

PARTENAIRE DES PEUPLES AUTOCHTONES DU CANADA : LES DIFFÉRENTS VISAGES DE LA COURONNE

*André Émond**

Pour interpréter la Loi constitutionnelle de 1867, et ainsi déterminer la responsabilité respective des gouvernements fédéral et provincial à l'égard des droits des autochtones, l'auteur s'est penché sur l'histoire de la Loi en l'abordant sous l'angle des relations entre la Couronne et les Premières Nations depuis la guerre de Sept Ans (1756-1763). Le fil conducteur, durant toute cette époque, semble être le rapport établi entre les responsabilités d'un gouvernement et ses pouvoirs : l'autorité responsable des affaires indiennes devait assumer seul les pouvoirs afférents à cette charge. Cela a conduit à la notion de divisibilité de la Couronne entre ses différents chefs de gouvernement, gouvernement impérial d'une part et gouvernements coloniaux d'autre part. Le concept fut politiquement accepté et appliqué au Canada aussi tôt qu'en 1860. On n'a fait que l'étendre par la suite aux rapports entre les provinces et le nouveau pouvoir fédéral, auquel on a confié la charge de veiller au respect des droits des autochtones et à leur bien-être. Il suffisait alors d'en tirer les conséquences quant au rôle des provinces : celles-ci n'ont donc aucune responsabilité directe à l'égard des droits traditionnels des autochtones. L'auteur concède, toutefois, la possibilité qu'elles assument une responsabilité indirecte découlant de l'article 109 de la Loi constitutionnelle de 1867, et de l'article 88 de la Loi sur les Indiens.

In order to construe the Constitution Act, 1867 and thus identify the respective responsibilities of the federal and provincial governments with respect to Aboriginal rights, the author explored the historical background of the Act by looking at the relationships that have been established between the Crown and the First Nations since the Seven Years War (1756-1763). Over that period, the main lead seems to have been the link established between the responsibilities of a government and its powers : the authority responsible for Indian affairs had to exercise the powers pertaining to this duty by itself. This has lead to the notion of the divisibility of the Crown between its different heads of government, the imperial government on the one hand and the colonial governments on the other hand. The concept was politically accepted and applied in Canada as soon as 1860. Later it was simply extended to the relationships between the provinces and the new federal power, to which was conferred the duty to ensure the observance of the rights of Aboriginal peoples as well as their well-being. It was then easy to draw inferences regarding the role of the provinces : they do not have thus any direct responsibility with respect to the historic rights of Aboriginal peoples. However, the author concedes that they could assume an indirect responsibility resulting from section 109 of the Constitution Act, 1867, and section 88 of the Indian Act.

* Professeur à l'Université Laurentienne.

L'auteur remercie le professeur Ghislain Otis de l'Université Laval pour ses suggestions et commentaires concernant une version préliminaire de ce texte.

TABLE DES MATIÈRES

I. INTRODUCTION	65
II. L'EXPÉRIENCE COLONIALE : LORSQUE LA RESPONSABILITÉ SUIV LE POUVOIR. . .	65
III. LA RESPONSABILITÉ FÉDÉRALE EXCLUSIVE EN MATIÈRE AUTOCHTONE SOUS LA LOI CONSTITUTIONNELLE DE 1867	70
A. <i>Description des deux sujets de compétence fédérale : les «Indiens» et les «terres réservées pour les Indiens»</i>	71
B. <i>Les limites de l'implication des provinces dans les affaires indiennes</i>	74
1. <i>L'article 109 de la Loi constitutionnelle de 1867</i>	75
2. <i>L'article 88 de la Loi sur les Indiens</i>	78
IV. CONCLUSION	80

I. INTRODUCTION

De la *Proclamation royale de 1763*¹ à la *Loi constitutionnelle de 1982*², on a évoqué la notion de Couronne pour désigner l'entité informe qui incarnait la souveraineté de l'État anglais ou de son rejeton colonial. C'est en son nom, et en celui du monarque qui la symbolisait, que des agents gouvernementaux ont promis aux peuples autochtones du Canada la protection de leurs droits³. Voulant lui donner quelque réalité, ils ont si bien personnifié l'État, en l'assimilant au roi ou à la reine du temps, qu'encore hier il se trouvait des autochtones pour aller demander justice à leur successeur la reine Elizabeth II et à son Conseil privé du Royaume-Uni. Ces autochtones furent bien sûr éconduits⁴. Nous expliquerons pourquoi en décrivant l'évolution de la notion de Couronne en droit colonial et son impact sur les recours possibles des autochtones, en tenant compte des différentes constitutions qu'a connues le Canada. Ce bref historique permettra, par la suite, d'analyser plus en détail la responsabilité respective des gouvernements provincial et fédéral envers les Indiens sous la *Loi constitutionnelle de 1867*⁵.

II. L'EXPÉRIENCE COLONIALE : LORSQUE LA RESPONSABILITÉ SUIT LE POUVOIR

Vers 1753, peu avant le début de la guerre avec la France, les relations entre les Britanniques et leurs alliés autochtones se détérioraient. Les autochtones se plaignaient des violences répétées des colons anglais, de leurs pratiques commerciales déloyales et de leurs empiétements sur les terres indiennes⁶. Rien n'y faisait ; on aurait cru les gouvernements des colonies totalement impuissants. La France, alerte, n'a pas raté l'occasion d'alimenter ces dissensions à l'intérieur de la coalition ennemie en rappelant aux autochtones le mauvais sort que leur faisaient subir leurs frères anglais. Inquiet de perdre ses alliés, le gouvernement impérial jugea alors nécessaire d'écarter les gouvernements locaux pour confier la gestion du dossier autochtone à des agents oeuvrant directement sous son autorité⁷.

¹ L.R.C. (1985), App. II, n° 1.

² L.R.C. (1985), App. II, n° 44.

³ Voir André ÉMOND, «Obligations découlant du rapport historique entre la Couronne et les autochtones du Canada», (1997) 2 R.C.L.F. (à paraître).

⁴ *Manuel c. Attorney-General*, [1982] 3 W.L.R. 821 (C.A.); *Regina c. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, Ex parte Indian Association of Alberta and Others*, [1982] 1 Q.B. 893 (C.A.), appel refusé, [1982] 1 Q.B. 937 (C.P.). Des groupes d'autochtones militants essaient toujours de nier juridiction aux tribunaux canadiens en faisant valoir leur supposé lien avec la Couronne du Royaume-Uni. Voir, entre autres affaires: *R. c. Williams*, [1995] 2 C.N.L.R. 299 (C.A. d. C.-B.), [1993] B.C.J. No. 2296, appel refusé, C.S.C., no 24637, 6 juillet 1995; *R. c. Clark*, [1995] O.J. No. 224; [1995] S.C.C.A. No. 173; *Clark c. Canada*, [1995] S.C.C.A. No. 198; et *R. c. Snake* [1996] O.J. No. 2151, C.A. Ont., no C22427, 13 juin 1996.

⁵ L.R.C. (1985), App. II, n° 5.

⁶ Parmi les nombreux documents rapportant les doléances des autochtones, mentionnons : "Lords of Trade to Sir Danvers Osborne", 18 septembre 1753, reproduit dans E.B. O'Callaghan (dir.), *Documents Relative to the Colonial History of the State of New York*, vol. 6, New York, Weed Parsons, 1856 aux pp. 800 et 801 (ci-après cité: «N.Y.C.D.»); «At a meeting etc on Tuesday the 9th July 1754, P.M., Present - His Honour the Lieut^t Gon^t and the four Gentlemen of the Council of New York, and all the Commiss^s except M^r Franklin absent by his appointment in the morning», N.Y.C.D., vol. 6 à la p. 885; et "Lords of Trade to the Lords Justices", 22 avril 1755, N.Y.C.D., vol. 6 à la p. 947.

⁷ "Lords of Trade to Sir Danvers Osborne", *ibid.* aux pp. 800 et 801; "Secretary Pownall to Major-General Johnson", 9 octobre 1755, N.Y.C.D., aux pp. 1017 et 1018; "Representation of Lords of Trade on the State of Indian Affairs", 22 janvier 1734/5 N.Y.C.D., aux pp. 19-24.

La décision de centraliser à Londres la direction des affaires indiennes était donc motivée par l'incapacité des administrations locales de s'acquitter correctement de cette charge. On les a accusées d'être incompetentes, sinon corrompues ou, plus charitablement, d'être trop sensibles aux pressions économiques de leur milieu et de négliger ainsi la dimension politico-militaire de leurs actes⁸. Dans le fond, on leur reprochait de représenter trop bien leurs administrés.

Les guerres se sont succédées jusqu'en 1812 comme autant de rappels à la prudence, car les autochtones constituaient toujours une quantité militaire non négligeable, soit comme alliés ou encore comme ennemis potentiels. L'attention qu'on leur portait semblait s'imposer. Une fois la paix définitivement revenue, certains ont quand même suggéré de laisser les choses en l'état en gardant les affaires indiennes sous l'intendance directe de Sa Majesté et de ses représentants. Parce qu'il fallait assurer le respect des engagements pris au nom de la Couronne, des anciens engagements comme de ceux à venir. Or, on craignait, comme au temps de la guerre avec la France, que les législatures locales négligent leurs devoirs envers les autochtones, d'ailleurs toujours pour la même raison fondamentale :

For a local Legislature, if properly constituted, should partake largely in the interests, and represent the feelings or the settled opinions of the great mass of the people for whom they act. But the settlers in almost every Colony, having either disputes to adjust with the native tribes, or claims to urge against them, the representative body is virtually a party, and therefore ought not to be the judge in such controversies⁹.

