraient préalablement accepté que ces négociations visent à changer le cadre constitutionnel canadien. Dans cette hypothèse, il pourrait ou non y avoir eu consensus au préalable entre les deux gouvernements pour en arriver ultimement à l'établissement de deux États séparés. Les questions relatives aux autochtones ne constitueraient qu'un des multiples éléments qui seraient à l'ordre du jour de cette négociation.

Un tel processus de négociations entre le gouvernement du Canada et le gouvernement du Québec entraîne-t-il, en soi, naissance d'une obligation fiduciaire? On doit distinguer entre le processus lui-même et les questions de fond abordées dans le cadre de ce processus de négociations.

Dans le régime constitutionnel actuel, l'État fédéral a la responsabilité première d'agir en qualité de fiduciaire à l'égard des peuples autochtones. Il conserverait cette responsabilité dans le cadre d'une négociation avec le Québec sur son accession éventuelle à la souveraineté. La compétence constitutionnelle fédérale sur les Indiens (et les Inuit et peut-être les Métis) et les terres qui leur sont réservées, établie par le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, obligerait, par exemple, le gouvernement fédéral à défendre les intérêts des peuples autochtones relativement aux terres qui leur sont réservées.

De plus, le gouvernement fédéral aurait la responsabilité de voir à ce que soit assuré le respect des droits ancestraux ou issus de traités des peuples autochtones (Indiens, Inuit et Métis) qui sont protégés par le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il faut se rappeler que les droits issus d'accords de revendications territoriales comme la Convention de la Baie James et du Nord québécois sont protégés par le paragraphe 35(3) comme des droits issus de traités.

Le gouvernement fédéral devrait donc assumer cette obligation dans le cadre des négociations avec le Québec. À cet égard, le gouvernement fédéral devrait consulter les autochtones du Québec. Même si le test développé par la Cour suprême dans l'arrêt *Sparrow* concernant les facteurs à considérer dans l'analyse de la justification d'une législation qui porte atteinte à un droit constitutionnel ancestral ne s'applique pas ici, on peut dire, par analogie, que le gouvernement fédéral aurait l'obligation de consulter les autochtones du Québec sur les mesures qui feraient l'objet de négociations entre le Canada et le Québec.

Par ailleurs, le régime juridique canadien actuel ne prévoit pas le droit, pour les peuples autochtones, de participer directement à de telles négociations, que ce soit à titre de partie aux délibérations, d'observateur de ces négociations ou de partie signataire d'un éventuel accord résultant de ces négociations. Les gouvernements du Canada et du Québec n'ont pas, légalement, d'obligation de s'assurer que les autochtones participent directement à de telles négociations préliminaires et préalables au processus constitutionnel qui suivrait éventuellement un accord entre le Canada et le Québec.

Quoique la légalité n'impose pas aux gouvernements l'obligation d'assurer aux peuples autochtones une participation directe aux négociations, la légitimité d'une telle attitude pourrait être mise en cause. La participation des autochtones aux discussions constitutionnelles sur les questions les concernant directement est explicitement prévue par la Constitution. De plus, on se rappellera que les autochtones ont été invités à participer aux négociations constitutionnelles globales qui ont suivi l'échec de l'Accord du lac Meech et qui ont mené à l'adoption de l'Accord de Charlottetown en 1992. Même si cet accord n'a finalement pas été entériné, ces négociations portaient sur plusieurs aspects du fédéralisme canadien et dépassaient de loin les seules questions concernant les autochtones. On se souviendra que les autochtones n'avaient pas obtenu de participer aux négociations constitutionnelles entourant l'adoption de l'Accord du lac Meech. Il est trop tôt pour dire si leur participation à l'Accord de Charlottetown constitue un précédent qui

mènera éventuellement à une convention constitutionnelle assurant la participation des autochtones à tout processus constitutionnel, ou s'il s'agit d'une participation ponctuelle en réponse aux problèmes générés par le processus de l'Accord du lac Meech.

Par contre, comme tout accord découlant de telles négociations nécessiterait, pour produire des effets juridiques, des modifications constitutionnelles qui auraient une incidence sur le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et sur les articles 25, 35 et 35.1 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les gouvernements fédéral et provinciaux seraient probablement liés, en vertu de ce dernier article, par l'engagement de principe de tenir une conférence constitutionnelle à laquelle seraient invités à participer les représentants autochtones. Cette exigence ne découle pas de l'obligation de fiduciaire, mais plutôt de la garantie constitutionnelle de participation prévue par l'article 35.1 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. En plus de cette exigence constitutionnelle, le gouvernement fédéral a probablement une obligation de fiduciaire de s'assurer que les autochtones participent à toute discussion constitutionnelle qui se tiendrait à la suite d'un accord entre les gouvernements du Canada et du Québec sur la souveraineté du Québec, compte tenu des effets de cet accord sur leurs droits ancestraux et issus de traités^{excvii}.

Ainsi, les gouvernements n'ont pas d'obligation légale d'assurer aux peuples autochtones une participation directe à des négociations bilatérales entre le gouvernement du Canada et le gouvernement du Québec préliminaires à tout processus constitutionnel menant éventuellement à la souveraineté. Ce sont plutôt des considérations de légitimité ou d'opportunité politique qui interviendraient à ce chapitre.

Si les autochtones ne participent pas directement aux négociations, ils pourraient tenter de faire annuler par les tribunaux un accord qui, à leurs avis, irait à l'encontre de l'obligation de fiduciaire du gouvernement fédéral. Ils devraient alors faire la preuve qu'un tel accord porte sur une situation qui comporte, pour le gouvernement fédéral, une obligation de fiduciaire et qu'il y a contrevenu en signant l'accord en question. Les tribunaux auraient alors à se prononcer sur la façon dont le gouvernement fédéral s'est acquitté de son obligation de fiduciaire dans le cadre de telles négociations.

On peut imaginer de multiples scénarios sur ce que pourrait comporter un tel accord. L'accord pourrait ou non comporter un chapitre sur l'obligation de fiduciaire de la Couronne. Dans l'hypothèse où il en comportait un, il pourrait prévoir, par exemple, que l'obligation de fiduciaire serait transférée au Québec, telle qu'elle existerait au moment du transfert. L'accord

pourrait autrement prévoir que les parties ont convenu que le Québec insérerait dans son régime juridique une obligation de fiduciaire à l'égard des peuples autochtones équivalente à l'actuelle obligation de fiduciaire de la Couronne fédérale. L'accord pourrait aussi prévoir la possibilité de faire trancher par les tribunaux la question de la transition ou du transfert de l'obligation de fiduciaire de la Couronne fédérale au Québec.

Comme toute matière à négociation, cette question peut en fait faire l'objet de multiples spéculations. Il ne faut pas oublier non plus que les questions autochtones ne seraient qu'un parmi plusieurs autres éléments qui feraient l'objet d'une telle négociation. Il est donc difficile d'évaluer, dans l'abstrait, le poids relatif que représenteraient, dans les circonstances précises d'une telle négociation, les questions autochtones par rapport à des questions comme la défense ou la monnaie.

Déclaration unilatérale d'indépendance du Québec (McNeil)

S'il est impossible de conclure une entente négociée entre le Québec et le reste du Canada, le Québec pourrait décider d'agir de son propre chef en déclarant unilatéralement son indépendance. Étant donné que la Constitution du Canada ne prévoit pas la sécession d'une province, une déclaration unilatérale d'indépendance serait nulle et non avenue aux yeux de la loi canadienne^{cxviii}. La non-reconnaissance de l'indépendance du Québec par le Canada ferait en sorte que, du point de vue du droit constitutionnel canadien (mais pas nécessairement du point de vue du droit québécois^{cxix}), le Québec continuerait de faire partie du Canada. De ce fait, en droit canadien, le gouvernement fédéral continuerait d'avoir des responsabilités et des pouvoirs au Québec^{cc}.

Cet état de choses persisterait tant que le Canada ne reconnaîtrait pas le Québec comme un État indépendant et qu'il continuerait à faire valoir son autorité légitime^{cci}. Les tribunaux canadiens n'auraient probablement pas d'autre choix que d'entériner la position du gouvernement canadien arguant que le Québec continue de faire partie du Canada^{ccii}, et seraient forcés de déclarer illégale toute action du gouvernement québécois qui irait à l'encontre d'une telle position. Le gouvernement du Québec pourrait légitimer sa démarche à la faveur de la reconnaissance internationale, mais il est possible qu'une telle reconnaissance tarde à lui être accordée compte tenu de l'opposition du Canada et des peuples autochtones du Québec et des autres régions du pays. Quoi qu'il en soit, les tribunaux canadiens seraient probablement tenus de

poursuivre l'application de la loi constitutionnelle canadienne au Québec, tant que le Canada refuserait de reconnaître l'indépendance du Québec^{cciii}.

