

2m11. 2701.2

Université de Montréal

**L'OBLIGATION DE FIDUCIAIRE DES COURONNES CANADIENNE ET
QUÉBÉCOISE À L'ÉGARD DES PEUPLES AUTOCHTONES DU CANADA ET SA
PORTÉE DANS LE CONTEXTE DE L'ACCESSION DU QUÉBEC À LA
SOUVERAINETÉ**

par

Éric Cardinal

Faculté de droit

Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures
en vue de l'obtention de
Maître en droit (LL. M.)

Décembre 1998

© Éric Cardinal, 1998



AZBD
US4T
1999
V.003

Page d'identification du jury

**Université de Montréal
Faculté des études supérieures**

Ce mémoire intitulé :

**L'obligation de fiduciaire des couronnes canadienne
et québécoise à l'égard des peuples autochtones
du Canada et sa portée dans le contexte de l'accession
du Québec à la souveraineté**

Présenté par :

Éric Cardinal

a été évalué par un jury composé des personnes suivantes :

Madame Andrée Lajoie, directeur de recherche
Madame Louise Rolland, président-rapporteur
Monsieur Rémi Savard, membre du jury

Mémoire accepté le :29 mars 1999.....

SOMMAIRE

Cette étude se veut une lecture particulière des relations entre les Autochtones du Canada et la Couronne du Canada à une époque où les tribunaux canadiens, notamment la Cour suprême, rendent des jugements perçus comme étant plutôt favorables à l'endroit des Autochtones. Cette jurisprudence, nouvelle et encore chétive, soulève de nombreuses attentes aussi bien que des inquiétudes, tout particulièrement à l'égard du concept de l'obligation de fiduciaire de la Couronne.

Mon hypothèse de recherche est que l'obligation de fiduciaire de la Couronne constituerait un principe constitutionnel s'appliquant non seulement au gouvernement fédéral, mais également à la compétence législative fédérale ainsi qu'aux législatures et gouvernements provinciaux.

Dans la présente recherche, où l'objet d'analyse est encore dans sa phase de cristallisation, une approche basée sur la conception du droit comme étant le fruit d'un construit a permis d'étudier les relations entre trois concepts opératoires, soit le droit constitutionnel, l'obligation de fiduciaire et la souveraineté.

Au terme de cette recherche, je conclus que la Couronne canadienne entretient avec les peuples autochtones des rapports de type fiduciaire qui découlent des relations historiques

et du titre aborigène. Ces rapports spéciaux engendrent ce qu'il est convenu d'appeler une obligation générale de la Couronne, d'où découlent des obligations spécifiques de fiduciaire, semblables à celles connues en droit des fiducies. Le rapport fiduciaire donne lieu, dans le cas de cession de terres, à une situation similaire à la fiducie que la Cour a qualifiée de *sui generis* afin d'en déterminer la nature et les effets sans être liée par les règles connues en *common law* du droit des fiducies.

L'obligation générale de fiduciaire s'impose dans l'interprétation de la Constitution, notamment de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Mes résultats m'amènent également à conclure que le consentement des peuples autochtones détenteurs d'un titre aborigène est nécessaire préalablement à toute modification constitutionnelle qui porterait atteinte à ce titre, donc *a fortiori* au projet de sécession du Québec.

Dans le contexte de l'accession du Québec à la souveraineté, il semble évident qu'il existe une obligation de consultation et que le gouvernement souverainiste doit offrir des garanties constitutionnelles aussi importantes, sinon plus, que celles que possèdent actuellement les Autochtones en droit canadien. Ces exigences sont imposées par la doctrine de l'obligation de fiduciaire et, dans une certaine mesure, par des règles coutumières de droit international.

Dans le cadre des consultations préalables à la sécession, le gouvernement québécois devrait chercher à ratifier une entente —un traité si possible— avec les divers peuples autochtones vivant sur le territoire québécois. L'offre doit être raisonnable et contenir des éléments cruciaux aux yeux des Autochtones comme, par exemple, un droit de propriété sur les terres et les ressources naturelles, l'autonomie gouvernementale et des compensations financières. Si une entente n'est pas possible, le gouvernement québécois devrait soumettre la question à un comité international d'arbitrage, idéalement chapeauté par l'Organisation des Nations Unies. Le gouvernement québécois devra alors respecter ses obligations de fiduciaire. Pour le reste, la question sera davantage politique que juridique et dépendra de la réaction du gouvernement canadien et des autres États.

REMERCIEMENTS

La rédaction d'un mémoire, tel que celui-ci, ne peut pas s'effectuer sans l'appui de quelques personnes. J'aimerais d'abord remercier ma directrice de recherche, madame Andrée Lajoie, qui, tout au long de mes recherches, s'est montrée d'une patience et d'une attention exemplaires. Le fruit de mes recherches est, en grande partie, le résultat de ses judicieux conseils, de ses critiques - aussi sévères que nécessaires - et de ses généreux encouragements.

J'aimerais également remercier ma conjointe, Sophie Primeau, qui m'a appuyé tout au long de mes recherches, se réjouissant de mes joies et compatissant lors des périodes plus difficiles. Un merci tout particulier s'adresse à sa mère, Ghislaine Primeau, qui a été à la fois correctrice et soutien moral. Ses encouragements n'ont pas été vains. Enfin, j'aimerais remercier mes parents, Denise et Raymond Cardinal, qui n'ont pas cessé de croire en mes compétences et qui, depuis mon tout jeune âge, ont eu pour moi l'ambition de me voir graduer d'une université.

Mes recherches ont bénéficié d'une aide financière du gouvernement du Québec et elles ont été réalisées au Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal.

Il est évident que toute erreur dans la recherche ou dans la rédaction de ce mémoire incombe uniquement à l'auteur.

À Sophie,
qui a partagé
mes souffrances
et mes joies.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
1. Problématique	1
2. Cadre conceptuel	11
A. Le droit constitutionnel	11
1) Les sources	13
a) Les lois constitutionnelles	13
b) Les traités	14
c) Les conventions et principes constitutionnels ..	16
2) Les sujets de droit constitutionnel	20
a) La Couronne	21
b) Les Autochtones	25
B. La doctrine de l'obligation de fiduciaire	26
C. La souveraineté	31
3. Les méthodes	33

Partie I- La doctrine de l'obligation de fiduciaire et ses sources 35

A. Contenu 35

1) Le principe général 41

2) Les obligations particulières 44

B. Les sources 51

1) Les justifications idéologiques 52

a) Les rapports historiques 52

b) Le titre aborigène 55

2) Les fondements juridiques 61

a) La Constitution 63

La Proclamation royale 63

La Loi constitutionnelle de 1982 67

b) Les textes législatifs 74

La Loi sur les Indiens 75

Les lois de mise en oeuvre des traités 79

c) Les traités historiques et modernes 80

d) Les actions unilatérales de la Couronne 87

Conclusion de la partie I 88

Partie II- Le cas du Québec	93
A. Dans le cadre constitutionnel actuel	93
1) En général	94
2) La baie James	99
B. Dans le cadre de modifications constitutionnelles	102
1) Le processus d'amendement constitutionnel	103
2) Les conventions constitutionnelles	109
C. Dans le contexte de l'accession du Québec à la souveraineté ..	112
1) En vertu du droit canadien	112
2) En vertu du droit international	117
CONCLUSION GÉNÉRALE	126
BIBLIOGRAPHIE	132

INTRODUCTION

Depuis plusieurs années, la question autochtone retient de plus en plus l'attention et mérite qu'on s'y attarde davantage. Depuis surtout l'échec de l'Accord du Lac Meech sur le renouvellement de la Constitution, en 1990, les questions portant sur les droits des Autochtones du Canada se retrouvent souvent au premier plan de l'actualité. Les controverses sont nombreuses. Elles entraînent des débats politiques et juridiques principalement à l'égard du territoire mais également quant à divers droits que les peuples autochtones revendiquent à l'égard du *common law* canadien, de la Constitution et de certaines règles internationales.

1. Problématique

Motivés par un sentiment identitaire, les Autochtones multiplient les revendications. Ils ont principalement utilisé les tribunes politiques dans le but de se voir confirmer davantage de pouvoirs et de garanties dans la Constitution canadienne. L'élément principal de ces revendications est aujourd'hui le concept d'autonomie gouvernementale. Bien que les appels aux tribunaux canadiens soient, à ce jour, plutôt peu nombreux, les Autochtones ont manifestement accentué leurs requêtes judiciaires afin de se voir reconnaître et garantir des droits. Ainsi, les tribunaux ont pu élaborer une jurisprudence

qui dicte présentement les relations entre les gouvernements du Canada et les Autochtones. À cet égard, il est important de souligner que malgré l'article 91(24) de la Loi constitutionnelle de 1867¹, qui confère pleine juridiction en matière autochtone au parlement fédéral, depuis quelques années, plusieurs gouvernements provinciaux, dont celui du Québec, entretiennent des relations régulières avec diverses nations autochtones. Les relations politiques entre les deux parties s'en trouvent ainsi accrues. Le pouvoir des provinces sur les réserves et sur les questions autochtones n'est d'ailleurs pas nul puisque les lois de portée générale, qui n'affectent pas «l'indianité» des Indiens, s'appliquent tout autant sur les réserves que sur l'ensemble du territoire provincial². De plus, l'article 88 de la Loi sur les Indiens³ incorpore dans le droit fédéral les lois provinciales d'application générale qui affectent par ailleurs «l'indianité» des Indiens.⁴ Par ailleurs, le gouvernement du Québec a conclu ce qu'il appelle des «ententes sectorielles» portant sur différentes matières comme la taxation, le développement économique, la sécurité publique et la justice.⁵

¹ 30 et 31 Vict., R.-U., c. 3.

² Dick c La Reine, [1985] 2 R.C.S. 309.

³ L.R.C. (1985), ch. I-5.

⁴ Voir Natural Parents v. Superintendent of Child Welfare [1976] 2 S.C.R. 751; et Dick c. La Reine, précité, note 2.

⁵ Par exemple, la Déclaration de compréhension et de respect mutuel, signée le 15 octobre 1998 avec les Mohawks de Kahnawake.

Mais le partage des compétences n'est pas le sujet de cette étude, qui se veut plutôt une lecture particulière des relations entre les Autochtones du Canada et la Couronne du Canada. Bien qu'une analyse des relations politiques entre les Autochtones et les gouvernements permettrait de comprendre l'évolution de la question autochtone au Canada, la présente recherche s'éloignera peu des questions juridiques. Cette approche n'est d'ailleurs pas sans intérêt puisque, depuis quelques années, les tribunaux canadiens, notamment la Cour suprême, rendent des jugements perçus comme étant plutôt favorables⁶ à l'endroit des Autochtones, créant une jurisprudence, nouvelle et encore chétive, qui soulève de nombreuses attentes aussi bien que des inquiétudes. Cela justifie amplement cette nouvelle étude.

Chose certaine, le recours aux tribunaux se fait de plus en plus fréquent. Une pratique qui n'est pas étrangère à l'adoption de la Loi constitutionnelle de 1982⁷, qui confère à la Cour suprême un rôle crucial dans la définition des droits des Autochtones. Il est raisonnable de croire qu'elle jouera ce rôle pendant encore un bon moment. En pratique, la Cour est appelée à définir et délimiter, au fur et à mesure que les litiges lui sont soumis,

⁶ Dans une étude sur l'attitude des tribunaux et des gouvernements à l'égard des homosexuels (*When silence is no more acquiescence but exclusion: gays and lesbians under Canadian law*), la professeure Andrée Lajoie en arrive à la conclusion que malgré les apparences, les groupes minoritaires obtiennent au Canada davantage de gains par le biais de la politique et des pouvoirs législatifs que devant les instances judiciaires. Même si aucune étude approfondie n'a été effectuée en ce sens pour les Autochtones, il apparaît prudent de formuler des réserves sur les «apparences» de succès des Autochtones devant les tribunaux.

⁷ Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada, (1982), R.-U., c. 11.

la nature et la portée des concepts tels que les droits ancestraux, les droits issus de traités et l'autonomie gouvernementale. Ce processus de cristallisation des droits est d'autant plus important que la Loi constitutionnelle de 1982 a aussi contribué à renforcer la protection des droits des Autochtones et a créé un revirement majeur par rapport au statut antérieur. Certains auteurs parlent d'un nouveau paradigme⁸. Chose certaine, les Indiens, les Inuit et les Métis forment désormais des «peuples autochtones»⁹, dont les droits, «ancestraux et issus des traités»¹⁰, sont garantis par la Constitution. Aucune loi du parlement fédéral ou de la législature d'une province ne peut enfreindre ces droits sans une justification valable tenant compte du rôle historique particulier de protecteur que joue l'État canadien à l'égard des peuples autochtones du pays¹¹.

Ce rôle de protectorat, la Cour suprême, en 1984, l'a qualifié d'«obligation de fiduciaire» et l'a introduit dans le droit positif canadien¹². Au-delà des garanties de la Loi constitutionnelle de 1982, la Cour a jugé que les rapports entre les Autochtones et le gouvernement fédéral étaient si particuliers qu'ils engendraient, dans certaines circonstances, des obligations exécutoires en justice. Ainsi, selon ce jugement, les

⁸Notamment Renée DUPUIS dans Renée Dupuis et Kent McNEIL, L'obligation de fiduciaire de la Couronne envers les Autochtones dans le contexte de l'accession du Québec à la souveraineté. Vol. 2, "Dimension intérieure", Document préparé dans le cadre du Programme de recherche de la Commission royale sur les peuples autochtones, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1995.

⁹Loi constitutionnelle de 1982, article 35, o. cit. Note 7.

¹⁰Id.

¹¹R. c Sparrow, [1990] 1 R.C.S. 1075.

¹²Guerin c. La Reine, [1984] 2 R.C.S. 335.

relations historiques maintenues entre les Autochtones et Sa Majesté —d’abord la Couronne de l’empire colonial anglais et maintenant la Couronne du Canada— ont engendré des rapports spéciaux de nature «fiduciaire». Il s’agit d’un concept *sui generis* qui, dans certains cas, génère une obligation d’*equity* pour la Couronne. Les Autochtones peuvent obtenir dédommagement en cas de non-respect de cette obligation. C’est aussi le fondement du critère de justification établi par la Cour suprême dans l’arrêt *Sparrow*¹³ lorsqu’une loi porte atteinte aux droits —ancestraux ou issus des traités— reconnus et confirmés par l’article 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982.

L’arrêt Guerin a ainsi créé un précédent de taille. Il faut s’attendre à ce que le concept d’obligation de fiduciaire soit de plus en plus soulevé par les Autochtones. Néanmoins, il s’agit d’un concept encore indéterminé, en voie de cristallisation. Plusieurs questions demeurent donc sans réponse précise: quelles sont les sources de l’obligation de fiduciaire? Comment et en vertu de quels critères varie sa nature? À quel moment un groupe autochtone peut-il réclamer des dommages-intérêts pour manquement à l’obligation de fiduciaire de la Couronne? Est-ce que les provinces sont assujetties à la même obligation?

¹³ R. c. Sparrow, précité, note 11.

J'ai donc choisi comme problème général de recherche le concept d'obligation de fiduciaire à l'égard des peuples autochtones du Canada. Le choix de ce thème pour ce mémoire ne relève pas du hasard mais d'un profond désir de mieux comprendre les enjeux qui dictent les relations entre les Autochtones et les gouvernements, cette question d'actualité ne profitant pour l'instant que d'une attention limitée des chercheurs en droit. L'étude la plus avancée sur le sujet est celle préparée pour la Commission royale sur les peuples autochtones¹⁴. Il s'agit d'une bonne description du concept de l'obligation de fiduciaire mais elle nous permet difficilement de comprendre la nature exacte et les sources de la doctrine générale et des obligations particulières que les chercheurs tentent de mettre en évidence dans le contexte d'une éventuelle accession du Québec à la souveraineté. Une confusion semble exister, à première vue, entre l'existence de «rapports fiduciaires» et des obligations qui en découlent. De plus, le cadre théorique n'est pas clair et les conclusions semblent reposer sur des bases faibles. Elles n'en sont pas moins soutenables et, au terme de ma propre analyse, il m'a été possible d'en confirmer plusieurs. Notamment que l'existence, en droit positif, du principe des rapports de type fiduciaire entre l'État fédéral et les peuples autochtones du Canada ne fait plus aucun doute¹⁵. Ces rapports découlent du titre autochtone et des relations spéciales créées par

¹⁴ S.James ANAYA, Richard FALK et Donat PHARAND, L'obligation de fiduciaire du Canada dans le contexte de l'accession du Québec à la souveraineté, Vol. 1, «*Dimension internationale*», Document préparé dans le cadre du Programme de recherche de la Commission royale sur les peuples autochtones, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1995, et R. DUPUIS et K. McNEIL, op. cit., note 8.

¹⁵ R. DUPUIS et K. McNEIL, op. cit., note 8, 2.

l'histoire, les traités et divers textes législatifs¹⁶. Ils sont *sui generis* et engendrent, dans certaines conditions, une obligation de fiduciaire qui impose, par conséquent, une certaine restriction à l'exercice du pouvoir étatique. Cette obligation de fiduciaire prend alors la forme d'une obligation d'*equity* exécutoire en justice.¹⁷

Les arrêts Guerin et Sparrow fixent les bases de ce que l'on peut qualifier de «doctrine»¹⁸ de l'obligation de fiduciaire dans l'interprétation des rapports entre le gouvernement canadien et les Autochtones. Il s'y rattache une série d'autres arrêts de la Cour suprême¹⁹ et de tribunaux inférieurs²⁰, qui ont permis, selon le cas, soit d'éclaircir la doctrine, soit de la rendre plus confuse. Cette doctrine issue du *common law* a été, selon plusieurs

¹⁶ Id. Les auteurs vont cependant confondre rapports fiduciaires et obligation de fiduciaire, leur prêtant tour à tour les mêmes sources.

¹⁷ Guerin c. La Reine, précité, note 12.

¹⁸ Puisqu'au terme de ma recherche, il est clair qu'il s'agit d'une doctrine, c'est-à-dire une «source du droit, constituée par l'opinion exprimée des jurisconsultes». (Nouveau dictionnaire encyclopédique Larousse Sélection, Sélection du Readers's Digest, Canada, 1987, 301.)

¹⁹ Notamment: Québec (Procureur général) c. Canada (Office national de l'énergie), [1994] 1 R.C.S. 159 (ci-après O.N.E.); Lac Minerals c. International Corona Resources, [1989] 2 R.C.S. 574 (ci-après Lac Minerals); R. c. Badger, [1996] 1 R.C.S. 771 (ci-après Badger); Delgamuukw c. Colombie-Britannique, [1997] 3 R.C.S. 1010 (ci-après Delgamuukw).

²⁰ Notamment: R. c. Agawa (1988), 28 O.A.C. 201 (ci-après Agawa); R. c. Sikya (1964), 43 D.L.R. (2d) 150 (C.A.T.N.-O.) (ci-après Sikya).

auteurs²¹ ainsi que selon la Commission royale sur les peuples autochtones²², constitutionnalisée par l'article 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982.

À noter que les tribunaux ne se sont pas encore directement et clairement prononcés sur l'existence, en droit positif, d'une obligation de fiduciaire incombant aux gouvernements provinciaux. Quelques décisions, comme nous le verrons à l'analyse, mènent toutefois à croire que les tribunaux reconnaissent que le principe d'obligation de fiduciaire puisse s'appliquer également à chaque province. La définition même de l'obligation de fiduciaire, qui existe en fonction de la nature des relations, nous amène logiquement à croire que les gouvernements provinciaux y sont assujettis. Par conséquent, j'émetts l'hypothèse selon laquelle l'obligation de fiduciaire s'appliquerait non seulement au gouvernement et parlement canadien, mais également aux législatures et gouvernements provinciaux.

Notons aussi dès le départ que l'obligation de fiduciaire est, par définition, de même nature sur tout le territoire du Canada. Le même concept se retrouve aussi aux États-Unis²³ et en Australie²⁴, puisqu'il est issu du *common law* britannique depuis l'époque des

²¹ Notamment R. Dupuis et K. McNeil, dans op.cit., note 8, 49, ainsi que Brian Slattery («First Nations And The Constitution: A Question of Trust», (1992), *La Revue du Bar. Can.*, vol. 71.), Richard Boivin («À qui appartient l'obligation de fiduciaire à l'égard des Autochtones?», (1994) 35 C. de D. 1) et Richard Barlett («You Can't Trust the Crown: The Fiduciary Obligation of the Crown to the Indians: *Guerin v. The Queen*», (1985) 2 *Sask L. Rev.* 367).

²² Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones, Ministre des Approvisionnement et Services Canada, 1996.

²³ Même si j'étudie la jurisprudence de pays étrangers pour mieux illustrer le concept d'obligation de fiduciaire dans la jurisprudence canadienne, ces références servent uniquement

colonisations. Au Canada, par contre, il est possible de croire que la portée de l'obligation ne soit pas la même partout et qu'elle puisse varier d'une province à l'autre ou en fonction des communautés autochtones. Alors que les rapports fiduciaires semblent constituer un concept général s'appliquant de façon universelle, les obligations qui en découlent semblent plutôt apparaître en fonction des actions prises par les gouvernements, surtout dans le cadre de l'aménagement et de la distribution des terres.

Le Québec constitue un cas particulier à plusieurs égards. D'abord, on n'y retrouve aucun traité historique de cession de terres.²⁵ De plus, la question de la sécession occupe une place importante des débats politiques et juridiques. Confrontés au projet souverainiste, les Autochtones multiplient les revendications. Dans ce contexte particulier, la question d'obligation de fiduciaire pourrait s'avérer très importante.

«Aboriginal opposition to Quebec's unilateral declaration of independence (UDI) would trigger the fiduciary obligations of the government of Canada. In fact, aboriginal groups in Quebec could be able to argue that section 35(1) obliges the Canadian government to oppose and contest the Quebec UDI made without their consent. If the Canadian government

lieu de complément d'information ou d'illustrations. Il n'est pas ici question d'une étude comparative, bien qu'une telle recherche pourrait fort bien être utile et assurément intéressante.

²⁴ Id.

²⁵ Andrée LAJOIE, Jean-Maurice BRISSON, Sylvio NORMAND et Alain BISSONNETTE, Le statut juridique des peuples autochtones au Québec et le pluralisme, Coll. Le Droit aussi..., Éd. Yvon Blais, Canada, 1996, et Sébastien GRAMMOND, Les traités entre l'État canadien et les peuples autochtones, Coll. Minerve, Éditions Yvon Blais, Cowansville, 1995, 5.: «Ceci est dû à la prétendue non-reconnaissance du titre ancestral par les Français qui ont occupé ces territoires avant la conquête anglaise. De plus, on interprétait la Proclamation royale comme "exemptant" le Québec de 1763 de l'obligation d'obtenir le consentement des Autochtones à l'acquisition de leurs territoires.»

purported to recognize the validity of the Quebec UDI in the absence of appropriate aboriginal consent, aboriginal groups could seek a declaration from the courts that the act of recognition was unconstitutional.»²⁶

C'est pourquoi cette recherche accorde une grande importance à la situation particulière du Québec et à la portée de l'obligation de fiduciaire sur une éventuelle modification constitutionnelle et dans le contexte de l'accession du Québec à la souveraineté.

Par ailleurs, il est clair que la question autochtone dépasse largement les frontières du Canada. Les Autochtones du Canada ont emboîté le pas de plusieurs groupes aborigènes du monde et occupent autant que faire se peut des tribunes internationales dans le but de faire avancer leur cause. Même si elle ne se pose pas de la même façon au Mexique, en Norvège ou au Canada, la question autochtone n'en demeure pas moins le résultat de l'affirmation politique légitime de peuples longtemps soumis à l'assimilation. Or, bien que le droit international soit un élément important de l'avenir des relations avec les Autochtones, il semble évident que la détermination de leur propre statut constitutionnel n'aura de véritable impact que si elle peut trouver des «armes» dans le cadre constitutionnel actuel. C'est pourquoi cette étude accorde une plus grande importance aux concepts de droit constitutionnel qu'à ceux de droit international. Le droit

²⁶ Peter MONAHAN, Cooler Heads Shall Prevail: Assessing the Costs and Consequences of Quebec Separation, Toronto, CD Howe Institute, 1995, 1662.

international sera par contre utile à l'analyse de la dernière partie de cette recherche, soit l'obligation de fiduciaire dans le contexte de l'accession du Québec à la souveraineté.

2. Cadre conceptuel

Cette recherche s'articule autour de trois concepts opératoires, soit le droit constitutionnel, l'obligation de fiduciaire et la souveraineté.

A. Le droit constitutionnel

Le droit constitutionnel reçoit souvent une définition incomplète, même à partir d'une approche positiviste classique. Le droit constitutionnel canadien est l'ensemble des normes et des règles juridiques, formelles et matérielles, qui régissent l'État, la forme de gouvernement du pays et qui fixent les droits politiques des personnes qui y vivent. Ainsi, l'objet des règles constitutionnelles est triple²⁷:

- 1) elles définissent la forme de l'État (unitaire, fédérale, etc.) et identifient les organes à travers lesquels s'exerce le pouvoir étatique;
- 2) elles aménagent les rapports entre les divers organes de l'État, législatifs, exécutifs et judiciaires;

²⁷ José WOEHLING et Jacques-Yvan MORIN, Les constitutions du Canada et du Québec du Régime français à nos jours, tome 1, éd. Thémis, 1994, 123.

3) elles régissent les relations entre l'État et les individus.