Ce plaidoyer contre toute décentralisation des pouvoirs, quoique sensé au plan politique, ne résista pas très longtemps aux arguments contraires découlant de la logique économique. La métropole a estimé en effet que la facture du département des affaires indiennes grevait trop lourdement le trésor impérial, d'où la décision du secrétaire d'État de Sa Majesté, le comte Grey, de cesser toute contribution financière au département à partir de 1858. Mais du même élan, il

⁸ Le secrétaire Pownall du Board of Trade évoqua "the abuse and neglect of our own Colonys" «Secretary Pownall to Major-General Johnson», *ibid.* à la p. 1017. Dans une directive de 1761 adressée à tous les gouverneurs de l'Amérique du Nord, le Roi leur a reproché à son tour: "(...) and whereas it has likewise been represented unto us that some of our governors or other chief officers of our said colonies, regardless of the duty they owe to us and of the welfare and security of our colonies, have countenanced said unjust claims and pretensions by passing grants of the lands so pretended to have been purchased of the Indians (...) "Settlements Interfering with Frontier Indian Forbiden", reproduit dans L. W. Labaree, *Royal Instructions to British Colonial Governors, 1670-1776*, vol. 2, New York, Octagon Books, 1967, aux pp. 476 et 477.

⁹ «Report from the Select Committee», 1837, reproduit dans *British Parliamentary Papers, Anthropology-Aborigines*, vol. 2 Report from the Select Committee on Aborigines (British Settlements) together with minutes of evidence, Appendix and Index, (Shannon, Ireland: Irish University Press, 1968) aux pp. 3 et 77. Cet extrait du rapport du comité de la Chambre des communes du Royaume-Uni a été cité avec approbation dans deux autres rapports, d'origine canadienne ceux-là: «Rapport sur les affaires des Sauvages en Canada», 20 mars 1845, section 3, dans *Journaux de l'Assemblée législative de la Province du Canada* (ci-après cité: «J.A.L.C.»), 11 Vic., 1847, App. T. (non paginé); «Rapport du surintendant Bury au gouverneur général Sir Edmund W. Head», 5 décembre 1855, dans Indian Department (Canada), *Return to an Address of the Honorable The House of Commons, dated 26 April 1856, for, Copies or Extracts of recent Correspondence respecting Alterations in the Organization of the Indian Department in Canada*, Ottawa, impression ordonnée par la Chambre des communes, 2 juin 1856 aux pp. 17 et 19, aussi reproduit dans les *British Parliamentary Papers, ibid.* Colonies-Canada, vol. 21 (Correspondence and Papers Relating to Canada, 1854-58).

exprima l'espoir que la législature provinciale du Canada prendrait le relais¹⁰. Après tout, c'était elle la principale bénéficiaire des cessions de terres indiennes¹¹.

Le département des affaires indiennes, prenant acte de la volonté impériale, proposa alors que son patronage soit transféré au gouvernement de la colonie, car «si l'aide jusqu'ici donnée par le gouvernement impérial est discontinuée, il n'est que juste que le contrôle de ce dernier sur le département cesse aussi»¹². Le gouverneur général du Canada, sir Edmund Head, a approuvé cette requête et l'a relayée au ministère anglais, le 12 mai 1858¹³. Son ton était toutefois celui de la résignation, car il craignait que la province ne se montre pas à la hauteur de cette tâche¹⁴. Malgré les réserves du gouverneur, Whitehall fit droit à la requête¹⁵.

En somme, la métropole avait accepté que pouvoir et responsabilité forment un couple indissociable. Les colonies devant assumer seules les obligations encourues envers les peuples autochtones, parce qu'elles étaient les principales bénéficiaires des transactions conclues avec eux, il leur fallait, pour des raisons d'équité et de saine administration, exercer sans partage tous les pouvoirs nécessaires à cette responsabilité.

La condition générale des autochtones de la Province du Canada se détériora gravement après la guerre anglo-américaine de 1812. On ne les estimait plus, ni ne les craignait. D'aucuns, parmi la population européenne de la colonie, les ont alors considérés comme une race perdue, inutile, dont il faudrait se débarrasser. En profond désaccord, le gouvernement impérial s'est au contraire senti interpellé par les malheurs des autochtones, encouragé, il est vrai, par le mouvement évangéliste chrétien¹⁶. Mais quoi faire? Au cours de 1828, le secrétaire d'État du Royaume-Uni,

¹⁰ *Ibid.* «Rapport des commissaires spéciaux nommés le 8 de septembre 1856, pour s'enquérir des affaires des Sauvages en Canada», *J.A.L.C.*, 21 Vic., 1858, App. n° 21 (non paginé). Dès 1856, le secrétaire d'État a dit croire «que l'établissement de Manitoulin (n'était) pas plus du ressort du parlement impérial que toute autre branche du département des sauvages».

¹¹ *Ibid.* L'argument a été repris dans le «Rapport du surintendant Bury au gouverneur général Sir Edmund W. Head», *supra* note 9 à la p. 19.

¹² *Ibid.* «Rapport des commissaires spéciaux nommés le 8 de septembre 1856, pour s'enquérir des affaires des Sauvages en Canada».

¹³ «Copy of a Despatch from Governor General the Right Honorable Sir Edmund Head, Bart., to the Right Honorable Lord Stanley, M.P.», 12 mai 1858, dans Indian Department (Canada), *Return to an Address of the Honorable The House of Commons, dated 20 August 1860, for, Copies or Extracts of Correspondence between the Secretary of State for the Colonies and the Governor General of Canada respecting Alterations in the Organization of the Indian Department in Canada* (ci-après cité: «Copies or Extracts of Correspondence (1860)», Ottawa, impression ordonnée par la Chambre des communes, 2 juin 1856, aux pp. 17 et 19, aussi reproduit dans les *British Parliamentary Papers, op.cit.*, note 9, *Colonies-Canada*, vol. 23 (Correspondence and Other Papers Relating to Captain Pallister's Expedition and Other Affairs in Canada, 1860).

¹⁴ *Ibid.* à la p. 21. «After much consideration, I am of opinion that if the expenses of the Department, and the assistance to the Indians, cease to be a charge on the Imperial funds, the management and control of the whole must necessarily devolve on the Provincial Government, and be subjected to the control of the Provincial Parliament. (...) The danger will always be, that the control of the Provincial Legislature, to which any Provincial Department must be subject, will not effectually prevent complaints on the part of the Indians of encroachments by individuals, or check the infringement of rights and privileges originally guaranteed by the Crown of England under a different state of things. It may be inevitable that in the course of the change which has taken place in the relations of Great Britain to these Colonies this risk should be run, and from what has already passed, I infer that such is the conviction of Her Majesty's advisers in England.» *Ibid.* à la p. 21.

¹⁵ «Copy of a Despatch from the Right Honourable Sir E.B. Lytton, Bart., M.P., to Governor General the Right Honourable Sir Edmund Head, Bart.», 14 juin 1858, *ibid.* à la p. 43.

¹⁶ «Report from the Select Committee», *supra* note 9 aux pp. 74-76; Society of Friends, the Meeting for Sufferings, *Information Respecting the Aborigines in the British Colonies*, London, Darton and Harvey, 1838.

Sir George Murray, a entrepris une transformation radicale du département des affaires indiennes: le département sera scindé en deux, une administration pour le Haut-Canada et une autre pour le Bas-Canada, et l'on confiera sa direction à des civils plutôt qu'à des militaires¹⁷. Ces changements visaient à l'adoption de mesures qui sauvegarderaient et amélioreraient la condition des tribus indiennes. En l'occurrence, cela voulait dire inciter les autochtones à adopter des *habitudes de vie civilisée*, notamment par une éducation civile et religieuse et un encouragement à délaisser la chasse pour l'agriculture¹⁸. C'était là la meilleure façon de les affranchir de leur pauvreté chronique, croyait le ministre, qui voulait aussi, par la même occasion, soulager les finances de son gouvernement¹⁹. Un cas où l'intérêt bien compris coïncidait avec la vertu, selon l'optique anglaise, il va sans dire. Pour atteindre ses fins, l'administration impériale a entrepris de sédentariser les autochtones en leur garantissant de la manière la plus absolue des terres mises de côté pour leur usage exclusif, qu'on a appelées réserves²⁰.

La nouvelle mission civilisatrice du département des affaires indiennes devait passer comme le reste sous la responsabilité de la colonie. Il s'agissait cependant d'une responsabilité purement politique. Tant la métropole que sa colonie s'entendaient sur ce point, en faisant la différence entre les obligations légales résultant des traités ou des cessions de terre, et l'obligation morale de subvenir aux besoins des autochtones nécessaires²¹.