Notre analyse des sources et de la nature de l'obligation de fiduciaire nous a amenés à conclure que la Constitution impose au gouvernement canadien une obligation de fiduciaire à l'égard des peuples autochtones du Québec. Cette obligation continuera de s'appliquer tant que le gouvernement canadien fera valoir sa compétence sur le Québec, et pourra être invoquée devant les tribunaux canadiens. Mais surtout, le Canada serait tenu par son obligation de fiduciaire, en cas de déclaration unilatérale d'indépendance du Québec, de maintenir ses liens avec les peuples autochtones du Québec tant et aussi longtemps que cela serait nécessaire pour protéger leurs intérêts. Le gouvernement canadien a une responsabilité constitutionnelle vis-à-vis des peuples autochtones et ne peut renoncer unilatéralement à cette responsabilité^{cciv}. Si les peuples autochtones n'acceptent pas l'indépendance du Québec, la Constitution impose au gouvernement canadien de veiller à ce que leurs intérêts soient protégés en cas de déclaration unilatérale d'indépendance^{ccv}.

Advenant une telle situation, les obligations du Canada vis-à-vis des peuples autochtones du Québec consisteraient entre autres à entreprendre une consultation auprès des peuples autochtones vivant à l'intérieur et à l'extérieur du Québec^{ccvi} afin de vérifier leur point de vue sur la question^{ccvii}. Le gouvernement canadien serait tenu de prendre leur point de vue en considération et d'accorder la plus grande priorité à la protection de leurs droits ancestraux et issus de traités^{ccviii}. Comme nous l'avons vu, ces droits bénéficient actuellement de la protection constitutionnelle du paragraphe 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982^{ccix}. Cette protection ne peut être supprimée que par un amendement constitutionnel — nécessitant l'approbation du Parlement et des assemblées législatives d'au moins deux tiers des provinces dont la population confondue représente au moins 50 % de la population de toutes les provinces — à la suite d'une conférence constitutionnelle à laquelle seraient conviés les représentants des peuples autochtones^{ccx}. Cette protection cesserait d'exister après l'indépendance du Québec. Même si le Québec adoptait des mesures de protection des droits ancestraux et issus de traités dans sa nouvelle Constitution, il pourrait les supprimer à tout moment conformément à sa formule de modification de la Constitution.

Par conséquent, en cas de déclaration unilatérale d'indépendance, le Canada serait tenu par sa Constitution de prendre des mesures appropriées pour protéger les droits ancestraux et

issus de traités. À cette fin, le Canada pourrait emprunter diverses avenues : 1) déclarer que le Québec continue de faire partie du Canada et refuser de ce fait de reconnaître le Québec comme État indépendant; 2) faire pression auprès de la communauté internationale pour qu'elle refuse de reconnaître le Québec; 3) demander aux employés fédéraux à l'intérieur et à l'extérieur du Québec de ne pas respecter la déclaration unilatérale d'indépendance; 4) demander à la Cour suprême du Canada de prononcer l'inconstitutionnalité de la déclaration unilatérale d'indépendance et d'affirmer que celle-ci viole les droits ancestraux et issus de traités des peuples autochtones du Québec et des autres régions du Canada; 5) recourir à toute autre mesure jugée nécessaire par le gouvernement fédéral dans les circonstances. Celui-ci serait libre de choisir les mesures appropriées, mais ces mesures devraient assurer la protection des droits des peuples autochtones. Si le gouvernement canadien négligeait ou refusait d'agir, les peuples autochtones pourraient saisir les tribunaux canadiens afin de réclamer des sanctions contre le gouvernement pour le non-respect de ses obligations constitutionnelles.

CONCLUSION (Dupuis/McNeil)

Notre étude nous amène à dégager un certain nombre de conclusions relativement à l'obligation de fiduciaire de la Couronne du Canada dans le contexte de l'accession du Québec à la souveraineté :

1. La reconnaissance en droit canadien de l'existence de rapports fiduciaires entre le gouvernement fédéral et les peuples autochtones du Canada fondés sur leurs relations historiques est un fait récent mais maintenant établi.

2. Ces rapports fiduciaires peuvent, dans certaines circonstances, engendrer une obligation de fiduciaire *sui generis* de la part de la Couronne fédérale à l'égard des peuples autochtones.

3. La reconnaissance récente de l'existence de rapports fiduciaires et d'une obligation de fiduciaire en découlant, représente un changement majeur dans l'interprétation que les tribunaux ont faite jusqu'ici des responsabilités de la Couronne à l'endroit des peuples autochtones.

4. Ce changement majeur implique un réexamen approfondi des faits historiques et de leurs conséquences juridiques en fonction de cette nouvelle réalité juridique.

5. Quoique ceci n'ait pas encore été établi, l'obligation de fiduciaire s'applique

probablement aussi, dans certaines circonstances, aux Couronnes provinciales.

6. L'obligation de fiduciaire impose des limites à l'exercice des pouvoirs du législateur et de l'exécutif.

7. L'obligation de fiduciaire est exécutoire en justice. Les peuples autochtones peuvent s'adresser aux tribunaux et obtenir réparation lorsqu'ils peuvent démontrer que la Couronne a manqué à une obligation de fiduciaire.

8. Les sources de l'obligation de fiduciaire sont diverses et peuvent découler tant d'actions unilatérales, comme la législation, que d'actions bilatérales, comme les traités signés avec les Indiens.

9. L'obligation de fiduciaire de la Couronne fédérale est, par nature, la même partout au Canada. L'ampleur et la portée de cette obligation varient toutefois à cause de la diversité des sources.

10. L'obligation de fiduciaire existe dans le cadre constitutionnel canadien actuel.

11. Le gouvernement fédéral doit assumer sa responsabilité de fiduciaire à l'égard des peuples autochtones dans le contexte d'un référendum portant sur l'accession du Québec à la souveraineté.

12. Le gouvernement fédéral devrait également assumer sa responsabilité de fiduciaire à l'égard des peuples autochtones dans le contexte d'une éventuelle négociation sur l'accession du Québec à la souveraineté.

13. Dans l'hypothèse où un accord découlerait d'une telle négociation et que cet accord aurait un impact sur le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* ou sur les articles 25, 35 et 35.1 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le gouvernement fédéral devrait alors tenir une conférence constitutionnelle à laquelle les peuples autochtones du Canada devraient être invités à participer. Un manquement à cette obligation constituerait probablement une violation de l'article 35.1 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et mettrait en cause l'obligation de fiduciaire de la Couronne fédérale à l'égard des peuples autochtones. De même, l'accord lui-même pourrait mettre en cause l'obligation de fiduciaire de la Couronne fédérale à l'égard des peuples autochtones.

14. Dans l'hypothèse d'une déclaration unilatérale d'indépendance du Québec, et ce peu importe la position en droit québécois, l'obligation de fiduciaire du gouvernement fédéral à l'endroit des peuples autochtones du Québec continuerait de s'appliquer en droit

canadien tant que le Canada ne reconnaîtrait pas ce Québec indépendant et qu'il continuerait d'y faire valoir son autorité légitime. Ainsi, le Canada serait tenu de prendre des mesures appropriées pour la protection des droits des peuples autochtones du Québec, en particulier leurs droits ancestraux et issus de traités.

NOTES

- ⁱ*Québec (P.G.) c. Canada (O.N.E.)*, [1994] 1 R.C.S. 159 [ci-après *O.N.E.*].
- ⁱⁱ*R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075 à la p. 1108 [ci-après *Sparrow*].
- ⁱⁱⁱ*O.N.E.*, *supra* note 1 à la p. 24.
- ^{iv}*Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335 à la p. 348 [ci-après *Guerin*].
- ^v*R. c. Agawa* (1988), 28 O.A.C. 201 aux pp. 215-216.
- ^{vi}*Guerin*, *supra* note 4 à la p. 385; *Sparrow*, *supra* note 2 à la p. 1109; *O.N.E.*, *supra* note 1 à la p. 26.
- ^{vii}E. Weinrib, «The Fiduciary Obligation» (1975) 25 *University of Toronto Law Journal* à la p. 7, cité par le juge Dickson dans l'arrêt *Guerin*, *supra* note 4 à la p. 384, et par le juge La Forest dans l'arrêt *Lac Minerals c. International Corona Resources*, [1989] 2 R.C.S. 574 à la p. 645 [ci-après *Lac Minerals*]; *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99, cité par la juge Wilson dans *Lac Minerals* à la p. 646.
- ^{viii}*Lac Minerals*, *supra* note 7 à la p. 649.
- ^{ix}*Guerin*, *supra* note 4 à la p. 376.
- ^x*United States c. Mitchell*, 463 U.S. 206 (1983).
- ^{xi}Voir notamment *Guerin*, *supra* note 4; *Sparrow*, *supra* note 2; *Mitchell c. Bande indienne de Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85; *A.G. Ontario c. Bear Island Foundation*, [1991] 2 R.C.S. 570; *O.N.E.*, *supra* note 1.
- ^{xii}Traité d'Utrecht, dans G. Frégault et M. Trudel, *Histoire du Canada par les textes*, tome I (1534-1854), Montréal et Paris, Fides, 1963, p. 66.
- ^{xiii}*Ibid.* à la p. 67.
- ^{xiv}A. Shortt et A.G. Doughty, *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada, 1759-1791*, 2^e éd., Ottawa, Imprimeur du Roi, 1921, partie I.
- ^{xv}*R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025 à la p. 1063 [ci-après *Sioui*].
- ^{xvi}C.W. Alvord, *Genesis of the Proclamation of 1763*, Lansing (Michigan), Michigan Pioneer and Historical Collections, 1908, p. 7.
- ^{xvii}Shortt et Doughty, *supra* note 14 à la p. 86.
- ^{xviii}*Ibid.* à la p. 136.
- ^{xix}*Acte de Québec* (1774), 14 Geo. III, ch. 83 (R.-U.).
- ^{xx}Le texte de l'article 25 de la *Charte canadienne des droits et libertés* se lit comme 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, notamment :
a) aux droits ou libertés reconnus par la Proclamation royale du 7 octobre 1763;
b) aux droits ou libertés existants issus d'accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis.
- ^{xxi}*St. Catharines Milling Co. c. The Queen*, [1887] 13 S.C.R. 577 à la p. 652.
- ^{xxii}*Calder c. Procureur Général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313 à la p. 395 [ci-après *Calder*].
- ^{xxiii}*Adams c. R.*, [1993] R.J.Q. 1011 (C.A.) [ci-après *Adams*]; et *Côté c. R.*, [1993] R.J.Q. 1350 (C.A.) [ci-après *Côté*].
- ^{xxiv}Brian Slattery, *The Land Rights of Indigenous Canadian Peoples*, Saskatoon, University of Saskatchewan Native Law Centre, 1979, p. 204.