José Woehrling définit le droit constitutionnel comme un

«ensemble de règles juridiques, quelle que soit leur nature ou leur forme, qui portent sur la dévolution, l'exercice et la limitation du pouvoir politique dans le cadre de l'État.»²⁸

Le droit constitutionnel n'est donc pas uniquement la Constitution au sens où on l'emploie régulièrement. À la constitution formelle, «la loi suprême» du pays, s'ajoute la constitution matérielle, c'est-à-dire toutes les règles généralement non écrites, nées de l'usage et de la jurisprudence²⁹. Le droit constitutionnel positif canadien est en somme un ensemble de textes et de coutumes tels qu'interprétés par les tribunaux. La jurisprudence constitue d'ailleurs la source principale de son évolution.

La Constitution du Canada —entendue au sens large du terme— n'est toutefois pas limitée par le droit constitutionnel positif. En effet, font partie de la Constitution non seulement des règles juridiques mais également des conventions politiques, non-

²⁸ Id.

²⁹ Voir Jacques FRÉMONT et François BOUDREAU, «Supraconstitutionnalité canadienne et sécession du Québec» (1997) 8 N.J.C.L. 1-266.

«juridiques» —au sens que le positivisme donne à cette expression— , complétant l'agencement de l'État.³⁰

1) Les sources du droit constitutionnel

Le droit constitutionnel, envisagé dans sa totalité à partir d'une perspective large à la croisée du constructivisme et du pluralisme, ne puise donc pas sa source dans un seul document. Je présente ici les sources pertinentes dans le cadre de cette recherche.

a) Les lois constitutionnelles

La Constitution formelle est définie à l'article 52(2) de la Loi constitutionnelle de 1982 comme comprenant 26 textes législatifs et décrets, dont les deux plus importants sont la Loi constitutionnelle de 1867 et la Loi constitutionnelle de 1982.

Les textes constitutionnels considérés comme des sources de droits pour les Autochtones sont: la Capitulation de Montréal (1760)³¹, la Cession de la Nouvelle-France à la Grande-

³⁰ Id. et J.-Y. MORIN et J. WOEHLING, op. cit., note 28.

³¹ A. SHORTT et A.G. DOUGHTY, Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada, 1759-1791, 2e éd., Ottawa, Imprimeur du roi, 1921, partie I, p 1-22.

Bretagne (1763)³², la Proclamation royale de 1763³³, les Instructions au gouverneur Murray (1763)³⁴, la Loi constitutionnelle de 1867³⁵, les lois sur les modifications de territoire de 1898³⁶ et 1912³⁷, la Loi constitutionnelle de 1982³⁸, le Décret en conseil de la Terre de Rupert et le Territoire du nord-ouest (1870)³⁹, la Convention de la baie James et du Nord québécois⁴⁰. Cette liste n'est pas exhaustive mais assez complète. Il faut néanmoins garder à l'esprit que les traités signés avec les Autochtones ont aujourd'hui une valeur constitutionnelle⁴¹ et engendrent des droits et obligations particulières.

b) Les traités

Les traités signés avec les Autochtones du Canada n'ont pas, en droit positif canadien, le statut de traité international⁴². Ce sont des documents qui comportent des obligations

³² Id., 83-95.

³³ Annexe D du rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones. Approvisionnement et Services Canada, 1996.

³⁴ SHORTT et DOUGHTY, op. cit., note 32, p 155-180.

³⁵ Loi constitutionnelle de 1867, précitée, note 1.

³⁶ S.C. 1898.

³⁷ Loi à l'effet d'étendre les frontières de la province de Québec. S.C. 1912. ch. 45.

³⁸ Précitée, note 8.

³⁹ Charte royale promulguée par Charles II, imprimée dans E.E. RICH (dir.), *Minutes of the Hudson's Bay Company Society*, 1942, p 131-148.

⁴⁰ Précitée, note 32.

⁴¹ Puisque l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 garantit les droits existants - ancestraux et issus de traités.

⁴² S. GRAMMOND, op. cit., note 25, p 75 et suivantes.

mutuelles et un certain élément de solennité mais dont la portée se limite au cadre constitutionnel.

«La situation sui generis dans laquelle se trouvaient les Indiens à cette époque avait forcé les métropoles à leur reconnaître une autonomie suffisante pour que puissent être validement créées des ententes solennelles qu'on a appelées traités indépendamment du sens strict que le droit international accordait et accorde toujours à ce terme.»⁴³

Longtemps, ces documents historiques d'alliances et d'accords —il existe essentiellement deux sortes de traités historiques, ceux dits de paix et d'amitié et ceux dits de cession de terres— étaient considérés comme ne générant aucun effet juridique. Ce n'est plus le cas et ces traités historiques sont maintenant considérés par les tribunaux comme ayant force juridique en droit interne canadien. De plus, les droits concédés aux Autochtones par voie de traités sont protégés par l'article 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982.⁴⁴

«Le droit canadien considère donc qu'il y a formation d'un traité entre un peuple autochtone (et non pas des individus Autochtones) et l'État (colonial, provincial ou fédéral) lorsque ceux-ci manifestent solennellement leur accord de volontés afin de créer des obligations collectives et des droits collectifs. Ils doivent cependant respecter un certain

⁴³ R. c. Sioui, [1990] 1 R.C.S. 1025 (ci-après Sioui). 1056.

⁴⁴ Pour une étude approfondie des traités, lire S. GRAMMONT, op. cit., note 25. et André LAJOIE, op. cit., note 25..

nombre de formalités qui découlent de la loi ou de la Constitution.»⁴⁵

À la suite de la décision de la Cour suprême dans l'arrêt Calder, le gouvernement fédéral a adopté une politique fédérale en matière de revendication territoriale visant à régler tous les différends reliés aux terres ancestrales autochtones. Les accords conclus en vertu de cette politique sont considérés comme des traités modernes⁴⁶ et doivent être interprétés à la lumière de l'article 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982 et du principe de l'obligation de fiduciaire.

c) Les conventions et principes constitutionnels

La Cour suprême a —aussi bizarre que cela puisse paraître— décrété que certaines parties de la Constitution ne font pas partie du droit.⁴⁷ Ce sont les conventions constitutionnelles qui, bien qu'éminemment essentielles à l'organisation politique de la société, ne sont pas juridiquement contraignantes de la même manière que d'autres règles. Ainsi, même si les Autochtones faisaient la preuve d'une convention

⁴⁵ Id., 124-125.

⁴⁶ Ce sont la Convention de la Baie James et du Nord québécois (1975), la Convention du Nord-est québécois (1978), la Convention définitive avec les Inuvialuit (1984), l'Entente sur les revendications des Gwich'in (1992), l'Accord sur les revendications territoriales du Nunavut (1993), l'Entente sur la revendication territoriale globale des Dénés et Métis du Sahtu (1993), l'Accord-cadre définitif du Yukon (1993) et l'Accord sur l'autonomie gouvernementale des Indiens Nisga'a de la Colombie-Britannique (1998).

⁴⁷ Renvoi: résolution pour modifier la Constitution. [1981] 1 R.C.S. 753.

constitutionnelle, les tribunaux ne pourraient pas la sanctionner. Ils pourraient néanmoins la reconnaître et en tenir compte dans l'interprétation du droit en vigueur.⁴⁸ De plus, la politique étant ce qu'elle est, c'est-à-dire souvent aussi importante que le droit au sein de notre société démocratique, une obligation «morale» peut être tout aussi restreignante pour un gouvernement qu'une obligation juridique.⁴⁹

Il ne faut pas, par contre, confondre les conventions constitutionnelles avec les principes constitutionnels qui, bien que faisant partie de la Constitution non écrite, font tout autant partie du droit constitutionnel. Ce sont des principes fondamentaux à l'organisation politique de l'État tels que les privilèges parlementaires, l'indépendance des tribunaux, la démocratie et le principe du fédéralisme⁵⁰. Contrairement aux conventions constitutionnelles, les principes constitutionnels sont sanctionnés par les tribunaux. Certains de ces principes peuvent aussi être qualifiés de «supraconstitutionnels»⁵¹ puisqu'ils s'imposent aux principes constitutionnels dits «ordinaires» ainsi qu'à certaines dispositions de la Constitution formelle. Cette théorie de la «supraconstitutionnalité»

⁴⁸ J.-Y. MORIN et J. WOEHLING, *op. cit.*, note 28, p. 123-124.

⁴⁹ L'exemple éloquent de cette affirmation est l'histoire relative au Rapatriement de la Constitution en 1982. Dans le *Renvoi: résolution pour modifier la Constitution*, précité, note 54, la Cour suprême a jugé que le rapatriement unilatéral était «légal» mais «non légitime». C'est-à-dire contraire à la convention constitutionnelle qui exige «le consentement d'un nombre appréciable de provinces». Le gouvernement fédéral avait alors abandonné son projet de rapatriement unilatéral et a cherché le consentement des provinces.

⁵⁰ Voir notamment *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721 et *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse* (président de l'Assemblée législative), [1993] 1 R.C.S. 319 et *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, No. du greffe: 25506, 20 août 1997.

⁵¹ Pour plus de précisions, lire J. FRÉMONT et F. BOUDREAU, *loc. cit.*, note 30.

amène, par exemple, certains auteurs à croire qu'il ne serait pas possible au Québec de faire sécession en respectant le processus d'amendement constitutionnel prévu par la Loi constitutionnelle de 1982, puisque cela irait à l'encontre des principes «supraconstitutionnels» qui assurent la stabilité du régime constitutionnel.⁵² La sécession ne pourrait se réaliser, selon cette théorie, que par une déclaration unilatérale de souveraineté qui mettrait fin, du coup, au régime constitutionnel en vigueur et imposerait le recours aux principes de droit international. La Cour suprême a récemment contredit —en bonne partie du moins— cette théorie. Dans le Renvoi sur l'accession du Québec à la souveraineté, la Cour affirme en effet que le processus d'accession du Québec à la souveraineté constitue une modification constitutionnelle. Elle précise cependant que cette modification repose moins sur le processus normal d'amendement que sur des principes constitutionnels, conférant ainsi à ces derniers une portée «quasi-supraconstitutionnelle».

«La sécession d'une province du Canada doit être considérée, en termes juridiques, comme requérant une modification de la Constitution, qui exige forcément une négociation. Les modifications requises pour parvenir à une sécession pourraient être vastes et radicales. Certains auteurs ont exprimé l'avis qu'une sécession entraînerait un changement d'une telle ampleur qu'il ne pourrait pas être considéré simplement comme une modification de la Constitution. Nous n'en sommes pas

⁵² Id.

convaincus. Il est vrai que la Constitution est muette quant à la faculté d'une province de faire sécession de la Confédération, mais bien que la Constitution n'autorise pas ni n'interdise expressément la sécession, un acte de sécession aurait pour but de transformer le mode de gouvernement du territoire canadien d'une façon qui est sans aucun doute incompatible avec nos arrangements constitutionnels actuels. Le fait que ces changements seraient profonds, ou qu'ils prétendraient avoir une incidence en droit international, ne leur retire pas leur caractère de modifications de la Constitution du Canada (...)»⁵³

La sécession du Québec serait régie, selon la Cour, par les principes constitutionnels de fédéralisme, démocratie, constitutionnalisme et primauté du droit, et protection des minorités. Ces principes seraient dès lors considérés comme s'imposant hiérarchiquement aux textes constitutionnels. S'agit-il de supraconstitutionnalité? Une recherche plus approfondie, dépassant le cadre de ce mémoire, devrait être entreprise. Chose certaine, les principes constitutionnels ont acquis une importance encore plus grande dans le merveilleux monde du droit constitutionnel canadien.

«Derrière l'écrit transparaissent des origines historiques très anciennes qui aident à comprendre les principes constitutionnels sous-jacents. Ces principes inspirent et nourrissent le texte de la Constitution: ils en sont les prémisses inexprimées [...] Bien que ces principes sous-jacents ne soient pas expressément inclus dans la Constitution, en vertu d'une disposition écrite,

⁵³ Renvoi relatif à la sécession du Québec, précité, note 48, par. 84.

sauf pour certains par une allusion indirecte dans le préambule de la Loi constitutionnelle de 1867, il serait impossible de concevoir notre structure constitutionnelle sans eux. Ces principes ont dicté des aspects majeurs de l'architecture même de la Constitution et en sont la force vitale.»⁵⁴

Par ailleurs, parmi les principes constitutionnels, on retrouve, selon ma perception du droit, celui de l'obligation de fiduciaire de la Couronne envers les peuples autochtones. Ce mémoire vise d'ailleurs à confirmer cette hypothèse.⁵⁵

2) Les sujets de droit constitutionnel

Dans le cadre d'une recherche sur l'obligation de fiduciaire de la Couronne envers les peuples autochtones, deux sujets de droit nous intéressent plus particulièrement: la Couronne et les Autochtones. Contrairement aux sources du droit constitutionnel, puisées dans le cadre normatif familier à l'approche positiviste du droit, les sujets de droit constitutionnel reçoivent ici une définition s'imposant comme le résultat d'un construit (constructivisme). Sans retracer ici le trajet exact par lequel ces sujets se sont construits —ce qui ferait l'objet d'une thèse en soi— nous prenons acte qu'ils illustrent des concepts subjectifs que nous devons relativiser autant au plan historique, social que juridique.

⁵⁴ Id., par 49.

a) La Couronne

Qu'est-ce que la Couronne? La question semble aussi essentielle à la compréhension des concepts étudiés que difficile à définir de façon claire. Depuis la nuit des temps, le concept de Couronne a fasciné tous ceux qui s'intéressent aux questions constitutionnelles. Il fait encore aujourd'hui l'objet de nombreuses études et discours. Les tribunaux emploient le terme à plusieurs sauces sans jamais vraiment définir de façon concrète le contenu de ce concept. En matière autochtone, et plus particulièrement en ce qui concerne l'obligation de fiduciaire, la question est éminemment pertinente. Est-ce qu'en parlant de la Couronne on fait référence à Sa Majesté la reine, le pouvoir exécutif ou l'État? Malheureusement, il n'y a pas une seule bonne réponse et les termes ci-contre sont parfois utilisés comme synonymes. La Couronne a d'abord signifié la personne physique du roi d'Angleterre.⁵⁶ Par la suite, les colonies britanniques devenant indépendantes, chacune s'est vue attribuer une Couronne propre, personnifiée par le roi du Royaume-Uni. Même s'il s'agit de la même personne physique, chaque Couronne coloniale est une entité juridique distincte et indépendante.⁵⁷ Le terme en est rapidement venu à désigner le pouvoir exécutif, c'est-à-dire le gouvernement de chaque colonie.

⁵⁵ Voir Infra, Partie I, A. 1)

⁵⁶ Paul LORDON, *Crown Law*, Toronto, Butterworths, 1991.

⁵⁷ En 1926, la Conférence impériale a établi qu'il convient de distinguer en droit le Roi (ou la Reine)

Au Canada, en vertu de son statut fédéral, la Couronne est scindée entre une Couronne fédérale et dix Couronnes provinciales distinctes.

La complexité du concept réside dans le fait qu'aucune disposition de la Constitution formelle ne définit la Couronne. Issue de la tradition britannique, la rédaction de la Constitution du Canada repose sur la théorie de la monarchie selon laquelle les pouvoirs exécutifs sont contrôlés par un monarque désigné de façon héréditaire. Ces pouvoirs, dévolus historiquement à la personne physique de Sa Majesté, sont maintenant exercés par l'institution connue sous le terme de «gouvernement». La Couronne personnifie donc le gouvernement, c'est-à-dire le pouvoir exécutif.⁵⁸ Par moment, la Couronne est perçue comme personnifiant l'État.⁵⁹ Dans la pratique positiviste du droit canadien, toutefois, la Couronne n'est ni plus ni moins une métonymie pour désigner Sa-majesté-la-Reine-du-Canada référant au pouvoir exécutif. La Couronne représente donc un organe, le gouvernement, et évidemment pas une personne physique ni l'État.⁶⁰

agissant, d'une part, comme Souverain de Grande-Bretagne, et, d'autre part, comme Souverain du Canada. Voir LORDON, *op. cit.*, note 59.

⁵⁸ J.-Y. MORIN et J. WOEHLING, *op. cit.*, note 28, 169.

⁵⁹ Dans R. DUPUIS et K. McNEIL, *op. cit.*, note 8, 2, les auteurs affirment, par exemple, que «l'obligation de fiduciaire est créée tant dans le cadre d'actions unilatérales de la Couronne, qu'elles soient législatives, administratives ou autres, (...)» mêlant les critères de l'État à ceux de la Couronne.

⁶⁰ Voir notamment GRIFFITH and STREET, *The Principles of Administrative Law*, 5e éd., 1973, ainsi que Patrice GARANT, *Droit administratif*, 3e éd., volume 1, Les éditions Yvon Blais, Canada, 1991.

En matière de droit des Autochtones, la confusion réside dans le fait que le terme Couronne est souvent utilisé de façon anachronique. Lorsque les tribunaux parlent des obligations historiques entre la Couronne et les Indiens, ils parlent bien sûr des obligations qui existaient entre le roi —et ses représentants— et les Autochtones lorsque ces obligations sont apparues au XVII^e et XVIII^e siècles, alors que la Couronne désignait encore l'ensemble du Commonwealth (État) britannique. Aujourd'hui, les obligations de la Couronne (de Sa Majesté le roi) ont évolué pour conférer des obligations à la Couronne du Canada, divisée entre la Couronne (gouvernement) fédérale et les Couronnes (gouvernements) provinciales. Une confusion est aussi apparue à cause d'une erreur de traduction. Dans l'arrêt O.N.E.⁶¹, le texte français du jugement de la Cour suprême laisse entendre que la doctrine de l'obligation de fiduciaire s'applique à l'État, indépendamment de l'article 35.⁶²

Or, lorsque le concept est apparu dans la jurisprudence sous le vocable «d'obligation de fiduciaire», dans l'affaire Guerin, il était clair qu'il s'agissait d'un concept s'imposant au pouvoir exécutif fédéral. Par contre, l'interprétation de textes constitutionnels et de traités

⁶¹ Québec (P.G.) c. Canada (O.N.E.), précité, note 19.

⁶² Dans O.N.E., à la page 183, dans le texte français, le juge Iacobucci, au nom d'une Cour unanime, affirme sans nuance «*qu'il existe des rapports fiduciaires entre l'État fédéral et les peuples autochtones du Canada*». Or, le texte anglais est clair: "*there is a fiduciary relationship between the federal Crown and the aboriginal peoples of Canada*".

conclus avec les Autochtones⁶³, a amené les tribunaux à conférer à l'obligation de fiduciaire un caractère «supralégislatif». Dans l'arrêt Sparrow, dans son interprétation de l'article 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982, la Cour a statué qu'une loi qui ne respecterait pas l'obligation de fiduciaire de la Couronne à l'égard des Autochtones serait jugée inopérante en vertu de l'article 52 de la Loi constitutionnelle de 1982⁶⁴, que l'interprétation de l'article 35 imposerait l'obligation de fiduciaire (de la Couronne) à l'ensemble de l'État⁶⁵, c'est-à-dire aussi bien au pouvoir législatif qu'au pouvoir exécutif, sans motiver ce sens étendu qu'ils attribuent au terme Couronne. C'est ce qui fait dire aux auteurs de doctrine⁶⁶ que l'article 35(1) a eu pour effet de «constitutionnaliser» le principe de l'obligation de fiduciaire.

Par analogie, dans la mesure où «l'honneur de la Couronne» a servi à limiter le pouvoir législatif et que le concept est exprimé dans des textes constitutionnels, comme la Proclamation royale de 1763, on pouvait se demander si le concept d'obligation de fiduciaire n'imposait pas déjà, avant 1982, des limites aux pouvoirs du Parlement canadien et des assemblées législatives provinciales. Selon Renée Dupuis, l'obligation de

⁶³ Notamment les arrêts Nowegijick c. La Reine, [1983] 1 R.C.S. 29 et R. v. Taylor and Williams (1981), 34 O.R. (2d) 360, qui ont énoncé des principes d'interprétation devant tenir compte de «l'honneur de la Couronne».

⁶⁴ R. c. Sparrow, précité, note 11, 1109.

⁶⁵ «L'entité politique constituée d'institutions diverses qui préside aux destinées collectives d'une société et exerce, à ce titre, le pouvoir», dictionnaire encyclopédique Larousse, o. cit., note 17, 359.

⁶⁶ Renée Dupuis et Kent McNeil (op. cit., note 8.) et Brian Slattery (loc. cit., note 21), entre autres.

fiduciaire aurait été semblable à des conventions constitutionnelles, c'est-à-dire non applicables par les tribunaux.⁶⁷

La Cour suprême ne s'est évidemment pas clairement prononcée sur cette question. Compte tenu de la nature de l'obligation de fiduciaire et de la portée que les tribunaux lui ont donnée au cours des années, j'émetts l'hypothèse selon laquelle il s'agit non pas d'une convention constitutionnelle mais plutôt d'un principe constitutionnel exécutoire par les tribunaux. Les assemblées législatives provinciales et le parlement fédéral doivent, dans certaines circonstances, tenir compte du principe de l'obligation de fiduciaire de la Couronne lorsqu'ils adoptent des lois et des règlements. Comme nous allons le voir, cette limitation des pouvoirs législatifs découle de l'interprétation de textes constitutionnels qui permettent le contrôle par les tribunaux.

b) Les Autochtones

Le terme «Autochtones», tel que défini dans la Loi constitutionnelle de 1982, désigne toutes les personnes appartenant à l'une ou l'autre des communautés indiennes, inuites ou métisses. Dans la présente étude, j'emploierai les termes selon leur signification exacte, distinguant ainsi le terme «Indiens» de celui d'«Autochtones». Sauf exceptions —ce sera

⁶⁷ R. DUPUIS et K. McNEIL, op. cit., note 8.

clairement indiqué— j'utiliserai le premier pour désigner spécifiquement les membres de cette catégorie d'Autochtones. Spécifions néanmoins que le terme «Indiens» inclus dans la Loi constitutionnelle de 1867 vise aussi bien les Indiens que les Inuit et les Métis⁶⁸.

B. La «doctrine» de l'obligation fiduciaire de la Couronne

La «doctrine» de l'obligation fiduciaire de la Couronne envers les Autochtones est un exemple éloquent d'un concept de droit «construit», davantage encore que les sujets de droit constitutionnel. La nature des rapports fiduciaires à l'égard des Autochtones s'est définie et précisée dans le droit canadien au cours des vingt dernières années, par les décisions de la Cour suprême, notamment dans les affaires Guerin, Sparrow et Delgamuukw⁶⁹. Ces arrêts amènent à reconnaître l'existence d'obligations envers les peuples autochtones du Canada en vertu de justifications idéologiques (relations historiques et nature du titre aborigène) et de documents juridiques. Ces obligations font partie du droit constitutionnel matériel, issu du *common law*, de textes législatifs, des décisions de la Cour suprême, de plusieurs traités historiques et de certaines ententes contemporaines touchant des revendications territoriales.

⁶⁸ La Cour suprême du Canada a confirmé le sens large du terme «Indiens» dans Renvoi relatif au terme «Indiens», [1939] R.C.S. 104 mais n'a pas encore précisé s'il incluait aussi le terme Métis. Toutefois, un consensus semble se dégager chez les juristes à l'appui de la thèse voulant que «Indiens» incluse aussi «Métis».

Comme nous allons le voir plus loin, la jurisprudence canadienne soutient que les rapports historiques spéciaux entre la Couronne —d’abord celle du chef du Royaume-Uni et maintenant celle du chef du Canada— ont créé une relation dite de fiduciaire d’où découle une obligation générale de la part du gouvernement fédéral d’«agir de bonne foi et honorablement»⁷⁰ à l’égard des Autochtones. De cette obligation générale découlent plusieurs obligations particulières, également de type fiduciaire, dont seront investis, selon les circonstances, divers représentants de l’État. Pour expliquer la nature des rapports entre la Couronne et les Autochtones, la Cour a puisé dans les principes du droit des fiducies, tout en précisant qu’on ne pouvait pas y trouver une analogie parfaite.

«Une fiducie existe lorsqu’une personne, appelée fiduciaire, détient des biens à titre de propriétaire, soit dans l’intérêt d’une et de plusieurs personnes, appelées bénéficiaires, soit en vue de la réalisation d’un but particulier.»⁷¹

L’obligation de fiduciaire n’est cependant pas une fiducie et il n’est pas possible d’y appliquer les critères du droit des fiducies. Il s’agit, dit la Cour suprême du Canada, d’un concept *sui generis*, unique en soi. Dans certaines circonstances, sa nature s’approchera

⁶⁹ *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 19.

⁷⁰ *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723.

⁷¹ Aline GRENON, *Les Fiducies*, Coll. La common law en poche, Centre international de la common law en français, Université de Moncton, Canada, 1997, 4.

des fiducies conventionnelles alors qu'à d'autres moments, on sera vraiment dans un tout autre univers.

Dans Guerin, la Cour a expliqué que l'acte de cession de terres signé par la bande indienne des Musqueams a fait naître une obligation de fiduciaire imposant au gouvernement canadien des limites à son pouvoir. La cession a ainsi engendré une obligation de fiduciaire qui ressemble de près aux fiducies connues en common law.

