

# À qui appartient l'obligation de fiduciaire à l'égard des autochtones ?

Richard Boivin

Volume 35, Number 1, 1994

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043268ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/043268ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Boivin, R. (1994). À qui appartient l'obligation de fiduciaire à l'égard des autochtones ? *Les Cahiers de droit*, 35(1), 3–22. <https://doi.org/10.7202/043268ar>

Article abstract

The Supreme Court of Canada held in *Guerin and Sparrow* that the Crown has a fiduciary obligation to protect the interests of aboriginal people. While this obligation undoubtedly applies to the federal Crown, its application to the provincial Crowns remains to be determined. This article attempts to set out the parameters of the Crown's fiduciary obligation to aboriginal people. Based on historic, legislative and jurisprudential analysis, the author submits that the fiduciary obligation is an exclusive federal Crown responsibility.

## À qui appartient l'obligation de fiduciaire à l'égard des autochtones\* ?

---

Richard BOIVIN\*\*

*Depuis les arrêts Guérin et Sparrow, la Cour suprême a reconnu que la Couronne a une obligation de fiduciaire de protéger les intérêts des peuples autochtones lorsqu'elle transige avec eux. S'il ne fait aucun doute que cette obligation incombe à la Couronne fédérale, il en va tout autrement quant à son application aux couronnes provinciales. Le présent article tente de délimiter les paramètres de l'application de l'obligation de fiduciaire de la Couronne. L'auteur s'appuie sur une analyse historique, législative et jurisprudentielle pour démontrer que l'obligation de fiduciaire ne peut être que de la responsabilité de la Couronne fédérale.*

---

*The Supreme Court of Canada held in Guerin and Sparrow that the Crown has a fiduciary obligation to protect the interests of aboriginal people. While this obligation undoubtedly applies to the federal Crown, its application to the provincial Crowns remains to be determined. This article attempts to set out the parameters of the Crown's fiduciary obligation to aboriginal people. Based on historic, legislative and jurisprudential analysis, the author submits that the fiduciary obligation is an exclusive federal Crown responsibility.*

---

---

\* L'auteur désire exprimer sa gratitude à M<sup>es</sup> René Morin et Renée Dupuis pour leur appui et leurs judicieux conseils. L'auteur tient à souligner que les opinions exprimées dans le présent article ne reflètent pas nécessairement celles du ministère de la Justice du Canada.

\*\* L.L.M., avocat, ministère de la Justice, Ottawa.

	Pages
1. L'obligation de fiduciaire .....	5
1.1 L'arrêt <i>Guérin c. La Reine</i> .....	5
1.2 La manifestation légale de la reconnaissance de l'obligation de fiduciaire .....	7
1.3 La divisibilité de la Couronne .....	10
1.4 L'arrêt <i>Sparrow</i> .....	14
1.4.1 Le test de l'arrêt <i>Sparrow</i> .....	14
Conclusion .....	20

Au cours des dernières années, la Cour suprême du Canada a joué un rôle actif dans l'élaboration et l'avancement du droit des autochtones. Elle a en effet rendu plusieurs décisions de premier plan et établi quelques principes de grande importance contribuant ainsi à insuffler un second souffle depuis l'arrêt *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*<sup>1</sup> à la lutte juridique que mènent les autochtones pour la reconnaissance de leurs droits.

C'est ainsi que la Cour suprême a décidé qu'une entente conclue avec le général Murray et les Hurons en 1760 avait valeur de traité<sup>2</sup>. Elle a aussi confirmé un traité conclu avec les Micmacs en 1752 rendant inopérante du même coup une loi provinciale<sup>3</sup>. La Cour a finalement établi que les traités et les lois qui visent les autochtones doivent recevoir une interprétation libérale et que toute ambiguïté doit leur profiter<sup>4</sup>. Le plus haut tribunal du

1. *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313 (ci-après cité : « *Calder* »).
2. *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025 (ci-après cité : « *Sioui* »).
3. *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387.
4. *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29. Voir par contre *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85, 143 (ci-après cité : « *Mitchell* »), pour une application de ce principe : « En même temps, je n'accepte pas que cette règle salutaire portant que les ambiguïtés législatives doivent profiter aux indiens revienne à accepter automatiquement une interprétation donnée pour la simple raison qu'il peut être vraisemblable que les indiens la préféreraient à toute autre interprétation différente » (j. La Forest, majoritaire). Voir aussi *Bande d'Eastmain c. Canada (Administrateur fédéral)* (C.A.), [1993] 1 C.F. 501, 515 (ci-après cité : « *Eastmain* ») (demande d'autorisation d'appel en Cour suprême rejetée le 14 octobre 1993), en ce qui concerne les ententes modernes : « Il faut prendre garde, lorsqu'il s'agit d'interpréter un document aussi contemporain que la Convention de 1975, de suivre à l'aveuglette les principes dégagés par la Cour suprême lors de l'analyse de traités conclus à une époque révolue » et (p. 517) : « La Couronne lorsqu'elle négocie aujourd'hui des accords territoriaux avec les autochtones, n'a pas et ne peut pas n'avoir que l'intérêt de ces derniers en vue. Elle doit chercher un compromis entre cet intérêt et celui de la collectivité qu'elle représente aussi et dont font partie les autochtones, relativement aux territoires en question » (j. Décaré).

pays a aussi reconnu que Sa Majesté, lorsqu'elle traite avec les autochtones, a une obligation de fiduciaire basée sur ses rapports historiques avec eux<sup>5</sup>. Un concept similaire de l'obligation de fiduciaire, qui a été élaborée dès le XIX<sup>e</sup> siècle par la Cour suprême des États-Unis<sup>6</sup>, existait à l'état latent au Canada et n'avait pas de portée véritable avant les arrêts *Guérin* et *Sparrow*<sup>7</sup>. Toutefois, le contenu véritable de l'obligation de fiduciaire ainsi que les paramètres de son application demeurent encore flous et indéfinis. En outre, s'il ne fait aucun doute que la Couronne fédérale détient l'obligation de fiduciaire, il en va tout autrement de savoir si cette obligation s'applique aussi aux couronnes provinciales. Même si l'opinion majoritairement retenue en doctrine tient pour acquis que l'obligation de fiduciaire à l'égard des autochtones incombe aussi aux provinces, la Cour suprême ne s'est pas définitivement prononcée sur la question. Attribuer l'obligation de fiduciaire aux provinces équivaldrait à leur confier une lourde responsabilité, alors que la compétence constitutionnelle pour légiférer par rapport aux Indiens leur échappe totalement. Il convient donc de retracer la source de cette obligation, eu égard à l'histoire législative et jurisprudentielle, en la situant à l'intérieur de l'évolution du régime constitutionnel canadien depuis l'adoption de la *Proclamation royale (1763)*. Les arrêts *Guérin* et *Sparrow* seront le gouvernail de cette réflexion.

## 1. L'obligation de fiduciaire

### 1.1 L'arrêt *Guérin c. La Reine*

C'est dans l'arrêt *Guérin c. La Reine*<sup>8</sup> que la Cour suprême du Canada a reconnu pour la première fois que Sa Majesté a, envers les Indiens, une

5. *Guérin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335 (ci-après cité : « *Guérin* ») et *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075 (ci-après cité : « *Sparrow* »).

6. *Johnson c. M'Intosh*, 21 U.S. (Wheat. 8) 543 (1823); et *Cherokee Nation c. Georgia*, 30 U.S. (Pet. 5) 1 (1831).

