1

Renoncer aux anciennes règles du jeu : la conduite de la Couronne dans les litiges mettant en cause des peuples autochtones

par Peter W. Hutchins
et Anjali Choksi
du cabinet Hutchins, Soroka & Dionne

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

Septembre 1994

Table des matières

Sommaire iii

Introduction 1

Les rapports de fiduciaire 5
La nature historique des rapports 5
Reconnaissance de la nature des rapports par les tribunaux 7

Les moyens dont disposent les Premières nations qui désirent faire reconnaître leurs droits 12

Considérations financières relatives aux actions en justice concernant des droits ancestraux et issus de traités 14

Conduite du gouvernement dans les actions en justice avec les peuples autochtones 16
Conduite dans le cadre des actions en justice 16
St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen 17
P.G. Ontario v. Bear Island Foundation 20
Delgamuukw v. The Queen in Right of British Columbia 22
Manitoba Metis Federation v. A.G. Canada 24
Re Paulette et *Canadien Pacifique c. Paul* 25
Conclusion 28
Conduite avant les litiges 28
R. v. Wolfe 29
R. v. Jackson et *R. v. Harvey* 31
R. c. Moïse Dominique et al. et *R. c. Edmond Moar et al.* 33
Dépôt d'accusations multiples, pour une même infraction, contre des membres d'une communauté autochtone donnée 34
Conclusion 35
Conduite à la suite des litiges 35
Bande indienne d'Eastmain c. Robinson 35
R. v. Flett 36
Simon c. La Reine 38
L'arrêt R. c. Sparrow et la notion de «remplacement par un texte législatif ou réglementaire» 46
Williams c. La Reine 48
Responsabilité du ministère en vertu de la Loi sur les Indiens à la suite de décisions des tribunaux 50
Native Women's Association of Canada c. Canada 51
Conclusion 52

Comparaisons : l'expérience du Bureau of Indian Affairs aux États-Unis 52
Incapacité du Bureau de s'acquitter de ses obligations de fiduciaire 54
Solutions proposées 57

Résumé et recommandations 58

Notes 67

Sommaire

Depuis l'arrêt *Calder c. Colombie-Britannique (P.G.)*, rendu en 1973, le nombre de litiges mettant en jeu les peuples autochtones et la Couronne relativement à un large éventail de questions n'a cessé de croître. Étant donné, d'une part, les rapports historiques uniques qu'entretiennent les peuples autochtones et la Couronne, et, d'autre part, la politique des gouvernements britanniques puis canadiens, la plupart des revendications des peuples autochtones visent la Couronne. Compte tenu de la nature des rapports entre la Couronne et les peuples autochtones, la manière dont de tels litiges sont menés devrait faire l'objet d'un examen minutieux.

La façon dont les couronnes fédérale et provinciales se comportent à l'égard des peuples autochtones, notamment dans le cadre des litiges, doit être examinée à la lumière des rapports historiques entre les parties et, qui, comme les tribunaux l'ont souligné, obligent la Couronne, ou le gouvernement, à «protéger» les intérêts des peuples autochtones. Le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* intègre les obligations de fiduciaire du gouvernement à l'endroit des peuples autochtones et en fait une obligation constitutionnelle supplémentaire incombant aux deux ordres de gouvernement ainsi qu'aux organismes que relèvent d'eux. Les obligations de fiduciaire vont au-delà du simple fait de ne pas empiéter sur les droits issus de traités, ou de ne pas les nier : au contraire, il s'agit d'obligations positives visant la reconnaissance et la confirmation de ces droits.

Depuis maintenant 20 ans, la Cour suprême a clairement indiqué que le droit doit évoluer au fil du temps. À la lumière de ces orientations fondamentales données par la Cour suprême et les tribunaux inférieurs, le présent rapport aura pour but de déterminer si la Couronne, dans le contexte des litiges qui l'opposent aux autochtones, a rejeté les anciennes notions, s'est fait l'écho de la sensibilisation de plus en plus grande aux droits des autochtones observée au Canada et a renoncé aux anciennes règles du jeu.

D'après les dossiers, il fait peu de doute que la Couronne se lance avec enthousiasme et vigueur dans des litiges qui l'opposent aux autochtones et à leurs intérêts. Il est également clair que les avocats de la Couronne évoluent dans un milieu où se manifeste un préjugé inhérent favorable aux intérêts des non-autochtones. Avant les années 70, les peuples autochtones ont, par

ailleurs, été pratiquement exclus du système de justice canadien, et une bonne part de la jurisprudence concernant leurs droits et leurs revendications a été établie sans leur participation.