«Il y a fiducie, si je comprends bien, chaque fois qu'une personne est obligée, en equity, de détenir un bien dont elle assume la garde au profit de tiers (les bénéficiaires) de façon que les avantages tirés du bien échoient non pas au fiduciaire, mais aux bénéficiaires.»⁷²

Il est important, à cette étape-ci, de distinguer les concepts de fiducie et de mandat. Dans Guerin, le juge Estey a déclaré qu'il n'était pas nécessaire d'élaborer une doctrine autour du concept *sui generis* d'obligation de fiduciaire puisque, selon lui, les relations entre les Autochtones et le gouvernement canadien, dans le cas de cession de terres, est assimilable à une situation de mandat.⁷³ Or, en règle générale, les mandataires n'ont aucun droit de propriété sur les biens qui font l'objet du mandat. À l'inverse, les fiduciaires sont les

⁷² Guerin c. La Reine, précité, note 12, 355, citation de la juge Wilson. À noter que c'est toutefois le jugement du juge Dickson qui a davantage fait autorité..

⁷³ Guerin c. La Reine, précité, note 12, 391.

véritables «propriétaires» en *common law* des biens de la fiducie.⁷⁴ Si la Cour avait opté pour le mandat, elle aurait contredit sa position selon laquelle le titre aborigène demeure sujet à la souveraineté et au titre de propriété sous-jacents de la Couronne sur les terres.⁷⁵ Plutôt que d'éclaircir la question, elle a donc maintenu l'ambiguïté pour éviter les conséquences politiques et économiques d'une véritable propriété autochtone. Cet arrêt, particulièrement l'opinion du juge Dickson, a par la suite été confirmé par les arrêts subséquents de la Cour suprême portant sur le même sujet.

Le juge Dickson a d'ailleurs qualifié de fiduciaires les rapports entre les Autochtones et le gouvernement fédéral simplement parce que les premiers se trouvent à la merci et sont vulnérables au pouvoir discrétionnaire du second.⁷⁶

Pour bien comprendre le concept d'obligation de fiduciaire, il faut donc saisir le concept de propriété issu des principes de *common law* et d'*equity* en Angleterre, à l'époque féodale, où le roi était l'unique propriétaire des terres. Il accordait des droits sur certaines terres à des seigneurs (lords) qui, à leur tour, accordaient des droits plus limités à d'autres personnes (tenants). En retour des droits accordés aux seigneurs, le roi exigeait le respect

⁷⁴ A. GRENON, *op. cit.*, note 78, 6.

⁷⁵ Dans *Guerin*, 357, le juge Dickson, citant l'arrêt *St. Catherine's Milling and Lumber v. The Queen* (1888), 14 Ap Cas. 46, 55: «la Couronne a toujours eu un droit fondamental et suprême sous-jacent au titre indien, qui est devenu plenum dominium dès que le titre indien a été cédé ou autrement éteint.»

⁷⁶ *Guerin c. La Reine*, précité, note 12, 384.

de certaines obligations parfois très sévères. Pour éviter certaines conséquences reliées à ces obligations, les seigneurs (ou *tenants*) ont adopté une pratique qui consistait à «prêter» des biens ou une terre à une tierce personne, avec le mandat de les administrer pour le compte du propriétaire. Cette pratique était fréquente pour contourner la règle de *common law* selon laquelle un bien immobilier ne pouvait faire l'objet d'une disposition testamentaire. Ce genre d'opérations, baptisées *uses*, donnaient souvent lieu à de l'abus et de la mauvaise foi de la part des «mandataires». C'est pourquoi la Cour de chancellerie s'est fondée sur le principe d'*equity* selon lequel le «mandataire» devait se conformer aux exigences de la conscience. Ce principe d'*equity*, qui existe toujours aujourd'hui, vient ainsi d'une pratique ancienne de *common law* selon laquelle la Cour tranche un différend en s'appuyant davantage sur la conviction intime et le droit naturel que sur la lettre de la loi.⁷⁷ Avec le temps, le terme *uses* est tombé en désuétude à la faveur du terme *trust* (fiducie).⁷⁸

⁷⁷ Voir H.A.J. FORD, Principles of the Law of Trust, 3e ed., Sydney, LBC, Information Services, 1996; T.G. YODAN, Equity, Fiduciaries and Trusts, 1989, Toronto, Carswell, 1989.

⁷⁸ Pour une étude détaillée sur le concept de la fiducie en droit canadien, voir Mark Vincent ELLIS, Fiduciary duties in Canada, Carswell, Ontario, 1993.

C. La souveraineté

Le gouvernement du Parti québécois, dans le projet de loi sur l'avenir du Québec définissait la souveraineté en ces termes:

«voter toutes nos lois, prélever tous nos impôts, signer tous nos traités et exercer la compétence des compétences en conservant et maîtrisant, seuls, notre loi fondamentale.»⁷⁹

Même si ce projet de loi faisait référence à un «partenariat politique et économique» avec le Canada, il n'était pas question de proposer un État confédéral. Le Québec deviendrait, selon le projet du Parti québécois, un État unitaire indépendant, incluant tout le territoire actuel de la province.

Ce concept s'applique seulement à un État souverain. La souveraineté peut être partagée, comme dans le cas d'une fédération, mais elle appartient néanmoins à l'État reconnu comme tel par le droit international et sa Constitution.⁸⁰

L'accession du Québec à la souveraineté est donc le processus par lequel l'État fédéré du Québec fait sécession du reste du Canada. Une fois ce processus complété, le Québec

⁷⁹ Assemblée nationale, Projet de loi sur l'avenir du Québec, Éditeur officiel du Québec, 1995.

⁸⁰ Jacques BROSSARD, L'accession à la souveraineté et le cas du Québec, Les Presses de l'Université de Montréal, 1976.

devient un État souverain, c'est-à-dire, indépendant de toute contrainte de l'État canadien.

La Cour suprême définit quand à elle le terme "sécession" de cette façon:

«La sécession est la démarche par laquelle un groupe ou une partie d'un État cherche à se détacher de l'autorité politique et constitutionnelle de cet État, en vue de former un nouvel État doté d'une assise territoriale et reconnu au niveau international.»⁸¹

Cette définition n'est aucunement contestée. Dans le cadre de cette recherche, l'accession du Québec à la souveraineté doit être considérée comme l'ensemble des actes politiques, législatifs et juridiques menant à la sécession dans l'état actuel du droit programmatore adopté par le Québec, savoir le référendum, la loi sur l'avenir du Québec, la déclaration de souveraineté et la reconnaissance internationale qui sont les instruments choisis par le Parti québécois pour concrétiser son projet de sécession.⁸²

Certains adversaires de la souveraineté du Québec, notamment des anglophones de Montréal et plusieurs groupes autochtones, opposent au concept de souveraineté celui de la partition. Le concept de partition est défini comme le partage d'un ensemble en diverses parties. Le terme est souvent employé pour désigner une sécession. Toutefois, dans le débat sur l'avenir politique du Québec, le terme partition est entendu comme un

⁸¹ Renvoi relatif à la sécession du Québec, précité, note 48, par. 38.

⁸² Programme du Parti Québécois, 1998.

principe permettant à une partie du territoire québécois actuel de demeurer au sein de la Constitution canadienne après la déclaration de souveraineté, et ce selon le voeu de la population de cette partie. Autrement dit, le Québec ne deviendrait pas souverain sur l'ensemble du territoire, certaines parties étant exclues du processus.

3. Les méthodes

Les informations ont été recueillies dans plusieurs documents officiels, dont les sources privilégiées constituent les décisions de la Cour suprême du Canada. Les travaux de la Commission royale sur les peuples autochtones et divers documents de doctrine constituent également des sources importantes d'analyse, tout comme les décisions de tribunaux canadiens inférieurs et quelques-unes de la Cour suprême des États-Unis⁸³ et du comité judiciaire du conseil privé (Royaume-Uni)⁸⁴.

La première partie de cette étude porte sur la doctrine des rapports fiduciaires. Les sources, la nature et la portée de cette doctrine seront analysés pour mieux comprendre d'où émergent ce que je distingue comme l'obligation générale de fiduciaire de la

⁸³ Johnson v. McIntosh (1823) 8 Wheaton 543 (U.S.S.C.); Worcester v. State of Georgia (1823) 31 U.S. 350, 6 Peters 515; Navajo Tribe of Indians v. United States, 224 ct CL 171, 624 F 2ed 981 (1980); et United States v. Mitchell 436 US 206.

⁸⁴ The Queen v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, (1981) 4 C.N.L.R. 86; Kinloch v. Secretary of State for India in Council (1882), 7 Ap Cas. 619 (H.L.); et Tito v. Waddell (No. 2), [1997] 3 All E.R. 129 (Ch.).

Couronne et les obligations de fiduciaire particulières qui en découlent. Les décisions de la Cour suprême pertinentes seront bien sûr analysées, tout comme certaines décisions de tribunaux inférieurs. La jurisprudence, comme la Cour suprême l'a précisé, n'est cependant pas la source première du concept d'obligation de fiduciaire. Il faut alors analyser la Constitution (formelle et matérielle), la législation (historique et contemporaine) ainsi que les traités (historiques et modernes) conclus entre la Couronne et les Autochtones pour mieux saisir l'évolution de l'obligation de fiduciaire à l'égard des peuples autochtones.

Dans la seconde partie, je procéderai à l'analyse du cas particulier que représente celui du Québec. J'analyserai la portée de l'obligation de fiduciaire en fonction de trois situations juridiques distinctes, soit dans le cadre constitutionnel actuel, dans le cas de modifications constitutionnelles et, enfin, dans le cas de l'accession du Québec à la souveraineté.

PARTIE I - LA DOCTRINE DE L'OBLIGATION DE FIDUCIAIRE ET SES SOURCES

A. Contenu

La Couronne canadienne entretient avec les peuples autochtones des rapports de type fiduciaire qui découlent des relations historiques et du titre aborigène. Ces rapports spéciaux engendrent ce qu'il est convenu d'appeler l'obligation générale de la Couronne.

«The Crown has a general fiduciary duty toward native people to protect them in the enjoyment of their aboriginal rights and in particular in the possession and use of their lands.»⁸⁵

Brian Slattery avance que la doctrine des rapports fiduciaires entre la Couronne et les peuples autochtones est un aspect d'une doctrine plus générale de fiducie collective sous-jacente à l'ensemble de la Constitution canadienne.⁸⁶ Compte tenu de l'objet de cette étude, il n'est pas nécessaire d'approfondir cet aspect. Retenons simplement qu'en vertu de cette théorie générale de fiducie, Brian Slattery soutient que le principe des rapports fiduciaires avec les peuples autochtones du Canada fait partie intégrante du droit constitutionnel canadien tout comme il existerait des obligations de fiduciaire de la

⁸⁵ Brian SLATTERY, Understanding Aboriginal Rights (1987), 66 Can. Bar Rev. 727, 753.

⁸⁶ Brian SLATTERY, loc. cit., note 21.

Couronne à l'égard des provinces, de la province de Québec (à cause de son caractère distinct), et aux citoyens en tant qu'individus.⁸⁷ Je partage avec lui l'idée selon laquelle la doctrine de l'obligation de fiduciaire fait partie intégrante du droit constitutionnel. Il constitue même, selon moi, un des principes constitutionnels.

S'il ne s'agit pas d'un principe constitutionnel, c'est l'entrée en vigueur de l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982, qui aurait eu pour conséquence d'imposer l'obligation de fiduciaire autant au parlement qu'au gouvernement du Canada.

«Le paragraphe 35(1) a constitutionnalisé l'obligation de fiduciaire, liant ainsi autant le pouvoir législatif que le pouvoir exécutif. Autrement dit, le Parlement doit respecter cette obligation lorsqu'il adopte des lois, au même titre que la Couronne lorsqu'elle exerce ses prérogatives et les pouvoirs qui lui sont délégués.»⁸⁸

Selon cette conception —défendue par Brian Slattery et Renée Dupuis—, puisque la Couronne fédérale est la fiduciaire, l'obligation de fiduciaire n'incombait, avant 1982, qu'au gouvernement fédéral. Selon ces deux juristes, l'obligation de fiduciaire aurait été, avant 1982, semblable à une convention constitutionnelle exécutoire mais non applicable par les tribunaux. Selon Renée Dupuis et Kent McNeil, *«le pouvoir parlementaire sur les*

⁸⁷ Id.

⁸⁸ R. DUPUIS et K. McNEIL, op. cit., note 8., 49

peuples autochtones n'était pas généralement assujetti à cette obligation de fiduciaire exécutoire»⁸⁹.

D'ailleurs, l'existence des obligations de fiduciaire, semblable par nature aux obligations d'un contrat administratif⁹⁰, ne permet pas de croire que les pouvoirs législatifs puissent y être assujettis. Les gouvernements ne peuvent pas engager les parlements.⁹¹ Le principe de la suprématie parlementaire empêche par ailleurs les tribunaux de remettre en question la validité d'une loi adoptée par une assemblée législative dans le cadre de sa compétence constitutionnelle sauf dérogation à la Charte.⁹² Il serait difficile d'expliquer que l'obligation de fiduciaire constitue un cas d'exception, ne serait-ce que pour des raisons purement théoriques.

La Cour suprême, dans Sparrow, explique la limitation du pouvoir législatif par les principes généraux d'interprétation constitutionnelle issus de la jurisprudence. Citant le Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba⁹³, la Cour affirme que l'article 35(1)

⁸⁹ R. DUPUIS et K. McNEIL, *op. cit.*, note 8., 53. Voir aussi R. c. Sikyea, [1964] R.C.S. 642.

⁹⁰ Andrée LAJOIE, Contrats administratifs: jalons pour une théorie. Montréal. Les éditions Thémis, 1984.

⁹¹ GARANT, *op. cit.*, note 63, p 28-37.

⁹² A. LAJOIE, *op. cit.*, note 98, 136.

⁹³ Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba, précité, note 48.

impose une limite constitutionnelle du pouvoir législatif, découlant d'une interprétation large et libérale imposée par le concept de l'obligation de fiduciaire⁹⁴.

«La Constitution d'un pays est l'expression de la volonté du peuple d'être gouverné conformément à certains principes considérés comme fondamentaux et à certaines prescriptions qui restreignent les pouvoirs du corps législatif et du gouvernement. Elle est, comme le déclare l'art. 52 de la Loi constitutionnelle de 1982, la «loi suprême» de notre pays, qui ne peut être modifiée par le processus législatif normal et qui ne tolère aucune loi incompatible avec elle. Il appartient au pouvoir judiciaire d'interpréter et d'appliquer les lois du Canada et de chacune des provinces et il est donc de notre devoir d'assurer que la loi constitutionnelle a préséance.»⁹⁵

Logiquement —la logique de la Cour suprême du Canada— je suis d'avis que l'obligation de fiduciaire constitue, même en l'absence de l'article 35, un principe constitutionnel applicable par les tribunaux canadiens pour restreindre le pouvoir des législatures. Cette perception se trouve, me semble-t-il, confortée par la Proclamation royale de 1763 qui impose un statut constitutionnel à la responsabilité particulière de la Couronne vis-à-vis les Autochtones. Il est unanimement reconnu que, dès 1763, le texte de la Proclamation imposait des limites constitutionnelles aux pouvoirs du parlement

⁹⁴ R. c. Sparrow, précité, note 11, 1106-1107.

⁹⁵ Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba, précité, note 48, 745, cité dans R. c. Sparrow, précité, note 11, 1106.

canadien et des assemblées législatives provinciales.⁹⁶ L'interprétation, par le biais de l'obligation de fiduciaire, d'autres textes constitutionnels, de textes législatifs et de traités, impose également des limites au pouvoir législatif. C'est notamment le cas du Décret sur la Terre de Rupert, interprété par Renée Dupuis elle-même comme imposant «des obligations constitutionnelles de nature fiduciaire au parlement fédéral»⁹⁷.

Lord Denning, en 1981, parlant du Statut de Westminster et du transfert des obligations entre l'État britannique et l'État canadien, précise ce qui suit:

*«They will be able to say that their rights and freedom have been guaranteed to them by the Crown -originally by the Crown in respect of the United Kingdom, now by the Crown in respect of Canada, but, in any case, by the Crown. No Parliament should do anything to lessen the worth of these guarantees. They should be honoured by the Crown in respect of Canada "so long as the sun rises and the river flows". That promise must never be broken.»*⁹⁸ [Je souligne]

La jurisprudence canadienne m'amène donc à croire que l'obligation de fiduciaire de la Couronne est devenue un principe constitutionnel sous-jacent qui «donne lieu à des obligations juridiques substantielles»⁹⁹, imposant des limites à l'action gouvernementale et législative. Comme pour tous les autres principes constitutionnels confirmés par la Cour

⁹⁶ R. c. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, précité, note 92.

⁹⁷ R. DUPUIS et K. McNEIL, op. cit., note 8, 49.

⁹⁸ Id., conclusions.

⁹⁹ Renvoi relatif à la sécession du Québec, précité, note 48, par. 54.

suprême du Canada, l'obligation de fiduciaire de la Couronne peut «donner naissance à des obligations très abstraites et générales ou à des obligations plus spécifiques et précises»¹⁰⁰.

«Des principes constitutionnels sous-jacents peuvent, dans certaines circonstances, donner lieu à des obligations juridiques substantielles (ils ont “plein effet juridique” selon les termes du Renvoi relatif au rapatriement) qui posent des limites substantielles à l'action gouvernementale. Ces principes peuvent donner naissance à des obligations très abstraites et générales, ou à des obligations plus spécifiques et précises. Les principes ne sont pas simplement descriptifs; ils sont aussi investis d'une force normative puissante et lient à la fois les tribunaux et les gouvernements. “En d'autres termes”, comme l'affirme notre Cour dans le Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba, “dans les décisions constitutionnelles, la Cour peut tenir compte des postulats non écrits qui constituent le fondement même de la Constitution du Canada”.»¹⁰¹

Chose certaine, il est manifeste que le principe général de l'obligation de fiduciaire s'applique aujourd'hui au pouvoir exécutif et qu'il puisse limiter les pouvoirs législatifs fédéral et provinciaux. Depuis Sparrow, la Cour a clairement statué que l'obligation s'étend à l'action du législateur, c'est-à-dire aux lois adoptées par le parlement fédéral et aux règlements qui en découlent. Cet énoncé n'est pas fondé sur une interprétation du terme «Couronne» —qui depuis longtemps incombe au seul exécutif— comme désignant

¹⁰⁰ Id.

¹⁰¹ Renvoi relatif à la sécession du Québec, précité, note 48, par. 54.

l'ensemble de l'État, mais sur la garantie générale des droits ancestraux et issus de traités, constitutionnalisés à l'article 35 dont la portée vise le législateur à cause de son insertion dans la Loi constitutionnelle de 1982, et de la lecture contextuelle que l'on doit conséquemment faire des articles 35 et 52. L'obligation qui en découle s'applique dans l'interprétation de tout acte législatif ou administratif qui affecte les droits des peuples autochtones.¹⁰²

De plus, les bénéficiaires de cette obligation ne sont pas seulement les Indiens, mais bien tous les peuples autochtones du Canada.¹⁰³

1) Principe général

La Cour suprême a eu l'occasion à plusieurs reprises¹⁰⁴ d'affirmer qu'il existe des rapports fiduciaires entre la Couronne du Canada et tous les peuples autochtones vivant sous sa protection. Ces rapports imposent au gouvernement fédéral une responsabilité générale envers les Autochtones qui est de nature fiduciaire plutôt que contradictoire.¹⁰⁵ Cette responsabilité, qui découle des rapports spéciaux créés par l'histoire, des traités et des

¹⁰² R. c. Sparrow, précité, note 11.

¹⁰³ Dans Guerin, la Cour parlait des Indiens mais depuis, il est clair que les bénéficiaires sont tous les Autochtones du Canada. Confirmé dans Sparrow.

¹⁰⁴ Op. cit., notes 11, 12, 19, 20, 43.

¹⁰⁵ R. c. Sparrow, précité, note 11, 1108.

textes législatifs¹⁰⁶, est une obligation générale de fiduciaire qui impose à l'État canadien le devoir de protéger les droits et les intérêts des Autochtones sur leurs terres ancestrales ou de réserves.¹⁰⁷

La Cour suprême, dans Guerin, a indiqué que le concept de l'obligation de fiduciaire de la Couronne prend racine dans une notion générale qui, comme le juge Estey l'a décrit¹⁰⁸, est l'expression juridique d'une «*conscience aiguë de l'intérêt qu'a la société à protéger les droits des Autochtones*»¹⁰⁹. On retrouve la confirmation de cette «conscience» dans de nombreux documents, tels la Proclamation royale de 1763, les traités historiques et les lois constitutionnelles, qui donnent du même coup naissance à des obligations fiduciaires dites spécifiques, exécutoires en justice. Mais même en l'absence de ces documents, il existe une obligation générale qui confère à la Couronne le devoir de protéger les intérêts des Autochtones comme un fiduciaire protège ceux de ses bénéficiaires. Il s'agit d'un concept de *common law*¹¹⁰ dont la nature du rapport n'est pas une fiducie à proprement parler¹¹¹ mais qui s'en approche.

¹⁰⁶ R. c. Agawa, précité, note 20, 215.

¹⁰⁷ Guerin c. La Reine, précité, note 12, 385; R. c. Sparrow, précité, note 11, 1109 et R. c. Agawa, précité, note 20, 216.

¹⁰⁸ Inconsciemment, puisqu'il n'était pas d'accord à la qualifier nommément comme une obligation de fiduciaire.

¹⁰⁹ Guerin c. La Reine, précité, note 12, 392.

¹¹⁰ «Still another source is the common law relating to aboriginal title which underlies the fiduciary nature of the Crown's obligations», dans Wewayakum Indian Band c. Canada, [1989] 1 S.C.R. 322, 337.

¹¹¹ «L'obligation de fiduciaire qu'a Sa Majesté envers des Indiens ne constitue donc pas une fiducie.», dans Guerin c. La Reine, précité, note 12, 360.

«This general fiduciary duty has its origins in the Crown's historical commitment to protect native peoples from the inroads of British settlers, in return for a native undertaking to renounce the use of force to defend themselves and to accept instead the protection of the Crown as its subjects.»¹¹²

Autrement dit, le «fiduciaire», en l'occurrence la Couronne, doit agir de bonne foi au mieux des intérêts du «bénéficiaire», c'est-à-dire les Autochtones. Ellis décrit cette responsabilité générale de la façon suivante:

«The duty is aptly described as one of utmost good faith (uberminae fides), which itself imports a requirement that the fiduciary act toward the beneficiary with a heightened sense of loyalty and fidelity.»¹¹³

Le juge Laforest, dans l'arrêt Lac Minerals, a dit de l'obligation de fiduciaire *«qu'il s'agit de l'obligation d'éviter les conflits de devoirs ou d'intérêts et celle de ne pas faire de profits aux dépens du bénéficiaire»¹¹⁴.*

Nonobstant tout document, acte législatif ou administratif, le rapport de fiduciaire et l'obligation générale qui s'y rattache existent par le simple fait que les Autochtones sont, qu'on le veuille ou non, dépendants des pouvoirs de l'État canadien.

¹¹² B. SLATTERY, *op. cit.*, note 90, 753.

¹¹³ Mark Vincent ELLIS, *op. cit.*, note 85, 1-2.

¹¹⁴ Lac Minerals c. International Corona Resources, précité, note 19, 646 et 647.

Cette conception a été confirmée dans Guerin, alors que le juge Dickson citait le professeur Weinrib¹¹⁵: «...la marque distinctive d'un rapport fiduciaire réside dans le fait que la situation juridique relative des partis est telle que l'une d'elles se trouve à la merci du pouvoir discrétionnaire de l'autre». ¹¹⁶

2) Des obligations particulières

«Lorsqu'une loi, un contrat ou peut-être un engagement unilatéral impose à une partie l'obligation d'agir au profit d'une autre partie et que cette obligation est assortie d'un pouvoir discrétionnaire, la personne investie de ce pouvoir devient fiduciaire.»¹¹⁷

Cette affirmation du juge Dickson dans l'affaire Guerin explique comment, selon la Cour, naissent les obligations particulières de fiduciaire, exécutoires en justice. Ces obligations imposent des limites à l'action des gouvernements et – aujourd'hui chose certaine peu importe le motif invoqué – aux assemblées législatives. Par ailleurs, indépendamment des textes, toute situation où une autorité peut exercer son pouvoir discrétionnaire contre les Autochtones, génère des obligations de fiduciaire.

¹¹⁵ Ernest WEINRIB, «The Fiduciary Obligation» (1975), 25 U.T.L.J. 1, à la page 7.

¹¹⁶ Guerin c. La Reine, précité, note 12, 600.

¹¹⁷ Le juge Dickson dans Guerin c. La Reine, précité, note 12, 384.

Selon Ellis, les obligations de fiduciaires naissent lorsqu'une personne est dans une situation dominante par rapport à une autre et que, subséquemment, elle accepte, expressément ou par un acte législatif, d'agir de bonne foi envers cette dernière.

«Where one party has placed its trust and confidence in another and the latter has accepted - expressly or by operation of law - to act in a manner consistent with the reposing of such trust and confidence, a fiduciary relationship has been established. [...] The reposing of trust and confidence, once accepted, impresses the fiduciary with a duty to act in a circumspect manner toward the beneficiary.»¹¹⁸

Lorsqu'un texte prévoit spécifiquement des obligations à l'endroit des Autochtones, automatiquement ces obligations sont de nature fiduciaire, compte tenu de l'obligation générale de fiduciaire de la Couronne. Ainsi, le pouvoir n'a pas besoin d'être d'une discrétion absolue. Même lorsque très limitée, la nature des obligations demeure fiduciaire.

«Il va sans dire que l'obligation de fiduciaire n'est pas supprimée par l'imposition de conditions ayant pour effet de restreindre le pouvoir discrétionnaire du fiduciaire. Le défaut de remplir ces conditions constitue tout simplement à première vue, un manquement à l'obligation.»¹¹⁹

¹¹⁸ M. V. ELLIS, *op. cit.*, note 85, 1-1 et 1-2.