^{xxv}Shortt et Doughty, *supra* note 14 à la p. 139.

^{xxvi}Commission d'étude sur l'intégrité du territoire du Québec, *Le domaine indien*, Rapport des commissaires, volume 4.1, Québec, 1971, pp. 243 à 255.

^{xxvii}*Calder*, *supra* note 22.

^{xxviii}*Ibid.* à la p. 323.

^{xxix}*Ibid.* à la p. 398.

^{xxx}*Sioui*, *supra* note 15 à la p. 1052.

^{xxxi}«Instructions au Gouverneur Murray», dans Shortt et Doughty, *supra* note 14 à la p. 155.

^{xxxii}*Ibid.* à la p. 174.

^{xxxiii}*Ibid.*

^{xxxiv}«Instructions au Gouverneur Carleton, 1768», dans Shortt et Doughty, *supra* note 14 à la p. 276.

^{xxxv}«Instructions au Gouverneur Carleton, 1775», dans Shortt et Doughty, *supra* note 14, 2^e partie, p. 578.

^{xxxvi}*Ibid.*

^{xxxvii}Les Cinq-Nations : les Agniers (Mohawks), les Onneiouts (Onéidas), les Onontagués (Onondagas), les Goyogouins (Cayugas) et les Tsonnontouans (Sénécas).

^{xxxviii}G. Havard, *La Grande Paix de Montréal de 1701*, Montréal, Recherches amérindiennes au Québec, 1992, p. 132.

^{xxxix}*Adams*, *supra* note 23 à la p. 1037. La Cour suprême du Canada a accepté d'entendre l'appel de ce jugement.

^{xl}*Côté*, *supra* note 23. La Cour suprême du Canada a accepté d'entendre l'appel de ce jugement.

^{xli}*Ibid.* à la p. 1370.

^{xlii}L.R.C. 1985, ch. I-5.

^{xliii}*Sioui*, *supra* note 15 à la p. 1056.

^{xliv}*Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387.

^{xlv}*Sioui*, *supra* note 15 à la p. 1072.

^{xlvi}30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.), art. 3 (antérieurement *Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*).

^{xlvii}Le Parlement britannique, en vertu du droit constitutionnel colonial et du *Colonial Laws Validity Act, 1865*, 28 & 29 Vict., ch. 63 (R.-U.), a conservé un pouvoir législatif sur le Canada jusqu'à ce que le *Statut de Westminster, 1931*, 22 George V, ch. 4 (R.-U.), limite ce pouvoir aux dispositions des *Actes de l'Amérique du Nord britannique* et des autres lois demandées par le Canada. Avec le rapatriement de la Constitution canadienne en vertu de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), le Parlement britannique a perdu tout pouvoir sur le Canada. Voir Brian Slattery, «The Independence of Canada» (1983) 5 *R. de la Cour suprême*, 369; Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 3^e éd., Toronto, Carswell, 1992, ch. 3.

^{xlviii}Voir *Bonanza Creek Gold Mining Co. c. The King*, [1916] A.C. 566 (C.P.), pp. 579-580.

^{xlix}Ce processus a culminé avec les conférences impériales de 1926 et 1930 et le *Statut de Westminster*. Voir Arthur Berriedale Keith, *The Constitutional Law of the British Dominions*, Londres, Macmillan, 1933, pp. 7-13, 45-57, 67-78; Robert B. Stewart, *Treaty*

Relations of the British Commonwealth of Nations, New York, Macmillan, 1939, pp. 133-135, 159-178, 367-368; Maurice Ollivier (dir.), *The Colonial and Imperial Conferences from 1887 to 1937*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1954, vol. 3, en particulier les pages 150-157.

ⁱLa Cour suprême du Canada donne au terme «Indiens» une définition large qui englobe les Inuit. Voir *Renvoi relatif au terme «Indiens»*, [1939] R.C.S. 104. Bien que les tribunaux ne se soient jamais prononcés définitivement au sujet des Métis, des arguments fort convaincants ont été présentés à l'appui de la thèse selon laquelle le terme «Indiens» inclut les Métis. Voir 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.

ⁱⁱCes terres englobent non seulement les réserves officielles telles que définies dans la *Loi sur les Indiens*, mais également toutes les terres réservées à l'intention des Indiens, y compris par la *Proclamation royale de 1763*. Voir *St. Catherine's Milling and Lumber Company c. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46 (C.P.); l'analyse contenue dans Robert D.J. Pugh, «Are Northern Lands Reserved for the Indians?» (1982) 60 *R. du B. can.* 36; Brian Slattery, «Understanding Aboriginal Rights» (1987) 66 *R. du B. can.* 727 aux pp. 773-774.

ⁱⁱⁱVoir *R. c. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [1981] 4 C.N.L.R. 86 (Cour d'appel d'Angleterre), en particulier l'opinion du juge Kerr aux pp. 105-107; cf. Denning, M.R. aux pp. 92-99.

ⁱⁱⁱⁱCette conclusion va dans le sens de la jurisprudence américaine concernant le statut des tribus indiennes aux États-Unis. Dans l'arrêt *Cherokee Nation c. Georgia*, 5 Pet. 1 (1831), la Cour suprême des États-Unis décrétait que les tribus habitant à l'intérieur des frontières des États-Unis ne sont pas des nations étrangères. Cependant, étant donné qu'elles possèdent des attributs d'États-nations, le juge en chef Marshall les considérait comme des «nations intérieures dépendantes» : *ibid.* à la p. 17.

^{liv}Voir Bruce Ryder, «The Demise and Rise of the Classical Paradigm in Canadian Federalism: Promoting Autonomy for the Provinces and First Nations» (1991) 36 *R.D. McGill* 308 aux pp. 314-317.

^{lv}La Confédération Haudenosaunee ou Confédération des Six Nations iroquoises qui occupait un territoire situé à l'intérieur des frontières des nouvelles provinces du Québec et de l'Ontario en sont des exemples. Voir Darlene M. Johnston, «The Quest of the Six Nations Confederacy for Self-Determination» (1986) 44 *University of Toronto Faculty of Law Review* 1; Grand Chief Michael Mitchell, «An Unbroken Assertion of Sovereignty», dans Boyce Richardson (dir.), *Drumbeat: Anger and Renewal in Indian Country*, Toronto, Summerhill Press, 1989, pp. 107-136.

^{lvi}Notons que l'étendue du territoire canadien en 1867, en particulier le territoire septentrional des provinces du Québec et de l'Ontario, était imprécise à l'époque et qu'elle l'est restée. La question de la frontière septentrionale du Canada sera examinée dans les pages qui suivent, au chapitre intitulé «Le Décret en conseil sur la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest (1870)».