La présente enquête, qui porte sur la conduite de la Couronne, révèle également que, dans le contexte des solutions qui s'offrent actuellement à elles, les Premières nations qui cherchent à faire reconnaître leurs droits ainsi qu'à obtenir que leurs revendications soient protégées ou que les différends auxquels ils sont mêlés soient réglés, font face à des obstacles systémiques marqués. Les mécanismes mis en place pour le règlement des revendications particulières et globales sont partiaux, inadéquats et extrêmement lents. En vertu de ces mécanismes, le gouvernement du Canada a la possibilité de prendre une décision finale à l'égard de différends auxquels il est lui-même partie. Voilà qui contrevient aux normes les plus élémentaires d'impartialité et de justice fondamentale. En outre, les personnes qui cherchent à faire valoir leurs droits ancestraux ou issus de traités se voient imposer un fardeau de la preuve des plus lourd.

Pour ces raisons, bon nombre de Premières nations s'adressent aux tribunaux : en effet, il s'agit du seul mécanisme de redressement qui ne relève pas du gouvernement. Pourtant, le fardeau de la preuve devant les tribunaux est lui aussi très lourd. En conséquence, les litiges portant sur les droits ancestraux et issus de traités entraînent des frais extraordinairement élevés pour les Premières nations, dont les membres comptent au nombre des personnes les plus défavorisées du Canada sur le plan financier. Quant à l'aide financière offerte par les services d'aide juridique provinciaux et le programme de financement des causes types du gouvernement fédéral - programme dont l'administration est laissée à la discrétion du ministère fédéral des Affaires indiennes - elle est extrêmement limitée.

L'examen de la conduite des représentants du gouvernement dans un certain nombre de litiges précis mène à la conclusion suivante : étant donné le comportement de la Couronne et de ses agents dans les affaires décrites, la norme de conduite attendue n'est pas respectée. Ainsi, l'examen révèle que :

- les positions adoptées par la Couronne dans le cadre des litiges qui l'opposent aux autochtones sont conçues sans égard aux obligations qui lui échoient à l'endroit de ces derniers ou à l'importance que revêt la réforme du droit;

- la Couronne semble disposée à recourir à tous les mécanismes de procédure pour obtenir le rejet des revendications des peuples autochtones;
- la conduite des agents de la Couronne, comme les agents de protection de la faune, qui précède les litiges, revêt une grande importance parce que, très souvent, elle détermine les affaires et les faits qui se rendront devant les tribunaux (dans certains cas, cette conduite est indubitablement contraire aux obligations de fiduciaire qui échoient à la Couronne à l'égard des peuples autochtones concernés);
- dans certains cas, la Couronne a porté, contre une communauté autochtone qui recourt à une défense fondée sur l'existence de droits ancestraux ou issus de traités, de multiples accusations pour une seule et même infraction;
- les gouvernements, à la suite d'une victoire des peuples autochtones devant les tribunaux, ont mis un temps considérable avant de donner suite aux conclusions des tribunaux et, plus souvent qu'autrement, ils ont cherché à définir de façon étroite l'effet et la portée du jugement et de son application.

Il ressort des affaires et des comportements résumés dans le présent document que, au Canada, les peuples autochtones qui cherchent à faire reconnaître leurs droits font face à des obstacles systémiques marqués. Au Canada, il est évident que les priorités de la Couronne, dans les litiges concernant des peuples autochtones, sont presque toujours contraires aux intérêts des Premières nations.

Dans l'examen des problèmes révélés par la présente enquête ainsi que des solutions proposées, l'expérience américaine se révèle valable à des fins de comparaison. Aux États-Unis, le gouvernement fédéral joue un rôle actif dans la défense et l'avancement des droits des autochtones de ce pays devant les tribunaux. Toutefois, on a fréquemment reproché au Bureau of Indian Affairs d'avoir mal géré les ressources en fiducie et de ne pas avoir respecté sa responsabilité de fiduciaire à l'égard d'Indiens particuliers et de tribus.