¹¹⁹ Le juge Dickson, dans *Guerin*, précité, note 12. 387.

Jusqu'à l'arrêt Sparrow, l'obligation de fiduciaire semblait être liée exclusivement aux questions se rapportant aux droits relatifs aux terres et aux ressources naturelles. La Couronne est investie d'obligations de fiduciaires parce qu'elle détient des terres aux profits des Autochtones¹²⁰, obligation reconnue en droit positif à l'article 18 de la Loi sur les Indiens.

Selon le juge Dickson, qui s'exprime également au nom des juges Beetz, Chouinard et Lamer, l'obligation de fiduciaire de la Couronne impose au gouvernement un devoir positif de protéger les intérêts des Autochtones lorsqu'il y a cession de leurs terres. Les dispositions de la Loi sur les Indiens créent, selon lui, une obligation de fiduciaire que je qualifie de particulière.

«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. Je suis d'accord [...] pour dire qu'avant une cession, Sa Majesté ne possède pas les terres en fiducie pour les Indiens. Je suis également d'accord pour dire qu'au moment de la cession, l'obligation de Sa Majesté ne se cristallise pas d'une manière ou d'une autre en fiducie explicite ou implicite. [...] L'obligation de fiduciaire qu'a Sa Majesté envers les Indiens ne constitue donc pas une fiducie. Toutefois, cela ne

¹²⁰Id.

revient pas à dire que, de par sa nature même, l'obligation n'est pas semblable à une fiducie.»¹²¹

Selon la juge Wilson, qui s'exprime aussi au nom des juges Ritchie et McIntyre, l'obligation de fiduciaire de la Couronne impose au gouvernement un devoir positif de protéger les intérêts des Autochtones du seul fait de l'existence des terres indiennes. Les dispositions de la Loi sur les Indiens ne sont, selon elle, qu'une reconnaissance de cette obligation.

«Je crois qu'en disposant que les réserves seront détenues par Sa Majesté à l'usage et au profit des bandes pour lesquelles elles sont mises de côté, l'article 18 fait plus que donner une directive administrative à Sa Majesté. Je crois qu'il s'agit de la reconnaissance d'une réalité historique, savoir que les Indiens ont un droit de bénéficiaire sur leurs réserves et qu'il incombe à Sa Majesté de protéger ce droit et de s'assurer que les fins auxquelles les terres des réserves sont utilisées ne portent pas atteinte à ce droit. [...] Je crois que, dans ce sens, Sa Majesté a une obligation de fiduciaire envers les bandes indiennes relativement à l'utilisation qui peut être faite des terres des réserves, et que l'article 18 constitue une reconnaissance légale de cette obligation. Par conséquent, je suis d'avis que, bien que Sa Majesté ne détienne pas les terres des réserves en fiducie pour les bandes en vertu de l'article 18 de la Loi, parce que les droits des bandes sont limités par la nature du titre indien, elle les détient sous réserve de l'obligation qui incombe au fiduciaire de

¹²¹ Id., 385-387.

protéger et préserver les droits des bandes contre l'extinction ou l'empiètement.»¹²²

Bien qu'elle ne précise pas la portée du concept d'obligation de fiduciaire, la Cour suprême déclare, dans Guerin, qu'une obligation de fiduciaire particulière, d'une nature semblable aux obligations de fiduciaire connues en *common law*, est générée par la cession de terres autochtones. Autrement, il pourrait exister une relation de fiduciaire, d'où découleraient des obligations pas nécessairement de nature semblable à une fiducie.

La Cour a alors jugé que la Couronne du Canada a manqué à son obligation de fiduciaire à l'égard des Musqueams (en Colombie-Britannique) en négociant un bail pour une partie des terres de réserves à des conditions moins favorables que celles discutées avec les membres de la bande. Ainsi, lorsqu'il y a eu cession de terres de réserves ou cession du titre aborigène par des Autochtones, la Couronne doit assumer une responsabilité semblable, par nature, à une fiducie. Le non-respect des conditions et des obligations de la cession constitueront alors un manquement à l'obligation de fiduciaire. De même, constitue un manquement à l'obligation de fiduciaire toute situation applicable au droit des fiducies.

¹²² Id., 387.

«[...] j'estime que les obligations de Sa Majesté envers les Indiens ne peuvent se définir comme une fiducie. Cependant, cela ne signifie pas que Sa Majesté n'a envers les Indiens aucune obligation exécutoire dans sa façon d'utiliser leurs terres. À mon avis, la nature du titre des Indiens et les modalités prévues par la loi relativement à l'aliénation de leurs terres imposent à Sa Majesté une obligation d'equity, exécutoire en justice, d'utiliser ces terres au profit des Indiens. Cette obligation ne constitue pas une fiducie au sens du droit privé. Il s'agit plutôt d'une obligation de fiduciaire. Si, toutefois, Sa Majesté manque à cette obligation de fiduciaire, elle assumera envers les Indiens exactement la même responsabilité qu'aurait imposée une telle fiducie.»¹²³

Le manquement à l'obligation de fiduciaire rend possible un recours en dommages-intérêts. En introduisant le concept d'obligation de fiduciaire dans le cas de cessions de terres, la Cour vient ainsi permettre aux Autochtones des recours plus importants que les recours qui auraient existé du seul acte de cession.

*«La situation en common law quant aux dommages-intérêts à accorder pour un manquement aux obligations de fiduciaire et, plus particulièrement, la différence entre les principes applicables en droit des fiducies et ceux applicables en matière délictuelle et contractuelle sont bien résumées dans les extraits suivants des motifs rendus par le juge Street dans la décision australienne *Re Dawson: union Fidelity Trustee Co. v. Perpetual Trustee Co.* (1966), 84 W.N. (Pt. 1) (N.S.W.) 199, aux p 404 à 406: "[traduction] L'obligation d'un fiduciaire en défaut consiste essentiellement à*

¹²³ Guerin c. La Reine, précité, note 12, 354 (juge Dickson)

effectuer une restitution au patrimoine. L'obligation est de nature personnelle et son étendue n'est pas limitée par les principes de common law applicables aux dommages indirects. L'arrêt *Caffrey v. Darby* (1801) 6 Ves. Jun. 488; 31 E.R. 1159, est incompatible avec la proposition portant que s'il y a eu manquement, alors le fiduciaire est tenu de remettre le patrimoine administré dans l'état où il aurait été en l'absence de manquement. Les considérations de causalité et de prévisibilité n'entrent pas aisément en ligne de compte. Les principes compris dans cette façon de voir ne semblent pas soulever la question de savoir si la perte a été causée par le manquement ou si elle en découle. Il semblerait plutôt qu'il faille, dans chaque cas, déterminer si la perte se serait produite s'il n'y avait pas eu de manquement. Les décisions que j'ai mentionnées démontrent que l'obligation de restituer, que les tribunaux d'equity ont depuis le tout début imposée aux fiduciaires en défaut et aux autres fiduciaires, est une obligation de nature plus absolue que l'obligation de common law de payer des dommages-intérêts pour un délit ou une inexécution de contrat. [...] Les augmentations de la valeur marchande depuis le moment du manquement jusqu'à la date de la restitution sont à la charge du fiduciaire; en common law, l'effet de telles augmentations serait exclu du calcul des dommages-intérêts, mais en equity le fiduciaire en défaut doit compenser la perte en restituant au patrimoine les biens dont il l'a privé même si leur valeur marchande peut avoir augmenté dans l'intervalle. L'obligation de restituer au patrimoine les biens dont il l'a privé sous-entend nécessairement que, si une indemnité pécuniaire doit être versée au lieu de restituer des biens, cette indemnité doit être évaluée en fonction de la valeur des biens au moment de la restitution et non au moment de leur perte. En ce sens, l'obligation est permanente et, d'ordinaire, si pour une raison quelconque les biens ne sont pas restitués en nature, leur évaluation se fait en fonction du moment où la restitution doit être effectuée et pas avant. [...] Tout comme il faut présumer qu'un bénéficiaire aurait voulu vendre ses valeurs mobilières au meilleur prix possible pendant la période où le fiduciaire les détenait illégitimement (voir *McNeil v. Fultz* (1906), 38 R.C.S. 198) de même il faut présumer que la bande aurait voulu aménager ses terres de la façon la plus avantageuse possible pendant la période visée par le bail non autorisé. A cet égard aussi, les principes applicables à la détermination des dommages-intérêts pour le manquement à des obligations de fiduciaires doivent être différenciés de ceux applicables à la détermination des dommages-

intérêts pour l'inexécution d'un contrat. En droit des contrats, la bande aurait dû prouver qu'elle aurait aménagé les terres; en equity, il y a présomption qu'elle l'aurait fait: voir Waters, Law of Trusts in Canada, à la 845.»¹²⁴

Depuis l'arrêt Sparrow, en 1990, la Cour a confirmé l'existence d'une obligation plus générale de fiduciaire qui s'applique de manière certaine à toutes les actions de l'État fédéral en limitant le pouvoir législatif.¹²⁵

B. Les sources

La Cour suprême a identifié deux principales sources de l'obligation générale de fiduciaire de la Couronne à l'égard des peuples autochtones contenues dans le *common law*:

«la nature sui generis du titre indien de même que les pouvoirs et la responsabilité historiques de Sa Majesté»¹²⁶.

¹²⁴ Guerin c. La Reine, précité, note 12, 354 (juge Wilson).

¹²⁵ R. c. Sparrow, précité, note 11, 1108: «Qui justifie un principe directeur général d'interprétation.»

¹²⁶ Id., 1108.

1) Les justifications idéologiques

a) Les rapports historiques

Selon la doctrine élaborée par la Cour suprême, les rapports fiduciaires et l'obligation générale de fiduciaire de la Couronne qui en découle tirent leur origine dans les relations historiques particulières entretenues par Sa Majesté. La nature de ces rapports découle de l'attitude, à travers les époques, des colons européens vis-à-vis des peuples autochtones du Nouveau monde. La notion de «fiduciaire» ou «protecteur» n'est pas nouvelle et remonte, en effet, au XVI^e siècle. Elle n'a pas toujours été la même et a évolué en différentes «doctrines». Examiner l'histoire permet d'ailleurs de constater que les relations entre Autochtones et non-Autochtones se sont modifiées à différentes époques en fonction de différentes circonstances. S. James Anaya, qui a étudié la question pour la Commission royale sur les peuples autochtones, évoque trois courants de pensée qui ont alimenté l'idée que les États colonisateurs possèdent certaines obligations à l'égard des Autochtones. Ce sont le courant de pensée axé sur le consentement (ou le protectorat), celui axé sur la mission civilisatrice et celui axé sur l'assimilation libérale.¹²⁷

¹²⁷ Voir S. J. ANAYA, R. FALK et D. PHARAND, *op. cit.*, note 14, 10-20.

Il est par contre difficile, voire impossible, de déterminer avec précision quelle période correspond à chaque courant de pensée, notamment à cause du chevauchement considérable des différentes étapes se succédant imperceptiblement, sans une transition claire. Cette séquence schématique protectorat-mission civilisatrice-assimilation libérale représente aussi, pour différents auteurs, une vision fautive de l'histoire. Certains sont d'avis que l'étiquette protectorat ne convient pas à qualifier les relations au temps de l'administration française considérant plutôt qu'elles étaient de nature égalitaire, notamment à l'intérieur de l'Alliance Laurentienne.¹²⁸

Au-delà de ces considérations historiques, nous pouvons néanmoins observer une tendance des autorités coloniales, surtout des Britanniques, à créer des relations basées sur la perception que la Couronne avait une certaine responsabilité —variable selon les époques— à l'égard des Autochtones d'Amérique. Au fil des années, ce sont donc créées des obligations qui sont passées de la Couronne britannique au gouvernement canadien.

À l'origine, c'est évidemment Sa Majesté, le roi d'Angleterre, qui avait la responsabilité des Autochtones. Cette responsabilité est demeurée, jusqu'au XXe siècle, dans les mains de la Couronne britannique indivisible. Toutes les colonies

¹²⁸ A. LAJOIE, J.-M. BRISSON, S. NORMAND et A. BISSONNETTE, *op. cit.*, note 25.

formaient alors un seul royaume sous l'autorité du roi de Grande-Bretagne. En exerçant ses pouvoirs, le roi avait l'obligation de prendre les précautions nécessaires pour assurer la protection des Autochtones de chaque colonie. Sauf dans le cas où c'était nécessaire, par contre, la Couronne n'intervenait pas dans les affaires internes des peuples autochtones. C'est d'ailleurs la lecture historique qu'en a fait la Cour d'appel d'Angleterre en 1981¹²⁹.

En 1867, le *British North American Act* —aujourd'hui la Loi constitutionnelle de 1867— a conféré les pouvoirs exclusifs au parlement fédéral de légiférer pour «les Indiens et les terres réservées pour les Indiens»¹³⁰. À cette époque, la Couronne était toujours considérée comme indivisible. Ce n'est que vers la fin de la première moitié du XXe siècle que l'on a assisté à la division de la Couronne. Les obligations dévolues à la Couronne du roi d'Angleterre, dont celles découlant de la Proclamation royale de 1763, ont alors été transférées et divisées aux Dominions, provinces et territoires concernés. Le Statut de Westminster, en 1931, est venu confirmer cette division de la Couronne en officialisant l'indépendance des colonies. L'accession du Canada à la souveraineté a ainsi totalement transposé les obligations:

¹²⁹ The Queen v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, précité, note

92.

¹³⁰ Article 91(24) de la Loi constitutionnelle de 1867.

«As a result of this important constitutional change, I am of the opinion that those obligations which were previously binding on the Crown simpliciter are now to be treated as divided. They are to be applied to the Dominion or Province or Territory to which they relate, and confined to it. Thus the obligations to which the Crown bound itself in the Royal Proclamation of 1763 are now to be confined to the territories to which they related and binding only on the Crown in respect of the territories, and the treaties by which the Crown bound itself in 1875 are to be confined to those territories and binding of the Crown only in respect of those territories. None of them is any longer binding on the Crown in respect of the United Kingdom.»¹³¹

Il est donc évident que la totalité des obligations dévolues historiquement à la Couronne du Royaume-Uni ont été transférées à la Couronne du Canada.

b) Le titre aborigène

En plus des rapports spéciaux historiques entre la Couronne et les Autochtones, l'obligation générale de fiduciaire existe en vertu de la nature spécifique du titre aborigène et des terres de réserves, parce que les terres aborigènes sont détenues par la Couronne

¹³¹ The Queen v. Secretary of States, précité, note 92, par 8.

pour l'usage et le bénéfice de la communauté indienne touchée. Ce principe qui a fait son apparition en droit canadien dans l'arrêt Guerin est analogue à celui développé, quatre ans plus tôt, par la Cour suprême des États-Unis:

«Where the Federal Government takes on or has control or supervision over tribal monies or properties, the fiduciary relationship normally exists with respect to such monies or properties (unless Congress has provided otherwise) even though nothing is said expressly in the authorizing or underlying statute (or other fundamental document) about a trust fund, or a trust or fiduciary connection.»¹³²

Dans Mitchel II¹³³, un an seulement avant Guerin, la Cour suprême des États-Unis a confirmé qu'il existe des rapports de type fiduciaire entre l'État fédéral américain et les Indiens d'où découle une obligation générale de fiduciaire pour le gouvernement de protéger les droits et les intérêts des Indiens sur leurs terres. La cession du titre aborigène va alors créer, dit la Cour, une obligation particulière dont la nature ressemble à celle connue dans le droit des fiducies. L'affaire et le jugement sont semblables à ceux de Guerin. La Cour des États-Unis a jugé que le gouvernement devait des dommages-intérêts pour son manquement à une obligation de fiduciaire. Un traité de cession de terres dans l'État de Washington avec l'établissement d'une réserve, combiné à

¹³² Navajo Tribe of Indians v. United States, 224 ct CL 171, 183, 624 F 2ed 981, 987 (1980)

¹³³ United States v. Mitchell 463 US 206 .

l'obligation générale de fiduciaire (nature politique), créée, selon la Cour, une obligation de fiduciaire exécutoire en justice et permet un recours en dommages-intérêts.

«A fiduciary relationship necessarily rises when the Government assumes such elaborate control over forest and property belonging to Indians.»¹³⁴

Le sens de «titre indien» n'est pas défini dans Guerin mais est entendu comme s'appliquant aux terres ancestrales, utilisées par les nations autochtones. Depuis Calder, la Cour suprême a clairement statué que l'existence de droits relatifs à un titre de possession, dit «Indien», existe du seul fait que les Autochtones ont occupé et utilisé le territoire avant les Européens.¹³⁵ Le titre n'est cependant pas absolu et existe sous réserve du titre prédominant de l'État sur le territoire en question. Avant 1982, le gouvernement pouvait éteindre les titres aborigènes, par une simple loi fédérale contenant une intention claire et expresse à cet effet. L'extinction pouvait également se faire par cession. L'acte de cession va alors faire naître une obligation fiduciaire particulière, reconnue, en droit positif, par la Loi sur les Indiens.

«Le rapport fiduciaire entre Sa Majesté et les Indiens découle du concept du titre aborigène, autochtone ou indien. [...] Le concept de l'obligation de fiduciaire est

¹³⁴ Id., 596.

¹³⁵ Confirmé dans le récent arrêt Delgamuukw c. Colombie-Britannique, précité, note 19.

*issu depuis bien longtemps de la notion de l'abus de confiance, l'un des premiers chefs de compétence de la Chancery. Dans le présent pourvoi, l'importance de ce concept repose sur l'exigence qu'il y ait eu "cession" pour que des terres indiennes puissent être aliénées. 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. Cet objet ressort nettement de la Proclamation royale [...] En confirmant dans la Loi sur les Indiens cette responsabilité historique de Sa Majesté de représenter les Indiens afin de protéger leurs droits dans les opérations avec des tiers, le Parlement a conféré à Sa Majesté le pouvoir discrétionnaire de décider elle-même ce qui est vraiment le plus avantageux pour les indiens. Tel est l'effet du par. 18(1) de la Loi. Ce pouvoir discrétionnaire, loin de supplanter comme le prétend Sa Majesté, le droit de regard qu'ont les tribunaux sur les rapports entre Sa Majesté et les Indiens, a pour effet de transformer l'obligation qui lui incombe en une obligation de fiduciaire. Le professeur Ernest Weinrib soutient dans son article intitulé *The Fiduciary obligation* (1975), 25 U.T.L.J. 1, à la 7, que [traduction] "la marque distinctive d'un rapport fiduciaire réside dans le fait que la situation juridique relative des parties est telle que l'une d'elles se trouve à la merci du pouvoir discrétionnaire de l'autre" [...]»¹³⁶*

Mais qu'en est-il lorsqu'il n'y a pas eu cession de terres? Les traités de cession signés avec les Indiens prévoyaient la cession définitive et irrévocable de leurs droits sur le territoire en échange de terres réservées et d'un statut particulier. Par contre, plusieurs communautés autochtones n'ont pas conclu ce genre de traité, surtout au Québec où on

¹³⁶ Guerin c. La Reine, précité, note 12, 354-356 (juge Dickson).

n'en trouve aucun. C'est pourquoi les Autochtones se plaignent de l'envahissement de leurs terres. De plus, plusieurs groupes signataires de traités soutiennent que ces derniers n'ont pas éteint leurs droits sur le territoire mais qu'au contraire ils constituent une reconnaissance de ces droits. Les droits qui subsistent constituent le noeud des revendications territoriales. Ce sont les droits d'utiliser et d'occuper de façon exclusive les terres détenues en vertu d'un titre de possession dit *sui generis*, que l'on nomme le titre aborigène. Il s'agit d'un

«droit d'utiliser le territoire détenu (...) pour diverses fins qui ne doivent pas nécessairement être des aspects de coutumes, pratiques et traditions faisant partie intégrante d'une culture autochtone distinctive.»¹³⁷

Quant à la nature du titre aborigène, la Cour a identifié trois aspects déterminants¹³⁸:

1) le titre aborigène comprend le droit d'utiliser et d'occuper de façon exclusive les terres visées; 2) le titre aborigène comprend le droit de choisir les utilisations qui peuvent être faites de ces terres, sous réserve de la restriction ultime que ces usages ne sauraient détruire la capacité de ces terres d'assurer la subsistance des générations futures des peuples autochtones. De plus, les usages ne doivent pas rompre le lien spécial qui existe entre le groupe autochtone en question et la terre. Normalement cela veut dire que les Autochtones ne peuvent pas utiliser la terre de façon à rendre impossible son utilisation

¹³⁷ Delgamuukw c. Colombie-Britannique, précité, note 19, par. 166.

¹³⁸ Id.

selon les usages premiers de leurs ancêtres; 3) les terres détenues en vertu d'un titre aborigène ont une composante économique inéluctable.

«Il est possible de respecter les rapports de fiduciaire entre la Couronne et les peuples autochtones en faisant participer les peuples autochtones à la prise des décisions concernant leurs terres¹³⁹ (...) de bonne foi et dans l'intention de tenir compte réellement des préoccupations des peuples autochtones¹⁴⁰ (...) conformément à l'obligation de la Couronne d'agir de bonne foi et honorablement, il sera généralement nécessaire de verser une juste indemnisation¹⁴¹.»

L'obligation de fiduciaire de la Couronne s'applique ainsi tout autant aux terres de réserves qu'aux terres détenues en vertu d'un titre aborigène. Cette obligation générale impose à la Couronne d'agir de bonne foi envers les Autochtones, de tenir compte des préoccupations des Autochtones avant de prendre toute décision les concernant et, dans la plupart des cas, d'obtenir le consentement de ces Autochtones. Si ces directives générales ne sont pas respectées, il y aura manquement à l'obligation de fiduciaire et les Autochtones concernés pourront demander une réparation qui se traduira dans la plupart des cas par une juste indemnisation.

¹³⁹ Delgamuukw c. Colombie-Britannique, précité, note 19, par. 168.

¹⁴⁰ Id.

¹⁴¹ Id., 169.

2) Les fondements juridiques

Il existe plusieurs situations juridiques qui, à cause de l'existence des rapports fiduciaires, font naître des obligations, générales ou particulières, de fiduciaire. Chaque source constitue un cas d'espèce et il est impossible de généraliser dans l'analyse de ces sources. Il est également impossible d'établir une liste exhaustive des sources des obligations de fiduciaires. De plus, une étude plus approfondie de chacune de ces sources dépasse largement le cadre de ce mémoire.

Le juge Dickson a reconnu, dans Guerin, que des obligations de fiduciaire particulières —au-delà du principe général— étaient créées par une loi, un contrat ou des actions unilatérales de la Couronne qui confèrent un pouvoir discrétionnaire.

«[...] j'estime toutefois que, lorsqu'une loi, un contrat ou peut-être un engagement unilatéral impose à une partie l'obligation d'agir au profit d'une autre partie et que cette obligation est assortie d'un pouvoir discrétionnaire, la personne investie de ce pouvoir devient un fiduciaire. L'equity vient alors exercer un contrôle sur ce rapport en imposant à la personne en question l'obligation de satisfaire aux normes strictes

de conduite auxquelles le fiduciaire est tenu de se conformer»¹⁴²

Ainsi, les rapports fiduciaires découlent des relations historiques et du concept du titre aborigène, alors que les obligations de fiduciaires sont créées par des actes de la Couronne à l'égard des Autochtones, qu'ils soient unilatéraux ou bilatéraux, législatifs, administratifs ou autres.¹⁴³ Ces actes de la Couronne créeront ainsi une situation semblable à celle des fiducies¹⁴⁴:

- 1) le fiduciaire peut exercer un certain pouvoir discrétionnaire;
- 2) le fiduciaire peut unilatéralement exercer ce pouvoir discrétionnaire de manière à avoir un effet sur les intérêts juridiques ou pratiques du bénéficiaire;
- 3) le bénéficiaire est particulièrement vulnérable ou à la merci du fiduciaire qui détient le pouvoir discrétionnaire.

¹⁴² Guerin c. La Reine, précité, note 12, 356.

¹⁴³ R. Dupuis et K. McNeil en arrivaient à la même conclusion, en 1995. Voir DUPUIS et McNEIL, op. cit., note 8, p 2 et 3.

¹⁴⁴ Maurice MARTEL et Paul MARTEL, Les compagnies au Québec, volume 1, Les aspects juridiques, Ed. Wilson & Lafleur, Montréal, 1996, 512.1.

a) La Constitution

La Proclamation royale de 1763

La Proclamation royale du 7 octobre 1763 a longtemps été perçue comme une source de droits autochtones¹⁴⁵. Ce n'est plus le cas, la Cour ayant indiqué que la source des droits autochtones —et du titre aborigène— réside dans le fait que les Autochtones étaient présents et utilisaient le sol de l'Amérique avant l'arrivée des colons.¹⁴⁶ La Proclamation n'en a pas moins son importance puisqu'elle a longtemps été considérée, avant 1982, comme la «Indian Bill of Rights»¹⁴⁷.

Cet édit —ce n'est pas une loi— du roi d'Angleterre, Georges III, est venu confirmer le gouvernement civil de ses nouveaux territoires cédés par la France lors de la signature, le 10 février de la même année, du «Traité de paix et d'alliance» entre la Grande-

¹⁴⁵ Lire notamment St-Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen, précité, note 82.

¹⁴⁶ Confirmé dans plusieurs arrêts, dont les principaux sont Calder, Guerin, Sparrow, Badger et Delgamuukw. Voir Supra, Partie I- B. 1) b) Le titre aborigène.