Commencé vers les années 1840, décidé officiellement en 1858²², le transfert de compétence du gouvernement impérial à la colonie a été complété dans les faits en 1860²³. À partir de ce

¹⁷ «Copy of a Despatch from Sir George Murray to Sir J. Kempt», 3 décembre 1828, «Copy of a Letter from R.W. Hay, Esq., to the Hon. J. Stewart», 12 août 1829, «Copy of a Despatch from Sir George Murray to Sir J. Kempt», 1 décembre 1829, «Copy of a Despatch from Sir George Murray to Sir James Kempt», 25 janvier 1830, «Copy of a Despatch from Sir James Kempt to Sir George Murray», 27 janvier 1830, «Copy of a Despatch from Sir George Murray to Sir James Kempt», 22 mars 1830, dans *British Parliamentary Papers*, op.cit., note 9, *Anthropology-Aborigines*, vol. 3 (Correspondence and Other Papers Relating to Aboriginal Tribes in British Possessions, 1834) aux pp. 36, 57, 60, 87-91.

¹⁸ «Copy of a Despatch from Sir George Murray to Sir James Kempt», 22 mars 1830, *ibid.* à la p.90; «Copy of a Despatch from Viscount Goderich to Sir J. Colborne», 27 décembre 1830, *ibid.* à la p. 129; «Copy of a Letter from Sir John Colborne to Lord Aylmer», 19 février 1831, *ibid.* à la p. 130; et surtout «Copy of a Despatch from Sir George Murray to Sir James Kempt», 25 janvier 1830, *ibid.* à la p. 88, document cité avec approbation dans le «Report from the Select Committee» de la Chambre des communes du Royaume-Uni, *supra* note 9 aux pp. 8 et 9.

¹⁹ «Copy of a Despatch from Sir George Murray to Sir J. Kempt», 3 décembre 1828, *supra* note 17 à la p. 36; «Copy of a Despatch from Sir George Murray to Sir J. Kempt», 1 décembre 1829, *supra* note 17 à la p. 60.

²⁰ «Copy of a Despatch from Lord Glenelg to Sir G. Arthur, K.C.H.», 22 août 1838, reproduit dans Indian Department (Canada), *Return to an Address of the Honorable The House of Commons, dated 11 June 1839, for, Copies or Extracts of Correspondence Since 1st April 1835, between the Secretary of State for the Colonies and the Governors of the American Provinces respecting the Indians in those Provinces* (ci-après cité: «Copies or Extracts of Correspondence (1839)»), Ottawa, impression ordonnée par la Chambre des communes, 17 juin 1839 aux pp. 86-90.

²¹ «Copy of a Despatch from Governor General the Right Honourable Sir Edmund Head, Bart., to the Right Honourable Lord Stanley, M.P.», 5 juin 1858, «Copy of a Despatch from the Right Honourable Sir E.B. Lytton, Bart., M.P., to Governor General the Right Honourable Sir Edmund Head, Bart.», 28 juin 1858, dans *Copies or Extracts of Correspondence (1860)*, op.cit., note 13 aux pp. 23 et 44.

²² *Supra* notes 13-15. Ce transfert a fait l'objet de commentaires dans les affaires *St. Catherines Milling c. The Queen*, (1887) 13 S.C.R. 577, 614 (J. Strong), *Easterbrook c. The King*, [1931] R.C.S. 210, 214 (J. Newcombe) et *Miller c. The King*, [1950] R.C.S. 168, 180 et 181 (J. Kellock).

²³ Par l'Acte relatif à l'administration des terres et des biens des Sauvages, S.C. 1860, c. 151, art. 1, le ministre des Terres de la Couronne a pris en charge les affaires indiennes.

moment, et bien que des engagements aient été pris en son nom, la Couronne en chef du Royaume-Uni ne devait plus rien aux autochtones du Canada. La jurisprudence l'a confirmé : il a suffi à la métropole qu'elle crée un gouvernement local pour que ses droits et obligations, eu égard au territoire desservi et aux pouvoirs cédés, soient automatiquement dévolus à la nouvelle administration coloniale²⁴ ; ce qui revenait à dire que la Couronne pouvait être divisée entre ses différents chefs de gouvernement²⁵. Les tribunaux ont justifié l'existence de cette règle de droit colonial par des arguments faisant écho aux débats politiques tenus au Canada au milieu du dix-neuvième siècle²⁶.

Évidemment, si la mise sur pied d'une administration locale, encore dépendante de Londres, suffisait à opérer un transfert des responsabilités, l'émergence d'un nouvel État indépendant conduisait *a fortiori* au même résultat. On a observé cette situation en Amérique du Nord quand la Grande-Bretagne a reconnu l'indépendance politique de ses treize colonies rebelles, les États-Unis d'Amérique, en 1783. Alors forcée de s'expliquer devant les autochtones, elle leur a répondu par l'intermédiaire de ses agents aux affaires indiennes :

All our Contrymen who resided in the United States forfeited their Claim for Protection from the British Government from the Moment their Great Father the King lost Possession of that Country ; consequently the Indians have no Right to expect that their Great Father will continue to them what he does not continue to his own White Children²⁷.

Les obligations de la Couronne impériale envers les peuples autochtones d'Amérique du Nord, celle de protéger leurs possessions et usages contre les fraudes et les empiétements, et les autres obligations corrélatives, obligations de fiduciaires et obligations issues de traités²⁸, ainsi que la responsabilité politique plus générale de veiller à leur bien-être, ont donc échu aux gouvernements des États-Unis et des colonies britanniques restantes. Une réorganisation de ces colonies en fédération, de 1867 à 1949²⁹, donna lieu à une nouvelle dévolution de pouvoirs et responsabilités,

²⁴ *Attorney-General c. Great Southern and Western Railway Co. of Ireland*, [1925] A.C. 754 (C.P.), 773 et 774 (j. Haldane), 779 et 780 (j. Phillimore); *Regina c. Foreign Secretary, Ex parte Indian Association of Alberta and Others*, *supra* note 5 aux pp. 922-924 et 927 (j. Kerr), 928-031 (j. May), conf., [1982] 1 Q.B. aux pp. 937 et 938 (H.L.) (j. Diplock); *Re: Propriété du lit du détroit de Georgie*, [1984] 1 R.C.S. 388 aux pp. 392 et 393 (j. Dickson), (1984) 8 D.L.R. (4th) 161; et *Halsbury's Laws of England*, 4^e éd. rééditée, vol. 6, London, Butterworth, 1991, par. 817 aux pp. 362-364.

²⁵ La divisibilité de la Couronne remonterait donc à une période antérieure au régime fédéral actuel, contrairement à ce qu'a laissé entendre Me Richard Boivin dans son article: «À qui appartient l'obligation de fiduciaire à l'égard des autochtones», (1994) 35 *C. de D.* 3 aux pp. 10 et 11. Monsieur Leonard I. Rothman a soutenu de son côté, dans «Provincial Fiduciary Obligations to First Nations: The Nexus Between Governmental Power and Responsibility», (1994) 32 *Osgoode Hall L.J.* 735, que la Couronne est demeurée une et indivisible face aux autochtones.

²⁶ Par exemple, lord Phillimore, dans *Attorney-General c. Great Southern and Western Railway Co. of Ireland*, *ibid.* aux pp. 779 et 780, a écrit: «The property of the Crown in the Dominion is held for the purpose of that Dominion. Its benefits accrue to the Dominion Exchequer, and liabilities in connection with it must be discharged out of the same Exchequer.»

²⁷ «Address of the Chief Superintendent of Indian Affairs to the Indians assembled in General Council at the Great Manitoulin Island, 4th August 1837», dans *Copies or Extracts of Correspondence (1839)*, *op.cit.*, note 20 à la p. 155. On refusa conséquemment aux Indiens américains d'adhérer aux traités: A. Morris dans *The Treaties of Canada with the Indians of Manitoba and the North-West Territories*, Toronto, Bedford, Clarke & Co., 1880, réimpression par Coles, Toronto, 1971 aux pp. 50 et 69.

²⁸ Voir A. Émond, *loc.cit.*, note 3.

²⁹ Sous l'empire de la *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 5.

et permis que soit atténué le défaut des premières dévolutions.

Il fallait en effet décider qui veillerait à la protection des droits des autochtones, le gouvernement fédéral ou ses pendants provinciaux. On a préféré le gouvernement fédéral³⁰, parce qu'on a jugé que plus un gouvernement était proche de son électorat, et conséquemment perméable aux intérêts locaux, moins il était apte à remplir ce devoir d'intérêt national. Cet argument, nous l'avons vu, n'était pas nouveau ; des comités des gouvernements impérial et canadien l'avaient déjà invoqué en 1837, 1845, et encore en 1855³¹, seulement neuf ans avant la Conférence de Québec où a été arrêté le partage des pouvoirs entre le fédéral et les provinces³². Le juge Idington de la Cour suprême du Canada l'a repris à son compte en 1909, dans *Province of Ontario c. Dominion of Canada*³³, quand il a dû interpréter la disposition habilitant le fédéral en matière autochtone³⁴, le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*³⁵.

III. LA RESPONSABILITÉ FÉDÉRALE EXCLUSIVE EN MATIÈRE AUTOCHTONE SOUS LA *LOI CONSTITUTIONNELLE DE 1867*

Le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*³⁶ a conféré au Parlement et au gouvernement du Canada³⁷ l'autorité exclusive sur deux sujets de compétence distincts : les «Indiens» et les «terres réservées pour les Indiens»³⁸. Ces expressions, vagues à souhait, obligent l'interprète de la Constitution à aller au-delà du texte en revenant sur les circonstances entourant son adoption, sur sa genèse³⁹. De là notre intérêt pour l'activité administrative et législative sous l'ancien régime du Canada-Uni. Et d'après ce que nous avons pu en voir plus haut, les différents

³⁰ *Ibid.* par. 91(24).

