

## La Commission royale sur les peuples autochtones (1991-1996) ou la longue marche des peuples autochtones du Canada vers la reconnaissance de leurs droits

### The Royal Commission on Aboriginal Peoples (1991-1996), or The Long Journey of Aboriginal Peoples Towards the Recognition of Their Rights

Richard Boivin et René Morin

Volume 37, numéro 1, 2007

La Commission royale sur les peuples autochtones : dix ans et  
l'avenir en plus !

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1082896ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1082896ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Recherches amérindiennes au Québec

ISSN

0318-4137 (imprimé)

1923-5151 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Boivin, R. & Morin, R. (2007). La Commission royale sur les peuples autochtones (1991-1996) ou la longue marche des peuples autochtones du Canada vers la reconnaissance de leurs droits. *Recherches amérindiennes au Québec*, 37(1), 25–36. <https://doi.org/10.7202/1082896ar>

Résumé de l'article

Cet article tente de mesurer l'impact des travaux de la Commission royale sur les décisions de la Cour suprême du Canada, en particulier en regard de la formulation des droits ancestraux, de l'autonomie gouvernementale et de la réconciliation des autochtones et des non-autochtones. Même si cet impact demeure encore mitigé, la Commission royale laisse derrière elle de nombreuses études à caractère juridique, politique, économique et social qui vont rester des sources de référence et d'inspiration. En situant la Commission royale dans une perspective historique, les auteurs sont d'avis qu'elle représente une étape importante dans la longue marche des peuples autochtones vers la reconnaissance de leurs droits et ce, depuis les travaux de la commission Bagot dans les années 1840 et les importantes décisions de la Cour suprême du Canada amorcées au début des années 1970.



## La Commission royale sur les peuples autochtones (1991-1996) ou la longue marche des peuples autochtones du Canada vers la reconnaissance de leurs droits

**Richard Boivin  
et  
René Morin\***

LA COMMISSION ROYALE sur les peuples autochtones (ci-après « Commission royale ») coprésidée par M. le juge René Dussault, de la Cour d'appel du Québec, et par M. Georges Erasmus, ancien chef national de l'Assemblée des Premières Nations, a déposé le 21 novembre 1996 le résultat de ses travaux ayant pour titre « Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones ». Ce rapport comprend cinq volumes et aborde une vaste gamme de sujets interpellant les autochtones dans leurs dimensions historiques, politiques, sociales, économiques, culturelles et juridiques.

Notre article se divise en deux parties. La première partie remonte aux travaux de la commission Bagot<sup>1</sup> au milieu des années 1840 et à ses conséquences sur les questions indiennes<sup>2</sup>. Pour faire face à la colonisation et au développement économique, les Amérindiens étaient encouragés à s'installer dans des réserves, à s'adonner à l'agriculture et à devenir autosuffisants. En effet, à cette époque, l'Angleterre songeait sérieusement à cesser le versement de ses paiements annuels aux Indiens et à transférer la responsabilité de ceux-ci à sa colonie canadienne. Dans les années qui ont suivi, la mise en vigueur de cette politique a eu pour effet de les marginaliser et de les déposséder de leurs territoires

de chasse et de pêche. Cette situation a commencé à changer une centaine d'années plus tard, après la Seconde Guerre mondiale, surtout à partir des années 1970, notamment avec l'éclairage de plusieurs jugements de la Cour suprême du Canada jusqu'à l'aube des travaux de la Commission royale dans les années 1990.

La deuxième partie de cet article vise à faire ressortir trois éléments clés analysés par la Commission royale et abordés par les tribunaux : les droits ancestraux, l'autonomie gouvernementale et la réconciliation. Dans cette perspective, le Rapport constitue une étape fondamentale dans la longue marche des peuples autochtones vers la reconnaissance de leurs droits.

Le présent article n'a pas pour objectif de faire une analyse exhaustive de tous les ouvrages ou articles de doctrine se rapportant à notre sujet mais de situer la Commission royale comme une étape fondamentale dans le long processus de « guérison » visant à remédier aux conditions dans lesquelles se sont retrouvés les autochtones, notamment à partir des années 1850.

### **LA COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES AU CANADA (1991-1996) ET L'HÉRITAGE DE LA COMMISSION BAGOT (1844-1847)**

#### **LE MANDAT DE LA COMMISSION ROYALE**

Le mandat de la Commission royale fut élaboré, à la demande du premier

\* Respectivement : avocat général, ministère de la Justice du Canada, Direction du droit des autochtones et politiques stratégiques ; avocat, ministère de la Justice du Québec, Direction du droit autochtone et constitutionnel.

ministre du Canada de l'époque, M. Brian Mulroney, par une personne qui avait puissamment contribué au développement du droit des peuples autochtones au cours de la décennie précédente, M. Brian Dickson. Celui-ci venait tout juste de quitter son poste de juge en chef de la Cour suprême du Canada. M. Dickson proposa au gouvernement un mandat comportant sept volets :

- 1) l'histoire des relations entre les peuples autochtones, le gouvernement canadien et l'ensemble de la société canadienne;
- 2) la reconnaissance et l'affirmation gouvernementale autochtone;
- 3) l'assise territoriale des peuples autochtones;
- 4) le statut juridique, la mise en œuvre et l'évolution future des traités autochtones;
- 5) la situation des Métis et des Indiens hors réserve;
- 6) les préoccupations sociales, économiques et culturelles des peuples autochtones;
- 7) le rôle des Anciens, des femmes et des jeunes autochtones dans leurs communautés<sup>3</sup>.

### LA COMMISSION BAGOT ET SES CONSÉQUENCES

Le gouverneur Sir Charles Bagot avait mandaté en 1842 trois commissaires pour faire enquête auprès de divers officiers du Département des Sauvages, des missionnaires résidant parmi les Sauvages et d'autres personnes « qui connaissent le caractère et sont intéressées au bien-être de cette race » (Canada-Uni 1845-1847).

La commission Bagot déposa les deux premières sections de son rapport le 20 mars 1845, puis la troisième le 4 juin 1847.

Ces trois sections ont pour titre :

1. Histoire des relations entre le gouvernement et les Sauvages
2. États présent et passé des Sauvages
3. Mode actuellement suivi pour l'administration des affaires des Sauvages, avec quelques recommandations pour améliorer le système

La grande enquête commandée par le gouverneur Bagot se situe dans une période marquée par le désintéressement de l'Angleterre face à la question indienne et par le développement accéléré du territoire, marginalisant ainsi de plus en plus les Indiens dans leur mode de vie et dans la possession de leurs terres.

Au début du XIX<sup>e</sup> siècle, l'Angleterre commença à se sentir de moins en moins concernée par les Indiens. Plusieurs facteurs expliquent ce désintéressement. Outre le fait que leur poids démographique avait considérablement diminué, l'économie de la colonie ne reposait plus sur le commerce de fourrures. De plus, les Indiens ne représentaient plus une force stratégique importante dans les rivalités opposant l'Angleterre et les États-Unis d'Amérique. Qui plus est, les colonies du Haut-Canada (Ontario) et du Bas-Canada (Québec) depuis 1791, puis celle du Canada-Uni à partir de 1840 avaient connu d'importantes transformations économiques avec l'arrivée du chemin de fer, l'ouverture de canaux, la coupe forestière à grande échelle, l'arrivée massive d'immigrants et, partant, l'ouverture du territoire à la colonisation (Canada 1996, vol. 1 : 147-214; voir aussi Savard et Proulx 1982 : 70-86).

Au cours de la même période, l'Angleterre commença à réévaluer sa responsabilité vis-à-vis des Indiens. Ne représentant plus une force militaire et stratégique, l'Angleterre remit en

question le versement des allocations annuelles aux Indiens. C'est ce qui explique pourquoi le mandat de la commission Bagot fut de réévaluer la politique des « présents » aux Indiens qui était ni plus ni moins une politique de subventions financée par Londres, qui ne recherchait qu'une occasion pour s'en départir (Savard et Proulx<sup>4</sup>).

C'est donc dans cet esprit qu'il faut comprendre les préoccupations des auteurs du rapport Bagot. Ceux-ci continuèrent de différencier les Indiens selon qu'ils vivaient dans l'ancien Haut-Canada ou dans le Bas-Canada. Dans le Haut-Canada, il fallait continuer la politique des traités entraînant la cession des droits territoriaux des Indiens. Ces traités devaient avoir pour effet de ne réserver que quelques parcelles de terres au profit des Indiens à même le territoire qu'ils devaient céder. Puisque les Indiens dans ces régions étaient souvent qualifiés de « barbares », il valait mieux conclure des traités afin de sécuriser la venue de colons et des développeurs sur le territoire (Canada-Uni 1845-1847<sup>5</sup>).

Par contre, l'approche des commissaires fut tout autre en regard des Indiens du Bas-Canada. Ceux-ci avaient été christianisés au temps du Régime français et vivaient déjà sur des terres de missions ou bourgades. Aux yeux des commissaires, ils ne pouvaient donc avoir de prétentions territoriales en dehors de ces « réductions » et c'est sans doute en ayant à l'esprit les terres mises à part pour les Indiens dans le Bas-Canada que les commissaires souhaitaient que la Couronne en arrive au même résultat dans le Haut-Canada via la politique des traités<sup>6</sup>.

La mise à part de terres au profit des Indiens comportait un autre avantage aux yeux des auteurs du rapport Bagot. Il fallait encourager les Indiens à s'adonner à l'agriculture sur ces terres, de sorte qu'en s'autosuffisant ils ne dépendent plus des deniers de la Couronne, ce qui en soi comportait un avantage si l'Angleterre finissait par donner suite au transfert de ses responsabilités politiques et financières à la colonie<sup>7</sup>.

Lorsque l'on examine les lendemains du rapport Bagot, force est de constater que c'est à peu près ce qui s'est passé.

Premièrement, la Couronne entreprit la négociation et la conclusion de grands traités dans l'ancien Haut-Canada. Il y eut dès 1850 la conclusion de deux grands traités territoriaux longeant les immenses lacs Huron et Supérieur et qui devaient ouvrir le territoire à la colonisation et au développement. Tout de suite après l'avènement de la Confédération en 1867, des traités furent conclus en Ontario et dans l'ouest du Canada au fur et à mesure de l'ouverture du territoire à la colonisation et au développement, en particulier de la construction du chemin de fer devant relier l'Ontario à la Colombie-Britannique<sup>8</sup>.