¹⁴⁷ Le juge Gwyne dans St-Catherine's Milling (précité, note 82) et le juge Hall dans Calder c. G. Colombie-Britannique (1973) R.C.S. 313, ont utilisé l'expression.

Bretagne et la France.¹⁴⁸ Le territoire de la Nouvelle-France, qui est ainsi devenu la colonie de Québec, a été considérablement réduit, amputé de la vallée de l'Ohio, des pays d'en-haut, du lac Champlain, de l'île d'Anticosti et du Labrador. La Proclamation a également défini le territoire des nouvelles colonies de la Floride occidentale, de la Floride orientale et de la Grenade.

Une partie importante du texte de la Proclamation est toutefois réservée aux «nations et tribus sauvages».

«Et comme il est juste, raisonnable et essentiel à nos intérêts et à la sûreté de nos colonies que les différentes nations de sauvages avec lesquelles nous avons quelques relations et qui vivent sous notre protection ne soient ni inquiétées et ni troublées dans de telles parties de nos domaines et territoires comme ne nous ayant pas été cédés ni achetés par nous, leur sont réservés, ou à aucun d'eux comme leur pays de chasse [...]»¹⁴⁹

La Proclamation a alors interdit l'aliénation des terres "réservées au sauvages", sauf au profit de la Couronne et selon certaines procédures. Les dispositions relatives aux Autochtones dans la Proclamation illustrent trois principes essentiels qui seront à la base des relations entre la Couronne et les Autochtones: 1) les nations autochtones doivent

¹⁴⁸ C.W. ALVORD, Genesis of the Proclamation of 1763, Lansing (Michigan), Michigan Pioneer and Historical Collections, 1908, 7.

¹⁴⁹ Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones, annexe D, op. cit., note 22, 792.

être protégées sur leurs terres par la Couronne; 2) une colonisation légitime peut prendre place dans les territoires désignés par la Couronne; 3) avant qu'un territoire puisse être colonisé, tous les titres indiens doivent être cédés de façon volontaire à la Couronne.¹⁵⁰

Plus de deux siècles après sa rédaction, l'interprétation de ce texte fait toujours l'objet de controverses. Les juges de la Cour suprême ont d'ailleurs exprimé des positions différentes sur l'application de la Proclamation. Dans Calder, le juge Hall a soutenu qu'elle s'applique aux terres de l'ouest canadien alors que le juge Judson a affirmé le contraire.

Les Instructions royales au Gouverneur Murray, en décembre 1763, sont venues compléter le texte de la Proclamation royale et sont venues confirmer les intentions du Roi d'entretenir des relations particulières avec les Indiens, maintenus sous sa protection.¹⁵¹ Ces Instructions sont la confirmation que les autorités coloniales britanniques considéraient les nations indiennes comme des unités politiques autonomes, même si elles vivaient sous la protection de la Couronne. Désormais, il était interdit pour tout Britannique de s'approprier les terres indiennes sans le consentement des tribus qui les habitaient. En vertu de la doctrine élaborée par la Cour suprême du Canada, il s'agit

¹⁵⁰ Lire B. SLATTERY, op. cit., note 21.

¹⁵¹ «Instructions au Gouverneur Murray», dans annexe D du rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones, op. cit., note 22.

d'une reconnaissance explicite des rapports de fiduciaire entre la Couronne britannique et les peuples autochtones qui fait naître, par le fait même, des obligations particulières de protéger les terres indiennes contre tout abus et de les consulter avant toute modification des titres aborigènes.

La Proclamation royale fixe, à cet égard, des conditions que doivent respecter les autorités coloniales lorsqu'elles veulent s'approprier des terres indiennes:

«If at any Time any of the said Indians should be inclined to dispose of the said lands, the same shall be purchased only for Us, in our Name, at some public meeting or assembly of the said Indians, to be held for that purpose by the Governor or Commander in Chief of our colony respectively within which they shall lie.»¹⁵²

Un manquement à ces conditions constitue, à première vue, un manquement à l'obligation de fiduciaire de la Couronne. Les Autochtones concernés pourraient alors avoir droit à des dommages-intérêts.

¹⁵² Proclamation royale de 1763, L.R.C. (1985), ap II, no. 1, 6.

La Loi constitutionnelle de 1982

Comme nous l'avons vu, depuis 1982, le Parlement est dorénavant tenu de concilier ses objectifs législatifs avec l'obligation générale de fiduciaire de la Couronne. L'obligation générale de fiduciaire a été pour ainsi dire “constitutionnalisée” et impose désormais tout autant de limites aux pouvoirs législatifs, fédéral et provinciaux, qu'aux pouvoirs de la Couronne.

Le texte constitutionnel qui impose cette limite au pouvoir législatif est l'article 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982:

35(1). Les droits existants -ancestraux ou issus de traités- des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.

«La façon de réaliser un objectif législatif doit préserver l'honneur de Sa Majesté et doit être conforme aux rapports contemporains uniques, fondés sur l'histoire et les politiques, qui existent entre la Couronne et les peuples autochtones du Canada. La mesure dans laquelle une loi ou un règlement a un effet sur un droit ancestral existant doit être examinée soigneusement de manière à assurer la reconnaissance et la confirmation de ce droit.»¹⁵³ [Je souligne]

¹⁵³ R. c. Sparrow, précité, note 11. 1110

La doctrine de l'obligation de fiduciaire de la Couronne a donc une incidence importante sur le droit constitutionnel canadien. Depuis l'adoption de l'article 35(1) et de son interprétation par la Cour suprême dans Sparrow, les droits autochtones reçoivent une protection considérable. Par contre, cette protection n'est pas absolue et la Cour, s'appuyant sur la doctrine de l'obligation de fiduciaire de la Couronne, a élaboré un «test» permettant aux parlements de justifier certaines lois qui porteraient atteinte aux droits autochtones. Le «test de Sparrow» est donc un critère de justification développé à partir des décisions rendues dans Guerin et Taylor and Williams¹⁵⁴. La Cour soutient que l'article 35(1) doit être lu en fonction d'un principe directeur général d'interprétation qui découle de la doctrine de l'obligation de fiduciaire de la Couronne.

«Le gouvernement a la responsabilité d'agir en qualité de fiduciaire à l'égard des peuples autochtones. Les rapports entre le gouvernement et les autochtones sont de nature fiduciaire plutôt que contradictoire et la reconnaissance et la confirmation contemporaines des droits ancestraux doivent être définies en fonction de ces rapports historiques. [...] 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.»¹⁵⁵

¹⁵⁴ R. v. Taylor and Williams, précité, note 66.

¹⁵⁵ R. c. Sparrow, précité, note 11, 1108

Ainsi, en vertu des rapports fiduciaires entre la Couronne et les peuples autochtones et de la reconnaissance constitutionnelle de leurs droits, le parlement fédéral et les assemblées législatives provinciales doivent justifier toute disposition législative ou réglementaire qui porte atteinte à ces droits.

La Cour a cependant précisé que le test n'était pas universel et qu'il devait s'appliquer, au cas par cas, en tenant compte du contexte particulier à chacun d'eux. Dans Sparrow, analysant un règlement adopté en vertu de la Loi sur les pêcheries¹⁵⁶, la Cour a établi deux étapes au critère de justification. En adoptant ce principe d'interprétation, la Cour s'est inspirée du principe général d'interprétation de la Charte canadienne de droits et libertés qu'elle avait développé dans l'arrêt Oakes¹⁵⁷, en 1986.

L'article 1 de la Charte: La Charte canadienne des droits et libertés garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans les limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

¹⁵⁶ Loi sur les pêcheries, S.R.C. 1970, ch. F-14.

¹⁵⁷ R. c. Oakes [1986] 1 R.C.S. 103.

Le test de Oakes repose ainsi sur deux critères, d'abord celui de l'objectif qui doit être suffisamment important pour justifier l'atteinte à un des droits garantis.

«Il faut à tout le moins qu'un objectif se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique, pour qu'on puisse le qualifier de suffisamment important.»¹⁵⁸

Ensuite, si l'objectif est jugé suffisamment important, il faut alors démontrer *«que les moyens choisis sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer»*. Cela nécessite l'application d'une sorte de critère de proportionnalité¹⁵⁹. Ce critère de proportionnalité comporte trois éléments importants: 1) les mesures doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif poursuivi, 2) le moyen choisi doit porter le moins possible atteinte au droit et 3) il doit y avoir proportionnalité entre les effets des mesures restreignantes et l'objectif.¹⁶⁰

Ainsi, le test de Sparrow ressemble au test de Oakes: D'abord, la Cour doit déterminer s'il y a atteinte à première vue à un droit ancestral existant, reconnu et confirmé par l'article 35(1). Ensuite, la Cour doit évaluer si la mesure législative en question est «justifiable». Pour compléter la première partie de ce test, la Cour doit procéder à

¹⁵⁸ Id., 139.

¹⁵⁹ Id.

¹⁶⁰ Id.

l'examen des «caractéristiques ou des attributs du droit en question»¹⁶¹. Notamment, elle doit se poser quelques questions: 1) la restriction est-elle déraisonnable?; 2) le règlement est-il indûment rigoureux?; 3) le règlement refuse-t-il aux titulaires du droit le recours à leur moyen préféré de l'exercer? À cette étape, le fardeau de la preuve incombe au détenteur du droit.

La seconde partie du test se divise en deux. D'abord, la Cour doit statuer si l'objectif législatif est «régulier»¹⁶², c'est-à-dire s'il répond à des objectifs «impérieux et réels». Entre autres, la Cour a déclaré que la préservation de la faune était un objectif régulier tout comme l'était le développement économique. Ensuite, la Cour applique le principe directeur d'interprétation qui découle de Guerin et *Taylor and William* et de la doctrine de l'obligation de fiduciaire.

«Les rapports spéciaux de fiduciaire et la responsabilité du gouvernement envers les peuples autochtones doivent être le premier facteur à examiner en déterminant si la mesure législative ou l'action en cause est justifiable.»¹⁶³

¹⁶¹ R. c. Sparrow, précité, note 11, 1112.

¹⁶² Id., 1113.

¹⁶³ Id.

Notamment, cet élément du test confère la priorité aux Autochtones dans la distribution des ressources naturelles. Par exemple, le droit ancestral de pêche des Autochtones doit leur accorder la priorité sur ladite pêche devant la pêche commerciale par les non-Autochtones¹⁶⁴. Cela confère une priorité absolue à la pêche par les Autochtones à des fins de subsistance. S'il ne reste plus aucun poisson dans la rivière après que les Autochtones aient pêché pour leur subsistance, le gouvernement ne peut pas donner de permis de pêche à des non-autochtones.

La Cour a aussi soumis d'autres questions qui, selon le cas, devront servir dans l'examen de la justification¹⁶⁵. Ce sont: 1) a-t-on le moins possible porté atteinte au droit?; 2) a-t-on prévu une juste indemnisation?; et 3) y a-t-il eu consultation avant l'adoption du règlement en question?

Dans l'arrêt Badger¹⁶⁶, la Cour suprême a statué que le test de Sparrow s'applique également au pouvoir provincial lorsque celui-ci se trouve, à l'égard des Autochtones, dans une position similaire à la position traditionnelle du gouvernement fédéral. Dans ce cas-ci, la Convention sur le transfert des ressources naturelles¹⁶⁷, un document

¹⁶⁴ Delgamuukw e. Colombie-Britannique, précité, note 19.

¹⁶⁵ R. c. Sparrow, précité, note 11, 1119.

¹⁶⁶ Badger c. La Reine, précité, note 19.

¹⁶⁷ Convention sur le transfert des ressources naturelles (Annexe de la Loi constitutionnelle de 1930).

constitutionnel en vertu de la Loi constitutionnelle de 1930, prévoit que la province de l'Alberta peut légiférer à des fins de conservation, sous réserve du droit des Indiens de chasser et de pêcher pour se nourrir.¹⁶⁸

«Comme le par. 12 de la Convention a pour effet de placer le gouvernement provincial exactement dans la situation où se trouvait la Couronne fédérale auparavant, le gouvernement provincial a la même obligation de ne pas porter atteinte de manière injustifiée au droit de chasse prévu par le Traité no. 8 et modifié par la Convention.»¹⁶⁹

La loi provinciale porte atteinte à ce droit puisqu'il oblige l'obtention d'un permis de chasse qui impose des limites aux activités de chasse exercées par les Indiens¹⁷⁰. Le gouvernement provincial n'a pas fourni de justification. Donc la Cour a jugé qu'il fallait tenir un nouveau procès et permettre au gouvernement de justifier sa loi en vertu des principes développés dans Sparrow.

Dans Delgamuukw, la Cour a précisé que l'obligation de fiduciaire et le critère de justification qui en découle varient en fonction des contextes factuels. Dans ce cas-ci, la Cour avait affaire à un titre aborigène qui découle de la doctrine des droits des

¹⁶⁸ Id., par. 12.

¹⁶⁹ Badger c. La Reine, précité, note 19.

¹⁷⁰ Id., par 94 : «Ces restrictions sont en contradiction directe avec le droit prévu au Traité.»

Autochtones. Le titre aborigène est une manifestation de la doctrine des droits ancestraux et doit ainsi recevoir une interprétation semblable, quoique quelque peu différente. Entre autres, lorsqu'une communauté autochtone prouve l'existence d'un titre aborigène, l'obligation de fiduciaire de la Couronne prendra une forme autre que lorsqu'il s'agit seulement de droits autochtones -ancestraux ou issus de traités. Ainsi, le gouvernement a une obligation de consultation avant d'affecter un titre aborigène. Par ailleurs, dans la plupart des cas, il y aura une obligation de consentement. Finalement, le gouvernement aura l'obligation de verser une juste indemnisation pour tout manquement à l'obligation de fiduciaire de la Couronne (i.e. d'agir de bonne foi et honorablement). Le montant de l'indemnité «*variera en fonction de la nature du titre aborigène touché, de la nature et de la gravité de l'atteinte et de la mesure dans laquelle les intérêts des autochtones ont été pris en compte.*»¹⁷¹.

b) Les textes législatifs

Certains textes législatifs peuvent également faire naître des obligations de fiduciaire. Il est difficile, voire impossible, d'en dresser une liste exhaustive mais il est utile et important de présenter les textes législatifs qui font naître d'une façon certaine des obligations de fiduciaire, soit parce que cela a été reconnu par les tribunaux ou soit parce

¹⁷¹ Delgamuukw c. Colombie-Britannique, précité, note 19.

que, par analogie interprétative, il est raisonnable de le croire. Ces textes sont la Loi sur les Indiens¹⁷² et les lois de mise en oeuvre des traités modernes¹⁷³.

La Loi sur les Indiens

En vertu de sa compétence législative attribuée par l'article 91(24) de la Loi constitutionnelle de 1867, le parlement fédéral a adopté, en 1876, la Loi sur les Indiens, sorte de loi-cadre qui place les Indiens et leurs réserves sous la tutelle du gouvernement fédéral. Deux articles sont particulièrement pertinents dans le cadre de l'obligation de fiduciaire, à savoir les articles 18 et 88.

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 gouvernement 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.

«Bien que je sois [aussi] d'avis que l'article 18 n'impose pas en soi à Sa Majesté une obligation de fiduciaire à l'égard des réserves indiennes, je crois qu'il reconnaît l'existence d'une telle obligation.»¹⁷⁴

¹⁷² Loi sur les Indiens, précitée, note 3.

¹⁷³ Notamment, la Loi sur le règlement des revendications des Autochtones de la Baie James et du Nord québécois, S.C. 1976-1977, ch. 32 (Canada) et la Loi approuvant la Convention de la Baie James et du Nord québécois, L.R.Q. 1977, ch. C-67 (Québec).

¹⁷⁴ Guerin c. La Reine (juge Wilson), précité, note 12, 348-349.

Selon la doctrine construite par la Cour suprême du Canada, cet article ne crée pas une relation de fiduciaire mais constitue une reconnaissance légale de cette obligation générale dont la source est dans le titre indien. Il vient confirmer cette obligation et créer une obligation de fiduciaire plus spécifique qui lui confère une référence en droit positif. Si l'usage de terres de réserves n'est pas «au profit de la bande», il y a un manquement à l'obligation de fiduciaire et le groupe autochtone visé pourra réclamer des dommages-intérêts.

«Je crois qu'il est clair, d'après l'article 18, que ce droit doit être respecté et que cela suffit à rendre inapplicables les affaires dites de "fiducie politique".»¹⁷⁵

Par ailleurs, l'article 88 de la Loi sur les Indiens permet à certaines lois provinciales de s'appliquer aux Indiens, accordant ainsi un pouvoir limité de contrevenir aux droits ancestraux.

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,

¹⁷⁵ *Id.*, 351.

ordonnance, règle, règlement ou règlement administratif pris sous son régime, et sauf dans la mesure où ces lois contiennent des dispositions sur toute question prévue par la présente loi ou sous son régime.

Se basant sur l'arrêt Badger¹⁷⁶, on peut affirmer que lorsque c'est le cas, le gouvernement provincial a une obligation de fiduciaire et que sa législature est assujettie alors au même critère de justification de l'article 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982.

La définition même de l'obligation de fiduciaire de la Couronne porte à croire que les gouvernements provinciaux sont assujettis à une obligation de fiduciaire. D'une part, parce que chaque province a une Couronne distincte de la Couronne fédérale¹⁷⁷, mais dont les obligations résultent du même transfert de souveraineté des obligations traditionnelles de la Couronne impériale du Royaume-Uni. D'autre part parce que l'un des facteurs importants qui font naître une obligation de fiduciaire est la présence d'un pouvoir discrétionnaire. Or, une loi provinciale incorporée dans la législation fédérale en vertu de l'article 88 de la Loi sur les Indiens confère généralement un pouvoir discrétionnaire¹⁷⁸.

¹⁷⁶ Avant cet arrêt, il n'était pas clair si le test de Sparrow s'appliquait à des lois provinciales. Autrement dit, la Cour a jugé que la législature provinciale peut «justifier» en vertu de ce test ses lois —par ailleurs fondées constitutionnellement— qui portent atteinte aux droits des Autochtones.

¹⁷⁷ J.-Y. MORIN et J. WOEHLING, *op. cit.*, note 28, 169.

¹⁷⁸ Par exemple la Wildlife Act (S.B.C. 1966, ch. 55), en Colombie-Britannique. Voir l'arrêt R. c. Badger, précité, note 19.

Cet article, adopté à une époque où l'on croyait que les réserves indiennes formaient des «enclaves» immunisées contre les lois provinciales, visait à «incorporer» les lois provinciales d'application générale dans le droit fédéral. La théorie des «enclaves» a été rejetée, en 1974, par la Cour suprême dans l'affaire Cardinal¹⁷⁹. Dans l'arrêt Dick¹⁸⁰, la Cour a précisé que les lois provinciales d'application générale s'appliquent aux Indiens vivant sur les réserves dans la mesure où elles ne visent pas uniquement les Autochtones et qu'elles ne leur réservent pas un traitement spécial. Ces lois ne doivent pas, dit la Cour, affecter la «quiddité indienne» (ou «l'indianité»).

Néanmoins, l'article 88 «incorpore» au droit fédéral et rend ainsi applicables les lois provinciales d'application générale qui touchent la «quiddité indienne». Toute autre loi d'application générale s'applique *ex proprio vigore*. En toute logique, ce pouvoir fait naître une obligation de fiduciaire et, compte tenu de la Loi constitutionnelle de 1982, celui du critère de justification.

¹⁷⁹ Cardinal c. P.G. Alberta, [1974] R.C.S. 695.

¹⁸⁰ Dick c. La Reine, précité, note 2.

Les lois de mise en oeuvre des traités

Depuis 1975, chaque accord sur les revendications territoriales, les traités modernes, est entériné par une loi fédérale et, selon le cas, par une loi provinciale¹⁸¹. Ces lois doivent évidemment être interprétées à la lumière de l'obligation fiduciaire de la Couronne.

En adoptant la Loi approuvant la Convention de la Baie James et du Nord québécois, en 1977, le parlement canadien a reconnu et confirmé sa responsabilité de fiduciaire à l'égard des Autochtones. Dans son préambule, il écrit: *«le Parlement et le gouvernement du Canada reconnaissent et affirment une responsabilité particulière envers les Cris et les Inuit»*¹⁸². La loi fédérale éteint *«toutes les revendications, droits, titres et intérêts autochtones, quels qu'ils soient, aux terres et dans les terres du territoire de tous les Indiens et de tous les Inuit»*¹⁸³, qu'ils soient signataires ou non à la Convention. Cette disposition représente à première vue un manquement à l'obligation de fiduciaire de la Couronne, notamment en vertu des conditions soumises par la Proclamation royale de 1763 qui impose au Canada le devoir de chercher le consentement des Autochtones

¹⁸¹ «La politique fédérale des revendications territoriales globales», MAINC, 1987.

¹⁸² Préambule de la Loi approuvant la Convention de la Baie James et du Nord québécois, précitée, note 185.

¹⁸³ Loi approuvant la Convention de la Baie James et du Nord québécois, précitée, note 185, article 3.

avant toute cession du titre aborigène.¹⁸⁴ Les Autochtones concernés par ce manquement à l'obligation de fiduciaire sont des Algonquins, des Attikamekw et des Montagnais. À noter que la Loi constitutionnelle de 1982 n'était pas en vigueur au moment de l'adoption des lois fédérales et provinciales relatives aux conventions de la Baie James. Il semble certain que ces lois ne franchiraient pas l'étape de justification et que l'article concernant l'extinction pourrait être jugé inconstitutionnel.¹⁸⁵

c) Les traités historiques et modernes

Comme je l'ai expliqué en introduction, les divers accords et alliances signés avec les Autochtones avant le XXe siècle sont considérés comme des traités *sui generis*, n'ayant aucune valeur en droit international —du point de vue du droit positif— mais considérés comme créant des obligations exécutoires en droit interne. Dans l'interprétation des traités historiques, les tribunaux canadiens ont néanmoins indiqué qu'il fallait tenir compte du point de vue des Autochtones et opter pour une interprétation généreuse et libérale.¹⁸⁶

¹⁸⁴ Renée Dupuis et Kent McNeil en arrivent à la même conclusion (*op. cit.*, note 8, p 58 à 60, en ajoutant les obligations qui se dégagent, selon eux, du Décret sur les Terres de Rupert (1870).

¹⁸⁵ R. c. Sparrow, précité, note 11.

¹⁸⁶ R. c. Sioui, précité, note 44, voir aussi Simon c. R., [1985] 2 R.C.S. 387.

«L'interprétation de traités avec les Indiens met en cause l'honneur de la Couronne et, par conséquent, l'équité envers les Indiens est un facteur dominant.»¹⁸⁷

Ainsi, en vertu de la doctrine générale de l'obligation de fiduciaire de la Couronne envers les peuples autochtones, les traités imposent des obligations particulières, de nature fiduciaire, exécutoires en justice. Le juge en chef Dickson et le juge Laforest dans leur jugement commun de la Cour suprême dans l'affaire Sparrow, en 1990, ont d'ailleurs précisé qu'en plus de tenir compte de «*l'honneur de la Couronne*»¹⁸⁸, les tribunaux ne doivent tolérer «*aucune manoeuvre malhonnête*»¹⁸⁹. Ainsi, la responsabilité qu'a le gouvernement de protéger les droits des Autochtones, issus des traités, combinée avec les rapports fiduciaires créés par l'histoire, fait naître des obligations particulières dont la nature et la portée varieront en fonction du contexte historique et des perceptions des parties lors de la signature. Un manquement à l'une de ces obligations ouvre la porte à un recours en dommages-intérêts pour manquement à l'obligation de fiduciaire.

En vertu de cette règle d'interprétation —qui découle de la doctrine de l'obligation de fiduciaire de la Couronne— les ambiguïtés contenues dans le texte du traité doivent être résolues en faveur des Autochtones.¹⁹⁰ Parce que les traités ont pour la plupart été

¹⁸⁷ R. c. Agawa, (juge Mackinnon), précité, note 20, 215.

¹⁸⁸ R. c. Sparrow, précité, note 11, 376.

¹⁸⁹ Id.

¹⁹⁰ R. c. Sparrow, précité, note 11, 376.

rédigés par le gouvernement dans une langue que les Autochtones ne comprenaient pas, les tribunaux appliquent la règle d'interprétation *contra proferentem* (contre le rédacteur) qui se traduit par une interprétation favorable aux Autochtones.¹⁹¹

Les traités de cession de terres doivent aussi respecter les engagements formulés dans la Proclamation royale de 1763 et faire l'objet de l'approbation de tous les Autochtones concernés. Si le traité concerne des Autochtones non signataires, il y a manquement, à première vue, de l'obligation de fiduciaire de la Couronne.

Dans le cas de cession de terres, la Cour dans Badger a d'ailleurs donné les obligations particulières à suivre. Si l'un de ces critères n'est pas respecté par le gouvernement canadien, il y a manquement à l'obligation de fiduciaire. Ce sont: 1) veiller à ce que les conditions de la cession soient respectées; 2) respecter ses propres engagements (souvent oraux); 3) s'assurer que les autres parties respectent les conditions; 3) tenir une consultation avant tout projet sur les terres cédées; 4) respecter toutes les obligations inscrites dans le document de cession.

«Sa Majesté détient [les terres de réserves] sous réserve de l'obligation qui incombe au fiduciaire de

¹⁹¹ Badger c. La Reine, précité, note 19.