^{lvii}Cela est conforme à la jurisprudence américaine sur le statut des tribus indiennes à la suite de la création des États-Unis qui confère au Congrès un pouvoir absolu sur les tribus qui ont conservé le droit à se gouverner elles-mêmes dans la mesure où le Congrès ne s'y oppose pas. Voir *Cherokee Nation c. Georgia*, *supra* note 53, et *Worcester c. Georgia*, 6

Pet. 515 (1932) (U.S.S.C.). On trouvera un jugement semblable au Canada dans l'arrêt *Connolly c. Woolrich* (1867), 17 R.J.Q. 75 (C.S.Q.) aux pp. 84-87. Au Canada, cependant, le pouvoir du Parlement de s'immiscer dans les affaires internes des nations autochtones est peut-être considérablement diminué depuis l'adoption de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Voir l'analyse qui est faite dans les pages suivantes sous la rubrique «La *Loi constitutionnelle de 1982*». Voir également Commission royale sur les peuples autochtones, *Partenaires au sein de la Confédération : Les peuples autochtones, l'autonomie gouvernementale et la Constitution*, Ottawa, Ministre des Approvisionnement et Services, 1993, pp. 31-34. Comparer avec *Attorney General for Ontario c. Bear Island Foundation*, [1985] 1 C.N.L.R. 1 (Ont. S.C.) à la p. 78; et *Delgamuukw c. British Columbia* (1993), 104 D.L.R. (4th) 470 (C.A.C.-B.), le juge Macfarlane aux pp. 519-520, le juge Wallace aux pp. 592-593, mais voir également le juge Lambert aux pp. 726-731 et le juge Hutcheon aux pp. 763-764, qui émettent un point de vue dissident.

^{lviii}Entre 1850 et 1867, la province du Canada a adopté un certain nombre de lois relatives aux affaires indiennes. Voir Richard H. Bartlett, *The Indian Act of Canada*, 2^e éd., Saskatoon, University of Saskatchewan Native Law Centre, 1988, pp. 3-4.

^{lix}Voir *R. c. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, *supra* note 52, en particulier l'opinion de Denning, M.R. Notons qu'avant l'arrêt *Guerin*, *supra* note 4, le gouvernement fédéral et les juristes estimaient généralement que le paragraphe 91(24) conférait un pouvoir, mais pas de responsabilité. Autrement dit, le Parlement avait le loisir d'adopter des lois s'appliquant aux Indiens et à leurs terres de réserve, sans que le gouvernement fédéral soit contraint de prendre des dispositions spéciales à leur égard. Sur ce sujet et sur l'évolution du point de vue juridique en la matière, voir Bradford Morse, «Government Obligations, Aboriginal Peoples and Section 91(24) of the Constitution Act, 1867», dans *Aboriginal Peoples and Government Responsibility: Exploring Federal and Provincial Roles*, sous la direction de David C. Hawkes, Ottawa, Carleton University Press, 1991, p. 59.

^{lx}22 Geo. V, ch. 4 (R.-U.).

^{lxi}Lorsque la Couronne britannique transféra la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest au Canada en 1870, elle prit soin de faire reconnaître au Canada sa responsabilité à l'égard de l'obligation de fiduciaire de la Couronne. Voir l'analyse ci-dessous dans la section intitulée «Le Décret en conseil sur la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest (1870)». On trouvera une affirmation que l'obligation de fiduciaire s'applique autant aux gouvernements provinciaux qu'au gouvernement fédéral dans *Mitchell c. La bande indienne de Peguis*, *supra* note 11, le point de vue du juge en chef Dickson aux pp. 108-109 (comparer avec le jugement majoritaire du juge La Forest); *Cree Regional Authority c. Robinson*, [1991] 4 C.N.L.R. 84 (C.F.S.P.I.), en particulier à la p. 106; Richard Bartlett, «You Can't Trust the Crown: The Fiduciary Obligation of the Crown to the Indians: *Guerin v. The Queen*» (1984-85) 49 *Saskatchewan Law Review* 367 à la p. 374; Slattery, *supra* note 51 à la p. 755; Morse, *supra* note 59 aux pp. 83-84, 86.

^{lxii}L'arrêt de principe concernant son application au pouvoir exécutif est l'arrêt *Guerin*, *supra* note 4. Cependant, l'obligation de fiduciaire ne s'applique pas aux organes de

réglementation exerçant des fonctions parajudiciaires. Voir *O.N.E.*, *supra* note 1 à la p. 183.

^{lxiii}Voir Hogg, *supra* note 47, ch. 12.

^{lxiv}Voir *R. c. Sikyea* (1964), 43 D.L.R. (2d) 150 (C.A.T.N.-O.) confirmé à [1964] R.C.S. 642. Par conséquent, l'obligation de fiduciaire aurait été, au niveau législatif, semblable à des conventions constitutionnelles exécutoires mais non applicables par les tribunaux. Voir *Reference Re Amendment of the Constitution of Canada* (1981), 125 D.L.R. 1 (C.S.C.), commenté dans W.R. Lederman, «The Supreme Court of Canada and Basic Constitutional Amendment», et Gil Rémillard, «Legality, Legitimacy and the Supreme Court», dans *And No One Cheered: Federalism, Democracy and the Constitution Act*, sous la direction de Keith Banting et Richard Simeon, Toronto, Methuen, 1983, pp. 176-188 et 189-209 respectivement. On peut arguer toutefois que cette obligation, surtout dans la mesure où elle est exprimée dans la *Proclamation royale de 1763*, imposait des limites constitutionnelles aux pouvoirs du Parlement canadien et des assemblées législatives provinciales. Voir *R. c. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, *supra* note 52, l'opinion de Denning, M.R. aux pp. 91-92.

^{lxv}Notons que le Parlement du Canada a exercé sa compétence en vertu du paragraphe 91(24), principalement en adoptant la *Loi sur les Indiens*. Voir de manière générale Bartlett, *supra* note 58. Bien que l'on puisse arguer de manière convaincante que cette loi va à l'encontre de l'obligation de fiduciaire de la Couronne vis-à-vis des peuples autochtones à qui elle s'applique, l'examen de cette question déborde largement la portée du présent document.

^{lxvi}La Charte est imprimée dans E.E. Rich (dir.), *Minutes of the Hudson's Bay Company, 1671-1674*, Toronto, The Champlain Society, 1942, pp. 131-148.

^{lxvii}Voir la carte de 1857 de J. Arrowsmith dans Norman L. Nicholson, *The Boundaries of Canada, Its Provinces and Territories*, Ottawa, Direction de la géographie, ministère des Mines et des Levés techniques du Canada, 1954, p. 35.

^{lxviii}Voir Kent McNeil, *Native Rights and the Boundaries of Rupert's Land and the North-Western Territory*, Saskatoon, University of Saskatchewan Native Law Centre, 1982).

^{lxix}L'arrêt *Ontario Boundaries*, non publié en tant que tel, mais inclus dans le Décret du Conseil impérial du 11 août 1884 qui est lui-même reproduit dans *The Proceedings before the [...] Privy Council [...] Respecting the Westerly Boundary of Ontario*, Toronto, Warwick & Sons, 1889, pp. 416-418. Voir l'analyse qui en est faite dans McNeil, *supra* note 68 aux pp. 26-33.

^{lxx}Voir Kent McNeil, «Aboriginal Nations and Quebec's Boundaries: Canada Couldn't Give What It Didn't Have», dans *Negotiating with a Sovereign Quebec*, sous la direction de Daniel Drache et Roberto Perin, Toronto, Lorimer, 1992, pp. 113-117.

^{lxxi}Voir McNeil, *supra* note 68 aux pp. 4-5.

^{lxxii}31 & 32 Vict., ch. 105 (R.-U.), Loi adoptée par le Parlement britannique en vue d'autoriser la Compagnie de la Baie d'Hudson à rétrocéder la Terre de Rupert à la Couronne et celle-ci à l'accepter. La cession a été signée le 19 novembre 1869 et a été acceptée par la Couronne le 22 juin 1870.

^{lxxiii}L.R.C. 1985, annexe II, n^o 9.

^{lxxiv}On trouvera une explication des fondements historiques de ce décret dans Kent McNeil, *Native Claims in Rupert's Land and the North-Western Territory: Canada's Constitutional Obligations*, Saskatoon, University of Saskatchewan Native Law Centre, 1982, pp. 2-8.

^{lxxv}Cela s'explique par l'article 146 de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui prévoit que tout décret du conseil visant à admettre de nouvelles provinces ou de nouveaux territoires au sein du Canada aura le même effet qu'une loi adoptée par le Parlement britannique. Le statut constitutionnel de ce décret a été confirmé par son inclusion dans l'annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

^{lxxvi}Voir McNeil, *supra* note 74 aux pp. 27-35.

^{lxxvii}L'adresse est incluse dans l'annexe B du décret de 1870, *supra* note 73.

^{lxxviii}Ce terme est probablement utilisé dans le même sens que «Indiens» au paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et comprend par conséquent les Inuit et probablement les Métis. Voir *supra* note 50, et McNeil, *supra* note 74 aux pp. 13-18, 22.

^{lxxix}Voir l'analyse contenue dans McNeil, *supra* note 74 aux pp. 21-22.

^{lxxx}Voir *ibid.* pp. 34-35.

^{lxxxi}Décret sur la Terre de Rupert, *supra* note 73 à l'annexe B.

^{lxxxii}Voir *ibid.* aux pp. 2-3.

^{lxxxiii}Si l'adresse cite le gouvernement canadien, il est plus probable qu'elle désigne le Sénat et la Chambre des communes qui ont présenté l'adresse. Par ailleurs, le fait que la clause de protection ne soit pas incluse dans le décret n'affecte en rien la portée constitutionnelle de cette disposition, étant donné qu'il n'est pas obligatoire que la totalité ou une partie des termes approuvés soient cités dans le décret; l'article 146 précise tout simplement que les nouveaux territoires seront admis au Canada en fonction des conditions exposées dans l'adresse et sur approbation de Sa Majesté. Voir McNeil, *supra* note 74 aux pp. 11-12.