7. *Guérin*, précité, note 5; *Sparrow*, précité, note 5.

8. *Guérin*, précité, note 5. Pour des commentaires, voir entre autres : J. HURLEY, « The Crown's Fiduciary Duty and Indian Title: *Guérin v. The Queen* », (1985) 30 *R.D. McGill* 559; R.H. BARTLETT, « You Can't Trust the Crown: The Fiduciary Obligation of the Crown to the Indians: *Guérin v. The Queen* », (1984-85) 49 *Sask. L. Rev.* 367; W.R. McMURTRY et A. PRATT, « Indians and the Fiduciary Concept, Self-Government and the Constitution: *Guérin* in Perspective », (1986) 3 *C.N.L.R.* 19; M.A. DONOHUE, « Aboriginal Land Rights in Canada: A Historical Perspective on the Fiduciary Relationship », (1990) 15 *Am. Indian L. Rev.* 369; P. EMOND, « Case Comment: *Guérin v. R.* », (1986) 20 *E.T.R.* 61; A. PRATT, « Aboriginal Self-Government and The Crown's Fiduciary Duty: Squaring The Circle or Completing the Circle? », (1993) 2 *N.J.C.L.* 163; et M.J. BRYANT, « Crown-Aboriginal Relationship in Canada: The Phantom of Fiduciary Law », (1993) 27 *U.B.C.L. Rev.* 19.

obligation de fiduciaire *sui generis*<sup>9</sup>. Pour le juge Dickson, cette obligation, qui s'apparente à une fiducie<sup>10</sup> mais n'en est pas une, découle de la nature unique du titre indien<sup>11</sup> et du rapport historique des autochtones avec Sa Majesté<sup>12</sup>.

Dans l'affaire *Guérin*, la bande indienne Musqueam avait cédé des terres réservées au gouvernement fédéral en vertu de l'article 18 (1)<sup>13</sup> de la *Loi sur les Indiens*<sup>14</sup> pour que celui-ci les loue à un club de golf. Les conditions du bail consenti par le gouvernement étaient par contre beaucoup moins favorables que celles qui avaient été approuvées par la bande à l'assemblée de cession et la bande n'avait pas été consultée sur ces nouvelles conditions. La Cour a statué que le droit *sui generis* des Indiens sur les terres est personnel, c'est-à-dire qu'il ne peut être transféré à un cessionnaire autre que Sa Majesté, mais lorsqu'il est cédé à Sa Majesté, cette dernière a une obligation de fiduciaire d'utiliser les terres au meilleur intérêt et au profit des Indiens qui les ont cédées<sup>15</sup>. La Couronne a la responsabilité de protéger les intérêts des autochtones dans des transactions avec des tierces parties. La Cour suprême a jugé que la Couronne a failli à son devoir et a octroyé des dommages de 10 millions de dollars à la bande indienne Musqueam à titre de compensation.

9. *Guérin*, précité, note 5, 382. Voir aussi LITTLE BEAR, «A Concept of Native Title», (1982) 5 *Can. Legal Aid Bul.* 99.

10. *Guérin*, précité, note 5. Pour la juge Wilson, le concept applicable s'apparente plutôt à une fiducie, alors que le juge Estey opte pour la notion de mandat. Dans l'arrêt *Sparrow*, précité, note 5, la Cour retient la notion d'obligation de fiduciaire.

11. Sur le titre indien, voir *Calder*, précité, note 1. La Cour suprême a reconnu le titre aborigène comme un droit de common law découlant de l'occupation et de la possession historiques par les Indiens de leurs terres tribales. Dans *Guérin*, précité, note 5, 379, le juge Dickson s'exprime comme suit : « Le droit qu'ils [les Indiens] ont sur leurs terres est un droit en *common law*, qui existait déjà et qui n'a été créé ni par la Proclamation royale, ni par le paragraphe 18 (1) de la *Loi sur les Indiens*, ni aucune autre disposition législative ou ordonnance du pouvoir exécutif. » Toutefois, pour conclure au rapport de fiduciaire entre Sa Majesté et les Indiens, non seulement faut-il que ces derniers possèdent un certain droit sur la terre, mais il doit être inaliénable, sauf dans le cas d'une cession à Sa Majesté (*id.*, 376).

12. *Guérin*, précité, note 5, 387.

13. *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), c. I-5, art. 18 (1) : « Sauf les dispositions de la présente loi, Sa Majesté détient des réserves à l'usage et au profit des bandes respectives pour lesquelles elles furent mises de côté ; et, sauf la présente loi et les stipulations de tout traité ou cession, le gouverneur en conseil peut décider si tout objet, pour lequel des terres dans une réserve sont ou doivent être utilisées, se trouve à l'usage et au profit de la bande. »

14. *Loi sur les Indiens*, précitée, note 13.

15. *Guérin*, précité, note 5, 382.

Avant la cession, Sa Majesté ne possède pas les terres en fiducie pour les Indiens. C'est plutôt au moment de la cession que se cristallise l'obligation de fiduciaire, et si Sa Majesté manque à cette obligation, « elle assumera envers les Indiens exactement la même responsabilité qu'aurait imposée une telle fiducie<sup>16</sup> ».

En conférant un large pouvoir discrétionnaire à Sa Majesté relativement aux terres cédées par les Indiens, l'article 18 (1) de la *Loi sur les Indiens* a pour effet de faire naître une obligation de fiduciaire au moment de la cession. Comme le souligne le juge Dickson :

Le paragraphe 18(1) de la *Loi sur les Indiens* confère à Sa Majesté un large pouvoir discrétionnaire relativement aux terres cédées [...] Lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, une bande indienne cède son droit à Sa Majesté, cela fait naître une obligation de fiduciaire qui impose des limites à la manière dont Sa Majesté peut exercer son pouvoir discrétionnaire en utilisant les terres pour le compte des Indiens<sup>17</sup>.

C'est donc à la faveur de l'arrêt *Guérin* que la Cour suprême a introduit pour la première fois la notion d'obligation de fiduciaire de la Couronne fédérale. Toutefois, cette obligation existait et s'est manifestée bien avant 1984 puisqu'elle découle de l'engagement historique de la Couronne à protéger la possession et l'usage des terres qui étaient réservées aux autochtones<sup>18</sup>.

En retour de cet engagement, les autochtones renonçaient à recourir à la force comme moyen de défense et acceptaient plutôt de se placer sous la protection de la Couronne à titre de sujets britanniques.

Cet engagement de la part de la Couronne s'est exprimé, entre autres, dans certaines dispositions législatives où l'on retrouve une restriction à l'aliénabilité des terres.

## 1.2 La manifestation légale de la reconnaissance de l'obligation de fiduciaire

La première manifestation légale de la reconnaissance de l'obligation de fiduciaire de la part de la Couronne se retrouve dans la *Proclamation royale (1763)*<sup>19</sup>. Le juge Dickson l'énonce ainsi :

16. *Id.*, 376 et *Apsassin c. Canada*, [1988] 3 C.F. 20, 44 (ci-après cité : « *Apsassin* »), confirmé par *Blueberry River Indian Band and Doig River Indian Band c. Canada*, 61 F.T.R. 240. Toutefois, la majorité de la Cour d'appel est d'avis qu'une obligation de fiduciaire existe préalablement à la cession s'il y a un rapport de fiduciaire entre la Couronne et les Indiens. Demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême du Canada accordée le 14 octobre 1993.

17. *Guérin*, précité, note 5, 385.

18. *Mitchell*, précité, note 4, 130.