Deuxièmement, une loi de mise à part de terres adoptée en 1851 pour l'ancien Bas-Canada a permis à plusieurs groupes d'Indiens d'occuper des terres à l'instar de ceux qui occupaient déjà des terres de missions ou bourgades créées sous le Régime français<sup>9</sup>.

Troisièmement, en 1860, l'Angleterre finit par se défaire de ses responsabilités vis-à-vis des Indiens au profit de sa colonie<sup>10</sup>. Cette responsabilité passa ensuite à la Couronne fédérale en 1867 avec l'avènement de la Confédération. Les autorités fédérales remplacèrent alors les lois existantes portant sur les terres des Indiens en adoptant en 1876 la première loi sur les « sauvages » appelée à régir les terres de réserves et le statut des Indiens<sup>11</sup>. Cette loi appelée aujourd'hui *Loi sur les Indiens* est restée à peu près inchangée<sup>12</sup>.

Quatrièmement, il est pour le moins difficile d'avancer que les Indiens sont devenus autosuffisants en devenant agriculteurs sur les terres de réserves. Non seulement plusieurs terres n'étaient

pas propices à cette activité mais l'agriculture ne correspondait pas nécessairement au mode de vie des Indiens, notamment celui des nations nomades. Les autochtones continuèrent donc à dépendre du trésor public. Qui plus est, l'administration de la *Loi sur les Indiens* et la gestion des centaines de réserves au Canada finirent par engendrer une bureaucratie souvent paternaliste vis-à-vis des Indiens et qui fut fortement dénoncée par la Commission royale (Canada 1996, vol. 1 : 273-360<sup>13</sup>).

Les décisions des tribunaux durant toute la période s'étendant entre le milieu du XIX<sup>e</sup> siècle et le milieu du XX<sup>e</sup> témoignent généralement de la marginalisation des autochtones. En effet, les principales causes ont d'abord et avant tout opposé les autorités fédérales et provinciales sur la propriété et la gestion des terres de même que sur l'application des lois provinciales à l'égard des Indiens et des terres de réserves. Les premiers grands litiges virent le jour après que des Indiens eurent cédé leurs droits en vertu d'un traité<sup>14</sup>.

Il est vrai que plusieurs groupes autochtones ont tenté de faire valoir leurs droits en contestant par exemple le mode d'élection des chefs prévu dans la *Loi sur les Indiens* et même en tentant de faire valoir leurs droits devant les instances internationales<sup>15</sup>. Toutefois, nous croyons que c'est vraiment au début des années 1970 sous la pression des autochtones que les tribunaux et en particulier la Cour suprême du Canada se sont activés et ont fini par « redécouvrir » les concepts de droits ancestraux, de titre ancestral, de traités de paix et de la relation de fiduciaire de la Couronne vis-à-vis des autochtones. Dans ce contexte, il n'est donc pas étonnant que les juges Dickson et La Forest aient, en 1990, dans l'affaire *Sparrow*, déploré « une absence quasi totale d'analyse des droits territoriaux des Indiens » jusque dans les années soixante alors que les débats judiciaires au début du XX<sup>e</sup> siècle impliquant des questions autochtones n'avaient servi qu'« à établir la compétence législative ou les droits des entreprises commerciales » (*Sparrow*, p. 1103).

Une nouvelle ère a vu le jour au début des années 1970 à la suite de la publication d'un Livre blanc sur la nouvelle politique indienne du gouvernement du Canada en 1969. Le discours du premier ministre Pierre-Elliott Trudeau prononcé le 8 août 1969 à Vancouver est devenu célèbre puisqu'il prônait rien de moins que la fin des traités et des droits ancestraux pour que les autochtones deviennent pleinement Canadiens<sup>16</sup>.

Non seulement les réactions furent-elles vives au sein des instances politiques autochtones mais, coïncidence ou non, on assista dès 1973 à un développement spectaculaire du droit autochtone, notamment sur le plan judiciaire. Avec le recul, nous sommes d'avis que les tribunaux, et en particulier la Cour suprême du Canada, ont opéré une véritable reconstruction du droit autochtone dont plusieurs éléments seront pris en considération et enrichis dans le cadre des travaux de la Commission royale.

## **LA RECONSTRUCTION DES DROITS DES PEUPLES AUTOCHTONES PAR LA COUR SUPRÊME DU CANADA**

Dans le cadre de cette section, nous esquisserons la teneur de quelques grandes décisions de la Cour suprême du Canada qui ont marqué le développement du droit autochtone. Nous avons retenu quatre éléments que nous aborderons dans l'ordre chronologique entre 1973 et 1990, soit un an avant le début des travaux de la Commission royale. Il s'agit de la renaissance des droits ancestraux, du principe de l'honneur de la Couronne et de la relation de fiduciaire, de la redécouverte des traités de paix conclus dans l'est du Canada et, enfin, de la force de la

protection constitutionnelle conférée aux droits ancestraux et aux droits issus de traités depuis 1982. Il y aurait plusieurs autres décisions de la Cour suprême à signaler après 1990<sup>17</sup>, mais notre but ici est de démontrer que le développement jurisprudentiel avant le début des travaux de la Commission royale a été pris en considération et remis en contexte par celle-ci. Nous verrons ensuite dans une deuxième partie dans quelle mesure la Cour suprême du Canada a tenu compte des travaux de la Commission royale au cours de son mandat et après le dépôt de son rapport en 1996.

### **LES DROITS ANCESTRAUX**

On peut dire que le jugement *Calder*, rendu le 31 janvier 1973 par la Cour suprême du Canada, a opéré une véritable renaissance des droits ancestraux au Canada. Dans ce litige, les Indiens nishgas voulaient que la Cour leur reconnaisse des droits territoriaux sur une portion du territoire de la Colombie-Britannique. Jusqu'à cette date, la pensée juridique dominante limitait les droits des peuples autochtones au territoire visé par la *Proclamation royale* du 7 octobre 1763<sup>18</sup>. Cette proclamation édictée par le Roi d'Angleterre après la cession de la Nouvelle-France à l'Angleterre le 10 février 1763 ne visait sans doute pas la Colombie-Britannique, lieu du litige, car, à cette époque, ce territoire était inconnu des Français et des Britanniques. Il en résultait que le « territoire indien » créé par cette proclamation ne pouvait viser la côte Ouest.

L'affaire *Calder* a clairement établi que la *Proclamation royale de 1763* ne constituait pas la seule source des droits des autochtones au Canada. Selon la Cour suprême, des droits autochtones pouvaient très bien subsister en dehors du territoire visé par la *Proclamation royale de 1763*. En effet, le fait qu'au moment de l'arrivée des Européens des peuples autochtones vivaient en société organisée sur un territoire donné comme leurs ancêtres le faisaient depuis des siècles pouvait créer un titre autochtone sur le territoire (*Calder*, p. 328). Cet énoncé de la Cour s'avéra capital car il reconnaissait désormais qu'un titre ancestral préexistait au moment de l'arrivée des Européens sans qu'un acte positif posé par la Couronne ne l'ait établi, telle la *Proclamation*. Cette conclusion fut reprise et confirmée par le juge Dickson de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Guerin*.

Un tel énoncé eut un impact immédiat sur les questions et revendications territoriales autochtones. En effet, les autorités fédérales adoptèrent une politique en vue de relancer la négociation de traités avec les peuples autochtones qui avait été abandonnée depuis 1923. Cette politique dite de règlement des revendications globales vise la négociation d'ententes avec les groupes autochtones dont les droits ancestraux n'ont pas fait l'objet de cession ou ont été autrement abolis. C'est ainsi que plusieurs revendications territoriales s'amorcèrent au Canada. Les deux premières ententes découlant de cette politique trouvèrent leur aboutissement au Québec avec la conclusion de la *Convention de la Baie James et du Nord québécois*<sup>19</sup> en 1975 et avec celle de la *Convention du Nord-Est du Québec* en 1978<sup>20</sup>. La politique fédérale a connu plusieurs modifications depuis 1973 mais, à travers le temps, elle est restée fondamentalement inchangée et vise à remplacer les revendications territoriales autochtones par des droits précis négociés par les parties. Plus d'une dizaine d'accords ont à ce jour été conclus, dont l'entente en 2000 avec la Nation niska'a qui fut à l'origine de l'affaire *Calder*.

### **L'OBLIGATION DE FIDUCIAIRE**

Dix ans plus tard en 1984, une autre décision devait révolutionner le droit autochtone. Il s'agit de l'affaire *Guerin* dans

laquelle la Cour suprême du Canada établit que la relation entre la Couronne et les autochtones, selon les circonstances, pouvait se traduire par une obligation de fiduciaire. En l'espèce, les Indiens concernés avaient cédé temporairement des parties de leur réserve indienne à la Couronne pour que celle-ci les loue à un promoteur qui voulait en faire un club de golf. Or, les conditions de bail que seule la Couronne était habilitée à faire au nom de la bande étaient nettement moins avantageuses que celles que la bande aurait pu conclure avec ce promoteur si elle avait eu la capacité de le faire. La Cour suprême a décidé que la Couronne fédérale ne pouvait se retrancher derrière son pouvoir discrétionnaire et décider sans contrôle judiciaire ce qui était à l'avantage de la bande. En effet, la Couronne a une responsabilité historique dite de fiduciaire relativement aux cessions des terres de réserves visées par la *Loi sur les Indiens*. La conséquence de cette responsabilité historique est de limiter l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. La Cour suprême établit que la cession de terres dans une réserve fait naître une obligation de fiduciaire dont la conséquence est de limiter l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Couronne. Dans *Guerin*, la Cour suprême du Canada fixa le dédommagement à 10 M\$.