^{lxxxiv}*Sparrow*, *supra* note 2 à la p. 1109.

^{lxxxv}Dans l'arrêt *Sparrow*, à la page 1108, la Cour suprême a déclaré «un principe directeur général d'interprétation du par. 35(1), savoir, le gouvernement a la responsabilité d'agir en qualité de fiduciaire à l'égard des peuples autochtones». En conséquence, la Cour conclut, à la page 1114, «Les rapports spéciaux de fiduciaire et la responsabilité du gouvernement envers les autochtones doivent être le premier facteur à examiner en déterminant si la mesure législative ou l'action en cause est justifiable».

^{lxxxvi}Voir McNeil, *supra* note 74 aux pp. 25-26.

^{lxxxvii}Avant le transfert, la Compagnie de la Baie d'Hudson ne s'immisçait pas dans les affaires internes des tribus indiennes, les laissant libre d'appliquer leurs propres lois. Voir le témoignage du gouverneur George Simpson entendu par le Comité particulier de la Chambre britannique des communes sur la Compagnie de la Baie d'Hudson, en 1857, *Report of the Select Committee on the Hudson's Bay Company* (Londres, Chambre des communes, 1857), procès-verbaux et témoignages, 91-92, cité dans McNeil, *supra* note 70 aux pp. 117-118. Voir également confirmation dans *Connolly v. Woolrich*, *supra* note 57 (1869), 17 R.J.Q. 266 (C.A.Q.), et l'analyse de ce jugement dans Constance Backhouse, *Petticoats and Prejudice: Women and the Law in Nineteenth-Century Canada*, Toronto, The Osgoode Society, 1991, pp. 9-20; et *Partenaires au sein de la Confédération*, *supra* note 57 aux pp. 5-8. En Alberta, quatre bandes indiennes ont entamé des procédures, arguant que le Décret sur la Terre de Rupert [TRADUCTION]

«affirme que le Canada doit respecter la place distincte que les tribus habitant la Terre de Rupert occupent au sein du système fédéral canadien, ainsi que leurs intérêts en tant que tribus autonomes possédant leur propre gouvernement, à l'intérieur du Canada, et leur fournir les moyens de veiller à leur bien-être». L'énoncé modifié de la déclaration, tel que cité dans *La bande d'Indiens Montana c. La Reine*, [1991] 2 C.N.L.R. 81 (C.F.S.P.I.) à la p. 83. Le juge Jerome résume leur requête de la manière suivante à la p. 84 :

[TRADUCTION] «Les demandeurs réclament un jugement affirmant que le gouvernement du Canada est tenu par ces actes constitutionnels, de protéger leurs intérêts en tant qu'entités autonomes, et de leur fournir les moyens de maintenir leur bien-être matériel, ainsi qu'un jugement affirmant que ces actes constitutionnels instituent un devoir de fiduciaire à l'égard des demandeurs.» Sa décision de radier leur déclaration fut infirmée par la Cour d'appel fédérale, [1991] 2 C.N.L.R. 88. Au moment de la rédaction du présent document, la cause était ajournée.

^{lxxxviii}Voir par exemple *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29 à la p. 36; *Simon*, *supra* note 44 à la p. 402; *Sioui*, *supra* note 15 à la p. 1035; *Mitchell c. Bande indienne de Peguis*, *supra* note 11 aux pp. 98-100, 142-147. Comparer avec *Bande d'Eastmain c. Canada*, [1993] 1 C.F. 501 (C.A.). Nous avons vu que le Décret sur la Terre de Rupert est l'équivalent d'une loi britannique en raison de l'article 146 de la *Loi constitutionnelle de 1867* (voir *supra* note 75). Dans l'arrêt *Sparrow*, *supra* note 2, la Cour suprême a appliqué le même principe d'interprétation à la *Loi constitutionnelle de 1982*, loi britannique qui, bien entendu, fait aussi partie intégrante de la Constitution canadienne.

^{lxxxix}Voir les cartes dans Nicholson, *supra* note 67 à la p. 68, figure 14.

^{xc}S.C. 1898, ch. 3; S.Q. 1898, ch. 6.

^{xcⁱ}Voir carte n^o 4 dans McNeil, *supra* note 68 à la p. 67.

^{xcⁱⁱ}Voir Nicholson, *supra* note 67 aux pp. 104-107; McNeil, *supra* note 68 aux pp. 45-47; McNeil, *supra* note 70 à la p. 111.

^{xcⁱⁱⁱ}Cela s'explique par le fait qu'à l'époque, le Canada n'ayant pas la maîtrise de ses affaires étrangères, il ne pouvait pas annexer un territoire étranger. Voir McNeil, *supra* note 70, en particulier à la p. 259 note 20.

^{xc^{iv}}Noter que l'emplacement de la frontière entre le Labrador et le Québec a été défini par voie judiciaire dans *Re Labrador Boundary*, [1927] 2 D.L.R. 401 (C.P.). Cependant, le gouvernement du Québec n'a pas reconnu la force exécutoire de cette décision. Voir Henri Dorion, *La frontière Québec-Terre-Neuve*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1963; Commission d'étude sur l'intégrité du territoire du Québec, *La frontière du Labrador*, rapport des commissaires, vol. 3, Québec, 1971; Henri Brun, *Le territoire du Québec*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1974, pp. 97-146.

^{xc^v}*Loi à l'effet d'étendre les frontières de la province de Québec* S.C. 1912, ch. 45; *Loi concernant l'agrandissement du territoire de la province de Québec par l'annexion de l'Ungava*, S.Q. 1912, ch. 7.

^{xc^{vi}}Voir la discussion à la note 70.

^{xc^{vii}}Voir *St. Catherine's Milling*, *supra* note 51; *A.-G. for Canada v. A.-G. for Ontario*, [1897] A.C. 199 (P.C.); *Ontario Mining Company v. Seybold*, [1903] A.C. 73 (P.C.).

^{xc^{viii}}Voir Hogg, *supra* note 47 aux pp. 353-358, au sujet de la délégation réciproque. La question de savoir si les territoires ancestraux de la Terre de Rupert peuvent être

considérés comme des terres réservées pour les Indiens aux termes du paragraphe 91(24) est un autre aspect qu'il est impossible d'élucider ici. Consulter les références à la note 51.

^{xcix}Voir *Renvoi au sujet du terme «Indiens»*, *supra* note 50; et Grand Council of the Crees (of Quebec), *Status and Rights of the James Bay Crees in the Context of Quebec's Secession from Canada*, mémoire présenté à la Commission des droits de l'homme des Nations Unies, février 1992, p. 70, note 239.

^cVoir la discussion aux notes 77 à 88.

^{ci}Le texte des traités 1 à 7 est consigné dans Alexander Morris, *The Treaties of Canada with the Indians of Manitoba and the North-West Territories*, Toronto, Belfords, Clarke & Co., 1880 (réédition Toronto, Coles Publishing Co., 1979), pp. 313-375. Pour le Traité 9 signé dans le nord de l'Ontario en 1905-1906, avec des adhésions en 1929 et 1930, consulter le *Traité de la baie James*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1984 (réimpression de l'édition de 1931). Il faut noter cependant que si le gouvernement canadien était probablement convaincu que ces traités couvraient les territoires de la Terre de Rupert, il reste à résoudre la question de la délimitation de l'étendue de la Terre de Rupert. Voir McNeil, *supra* notes 68 et 70.

^{cii}Voir Delia Opekokew, *The First Nations: Indian Government and the Canadian Confederation*, Saskatoon, Federation of Saskatchewan Indians, 1980, pp. 9-21. Étant donné que la Cour suprême du Canada a statué dans l'arrêt *Sparrow*, *supra* note 2 à la p. 1099, que l'extinction des droits ancestraux doit faire l'objet d'une intention «claire et expresse», le droit à l'autonomie gouvernementale dont jouissaient les peuples autochtones avant la signature des traités ne peut avoir été cédé tant que cette cession n'a pas été clairement exprimée et comprise par les deux parties. En outre, puisque le Canada était tenu par la Constitution de protéger les «intérêts et le bien-être» des «tribus indiennes» de la Terre de Rupert, il ne pourrait pas avoir diminué ou éliminé sans leur consentement leur droit à l'autonomie gouvernementale.

^{ciii}Voir McNeil, *supra* note 70.

^{civ}34-35 Vict., ch. 28 (R.-U.).

^{cv}*Sparrow*, *supra* note 2 à la p. 1104.

^{cvi}*Loi sur le règlement des revendications des autochtones de la Baie James et du Nord québécois*, S.C. 1976-1977, ch. 32, art. 7; *Loi approuvant la Convention de la Baie James et du Nord québécois*, L.R.Q. 1977, ch. C-67, art. 5.