19. *Proclamation royale (1763)*, L.R.C. (1985), App. II, n° 1.

C'est dans 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<sup>20</sup>.

Cette prérogative royale qui a force de loi<sup>21</sup> protège certaines terres réservées aux Indiens et prévoit une procédure de cession qui constitue une réponse à la cupidité dont certains Anglais avaient trop souvent fait preuve jusque-là afin de s'approprier les terres indiennes à vil prix<sup>22</sup>.

Comme le précise le juge Dickson :

Cette exigence d'une cession vise manifestement à 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<sup>23</sup>.

La protection de la Couronne se manifeste notamment par l'interdiction d'achat de terres réservées aux Indiens par des particuliers. De plus, la *Proclamation royale (1763)* interdit aux gouverneurs des colonies d'octroyer des lettres patentes pour des terres réservées aux Indiens qui n'ont pas été cédées :

Attendu qu'il s'est commis des fraudes et des abus dans les achats de terres des sauvages au préjudice de Nos intérêts et au grand mécontentement de ces derniers, et afin d'empêcher qu'il ne se commette de telles irrégularités à l'avenir et de convaincre les sauvages de Notre esprit de justice et de Notre résolution bien arrêtée de faire disparaître tout sujet de mécontentement. Nous déclarons de l'avis de Notre Conseil privé, qu'il est strictement défendu à qui que ce soit d'acheter aux sauvages des terres qui leur sont réservées dans les parties de Nos colonies, où Nous avons cru à propos de permettre des établissements ; cependant si quelques-uns des sauvages, un jour ou l'autre devenaient enclins à se départir desdites terres, elles ne pourront être achetées que pour Nous, en Notre nom<sup>24</sup>.

Quant à ceux qui s'y sont établis, ils sont sommés de quitter ces terres.

Cette politique concernant la vente ou le transfert du droit ainsi que la protection des terres que possèdent les Indiens s'est par la suite poursuivie, et c'est ainsi que les principes énoncés dans la *Proclamation royale (1763)* se sont retrouvés dans certaines lois édictées sous le régime de l'Union<sup>25</sup> du Haut et du Bas-Canada de 1840<sup>26</sup>. Pour le juge Estey, tant la Constitu-

20. Guérin, précité, note 5, 376.

21. R. c. *Lady McMaster*, [1926] Ex. C.R. 68, 72 ; *Easterbrook c. La Reine*, [1931] R.C.S. 210 ; *Campbell c. Hall*, (1774) 1 Cowp. 204, 98 E.R. 1045.

22. Sioui, précité, note 2, 1064.

23. Guérin, précité, note 5, 383.

24. *Proclamation royale (1763)*, précitée, note 19.

25. *L'acte pour mieux protéger les terres et les propriétés des Sauvages dans le Bas-Canada*, 1850, 13-14 Vict., c. 42, et *L'acte pour mettre à part certaines étendues de terres pour l'usage de certaines tribus de Sauvages dans le Bas-Canada*, 1851, 14 & 15 Vict., c. 106.

26. *Acte d'Union, 1840*, L.R.C. (1985), App. II, n° 4.

tion que les lois adoptées avant ou après la Confédération « traduisent toutes une conscience aiguë de l'intérêt qu'a la société à protéger les droits des autochtones sur les terres avec lesquelles ils ont un lien de longue date<sup>27</sup> ». Il poursuit plus loin : « Toute personne qui souhaite acquérir un droit de propriété ou quelque droit moindre sur des terres réservées aux autochtones, d'une personne disposée à le céder doit passer par le palier de gouvernement approprié, en l'occurrence le gouvernement fédéral<sup>28</sup>. »

Ce rôle historique endossé par la Couronne se manifeste dans ses rapports avec les autochtones et se retrouve dans le pouvoir discrétionnaire du responsable chargé d'appliquer la loi, soit le commissionnaire sous l'autorité du gouverneur<sup>29</sup>, le *Chief Superintendent General of Indian Affairs* en 1860<sup>30</sup> ou le gouverneur général en conseil<sup>31</sup>. Avant l'arrêt *Guérin*, les tribunaux ont défini à quelques reprises la relation entre la Couronne et les autochtones sous le vocable de *Crown's guardianship role* ou de *guardian ward*<sup>32</sup>. L'obligation de fiduciaire est donc demeurée ininterrompue après l'adoption de la Proclamation royale et s'est même poursuivie après la Confédération lorsque le Parlement adopta la première *Loi sur les Indiens*<sup>33</sup>. Cette loi constituait une véritable refonte des lois touchant la protection et l'administration des Indiens qui avaient été édictées sous le régime de l'Union. Selon Darlene Johnston : « This language and substance of several provisions of the first Indian Act suggest the existence of a trust relationship<sup>34</sup>. »

Quelques années plus tard, la nouvelle *Loi sur les Indiens* de 1951<sup>35</sup> introduit l'article 18 (1)<sup>36</sup> qui confirme la responsabilité historique de la Couronne de représenter les Indiens et de protéger leurs intérêts contre les tiers en lui confirmant un large pouvoir discrétionnaire relativement aux

27. *Guérin*, précité, note 5, 392.

28. *Ibid.*

29. *Canada (Procureur-Général) c. Giroux*, (1916) 53 R.C.S. 172.

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

31. *Dreaver c. The King*, [1935] 5 C.N.L.C. 92 (Ex C.T.) (C.B.C.A.).

32. *Re Kane*, [1940] 1 D.L.R. 390 (C. cté N.-É.) ; *R. c. Morley*, [1932] 4 D.L.R. 483 (C.A.C.-B.) ; et *St. Ann's Island Shooting*, précité, note 30.

33. *Acte pour amender et refondre les lois concernant les Sauvages*, 1876, 37 & 38 Vict., c. 18, art. 2, 3 et 59.

34. D.M. JOHNSTON, « A Theory of Crown Trust Towards Aboriginal Peoples », (1986) 18 *Ottawa L. Rev.* 307, 312. Voir aussi R.H. BARTLETT, « The Fiduciary Obligation of the Crown to the Indians », (1989) 53 *Sask L. Rev.* 301.

35. *Loi sur les Indiens*, S.C. 1950-51, c. 29. Dans *Guérin*, précité, note 5, 350, la juge Wilson mentionne que « l'article 18 constitue une reconnaissance légale de cette obligation [de fiduciaire] ».

36. *Loi sur les Indiens*, précitée, note 13.



terres cédées et cristallisant ainsi l'obligation de fiduciaire au moment de la cession<sup>37</sup>. Finalement, certains documents législatifs et constitutionnels renferment aussi des éléments de l'obligation de fiduciaire fédérale<sup>38</sup>.

Cette manifestation légale de l'obligation de fiduciaire s'inscrit dans le courant des rapports historiques entre les Indiens et Sa Majesté. Elle ne crée pas les obligations qu'a la Couronne envers les Indiens, mais reconnaît plutôt les responsabilités préexistantes de la Couronne dont la première manifestation légale remonte à la *Proclamation royale (1763)*.