*protéger et préserver les droits des bandes contre
l'extinction ou l'empiètement.»¹⁹²*

Comme on l'a vu, cette obligation découlant de la cession est distincte de l'obligation générale de la Couronne:

«L'exigence d'une cession et la responsabilité qui en découle ont pour effet d'imposer à Sa Majesté une obligation de fiduciaire distincte envers les Indiens.»¹⁹³

Les premiers traités, signés avant 1763, portaient généralement sur les échanges commerciaux, la paix et les alliances. Il n'est pas nécessaire d'analyser tous les traités mais il semble important, à titre d'exemples, d'illustrer quelques traités importants dans le cas du Québec.¹⁹⁴

L'entente de Swegachy, est un accord important intervenu en 1760 entre la Couronne britannique et des Autochtones du Québec¹⁹⁵. Bien qu'il n'existe aucun document écrit de cette entente, la Cour d'appel du Québec a accepté comme preuve de l'existence de cette

¹⁹² Guerin c. La Reine, précité, note 12, 350.

¹⁹³ Id., 376.

¹⁹⁴ A. LAJOIE, J.-M. BRISSON, S. NORMAND et A. BISSONNETTE, op. cit., note 25, présente l'analyse la plus complète à ce jour des traités signés avec les Autochtones sur le territoire du Québec avant 1763. Une relecture de ces traités dans le cadre de ce mémoire aurait été grandement intéressante, mais cela aurait nécessité un effort méthodologique qu'il m'était impossible d'accomplir, faute de temps. Par ailleurs, cela n'aurait rien changé des présentes conclusions, les traités ici analysés ne servent que d'illustration de la construction du principe de l'obligation de fiduciaire.

¹⁹⁵ Côté c. La Reine, [1973] R.J.Q. 1350 (C.A.).

entente, un procès-verbal d'une rencontre postérieure qui a eu lieu à Sault-Saint-Louis, le 21 août 1769.¹⁹⁶ L'entente de Swegachy, conclue un mois seulement avant la Capitulation de Montréal par les Français, prévoit la neutralité des Autochtones, jusque-là alliés des Français, dans la guerre opposant la Couronne britannique à la Couronne de France.

«Il y a effectivement bien eu entente entre les autorités britanniques et les ancêtres des appelants à Swegachy, entente qui, eu égard aux critères posés par la Cour suprême me paraît, d'une part prouvée et d'autre part, constituer un traité véritable au sens particulier donné à ce terme par le plus haut tribunal de notre pays.»¹⁹⁷

Il ne s'agit pas d'un traité de cession. Donc, les obligations qui en découlent, bien que de nature fiduciaire, ne sont pas semblables à celles qui s'imposent dans le cas d'une cession. L'obligation qui en découle se limite essentiellement à une règle d'interprétation favorable aux Autochtones partie au traité. Le non-respect des engagements pris en vertu de ce traité par la Couronne —aujourd'hui le gouvernement canadien— permettrait aux Autochtones de demander une juste indemnisation.¹⁹⁸

¹⁹⁶ Id., 1370.

¹⁹⁷ Id.

¹⁹⁸ Conformément à ce qui a été décidé dans Delgamuukw.

En 1990, dans l'arrêt Sioui¹⁹⁹, la Cour suprême du Canada a qualifié de traité un document signé le 5 septembre 1760, par le général Murray, alors représentant de la Couronne britannique en Nouvelle-France conquise. La Cour a considéré que les Hurons pouvaient raisonnablement croire que le général Murray avait le pouvoir de signer un traité qui engageait la Couronne britannique, même si cette entente est intervenue quelques jours avant la Capitulation de Montréal par les Français, donc avant que la Grande-Bretagne n'exerce sa souveraineté sur le territoire canadien. Aussi, la Cour a qualifié le document de traité malgré le fait qu'aucun représentant huron ne l'ait signé.

En fait, s'appuyant sur sa décision antérieure dans Simon²⁰⁰, la Cour a jugé que le document du général Murray respecte les trois critères requis pour constituer un traité: 1) l'intention de créer des obligations, 2) la présence d'obligations mutuelles et 3) un certain élément de solennité. Ainsi, en vertu de l'article 88 de la Loi sur les Indiens, les droits reconnus par ce traité sont immunisés contre toute atteinte de la législation québécoise. En plus, le traité confère l'obligation de fiduciaire au gouvernement canadien de protéger les droits accordés aux Hurons par ce traité d'exercer leurs coutumes et leur religion, notamment dans le Parc de la Jacques-Cartier (Québec).

¹⁹⁹ R. c. Sioui, précité, note 44.

²⁰⁰ Simon c. La Reine, précité, note 186.

Par ailleurs, certains groupes autochtones ont signé des ententes avec le gouvernement fédéral ou un gouvernement provincial²⁰¹ sans que celles-ci soient nécessairement considérées comme des traités. Ces ententes sont par contre la confirmation d'un engagement unilatéral du gouvernement et, par le fait même, génèrent des obligations de nature fiduciaire. Par conséquent, la Couronne (fédérale ou provinciale) doit assumer une obligation de fiduciaire particulière à l'égard des Autochtones concernés par l'entente.

Les traités modernes sont aussi source d'obligation de fiduciaire. Dans Administration régionale Crie c. Canada²⁰², la Cour fédérale a conclu, comme dans l'arrêt Guerin, que la Couronne fédérale assume, de façon générale, une obligation de fiduciaire quand elle éteint les droits des Autochtones.

«[...] à la lumière de l'obligation fiduciaire qui incombe à l'État fédéral dans ses rapports avec les peuples autochtones [...] la Convention de la Baie James et du Nord québécois rend obligatoire la protection de peuples autochtones qui ont renoncé à ces droits importants en échange de la protection des deux ordres de gouvernements.»²⁰³

²⁰¹ Comme l'entente du 15 octobre 1998 entre les Mohawks et le gouvernement du Québec, précité, note 5.

²⁰² Administration régionale crie c. Canada (Administrateur fédéral), [1992], 1 C.F. 440.

²⁰³ Id., p 463-470.

d) Les actions unilatérales de la Couronne

À chaque fois que la Couronne du Canada exerce des pouvoirs sur les Autochtones, en vertu des prérogatives royales ou réglementaires, elle assume une obligation de fiduciaire qui limite ces mêmes pouvoirs. Cela est conforme à la doctrine générale, le pouvoir discrétionnaire du fiduciaire sur les intérêts du bénéficiaire étant l'une des caractéristiques des rapports fiduciaires.²⁰⁴

«L'obligation de fiduciaire est créée tant dans le cadre d'actions unilatérales de la Couronne, qu'elles soient législatives, administratives ou autres, que dans le cadre d'actions bilatérales comme des traités ou d'autres ententes.»²⁰⁵

Cependant, comme nous l'avons vu, les limites du pouvoir de la Couronne ont été pour ainsi dire «constitutionnalisées» par l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982. Si la Couronne possédait jusque-là un pouvoir de prérogative lui permettant de porter atteinte aux droits des Autochtones, l'article 35 l'a probablement aboli.²⁰⁶

L'obligation de fiduciaire s'impose ainsi à toutes les instances du gouvernement mais elle ne s'appliquerait pas aux cours de justice et aux tribunaux administratifs.²⁰⁷

²⁰⁴ Lac Minerals c. International Corona Resources, précité, note 19, p. 598-600 et 645-646.

²⁰⁵ R. DUPUIS et K. McNEIL, op. cit., note 8, 2-3.

²⁰⁶ C'est là notamment l'avis des experts Renée Dupuis et Kent McNeil dans op. cit., note 8, 96.

²⁰⁷ Québec (P.G.) c. Canada (O.N.E.), précité, note 19, 184.

«[...] je conclus que les rapports fiduciaires entre l'État et les appelants n'imposent pas à l'Office [l'Office national de l'énergie] une obligation de prendre des décisions dans l'intérêt des appelants, ou encore de modifier son processus d'audience de façon à imposer des exigences additionnelles de divulgation. Lorsque l'on définit ainsi l'obligation fiduciaire, elle n'incombe pas davantage à ces tribunaux qu'aux cours de justice. Ainsi, l'Office n'avait aucune obligation de cette nature dans l'exercice de son pouvoir décisionnel.»²⁰⁸

La Cour a toutefois précisé que les tribunaux administratifs, comme l'Office national de l'énergie, doivent exercer leur pouvoir décisionnel conformément au paragraphe 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982 qui —comme nous le verrons plus loin— impose un principe général d'interprétation tenant compte du concept de l'obligation de fiduciaire de la Couronne.

Conclusion de la partie I

Les rapports particuliers existant entre la Couronne et les Autochtones créent une relation de type fiduciaire qui impose aux gouvernements la responsabilité de protéger les droits des Autochtones et d'agir dans les meilleurs intérêts de ceux-ci. Cette obligation générale de fiduciaire est à la source, comme l'a dit la Cour suprême dans Guerin,

²⁰⁸ Id.

d'obligations spécifiques de fiduciaire semblables à celles connues en droit des fiducies. Avant cet arrêt, les gouvernements croyaient que ces obligations étaient purement politiques et que les tribunaux ne pouvaient pas les sanctionner.

Au Royaume-Uni, à l'époque coloniale, un tribunal a conclu que la "fiducie" créée n'était pas exécutoire en justice.²⁰⁹ L'interprétation de la juge Wilson dans Guerin:

«Aucun de ceux qui les réclamaient à titre de bénéficiaire ne pouvait démontrer l'existence d'un droit au partage de ces sommes, qui serait indépendante du traité, de la loi ou d'un autre acte juridique qui engendrerait une fiducie exécutoire.»²¹⁰

Près d'un siècle plus tard, la Cour britannique a confirmé la nature politique de l'obligation de fiduciaire.²¹¹ Les habitants de l'île Banaba affirmaient que certaines redevances payables au commissaire du gouvernement local pour l'exploitation minière de leurs terres donnaient naissance à des fiducies. La Cour a conclu qu'il n'y avait pas de liens entre les biens-fonds de l'exploitation et les redevances. La juge Wilson explique, toujours dans Guerin, la raison pour laquelle, selon elle, la nature de l'obligation est politique plutôt que juridique:

²⁰⁹ Kinloch v. Secretary of State for India in Council (1882), 7 Ap Cas. 619 (H.L.) - (un brevet royal accordant un butin de guerre au Secrétaire d'État pour l'Inde, pour la distribution à des officiers et des hommes de certaines unités.)

²¹⁰ Guerin c. La Reine, précité, note 12, 351.

²¹¹ Titov. Waddell (No. 2), [1977] 3 All E.R. 129 (Ch.)

«Je crois qu'il est implicite, dans les motifs du vice-chancelier Megarry, que si les habitants de Banaba avaient pu démontrer l'existence d'un droit sur les redevances elles-mêmes, l'argumentation en faveur d'une fiducie aurait été plus convaincante.»²¹²

Si l'obligation de fiduciaire peut être exécutoire en justice, affirme la juge Wilson, c'est à cause de la nature du titre aborigène en terres canadiennes. C'est-à-dire, parce que le titre indien existe tout à fait indépendamment de tout texte législatif ou gouvernemental et qu'il existe une vulnérabilité générale des Autochtones au pouvoir de la Couronne.

«La relation entre les peuples autochtones et la Couronne reflète le paradigme, classique en fiducie, de la vulnérabilité d'une des parties au pouvoir et à la volonté de l'autre. Dans de tels cas, le droit impose des devoirs précis à la partie "dominante".»²¹³

Le rapport fiduciaire donne lieu, dans le cas de cession de terres, à une situation similaire à la fiducie que la Cour a qualifiée de *sui generis* afin d'en déterminer la nature et les effets sans être liée par les règles, connues en *common law*, du droit des fiducies. De Guerin à Sparrow, une obligation de fiduciaire exécutoire en justice était perçue comme découlant uniquement de la gestion des terres de réserves par la Couronne. Depuis, l'obligation de fiduciaire de la Couronne est décrite comme un principe général

²¹² Guerin c. La Reine, précité, note 12, 352.

²¹³ Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones, op. cit., note 22.

s'appliquant à l'ensemble des actes de l'État, qu'ils soient exécutifs ou législatifs. Elle s'impose dans l'interprétation de la Constitution, notamment de la Loi constitutionnelle de 1982:

«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.»²¹⁴

De cette obligation générale de fiduciaire, on retient que les Autochtones doivent être consultés avant toute modification de leurs droits et qu'en échange, ils doivent recevoir une juste indemnité.

Règle générale, une fiducie proprement dite prend fin lors de la distribution des biens détenus en fiducie, en conformité avec les modalités de ladite fiducie. Dans le cas des obligations de fiduciaire de la Couronne envers les peuples autochtones, il semble que les rapports fiduciaires doivent exister de façon perpétuelle, ou tant qu'il existera des Autochtones vivant sous la souveraineté de l'État canadien. Puisque, comme la Cour suprême l'a précisé dans Sparrow, la Couronne doit assumer une obligation générale de fiduciaire *«dans toutes ses relations avec les Autochtones...»*. Par ailleurs, les obligations

²¹⁴ R. c. Sparrow, précité, note 11.

particulières engendrées par une cession de terres peuvent cesser d'exister si les terres en question sont remises aux Autochtones à qui serait accordé le plein exercice de l'autonomie gouvernementale. Cela mettrait fin aux obligations particulières mais pas à l'obligation générale de «protéger les droits»²¹⁵ des Autochtones.

²¹⁵ Id., 1107.

PARTIE II- LE CAS DU QUÉBEC

Dans cette seconde partie, j'examine les règles qui régissent, en droit positif canadien, le concept de l'obligation de fiduciaire dans le cas particulier du Québec. L'analyse porte successivement dans le contexte constitutionnel actuel, dans celui de modifications constitutionnelles et, enfin, dans le contexte de l'accession du Québec à la souveraineté. Dans cette dernière étape de l'analyse, je porterai une grande attention au droit international.

A. Dans le cadre constitutionnel actuel

La première partie de ce mémoire répond en grande partie aux questions relatives à l'obligation de fiduciaire qui s'applique dans le cadre constitutionnel actuel. Même si les principaux jugements²¹⁶ concernent la nation musqueam de Colombie-Britannique, il appert que l'obligation générale de fiduciaire de la Couronne fédérale s'applique à l'égard de tous les Autochtones du Canada, le Québec inclus. Dans O.N.E.²¹⁷, la Cour suprême a d'ailleurs reconnu l'existence des rapports fiduciaires entre la Couronne²¹⁸ fédérale et les Autochtones du Québec. Cela étant, nous avons

²¹⁶ Guerin c. La Reine, précité, note 12 et R. c. Sparrow, précité note 11.

²¹⁷ Québec (Procureur général) c. Canada (Office national de l'énergie), précité, note 19.

²¹⁸ Dans la traduction française du jugement, on retrouve le terme «État» pour désigner la Couronne («Crown» dans la version anglaise), mais il ne faut pas y voir davantage que signifiant

vu que la portée de cette obligation variait en fonction des actions particulières prises par la Couronne, qu'elles soient unilatérales ou bilatérales.

1) En général

Que le Québec ait été sous le Régime français ne change par ailleurs rien à l'application du principe de l'obligation de fiduciaire. Lorsque la Couronne du Royaume-uni a acquis la souveraineté en Nouvelle-France, le *common law* anglais s'est alors imposé sur tout le territoire, ce qui a été confirmé par la Proclamation royale de 1763.²¹⁹ Parce que l'obligation de fiduciaire de la Couronne était déjà en construction dans le *common law* anglais, la Couronne de l'empire britannique se voyait donc imposer l'obligation générale de protéger les droits des Autochtones du Québec. Il est clair que la Couronne britannique avait dès lors la responsabilité de respecter les traités signés entre la Couronne française et les Autochtones.²²⁰

le gouvernement fédéral.

²¹⁹ Voir B. SLATTERY, *op. cit.*, note 85.

²²⁰ Ce courant de pensée, défendu par Brian Slattery (*op. cit.*, note 85) prend de plus en plus de poids. La théorie voulant que le Régime français ait complètement éteint les droits des Autochtones est depuis quelques années littéralement battu en brèche. Lire notamment les arrêts de la Cour suprême dans les affaires *R. c. Sioui*, précité, note 44 et *Simon c. La Reine*, précité, note 186.

Par contre, les gouvernements du Québec et du Canada affirment que le Régime français aurait éteint tous les titres aborigènes puisque les Français ne reconnaissaient pas, dans le discours officiel, l'existence d'un tel titre. Or, cette conception est aujourd'hui généralement contestée.²²¹ De plus, plusieurs auteurs soutiennent que les droits des Autochtones ont survécu à l'affirmation de la souveraineté de la France et du transfert de cette souveraineté à la Grande-Bretagne.

«When the Crown gained sovereignty over an American territory, colonial law dictated that the local customs of the native peoples would presumptively continue in force and be recognizable in the courts.»²²²

On retrouve également cette conception dans la jurisprudence canadienne. Dans Johnstone c. Connolly²²³, le juge Loranger de la Cour du Banc de la Reine a affirmé que «*le droit public anglais n'a jamais dénié*» les droits des Autochtones qui n'ont pas été explicitement éteints par la France.

«Je suis, quant à moi, persuadé qu'au moment de la transition du Régime français à celui imposé par les Britanniques sur l'ensemble du territoire nord-américain, c'est clairement la notion d'alliance qui

²²¹ Lire Alain BISSONNETTE, dans op. cit., note 25, 230.

²²² B. SLATTERY, op. cit., note 85, 738.

²²³ Johnstone c. Connolly, (1869) 17 R.J.R.Q. 266; 1 C.N.L.C. 151

caractérisait les rapports établis entre les peuples autochtones et les puissances européennes et que c'est à la lumière de cette notion qu'il convient au départ d'analyser la situation juridique qui s'est établie entre les parties.»²²⁴

Dans l'analyse de l'arrêt Guerin, il semble évident que le concept de l'obligation de fiduciaire s'applique de la même façon partout au Canada, y compris au Québec, puisqu'il existe en vertu des rapports particuliers qu'entretiennent les Autochtones avec la Couronne fédérale. La nature de ces rapports est la même partout, la nature des obligations qui en découlent doit donc, en toute logique, être la même sur tout le territoire canadien.

«The decision of the Supreme Court of Canada in Guerin c. The Queen, testifies the common law foundations of aboriginal rights. In dealing with such subjects as the existence and nature of aboriginal title, the character of surrenders of native land, and the fiduciary obligations of the Crown toward native peoples, the court treats the question in each case as one of unwritten or common law that is distinctive top.Canada and exists independently of Statut or executive ordeR. The court clearly assumes that the common law governing these matters is uniform, and does not vary from province top.province. There is nop.suggestion that the law applied by the court was peculiar top.the province of British Columbia, where the case arose.»²²⁵

²²⁴ A. BISSONNETTE, op. cit., note 25, 270.

²²⁵ B. SLATTERY, op. cit., note 85, 739-740.

Il n'est donc pas nécessaire de s'attarder longtemps sur l'existence ou non de rapports de type fiduciaire entre la Couronne française et les Autochtones. L'obligation générale découlant de justifications idéologiques est la même au Québec qu'ailleurs. Ce sont les obligations de fiduciaires particulières, découlant de traités, qui seront différentes et qui s'appliqueront à l'égard de certains peuples autochtones du Québec.

Comme nous l'avons vu, l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 impose des restrictions à l'exercice des pouvoirs législatifs. Ainsi, une loi de portée générale incorporée par l'article 88 de la Loi sur les Indiens, qui touche ainsi à la «quiddité» indienne, pourrait porter atteinte à un droit autochtone.²²⁶ Dans ce cas, l'obligation de fiduciaire impose le «test de Sparrow» et limite la restriction possible du droit en question.

Par ailleurs, en vertu de la doctrine de l'obligation de fiduciaire, la Couronne fédérale a la responsabilité de protéger les droits des Autochtones du Québec, issus de traités signés avec la Couronne française. Cette obligation est

²²⁶ Dick c. La Reine, précité, note 2.

«constitutionnalisée» à l'article 35 et fait naître des obligations particulières propres à chaque cas.

Parmi les actes législatifs susceptibles de créer une obligation de fiduciaire, on retrouve la Loi de l'extension des frontières du Québec²²⁷ et la Loi concernant l'agrandissement du territoire de la province de Québec par l'annexion de l'Ungava²²⁸ qui ont pour conséquence d'imposer une obligation de fiduciaire à l'égard de la Couronne provinciale québécoise.

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

Cet article permet au gouvernement du Québec de conclure des accords avec les Autochtones dans le but d'éteindre le titre aborigène sur le territoire du Nouveau-Québec²²⁹, constituant ainsi une interdélégation exécutoire du Parlement fédéral vers le gouvernement provincial similaire à la Convention sur les ressources naturelles de

²²⁷ 1912, L.S.C. 1912, c. 45

²²⁸ S.Q. 1912, 1re sess., c. 7

²²⁹ S. GRAMMOND, op. cit., note 25, 98.

l'Alberta qui s'applique en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1930 pour l'Alberta*. Ces lois «constitutionnalisées» ont fait en sorte que les provinces puissent se trouver, à l'égard des Autochtones, dans une position similaire à la position traditionnelle de la Couronne fédérale en vertu de l'article 91(24) de la Loi constitutionnelle de 1867. Comme l'a affirmé la Cour suprême dans Badger, une telle situation a pour effet de conférer au gouvernement provincial une obligation de fiduciaire, c'est-à-dire l'obligation de ne pas porter atteinte de manière injustifiée aux droits des Autochtones concernés.

2) La Baie James

Les Cris, les Inuit et les Naskapis du Québec représentent un cas unique puisqu'ils sont signataires de ce que l'on nomme un «traité moderne», soit la Convention de la Baie James à laquelle s'est greffée la Convention du Nord-est québécois²³⁰. Comme nous l'avons vu, les droits contenus dans ces conventions sont garantis par l'article 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982. En vertu des principes de l'obligation de fiduciaire et de son application décrite par Sparrow, les droits contenus dans ces Conventions doivent

²³⁰ Convention de la Baie James et du Nord québécois et conventions complémentaires. Québec, Éditeur officiel du Québec, 1991.

recevoir une protection à tout le moins égale à celle accordée aux droits issus de traités historiques.

À cause de l'obligation de fiduciaire, du test de Sparrow et des clauses mêmes des Conventions —on y prévoit expressément un processus d'amendement nécessitant l'unanimité des parties signataires²³¹— il appert que le consentement des peuples Cris, Inuit et Naskapis du Québec sera dorénavant nécessaire à l'adoption de toute loi qui affecterait de quelque façon l'une des dispositions contenues dans les Conventions, à plus forte raison si cette loi est de nature constitutionnelle. À défaut du respect de cette obligation, ces peuples pourront réclamer des dommages-intérêts pour non-respect des obligations de fiduciaire.

Chose certaine, le gouvernement fédéral a assumé une obligation de fiduciaire quand il a éteint les droits des Autochtones par le paragraphe 3(3) de la Loi qui met en vigueur la Convention. Comme le précise la Cour suprême dans Administration régionale crie:

«la Convention de la Baie James et du Nord québécois rend obligatoire la protection des peuples autochtones qui ont renoncé à des droits importants en échange de la protection des deux ordres de gouvernements.»²³²

²³¹ Convention, précitée, note 230.

²³² Administration régionale crie c. Canada, [1992] 1 C.F., 470.

En tant que signataire, le gouvernement du Québec a des obligations constitutionnelles auxquelles il ne peut se soustraire sans l'accord des autres parties à cette Convention.

Par ailleurs, la loi fédérale éteint *«tous les revendications, droits, titres et intérêts autochtones, quels qu'ils soient, aux terres et dans les terres du territoire de tous les Indiens et de tous les Inuit»*.²³³ Cette disposition aurait pour effet d'éteindre les droits ancestraux et les titres aborigènes de tous les Autochtones vivant sur le territoire de la Convention même s'ils ne sont pas signataires. Cette extinction unilatérale pourrait constituer un manquement à l'obligation de fiduciaire fondée sur la doctrine générale et sur la Loi sur l'extension des frontières du Québec de 1912 qui exigent la consultation des Autochtones avant la cession de leurs droits.²³⁴

*«Étant donné que cette obligation serait probablement violée par une extinction unilatérale, il faut peut-être considérer comme invalide la tentative faite pour éteindre les droits fonciers des non-signataires.»*²³⁵

²³³ Loi approuvant la Convention de la Baie James, précité, note 230, article 3.

²³⁴ Hypothèse également soulevée par René DUPUIS et Kent McNEIL, op. cit., note 8, même s'ils ne considèrent pas que l'obligation de fiduciaire est une doctrine de common law applicable sans le recours au droit statutaire avant 1982.

²³⁵ R. DUPUIS et K. McNEIL, op. cit., note 8, 41.

De plus, cette disposition législative constituerait également un manquement à l'obligation de fiduciaire imposée par la Proclamation royale de 1763, selon l'interprétation qu'on en fait.²³⁶ Un tribunal pourrait donc rendre inopérante —la loi serait par ailleurs valide— la disposition de l'extinction à l'égard des Autochtones non-signataires ou obliger le gouvernement fédéral à compenser financièrement ces mêmes Autochtones.

B. Dans le cadre de modifications constitutionnelles

Pour certains, l'obligation de fiduciaire qui incombe à la Couronne implique que le consentement des peuples autochtones soit nécessaire à tout projet d'amendement constitutionnel touchant leurs droits. Des pratiques récentes amènent certains autres à croire qu'une convention constitutionnelle est apparue selon laquelle le consentement serait nécessaire. Chose certaine, aucun texte n'oblige les gouvernements à obtenir le consentement des Autochtones avant d'entreprendre un amendement constitutionnel.