Cette obligation de fiduciaire de la Couronne vis-à-vis des autochtones devait avoir un impact considérable dans plusieurs cas de cession des droits territoriaux des autochtones à l'intérieur de réserves indiennes. Plusieurs actes de cession furent réexaminés afin de déterminer si la Couronne avait manqué à son obligation de fiduciaire vis-à-vis des autochtones, ce qui fut le cas, par exemple, dans *Bande indienne de la rivière Blueberry*.

## LES TRAITÉS

Un an plus tard, la Cour suprême devait, dans l'affaire *Simon* en 1985, donner une expansion au concept de traité conclu entre la Couronne et les autochtones. La Cour a décidé que les traités ne visaient pas seulement les ententes emportant la cession des droits territoriaux à l'ouest de la rivière Outaouais mais également des traités de paix conclus entre la Couronne et des peuples autochtones. Or, plusieurs de ces traités furent conclus à l'est de la rivière Outaouais dans les provinces de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick dans le contexte des rivalités franco-britanniques relativement à la possession du territoire<sup>21</sup>.

Cinq ans plus tard, en 1990, dans l'affaire *Sioui*, la Cour suprême confirma l'existence d'un traité de paix conclu entre le chef des Hurons de Lorette et le général Murray, un des chefs des forces armées britanniques. Ce dernier avait remonté le fleuve Saint-Laurent de Québec à Montréal, où s'étaient cantonnés les restes de l'armée française et de certains alliés indiens, dont les Hurons. Même si le document ressemblait, à première vue, à un simple laissez-passer permettant aux Hurons de retourner chez eux sans être molestés par les soldats britanniques, la Cour suprême en fit un traité car le document comportait la mention suivante : « ... ils sont reçus aux mêmes conditions que les Canadiens ; il leur sera permis d'exercer librement leur religion, leurs coutumes et la liberté de commerce avec les Anglais » (*Sioui*, p. 1031). Même si ces garanties plaçaient les Hurons sur le même pied que les autres Canadiens, le document des Hurons avait valeur de traité contrairement à l'acte de capitulation signé en septembre 1759. En effet, la Cour décida que la relation qu'entretenait la Couronne avec les autochtones était presque une relation de « nation à nation », ce qui n'était pas le cas de la Couronne à l'égard des habitants de la colonie.

Cet élargissement de la notion de traité est compatible avec la relation de fiduciaire entre la Couronne et les autochtones et

donne des droits aux Indiens de l'est de l'Outaouais sur la base de traités, tout comme pour ceux situés à l'ouest de l'Outaouais.

## LA CONSTITUTIONNALISATION DES DROITS

Enfin, la décision *Sparrow* rendue en 1990, à l'aube des travaux de la Commission royale, devait donner un sens à la protection constitutionnelle conférée aux droits ancestraux et aux droits issus de traités à la suite de l'adoption de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>22</sup>. Ces droits ne sont certes pas à l'abri des interventions législatives mais le législateur doit tenir compte de ceux-ci dans ses lois. La Cour suprême du Canada boucla la boucle amorcée en 1984 dans l'affaire *Guerin* en situant les droits autochtones dans un rapport de fiduciaire entre les peuples autochtones et la Couronne. Il en résulte que celle-ci doit concilier ses activités avec l'existence de ces droits. C'est ainsi que la Couronne doit justifier ses mesures de manière raisonnable lorsqu'elle affecte les droits des peuples autochtones.

Ces quelques décisions de la Cour suprême portant sur les autochtones ont amorcé une certaine réappropriation par les autochtones des droits sur le territoire, qu'il s'agisse des territoires visés par la *Proclamation royale de 1763* ou non et qu'il s'agisse de traités de cession ou non. La Cour suprême a de plus situé ces droits dans le contexte d'une relation renouvelée entre les autochtones et la Couronne, soit celle d'une relation spéciale de nature fiduciaire qui oblige la Couronne à ne pas laisser pour compte les autochtones dans le développement du pays.

## LE RAPPORT DE LA COMMISSION ROYALE COMME OUTIL DE RÉFLEXION

Le style et le contenu de la Commission royale tranchent nettement avec ceux de la commission Bagot. Alors que cette dernière visait à réévaluer la politique des présents aux Indiens et à trouver des solutions pour qu'ils s'autosuffissent et ne deviennent pas un frein au développement et à la colonisation, la Commission royale veut faire des autochtones des partenaires au sein de la Confédération canadienne<sup>23</sup> en reconnaissant notamment leur droit inhérent à l'autonomie gouvernementale et en proposant un plan d'action concret échelonné sur vingt ans pour corriger les problèmes engendrés par la marginalisation des autochtones et leur dépossession territoriale. Qui plus est, la composition des membres de ces deux commissions témoigne de changements importants. Alors qu'aucun membre de la commission Bagot n'était autochtone, la Commission royale était composée de quatre autochtones sur un total de sept dont un à titre de coprésident. Les membres autochtones de la Commission royale furent : Paul Chartrand, Viola Robinson, Mary Sillet et enfin Georges Erasmus à titre de coprésident.

Alors que la commission Bagot souhaitait ni plus ni moins amener les autochtones à épouser les bienfaits de la civilisation blanche, européenne et si possible britannique<sup>24</sup>, la Commission royale quant à elle réhabilite les valeurs et traditions autochtones, prône leur reconnaissance constitutionnelle et cherche, à travers son plan d'action, à leur donner une portée concrète. Le défi proposé par la Commission royale était à ce point vaste que de très nombreuses études sur le sort des autochtones furent réalisées. Ces études constituent autant d'outils de réflexion sur la condition des autochtones, dont plusieurs éléments furent engendrés par les effets néfastes de la commission Bagot (Canada 1996, vol. 5 : 342-361).

Nous décrivons succinctement, dans un premier temps, le contenu des cinq volumes du rapport que nous considérons

comme une réponse aux problèmes engendrés par les suites du rapport Bagot. Puis dans un deuxième temps, nous verrons si la philosophie du rapport de la Commission royale, plus particulièrement en ce qui concerne les droits ancestraux, l'autonomie gouvernementale et la réconciliation, a reçu des échos dans les décisions de la Cour suprême du Canada (pour une analyse globale du rapport, voir Cairns 2000 et Flanagan 2002 : 207-267).

## LES POINTS SAILLANTS DU RAPPORT

### UN PASSÉ, UN AVENIR

Le premier volume (« Un passé, un avenir ») retrace les jalons de l'histoire de la relation entre autochtones et non-autochtones au Canada. Cette histoire débute avec les premiers contacts entre premières nations et colons, puis avec la collaboration qui s'ensuit sous la forme d'alliances militaires et d'ententes commerciales. La Commission royale décrit ensuite comment cet esprit de collaboration fut brutalement renversé par la politique de domination et d'assimilation qui s'implanta à partir du milieu du XIX<sup>e</sup> siècle et dont les différents instruments, telles l'adoption de la *Loi sur les indiens*, la dépossession territoriale, la création de réserves, la scolarité et les réinstallations forcées, sont bien connus. En 1969, le mouvement de résistance autochtone déclenché par la publication du Livre blanc sur la politique indienne, par lequel le gouvernement fédéral tentait de remettre en question sa relation particulière avec les autochtones, marqua un point tournant de cette histoire. Les négociations politiques, la protection constitutionnelle des droits ancestraux et l'internationalisation du droit autochtone sont des éléments clés de cette période moderne.

C'est sur la base de ce récit historique que la Commission royale propose les quatre lignes directrices d'une relation renouvelée, soit : 1) la reconnaissance mutuelle afin de permettre la coexistence de deux peuples égaux et autonomes ; 2) le respect mutuel afin de combattre les préjugés raciaux et culturels et de reconnaître la spécificité des autochtones ; 3) le partage et la cogestion des ressources ; 4) la responsabilité mutuelle au sein d'un partenariat politique moderne par le maintien d'un comportement honorable et le respect de normes rigoureuses de responsabilité, d'honnêteté et de bonne foi.

### UNE RELATION À REDÉFINIR

L'objet du deuxième volume (« Une relation à définir ») comprend deux volets. Le premier volet élabore les structures nécessaires à la création d'un partenariat moderne entre les peuples autochtones et le reste de la société canadienne. La Commission royale identifie comme point de départ la reconnaissance des peuples autochtones en tant que nations et leur statut comme troisième ordre de gouvernement au sein de la structure constitutionnelle canadienne. L'autonomie gouvernementale est, selon la Commission royale, un droit *inhérent* des peuples autochtones. La Commission royale propose une série de mesures d'édification de ce nouvel ordre, telle la promulgation d'une nouvelle proclamation royale, puis élabore plusieurs modèles de gouvernements autochtones.

Selon la Commission royale, les traités occupent un rôle central dans la création d'un partenariat moderne. Ils demeurent, malgré les nombreuses promesses brisées au cours de l'histoire, un outil indispensable de transformation, que ce soit par le respect et le renouvellement des anciens traités ou la conclusion de nouvelles ententes. Ces nouveaux traités permettraient

d'établir la compétence des nations autochtones, d'accroître leur assise territoriale et leurs ressources. Le processus serait mis en œuvre grâce à des organes de négociation indépendants agissant sous le regard de commissions régionales et d'un tribunal des traités.

Le deuxième volet du volume 2 est consacré aux terres et aux ressources ainsi qu'au développement économique. Selon la Commission royale, les nations autochtones doivent bénéficier de terres et de ressources suffisantes pour soutenir l'exercice réel de l'autonomie gouvernementale et préserver leur identité culturelle.

Après avoir dressé un tableau des différents processus fédéraux de règlement des revendications territoriales, la Commission royale conclut à l'insuffisance de ces processus puis à l'incapacité des tribunaux à assurer une redistribution équitable des ressources sur le seul fondement du titre ancestral. Les règlements négociés, de par leur nature participative, sont préférables, reflétant le rapport de nation à nation que la Commission royale tente d'établir. Un plan de partage équitable des terres devrait donc être ancré dans la négociation de traités avec les gouvernements fédéral et provinciaux.

La propriété des ressources ne peut cependant assurer à elle seule l'autosuffisance économique et c'est face à ce constat que la Commission royale s'est penchée sur la question du développement économique des communautés autochtones, proposant des mesures qui permettraient de rompre avec la dépendance et l'inégalité économiques.