³¹ *Supra* note 9.

³² «Report of Resolutions adopted at a Conference of Delegates from the Provinces of Canada, Nova Scotia, and New Brunswick, and the Colonies of Newfoundland and Prince Edward Island, held at the city of Quebec, October 10, 1864, as the Basis of a proposed Confederation of those Provinces and Colonies», dans *Correspondence Relative to a Meeting at Quebec of Delegates Appointed to Discuss the Proposed Union of the British North American Provinces*, reproduit dans les *British Parliamentary Papers, op.cit.*, note 9, *Colonies-Canada*, vol. 25 (Correspondence and Other Papers Relating to the Affairs of Canada, 1864-1866) aux pp. 5-10.

³³ [1910] 42 Can. S.C.R. 1; [1910] A.C. 637 (C.P.).

³⁴ *Ibid.* à la page 117 et 118. «(...) these high duties of national importance they were discharged all the better by being freed from the trammels of being confined within the narrow views that the provincial range of vision might have restricted action to, if the needs and wishes of a single province were to be considered, or even a dominant factor used as a guide, perhaps to the detriment of national interests (...)». Voir aussi P.W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 3e éd., vol. 1, Toronto, Carswell, 1992 à la p. 27-2.

³⁵ *Supra* note 5.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Le partage des pouvoirs entre les législatures fédérale et provinciales se prolonge au niveau exécutif: *Bonanza Creek Gold Mining Co. Ltd. c. The King*, [1916] 1 A.C. 566 à la p. 579 (J. Haldane); *Regina c. Foreign Secretary, Ex parte Indian Association of Alberta and Others*, *supra* note 4 à la p. 913 (J. Denning) à la p. 926 (J. Kerr).

³⁸ *Four B. Man. c. Travailleurs unis du vêtement*, [1980] 1 R.C.S. 1031 aux pp. 1049 et 1050 (J. Beetz) [ci-après *Four B.*].

³⁹ Pour des exemples récents d'application de cette règle d'interprétation à la Constitution, voir: *Renvoi sur les droits linguistiques du Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721 à la p. 751 (la Cour), [1986] 1 W.W.R. 289; *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148 aux pp. 1173 et 1174 (J. Wilson), (1987) 40 D.L.R. (4th) 18; *Renvoi sur les droits linguistiques du Manitoba*, [1992] 1 R.C.S. 212 à la p. 222 (la Cour), (1992) D.L.R. (4th) 385; *Renvoi relatif à la Loi sur l'instruction publique*, [1993] 2 R.C.S. 511 à la p. 529 (J. Gonthier).

gouvernements de Sa majesté s'étaient tous donnés pour mission, d'abord la protection des droits des peuples autochtones, ensuite l'amélioration de leurs conditions générales de vie. Il faut alors présumer que le constituant entendait assurer le maintien de ces deux missions, à l'instar du nouveau pouvoir fédéral dont les actions, après 1867, ont marqué une continuité évidente⁴⁰.

A. *Description des deux sujets de compétence fédérale : les «Indiens» et les «terres réservées pour les Indiens»*

Le premier sujet de compétence, celui sur les «Indiens», comporte un noyau dur, un élément vital ou essentiel de la compétence fédérale, qu'on traduit par l'expression *quiddité indienne* (indianness) ou *autochtonité* (aboriginality), pour employer un terme de création plus récente⁴¹. L'autochtonité réfère au mode de vie des Indiens, à ce qui les définit en tant que tels⁴². Elle vise donc le statut d'Indien d'une personne et son appartenance à une bande⁴³, ainsi que ses droits ancestraux⁴⁴, incluant les titres originaires⁴⁵, et ses droits issus de traités⁴⁶. Aucune loi provinciale ne peut de sa propre force s'appliquer aux Indiens lorsqu'elle les atteint dans leur autochtonité, s'agissant de la dimension spécifiquement fédérale de la compétence sur les Indiens⁴⁷. Pour s'appliquer, cette loi doit être incorporée au droit fédéral par une loi du Parlement du Canada ; l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*⁴⁸ joue précisément ce rôle à l'égard des lois provinciales

⁴⁰ Voir W. Dougherty et D. Madill, *L'administration indienne en vertu de la législation relative aux Indiens 1868-1951 et les pouvoirs du conseil de la bande*, Ottawa, Centre de recherches historiques et d'études des traités, Ministère des affaires indiennes et du Nord canadien, 1983 à la p. 1, et R. Maguire et J. Leslie, *Historique de la Loi sur les Indiens*, 2^e éd., Ottawa, Centre de recherches historiques et d'études des traités, Ministère des affaires indiennes et du Nord canadien, 1983 aux pp. 68-98.

⁴¹ Voir l'article de M. Asch et P. Macklem, «Aboriginal Rights and Canadian Sovereignty: An Essay on *R. v. Sparrow*», (1991) 29 *Alta. L. Rev.* 498 à la p. 502, cité par la Cour suprême du Canada dans *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507 aux pp. 534 et 535 (j. Lamer).

⁴² Le juge Beetz a fait ce rapprochement entre le mode de vie des Indiens et leur quiddité dans *Dick c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 309 aux pp. 320 et 321 [ci-après *Dick*]. Le juge La Forest en a fait autant dans *R. c. Francis*, [1988] 1 R.C.S. 1025 à la p. 1028.

⁴³ *Les Parents Naturels c. Sup. of Child Welfare*, [1976] 2 R.C.S. 751 à la p. 758 (j. Laskin), à la p. 775 (j. Martland), et aux pp. 777, 782 et 783 (j. Ritchie) [ci-après *Parents*]; *Four B. supra* note 38, aux pp. 1047 et 1048 (j. Beetz).

⁴⁴ *R. c. Van der Peet*, *supra* note 41 aux pp. 534 et 535 (j. Lamer); *R. c. Alphonse*, [1993] 5 W.W.R. 401 (C.A. d. C.-B.) Aux pp. 418 et 419 (j. MacFarlane) à la p. 444 (j. Lambert), 83 C.C.C. (3d) 417. Les droits ancestraux sont les coutumes, pratiques et traditions qui font partie intégrante de la culture distinctive des sociétés autochtones, et dont l'origine remonte à une période antérieure au contact avec les Européens: *R. c. Van der Peet*, *ibid* aux pp. 548-564 (j. Lamer). Juste avant d'aller sous presse, la Cour suprême du Canada a confirmé ce point de vue dans son jugement *Delgamuukur c. Colombie-Britannique*, C.S.C., n° 23799, 11 décembre 1997, aux pars. 173 et 178 (j. Lamer) [ci-après *Delgamuukur*].

⁴⁵ Le titre originaire (à distinguer du titre concédé) n'est qu'une modalité des droits ancestraux: *R. c. Van der Peet*, *ibid*. à la p. 580 (j. L'Heureux-Dubé, dissidente pour d'autres considérations); *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139 aux pp. 166 et 167 (j. Lamer); *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. aux pp. 101, 117 et 119 (j. Lamer). Voir aussi *Delgamuukur*, *ibid*. aux pars. 175 et 176 (j. Lamer).

⁴⁶ Récemment, voir *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387 à la p. 411 (j. Dickson) et *Dick*, *supra* note 42 aux pp. 320 et 321 (j. Beetz, alors qu'il faisait référence aux motifs du juge Lambert durant l'instance d'appel).

⁴⁷ Voir *Dick*, *ibid*. aux pp. 320-323 (j. Beetz); *Parents*, *supra* note 43 à la p. 758 (j. Laskin); *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749 à la p. 762 (j. Beetz).

⁴⁸ L.R.C. 1985, c. I-5.

d'application générale⁴⁹.

La compétence du Parlement du Canada sur les «Indiens» embrasse toutefois un domaine plus grand que le statut des Indiens et leurs droits historiques, sinon comment le Parlement aurait-il pu s'acquitter de son autre mission, celle d'améliorer leurs conditions de vie. Il doit être en mesure d'intervenir, au moins pour réparer les torts causés par la colonisation européenne⁵⁰, car lui seul jouit du pouvoir d'adopter des lois liées à une problématique purement autochtone⁵¹. Les précédents pourraient alors servir de guide utile au Parlement et aux tribunaux⁵² : nous pensons aux nombreuses législations jalonnant l'histoire des relations anglo-indiennes depuis 1760 qui portent, notamment, sur la distribution d'alcool dans les réserves, l'éducation des jeunes autochtones et la protection des biens meubles de leurs parents⁵³. La responsabilité fédérale se limiterait à remédier aux dysfonctions de la société autochtone. Pour le reste, les autochtones demeureraient des citoyens à part entière ayant droit aux bénéfices des programmes universels établis par les provinces, tels les services de santé et services sociaux.