^{cvii}Grand Council of the Crees, *supra* note 99 à la p. 71, note 240.

^{cviii}*Convention de la Baie James et du Nord québécois et conventions complémentaires*, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1991.

^{cix}Accordée en cour supérieure (*Chef Max "One-Onti" Gros-Louis c. Société de développement de la Baie James*, [1974] R.P. 38 (C.S.)), une injonction provisoire a été rejetée par la Cour d'appel du Québec qui jugea que la balance des inconvénients penchait en faveur de la Couronne (*Société de développement de la Baie James c. Chef Robert Kanatewat*, [1975], C.A. 166).

^{cx}Cette question est analysée dans Renée Dupuis, *La Question indienne au Canada*, Montréal, Éditions du Boréal, 1991, pp. 76 à 89.

^{cx}*En toute justice : Une politique des revendications des Autochtones*, Ottawa, Affaires indiennes et du Nord, 1981, pp. 9 et 11.

^{cxii}*Supra* notes 90 et 95 respectivement.

^{cxiii}*Supra* note 106.

-
- ^{cxiv}Voir à ce sujet Renée Dupuis, «Historique de la négociation sur les revendications territoriales du Conseil des Atikamekw et des Montagnais (1978-1992)», *Recherches Amérindiennes au Québec*, vol. XXIII, n^o 1, 1993.
- ^{cxv}CBJNQ, *supra* note 108, Convention complémentaire n^o 1, p. 457.
- ^{cxvi}*Ibid.* à la p. 13.
- ^{cxvii}Voir *Loi sur le règlement des revendications des autochtones de la Baie James et du Nord québécois*, *supra* note 106, art. 7.
- ^{cxviii}*Supra* note 106.
- ^{cxix}L.Q. 1979 ch. 16 refondue à L.R.Q. ch. S-3.2.
- ^{cxx}L.Q. 1978 ch. 94 refondue à L.R.Q. ch. Q-2.
- ^{cxxi}[1992], 1 C.F. 440 aux pp. 463-464, 470. Ce jugement a été porté en appel devant la Cour d'appel fédérale.
- ^{cxxii}*Bande d'Eastmain c. Canada*, *supra* note 88 à la p. 517. La permission d'en appeler de ce jugement a été refusée par la Cour suprême du Canada.
- ^{cxxiii}*Ibid.*
- ^{cxxiv}*O.N.E.*, *supra* note 1.
- ^{cxxv}Par la *Proclamation de 1983 modifiant la Constitution*, SI/84-102.
- ^{cxxvi}On trouvera des analyses de l'article 25 dans Bruce H. Wildsmith, *Aboriginal Peoples and Section 25 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Saskatoon, University of Saskatchewan Native Law Centre, 1988; William Pentney, «The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada and the Constitution Act, 1982. Part I: The Interpretive Prism of Section 25» (1988) 22 *University of British Columbia Law Review* 21.
- ^{cxxvii}Voir Kent McNeil, «Une perspective juridique sur les gouvernements autochtones et la Charte canadienne des droits et libertés», avant-projet d'une étude réalisée pour la Commission royale sur les peuples autochtones, 1994.
- ^{cxxviii}Étant donné que la *Loi constitutionnelle de 1982* a été adoptée par le Parlement britannique dans l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), l'obligation, dans ce contexte est probablement plus politique que juridique. Voir aussi la note 64.
- ^{cxxix}*Sparrow*, *supra* note 2 à la p. 1119.
- ^{cxxxi}*Ibid.* aux pp. 1108, 1114.
- ^{xxxii}Voir Hogg, *supra* note 47 à la p. 693 : [traduction] «Il serait certainement contraire à l'obligation de fiduciaire du gouvernement fédéral vis-à-vis des peuples autochtones d'adopter un amendement constitutionnel ayant une incidence sur les droits ancestraux ou issus de traités sans au moins une participation active des peuples autochtones.» Hogg est donc d'avis que la participation des autochtones est nécessaire, même en cas de modifications constitutionnelles qui n'auraient pas d'incidences directes sur les dispositions constitutionnelles visées mais [TRADUCTION] «qui porteraient atteinte aux droits ancestraux ou issus de traités» (p. 695, note 161). Voir également Neil Finkelstein et George Vegh, *The Separation of Quebec and the Constitution of Canada*, Background Study No. 2, York University Constitutional Reform Project, North York, York University Centre for Public Law and Public Policy, 1992, pp. 14-25.
- ^{xxxiii}*Supra* note 4.
- ^{xxxiiii}*Sparrow*, *supra* note 2 à la p. 1108.
- ^{xxxv}(1981) 34 O.R. (2d) 360, le juge en chef MacKinnon, p. 367.

^{cxxxv}*Sparrow*, *supra* note 2 à la p. 1108.

^{cxxxvi}En clair, le critère exige premièrement de prouver que l'objectif législatif est valide et, deuxièmement, que la mesure enfreint le moins possible les droits ancestraux, compte tenu des circonstances. À la page 1114, *Sparrow*, la Cour déclare : «Les rapports spéciaux de fiduciaire et la responsabilité du gouvernement envers les autochtones doit être le premier facteur à examiner en déterminant si la mesure législative ou l'action en cause est justifiable.»

^{cxxxvii}*Sparrow*, p. 1119.

^{cxxxviii}*Sparrow*, p. 1109. La Cour suprême ne le mentionne pas explicitement, mais il semble que le critère défini dans l'arrêt *Sparrow* ne puisse servir à justifier que les lois et règlements, et non pas les décisions du pouvoir exécutif. Voir *Adams*, *supra* note 23.

^{cxxxix}Voir la discussion aux notes 81 à 85.

^{cxl}*Sparrow*, *supra* note 2 à la p. 1105.

^{cxli}Voir Brian Slattery, «First Nations and the Constitution: A Question of Trust» (1992) 71 *R. du B. can.* 261, pp. 284-285; Hogg, *supra* note 47 à la p. 693. Voir également *Hydro-Québec c. Canada (P.G.) et Coon Come*, [1991] 3 C.N.L.R. 40 (C.A. Québec), p. 59.

^{cxlii}Dans «First Nations and the Constitution», *supra* note 141, Slattery écrit : [TRADUCTION] «D'après l'article 92, les provinces n'ayant pas le pouvoir de légiférer en ce qui a trait aux droits autochtones et issus de traités, la question de la justification en vertu de l'article 35 ne se pose tout simplement pas.» (p. 285).

^{cxliii}Nous verrons plus loin que les lois provinciales qui sont incorporées par renvoi dans une loi fédérale, en vertu de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*, seraient apparemment justifiables à la lumière du critère établi dans l'arrêt *Sparrow* dans la mesure où elles portent atteinte aux droits ancestraux. Voir la note 157 et le texte.

^{cxliv}Voir par exemple *R. c. Joseph*, [1990] 4 C.N.L.R. 59 (B.C.S.C.); *R. c. Bombay*, [1993] 1 C.N.L.R. 92 (Ont. C.A.).

^{cxlv}*Sparrow*, *supra* note 2 à la p. 1114. Voir également le texte aux notes 134 à 137.

^{cxlvi}Voir *supra* note 50.

^{cxlvii}*Sparrow*, *supra* note 2 à la p. 1108 [c'est nous qui soulignons].

^{cxlviii}Voir *Guerin*, *supra* note 4, en particulier l'opinion du juge Dickson aux pp. 383 à 385. Voir également *Apsassin c. Canada*, [1993] 2 C.N.L.R. 20 (C.A.F.), autorisation d'en appeler à la C.S.C., [1993] 4 C.N.L.R. vi.

^{cxlix}Voir *supra* note 64 et le texte.

^{cl}Cette conclusion se fonde sur notre interprétation de l'arrêt *Sparrow*. Voir *supra* les notes 132 à 139 et le texte.

^{cli}Le pouvoir discrétionnaire du fiduciaire sur les intérêts du bénéficiaire est une des caractéristiques de la relation fiduciaire : voir *Lac Minerals*, *supra* note 7 aux pp. 598-600, 645-646.

^{clii}On trouvera de nombreux exemples de pouvoir *réglementaire* dans la *Loi sur les Indiens*. Par exemple, les articles 37 à 41 autorisent la Couronne à accepter les cessions de terres de réserve et à appliquer les conditions de ces cessions. Ce pouvoir réglementaire génère une obligation de fiduciaire. Voir *Guerin*, *supra* note 4. L'existence de pouvoirs de prérogative sur les peuples autochtones est sujette à controverse. Bien que l'analyse de cette question déborde nettement le cadre du présent document, on pourrait arguer qu'il est fort probable que si la Couronne disposait d'un pouvoir de prérogative qui

lui permettait de passer outre aux droits ancestraux et issus de traités, ce pouvoir a été aboli par l'inclusion de ces droits dans l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

^{cliii}On a conclu que le terme «Indiens» cité au paragraphe 91(24) inclut les Inuit, mais aucune preuve concluante n'a permis de déterminer qu'il comprend également les Métis. Voir *supra* note 50. Cependant, depuis que l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* englobe les Métis dans la définition des «peuples autochtones du Canada», les arguments qui permettent d'inclure tous les peuples autochtones dans l'interprétation du paragraphe 91(24) sont encore plus convaincants qu'avant. En effet, il serait peu logique que l'article 35 accorde aux Métis les mêmes garanties de leurs droits qu'aux Indiens et aux Inuit, mais que ces droits relèvent des compétences provinciales plutôt que des compétences fédérales. Par conséquent, pour les besoins de notre analyse, nous partons du principe que la compétence du Parlement en vertu du paragraphe 91(24) s'étend à tous les peuples autochtones en général. Cette hypothèse est appuyée par l'arrêt *R. c. Alphonse*, [1993] 4 C.N.L.R. 19 (C.A.C.-B.), pp. 37-38.