### 1.3 La divisibilité de la Couronne

Si l'obligation de fiduciaire s'est manifestée dans certaines lois après l'adoption de la Proclamation royale, il n'en demeure pas moins qu'elle a aussi été tributaire de l'évolution constitutionnelle du régime canadien. C'est-à-dire que dès 1763, lors de l'adoption de la Proclamation royale, en passant par le régime de l'Union jusqu'à la Confédération, les autochtones négociaient avec une seule Couronne indivisible responsable de l'administration des affaires indiennes. C'est à travers cette relation que se sont développés les rapports historiques entre les autochtones et la Couronne. Toutefois, en 1867, au moment de l'adoption de l'*Acte de l'Amérique Britannique du Nord*<sup>39</sup> (maintenant *Loi constitutionnelle de 1867*)<sup>40</sup> la Couronne s'est scindée en cinq entités distinctes<sup>41</sup>. L'article 91 (24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* a attribué au Parlement une compétence

37. Guérin, précité, note 5, 383.

38. *Conditions de l'adhésion de la Colombie-Britannique*, L.R.C. (1985), App. II, n° 10. *Loi à l'effet d'étendre les frontières de la province de l'Ontario*, S.C. 1912, c. 40, art. 2 c); et *Loi à l'effet d'étendre les frontières de la province de Québec de 1912*, S.C. 1912, c. 45, art. 2 e). Pour Darlene Johnston, « These examples display express legislative recognition of the government trusteeship of Canadians Indians and more particularly, that it is the responsibility which falls within the federal domain » (l'italique est de nous). Voir D.M. JOHNSTON, *loc. cit.*, note 34, 313. Notons toutefois qu'en ce qui concerne la *Loi à l'effet d'étendre les frontières de la province de Québec de 1912*, l'article 2 e) est abrogé par la *Loi sur le règlement des revendications des autochtones de la Baie James et du Nord québécois*, S.C. 1976-77, c. 32, et la *Loi approuvant la Convention de la Baie James et du Nord québécois*, L.R.Q., c. C-67, donnant suite à l'article 2.5 de la *Convention de la Baie James et du Nord québécois*, reproduite dans *La Convention de la Baie James et du Nord québécois et conventions complémentaires*, Québec, Les Publications du Québec, 1991.

39. *Acte de l'Amérique Britannique du Nord*, 30 & 31 Vict., R.-U., c. 3.

40. *Loi constitutionnelle de 1867*, L.R.C. (1985), App. II, n° 5.

41. À l'origine, en 1867, le Canada est composé de cinq Couronnes : la Couronne fédérale ainsi que les Couronnes provinciales de l'Ontario, du Québec, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick, auxquelles se sont ajoutées les Couronnes provinciales du Manitoba (1870), de la Colombie-Britannique (1871), de l'Île-du-Prince-Édouard (1873), de l'Alberta (1905), de la Saskatchewan (1905) et de Terre-Neuve (1949). Le Canada se compose maintenant de 11 Couronnes distinctes.

exclusive sur deux sujets distincts : « les Indiens et les terres réservées aux Indiens<sup>42</sup> ». Dans l'affaire *Re Eskimos*<sup>43</sup>, la Cour suprême a statué que le mot « Indiens » incluait aussi les Inuit. Toutefois, le Parlement a choisi de ne pas les assujettir à la *Loi sur les Indiens*<sup>44</sup>.

Toujours est-il que la responsabilité et l'entière compétence qui étaient l'affaire d'une seule et même Couronne jusqu'en 1867 ont été transférées exclusivement à la Couronne fédérale au moment de la Confédération par la *Loi constitutionnelle de 1867*. La conséquence de l'article 91 (24) fut de concrétiser le rôle central et exclusif de la Couronne fédérale eu égard à l'administration des affaires indiennes et du Nord :

It appears to be the plain policy of the Act that, in order to ensure uniformity of administration, all such lands, and indian affairs generally, shall be under the legislative control of one central authority<sup>45</sup>.

C'est d'ailleurs en vertu de cet article que le gouvernement fédéral a adopté sa *Loi sur les Indiens* et c'est aussi en vertu de l'autorité exclusive conférée par l'article 91 (24) que la Couronne fédérale est la seule habilitée à recevoir la cession des droits des Indiens ou à les éteindre<sup>46</sup>. Toutefois, toutes les terres, une fois dégreuvées de l'intérêt indien, reviennent de plein droit à la Couronne du chef de la province, car le droit des Indiens constituait un intérêt autre que celui de la province dans ces terres au sens de l'article 109<sup>47</sup> de la *Loi constitutionnelle de 1867*<sup>48</sup>.

42. La Cour suprême a rappelé qu'il s'agissait de deux compétences distinctes. *Four B Manufacturing c. Travailleurs unis du vêtement*, [1980] 1 R.C.S. 1031, 1050 (ci-après cité : « *Four B Manufacturing* »).

43. *Re Eskimos*, [1939] R.C.S. 104.

44. *Loi sur les Indiens*, précitée, note 13.

45. *St. Catherine's Milling and Lumber Company c. The Queen*, [1889] 14 A.C. 46, 59 (C. privé) (ci-après cité : « *St. Catherine's Milling* ») ; et *A.G. Québec c. A.G. Canada*, [1921] 1 A.C. 401 (C. privé) (mieux connu sous le nom de *Star Chrome*).

46. *Dominion of Canada c. The Province of Ontario*, [1910] A.C. 637 ; et *Smith c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 554, 562 : « Il est incontestable que « Notre Souveraine la Reine », à qui l'acte effectue la cession, est la Reine du Chef du Canada, comme c'était le cas dans l'arrêt *St-Catherines*. » De plus, « la cession de droits indiens s'est historiquement effectuée par voie de traité ou d'accord avec la Couronne fédérale » : *Mitchell*, précité, note 4, 105 (j. Dickson, seul).

47. *Loi constitutionnelle de 1876*, précitée, note 40, art. 109 : « Toutes les terres, mines, minéraux et réserves royales appartenant aux différentes provinces du Canada, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick lors de l'union, et toutes les sommes d'argent alors dues ou payables pour ces terres, mines, minéraux et réserves royales, appartiendront aux différentes provinces d'Ontario, Québec, la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick, dans lesquelles ils sont sis et situés, ou exigibles, restant toujours soumis aux charges dont ils sont grevés, ainsi qu'à tous intérêts autres que ceux que peut y avoir la province. »

48. *Loi constitutionnelle de 1867*, précitée, note 40 ; et *St. Catherine's Milling*, précité, note 45.

Le principe de la reconnaissance juridique de la divisibilité de la Couronne a été affirmé dans l'arrêt *Maritime Bank of Canada (Liquidators of) c. Receiver General of New-Brunswick*<sup>49</sup>. La divisibilité de la Couronne et les responsabilités de la Couronne fédérale envers les Indiens ont été réitérées dans l'arrêt *R. c. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex parte Indian Association of Alberta and others*<sup>50</sup>.

À cet égard, le professeur Hogg exprime ce point de vue :

The divisibility of the Crown was explicitly recognized in the *Alberta Indians* case (1982) when several associations of Canadian aboriginal peoples brought suit in the courts of the United Kingdom to enforce obligations to the aboriginal peoples undertaken by Crown in Treaties and other instruments in early colonial times. The English Court of Appeal held that these obligations had long since passed to Canada. *They were enforceable only against the Crown in right of Canada in the Canadian courts*<sup>51</sup>.

On peut en conclure que l'obligation de fiduciaire incombe à la Couronne fédérale, car c'est elle qui a hérité en 1867 de la responsabilité historique envers les Indiens<sup>52</sup>. D'ailleurs, après l'arrêt *Calder* en 1973, le gouvernement fédéral a de son propre chef reconnu et accepté « sa responsabilité permanente aux termes de l'Acte de l'Amérique du Nord Britannique, en ce qui a trait aux Indiens et aux territoires réservés à leur intention qu'il considère comme le résultat d'une évolution historique remontant à la Proclamation royale<sup>53</sup> ». Seule la Couronne fédérale possède le pouvoir, la responsabilité et l'exercice d'une discrétion envers les autochtones eu égard au partage des compétences constitutionnelles. C'est

49. *Maritime Bank of Canada (Liquidators of) c. Receiver General of New Brunswick*, [1892] A.C. 437, 441, 442 (C. privé).