### VERS UN RESSOURCEMENT

Les réformes proposées par la Commission royale dans le volume 2 ne peuvent cependant être réalisées sans l'amélioration des conditions sociales des autochtones. La matérialisation de l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones doit nécessairement passer par la guérison de ses communautés. Pour cette raison, le volume 3 (« Vers un ressourcement ») est consacré à l'étude des problèmes graves de santé, d'éducation et de fonctionnement des familles qui affligent les individus et les collectivités autochtones.

La Commission royale recommande des mesures urgentes mais aussi des solutions à long terme qui agiraient de concert avec le développement économique et politique des nations autochtones et aboutiraient à la prise en charge par les autochtones des soins de santé, des services sociaux et de l'éducation.

### PERSPECTIVES ET RÉALITÉS

Le quatrième volume (« Perspectives et réalités ») est essentiellement un compte rendu de la pluralité sociale et culturelle des peuples autochtones. Les populations étudiées comprennent les femmes, les anciens, les jeunes, les Métis, les peuples autochtones du Nord, ainsi que les autochtones citadins, dont les perspectives uniques sont intégrées dans les recommandations.

La Commission royale propose également une responsabilité accrue des gouvernements fédéral et provinciaux dans la création et l'adaptation des services sociaux offerts aux autochtones habitant les villes. Ces services doivent s'adresser à tous les autochtones citadins sans distinction fondée sur le statut ou sur l'appartenance à un traité. La Commission royale traite également de l'implantation de l'autonomie gouvernementale en milieu urbain.

### VINGT ANS D'ACTION SOUTENUE POUR LE RENOUVEAU

Le cinquième volume (« Vingt ans d'action soutenue pour le renouveau ») fait la synthèse des mesures nécessaires au

renouvellement de la relation entre autochtones et non-autochtones. La Commission royale réitère l'importance capitale de reconnaître les nations autochtones et leur droit à l'autonomie gouvernementale. Cette reconnaissance amènerait le gouvernement fédéral à adopter des lois portant sur la reconnaissance des nations, les processus relatifs aux traités et la distribution des terres et des ressources. La collaboration avec les provinces se ferait grâce à un accord-cadre pancanadien. La Commission royale propose également la création d'une commission d'examen de la situation des peuples autochtones afin de faire le suivi.

Le dernier chapitre du volume 5 s'avance sur le terrain de possibles modifications constitutionnelles afin de permettre la réalisation des réformes promulguées par la Commission royale et de reconnaître officiellement l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones. Ces modifications ne constituent pas un prérequis puisque les objectifs de la Commission royale peuvent être réalisés par la négociation d'accords sans passer nécessairement par un amendement constitutionnel formel.

### LE RAPPORT ET SON APPLICATION PAR LA COUR SUPRÊME

Pour les fins de cet article, nous avons choisi de nous attarder sur trois éléments clés et interreliés qui furent à la fois analysés par la Commission royale et abordés par les tribunaux, notamment la Cour suprême. Il s'agit (i) des droits ancestraux, (ii) de l'autonomie gouvernementale et (iii) de la réconciliation. Nous nous proposons d'examiner chacun des éléments pour ensuite évaluer l'influence du rapport de la Commission royale sur la pensée de la Cour suprême à cet égard.

### LES DROITS ANCESTRAUX

D'entrée de jeu, soulignons que l'analyse des droits ancestraux, définis par la Commission royale, n'occupent qu'une infime partie de ses travaux (Canada 1996, vol. 2, première partie : 210-214). Ces droits comprennent « les droits territoriaux, les droits de chasse et de pêche, les droits linguistiques, culturels et religieux particuliers ainsi que les droits détenus en vertu des régimes coutumiers de droit autochtone » (*ibid.*, p. 211). Ils incluent également le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale.

Selon la Commission royale, les droits ancestraux sont des droits de common law qui tirent leur source et leur force de loi non pas de dispositions législatives ou constitutionnelles mais plutôt de règles non écrites issues de coutumes et de pratiques établies de longue date. Il s'agit plus spécifiquement de droits de common law fédérale dans le sens où leur application couvre toute l'étendue du territoire canadien quel que soit le régime de droit commun existant. La « doctrine des droits ancestraux » comprend l'ensemble de règles qui sont nées des rapports entre les peuples autochtones et non autochtones et qui régissent l'interaction entre leurs régimes juridiques et gouvernementaux respectifs.

La Commission royale est d'avis que la doctrine des droits ancestraux n'est pas une innovation moderne, inventée par les tribunaux pour réparer les injustices commises dans le passé. Au contraire, cette doctrine relève de la common law et se reflète dans les nombreux traités de paix et d'amitié conclus aux <sup>xvii</sup>e et <sup>xviii</sup>e siècles entre les peuples autochtones et les Couronnes française et britannique, dans la *Proclamation royale de 1763* et dans les traités signés en Ontario, dans l'Ouest et dans le Nord-Ouest à la fin du <sup>xix</sup>e et au début du <sup>xx</sup>e siècle. Pour la Commission royale, plusieurs lois et une série de décisions judiciaires depuis plus de deux siècles portent également

sur les droits ancestraux. La Commission royale conclut que la « doctrine des droits ancestraux est l'une des plus anciennes et des plus constantes du droit canadien » (*ibid.*, p. 212).

En comparant les énoncés du Rapport concernant les droits ancestraux et les arrêts de la Cour suprême, force est de constater que le Rapport n'a pas substantiellement influencé la réflexion juridique sur la question des droits ancestraux. Cela peut s'expliquer en partie par le fait que la majorité des arrêts de principe sur la question des droits ancestraux a été rendue avant ou en même temps que sa publication à l'exception de l'arrêt *Delgamuukw*.

Dans cet arrêt, la Cour suprême s'est penchée pour la première fois sur la question du titre ancestral et a cité le Rapport plus particulièrement sur les éléments de preuve requis pour établir l'existence du titre.

La Cour a précisé dans *Delgamuukw* que les droits ancestraux s'étalent le long d'un spectre en fonction de leur degré de rattachement avec le territoire en question. À une extrémité du spectre, on retrouve les droits ancestraux que sont les coutumes, pratiques et traditions qui font partie intégrante de la culture distinctive autochtone et qui n'impliquent pas un territoire pour leur exercice. Au centre du spectre, on retrouve les activités qui, par nécessité, sont pratiquées sur le territoire et qui pourraient être rattachées à une partie de territoire, c'est-à-dire à un site spécifique. À l'autre extrémité du spectre, il y a le titre ancestral qui confère un droit au territoire lui-même. Le titre ancestral représente donc un sous-ensemble des droits ancestraux protégés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* (voir Slattery 1987; McNeil 1989; Macklem 1991; Grammond 1991; McNeil 1997; Borrows et Rothman 1997; Otis 1999).

En ce qui a trait au Rapport, le juge Lamer s'y réfère pour délimiter la portée du titre autochtone (*Delgamuukw*, par. 143 et suiv.<sup>25</sup>). Cité par la Cour à titre d'ouvrage de doctrine (*Delgamuukw*, par. 123), le Rapport a permis d'étayer la conclusion selon laquelle le contenu du titre autochtone n'est pas limité aux utilisations traditionnelles de la terre propres à la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit en question. Il est important de noter cependant que, pour la Cour suprême, les terres détenues en vertu du titre autochtone ne peuvent être utilisées de manière incompatible avec la nature de l'attachement qu'ont les revendicateurs de ces terres (*Delgamuukw*, par. 128).

Par ailleurs, le titre ancestral peut, en tant que droit exclusif d'utilisation et d'occupation des terres, servir de fondement juridique à la reconnaissance, par voie de négociation, de l'assise territoriale et des ressources des peuples autochtones. La définition du titre ancestral donnée par la Cour suprême fait donc écho, à certains égards, aux recommandations du rapport.

Cependant, la vision de la Commission royale des droits fonciers conférés par le titre ancestral s'est avérée nettement plus ambitieuse que les conclusions retenues par les tribunaux, notamment la Cour suprême (Canada 1996, vol. 2, deuxième partie : 624). Selon la Commission, le titre ancestral confère aux peuples autochtones le droit d'occuper et d'utiliser à leur gré les terres ancestrales auxquelles il se rattache et protège les activités traditionnelles et modernes qui font partie intégrante de leur identité. Par contre, dans *Delgamuukw*, les critères applicables pour définir l'existence d'un titre autochtone sont plus contraignants : i) le territoire doit avoir été occupé avant l'affirmation de la souveraineté; ii) si l'occupation actuelle est invoquée comme preuve de l'occupation avant l'affirmation de

la souveraineté, il doit y avoir continuité entre l'occupation actuelle et l'occupation antérieure à l'affirmation de la souveraineté; iii) l'occupation doit avoir été exclusive au moment de l'affirmation de la souveraineté. Qui plus est, les tribunaux du Canada n'ont jamais reconnu à ce jour de titre autochtone à une première nation au Canada. De plus, si les critères développés par le plus haut tribunal du pays permettent d'évaluer l'existence ou non d'un titre autochtone sur un territoire défini, la jurisprudence n'a pas encore eu l'occasion de préciser son contenu ni de se pencher sur les portions de territoire qui en seraient éventuellement grevées. Cependant, les conclusions de la Cour suprême dans *Bernard et Marshall* nous donnent un élément de réponse quant à l'étendue du titre. En effet, les précisions apportées au test du titre ancestral par la Cour suprême semblent désormais diminuer de façon significative les possibilités qu'un titre autochtone soit déclaré sur de vastes étendues de territoire.

Finalement, les notions élaborées par la Cour suprême de « limite intrinsèque » au droit d'utilisation des terres (*Delgamuukw*, par. 125), de titre sous-jacent de la Couronne (*ibid.*, 145) ainsi que la possibilité pour le gouvernement de justifier une atteinte du titre (*ibid.*, par. 160 et suiv.) limitent le contrôle que pourraient exercer les autochtones sur des terres grevées d'un titre ancestral (Borrows 2001). Ces limites nous rappellent que les activités autochtones, incluant le développement économique et culturel sur un territoire sujet à un titre ancestral, sont difficilement dissociables de la question de l'autonomie gouvernementale d'une part et, d'autre part, de la conciliation entre l'exercice de ces activités et l'affirmation de la souveraineté de la Couronne.