^{cliv}Voir *supra* les notes 140 à 143 et le texte.

^{clv}L'article 88 se lit comme suit : «Sous réserve des dispositions de quelque traité et de quelque autre loi du Parlement du Canada, toutes lois d'application générale et en vigueur, à l'occasion, dans une province sont applicables aux Indiens qui s'y trouvent et à leur égard, sauf dans la mesure où lesdites lois sont incompatibles avec la présente loi ou quelque arrêté, ordonnance, règle, règlement ou statut administratif établi sous son régime, et sauf dans la mesure où ces lois contiennent des dispositions sur toute question prévue par la présente loi où y ressortissant.»

^{clvi}Selon l'arrêt *R. c. Dick*, [1985] 2 R.C.S. 309, les lois provinciales d'application générale qui, d'elles-mêmes ne peuvent s'appliquer aux Indiens, sont incorporées par renvoi dans la loi fédérale en vertu de l'article 88, sous réserve des exceptions mentionnées. La constitutionnalité de l'article 88 est maintenue dans l'arrêt *R. c. Alphonse*, *supra* note 153 aux pp. 38-41, et l'arrêt *R. c. Dick*, [1993] 4 C.N.L.R. 63 (C.A.C.-B.) à la p. 69. Dans les deux cas, les juges ont décidé que l'article n'est pas incompatible avec le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. On trouvera dans *Slattery*, *supra* note 141 aux pp. 285-286, une opinion selon laquelle le paragraphe 35(1) a rendu l'article 88 inconstitutionnel.

^{clvii}Voir *R. c. Alphonse*, *supra* note 153 aux pp. 41-46, et *R. c. Dick*, *supra* note 156 aux pp. 69-72. Dans ces deux arrêts, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a appliqué le critère énoncé dans l'arrêt *Sparrow* au *Wildlife Act* (S.B.C. 1982, ch. 57), qui, de l'avis de la Cour, avait été incorporé par renvoi dans la loi fédérale en vertu de l'article 88.

^{clviii}Voir les notes 18 à 30 et le texte.

^{clix}Voir les notes 81 à 88 et le texte.

^{clx}Cela inclut la Couronne fédérale et les Couronnes provinciales. Par exemple, lorsqu'une disposition d'un traité visant à créer des terres de réserve ne peut être respectée qu'avec la collaboration d'une Couronne provinciale, celle-ci aurait l'obligation fiduciaire de fournir cette collaboration. Dans l'arrêt *Ontario Mining Company v. Seybold*, *supra* note 97 à la p. 82, lord Davey estimait que le gouvernement de l'Ontario, en bénéficiant de la cession de terres indiennes en vertu du Traité n^o 3 en 1873, [TRADUCTION] «prenait à tout le moins l'engagement honorable de respecter les conditions de la cession et, par conséquent, de s'entendre avec le gouvernement fédéral en vue de constituer des réserves

indiennes dans certaines parties non définies des terres cédées». Si l'on en juge d'après l'évolution ultérieure de l'obligation de fiduciaire dans la jurisprudence canadienne des droits ancestraux, à commencer par l'arrêt *Guerin*, *supra* note 4, «l'engagement honorable» de lord Davey s'est probablement mué en obligation exécutoire.

^{clxi}Voir les notes 132 à 139 et le texte.

^{clxii}Toutefois, il ne faut pas oublier que les peuples autochtones n'ont pas eu leur mot à dire au sujet de l'élaboration de la Constitution canadienne. Elle leur a été imposée sans leur consentement par le processus désormais jugé inacceptable de la colonialisation. Voir Michael Asch et Patrick Macklem, «Aboriginal Rights and Canadian Sovereignty: An Essay on *R. v. Sparrow*» (1991) 29 *Alberta Law Review* 498; et Kent McNeil, «The Decolonization of Canada: Moving Toward Recognition of Aboriginal Governments» (1994) 7 *Western Legal History* 113. Voilà qui soulève certaines questions de légitimité au sujet de l'application de la Constitution aux peuples autochtones. C'est un aspect qu'il ne faut pas négliger même s'il déborde le cadre de la présente étude.

^{clxiii}Voir *Cherokee Nation c. Georgia*, *supra* note 53; *Worcester c. Georgia*, *supra* note 57; *Connolly c. Woolrich*, *supra* note 57; *Sioui*, *supra* note 15; Brian Slattery, «First Nations and the Constitution», *supra* note 141. Au sujet des prétentions françaises à la souveraineté, voir Brian Slattery, *French Claims in North America, 1500-1559*, Saskatoon, University of Saskatchewan Native Law Centre, 1980; W.J. Eccles, «Sovereignty-Association, 1500-1783» (1984) 65 *Canadian Historical Review* 475; et Cornelius J. Jaenen, «French Sovereignty and Native Nationhood during the French Régime», dans J.R. Miller (dir.), *Sweet Promises: A Reader on Indian-White Relations in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1991, p. 19.

^{clxiv}Comparer avec l'arrêt *P.G. Ontario c. Bear Island Foundation*, *supra* note 57, confirmé par la Cour suprême sans renvoi à cette question; l'arrêt *Delgamuukw v. British Columbia*, *supra* note 57 aux pp. 519-520, 592-593; *R. c. Nikal*, [1993] 4 C.N.L.R. 117 (C.A.C.-B.), p. 138.

^{clxv}Voir *Partenaires au sein de la Confédération*, *supra* note 57; McNeil, *supra* note 127. Comme nous l'avons vu précédemment, la portée du pouvoir législatif du Canada sur les peuples autochtones était limitée par certaines dispositions constitutionnelles. Se reporter à l'analyse du Décret sur la Terre de Rupert, aux notes 77 à 88.

^{clxvi}Auparavant, il fallait que l'extinction des droits ancestraux par voie législative soit «claire et expresse» pour être valide (*Sparrow*, *supra* note 2 à la p. 1099).

^{clxvii}Voir *Partenaires au sein de la Confédération*, *supra* note 57 à la p. 35. Notons qu'un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale peut également exister hors des confins de la Constitution canadienne, comme c'est le cas pour les tribus indiennes des États-Unis. Voir les arrêts cités à la note 163.

^{clxviii}Voir Kent McNeil, «Envisaging Constitutional Space for Aboriginal Governments» (1993) 19 *Queen's Law Journal*, en particulier aux pp. 133-136.

^{clxix}Bien entendu, il faudrait qu'une telle modification soit faite en conformité de l'obligation de fiduciaire examinée plus haut à la lumière de l'article 35.1. Voir le texte aux notes 128 à 131. Un peuple autochtone pourrait se départir volontairement de son droit à l'autonomie gouvernementale, mais il est peu probable que cela se produise. Même si un peuple autochtone décidait de ne pas exercer son droit à l'autonomie gouvernementale, il n'aurait aucune raison d'abandonner la possibilité d'exercer ce droit à

l'avenir (pareillement, le non-usage des droits issus de traités et probablement des droits ancestraux ne les rend pas caducs : *Sioui*, *supra* note 15 à la p. 1066).

clxx Voir *supra* note 136.

clxxi Voir la discussion aux notes 132 à 139.

clxxii *Sparrow*, *supra* note 2 à la p. 1114.

clxxiii On trouvera une analyse de ces dispositions dans Bartlett, *supra* note 58 aux pp. 17-23.

clxxiv Voir Slattery, *supra* note 141 à la p. 279.

clxxv *Ibid.* en particulier à la p. 273.

clxxvi Voir la discussion aux notes 58 à 61.

clxxvii *Sparrow*, *supra* note 2 à la p. 1109.

clxxviii Voir l'analyse débutant après la note 143.

clxxix Décret sur la Terre de Rupert, *supra* note 73, analysé dans les notes 77 à 88.

clxxx *Supra* note 4.

clxxxi *Guerin*, *supra* note 4, à la p. 376.

clxxxii *Ibid.* aux pp. 349-350. Dickson considérait également que la Couronne avait un rôle de protection à jouer, étant donné que l'exigence d'une cession donnant naissance à l'obligation de fiduciaire a été établie pour «interposer Sa Majesté entre les Indiens et tout acheteur ou locataire éventuel de leurs terres, de manière à empêcher que les Indiens se fassent exploiter» (p. 383).