Le second sujet de compétence fédérale, les «terres réservées aux Indiens», visent toutes les terres mises de côté pour leur usage, quelles que soient les autres modalités (terms and conditions) stipulées par l'auteur qui les a réservées⁵⁴. Cela a pu se faire avant comme après la naissance de la fédération canadienne. Réserver une terre était toutefois moins exigeant avant 1867, étant donné que le même gouvernement avait à la fois la propriété des terres publiques et la juridiction sur les Indiens. Il lui suffisait alors de manifester une intention claire à cet effet. Quand il s'agissait du domaine public, le gouvernement pouvait se contenter d'en remettre la possession aux autochtones, même sans une attribution officielle⁵⁵. La *Loi constitutionnelle de 1867*⁵⁶ a compliqué les choses en confiant au palier fédéral la charge des Indiens et au provincial la propriété des terres publiques et la juridiction sur ces terres. Depuis, les deux paliers de gouvernement doivent coopérer afin de créer une terre réservée aux indiens⁵⁷.

⁴⁹ *Parents*, supra note 43 à la p. 758 (j. Laskin); *Dick*, supra note 42 aux pp. 321 et 326-328 (j. Beetz).

⁵⁰ Aussi tôt que le 20 janvier 1837, le secrétaire d'État lord Glenelg a écrit à ce sujet à sir F.B. Head: «I fear that it is impossible to question the Accuracy of the View which you have taken of the Consequences resulting to the Indians from Intercourse with White Men; nor can it be disputed that we are bound by the strongest Obligations to adopt the most effectual Means of repairing the Wrongs which we have inflicted on them, and of promoting their future Welfare.» *Copies or Extracts of Correspondence (1860)*, op.cit., note 21 à la p. 73.

⁵¹ Nous abondons dans le sens du professeur Hogg, op.cit., note 34 à la p. 27-5, lorsqu'il soutient que le Parlement peut adopter toutes lois «which could be rationally related to intelligible Indian policies».

⁵² P. Hogg, *ibid.*

⁵³ Voir l'excellente compilation des loi coloniales faite par T. F. Isaac, *Pre-1868 Legislation Concerning Indians: A Selected & Indexed Collection*, Saskatoon, Native Law Center, University of Saskatchewan, 1993.

⁵⁴ *St. Catherine Milling c. The Queen*, (1888) 14 App.Cas. 46, 59 (C.P.) (j. Watson). Aucun droit foncier n'est rattachée à la compétence fédérale. La propriété d'une terre réservée comme celle des autres terres publiques revient aux provinces. Celles-ci les récupèrent libres de toute charge dès que l'intérêt des Indiens est éteint: *ibid.* à la p. 59 (j. Watson); *Quebec (P.G.) c. Canada (P.G.) (Star Chrome)*, [1921] 1 A.C. 401 aux pp. 409-411 (C.P.) (j. Duff).

⁵⁵ *Canadien Pacifique Ltée c. Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654 aux pp. 659 et 675 (la Cour), (1988) 53 D.L.R. (4th) 487.

⁵⁶ *Supra* note 5.

⁵⁷ *Roberts c. Canada*, (1995) 99 F.T.R. 1, pars. 224-227 (j. Teitelbaum). Les autochtones ne pourraient étendre les limites de leur réserve ou créer une nouvelle terre réservée en achetant des terres privées, même avec l'accord de leur tuteur fédéral. En effet, la création d'une terre réservée, au sens du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, implique un transfert de juridiction de la province concernée vers le fédéral. Tant

Un sujet de compétence distinct suppose une spécificité fédérale distincte, différente de la quiddité ou autochtonité, sinon il serait superfétatoire ; et le constituant pas plus que le législateur ne parle pour ne rien dire⁵⁸. La spécificité fédérale relative aux «terres réservées aux Indiens» porte sur l'utilisation de ces terres. Par conséquent, aucune loi provinciale ne peut servir à en réglementer l'usage⁵⁹, pas plus qu'elle ne peut fonder un droit de les posséder ou de les occuper⁶⁰. Les autres lois provinciales qui n'interfèrent pas avec l'utilisation des terres indiennes, par exemple les lois sur le travail⁶¹, la circulation routière⁶² ou le partage des biens meubles suite à un divorce⁶³, continuent de s'y appliquer de leur propre force, *ex proprio vigore*, à condition, bien entendu, qu'elles ne touchent pas par ailleurs à des objets compris dans l'autochtonité.

On semble avoir confondu à l'occasion les deux sujets de compétence fédérale que sont les Indiens (la quiddité) et les terres réservées pour les Indiens (l'utilisation des terres)⁶⁴. Mais peut-être est-ce simplement parce qu'ils ne sont pas mutuellement exclusifs, qu'ils font parfois double emploi. Ainsi en est-il pour les terres grevées d'un titre aborigène qui ont été au surplus réservées par la *Proclamation royale de 1763*⁶⁵. On a aussi créé des réserves, au sens des lois sur Indiens⁶⁶, à partir des terres ancestrales des autochtones qui les occupaient déjà⁶⁷. Ni dans l'un, ni dans l'autre cas, le fait de réserver une terre n'a modifié la nature de l'intérêt des autochtones ; le titre ancestral existant, relevant de l'autochtonie, a donc survécu⁶⁸. Il se trouve par contre des terres qui ont été

que le transfert n'est pas complété, la province conserve juridiction comme si la terre était détenue par des particuliers.

⁵⁸ Il s'agit du principe d'interprétation bien connu de l'effet utile: P-A Côté, *Interprétation des lois*, 2^e éd., Cowansville (Qué.), Éd. Yvon Blais, 1990 à la p. 259.

⁵⁹ *Corporation of Surrey et al. c. Peace Arch Enterprises Ltd.*, (1970) 74 W.W.R. 380 à la p. 383 (C.A. d. C.-B.) (j. Maclean); *Re Stoney Plain Indian Reserve n° 135*, (1981) 130 D.L.R. (3d) 636 à la p. 652 (C.A. Alb.) (la Cour); K. M. Lysyk, «Constitutional Developments Relating to Indians and Indian Lands: an Overview», [1978] *L.S.U.C. Special Lectures* 201 à la p. 227, note 49. *Contra: Oka (municipalité) c. Simon*, C.A.Q., n° 500-09-000365-890, 18 septembre 1991, aucun n° de par. (j. McCarthy); P. Hogg, *op.cit.*, note 34, aux pp. 27-11 et 27-12.

⁶⁰ *Derrickson c. Derrickson*, [1986] 1 R.C.S. 285, 296 (j. Chouinard); *Paul c. Paul*, [1986] 1 R.C.S. 306 aux pp. 310 et 311 (j. Chouinard); *Canadien Pacifique Ltée c. Paul*, *supra* note 55 à la p. 673 (la Cour).

⁶¹ *Construction Montcalm c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754; *Four B. Man. c. Travailleurs unis du vêtement*, *supra* note 38 aux pp. 1047 et 1048 (j. Beetz).

⁶² *R. c. Francis* *supra* note 42 aux pp. 1028 et 1029 (j. La Forest).

⁶³ *Derrickson c. Derrickson*, *supra* note 61 aux pp. 296 et 304 (j. Chouinard).

⁶⁴ *R. c. Francis*, *supra* note 42 aux pp. 1028 et 1029 (j. La Forest); *Four B. Man. c. Paul*, *supra* note 38 aux pp. 1047 et 1048 (j. Beetz); P. Hogg, *op.cit.*, note 34 aux pp. 27-11 et 27-12.

⁶⁵ *St. Catherine's Milling and Lumber Co. C. The Queen*, précité, note 54, 53-55 et 59 (j. Watson). Quoique la *Proclamation de 1763* n'a qu'une portée territoriale limitée (*Sigeareak E1-53 c. La Reine*, [1966] R.C.S. 645, 649 et 650 (j. Hall)), plusieurs semblent croire qu'elle a un effet déclaratoire en faisant de toutes les terres grevées d'un titre aborigène des terres réservées aux Indiens: P. Hogg, *op.cit.*, note 34 à la p. 27-5; Henri Brun et Guy Tremblay, *Droit constitutionnel*, 2^e éd., Cowansville (Qué.), Éd. Yvon Blais, 1990 à la p. 466.

⁶⁶ Voir la *Loi sur les Indiens*, *supra* note 48, par. 2(1), au mot «réserve».

⁶⁷ Par exemple, les traités numérotés négociés avec les autochtones des prairies et des Territoires du Nord-Ouest prévoyaient tous la création de réserves. Voir A. Morris, *The Treaties of Canada with the Indians of Manitoba and the North-West Territories*, 1880, réimpression par Coles Publishing, Toronto, 1971.

⁶⁸ *Quebec (P.G.) c. Canada (P.G.)*, [1921] 1 A.C. 401 (C.P.) aux pp. 410 et 411 (arret *Star Chrome*) (j. Duff); *Mabo c. Queensland*, [1991] 66 A.L.J.R. 408 à la p. 432 (j. Brennan).

prises de côté pour l'usage des autochtones alors qu'elles étaient libres de tout droit ancestral⁶⁹. Le sujet de compétence portant sur les «terres réservées pour les Indiens» est dans ce cas le seul qui rattache ces terres à la compétence fédérale. De là, en partie, son effet utile. En d'autres occasions, lorsque l'intérêt des autochtones dans une terre était moindre qu'un titre, la création d'une réserve a étendu la compétence fédérale en même temps que les droits des autochtones.