#### **L'AUTONOMIE GOUVERNEMENTALE**

Il n'est pas surprenant de constater que l'une des prémisses fondamentales du Rapport repose sur le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones protégé par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. L'interprétation de la Commission royale qui justifie la reconnaissance du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale s'appuie sur la common law applicable aux droits ancestraux. Ce droit inhérent découle de la vie et des traditions collectives des peuples autochtones :

Le droit constitutionnel canadien reconnaît [...] aux peuples autochtones un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale au sein du Canada. Ce droit est inhérent en ce sens qu'il tire finalement son origine de la vie et des traditions collectives de ces peuples, et non de la Couronne ou du Parlement. Plus précisément, il découle du statut originel des peuples autochtones en tant que nations indépendantes et souveraines dans les territoires qu'elles occupaient, tel qu'il a été reconnu et rendu opérant dans les multiples traités, alliances et autres relations entre ces peuples et les Couronnes française et britannique. Cette pratique généralisée a donné naissance à un ensemble de règles de droit coutumier communes aux différentes parties, qui ont finalement été intégrées dans le droit canadien. (Canada 1996, vol. 2, première partie : 214)

Pour la Commission royale, le droit inhérent des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale a été reconnu et confirmé dans le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Cette reconnaissance constitutionnelle du droit inhérent des peuples autochtones et de leur statut en tant que nations ouvre la voie au concept de « souveraineté partagée » selon lequel les gouvernements des trois ordres – fédéral,

provinciaux, autochtone – se « partagent » les pouvoirs souverains du Canada :

La souveraineté partagée est, à notre avis, une caractéristique de la fédération canadienne et un élément clé des rapports triangulaires qui lient les gouvernements autochtones, les gouvernements provinciaux et le gouvernement fédéral. Chacun d'eux est souverain à l'intérieur de sa propre sphère et détient ses pouvoirs en vertu de son statut constitutionnel et non pas par délégation. Néanmoins, dans la pratique, nombre de ces pouvoirs sont partagés et peuvent être exercés par plus d'un ordre de gouvernement. (Canada 1996, vol. 2, première partie : 266)

La Couronne du Canada représente la mise en commun partielle de ces différents pouvoirs, et les institutions fédérales leur expression concrète (Canada 1996, vol. 2, première partie : 266-267). La Couronne ne peut, en vertu de la « souveraineté partagée », exercer sa souveraineté selon un modèle impérialiste ; elle doit garantir le maintien de certains pouvoirs souverains des différentes unités politiques qui la constituent, dont les nations autochtones (*ibid.*, p. 237). La Commission royale précise cependant que les pouvoirs gouvernementaux reconnus aux nations autochtones par le par. 35(1) ne sont pas illimités et n'équivalent pas à une souveraineté totale (*ibid.*, p. 237). Les compétences attribuées aux nations autochtones se heurtent, notamment, à des limites territoriales (*ibid.*, p. 243).

Si la Cour suprême a eu l'occasion depuis le dépôt du Rapport de se pencher sur la question de l'autonomie gouvernementale, la réponse reste à venir. Dans l'arrêt *Pamajewon*, la question était de savoir si la conduite de jeux de hasard à gros enjeux par certaines nations autochtones était visée par les droits ancestraux, plus particulièrement le droit à l'autonomie gouvernementale, reconnus et confirmés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La Cour suprême a refusé de trancher la question de l'inclusion du droit à l'autonomie gouvernementale dans la sphère des droits protégés par le par. 35(1). Elle a néanmoins conclu que, si ce droit était effectivement visé par le par. 35(1), la norme juridique applicable à sa détermination demeurerait la même que pour les autres droits ancestraux, c'est-à-dire qu'il doit être prouvé selon les critères établis dans *Van der Peet*, à savoir que « pour constituer un droit ancestral, une activité doit être un élément d'une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit en question ». La revendication d'autonomie gouvernementale ne diffère donc pas des autres prétentions de jouissance de droits ancestraux et soulève nécessairement la même difficulté de preuve. L'approche de la Cour suprême sur cette question a été critiquée par certains auteurs (voir notamment Morse 1997 et Bell 1998) qui n'ont pas manqué de souligner que le plus haut tribunal du pays s'éloigne du concept de droit inhérent à l'autonomie gouvernementale avancé par la Commission royale dès 1993 dans l'étude intitulée *Partenaires au sein de la Confédération*.

Toujours sur la question de l'autonomie gouvernementale, la Cour suprême a fait référence au Rapport dans l'affaire *Delgamuukw* mais uniquement pour démontrer la complexité du problème et l'inhabileté de la Cour à trancher la question. En effet, le Rapport présente différents modèles d'autonomie gouvernementale et met en lumière la complexité des questions conceptuelles qu'ils soulèvent.

Dans *Mitchell c. Canada*, les revendications du grand chef Mitchell visaient entre autres à obtenir le droit de circuler et de transporter librement des marchandises des États-Unis à des



fins commerciales sans payer de droits de douane. La majorité de la Cour suprême a esquivé la question d'autonomie gouvernementale et n'a pas jugé nécessaire d'examiner le bien-fondé de l'argument avancé par le gouvernement selon lequel la protection accordée par le par. 35(1) se limiterait aux pratiques, coutumes et traditions autochtones compatibles avec l'exercice historique et contemporain de la souveraineté de la Couronne et exclurait, de ce fait, certaines formes d'autonomie gouvernementale.

Le juge Binnie, tout en étant d'accord avec la décision de la majorité, a amorcé, dans un jugement minoritaire, une réflexion sur la notion de « souveraineté partagée » et s'est ainsi rapproché de la pensée de la Commission royale pour qui cette notion permet d'établir un lien entre les droits ancestraux, l'autonomie gouvernementale et la souveraineté canadienne :

Si le principe de « souveraineté fusionnée » énoncé par la Commission royale sur les peuples autochtones doit avoir un sens véritable, il doit comporter au moins l'idée que les Canadiens autochtones et non autochtones forment ensemble une entité souveraine munie d'une certaine communauté d'objectifs et d'efforts. C'est avec cette nouvelle entité, héritière des attributs historiques de la souveraineté, qu'il faut concilier les droits existants ancestraux ou issus de traités. (*Mitchell*, par. 129)

Mais le parallèle avec la pensée de la Commission royale s'arrête là où il commence. Le juge Binnie est clair dans son interprétation de la souveraineté partagée et réitère le principe maintes fois énoncé dans des jugements antérieurs selon lequel les droits ancestraux ne sont pas absolus et doivent être compatibles avec la souveraineté canadienne à laquelle les peuples autochtones participent (*Mitchell*, par. 150) avant de bénéficier de la protection offerte par le par. 35(1). Le magistrat conclut ainsi que le droit de commerce et de circulation internationaux revendiqué par le grand chef Mitchell en l'espèce est incompatible avec les attributs historiques de la souveraineté canadienne (*Mitchell*, par. 163) mais sa conclusion n'écarte ni ne confirme la compatibilité ou l'incompatibilité potentielle d'institutions autonomes internes des premières nations avec la souveraineté canadienne dans le passé ou dans le présent (*Mitchell*, par. 165).

On pourrait avancer que les propos minoritaires rendus sous la plume du juge Binnie dans l'affaire *Mitchell* et non désavoués par la majorité de la Cour suprême marquent un début de positionnement judiciaire en matière d'autonomie gouvernementale. En effet, malgré les limites imposées aux droits ancestraux en vertu de la « souveraineté partagée », le juge Binnie ouvre la porte à une forme de gouvernement autochtone dont les attributs sont néanmoins ancrés au sein de la Constitution canadienne et restent à définir.

## LA RÉCONCILIATION PAR LA CONCILIATION

L'idée de réconciliation au même titre que l'autonomie gouvernementale représente également une des pierres angulaires du renouvellement de la relation entre peuples autochtones et non autochtones proposé par la Commission. La réconciliation qui peut être réalisée par la négociation de traités (Canada 1996, vol. 2, deuxième partie : 769) est présentée dans le Rapport comme l'antithèse des politiques d'assimilation et de dépossession territoriales qui ont corrompu cette relation au cours de l'histoire (*ibid.* : 619). La réconciliation représente en fait un processus politique et réformateur.

Essence du travail des tribunaux dans la mise en œuvre de la politique de réconciliation réside dans la reconnaissance des

revendications autochtones d'une part et leur conciliation avec les intérêts plus larges de la société canadienne de l'autre.

La notion de conciliation, c'est-à-dire l'arbitrage ponctuel pouvant s'opérer par la voie judiciaire, sert également à établir un équilibre entre les droits ancestraux et l'affirmation de la souveraineté de la Couronne dans la poursuite de l'objectif de réconciliation. L'application dans ce contexte est clairement énoncée dans la définition des droits ancestraux élaborée par la Cour suprême :

[...] le par. 35(1) établit le cadre constitutionnel qui permet de reconnaître que les autochtones vivaient sur le territoire en sociétés distinctives, possédant leurs propres cultures, pratiques et traditions, et de concilier ce fait avec la souveraineté de Sa Majesté. Les droits substantiels visés par cette disposition doivent être définis à la lumière de cet objet. Les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) doivent tendre à concilier la préexistence des sociétés autochtones et la souveraineté de Sa Majesté. (*Van der Peet*, par. 31)

Il ressort de cet extrait que la définition même des droits ancestraux découle de l'objectif de la conciliation sous-jacent à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. C'est donc en vertu de cet objectif que les tribunaux ont rattaché l'existence de droits ancestraux à des coutumes ou pratiques ancestrales à la période qui précède le contact avec les Européens (*Van der Peet*, par. 44). L'analyse des limites du titre ancestral dans *Delgamuukw* reprend cette même idée de conciliation de la présence antérieure des autochtones et de la souveraineté de la Couronne (*Delgamuukw*, par. 141).