clxxxiii Voir la discussion aux notes 18 à 30 et 77 à 88.

clxxxiv Voir également *Apsassin c. Canada*, *supra* note 148.

clxxxv Dans l'arrêt *Guerin*, le juge Dickson a déclaré : «Bien que l'existence de l'obligation de fiduciaire que Sa Majesté a envers les Indiens dépende de la nature du processus de cession, la norme de conduite que comporte cette obligation est à la fois plus générale et plus exigeante que les conditions de n'importe quelle autre cession» (p. 389). Voir également *Apsassin c. Canada*, *supra* note 148 en particulier à la p. 50.

clxxxvi *Sparrow*, *supra* note 2 à la p. 1108.

clxxxvii Voir également *R. c. Lewis*, [1993] 4 C.N.L.R. 98 (C.A.C.-B.), p. 110.

clxxxviii Voir aussi l'arrêt *Canadian Pacific Limited c. Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654; l'arrêt *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322; *Ontario (Procureur général) c. Bear Island Foundation*, *supra* note 11.

clxxxix *O.N.E.*, *supra* note 1 à la p. 183.

cxix Voir *supra* note 50.

cxci Voir les notes 48 à 65 et l'analyse.

cxcii Voir les notes 132 à 139 et le texte.

cxciiii Le paragraphe 35(3) de la *Loi constitutionnelle de 1982* précise que les droits issus de traités englobent les droits issus d'accords sur des revendications territoriales.

cxciiv Bien que la portée territoriale de l'application de la Proclamation royale demeure controversée, un certain nombre de décisions soutiennent qu'elle ne s'applique pas dans toutes les régions du Canada. Voir par exemple les arrêts *Sigeareak c. R.*, [1966] R.C.S. 645; *Delgamuukw v. British Columbia*, *supra* note 57 aux pp. 521, 593-595; *Côté c. R.*, *supra* note 23 aux pp. 1361-1363.

cxci v *Loi sur la consultation populaire* L.R.Q. ch. 64.1., à laquelle renvoie l'article 17 de l'avant-projet de loi sur la souveraineté du Québec.

^{cxvii} *Les nations autochtones au Québec et la participation aux scrutins*, Québec, Directeur général des élections du Québec, septembre 1992.

^{cxviii} Dans *Native Women's Association of Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627, la Cour suprême a nié que le droit de participer aux pourparlers constitutionnels découle de tout droit ancestral ou issu de traité protégé en vertu de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, mais elle n'a pas considéré la pertinence des obligations de fiduciaire dans ce contexte.

^{cxix} Voir l'arrêt *Madzimbamuto v. Lardner-Burke*, [1969] 1 A.C. 645 (P.C.), où lord Reid exprime, dans l'opinion majoritaire, le point de vue que la déclaration unilatérale d'indépendance par le régime Smith en 1965, en Rhodésie du Sud, était illégale, étant donné qu'elle violait la Constitution et qu'elle était contraire à l'autorité que la Grande-Bretagne continuait d'affirmer sur la Rhodésie du Sud. Voir également l'arrêt *Adams v. Adams*, [1970] 3 All E.R. 572 (P.D.A.), dans lequel sir Jocelyn Simon, P. applique le jugement *Madzimbamuto*. Bien qu'il faille faire des distinctions entre la situation de la Rhodésie du Sud et celle du Canada, il n'en reste pas moins que le principe constitutionnel sous-jacent est le même. Dans le cas de la Rhodésie du Sud, le gouvernement Smith n'avait pas le pouvoir constitutionnel de passer outre à l'autorité britannique. De même, au Canada, le gouvernement ou l'assemblée législative d'aucune province ne peut nier la compétence du Canada, car cela serait contraire à la Constitution. Si une province tentait de le faire, les lois qu'elle adopterait dépasseraient ses pouvoirs et n'auraient aucune force ni aucun effet en droit constitutionnel canadien.

^{cx} La situation en droit québécois dépendrait de l'acceptation ou du rejet par les tribunaux québécois d'une déclaration unilatérale d'indépendance. Si nous tenons pour acquis que les tribunaux du Québec accepteraient une déclaration unilatérale d'indépendance, il y aurait conflit entre deux régimes juridiques. Dans ce contexte, d'autres facteurs comme la reconnaissance internationale de la souveraineté du Québec seraient également pertinents. Vu que notre étude se borne aux obligations du Canada en vertu du régime juridique canadien, nous n'avons pas à spéculer sur la façon dont ce conflit pourrait se régler.

^{cxi} Pour une analyse de cette question, voir Finkelstein et Vegh, *supra* note 131 aux pp. 33 à 55.

^{cxii} Cela soulève la question complexe — qui ne peut pas être résolue ici — de la compétence constitutionnelle du Canada à cet égard. Les arguments vont dans les deux sens. D'une part, rien dans la Constitution n'autorise explicitement le Parlement ou le gouvernement canadien à reconnaître l'indépendance d'une province qui voudrait se séparer. Étant donné que la sécession d'une province aurait des conséquences importantes pour les autres provinces ainsi que pour les peuples autochtones, la reconnaissance de la province sécessionniste par le Canada pourrait n'avoir aucune valeur sans une modification constitutionnelle. D'autre part, le Canada pourrait tenter de recourir aux dispositions d'urgence que comporte son pouvoir d'assurer la paix, l'ordre et le bon gouvernement du pays pour agir de son propre chef. Pour une analyse de cette question, voir Finkelstein et Veigh, *supra* note 131 en particulier aux pp. 40-41, 51-54.

^{cxiii} Voir l'arrêt *Adams v. Adams*, *supra* note 198 aux pp. 583, 585. Voir également *The Faguernes*, [1927] P. 311, *R. v. Kent Justices*, [1967] 1 All E.R. 560; et l'arrêt *Post Office v. Estuary Radio*, [1968] 2 Q.B. 740, qui ont établi qu'une déclaration claire de la part du gouvernement (dans ces arrêts, le gouvernement britannique) selon laquelle un certain

territoire se trouve à l'intérieur des limites des territoires de la Couronne, liait les tribunaux.

^{cciii}Dans l'arrêt *Madzimbamuto v. Lardner-Burke*, *supra* note 198 à la p. 724, lord Reid reconnaît que les tribunaux doivent tenir compte des nouveaux régimes qui, à la suite d'une révolution réussie, prennent incontestablement le contrôle d'un territoire et acquièrent par la suite une légalité universellement reconnue. En revanche, la situation est différente lorsque deux forces rivales, l'une légale et l'autre illégale, se disputent le pouvoir. À la page 725, lord Reid affirme :

[TRADUCTION] Si le gouvernement légitime a été renversé mais essaie de reprendre le contrôle de la situation, il est impossible que l'usurpateur soit considéré comme l'autorité légale, car cela reviendrait à considérer le gouvernement légitime renversé qui s'efforce d'affirmer son droit légitime, comme un opposant au gouvernement légitime.

Tant que le gouvernement canadien continuera d'affirmer son autorité sur le Québec, les actions du gouvernement du Québec qui seraient incompatibles avec la souveraineté canadienne n'auraient aucune validité, force ni effet au Canada.

^{cciv}Cela pourrait probablement se faire par un amendement constitutionnel, mais il faudrait que les représentants des peuples autochtones soient invités à participer à la conférence convoquée à cette intention, et l'obligation de fiduciaire s'appliquerait dans ce contexte. Voir l'analyse de la question après la note 128.

^{ccv}Le ministre canadien des Affaires indiennes Ron Irwin l'a reconnu à Québec, le 17 mai 1994, au cours d'une conférence fédérale-provinciale sur les affaires autochtones. Voir Michel Venne, «Johnson défend l'intégrité du territoire québécois», *Le Devoir*, 19 mai 1994, p. A1; Rhéal Séguin, «Irwin rassures Québec natives», *Globe and Mail*, 18 mai 1994, p. A1; Robert MacKenzie, «Natives step into separatist debate», *Toronto Star*, 18 mai 1994, p. A1.

^{ccvi}L'indépendance du Québec toucherait les intérêts de tous les peuples autochtones du Canada, en particulier ceux — comme les Algonquins, les Cris, les Inuit, les Innus, les Micmacs, les Mohawks et les Montagnais — dont les territoires et la population se trouvent tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du Québec.

^{ccvii}Ce devoir de consulter avant de prendre des mesures qui auraient une incidence sur leurs droits découle de la relation fiduciaire qui existe entre le gouvernement canadien et les peuples autochtones. Voir *Sparrow*, *supra* note 2 à la p. 1119.

^{ccviii}*Ibid.* en particulier aux pp. 1116, 1119.

^{ccix}Voir l'analyse de la question après la note 131.

^{ccx}*Loi constitutionnelle de 1982*, article 35.1 et paragraphe 38(1).

POUR TOUS RENSEIGNEMENTS :

Commission royale sur les peuples autochtones

C.P. 1993, Succursale B

Ottawa (Ontario)

K1P 1B2

Téléphone : (613) 943-2075

Télécopieur : (613) 943-0304