Le professeur Lysyk a justifié l'étendue de la compétence fédérale qui s'étendrait à l'utilisation des terres réservées en établissant un parallèle avec le «droit foncier» provincial⁷⁰. Une démonstration fondée sur l'origine historique des réserves est encore plus probante. Au dix-neuvième siècle, en effet, le gouvernement impérial a voulu sédentariser les autochtones en les convertissant à l'agriculture, et pour cela leur a garanti la possession de certaines terres, des réserves⁷¹. Toutefois, pour la plupart des autochtones du Canada, l'agriculture n'avait rien à voir avec le mode de vie traditionnel, avec l'autochtonité⁷². On cherchait au contraire à les en éloigner. Les réserves étaient en somme des vecteurs d'acculturation. Il serait alors pour le moins contradictoire que les provinces, par une réglementation sur le zonage, puissent aujourd'hui interdire l'agriculture ou toute autre utilisation d'une terre réservée, sous le prétexte que l'usage en question ne fait pas partie de l'autochtonité. Nous ne suggérons pas de remettre l'acculturation à l'ordre du jour politique. Mais les réserves peuvent encore servir comme des aires protégées pour favoriser l'autosuffisance économique des autochtones, ce qui était l'intention de ceux qui ont mis sur pied le système des réserves, quoiqu'ils l'aient exprimée de façon maladroite⁷³. Or, cet objectif est plus facilement réalisable si le gardien actuel des terres réservées, le gouvernement fédéral, est le seul à pouvoir décider de leur utilisation.

B. *Les limites de l'implication des provinces dans les affaires indiennes*

La responsabilité fédérale fondamentale à l'égard d'une chose ou d'une personne détermine ses dimensions spécifiquement fédérales, a rappelé à maintes reprises la Cour suprême du Canada⁷⁴. Parmi les missions qui incombent au Parlement du Canada concernant les autochtones, il y a l'obligation de protéger leurs droits, droits ancestraux et issus de traités, et l'usage des terres qu'on leur a réservées⁷⁵. Voilà pourquoi il est important que ces droits, par le jeu de l'immunité fédérale,

⁶⁹ Les bénéficiaires étaient le plus souvent des réfugiés ayant perdu leur patrie d'origine, comme les Hurons de Wendake ou les Iroquois de la Grand River. On trouve leur acte de concession reproduit dans l'ouvrage *Canada, Indian Treaties and Surrenders*, Ottawa, imprimeur de la Reine, 1891 et 1912, réimpression par Fifth House Publishers, Ottawa, 1971, vol. 1 aux pp. 251-252, vol. 3 aux pp. 259-261.

⁷⁰ Le professeur Lysyk, *loc.cit.*, note 60 à la p. 227, *supra* note 49, nous a référé à l'arrêt *Morgan c. Procureur général de l'Île-du-Prince-Edward*, [1976] 2 R.C.S. 349 à la p. 357 (j. Laskin). Cet extrait de son article a d'ailleurs été cité par le juge Chouinard dans *Derrickson c. Derrickson*, *ibid.* à la p. 295.

⁷¹ Voir *supra*, notes 18-20 et le texte correspondant.

⁷² Peu d'autochtones du Canada, hors de la vallée du St-Laurent et de la péninsule ontarienne, ont pratiqué l'agriculture avant le contact avec les Européens.

⁷³ *Supra* notes 16-20 et le texte correspondant.

⁷⁴ *Clark c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1988] 2 R.C.S. 680 à la p. 708 (la Cour); *Commission de transport de la Communauté urbaine de Québec c. Canada (Commission des champs de bataille nationaux)*, [1990] 2 R.C.S. 838 à la p. 853 (j. Gonthier); *Ontario Hydro c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1993] 3 R.C.S. 327 aux pp. 402 et 403 (j. Iacobucci, dissident pour d'autres considérations).

⁷⁵ *Supra*, notes 3, 6-9, 14, 20-21 et le texte correspondant.

soient hors d'atteinte des provinces ; elles ne peuvent les réglementer⁷⁶, encore moins les éteindre⁷⁷. On s'assure ainsi que les pouvoirs fédéraux exclusifs sont corrélatifs aux responsabilités fédérales⁷⁸. Le raisonnement inverse devrait être tout aussi valable lorsque appliqué aux provinces : celles-ci n'exerçant aucun pouvoir sur les possessions et usages des sociétés autochtones, elles n'assument en conséquence aucune responsabilité *directe* à leur égard⁷⁹. La possibilité d'une responsabilité indirecte n'est toutefois pas exclue.

1. *L'article 109 de la Loi constitutionnelle de 1867*

Il y a, pour commencer, l'article 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁸⁰ qui prescrit :

Les terres, mines, minéraux et redevances appartenant aux différentes provinces du Canada, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick lors de l'Union, et toutes les sommes d'argent alors dues ou payables pour ces terres, mines, minéraux ou redevances, appartiendront aux différentes provinces d'Ontario, de Québec, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick, dans lesquelles ils sont sis et situés, ou exigibles, *sous réserve des fiducies existantes et de tout intérêt autre que celui de la province à cet égard*⁸¹.

Les provinces récupéraient ainsi la propriété des terres publiques de la Couronne sous réserve des «fiducies» et «intérêt autre» que pouvaient faire valoir les tiers. Lord Watson, du Comité judiciaire du Conseil privé, a interprété cette disposition lors de l'affaire *Attorney-General for the Dominion of Canada c. Attorney-General for Ontario*⁸² en adoptant une approche fondée sur l'objet. Le mot «fiducie», pour lui, n'a rien d'un terme technique ; il regroupe toutes sortes d'obligations ayant en commun d'imposer au propriétaire le remboursement d'une créance à partir de la terre ou de ses fruits⁸³. Quant à l'expression «intérêt autre», elle désigne ces droits fonciers indépendants qui sont opposables au propriétaire⁸⁴. Écossais formé à l'école civiliste, ne l'oublions

⁷⁶ Dès l'arrêt *St. Catherine's Milling c. The Queen*, *supra* note 54, lord Watson avait jugé que seul le Parlement du Canada pouvait réglementer les droits de pêche ou de chasse réservés par traité. Pour un précédent plus récent, parmi les autres arrêts que nous avons déjà mentionnés, voir *Simon c. La Reine*, *supra* note 46 à la p. 411 (j. Dickson).

⁷⁷ «(...) the Dominion and the Dominion alone could act so as to extinguish the Indian title to any lands within the Dominion (...) The right and duty of determining when and the terms on which such title ought to be extinguished rests with the Dominion and with it alone.» *Province of Ontario c. Dominion of Canada*, (1908) 42 R.C.S. Can. 1 à la p. 93 (j. Davies, dissident pour d'autres considérations). Voir, au même effet, *Smith c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 554 à la p. 562 (j. Estey), *R. c. Howard*, [1994] 2 R.C.S. 299 à la p. 308 (j. Gonthier) et *Delgamuukw*, *supra* note 44 aux pars. 173 et 178 (j. Lamer).

⁷⁸ Comme il a été dit précédemment, *supra* notes 12-15, pouvoir et responsabilité forment un couple indissociable. C'est aussi le discours qu'a tenu les juges Strong et MacFarlane, respectivement de la Cour suprême du Canada et de la Cour d'appel de Colombie-Britannique, pour circonscrire les pouvoirs fédéraux en matière autochtone, dans *St. Catherine's Milling and Lumber Co. c. The Queen*, *supra* note 22 à la p. 615 et *Delgamuukw c. British Columbia*, [1993] 5 W.W.R. 97 aux pp. 167-170 en appel.

⁷⁹ «Les Couronnes provinciales n'ont aucune responsabilité en matière de santé et de protection des peuples autochtones», a confirmé le juge La Forest dans *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85 à la p. 143.

⁸⁰ *Supra*, note 5.

⁸¹ *Ibid.* (nos italiques).

⁸² [1897] A.C. 199 (C.P.).

⁸³ *Ibid.* aux pp. 210 et 213 (j. Watson).

⁸⁴ «(...) capable of being vindicated in competition with the beneficial interest of the old province.» *Ibid.* note 5 *supra* aux pp. 210-211 (j. Watson).

pas, lord Watson a semblé s'inspirer de la doctrine du droit civil qui oppose les droits réel et personnel : le droit réel consiste en un intérêt dans un bien, opposable au propriétaire du bien quel qu'il soit, alors que le droit personnel n'est qu'une créance valable à l'encontre d'une personne.

L'interprétation de lord Watson s'harmonise avec la description du titre indien qu'il avait lui-même proposée peu avant dans l'affaire *St. Catherine's Milling and Lumber Co.*⁸⁵ Le titre indien étant une charge sur le titre radical du souverain, en l'espèce la Couronne provinciale, il constitue un «intérêt autre» que celui de la province au sens de l'article 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, avait jugé le magistrat⁸⁶. Sa conclusion n'aurait pas été différente quant aux titres et usages fonciers (pêche, chasse ou cueillette) réservés par traité. De tels titres et usages sont aussi des droits indépendants du titre de la province. Cela ne devrait pas surprendre tant est évident le lien à faire entre l'article 109 et le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. En effet, comment le gouvernement fédéral aurait-il pu protéger les droits fonciers des autochtones s'ils n'avaient d'abord survécu en tant que droits distincts du titre des provinces⁸⁷ ?