50. *R. c. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex parte Indian Association of Alberta and others*, [1982] 2 All E.R. 118.

51. P. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 3<sup>e</sup> éd., Toronto, Carswell, 1992, pp. 10-2 et 10-3 (l'italique est de nous).

52. Sur l'application de l'obligation de fiduciaire à la suite de l'affaire *Guérin*, précitée, note 5, voir entre autres : *Lower Kootenay Indian Band c. Canada*, (1991) 42 F.T.R. 241 ; *Alexander Indian Band n° 134 et al. c. Canada*, (1991) 39 F.T.R. 142 ; *Bande Alexander n° 134 c. Canada*, [1991] 2 C.F. 3 ; *Desjarlais et al. c. Canada*, [1988] 2 C.N.L.R. 62 ; *Administration régionale crie c. Canada*, [1992] 1 C.F. 440 ; *Apsassin*, précité, note 16 ; et *Eastmain*, précité, note 4 ; et *Procureur général du Québec c. Canada (Office national de l'énergie)* (24 février 1994), (C.S.C.) [non publié]. Dans *Ontario (Procureur général) c. Bear Island Foundation*, [1991] 2 R.C.S. 570, 575, la Cour constate qu'« [i]l est admis que la Couronne n'a pas satisfait à certaines de ses obligations en vertu de l'accord et a ainsi enfreint ses obligations fiduciaires envers les Indiens ». L'accord dont fait mention la Cour a été conclu en 1850. La Cour ne peut donc que se référer à la Couronne du temps de l'Union avant que ses obligations et responsabilités soient entièrement dévolues en 1867 à la Couronne fédérale.

53. *Sparrow*, précité, note 5, 1104.

d'ailleurs ce qui explique que l'on retrouve la reconnaissance statutaire de l'obligation de fiduciaire liée à l'inaliénabilité des terres exclusivement dans des lois fédérales. Car les Couronnes provinciales n'ont pas la compétence constitutionnelle pour légiférer sur les Indiens ni sur leurs terres et, partant, n'ont aucune obligation en ce qui concerne la protection et les intérêts autochtones. Le juge La Forest dans l'arrêt *Mitchell*<sup>54</sup> l'énonce ainsi : « Les Couronnes provinciales n'ont aucune responsabilité en matière de santé et de protection des peuples autochtones<sup>55</sup>. »

Notons aussi que les autochtones n'échappent pas au partage des compétences qui existe au Canada ni à la souveraineté canadienne<sup>56</sup>. Il serait également pour le moins irréaliste, à notre époque, de prétendre que toute division fédérale-provinciale que la Couronne a effectuée est simplement interne et, par conséquent, inopposable aux autochtones<sup>57</sup>.

De plus, conformément au partage constitutionnel, la Cour suprême a reconnu expressément l'existence d'une common law fédérale et a décidé que la loi applicable au titre aborigène est de la common law fédérale<sup>58</sup>. C'est cette common law fédérale relative au titre aborigène qui sous-tend la nature fiduciaire de la Couronne<sup>59</sup>.

L'obligation de fiduciaire après 1867 a donc été acheminée exclusivement à la Couronne fédérale par l'intermédiaire de l'article 91 (24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La relation privilégiée et le rôle protecteur avec les autochtones qui émanent de cette compétence appartiennent uniquement à la Couronne fédérale. Les Couronnes provinciales en sont exclues. Le devoir de fiduciaire s'exerce en contrepartie d'un pouvoir qui échappe aux provinces et dont l'assise constitutionnelle est prévue dans l'article 91 (24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cette interprétation est conforme à l'essence du partage des compétences.

54. *Mitchell*, précité, note 4.

55. *Id.*, 143.

56. *Sparrow*, précité, note 5, 1103 : « Il convient de rappeler que bien que la politique britannique envers la population autochtone fut fondée sur le respect de leur droit d'occuper leurs terres ancestrales, comme en faisait foi la Proclamation royale de 1763, dès le départ, on n'a jamais douté que la souveraineté et la compétence législative, et même le titre sous-jacent, à l'égard de ces terres revenaient à Sa Majesté. » Voir aussi sur cette question : *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1991] 3 W.W.R. 97 (C.S.C.-B.) et [1993] 5 W.W.R. 97 (C.A.C.-B.).

57. *Mitchell*, précité, note 4, 144 (j. La Forest, majoritaire). Par contre, pour le juge Dickson (seul), la Couronne aux yeux des autochtones demeure toujours une et indivisible (p. 109).

58. *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322, 340.

59. *Id.*, 337.

## 1.4 L'arrêt *Sparrow*

Dans l'arrêt *R. c. Sparrow*<sup>60</sup>, la Cour suprême a eu à se prononcer pour la première fois sur la portée de l'article 35 (1)<sup>61</sup> de la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>62</sup>.

Dans cette affaire, Ronald Sparrow, un Indien de la bande Musqueam, était accusé d'avoir pêché avec un filet dérivant plus long que celui qui était permis par le *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*<sup>63</sup>.

En défense, M. Sparrow a soutenu que la restriction imposée par le règlement violait l'exercice de son droit ancestral protégé par l'article 35 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Au procès, la preuve a révélé que les Musqueams vivaient dans la région comme société organisée avant l'arrivée des Européens et que le saumon occupait une place privilégiée au sein de leur société<sup>64</sup>.

### 1.4.1 Le test de l'arrêt *Sparrow*

L'article 35 (1) n'est pas assujéti à la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>65</sup> et bien qu'il fasse partie intégrante de la *Loi constitutionnelle de*

60. *Sparrow*, précité, note 5. Pour des commentaires, voir entre autres : W.I.C. BINNIE, « The Sparrow Doctrine : Beginning of the End or End of the Beginning ? », (1990) 15 *Queen's L.J.* 217 ; S. GRAMMOND, « La protection constitutionnelle des droits ancestraux des peuples autochtones et l'arrêt *Sparrow* », (1991) 36 *R.D. McGill* 1382.

61. *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11)] (ci-après citée : « *Loi constitutionnelle de 1982* »):

(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.

Les articles 35 (3) et (4) ont été ajoutés aux termes de la Proclamation de 1983 modifiant la Constitution (TR/84-102).

62. *Loi constitutionnelle de 1982*, précitée, note 61.

63. *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, (1984) 118 *Gaz. Can.* II, 1235, art. 12, adopté en vertu de la *Loi sur les pêcheries*, L.R.C. (1985), c. F-14.

64. La Couronne n'a pas présenté d'experts pour réfuter cette preuve. *Sparrow*, précité, note 5, 1095.

65. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, précitée, note 61.

1982 (partie II)<sup>66</sup>, la Cour a élaboré un test général en trois étapes qui s'apparente sur certains points à celui de l'article premier<sup>67</sup> de la Charte et qui permet l'exercice relatif du pouvoir législatif. C'est-à-dire qu'il impose certaines limites aux pouvoirs souverains. Le test élaboré dans l'arrêt *Sparrow* concerne les lois et les mesures réglementaires fédérales eu égard aux droits ancestraux et non à ceux qui sont issus de traités<sup>68</sup>.