De la même façon, le jugement minoritaire du juge Binnie dans *Mitchell* rejette une revendication d'autonomie gouvernementale en se fondant sur « la conciliation entre les intérêts des peuples autochtones et la souveraineté de la Couronne ». Le juge Binnie conclut que cette approche ne va pas à l'encontre de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* puisque la revendication en question vise des intérêts nationaux et non des intérêts distinctifs, propres à une communauté autochtone donnée. Selon lui « la conciliation de ces intérêts dans la présente affaire favorise l'affirmation de notre souveraineté collective » (*Mitchell*, par. 164).

L'idée de conciliation n'est finalement que l'expression judiciaire du projet social de réconciliation. Les limites nécessaires imposées par ce principe aux revendications autochtones ne sont certes pas toujours compatibles avec la création d'une relation de « nation à nation » envisagée par la Commission royale comme partie intégrante du processus de réconciliation. Cependant, c'est aussi sur cette notion de conciliation entre la préexistence des sociétés autochtones et la souveraineté de Sa Majesté que repose le principe de l'honneur de la Couronne selon lequel le gouvernement est tenu de respecter certaines normes dans l'affirmation de sa souveraineté, le règlement des revendications et la mise en œuvre des traités (*Nation Haida*).

Une des facettes de la réconciliation réside dans le dialogue entre les autochtones et les gouvernements. En vertu d'une jurisprudence récente, la Cour suprême dépasse les énoncés de principe et enjoint aux Couronnes fédérale et provinciales de consulter les peuples autochtones dans la prise de décisions affectant potentiellement leurs droits. Cette obligation légale établit donc un cadre juridique contraignant pour la Couronne et la force au dialogue avec les autochtones avant même que la revendication autochtone ne soit établie.

Les deux arrêts de principe rendus par la Cour suprême sur l'obligation de consulter de la Couronne sont *Taku River* et

*Haida*. Dans *Haida*, la Cour énonce dès le début du jugement la priorité qui devrait être accordée aux négociations :

Même si les revendications autochtones sont et peuvent être réglées dans le cadre des litiges, il est préférable de recourir à la négociation pour concilier les intérêts de la Couronne et ceux des autochtones. (*Nation Haida*, par. 14)

C'est en vertu du principe de l'honneur de la Couronne que les Couronnes fédérale et provinciales ont une obligation légale de consulter les peuples autochtones lorsqu'elles ont la « connaissance, concrètement ou par imputation, de l'existence potentielle du droit ou du titre ancestral et envisagent des mesures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur celui-ci » (*Nation Haida*, par. 35). L'obligation de consulter peut donc naître à l'étape où des droits sont revendiqués et non encore prouvés ou avant le règlement des revendications, se situant souvent à un stade préliminaire du processus de négociation et d'établissement des traités (*Nation Haida*, par. 27). Elle peut aussi naître lors de la « prise » de terres cédées en vertu d'un traité comme ce fut le cas dans l'affaire *Mikisew*, ce qui détermine, dans ce cas, la légalité du processus utilisé.

L'obligation de consulter a pour effet d'alléger le fardeau des peuples autochtones dans la protection de leurs droits et de remettre le règlement de certaines questions préliminaires entre les mains des parties. De plus, l'obligation de consulter est une obligation positive qui incombe à la Couronne et qui limite sa marge de manœuvre lorsque des intérêts autochtones sont en jeu. Elle force les parties à la table de négociation afin de trouver un compromis et peut, lorsque les circonstances le justifient, donner lieu à une obligation d'accommodement (*Nation Haida*, par. 47).

Il est important de souligner que cette obligation d'accommoder n'implique toutefois pas l'obligation de se mettre d'accord. En fait, la Cour suprême précise que le processus ne donne nullement aux groupes autochtones « un droit de veto sur les mesures susceptibles d'être prises à l'égard des terres en cause en attendant que la revendication soit établie de façon définitive » (*Nation Haida*, par. 48). Il est donc clair que la Cour suprême, dans un effort pour mettre en œuvre le principe de réconciliation par le truchement de la consultation, exige des autorités la recherche d'un équilibre entre les intérêts autochtones et les intérêts plus larges de la société canadienne.

L'importance que revêt la réconciliation dans l'orientation des politiques judiciaires en matière de droits ancestraux est énoncée on ne peut plus clairement par le juge Binnie dans le récent arrêt *Mikisew* :

L'objectif fondamental du droit moderne relatif aux droits ancestraux et issus de traités est la réconciliation entre les peuples autochtones et non autochtones et la conciliation de leurs revendications, intérêts et ambitions respectifs. La gestion de ces rapports s'exerce dans l'ombre d'une longue histoire parsemée de griefs et d'incompréhension. La multitude de griefs de moindre importance engendrés par l'indifférence de certains représentants du gouvernement à l'égard des préoccupations des peuples autochtones, et le manque de respect inhérent à cette indifférence, ont causé autant de tort au processus de réconciliation que certaines des controverses les plus importantes et les plus vives. (*Mikisew*, par. 1)

On peut donc conclure qu'en reconnaissant une obligation légale de consultation de la Couronne, la Cour suprême s'inscrit dans la vision de réconciliation émanant du Rapport. Les autochtones faisant partie de la société canadienne, cette réconciliation doit toutefois nécessairement s'opérer à l'intérieur des

paramètres de conciliation des intérêts des autochtones et ceux de la Couronne.

## CONCLUSION

Au moment de compléter cet article, dix ans se sont écoulés depuis le dépôt du rapport de la Commission royale. La jurisprudence a certes évolué depuis cette date, mais force est de constater que le Rapport a eu peu d'impact auprès de la Cour suprême du Canada jusqu'à maintenant.

À la lumière de ce qui précède, quelles sont les conclusions qui s'imposent ? D'abord, on ne compte actuellement que treize décisions de la Cour suprême du Canada faisant référence aux travaux de la Commission royale<sup>26</sup>. Hormis quelques occasions où la Cour y a puisé des données sur la situation des peuples autochtones (*Gladue*, par. 62), complété une information historique (*Ross River*, par. 14, *Opetchesah*, par. 83), défini les critères d'appartenance aux communautés métisses (*Blais*, par. 9; *Powley*, par. 10) et traité de la question de l'identité culturelle des autochtones (*Corbiere*, par. 17), les références au rapport de la Commission sont demeurées somme toute limitées.

Plus particulièrement, sur le plan des droits ancestraux, les recommandations de la Commission royale se sont avérées ambitieuses et plus libérales que l'interprétation qu'en a faite la Cour suprême. Comme nous l'avons signalé plus haut, cela s'explique en partie par le fait que la majorité des arrêts de principe de la Cour suprême sur la question des droits ancestraux a été rendue avant l'année de dépôt du rapport ou peu après, mais également par le fait que la Cour doit concilier les droits préexistants des sociétés autochtones et la souveraineté de la Couronne. Quant à la question du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, colonne vertébrale du Rapport et intimement liée à l'exercice des droits ancestraux, elle demeure toujours en suspens.

S'il est vrai que la Cour suprême n'a pas vraiment eu l'occasion de se prononcer sur la question du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, il n'est pas clair à ce jour qu'elle soit en fait le forum approprié car la reconnaissance de l'autonomie gouvernementale va indubitablement au-delà des questions de droit. Il s'agit en fait d'une redistribution du partage des compétences comme l'envisageait le défunt accord de Charlottetown. C'est sans doute la raison qui amène la Commission royale à recommander une approche fondée sur la négociation de traités plutôt que sur la voie judiciaire. Logique avec lui-même, le Rapport encourage également la retenue judiciaire en n'accordant qu'un rôle secondaire aux tribunaux. Les tribunaux n'étant pas équipés pour répondre à la complexité des enjeux politiques et économiques qui sous-tendent souvent les revendications autochtones, la Commission royale souligne qu'ils ne sont pas nécessairement en mesure d'apporter des solutions satisfaisantes :

[...] la jurisprudence actuelle ne suffit pas à offrir toutes les garanties nécessaires pour protéger les terres et les ressources autochtones. Lorsqu'une collectivité autochtone affirme un droit particulier lié à son titre ancestral de se livrer à une activité relativement distincte telle que la pêche, l'intervention du tribunal pour définir les droits respectifs des parties peut s'avérer un moyen efficace de résoudre le litige. Toutefois, lorsque la nation autochtone affirme à l'égard des terres et des ressources un large éventail de droits liés à son titre, le recours aux tribunaux n'est pas toujours la meilleure voie à suivre pour régler un tel litige. *En effet, les redressements judiciaires sont souvent trop directs et trop réactionnels pour faire entrer en ligne de compte les éléments complexes et*

détaillés d'ordre politique, économique, juridictionnel ou réparateur qui sont nécessaires pour trouver une solution satisfaisante pour toutes les parties intéressées. (Canada 1996, vol. 2, deuxième partie : 624-625, nos italiques)

À ce sujet, il est intéressant de noter que la Cour suprême elle-même a fait le constat de ses propres limites dans le règlement des différends opposant la Couronne et les autochtones en favorisant l'approche négociée :

[L]a présente affaire a été longue et coûteuse, non seulement sur le plan financier mais aussi sur le plan humain. En ordonnant la tenue d'un nouveau procès, je n'encourage pas nécessairement les parties à introduire une instance et à régler leur différend devant les tribunaux. Comme il a été dit dans *Sparrow*, à la p. 1105, le par. 35(1) « procure [...] un fondement constitutionnel solide à partir duquel des négociations ultérieures peuvent être entreprises ». Devraient également participer à ces négociations les autres nations autochtones qui ont un intérêt dans le territoire revendiqué. En outre, la Couronne a l'obligation morale, sinon légale, d'entamer et de mener ces négociations de bonne foi. En fin de compte, c'est au moyen de règlements négociés – toutes les parties négociant de bonne foi et faisant les compromis qui s'imposent – processus renforcé par les arrêts de notre Cour, que nous pourrions réaliser ce que, dans *Van der Peet*, précité, au par. 31, j'ai déclaré être l'objet fondamental du par. 35(1), c'est-à-dire « concilier la préexistence des sociétés autochtones et la souveraineté de Sa Majesté ». Il faut se rendre à l'évidence, nous sommes tous ici pour y rester. (*Delgamuukw*, par. 186, nos italiques)

Certains auteurs ont d'ailleurs avancé que les décisions rendues par la Cour suprême sur la question des droits ancestraux démontrent qu'elle ne représente pas la meilleure des solutions pour faire avancer leurs causes.