Jusqu'ici, on ne peut vraiment parler d'une responsabilité des provinces envers les premiers habitants car ce qui leur est demandé est de ne pas interférer avec les possessions et usages autochtones, une attitude passive en somme. Il en va différemment lorsque des traités ont imposé des obligations positives d'agir. La fourniture de biens et services et la création de réserves sont les exemples les mieux connus. Encore faut-il que ces traités aient créé des «fiducies» grevant le titre de propriété des provinces, en d'autres termes qu'ils leur aient imposé l'obligation de payer ces créances à partir des terres de la Couronne ou de ses fruits⁸⁸. Sinon, les obligations prévues aux traités ont retombé comme, d'habitude, sur le gouvernement fédéral⁸⁹.

Dans *Attorney-General for the Dominion of Canada c. Attorney-General for Ontario*⁹⁰, le Gouvernement du Canada a voulu se faire rembourser par l'Ontario les argents versés aux Indiens en vertu d'un traité de cession de terres signé en 1850. Le Comité judiciaire du Conseil privé a débouté le demandeur fédéral pour la raison que l'accord ne précisait pas la source des paiements ; rien n'indiquait qu'ils devaient se faire à partir du profit tiré des terres cédées⁹¹. Et pour ce qui est de la règle voulant qu'on interprète les traités en faveur des autochtones, elle n'avait aucune pertinence, car peu importait aux autochtones que ce soit un pallier de gouvernement plutôt qu'un autre qui débourse les sommes engagées⁹². Un second jugement du Conseil privé, *Dominion of Canada c. Province of Ontario*⁹³, a appliqué les mêmes principes et tiré les mêmes conclusions, bien que le traité en cause ait été négocié en 1873 sous le nouveau régime fédéral⁹⁴. Il était sous-entendu qu'en changeant la rédaction des traités on aurait pu modifier le sort de ces litiges.

Des considérations de nature différente entraient en jeu quand des traités de cession stipulaient au profit des autochtones la création de nouvelles réserves, sans délimiter à l'avance leurs frontières. Contrairement aux paiements en espèces, la création d'une réserve devait alors se faire à partir des terres de la Couronne, normalement celles qui venaient d'être cédées par les

⁸⁵ *Supra* note 54.

⁸⁶ *Ibid.* à la p. 58 (j. Watson). Cette description a été reprise par le juge en chef Dickson dans *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335 aux pp. 380 et 381.

⁸⁷ Lord Watson a fait preuve de cohérence en jugeant que les droits de pêche ou de chasse prévus aux traités ne pouvaient être réglementés par les provinces: *supra* note 76.

⁸⁸ *Supra* note 83 et le texte correspondant.

⁸⁹ *R. c. Howard*, *supra* note 77 à la p. 308 (j. Gonthier).

⁹⁰ *Supra* note 82.

⁹¹ *Ibid.* à la p. 213 (j. Watson).

⁹² *Ibid.* aux pp. 211 et 212 (j. Watson).

⁹³ [1910] A.C. 637 (C.P.).

⁹⁴ *Ibid.* à la p. 646 (j. Loreburn).

autochtones. Toute autre interprétation aurait frustré l'intention des signataires et compromis l'équilibre ayant permis la conclusion de l'entente. Nous étions donc en présence d'une «fiducie» au sens de l'article 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui imposait au gouvernement de la province l'obligation de collaborer⁹⁵ avec son vis-à-vis fédéral à la création des réserves promises⁹⁶. Ajoutons cependant un bémol : le but de l'article 109 a été de sauvegarder les créances des habitants contre le détenteur du domaine public pendant le changement de régime opéré en 1867. Il n'a pas conféré à ces créances une protection constitutionnelle. Leur seule protection demeurerait celle accordée par le droit commun, ni plus, ni moins. À supposer que la Couronne provinciale ait manqué à ses obligations dues aux autochtones, pour quelque raison⁹⁷, c'est le gouvernement fédéral qui en aurait été responsable à titre de garant des traités.

La situation était sensiblement la même lorsqu'une province se faisait cosignataire avec le gouvernement fédéral d'un traité comportant une cession de terres indiennes. C'était encore le gouvernement fédéral qui, en fin de compte, était responsable envers les autochtones si la province n'honorait pas sa parole⁹⁸. Lui-seul peut accepter une cession, pour la raison qu'il a hérité de l'obligation historique de protéger les autochtones contre les fraudes et l'exploitation⁹⁹, et il ne peut s'en décharger sur une province, pas plus que sur n'importe quel autre tiers. Entre les Indiens et les provinces, ou entre les Indiens et les particuliers, il ne saurait y avoir de traité ; il n'y a que des contrats¹⁰⁰. Un accord tripartite (autochtones, gouvernement fédéral et gouvernement provincial) réglant un litige territorial avec les autochtones comporte donc un double-aspect : l'accord dans son entier est à la fois un traité, selon une perspective d'Ottawa, et un contrat, vu des capitales provinciales.

⁹⁵ Après avoir pris pour acquis l'existence d'une obligation incombant à la province d'honorer les termes du traité concernant la création de réserves, lord Davey a ajouté, dans *Ontario Mining Company c. Seybold*, [1903] A.C. 73 aux pp. 82 et 83 : «The result, however, is that the choice and location of the lands to be so appropriated could only be effectively made by a joint action of the two Governments.»

⁹⁶ Monsieur le juge Street de la Cour divisionnaire de l'Ontario a conclu lui-aussi que : «La cession a sans doute été grevée par l'obligation qu'imposait le traité de choisir et de mettre de côté à l'usage et au profit particulier des Indiens, des parties précises des terres qu'il visait. Le gouvernement provincial ne pouvait, sans bafouer ouvertement la justice, se prévaloir de la cession et en même temps refuser de respecter la condition dont elle était assortie.» Ses propos ont été cités au texte par le Conseil privé dans *Ontario Mining Co. c. Seybold*, *ibid.* à la p. 81, et à nouveau par la Cour suprême du Canada dans *Smith c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 554 à la p. 564.

⁹⁷ Par exemple en faisant jouer son immunité de poursuite devant les tribunaux.

⁹⁸ Cela ressort des motifs du juge Gonthier dans *R. c. Howard*, *supra* note 77 à la p. 308 : «La province d'Ontario a fourni au gouvernement du Canada les fonds déboursés conformément au Traité. Cependant [...], le processus de cession des terres par traité relève au Canada de l'autorité fédérale et c'est le gouvernement fédéral qui, en fin de compte, était responsable à la fois du Traité et des débours.»(j. Gonthier). Ses propos prennent tout leur sens dès qu'on apprend que le traité en cause, dans *Howard*, a été signé conjointement par les gouvernements fédéral et provincial et qu'il comportait un engagement de la province de faire certains déboursés en argent. Voir le jugement de la Cour d'appel d'Ontario à (1992) 55 O.A.C. 189 à la p. 193 (la Cour).

⁹⁹ *Guerin c. La Reine*, *supra* note 87 à la p. 383 (j. Dickson); *Blueberry River Indian Band c. Canada*, [1995] 4 R.C.S. 344, 370 et 371 (j. MacLachlin); *R. c. Lewis*, [1996] 1 R.C.S. 921 aux pp. 948 et 949 (j. Iacobucci).

¹⁰⁰ Dirait-on d'un particulier cosignataire d'un accord avec les autochtones qu'il a assumé des obligations issues de traité? Sans doute que non! Et qu'arriverait-il si ce particulier se trouvait incapable de les assumer? C'est là qu'on voit l'effet de la garantie de la Couronne contre les fraudes et l'exploitation. Elle n'a de sens que si le gouvernement fédéral se porte garant de toutes les obligations encourues envers les autochtones par traité, les siennes comme celles des autres.

2. L'article 88 de la Loi sur les Indiens

L'article 88 de *Loi sur les Indiens*¹⁰¹ est la seconde disposition qui impose aux provinces, quoique indirectement, une certaine responsabilité à l'égard des autochtones. Il se lit :

Sous réserve des dispositions de quelque traité et de quelque autre loi fédérale, toutes les lois d'application générale et en vigueur dans une province sont applicables aux Indiens qui s'y trouvent et à leur égard, sauf dans la mesure où ces lois sont incompatibles avec la présente loi ou quelque arrêté, ordonnance, règle, règlement ou règlement administratif pris sous son régime, et sauf dans la mesure où ces lois contiennent des dispositions sur toute question prévue par la présente loi ou sous son régime¹⁰².

Sous réserve des exceptions prévues¹⁰³, l'article incorpore par renvoi dans la *Loi sur les Indiens* l'ensemble des lois provinciales d'application générale, par ailleurs valides, qui touche à un aspect de l'autochtonité ou de la quiddité¹⁰⁴. Sans incorporation, une interprétation atténuée aurait été nécessaire pour éviter qu'elles n'empiètent sur le champ de compétence fédéral¹⁰⁵.

La Cour suprême du Canada a jugé que la technique d'incorporation des lois provinciales par renvoi ne contrevenait pas à la règle constitutionnelle interdisant la délégation de pouvoirs législatifs¹⁰⁶. Il n'y a même pas de délégation au sens strict ; jamais les législatures des provinces n'ont agi en tant que déléguataires du Parlement du Canada¹⁰⁷. Elles ont continué d'adopter des lois dans leurs champs de compétences, qu'il s'agisse d'environnement, d'exploitation des ressources naturelles, des cours d'eau non navigables, de chasse ou de pêche, pour ne mentionner que ceux susceptibles d'affecter les droits fonciers des autochtones¹⁰⁸. En adoptant l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*, le Parlement a tout simplement considéré ces lois comme autant de faits juridiques qui serviraient à déterminer la portée de sa propre loi¹⁰⁹.