Pour établir la relation de fiduciaire, il convient de revoir le test élaboré par la Cour. Par ce test, la Cour suprême a élargi l'application de l'obligation de fiduciaire de la *Loi sur les Indiens (Guérin)* aux droits ancestraux protégés par la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Dans un premier temps, il faut souligner qu'il appartient à celui qui invoque un droit ancestral de le prouver. Un droit ancestral ne se présume pas et au contraire des droits protégés par la Charte, il n'est pas défini. Chaque cas doit être étudié à la lumière de la preuve présentée. Certains critères ont déjà été définis pour démontrer l'existence d'un droit ancestral dans l'arrêt *Baker Lake (Hamlet) c. Ministre des Affaires Indiennes*<sup>69</sup>.

En deuxième lieu, il faut faire la preuve que ce droit a été violé. Le fardeau de la preuve est alors transféré au gouvernement<sup>70</sup>.

Finalement, et c'est à cette dernière étape du raisonnement que la Cour a puisé son inspiration du test élaboré eu égard à l'article premier de la Charte, toute disposition législative portant atteinte à première vue à un droit ancestral doit être justifiée, sinon elle sera automatiquement déclarée inopérante en vertu de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Pour notre réflexion, nous examinerons plus particulièrement la troisième étape du test, soit celle de la justification, car c'est à cette étape que la Cour y insère l'obligation de fiduciaire. Il convient de souligner que l'arrêt *Sparrow* au même titre que l'arrêt *Guérin* examine uniquement une disposition fédérale.

66. Ainsi, l'article 35 n'est pas visé par la clause dérogatoire (art. 33) et l'action n'a pas à être prise exclusivement à l'encontre du gouvernement comme l'exige l'article 32 de la Charte.

67. R. c. *Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; et R. c. *Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

68. Les cours sont toutefois enclines à appliquer le test de l'arrêt *Sparrow* non seulement à la problématique des droits ancestraux mais aussi à celle des traités : R. c. *Agawa*, (1989) 65 O.R. (2d) C.A. (Ont.) 505; R. c. *Joseph*, [1990] 4 C.N.L.R. 59; R. c. *McIntyre*, [1992] 1 C.N.L.R. 129; et R. c. *Potts*, [1992] 1 C.N.L.R. 142, infirmé le 30 juin (Alta Q.B.), demande pour permission d'appeler à la Cour d'appel refusée le 21 juillet 1992; R. c. *Bombay*, [1993] 1 C.N.L.R. 92; et *Côté c. La Reine*, [1993] R.J.Q. 1350 (demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême du Canada accordée le 3 mars 1994).

69. *Baker Lake (Hamlet) c. Ministre des Affaires Indiennes*, [1980] 1 C.F. 518, 557 et 558 (ci-après cité : « *Baker Lake* »).

70. Sur le fardeau de la preuve, voir *Sparrow*, précité, note 5, 1110.

L'analyse de la justification se fait comme suit : tout d'abord, il faut se demander s'il existe un objectif régulier. La Cour note que la conservation et la gestion d'une ressource naturelle seraient des objectifs réguliers<sup>71</sup>. On peut prétendre que la sécurité et l'ordre publics<sup>72</sup> seraient aussi des objectifs valables. De plus, la Cour note que l'analyse de la justification est abordée selon les circonstances :

Il s'agit notamment des questions de savoir si en tentant d'obtenir le résultat souhaité, on a porté le moins possible atteinte à des droits, si une juste indemnisation est prévue en cas d'expropriation et si le groupe d'autochtones en question a été consulté au sujet des mesures de conservation mises en œuvre<sup>73</sup>.

Ensuite, si on conclut à l'existence d'un objectif législatif régulier, on passe au principe directeur d'interprétation voulant que l'honneur de la Couronne soit respectée. L'obligation de fiduciaire est le pôle central de ce raisonnement. Elle tire sa source de la nature *sui generis* du titre indien jumelée à la responsabilité historique de Sa Majesté qui gouverne les rapports entre les autochtones et le gouvernement<sup>74</sup>, et la Cour ajoute que le principe directeur général d'interprétation d'agir en qualité de fiduciaire est la responsabilité du gouvernement<sup>75</sup>. Or, cette responsabilité incombe à la Couronne fédérale et résulte des rapports fiduciaires créés par l'histoire, par les traités et les textes législatifs dont l'article 91 (24) qui, à partir de la Confédération, représente le fondement sur lequel vont se poursuivre les rapports entre Sa Majesté et les autochtones<sup>76</sup>. En effet, les rapports historiques se sont toujours effectués par voie d'accords ou d'ententes avec la Couronne fédérale<sup>77</sup>. Et c'est à ces rapports contemporains uniques fondés sur l'histoire et les politiques exercées depuis 1867 par la Couronne fédérale que se greffe le principe de l'honneur de la Couronne<sup>78</sup>. C'est-à-dire que le principe de l'interprétation mettra en cause l'honneur de

71. *Sparrow*, précité, note 5, 1113 et 1118.

72. Par contre, la notion d'intérêt public a été rejetée par la Cour : « Nous considérons que la justification fondée sur « l'intérêt public » est si vague qu'elle ne fournit aucune ligne directrice utile et si générale qu'elle est inutilisable comme critère applicable pour déterminer si une restriction imposée à des droits constitutionnels est justifiée. » Voir *Sparrow*, précité, note 5, 1113.

73. *Sparrow*, précité, note 5, 1119.

74. *Id.*, 1108.

75. *Id.*, 1114.

76. *R. c. Agawa*, précité, note 68, 215 et 216, citées dans *Sparrow*, précité, note 5, 1107 et 1108 : « Ce point de vue se reflète dans de récentes décisions judiciaires insistant sur la responsabilité qu'a le gouvernement de protéger les droits des Indiens, laquelle responsabilité résulte des rapports fiduciaires spéciaux créés par l'histoire, par des traités et par des textes législatifs » (l'italique est de nous).

77. *Mitchell*, précité, note 4, 105 (j. Dickson, seul).

78. *Sparrow*, précité, note 5, 1110 ; et *R. c. Taylor and Williams*, (1981) 34 O.R. (2d) 360, 367.

la Couronne qui a des responsabilités envers les autochtones et avec qui ces derniers transigent. Dans l'arrêt *Sparrow*, la Cour souligne d'ailleurs ces rapports privilégiés et exclusifs entre la Couronne fédérale et les autochtones :

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'octroi en cause est justifiable<sup>79</sup>.

Historiquement donc, seule la Couronne fédérale depuis 1867 entretient des rapports spéciaux de fiduciaire avec les autochtones liés à son pouvoir constitutionnel qu'elle doit désormais concilier avec l'obligation que lui impose l'article 35 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Car il convient de souligner que l'article 35 (1) n'anéantit point le pouvoir fédéral prévu par l'article 91 (24), mais aménage plutôt son application :

Les droits qui sont reconnus et confirmés ne sont pas absolus. Les pouvoirs législatifs fédéraux subsistent, y compris évidemment le droit de légiférer relativement aux Indiens en vertu du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Toutefois, ces pouvoirs doivent maintenant être rapprochés du par. 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. Une telle vérification est conforme au principe d'interprétation libérale énoncé dans l'arrêt *Nowegijick*, précité, et avec l'idée que la Couronne doit être tenue au respect d'une norme élevée — celle d'agir honorablement — dans ses rapports avec les peuples autochtones du Canada, comme le laisse entendre l'arrêt *Guérin c. La Reine*, précité<sup>80</sup>.