L'influence du Rapport sur la Cour suprême en ce qui concerne les droits ancestraux et l'autonomie gouvernementale demeure somme toute limitée mais le principe de la réconciliation a trouvé écho dans des termes juridiques. En rendant les arrêts *Taku River* et *Haida* qui créent une obligation légale pour la Couronne de consulter les autochtones dans certaines circonstances, le plus haut tribunal du pays impose et met habilement au devant de la scène le dialogue entre la Couronne et les autochtones reflétant ainsi l'esprit de réconciliation qui émane du rapport. Bien que le principe de la réconciliation doive s'interpréter par le prisme de la conciliation, il demeure sans doute à ce jour l'influence la plus concrète du Rapport traduite en termes juridiques par la Cour suprême.

Malgré ce qui précède, les travaux de la Commission royale sont là pour rester. Ils continueront d'être une source de réflexion et un outil de référence non seulement pour les décideurs politiques, les chercheurs mais aussi pour les juristes et les juges. Bref, les nombreuses analyses sur la situation des autochtones sur les plans historique, culturel, politique, économique, social et juridique ne pouvaient passer sous silence les multiples problèmes vécus par les autochtones peu de temps après l'arrivée des Européens au Canada et qui se sont accentués après les années 1850. Le rapport Bagot constitue à cet égard un témoignage éloquent du peu de place qu'occupaient les autochtones durant cette période.

Dans cette perspective, le processus imaginé par les commissaires de la Commission royale va beaucoup plus loin que les commissions d'enquête précédentes. Ce processus a permis à de nombreux autochtones, seuls ou regroupés en association, de témoigner de leurs frustrations, attentes et rêves, ce qui

constituait déjà un facteur de « guérison » dans la longue marche des peuples autochtones vers la reconnaissance de leurs droits.

En effet, on peut dire que le rapport de la Commission royale constitue une étape fondamentale dans la reconnaissance des droits des peuples autochtones, en particulier par rapport à la reconnaissance d'un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale. Alors que la commission Bagot visait à faire des autochtones des personnes comme les autres, la Commission royale a exprimé haut et fort leur spécificité au sein de la société canadienne en rappelant qu'ils ont constitué des partenaires importants dans la construction du Canada d'hier et d'aujourd'hui.

En conclusion, s'il est difficile, à ce stade-ci, de définir et mesurer le rôle que jouera le rapport de la Commission royale dans les années à venir, il est clair que les constats tirés par la Commission royale ne sont pas prêts à être évacués. Même si ces constats n'ont pas encore donné des suites concrètes sur plusieurs aspects, il ne fait aucun doute que les analyses de la Commission royale vont continuer à servir de source d'inspiration dans les propos de la Cour suprême du Canada et de l'activité gouvernementale.

## Notes

1. Le rapport de la commission Bagot [ci après *rapport Bagot*] avait été demandé par le très honorable Sir Charles Bagot, Gouverneur général de l'Amérique du Nord britannique. Trois commissaires furent nommés par celui-ci, soit Rawson William Rawson, John Davidson et William Hepburn. Le mandat de cette commission portait non seulement sur « l'emploi de l'allocation annuelle faite par le Parlement du Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et d'Irlande en faveur des Sauvages en cette Province », mais aussi sur les « autres matières relatives aux affaires des Sauvages résidant au Canada ou le visitant... » pour proposer « quelque changement dans la manière de conduire et diriger les affaires du Département des Sauvages ou dans l'emploi des fonds placés à sa disposition ». Voir 8 Victoria, (1844-5) appendice E.E.E. et 11 Victoria, (1847) appendice T. (aucun de ces documents n'est paginé). Voir également Leslie (1984) et Giokas (1997).
2. La commission Bagot s'est essentiellement intéressée aux Indiens (que l'on appelait à l'époque les « sauvages ») et non aux autochtones, d'où notre référence aux Indiens lorsque le contexte le justifie. Par autochtone, on entend généralement aujourd'hui les Indiens, les Inuits et les Métis.
3. Le rapport du très honorable Brian Dickson (32 pages non paginées excluant l'annexe 1 qui énumère la liste des personnes rencontrées) est annexé au procès-verbal d'une réunion du Comité du conseil privé approuvé par le Gouverneur général du Canada le 26 août 1991 (C.P. 1991-1597) qui a créé la Commission royale sur les peuples autochtones.
4. R. Savard et J.-R. Proulx mentionnent ceci : « Le 30 juillet 1846, avant même qu'on ait le temps de songer à la mise en application (du rapport Bagot), le secrétaire aux Colonies britanniques revenait sur la question de l'arrêt du paiement des annuités couvertes par l'octroi impérial. L'Assemblée législative réagit en demandant à la Couronne de calmer ses Communes... » (1982 : 81)
5. Le rapport Bagot qui mentionne ceci : « Dans le Haut-Canada, au contraire, où l'influence des Jésuites et du clergé catholique Romain ne s'est pas fait sentir, les Sauvages sont restés jusqu'à une époque très récente, dans la barbarie et le paganisme. »
6. Le rapport Bagot mentionne que les tribus indiennes du Bas-Canada « depuis le milieu du XVII<sup>e</sup> siècle jusqu'à la conquête, avaient été sous les soins et la direction spéciale des missionnaires Jésuites qui les rassemblèrent dans leurs établissements actuels, obtinrent pour eux de la Couronne de France, des concessions de terres pour leur éducation et civilisation... »

7. Lord Gleneg, secrétaire d'État aux colonies, avait soumis au gouverneur du Canada des questionnements sur l'opportunité et la manière de diminuer les présents aux Indiens. Le gouverneur du Canada, Lord Gosford, institua un comité pour analyser la situation. Celui-ci remit son rapport au gouverneur le 13 juin 1837 en recommandant fortement le maintien de ces présents « until the Indians shall be raised to a capacity of maintaining themselves on an Equality with the rest of the population of the province ». Le rapport examine ensuite le potentiel agricole des terres réservées aux Indiens dans le Bas-Canada. Voir la correspondance dans *Copies or extracts of correspondence since 1<sup>st</sup> April 1835 between the secretary of state for the colonies and the governors of the British North America Provinces respecting the Indians in those provinces*. Dans Archives nationales du Canada, série RG1 (Conseil exécutif 1764-1867).
8. Les premiers traités entraînant la cession des droits territoriaux des autochtones commencèrent dans le sud de l'Ontario à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle. Deux importants traités furent conclus autour des lacs Huron et Supérieur en 1850, qui portent le nom de son négociateur pour la Couronne, un dénommé Robinson, d'où les traités Robinson-Huron et Robinson-Supérieur. Après la confédération de 1867, des traités furent négociés par la Couronne fédérale au fur et à mesure de l'expansion du Canada vers l'ouest. Il s'agit des traités numérotés 1 à 11 dont le dernier remonte à 1923. Pour un rapide survol, voir *Historique des traités*, Affaires indiennes et du Nord Canada, 1983.
9. Voir *Actes pour mettre à part certaines étendues de terres pour l'usage de certaines tribus de sauvages dans le Bas-Canada*, 14-15 Victoria, ch. 106. Cette loi a permis, en 1851, la mise à part de 230 000 acres de terres au profit des Indiens qui n'avaient pas obtenu de terres sous le Régime français (les terres de mission) ou dont les terres avaient subi des diminutions.
10. *Act respecting the Management of Indians Lands and Property*, 1860, 23 Victoria, ch. 151.
11. *Acte pour amender et refondre les lois concernant les sauvages*, S.C. 1876, ch.18.
12. *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5. Pour l'historique des lois, voir *Les Lois sur les Indiens et leurs lois modificatrices 1868-1950*, Affaires indiennes et du Nord Canada, 1983.
13. Dans *Historique de la Loi sur les Indiens*, Affaires indiennes et du Nord Canada, 1983 à la p. 172, on mentionne que le 11 avril 1924, le sous-surintendant général a demandé au sous-ministre de la Justice E.L. Newcombe s'il était d'avis d'ajouter un article dans la loi « pour empêcher les avocats et les agitateurs de percevoir de l'argent des Indiens pour actionner le gouverneur en revendication, sans obtenir au préalable le consentement du ministre de la Justice ». La loi fut modifiée en ce sens. Voir *Loi modifiant la loi des sauvages*, 17 Geo. V, ch. 32 plus particulièrement l'article 145A.
14. Dans *St. Catherine's Milling and Lumber Company and the Queen*, [1889] A.C. 46, le Conseil privé détermina la nature du droit des Indiens sur leurs terres sans que ceux-ci ne soient partie à l'important litige opposant le Canada et l'Ontario sur le contrôle des terres indiennes après leur cession par les Indiens concernés. Voir également : *Ontario Mining Co. Ltd. v. Seybold and others*, [1903] A.C.73 et *A.G. Québec v. A.G. Canada*, [1921] A.C. 401
15. Par exemple, en 1923 et 1924, le chef iroquois Deskaheh a fait valoir à Genève que la Confédération des Six Nations iroquoises formait un pays au sens du droit international. Pour un historique de cet événement, voir Sanders (1992) Le professeur Sanders mentionne ce qui suit : « While Deskaheh was still in Europe, the Canadian Government dissolved the traditional council at Six Nations, imposing an elected system under the rules found in the *Federal Indian Act*. » (Sanders 1992 : 486)
16. On trouvera un extrait du discours du premier ministre Trudeau à Vancouver dans Cumming et Mickenberg (1972 : 331-332).
17. Par exemple, voir *Badger c. R.*; *R. c. Van der Peet*; *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*; *R. c. Gladstone*; *R. c. Nikal*; *R. c. Pamajewon*; *R. c. Adams* et *R. c. Côté*; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique* ; *R. c. Marshall N° 1*; *R. c. Marshall N° 2*; *R. c. Sundown*; *Mitchell c. M.R.N.*; *Bande indienne Wewaykum c. Canada*; *R. c. Powley*; *Nation Haida c. C.-B.*; *Taku River c. C.-B.*; *Première nation crie Mikisew c. Canada* (Ministre du Patrimoine canadien); *R. c. Marshall*; *R. c. Bernard*.
18. Cette proclamation édictée par le roi George III a notamment créé la colonie du Québec et un territoire indien à même les anciennes possessions françaises en Amérique du Nord.
19. Cette convention a été conclue par la Couronne ((i) Canada (ii) Québec et ses sociétés mandataires) d'une part, les Cris et les Inuits d'autre part. Elle mit fin au litige avec le Québec au sujet de la construction de travaux hydroélectriques sur la Grande Rivière. Cette convention a donné lieu à plusieurs modifications au fil des ans, dont celles entraînées par la conclusion, le 7 février 2002, de l'Entente concernant une nouvelle relation entre le gouvernement du Québec et les Cris du Québec (communément appelée « La Paix des braves »). Voir G.O.Q., 22 mai 2002 aux p. 3205 et suiv.
20. Convention conclue avec les Naskapis (non publiée) qui comporte le même genre de droits, privilèges et avantages à ses bénéficiaires.
21. Pourtant, dans l'affaire *Calder*, monsieur le juge Hall était d'avis que seuls les documents entraînant la cession des droits des autochtones avaient valeur de traité. Il l'exprima ainsi d'une manière lapidaire : « À coup sûr, les traités canadiens, conclus si solennellement par la Couronne, étaient destinés à éteindre le titre indien. Quel autre objectif pouvait-il y avoir? S'ils n'étaient pas destinés à éteindre le titre indien, il s'agissait d'une farce monumentale, ce qu'il ne faut pas présumer. » (p. 394)
22. Le paragraphe 1 de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* se lit comme suit : « Les droits existants – ancestraux ou issus de traités – des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés. »
23. Dès 1993, une étude commandée par la Commission royale a voulu amorcer un débat sur la place des autochtones au Canada : *Partenaires au sein de la Confédération – Les peuples autochtones, l'autonomie gouvernementale et la Constitution* (Canada 1993).
24. Une loi adoptée en 1858 témoigne parfaitement de cet état d'esprit : *Acte pour encourager la civilisation graduelle des tribus sauvages en cette province et pour amender les lois relatives aux sauvages*, 20 Victoria, ch. 26. Loin de faire des nations autochtones des partenaires au sein de la confédération, cette loi visait à faire perdre aux Indiens leur statut en tant que tel.
25. Le « titre autochtone » ou « titre ancestral » réfère à l'ensemble des droits détenus par un ou plusieurs peuples autochtones à l'égard de terres occupées historiquement. Pour être reconnu, un titre ancestral doit satisfaire aux critères énoncés dans l'arrêt *Delgamuukw*. Le *Rapport* est également cité pour soutenir l'analyse de la Cour suprême concernant l'admissibilité en preuve de la tradition orale au motif qu'elle « dépasse le rôle de l'histoire écrite dans les sociétés occidentales ».
26. Voici la liste de ces décisions en commençant par la plus récente : *R. c. Powley*; *R. c. Blais*; *Conseil de la bande de Ross River c. Canada*; *R. c. Golden*; *Mitchell c. M.R.N.*; *Lovelace c. Ontario*; *Corbière c. Canada* (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien); *R. c. Gladue*; *R. c. Williams*; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*; *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.)*; *Bande indienne des Opetchesht c. Canada*; *R. c. Côté*.