Le rôle des provinces vis-à-vis les autochtones ne peut être qu'un rôle passif. Pour être incorporée au droit fédéral, en effet, une loi provinciale doit être une loi constitutionnellement valide¹¹⁰, en plus d'être d'application générale, c'est à dire applicable également à tous les résidents

¹⁰¹ *Supra* note 48.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ Nous laissons à d'autres le soin de mieux décrire ces exceptions. Voir, notamment, P. Hogg, *op.cit.*, note 34 aux pp. 27-15 et 27-16 et J. Woodward, *Native Law*, Toronto / Calgary / Vancouver, Carswell, 1989 aux pp. 101-105.

¹⁰⁴ *Supra* notes 41-49 et le texte correspondant.

¹⁰⁵ *Dick supra* note 42 à la p. 322 (j. Beetz).

¹⁰⁶ *Ibid.* à la p. 328 (j. Beetz); *Attorney General for Ontario c. Scott*, [1956] R.C.S. 137 aux pp. 142 et 143 (j. Rand); *Coughlin c. Ontario Highway Transport Board*, [1968] R.C.S. 569 à la p. 575 (j. Cartwright); *R. c. Furtney*, [1991] 3 R.C.S. 89, 102 (j. Stevenson).

¹⁰⁷ *R. c. Furtney, ibid.* à la p. 102 (j. Stevenson).

¹⁰⁸ Voir l'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867, supra* note 6.

¹⁰⁹ On peut citer par analogie *R. c. Furtney, supra* note 106 aux pp. 102 et 103, où le juge Stevenson a commenté en ces termes l'arrêt *Lord's Day Alliance of Canada c. Attorney General of British Columbia*, [1959] R.C.S. 497: «Dans cette affaire, la loi fédérale sur le dimanche interdisait de prendre part à des concours ou à des jeux publics «(s)auf les dispositions d'une loi provinciale actuellement ou désormais en vigueur». Notre Cour a statué que les lois provinciales autorisant ce comportement par ailleurs interdit n'étaient pas inconstitutionnelles, mais prescrivaient plutôt une condition de fait que le Parlement avait prévue comme limite à sa propre loi.»

¹¹⁰ *R. c. Alphonse, supra* note 44 à la p. 422 (j. MacFarlane); *R. c. Dick*, [1993] 5 W.W.R. 446, 453 (C.A. d. C.-B.) (j. MacFarlane).

de la province sur l'ensemble de son territoire¹¹¹. Or ces conditions ne sont pas respectées dès que l'objet ou l'intention d'une loi se rapporte aux Indiens¹¹². Le juge Beetz, dans *Dick c. La Reine*¹¹³, nous met toutefois en garde de confondre l'objet ou l'intention avec l'effet d'une loi. Celle-ci peut être plus lourde de conséquence à l'égard des autochtones et de leurs droits tout en demeurant une loi d'application générale¹¹⁴. La jurisprudence donne l'exemple des lois sur la conservation de la faune¹¹⁵. On évite, en partie, ce genre de quiproquo en se demandant si la loi sous examen entend réserver un traitement spécial aux autochtones, discriminatoire de quelque façon à leur égard¹¹⁶.

Avant 1982, notre analyse se serait arrêtée là. Mais l'adoption du paragraphe 35(1) de *Loi constitutionnelle de 1982*¹¹⁷ nous force à revoir la notion de loi d'application générale. Le paragraphe 35(1) a conféré une protection constitutionnelle aux droits ancestraux et issus de traités, avec pour résultat que le Parlement du Canada doit aménager ses lois afin de tenir compte de la priorité à accorder aux droits protégés¹¹⁸. Cela pose évidemment un problème quand le Parlement incorpore par renvoi des lois provinciales, étant donné qu'il ignore la forme que prendra l'atteinte aux droits et, conséquemment, les précautions à prendre.

Bien qu'il incorpore des lois provinciales, l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*¹¹⁹, en soi, n'empiète aucunement sur les droits protégés des autochtones ; donc nul besoin de modifier sa rédaction pour tenir compte des prescriptions de la Constitution, en supposant la chose pratique ou même réalisable¹²⁰. Ce sont les provinces qui sont en position d'adapter leurs lois. D'aucuns objecteront que ces lois perdent alors leur caractère d'application générale, qu'elles deviennent inconstitutionnelles parce que relatives aux Indiens. Poussé à sa conclusion ultime, leur argumentaire obligerait le Parlement du Canada à reproduire tous les règlements et les lois des provinces, sauf d'en restreindre le champ d'application aux autochtones, pour tenir compte du paragraphe 35(1). Le constituant n'a certainement pas voulu un tel résultat manifestement déraisonnable¹²¹. Nous sommes donc d'avis que les provinces peuvent modifier leurs lois pour tenir compte de la priorité reconnue aux droits des autochtones par le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*¹²². Ces lois demeurent des lois d'application générale en autant que les modifications envisagées n'augmentent pas le fardeau des autochtones, mais servent, au contraire, à l'alléger.

¹¹¹ *R. c. Alphonse*, *ibid.* aux pp. 414 et 420 (j. MacFarlane); *Delgamuukw c. British Columbia*, *supra* note 78 à la p. 171 (j. MacFarlane); *Kruger c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104 à la p. 110 (j. Dickson).

¹¹² *Kruger c. La Reine*, *ibid.* à la p. 111 (j. Dickson); *Dick supra* note 42 aux pp. 321-326 (j. Beetz).

¹¹³ *Dick Ibid.*

¹¹⁴ *Ibid.* Voir aussi *Kruger c. La Reine*, *supra* note 111 à la p. 110 (j. Dickson).

¹¹⁵ *Kruger c. La Reine*, *ibid.* à la p. 112 (j. Dickson); *Dick ibid* aux pp. 325 et 326 (j. Beetz).

¹¹⁶ *Dick ibid.* aux pp. 323 et 326 (j. Beetz).

¹¹⁷ *Supra* note 2.

¹¹⁸ *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, 1101-1111 (j. Dickson); *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, 762-775 (j. Lamer).

¹¹⁹ *Supra* note 102.

¹²⁰ *R. c. Alphonse*, *supra* note 44 à la p. 421 (j. MacFarlane); *Dick*, *supra* note 110 à la p. 453 (j. MacFarlane).

¹²¹ En cas de doute, l'interprète d'une loi doit favoriser une interprétation raisonnable à une autre qui ne le serait pas: P-A Côté, *Interprétation des lois*, 2^e éd., Montréal, Éd. Yvon Blais Inc., 1990 à la p. 425.

¹²² C'est possiblement ce qu'a laissé entendre la Cour suprême du Canada dans *R. c. Côté supra* note 45, à la p. 185, quand elle a jugé que les textes législatifs fédéraux et provinciaux, qui limitent les droits ancestraux ou issus de traités, «devraient être assujettis à la même norme d'examen constitutionnel.»

IV. CONCLUSION

Les traités et autres promesses faits aux autochtones du Canada au nom de la Couronne relèvent du droit interne et non du droit international¹²³. Partant, le responsable, du côté gouvernemental, doit être l'autorité exerçant la souveraineté interne à l'égard des autochtones. L'impact de cette qualification s'est fait sentir dès l'époque coloniale.

En effet, la charge des affaires indiennes a été assumée par l'administration impériale jusqu'en 1860, date à laquelle elle a délégué à la Province du Canada tous ses pouvoirs de gestion interne concernant les autochtones et leurs droits historiques. Bien que le Parlement du Royaume-Uni ait retenu ses prérogatives de souverain sur sa Province, la Couronne en chef du Canada était devenue l'unique interlocutrice des autochtones l'habitant. On avait reconnu durant cette période le bien-fondé de la règle selon laquelle le gouvernement responsable, vis-à-vis les autochtones, devait détenir les pouvoirs effectifs sur leurs droits¹²⁴.

On a aussi reconnu du même coup que la Couronne se divisait entre ses différents chefs de gouvernement, non seulement entre la métropole et ses colonies¹²⁵, mais également entre le nouveau pouvoir fédéral institué en 1867 et les gouvernements des provinces du Canada¹²⁶. Il était normal qu'il en soit ainsi puisque que le pouvoir et la responsabilité vont de pair¹²⁷ ; et comme le constituant a confié au Parlement du Canada l'exclusivité des pouvoirs relatifs aux droits des Indiens, lui seul doit en assumer les responsabilités attenantes.

¹²³ *Simon c. La Reine* supra note 46 à la p. 404 (j. Dickson); *Francis c. The Queen*, [1956] S.C.R. 618 à la p. 631 (j. Kellock); *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025 à la p. 1038 (j. Lamer).

¹²⁴ *Supra* notes 12-15 et le texte correspondant.

¹²⁵ *Supra* note 24 et le texte correspondant.

¹²⁶ *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, supra note 79 aux pp. 143 et 144 (j. La Forest).

¹²⁷ *Supra* note 79 et le texte correspondant.