²³⁶ Brian Slattery soutient à cet égard que les principes de la Proclamation royale, dont celui de l'obligation de fiduciaire de la Couronne, s'appliquent de façon uniforme sur tout le territoire canadien, en vertu du common law, et indépendamment des dispositions concernant l'application territoriale. Voir SLATTERY, *op. cit.*, note 85, 740.

1) Le processus d'amendement constitutionnel

Aucune disposition du processus d'amendement constitutionnel, tel que défini par la Loi constitutionnelle de 1982²³⁷, ne fait référence aux Autochtones. Cette procédure de modification constitutionnelle, qui figure à la partie V (articles 38 à 49) se divise en quatre modalités. La première permet des modifications de certaines parties de la Constitution par simple loi fédérale ou provinciale; les trois autres, plus complexes, nécessitent une proclamation du gouverneur général autorisée par des résolutions du Sénat, de la Chambre des communes et un certain nombre d'assemblées législatives provinciales²³⁸. Dans certains cas, c'est l'unanimité des provinces qui est exigée. Ces dispositions de la Loi constitutionnelle de 1982 ne sont pas les seules qui permettent la modification de la Constitution du Canada. Certaines dispositions de la Loi constitutionnelle de 1871 autorisent la modification des frontières provinciales et certaines dispositions de la Loi constitutionnelle de 1867 permettent au Parlement fédéral et aux législatures provinciales de modifier leur propre statut.

Par ailleurs, l'article 35.1 de la Loi constitutionnelle de 1982, inclus dans la partie consacrée aux droits des peuples autochtones du Canada, oblige explicitement les

²³⁷ Les procédures de modification de la Constitution du Canada, aux articles 38 à 49.

²³⁸ Pour plus de détails sur le processus d'amendement constitutionnel: J.-Y. MORIN et J. WOEHRLING, op. cit., note 28.

gouvernements à consulter les Autochtones avant de modifier certaines parties de la Constitution.

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

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

Cet article est le fruit de la toute première modification à la Loi constitutionnelle de 1982.

Convoquée en mars 1983, une conférence constitutionnelle s'est tenue avec les premiers ministres du Canada et des provinces et les représentants des peuples autochtones qui portait sur «*les questions constitutionnelles qui intéressent directement les peuples autochtones, notamment la détermination et la définition des droits de ces peuples à inscrire dans la Constitution du Canada*»²³⁹. Cette rencontre était conforme à l'engagement contenu dans l'article 37 —aujourd'hui abrogé— qui prévoyait explicitement la tenue d'une telle conférence constitutionnelle. En plus de l'article 35.1, d'autres dispositions ont été ajoutées à la Constitution dont l'article 35(3) qui précise que les accords portant sur des revendications territoriales (comme ceux du nord-est

²³⁹ Thème de la conférence constitutionnelle tenue en mars 1983 qui réunissait les premiers ministres du Canada et des représentants de l'Assemblée des Premières nations.

québécois) sont compris dans les droits issus de traités, garantis à l'article 35(1). Lors de cette conférence constitutionnelle, les représentants des peuples autochtones ont revendiqué avec vigueur un droit de veto sur la modification des dispositions de la Constitution les intéressant directement. Les premiers ministres ont refusé d'acquiescer à cette demande mais ont néanmoins accepté, par l'ajout de l'article 35.1, à associer les peuples autochtones aux amendements constitutionnels qui les concernent.

Il est clair qu'en vertu d'une interprétation classique de la loi, le consentement des peuples autochtones n'est pas nécessaire. Les gouvernements ne sont pas tenus, en vertu de ces dispositions constitutionnelles, de lier leur décision aux avis formulés par les représentants autochtones consultés. Il s'agit somme toute d'un engagement de principe obligeant les premiers ministres à consulter les représentants autochtones, mais ne limitant en rien les pouvoirs législatifs du Parlement fédéral et des assemblées législatives provinciales.

Certains auteurs²⁴⁰ soutiennent cependant que l'article doit être appliqué en fonction de l'obligation de fiduciaire qu'a la Couronne envers les peuples autochtones. Dans certains cas, cette obligation exigerait le consentement des Autochtones au projet d'amendement constitutionnel.

²⁴⁰ Entre autres, R. DUPUIS et K. McNEIL, op. cit., note 8.; B. SLATTERY, op. cit., note 85.

Comme je l'ai démontré, l'existence, en droit positif, du principe de l'obligation de fiduciaire entre le gouvernement fédéral et les peuples autochtones du Canada ne fait plus aucun doute. Ces rapports découlent du titre autochtone et des relations spéciales créées par l'histoire, des traités et de divers textes législatifs. Nous avons vu que l'article 35(1) doit être lu en fonction d'un principe directeur général d'interprétation qui découle de la doctrine de l'obligation de fiduciaire de la Couronne.

«Le gouvernement a la responsabilité d'agir en qualité de fiduciaire à l'égard des peuples autochtones. Les rapports entre le gouvernement et les autochtones sont de nature fiduciaire plutôt que contradictoire et la reconnaissance et la confirmation contemporaines des droits ancestraux doivent être définies en fonction de ces rapports historiques. [...] 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.»²⁴¹

Les mêmes principes devraient, en toute logique, s'appliquer à l'interprétation de l'article 35.1 dans l'examen de la justification. Ce sont: 1) a-t-on le moins possible porté atteinte au droit?; 2) a-t-on prévu une juste indemnisation?; et 3) y a-t-il eu consultation avant l'adoption du règlement en question?

²⁴¹ Id.

C'est au gouvernement fédéral, à cause de l'article 91(24) de la Loi constitutionnelle de 1867, que revient le devoir de veiller au respect de ces obligations. Par contre, dans l'arrêt Badger, la Cour suprême a statué que le test de Sparrow s'applique également au pouvoir provincial lorsque celui-ci, par voie de traité ou de convention, se retrouve dans une situation semblable à celle traditionnellement occupée par le pouvoir fédéral. Comme je l'ai démontré, la jurisprudence —même si la position de la Cour n'est pas claire— indique que la doctrine de l'obligation de fiduciaire s'applique aussi bien à la Couronne provinciale qu'à la Couronne fédérale. Cette position reçoit aussi l'appui d'un nombre important d'auteurs en droit constitutionnel autochtone²⁴².

«Certaines situations pourraient même exiger l'obtention du consentement d'une nation autochtone, particulièrement lorsque des provinces prennent des règlements de chasse et de pêche visant des territoires autochtones.»²⁴³

Dans Delgamuukw, la Cour a précisé que le concept d'obligation de fiduciaire et le critère de justification qui en découle varient en fonction des contextes factuels. Dans ce cas-ci, la Cour a conclu que le gouvernement a une obligation de consultation avant d'affecter un titre aborigène et que, dans la plupart des cas, il devra obtenir le

²⁴² R. DUPUIS, op. cit., note 8; B. SLATERRY, op. cit., note 85; JOFFE et M.E. TURPEL, Extinction des droits autochtones: problèmes et alternatives, étude préparée pour la Commission royale sur les Peuples autochtones, vol. I, juin 1995., et d'autres.

²⁴³ Delgamuukw c. Colombie-Britannique, précité, note 19, par. 168.

consentement des titulaires de ce titre. Finalement, le gouvernement aura l'obligation de verser une juste indemnité pour tout manquement à l'obligation. Ce montant «*variera en fonction de la nature du titre aborigène touché, de la nature et de la gravité de l'atteinte et de la mesure dans laquelle les intérêts des autochtones ont été pris en compte*»²⁴⁴.

Cette obligation particulière découlant de la cession et de la doctrine générale de l'obligation de fiduciaire de la Couronne, m'amène à croire que le consentement des peuples autochtones possédant un titre aborigène est rendu nécessaire préalablement à toute modification constitutionnelle qui porterait atteinte à ce titre. *A contrario*, les peuples autochtones ne pouvant pas faire la preuve d'un titre aborigène ne peuvent pas assujettir leur consentement au projet de modification constitutionnelle. Néanmoins, l'obligation de consultation, inscrite explicitement dans la Constitution, doit être respectée en tenant compte des rapports fiduciaires. Autrement dit, les considérations autochtones exprimées dans le cadre de la conférence constitutionnelle doivent être sérieusement prises en compte. Sinon, sur demande des Autochtones, les tribunaux pourront exiger que les gouvernements justifient leur décision. Si cette justification ne satisfait pas au critère établi par Sparrow, le tribunal pourra invalider les lois adoptées en vertu de l'amendement constitutionnel proposé.

²⁴⁴ Id

Par ailleurs, certains auteurs et représentants autochtones soutiennent qu'une convention constitutionnelle exige désormais le consentement des peuples autochtones à tout amendement constitutionnel les concernant directement.

2) Les conventions constitutionnelles

La Constitution du Canada, au sens large, n'est pas entièrement comprise dans le droit constitutionnel²⁴⁵. Pour qu'il y ait une convention constitutionnelle, il faut remplir trois critères²⁴⁶: 1) l'existence de précédents; 2) le sentiment de ceux qui ont posé ces précédents d'être obligés de se comporter de la sorte et; 3) la raison d'être (ex.: le fédéralisme, le gouvernement responsable, etc.).

En l'espèce, il existe quelques précédents qui peuvent faire naître une convention constitutionnelle. Par ailleurs, la protection des droits des Autochtones constitue une raison d'être qui semble analogue aux raisons d'être déjà acceptées par la Cour suprême. Il reste donc à savoir si, à chaque précédent, les acteurs se sont sentis contraints par le consentement des peuples autochtones.

²⁴⁵ J.-Y. MORIN et J. WOEHRLING, *op. cit.*, note 28, 123.

²⁴⁶ *Id.*, 135-138 et Renvoi: résolution pour modifier la Constitution, précité, note 48, 880-882.

En 1983, les parlements du Canada ont consenti à une modification constitutionnelle afin de satisfaire aux demandes des peuples autochtones²⁴⁷. Par la suite, il y a eu plusieurs tentatives de modifications constitutionnelles qui se sont soldées par un échec. D'abord, trois conférences constitutionnelles²⁴⁸, suivant celle de 1983, portant spécifiquement sur les droits des Autochtones, ont eu lieu, la dernière en 1987. Aucune n'a permis de modifier la Constitution. À chaque fois, des représentants autochtones participaient aux travaux mais n'avaient pas droit de vote. Il semble évident néanmoins que leur accord était nécessaire avant de présenter tout projet de modification constitutionnelle. Cet échec a comme conséquence que la définition des droits des Autochtones est demeurée dans les mains des tribunaux. Le 3 juin 1987, après deux ans de négociations, les premiers ministres fédéral et provinciaux ont conclu l'Accord du Lac Meech, qui prévoyait une modification constitutionnelle importante.²⁴⁹ L'échec de l'accord est dû au refus de consentement des provinces du Manitoba et de Terre-Neuve, alors que la modification constitutionnelle exigeait l'unanimité des provinces. Entre autres, les

²⁴⁷ L'article 37.1 de la Loi constitutionnelle de 1982 prévoyait la convocation d'au moins deux conférences constitutionnelles. La première conférence a permis d'élargir la protection accordée aux droits issus de traités aux accords éventuels et d'ajouter une clause spécifiant que les droits sont garantis également aux personnes des deux sexes.

²⁴⁸ Conférence de 1984, Conférence de 1985 et la Conférence de 1987. Pour plus de détails, voir Renée DUPUIS, La question indienne au Canada, aux pages 93 à 98.

²⁴⁹ J.-Y. MORIN et J. WOERHLING, op. cit., note 28, 544: «[L'Accord du Lac Meech] s'accompagnait d'une motion de résolution autorisant la modification de la Constitution du Canada, laquelle comprenait elle-même en annexe le texte de la modification constitutionnelle de 1987. [...] Pour entrer en vigueur, la modification constitutionnelle de 1987 devait être ratifiée par les deux chambres du parlement fédéral et chacune des dix assemblées provinciales avant le 23 juin 1990.»

Autochtones se sont majoritairement opposés à ce projet d'amendement, affirmant qu'il lésait leurs droits.²⁵⁰ Les objections des Autochtones ont été clairement formulées par de nombreux représentants et leurs associations respectives, partout au Canada.

Malgré ces griefs, les gouvernements n'ont pas senti leur projet de modification moins crédible. La seule réponse qui a été formulée aux Autochtones a été la promesse du premier ministre du Canada de mettre sur pied une Commission royale d'enquête sur les affaires autochtones. Et, même si l'assemblée législative du Manitoba n'a pas pu donner son accord au projet d'amendement à cause d'un député Amérindien (M. Harper), le blocage était purement procédural et n'avait rien à voir avec le fait que le député était un Autochtone (l'unanimité de la Chambre était requise).

Enfin, en 1992, le gouvernement fédéral a tenu une nouvelle ronde constitutionnelle à laquelle ont été invités les représentants autochtones. Cette nouvelle conférence constitutionnelle a donné naissance à l'Accord de Charlottetown²⁵¹ qui a été présenté à

²⁵⁰ Le député Amérindien Helija Harper, du Manitoba, a bloqué l'adoption d'une résolution d'agrément par la législature manitobaine, prétextant que l'Accord lésait les droits des peuples autochtones. Il a reçu dans sa démarche de nombreux appuis, dont celui de l'Assemblée des chefs du Manitoba ainsi que celui de toutes les associations représentant les Autochtones partout au Canada, y compris celles du Québec. Pour plus de détails entourant l'histoire de l'Accord du Lac Meech, lire J.Y. M ORIN et José WOEHLING, *op. cit.*, note 28, aux pages 543-567.

²⁵¹ Rapport du consensus sur la Constitution, Charlottetown, 28 août 1992.

la population par voie de référendum. Majoritairement, les électeurs se sont opposés à ce projet d'amendement constitutionnel.²⁵²

Les réunions décisives ont eu lieu entre les premiers ministres seulement, sans la participation des représentants autochtones. Il n'y a donc pas de signe laissant croire au consentement obligatoire des Autochtones. Il semble plutôt découler de cet épisode un précédent dans la manière de procéder, à savoir tenir compte des vœux des Autochtones et, ensuite, soumettre l'ensemble du projet à la population. Mais, comme je l'ai démontré plus haut, ces exigences font déjà partie du principe constitutionnel de l'obligation de fiduciaire de la Couronne.

C. Dans le contexte de l'accession du Québec à la souveraineté

1) En vertu du droit canadien

Dans le Renvoi relatif à la sécession du Québec, la Cour suprême du Canada n'a pas expressément fait mention de l'obligation de fiduciaire de la Couronne envers les Autochtones. Dans le contexte de l'accession du Québec à la souveraineté, la Cour affirme qu'au-delà des aspects politiques, la démarche —pour demeurer

²⁵² J.-Y. MORIN et J. WOEHLING, op. cit., note 28, 567-577.

constitutionnellement valide— devra être cohérente avec certains principes constitutionnels fondamentaux. Ces principes sont: le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, et le respect des droits des minorités. La Cour affirme néanmoins que les gouvernements devront tenir compte des intérêts des Autochtones dans le cadre de négociations qui suivraient le vote d'une majorité de Québécois à un référendum portant sur la sécession. Considérés ainsi comme faisant partie des «minorités», les Autochtones ne semblent pas disposer d'un statut particulier dans le contexte de la sécession du Québec. Toutefois, une lecture plus approfondie du *Renvoi* permet d'admirer avec quelle finesse et subtilité, les juges ont positionné les droits des Autochtones en ménageant les susceptibilités.

*«Conformément à cette longue tradition de respect des minorités, qui est au moins aussi ancienne que le Canada lui-même, les rédacteurs de la Loi constitutionnelle de 1982 ont ajouté à l'article 35 des garanties expresses relatives aux droits existants —ancestraux ou issus de traités— des Autochtones, et à l'article 25 une clause de non-atteinte aux droits des peuples autochtones. "La promesse de l'article 35", comme l'appelle l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, 1083, reconnaît non seulement l'occupation passée de terres par les Autochtones, mais aussi leur contribution à l'édification du Canada et les engagements spéciaux pris envers eux par des gouvernements successifs. La protection de ces droits, réalisée si récemment et si laborieusement, envisagée isolément ou dans le cadre du problème plus large des*

minorités, reflète l'importance de cette valeur constitutionnelle sous-jacente.»²⁵³ [Je souligne]

Or, «la promesse de l'article 35» et «les engagements spéciaux pris envers eux», sont la manifestation du principe de l'obligation de fiduciaire de la Couronne. De plus, ce passage précise que la protection des droits des Autochtones représente une valeur constitutionnelle sous-jacente, reconnaissant ainsi, selon moi, l'obligation de fiduciaire comme un principe constitutionnel. Pour la Cour, la garantie de l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 représente une reconnaissance de l'occupation passée des terres par les Autochtones et de «leur contribution à l'édification du Canada». Autrement dit, il serait malhonnête de vouloir «détruire» le Canada sans négocier avec ceux qui l'ont construit, savoir les Autochtones tout autant que le Canada anglais. Il s'agit d'ailleurs du fondement du Renvoi. Pour la Cour, les Québécois ne peuvent pas se séparer du Canada mais un vote clair à une question claire dans le cadre d'un référendum imposerait au Canada une obligation de négocier. Il doit y avoir à tout le moins des négociations, suivant le référendum, afin de s'entendre sur le processus menant à la sécession. Les intérêts des Autochtones doivent être portés à l'ordre du jour de cette conférence constitutionnelle.

²⁵³ Renvoi relatif à la sécession du Québec, précité., note 48, par. 82.

Cette obligation découle du principe de l'obligation de fiduciaire qui s'impose à toute modification constitutionnelle touchant les droits des Autochtones et leurs terres.

«[...] il est possible de respecter les rapports de fiduciaire entre la Couronne et les peuples autochtones en faisant participer les peuples autochtones à la prise des décisions concernant leurs terres.»²⁵⁴

À tout le moins, la Cour affirme que durant les négociations, il faudra «*tenir compte des intérêts*»²⁵⁵ des Autochtones et «*le gouvernement fédéral devrait (donc) assumer cette obligation dans le cadre des négociations avec le Québec*»²⁵⁶, ce qui représente une allusion indirecte à l'obligation de fiduciaire.²⁵⁷ Pour bien exprimer ces intérêts —qui sont, faut-il le préciser, collectifs et non individuels— les Autochtones devront pouvoir bien les exprimer. Cela pourrait vouloir dire tenir leurs propres consultations et/ou référendums.

En vertu de l'obligation de fiduciaire de la Couronne, il appert que le gouvernement du Canada aura donc l'obligation constitutionnelle de s'assurer que tous les Autochtones puissent s'exprimer dans le cadre des consultations. En pratique, cela veut dire de venir

²⁵⁴ Delgamuukw c. Colombie-Britannique, précité, note 19, par. 168.

²⁵⁵ Renvoi relatif à la sécession du Québec, précité, note 48, par. 151.

²⁵⁶ Id.

²⁵⁷ Dans Guerin et les arrêts subséquents de la Cour suprême du Canada, l'obligation de fiduciaire est souvent définie comme un «devoir d'agir pour le compte» en tenant compte «des intérêts» des Autochtones.

en aide, financièrement ou autrement, aux communautés autochtones dans leurs efforts de tenir des consultations.

Dans son étude, Renée Dupuis arrive à la conclusion que les Autochtones puissent avoir droit à une participation distincte au processus de consultation, ou à tout le moins que leurs positions puissent être exprimées et qu'elles soient clairement connues du grand public.

«Nous croyons que le gouvernement fédéral, dans sa responsabilité à l'égard des collectivités autochtones doit s'assurer que les préoccupations et les positions des peuples autochtones du Québec [...] soient connues de la population.»²⁵⁸

La Cour suprême a d'ailleurs précisé que l'étendue de l'obligation de consultation dépend des circonstances et qu'elle sera d'autant plus grande que l'atteinte aux terres autochtones sera importante. Dans le cas d'une modification constitutionnelle ou d'un projet de sécession, il est possible de croire, comme l'a affirmé la Cour suprême que *«l'obligation exigera beaucoup plus qu'une simple consultation»²⁵⁹*.

²⁵⁸ R. DUPUIS et K. McNEIL, *op. cit.*, note 8, 68.

²⁵⁹ *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 19, par. 168.

Dans le contexte de la sécession, cette obligation revient, me semble-t-il, tout autant au gouvernement québécois puisque son projet lui conférerait un pouvoir discrétionnaire unilatéral sur les droits des Autochtones. Les deux gouvernements auraient alors l'obligation d'assurer, de concert si possible, une consultation particulière des Autochtones. Les tribunaux pourraient être appelés à se prononcer sur la façon dont les gouvernements se sont acquittés de leur obligation de fiduciaire dans le cadre de telles négociations.

2) En vertu du droit international

Dans le contexte de l'accession du Québec à la souveraineté, il faut tenir compte davantage des concepts de droit international que de ceux du droit constitutionnel. Par définition, lorsque le Québec accomplit la souveraineté, la Constitution du Canada cesse d'avoir effet sur tout le territoire sécessionniste. Néanmoins, si le gouvernement du Québec décide de maintenir pour un certain temps les effets du droit canadien antérieur (continuité) sur son territoire, les tribunaux québécois pourraient être appelés à interpréter les droits autochtones à la lumière de la jurisprudence et des concepts développés par la Cour suprême du Canada. Ainsi, les droits ancestraux continueraient d'être protégés contre toute atteinte non justifiée du législateur québécois. De plus, la doctrine de l'obligation de fiduciaire continuerait de s'appliquer, l'État québécois se

voyant conférer l'ensemble des obligations qui assujettissaient jusqu'alors la Couronne du Canada.²⁶⁰

Théoriquement, la règle coutumière en droit international veut qu'en cas de sécession, les obligations de l'État prédécesseur soient transférés à l'État sécessionniste.²⁶¹

*«Lorsqu'une partie ou des parties du territoire d'un État s'en séparent pour former un ou plusieurs États, que l'État prédécesseur continue ou non d'exister:
a) tout traité en vigueur à la date de la succession d'États à l'égard uniquement de la partie du territoire de l'État prédécesseur qui est devenue un État successeur reste en vigueur à l'égard de cet État successeur seul.»²⁶²*

Le Québec indépendant pourrait commencer par faire table rase des anciens traités.²⁶³

Néanmoins, le gouvernement du Parti Québécois s'est engagé à assumer les droits et obligations du Canada, notamment ceux engagés avec les Autochtones.

«Le Québec assume des obligations et jouit des droits contenus dans les traités auxquels le Canada est partie et dans les conventions internationales auxquelles le

²⁶⁰ J. BROSSARD, *op. cit.*, note 80.

²⁶¹ *Id.*, p 120-121.

²⁶² Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de respect des traités, article 34(1), I.L.M. 17 (1978), 1492.

²⁶³ J. BROSSARD, *op. cit.*, note 80, 123-124.

Canada a adhéré conformément aux règles de droit international.»²⁶⁴

Les questions touchant les droits des peuples autochtones (peuples indigènes en droit international) sont un aspect du droit international en pleine évolution. Il existe quelques documents dont la portée est encore ambiguë. Les plus importants sont une convention (no. 169) de l'Organisation internationale du travail (OIT)²⁶⁵ et un projet de déclaration des droits des peuples indigènes en processus d'adoption aux Nations Unies. Ces textes, combinés à différentes résolutions adoptées par des institutions internationales²⁶⁶ ont fait naître des règles coutumières de droit international qui sont applicables en droit national. Au Canada, les tribunaux reconnaissent et appliquent ces règles coutumières dans la mesure où elles ne sont pas incompatibles avec le droit interne.

La tendance actuelle du droit international semble à l'avantage des peuples autochtones. Les règles coutumières —qui sont en voie de cristallisation— forment une doctrine qui impose des obligations juridiques aux États afin qu'ils respectent les droits inhérents des peuples autochtones, dont celui à l'autonomie gouvernementale. James Anaya, qui a analysé la question pour la Commission royale sur les peuples autochtones affirme que:

²⁶⁴ Avant-projet de loi sur la souveraineté, 7 décembre 1994, article 7.

²⁶⁵ Convention concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants (Convention no. 169), (1989) 72, Bulletin officiel du Bureau international de travail (série A) 63

²⁶⁶ Organisation des Nations Unies et la Cour internationale de justice.

«dans son acception la plus large, [cette] doctrine impose un devoir général à la communauté internationale tout entière et des obligations plus particulières aux États de garantir le bien-être des peuples autochtones et le plein exercice de leurs droits.»²⁶⁷

Cette doctrine oblige les États à assurer aux Autochtones la pleine et entière jouissance de leurs droits. Le Canada doit s'y conformer tout comme —je présume qu'un Québec indépendant voudra respecter le droit international, comme le Parti Québécois le propose— un futur État québécois. Par conséquent, le Québec devra offrir aux Autochtones des garanties constitutionnelles semblables, sinon supérieures, à celles existant en droit canadien, en plus de leur garantir leur droit inhérent à l'autonomie gouvernementale. La scène internationale suivra de près cette question et pourrait associer la question autochtone à la reconnaissance du nouvel État²⁶⁸.

Des règles coutumières visant les peuples autochtones en général confèrent aux États une responsabilité de «protecteur» et de «gardiennage» envers les Autochtones vivant sur leur territoire.²⁶⁹ Cette responsabilité impose des obligations aux États, dont plusieurs ont

²⁶⁷ J. ANAYA, dans S.J. ANAYA, R. FALK et D. PHARAND, *op. cit.*, note 14, 9.

²⁶⁸ Un État devient souverain lorsqu'il remplit trois critères: 1) un territoire fixe; 2) une population; 3) un gouvernement effectif. Par contre, même si ces trois critères sont réunis, le nouvel État ne peut pas établir des relations avec les autres États tant qu'il n'a pas été reconnu par eux. Pour plus d'informations, lire D. PHARAND, dans *op. cit.*, note 14.