C'est ainsi que la protection constitutionnelle accordée par l'article 35 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* empêche désormais le pouvoir législatif fédéral de déroger aux droits protégés ou de les abroger unilatéralement et sans motif valable comme c'était le cas avant 1982<sup>81</sup>.

Une des conséquences de l'arrêt *Sparrow* est donc d'appliquer l'obligation de fiduciaire de la Couronne fédérale non seulement à la cession de terres comme aurait pu le laisser entendre *a priori* l'arrêt *Guérin*, mais aussi de l'étendre aux rapports contemporains entre la Couronne fédérale et les autochtones qui, somme toute, s'inscrivent dans la continuité et sont le prolongement des rapports historiques pré- et post-confédératifs.

79. *Sparrow*, précité, note 5, 1114 (l'italique est de nous).

80. *Id.*, 1109.

81. *R. c. George*, [1966] R.C.S. 267 ; et *Sikyee c. La Reine*, [1964] R.C.S. 642. *Baker Lake*, précité, note 69 ; *St. Catherine's Milling*, précité, note 45, 54 : le titre indien de la Proclamation royale est « dependent upon the good will of the Sovereign » ; et *Calder*, précité, note 1, 328 (j. Judson).



En vertu de l'article 35 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les droits existants<sup>82</sup> — ancestraux ou issus de traités — sont reconnus et confirmés<sup>83</sup>. Par ailleurs, la Cour estime que l'expression « reconnaissance et confirmation » comporte les rapports de fiduciaire<sup>84</sup>. Il en ressort que, une fois l'existence du droit ancestral prouvée et l'atteinte à ce droit démontrée, la Cour prend en considération les rapports de fiduciaire dérivés de l'expression « reconnaissance et confirmation » dans son test de justification. Puisque historiquement les rapports de la Couronne avec les autochtones qui ont existé et qui existent toujours ont été conférés à la Couronne fédérale en vertu de l'article 91 (24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, la « reconnaissance et la confirmation » de la responsabilité de fiduciaire lui échoient et impliquent une restriction à l'exercice de son pouvoir souverain.

Est-ce que le test élaboré dans l'arrêt *Sparrow* s'applique aux provinces ? Rien ne nous permet de l'affirmer. Comme nous l'avons déjà fait remarquer, la disposition contestée dans l'arrêt *Guérin* et dans l'arrêt *Sparrow* est fédérale, et le cadre de l'étude dans ce dernier cas est limité aux droits ancestraux. Par contre, une allusion des juges Dickson et La Forest dans l'arrêt *Sparrow* permettrait de croire que les lois provinciales au même titre que les lois fédérales seraient soumises à un test de justification :

Il (le par. 35(1)) accorde également aux autochtones une protection constitutionnelle contre la compétence législative provinciale.

It also affords aboriginal peoples constitutional protection against provincial legislative power<sup>85</sup>.

Loin d'affirmer que les lois provinciales sont complètement écartées lorsqu'elles portent atteinte à un droit ancestral comme certains l'affirment<sup>86</sup>, la Cour laisse plutôt entendre par les mots « également » et « also »<sup>87</sup> que les lois provinciales sont aussi soumises à un test de justification. C'est ce test, amputé de la notion d'obligation de fiduciaire et qui

82. *Sparrow*, précité, note 5, 1091. Sur le mot « existant », voir D. SANDERS, « Les droits préexistants : les peuples autochtones du Canada », dans G.-A. BEAUDOIN et E. RATUSHNY, *Charte canadienne des droits et libertés*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, p. 779.

83. *Sparrow*, précité, note 5, 1106.

84. *Id.*, 1109.

85. *Sparrow*, précité, note 5, 1105 (l'italique est de nous).

86. P. HOGG, *op. cit.*, note 51, pp. 27-30. B. SLATTERY, « First Nations and the Constitution : A Question of Trust », (1992) 71 *R. du B. can.* 261, 285.

87. Voir *Le petit Robert*, Paris, Le Robert, 1990, s.v. également : « D'une manière égale, au même degré, au même titre. V. Pareillement. » Voir *The Concise Oxford Dictionary*, New York, Oxford University Press, 1992, s.v. also : « in addition ; likewise ».

pourrait s'apparenter à celui qui a été élaboré pour l'article premier de la Charte, qui conférerait aussi aux autochtones une protection constitutionnelle contre la compétence législative provinciale. Quoi qu'il arrive, le test élaboré dans l'arrêt *Sparrow* s'applique déjà indirectement aux lois provinciales dans certaines situations.

Tout d'abord, notons que les provinces n'ont pas la compétence constitutionnelle pour légiférer directement en rapport avec les Indiens ou les terres qui leur sont réservées. Toutefois, l'octroi au Parlement d'une compétence exclusive sur les Indiens ne signifie pas que les lois provinciales qui touchent aux Indiens seront automatiquement écartées. Elles s'appliqueront si elles ne visent pas directement les Indiens ou les terres réservées aux Indiens<sup>88</sup>, si elles ne prétendent pas les régir en leur qualité d'Indien<sup>89</sup>, c'est-à-dire si elles ne touchent pas à la « quiddité indienne », et si elles n'entrent pas en conflit avec une loi fédérale. La Cour suprême a aussi clairement établi que l'article 91 (24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* n'avait pas pour effet de créer des enclaves échappant à la législation provinciale<sup>90</sup>. De plus, en vertu de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*<sup>91</sup>, le droit fédéral incorpore les lois provinciales d'application générale qui touchent à la quiddité indienne<sup>92</sup> et qui autrement excéderait les pouvoirs

---

88. *Four B Manufacturing*, précité, note 42. *Parents Naturels c. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 R.C.S. 751; *Kruger c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104. Dans *Bell Canada c. Québec (CSST)*, [1988] 1 R.C.S. 749, 762, le juge Beetz s'exprime comme suit : « des ouvrages, tels les chemins de fer fédéraux, des choses, telles les terres réservées aux Indiens, qui relèvent de la compétence particulière et exclusive du Parlement, demeurent assujettis aux lois provinciales d'application générale [...] pourvu toutefois que cet assujettissement n'ait pas pour conséquence que ces lois les atteignent dans ce qui constitue justement leur spécificité fédérale ».

89. Théorie de la qualification de la loi.

90. *Cardinal c. Procureur général de l'Alberta*, [1974] R.C.S. 695, 703.

91. *Loi sur les Indiens*, précitée, note 13, art. 88 : « Sous réserve des dispositions de quelque traité et de quelque autre loi fédérale, toutes les lois d'application générale et en vigueur dans une province sont applicables aux Indiens qui s'y trouvent et à leur égard, sauf dans la mesure où ces lois sont incompatibles avec la présente loi ou quelque arrêté, ordonnance, règle, règlement ou règlement administratif pris sous son régime, et sauf dans la mesure où ces lois contiennent des dispositions sur toute question prévue par la présente loi sous son régime. »

92. Dans *Baker Lake*, précité, note 69, 559, le juge Mahoney laisse entendre que le droit ancestral (titre aborigène) comporterait surtout un droit de chasser et de pêcher sur certaines terres, ce qui se rapproche du concept de quiddité indienne élaboré par la Cour suprême. Dans *Dick c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 309, 320 (ci-après cité : « *Dick* »), le juge Beetz fait siennes les remarques du juge Lambert de la Cour d'appel sur la quiddité indienne : « J'ajouterais d'ailleurs que, si les faits de la présente espèce ne placent pas la chasse au cerf au cœur de la quiddité indienne, à supposer que cela existe, ou dans les limites du statut et des droits de la bande d'Alkali Lake, il est difficile de concevoir dans quelles circonstances ce serait le cas. »

d'une province<sup>93</sup>. Ainsi, une loi provinciale d'application générale qui touche à la quiddité indienne serait incorporée par renvoi dans le droit fédéral, et c'est donc sous la coupe d'une loi fédérale que la loi provinciale incorporée en vertu de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens* passerait le test de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>94</sup>.