## Remerciements

Les auteurs remercient M<sup>e</sup> Yolaine Williams, conseillère juridique au ministère de la Justice du Canada, pour sa contribution à la préparation de cet article. Les auteurs s'expriment en leur nom personnel et non au nom de leurs ministères respectifs. Ce texte n'engage que leurs auteurs.

## Législation citée

- Proclamation royale de 1763, L.R.C. (1985), App. II, n° 1.
- Acte pour encourager la civilisation graduelle des tribus sauvages en cette province et pour amender les lois relatives aux sauvages, 1857, 20 Victoria, ch. 26.
- Act respecting the Management of Indians Lands and Property, 1860, 23 Victoria, ch. 151.
- Acte pour amender et refondre les lois concernant les sauvages, S.C. 1876, ch. 18.
- Loi modifiant la loi des sauvages, 1927, 17 Geo. V, ch. 32.
- Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5.
- Actes pour mettre à part certaines étendues de terres pour l'usage de certaines tribus de sauvages dans le Bas-Canada, 1851, 14-15 Victoria, ch. 106.
- Loi constitutionnelle de 1982, annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R.-U.), 1982, ch. 11.

## Jurisprudence citée

- Badger c. R.*, [1996] 1 R.C.S. 771
- Bande indienne de la rivière Bluberry c. Canada (ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 R.C.S. 344
- Bande indienne des Opetchesaht c. Canada*, [1997] 2 R.C.S. 119
- Bande indienne Wewaykum c. Canada*, [2002] 4 R.C.S. 245
- Conseil de la bande de Ross River c. Canada*, [2002] 2 R.C.S. 816
- Corbière c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203
- Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010
- Guerin c. R.*, [1984] 2 R.C.S. 335
- Lovelace c. Ontario*, [2001] 1 R.C.S. 950
- Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911
- Nation Haida c. C.-B.*, [2004] 3 R.C.S. 511
- Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.)*, [1997] 3 R.C.S. 925
- Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, [2005] 3 R.C.S. 388
- R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101
- R. c. Blais*, [2003] 2 R.C.S. 236
- R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 135
- R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723
- R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688
- R. c. Golden*, [2001] 3 R.C.S. 679
- R. c. Marshall (N° 1)*, [1999] 3 R.C.S. 456
- R. c. Marshall (N° 2)*, [1999] 3 R.C.S. 533
- R. c. Marshall; R. c. Bernard*, [2005] 2 R.C.S. 220
- R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672
- R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013
- R. c. Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821
- R. c. Powley*, [2003] 2 R.C.S. 207
- R. c. Simon*, [1985] 2 R.C.S. 387
- R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025
- R. c. Sundown*, [1999] 1 R.C.S. 393
- R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507
- R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128
- Taku River c. C.-B.* [2004] 3 R.C.S. 550

## Documents gouvernementaux cités

- Affaires indiennes et du Nord Canada), 1983, *Historique des traités*.
- Canada-Uni, rapport sur les affaires des Sauvages en Canada, 8 Victoria, (1844-5) appendice E.E.E. et 11 Victoria, (1847) appendice T.
- Convention du Nord-Est québécois, 1978, non publiée.

## Ouvrages cités

- BELL, Catherine, 1998 : « New Directions in the Law of Aboriginal Rights ». *Revue du Barreau canadien* 77 : 36.
- BORROWS, J., 2001 : « Domesticating Doctrines: Aboriginal Peoples after the Royal Commission ». *Revue de droit de McGill* 46 : 615.
- BORROWS, J., et L.I. ROTHMAN, 1997 : « The Sui Generis Nature of Aboriginal Rights: Does It Make a Difference? » *Alberta Law Review* 36 : 9-45.
- CAIRNS, Alan C., 2000 : *Citizen Plus: Aboriginal Peoples and the Canadian State*. UBC Press, Vancouver.
- CANADA, Gouvernement du, 1993 : *Partenaires au sein de la Confédération – Les peuples autochtones, l'autonomie gouvernementale et la Constitution*. Approvisionnement et Services Canada, Ottawa.
- , 1996 : *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*. 5 volumes (vol. 1 : « Un passé, un avenir »; vol. 2 : « Une relation à redéfinir »; vol. 3 : « Vers un ressourcement »; vol. 4 : « Perspectives et réalités »; vol. 5 : « Vingt ans d'action soutenue pour le renouveau »). Approvisionnement et Services Canada, Ottawa.
- CUMMING, P. A., et N. H. MICKENBERG (dir.), 1972 : *Native Rights in Canada*. Indian-Eskimo Association of Canada in association with General Publishing Co. Ltd., Toronto.
- FLANAGAN, Tom, 2002 : *Premières Nations? Seconds Regards*. Septentrion, Sillery.
- GIOKAS, J., 1997 : « The Indian Act: Evolution, Overview and Options for Amendment and Transition », in *For Seven Generations: An Information Legacy of the Royal Commission on Aboriginal Peoples* [CD-ROM]. Libraxus, Ottawa.
- GRAMMOND, Sébastien, 1991 : « La protection constitutionnelle des droits ancestraux des peuples autochtones et l'arrêt *Sparrow* » (1991) *Revue de droit de McGill* 36 : 1382.
- LESLIE, J. F., 1984 : *Commissions of Inquiry into Indians affairs in the Canadas, 1828-1858: Evolving a corporate memory for the Indian department*. Mémoire de maîtrise en arts, Carleton University.
- MACKLEM, Patrick, 1991 : « First Nations Self-Government and the Borders of the Canadian Legal Imagination ». *Revue de droit de McGill* 36 : 382.
- McNEIL, Kent, 1989 : *Common Law Aboriginal Title*. Clarendon, Oxford.
- , 1997 : « The Meaning of Aboriginal Title », in M. Asch (dir.), *Aboriginal and Treaty Rights in Canada* : UBC Press, Vancouver.
- MORSE, B. W., 1997 : « Permafrost Rights: Aboriginal Self-Government and the Supreme Court in *R. v. Pamajewon* ». *Revue de droit de McGill* 42 : 1011.
- OTIS, Ghislain, 1999 : « Les sources des droits ancestraux des peuples autochtones ». *Cahiers de droit* 40 : 591.
- QUÉBEC, Gouvernement du, 1998 : *Convention de la Baie James et du Nord québécois*. Éditeur officiel du Québec, Québec.
- SANDERS, Douglas, 1992 : « Remembering Deskaheh: Indigenous Peoples and International Law », in Irwin Cotler et F. Pearl Eliadis (dir.), *International Human Rights Law: Theory and Practice* : 485-504. The Canadian Human Rights Foundation, Montréal.
- SAVARD, Rémi, et Jean-René PROULX, 1982 : *Canada : derrière l'épopée, les autochtones*. Édition l'Hexagone, Montréal.
- SLATTERY, B., 1987 : « Understanding Aboriginal Rights ». *Revue du Barreau canadien* 66 : 727.