²⁶⁹ Alpheus Henry SNOW, *The Question of Aborigines in the Law and Practice of Nations*, Washington, U.S. Government Printing Office, 1919, 72.

été codifiées à l'article 22 du Pacte de la Société des Nations²⁷⁰ et à l'article 73 de la Charte des Nations Unies.²⁷¹

«On peut sans doute affirmer qu'une obligation coutumière à l'égard des peuples autochtones [...] peut également être rapprochée de la relation de fiduciaire qui est, selon la Cour suprême, à la base des relations entre l'État et les Autochtones en droit canadien.»²⁷²

Les mêmes obligations issues du droit international s'appliqueraient à un Québec souverain. Il s'agit d'une obligation d'agir dans le meilleur intérêt des Autochtones en 1) respectant les traités et les engagements, 2) permettant l'autonomie gouvernementale, et 3) assurant une protection générale.

Par ailleurs, il ne fait plus de doute que les peuples autochtones sont maintenant considérés comme des *«peuples [ayant] le droit de disposer d'eux-mêmes»²⁷³*. Certains juristes²⁷⁴ soutiennent que ce droit peut, dans certaines circonstances, mener à la pleine

²⁷⁰ Parti I du Traité de Versailles de 1919, reproduit dans The Treaties of Peace, 1919-1923, New York, Carnegie Endowment for International Peace, 1924.

²⁷¹ [1945] R.T. Can. no. 7, ainsi que S. GRAMMOND, op. cit., note 25, 71.

²⁷² S. GRAMMOND, op. cit., note 25, p 71 et 72.

²⁷³ T. FRANK, R. HIGGINS, A. PELLET, M. SHAW, C. TOMUSCHAT, L'intégrité territoriale du Québec dans l'hypothèse de l'accession à la souveraineté, dans Commission d'étude des questions afférentes à l'accession du Québec à la souveraineté, Les Attributs d'un Québec souverain, Exposés et études, Vol. 1, Québec, 1992.

²⁷⁴ Notamment, Daniel Turp, Le droit à la sécession: l'expression du principe démocratique, dans A.-G. GAGNON et F. ROCHAR, Réplique aux détracteurs de la souveraineté du Québec, VLB, 1992), Jacques Brossard, L'accession à la souveraineté et le cas du Québec: conditions et modalités politico-juridiques, 2ed, Les Presses de l'Université de Montréal, 1976 et Jacques-Yvan

souveraineté. Ce courant de pensée appuie la thèse selon laquelle la souveraineté du Québec trouve un fondement dans le droit international. Le cas des peuples autochtones n'est cependant pas le même que celui du peuple québécois. Longtemps d'ailleurs, l'on a refusé de donner au mot "peuple" autochtone la même définition que le mot «peuple» contenu dans la Charte des Nations Unies et qui a servi de fondement à la décolonisation de plusieurs parties du globe.²⁷⁵ Plusieurs courants de pensée se sont succédé au cours des dernières décennies et les questions relatives à l'autodétermination des Autochtones sont encore en pleine évolution.

Actuellement, il existe une tendance favorable à l'égard des peuples autochtones qui vise à assurer la reconnaissance de leur droit à l'autodétermination. Celle-ci est toutefois limitée par l'insistance des États à protéger leur intégrité territoriale.²⁷⁶ Pour l'instant, donc, le droit à l'autodétermination des peuples autochtones est synonyme d'une certaine forme d'autonomie gouvernementale, soumise à la souveraineté de l'État qui les abrite.

Morin (Université de Montréal).

²⁷⁵ Dans la Convention concernant la protection et l'intégration des populations autochtones et autres populations tribales et semi-tribales dans les pays indépendants, (1959) 328 R.T.N.U. 247 (Convention no. 107 de l'Organisation internationale du travail (OIT)), on lit: «L'emploi du terme «peuple» dans la présente Convention ne peut en aucune manière être interprété comme ayant des implications de quelque nature que ce soit quant aux droits qui peuvent s'attacher à ce terme en vertu du droit international.»

²⁷⁶ Dans le compte-rendu des débats pour l'adoption de la Convention no. 169: «Il est convenu par la Commission que l'utilisation du terme «peuple» dans cette Convention n'implique en aucune façon le droit à l'autodétermination tel que défini dans le droit international». Rapport de la Commission de la Convention no. 107, compte-rendu provisoire 25, Conférence internationale du Travail, 76e session, Genève, 1989, 25/7.

Au Canada, le concept de l'autonomie gouvernementale n'en est qu'à ses premiers balbutiements. L'appui de la classe politique à l'existence d'une autonomie gouvernementale inhérente des peuples autochtones n'a pas encore reçu confirmation dans le droit positif. La Cour suprême du Canada a d'ailleurs affirmé qu'une interprétation large et libérale du concept d'autonomie gouvernementale est contraire au principe constitutionnel de fédéralisme ainsi qu'au partage des compétences inclus dans la Loi constitutionnelle de 1867²⁷⁷. Par conséquent, les peuples autochtones du Québec ne peuvent pas prétendre, en vertu de l'exercice de leur droit à l'autodétermination, pouvoir s'opposer à l'accession du Québec à la souveraineté.

Néanmoins, le droit à l'autodétermination reconnu aux peuples autochtones²⁷⁸ par le droit coutumier international impose certaines contraintes aux États, dont le Canada et le Québec. En vertu de ce droit, les Autochtones peuvent déterminer librement leur statut politique et assurer de façon autonome leur développement économique, social et culturel. Cette exigence du droit international imposerait au gouvernement sécessionniste du Québec le fardeau d'assurer une place importante aux Autochtones dans le processus menant à la souveraineté. Comme le dit la Cour suprême du Canada, il faut «*tenir*

²⁷⁷ R. c. Pamajewon, [1996] 2 R.C.S. 821.

²⁷⁸ Qui s'imposerait selon certains auteurs en vertu d'une règle coutumière. Voir S. GRAMMOND, op. cit., note 25, et Ghislain OTIS et Bjarne MELKEVIK, Peuples autochtones et normes internationales. analyse et textes relatifs au régime identitaire des peuples autochtones, Éd. Yvon Blais, 1996.

compte de leurs intérêts»²⁷⁹. Il semble ainsi évident que le gouvernement québécois devra permettre aux Autochtones une participation effective aux consultations et au référendum. On peut aussi déduire qu'une consultation spéciale devrait être entreprise auprès des différents peuples autochtones. Le gouvernement devra alors démontrer la volonté ferme et honnête d'en arriver à un accord. Le gouvernement devrait, par exemple, être prêt à conférer, par traité, un statut politique et constitutionnel propre aux peuples autochtones habitant le Québec. Si aucune entente n'est possible, le gouvernement québécois devrait alors proposer le recours à un comité international de médiation et s'engager à respecter ses décisions.²⁸⁰

«Même s'il n'existe pas de droit de sécession unilatéral en vertu de la Constitution ou du droit international, c'est-à-dire un droit de faire sécession sans négociation sur les fondements qui viennent d'être examinés, cela n'écarte pas la possibilité d'une déclaration inconstitutionnelle de sécession conduisant à une sécession de facto. Le succès ultime d'une telle sécession dépendrait de sa reconnaissance par la communauté internationale qui, pour décider d'accorder ou non cette reconnaissance, prendrait vraisemblablement en considération la légalité et la légitimité de la sécession eu égard, notamment, à la conduite du Québec et du Canada. Même si elle était accordée, une telle reconnaissance ne fournirait toutefois aucune justification rétroactive à l'acte de

²⁷⁹ Renvoi relatif à sécession du Québec, précité, note 48, 151.

²⁸⁰ C'est un avis également partagé par d'autres juristes qui se sont penchés sur la question récemment, notamment Richard Falk pour la Commission royale sur les peuples autochtones, *op. cit.*, note 14, à la page 69.

sécession, en vertu de la Constitution ou du droit international.»²⁸¹

²⁸¹ Renvoi relatif à la sécession du Québec, note 48, par. 155.

CONCLUSION

Cette recherche m'a permis de voir la doctrine de l'obligation de fiduciaire telle que construite dans le droit positif canadien. Cette doctrine tire son origine du *common law* britannique et, dans certaines circonstances, est semblable au concept de fiducie. L'arrêt Guerin, en 1984, a reconnu pour la première fois en droit positif, une obligation de fiduciaire exécutoire en justice, imposant au gouvernement des devoirs précis: notamment lorsqu'une bande indienne a cédé des terres à la Couronne, celle-ci assume une obligation de fiduciaire dans la gestion de ces terres. S'il y a manquement à cette obligation, le groupe autochtone peut poursuivre la Couronne en dommages-intérêts. L'analyse s'effectuera alors selon les mêmes critères qu'en droit des fiducies.

Le fait pour le gouvernement de ne pas consulter un groupe autochtone ou de ne pas tenir compte des résultats de cette consultation, constituent des manquements à l'obligation de fiduciaire. Cette consultation doit être tenue de bonne foi, *«dans l'intention de tenir compte réellement des préoccupations des peuples autochtones dont les terres sont en jeu»*²⁸².

²⁸² Delgamuukw c. Colombie-Britannique, précité, note 19, par. 168.

L'indemnisation est également un facteur important de l'obligation de fiduciaire²⁸³.

«Conformément à l'obligation de fiduciaire de la Couronne d'agir de bonne foi et honorablement, il sera généralement nécessaire de verser une juste indemnité en cas d'atteinte à un titre aborigène. Le montant de l'indemnité payable variera en fonction de la nature du titre aborigène touché, de la nature et de la gravité de l'atteinte et de la mesure dans laquelle les intérêts des Autochtones ont été pris en compte.»²⁸⁴

Par ailleurs, il n'y a pas nécessairement dommages-intérêts dans tous les cas, tout comme l'obligation de fiduciaire ne s'applique pas uniquement à l'égard des terres aborigènes. L'arrêt Sparrow, en 1990, a fait de l'obligation de fiduciaire un principe général d'interprétation de tous les traités, actes constitutionnels, législatifs et administratifs qui touchent aux droits des Autochtones du Canada. Ce principe comprend une série d'obligations, exécutoire en droit positif, que les Couronnes —le gouvernement fédéral et le gouvernement du Québec, dans une plus faible mesure— doivent assumer dans leurs relations avec les Autochtones. Il faut notamment tenir des consultations préalables à toute modification du statut ou des droits des Autochtones, porter le moins possible atteinte à ces droits et offrir une juste indemnité.

²⁸³ Apparu dans Guerin et confirmé dans Delgamuukw.

²⁸⁴ Delgamuukw c. Colombie-Britannique, précité note 19, par. 168.

Le principe de l'obligation de fiduciaire a comme source la nature du titre ancestral et des relations spéciales créées par l'histoire. La nature des rapports développés au cours des années entre la Couronne et les Autochtones est en effet équivalente à celle qui fait naître, en droit commun, une situation de fiducie, particularisée par un état de vulnérabilité et d'assujettissement. Ces rapports, dits de nature fiduciaire, ne créent toutefois pas des fiducies à proprement parler mais plutôt une obligation de fiduciaire qualifiée de *sui generis*.

Comme nous l'avons vu dans la première partie, le principe d'obligation de fiduciaire impose des restrictions à l'exercice du pouvoir législatif, ayant ainsi une incidence importante sur le droit constitutionnel canadien. La Cour suprême du Canada soutient que l'article 35(1) doit être lu en fonction d'un principe directeur général d'interprétation qui découle de la doctrine de l'obligation de fiduciaire de la Couronne. Il a donc servi de fondement au critère de justification, exigée pour les lois qui affectent les droits des Autochtones, communément appelé le «test de Sparrow», en vertu duquel les gouvernements doivent justifier toute loi qui porte atteinte aux droits —ancestraux ou issus de traités— reconnus et confirmés par l'article 35(1).

Dans l'arrêt Badger, la Cour suprême a statué que le test de Sparrow s'applique également au pouvoir provincial lorsque celui-ci se trouve dans une situation semblable

à celle traditionnellement occupée par le pouvoir fédéral, reconnaissant ainsi que le principe de l'obligation de fiduciaire puisse également s'appliquer à la Couronne provinciale, tout comme elle s'applique normalement à la Couronne fédérale. Les obligations dévolues au gouvernement fédéral sont plus importantes simplement à cause du partage des compétences et particulièrement de l'article 91(24) de la Loi constitutionnelle de 1867 qui confère la plénitude des pouvoirs à l'égard des Indiens et des terres de réserves à la Couronne fédérale.

La Cour suprême a récemment²⁸⁵ précisé que lorsqu'une communauté prouve l'existence d'un titre aborigène, l'obligation de fiduciaire de la Couronne prend une plus grande importance. La Cour a conclu que le gouvernement a alors une obligation de consultation préalable à l'atteinte d'un titre aborigène et que, dans la plupart des cas, il devra obtenir le consentement des propriétaires de ce titre. Finalement, le gouvernement aura l'obligation de verser une juste indemnité pour tout atteinte au titre aborigène ou pour un manquement à l'obligation de fiduciaire engendrée par les circonstances particulières à chaque cas. Le montant de l'indemnité *«variera en fonction de la nature du titre aborigène touché, de la nature de la gravité de l'atteinte et de la mesure dans laquelle les intérêts des Autochtones ont été pris en compte»*²⁸⁶.

²⁸⁵ Dans Delgamuukw, en décembre 1997.

²⁸⁶ Delgamuukw c. Colombie-Britannique, précité, note 19, par. 168.

Mon analyse m'amène aussi à conclure que le consentement des peuples autochtones détenteurs d'un titre aborigène est nécessaire préalablement à toute modification constitutionnelle qui porterait atteinte à ce titre, donc *a fortiori* au projet de sécession du Québec. Néanmoins, c'est plutôt le droit international qui risque de dicter les négociations entourant la sécession du Canada, puisque, par définition, elle mettrait un terme au régime constitutionnel jusque-là en vigueur au Québec. La Cour suprême a toutefois indiqué qu'un vote majoritaire au référendum portant sur la sécession engendrerait une obligation de négocier entre l'État provincial sécessionniste et le reste du Canada. Dans ces négociations, les intérêts des Autochtones devront être sérieusement pris en compte.

Dans le contexte de l'accession du Québec à la souveraineté, il semble donc évident qu'il existe une obligation de consultation et que le gouvernement souverainiste doit offrir des garanties constitutionnelles aussi importantes, sinon plus, que celles que possèdent actuellement les Autochtones en droit canadien. Ces exigences sont imposées par la doctrine de l'obligation de fiduciaire et, dans une certaine mesure, par des règles coutumières de droit international.

Dans le cadre des consultations préalables à la sécession, le gouvernement québécois devrait chercher à ratifier une entente —un traité si possible— avec les divers peuples

autochtones vivant sur le territoire québécois. L'offre doit être raisonnable et contenir des éléments cruciaux aux yeux des Autochtones comme, par exemple, un droit de propriété sur les terres et les ressources naturelles, l'autonomie gouvernementale et des compensations financières. Si une entente n'est pas possible, le gouvernement québécois devrait soumettre la question à un comité international d'arbitrage, idéalement chapeauté par l'Organisation des Nations Unies. Le gouvernement québécois devra alors respecter ses obligations de fiduciaire. Pour le reste, la question sera davantage politique que juridique et dépendra de la réaction du gouvernement canadien et des autres États.

BIBLIOGRAPHIE

Monographie

ALVORD, C.W., *Genesis of the Proclamation of 1763*, Lansing (Michigan), Michigan Pioneer and Historical Collections, 1908.

Assemblée nationale, *Projet de loi sur l'avenir du Québec*, Éditeur officiel du Québec, 1995.

ANAYA, S.J., FALK, R., et PHARAND, D., *L'obligation de fiduciaire du Canada dans le contexte de l'accession du Québec à la souveraineté*, Vol. 1, "Dimension internationale", Document préparé dans le cadre du Programme de recherche de la Commission royale sur les peuples autochtones, Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1995.

ASSEMBLÉE DES PREMIÈRES NATIONS, *Proposals for Amendments and Additions to the Constitution Act, 1982*, 1983.

BEAUDOIN, J.-L., *Les obligations*, 4e édition, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1993.

BROSSARD, J., *L'accession à la souveraineté et le cas du Québec*, Les Presses de l'Université de Montréal, 1976.

BROWNLIE, I., *Principles of Public International Law*, 4e édition, Oxford, Oxford University Press, 1990.

COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES DU CANADA, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1996.

CÔTÉ, P.-A., *Interprétation des lois*, 2e édition, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1990.

DUPUIS, R., et McNEIL, K., *L'obligation de fiduciaire de la Couronne envers les Autochtones dans le contexte de l'accession du Québec à la souveraineté*, Vol. 2, «Dimension intérieure», Document préparé dans le cadre du Programme de recherche de la Commission royale sur les peuples autochtones, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1995.

ELLIS, M. V., *Fiduciary duties in Canada*, Carswell, Ontario, 1993.

FORD, H.A.J., *Principles of the Law of Trust*, 3e ed., Sydney, LBC, Information Services, 1996.

- FRANK, T., HIGGINS, R., PELLET, A., SHAW, M., TOMUSCHAT, C., *L'intégrité territoriale du Québec dans l'hypothèse de l'accession à la souveraineté*, dans Commission d'étude des questions afférentes à l'accession du Québec à la souveraineté, Les Attributs d'un Québec souverain, Exposés et études, Vol. 1, Québec, 1992.
- GAGNON, A.-G., et ROCHAR, F., *Réplique aux détracteurs de la souveraineté du Québec*, VLB, 1992.
- GARANT, P., *Droit administratif*, 3e éd., Les éditions Yvon Blais, Montréal, 1991.
- GRAMMOND, S., *Les traités entre l'État canadien et les peuples autochtones*, Coll. Minerve, Éditions Yvon Blais, Cowansville, 1995.
- GRENON, A., *Les Fiducies*, Coll. La common law en poche, Centre international de la common law en français, Université de Moncton, Canada, 1997.
- GRIFFITH and STREET, *The Principles of Administrative Law*, 5e éd., 1973.
- JOFFE, P. et TURPEL, M.E., *Extinction des droits autochtones: problèmes et alternatives*, étude préparée pour la Commission royale sur les Peuples autochtones, vol. 1, juin 1995.
- LAJOIE, A., *Contrats administratifs: Jalons pour une théorie*, Les éditions Thémis, Montréal, 1984.
- LAJOIE, A., BRISSON, J.-M., NORMAND, S. et BISSONNETTE, A., *Le statut juridique des peuples autochtones au Québec et le pluralisme*, Coll. Le Droit aussi..., Éd. Yvon Blais, Canada, 1996.
- LORDON, P., *Crown Law*, Toronto, Butterworths, 1991.
- MACE, G., *Guide d'élaboration d'un projet de recherche*, Les Presses de l'Université Laval, Québec, 1988, p. 69.
- MARTEL, M. et MARTEL, P., *Les compagnies au Québec, volume 1, Les aspects juridiques*, Ed. Wilson & Lafleur, Montréal, 1996
- MONAHAN, P., *Cooler Heads Shall Prevail: Assessing the Costs and Consequences of Quebec Separation*, Toronto, CD Howe Institute, 1995.
- Nouveau dictionnaire encyclopédique Larousse Sélection, Sélection du Readers's Digest, Canada, 1987.
- OTIS, G., et MELKEVIK, B., *Peuples autochtones et normes internationales, analyse et textes relatifs au régime identitaire des peuples autochtones*, Éd. Yvon Blais, 1996.

SNOW, A. H., *The Question of Aborigines in the Law and Practice of Nations*, Washington, U.S. Government Printing Office, 1919.

WOEHLING, J. et MORIN, J.-Y., *Les constitutions du Canada et du Québec du Régime français à nos jours*, tome 1, éd. Thémis, 1994.

YODAN, T.G., *Equity, Fiduciaries and Trusts*, 1989, Toronto, Carswell, 1989.

Articles de revue et contributions

BARLETT, R., «You Can't Trust the Crown: The Fiduciary Obligation of the Crown to the Indians: *Guerin v. The Queen*, (1985) 2 Sask L. Rev. 367.

BOIVIN, R., «À qui appartient l'obligation de fiduciaire à l'égard des Autochtones?», (1994) 35 C. de D. 1.

FREMONT, J. et BOUDREAU, F., "*Supraconstitutionnalité canadienne et sécession du Québec*" (1997) 8 N.J.C.L. 1-266.

SLATTERY, B., *Understanding Aboriginal Rights* (1987), 66 Can. Bar Rev. 727, p. 753.

SLATTERY, B., *First Nations And The Constitution: A Question Of Trust*, (1992), La Revue du Bar Can., vol. 71.

WEINRIB, E., «*The Fiduciary Obligation*» (1975), 25 U.T.L.J. 1.

TABLE DE JURISPRUDENCE

Administration régionale crie c. Canada (Administrateur fédéral), [1992], 1 C.F. 440.

Calder c. P.G. Colombie-Britannique (1973) R.C.S. 313.

Cardinal c. P.G. Alberta, [1974] R.C.S. 695.

Delgamuukw c. Colombie-Britannique, [1997] 3 R.C.S. 1010.

Dick c. La Reine, [1985] 2 R.C.S. 309.

Guerin c. La Reine, [1984] 2 R.C.S. 335.

Lac Minerals c. International Corona Resources, [1989] 2 R.C.S. 574.

Natural Parents v. Superintendent of Child Welfare [1976] 2 S.C.R. 751.

New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (président de l'Assemblée législative), [1993] 1 R.C.S. 319.

Québec (Procureur général) c. Canada (Office national de l'énergie), [1994] 1 R.C.S. 159.
1

R. c. Agawa (1988), 28 O.A.C. 201.

R. c. Badger, [1996] 1 R.C.S. 771.

R. c. Gladstone, [1996] 2 R.C.S. 723.

R. c. Oakes [1986] 1 R.C.S. 103.

R. c. Pamajewon, [1996] 2 R.C.S. 821.

R. c. Sika (1964), 43 D.L.R. (2d) 150 (C.A.T.N.-O.).

R. c. Sioui, [1990] 1 R.C.S. 1025.

R. c. Sparrow, [1990] 1 R.C.S. 1075.

Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba, [1985] 1 R.C.S. 721.

Renvoi relatif à la sécession du Québec, No. du greffe: 25506, 20 août 1998.

Renvoi relatif au terme «Indiens», [1939] R.C.S. 104

Renvoi: résolution pour modifier la Constitution, [1981] 1 R.C.S. 753.

R. c. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, [1981] 4 C.N.L.R. 86 (Cour d'appel d'Angleterre).

R. v. Taylor and Williams (1981), 34 O.R. (2d) 360.

Simon c. La Reine, [1985] 2 R.C.S. 387.

St. Catherine's Milling and Lumber v. The Queen (1888), 14 App. Cas. 46.

Wewayakum Indian Band v. Canada, [1989] 1 S.C.R. 322, p. 337.

Jurisprudence étrangère

Johnson v. McIntosh (1823) 8 Wheaton 543 (U.S.S.C.).

Kinloch v. Secretary of State for India in Council (1882), 7 App. Cas. 619 (H.L.)

Worcester v. State of Georgia (1823) 31 U.S. 350, 6 Peters 515.

Navajo Tribe of Indians v. United States, 224 Ct CL 171, 624 F 2ed 981 (1980).

United States v. Mitchell 436 US 206.

The Queen v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, (1981) 4 C.N.L.R. 86.

Tito v. Waddell (No. 2), [1997] 3 All E.R. 129 (Ch.).

Législation

Convention sur le transfert des ressources naturelles (Annexe de la *Loi constitutionnelle de 1930*).

Loi approuvant la Convention de la Baie James et du Nord québécois, L.R.Q. 1977, ch. C-67 (Québec).

Loi constitutionnelle de 1982, Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, (1982), R.-U., c. 11.

Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5.

Loi sur les pêcheries, S.R.C. 1970, ch. F-14.

Loi sur le règlement des revendications des Autochtones de la Baie James et du Nord québécois, S.C. 1976-1977, ch. 32 (Canada).

Proclamation royale de 1763, L.R.C. (1985), app. II, no. 1, p. 6.

Wildlife Act (S.B.C. 1966, ch. 55)

Documents gouvernementaux

Accord sur les revendications territoriales du Nunavut (1993)

Accord-cadre définitif du Yukon (1993)

Accord sur l'autonomie gouvernementale des Indiens Nisga'a de la Colombie-Britannique (1998)

Avant-projet de loi sur la souveraineté, 7 décembre 1994, article 7.

Convention de la Baie James et du Nord québécois (1975).

Convention du Nord-est québécois (1978).

Convention définitive avec les Inuvialuit (1984)

Déclaration de compréhension et de respect mutuel, signée le 15 octobre 1998 avec les Mohawks de Kahnawake.

Entente sur les revendications des Gwich'in (1992)

Entente sur la revendication territoriale globale des Dénés et Métis du Sahtu (1993)

«*La politique fédérale des revendications territoriales globales*», MAINC, 1987.

Rapport du consensus sur la Constitution, Charlottetown, 28 août 1992.

Documents internationaux

Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de respect des traités, article 34(1), I.L.M. 17 (1978).

Convention concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants (Convention no 169), (1989) 72, Bulletin officiel du Bureau international de travail (série A) 63.

«*Convention concernant la protection et l'intégration des populations autochtones et autres populations tribales et semi-tribales dans les pays indépendants*», (1959) 328 R.T.N.U. 247 (Convention no. 107 de l'Organisation internationale du travail (OIT))

Jose R. Martinez Cobo, Sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, E/CN.4/Sub.2/L.5.66, par.34.