Quant aux lois provinciales adoptées sous la rubrique 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et qui s'appliquent *ex proprio vigore*, elles contiennent de s'appliquer aux autochtones sans avoir recours au test de justification élaboré dans l'arrêt *Sparrow*. À titre d'exemples bien connus, c'est le cas de la sécurité routière et des relations de travail<sup>95</sup>. Dans l'arrêt *R. c. Gloade*<sup>96</sup>, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a aussi décidé que la prohibition de toute vente de boissons alcooliques ne touche pas à la quiddité indienne.

## Conclusion

Les arrêts *Guérin* et *Sparrow* semblent confirmer que la Couronne fédérale est la seule détentrice de l'obligation de fiduciaire. Ainsi, une disposition législative fédérale qui porte atteinte à un droit ancestral protégé par l'article 35 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* devra être justifiée pour éviter d'être déclarée inopérante.

Quant à l'existence d'une possible obligation de fiduciaire pour les provinces, nous avons démontré que cette proposition est difficilement réconciliable sur le plan juridique et historique canadien.

Par contre, si les tribunaux devaient en arriver à la conclusion contraire, on serait alors porté à conclure que la contrepartie de cette obligation de fiduciaire provinciale aurait été le pouvoir pour les provinces dans leur champ de compétence d'éteindre le titre indien là où il existait sur leur territoire avant 1982 dans le cas d'une *incompatibilité* avec une loi<sup>97</sup>. Ce

93. *Derrickson c. Derrickson*, [1986] 1 R.C.S. 285, 297; et *Dick*, précité, note 92, 328.

94. Voir S. GRAMMOND, *loc. cit.*, note 60, 1397 et P. HOGG, *op. cit.*, note 51, pp. 27-31; *R. c. William Alphonse*, [1993] 5 W.W.R. 401 (C.A.C.-B.); et *R. c. Dick*, [1993] 5 W.W.R. 446 (C.A.C.-B.).

95. *Dick*, précité, note 92; et *Four B Manufacturing*, précité, note 42.

96. *R. c. Gloade*, [1987] 1 C.N.L.R. 87 (demande de pourvoi à la Cour suprême refusée).

97. *Calder*, précité, note 1, 402: « Les Nighgas n'ont pas cédé leurs terres et ni la colonie de la Colombie-Britannique, ni la province, après la confédération n'ont adopté une loi visant expressément à éteindre le titre indien: il en a été de même pour le Parlement à Ottawa. » *Delgamuukw c. Colombie-Britannique* (C.S.C.-B.), précité, note 56, 404: « In other words the question is not did the Crown through its officers specifically intend to extinguish aboriginal rights, apart from their general intention, but rather did they plainly and clearly demonstrate an intention to create a legal regime from which it is

raisonnement est conforme à la gestion et au contrôle du territoire dans le domaine des forêts, des mines et de la disposition du domaine public qui relèvent des provinces<sup>98</sup>. Toutefois, l'absence d'*incompatibilité* entre une loi provinciale et des droits ancestraux pourrait entraîner une coexistence des deux intérêts sur le territoire en question.

Dans l'affaire *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*<sup>99</sup>, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique s'est prononcée sur l'effet possible des lois provinciales sur les droits ancestraux. La Cour est d'avis que si une province ne peut adopter une loi qui aurait pour effet d'éteindre des droits ancestraux après la Confédération, il n'en demeure pas moins qu'une loi provinciale peut « porter atteinte » à des droits ancestraux ou les « suspendre ». Même si la Cour écarte la possibilité pour une province d'éteindre des droits ancestraux après 1867, elle retient en revanche la possibilité pour une province d'adopter des lois « touchant » les droits ancestraux. Cette position énigmatique de la Cour, eu égard à l'effet des lois provinciales sur les droits ancestraux, n'explique malheureusement pas la portée potentielle de cette atteinte.

On peut, par contre, avancer à juste titre qu'une loi provinciale ne sera pas nécessairement écartée parce qu'elle s'est « superposée » à des droits ancestraux existants. Les intérêts de la Couronne et ceux des autochtones ne seront pas nécessairement toujours mutuellement exclusifs. En effet, un droit ancestral pourra coexister parallèlement avec les concessions d'une Couronne provinciale si, par exemple, les ordonnances ou les lettres patentes sont *compatibles* avec l'existence des droits ancestraux et ne reflètent pas l'intention de les écarter. Dans ce cas, une concession de la Couronne provinciale octroyée pour le développement du territoire n'aura pas comme effet d'éteindre automatiquement un droit ancestral. En revanche, la loi provinciale ne serait pas déclarée inopérante. C'est la conclusion à laquelle en arrive le juge McFarlane de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *Delgamuukw*<sup>100</sup> :

As to the general proposition that the introduction of a land settlement scheme was sufficient to extinguish all aboriginal interests in land, it is my opinion that a clear

---

*necessary to infer that aboriginal interests were in fact extinguished* » ; et *Baker Lake*, précité, note 69, 568 et 569, rapporté dans *Sparrow*, précité, note 5, 1098 : « Une fois qu'une loi a été régulièrement adoptée, il faut lui donner effet : s'il est nécessaire pour lui donner effet d'altérer voire d'abroger entièrement un droit de common law alors c'est l'effet que les tribunaux doivent lui donner. Cela est tout aussi vrai d'un titre aborigène que de tout autre droit de common law. »

98. *Loi constitutionnelle de 1867*, précité, note 40, art. 92 (5), 92 (13), 109 et 129.

99. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 56, 172.

100. *Id.*, 163 et 164.

and plain intention to extinguish the Indian interest is not to be inferred from the Colonial Instruments. Their purpose was to facilitate an orderly settlement of the province, and to give the Crown control over grants to third parties. Putting in place such a statutory scheme did not necessarily mean that the aboriginal interest was to be disregarded, and that the Indians were denied any recourse in respect of that claim. The Colonial Instrument did not foreclose the possibility of treaties, or of co-existence of Indians interests and Crown interests.

En ce qui concerne l'intention requise pour éteindre un droit ancestral, la Cour suprême a mentionné dans l'arrêt *Sparrow* que cette dernière doit être claire et expresse. Notons cependant que la Cour suprême ne requiert pas de cette intention qu'elle soit explicite<sup>101</sup>.

L'intention provinciale d'éteindre un droit ancestral avant 1982 pourrait donc toujours s'inférer par *necessary implication* si l'interprétation de la loi, inspirée des circonstances de l'époque qui ont donné lieu à son adoption, ne permettait pas d'arriver à un autre résultat<sup>102</sup>.

---

101. *Horseman c. La Reine*, [1990] 1 R.C.S. 901, 930.

102. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 56, 155 : « In my opinion express language such as « aboriginal rights are hereby extinguished » is not required. The intent to extinguish aboriginal rights may be inferred from less explicit language » (j. MacFarlane) et (p. 228) : « [The extinguishment] could be accomplished by *necessary implication* from the legislation in question if the interpretation of the statute will permit no other meaning or result » (j. Wallace) (l'italique est de nous).