Pour corriger les problèmes cernés, un certain nombre de recommandations précises sont formulées. Ainsi, il est recommandé :

1. que les organisations représentant les Premières nations disposent, en matière d'intervention dans les affaires touchant leurs droits, bénéficient de droits identiques à ceux des provinces et du gouvernement fédéral;

2. qu'on crée un ministère distinct, qui serait chargé uniquement de veiller au respect des obligations de fiduciaire qui incombent au gouvernement fédéral à l'endroit des Premières nations;
3. qu'un système national de gestion des cas soit établi;
4. qu'on crée un tribunal indépendant chargé de connaître des affaires liées aux droits ancestraux et issus de traités ou aux revendications visant la Couronne;
5. que les lois, les politiques et les règlements fédéraux et provinciaux fassent l'objet d'un examen obligatoire, de manière à les rendre conformes aux règles de droit établies par les tribunaux dans les questions autochtones;
6. qu'on décrète l'application d'une suspension du dépôt d'accusations multiples pour des infractions analogues;
7. que les tribunaux restent saisis des affaires complexes;
8. que des modifications soient apportées au programme de financement des causes types du gouvernement fédéral;
9. que toutes les données concernant les sommes consacrées aux litiges opposant la Couronne aux peuples autochtones soient rendues publiques;
10. que la Couronne renonce à invoquer des vices de procédure pour obtenir le rejet des actions concernant des droits ancestraux ou issus de traités, ou encore des revendications visant la Couronne.

Renoncer aux anciennes règles du jeu :
la conduite de la Couronne dans les litiges
qui l'opposent aux peuples autochtones

par Peter W. Hutchins et Anjali Choksi

Introduction

Dans l'arrêt *R. c. Sparrow*, la Cour suprême du Canada a déclaré ce qui suit :

> [L]e 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[1].

Depuis l'arrêt *Calder c. Colombie-Britannique (P.G.)*[2], rendu en 1973, le nombre de litiges mettant en cause les peuples autochtones et la Couronne relativement à un large éventail de questions n'a cessé de croître. Compte tenu des rapports historiques et contemporains qu'a la Couronne avec les peuples autochtones, la manière dont ces litiges sont menés devrait faire l'objet d'un examen minutieux.

Les Premières nations se trouvent dans une situation intenable. En effet, étant donné, d'une part, les liens historiques uniques qu'entretiennent les peuples autochtones et la Couronne, et, d'autre part, la politique des gouvernements britanniques puis canadiens (inscrite dans la *Proclamation royale de 1763*), selon laquelle les terres autochtones ne peuvent être cédées qu'à la Couronne, la plupart des revendications des peuples autochtones visent la Couronne. Toutefois, ces rapports uniques et cette restriction applicable aux cessions ont abouti à la situation suivante : la partie qui fait l'objet de la plupart des griefs des Premières nations est aussi celle avec laquelle elles entretiennent des rapports de nature fiduciaire[3]. Dans le présent rapport, nous mettrons en lumière les caractéristiques clés des «rapports historiques» que la Couronne entretient avec les peuples autochtones. Nous examinerons la manière dont la Couronne s'est comportée dans des litiges avec les peuples autochtones pour établir si ce comportement répondait ou non à la norme qu'exigent ces rapports, ainsi que l'a confirmé l'arrêt *Sparrow*. Nous nous pencherons ensuite sur la nature générale des litiges opposant la Couronne aux Premières nations ainsi que sur des exemples précis de comportement de la part de la Couronne. Nous établirons comment ces exemples sont des avatars de la procédure qui,

aujourd'hui, entoure les litiges. On fera également des propositions concernant la réforme du système.

Nous tenons à souligner que nos recherches sur la façon dont les litiges relatifs aux questions autochtones sont menés n'a pas révélé l'existence de problèmes isolés, mais bien plutôt d'un problème systémique.

À la lumière des dossiers examinés, il fait peu de doute que la Couronne se lance avec enthousiasme et vigueur dans des litiges qui l'opposent aux peuples autochtones et à leurs intérêts et que cette stratégie fondée sur le principe que «tous les coups sont permis» n'a pas manqué, à l'occasion, de s'attirer les foudres des tribunaux, comme en témoignent les propos suivant du juge Wilson dans l'arrêt *Guerin c. La Reine*, à propos de la tactique de la Couronne qui consistait à invoquer la défense fondée sur la «fiducie politique»[4]. Les avocats de la Couronne agissent dans un contexte empreint d'un préjugé intrinsèquement favorable aux intérêts des non-autochtones. Notre intention ici n'est pas de critiquer des avocats qui s'acquittent consciencieusement du mandat qui leur a été confié, mais plutôt de remettre en question la pertinence et l'équité de ce mandat. Qu'il s'agisse des poursuites incessantes et vigoureuses qu'intente la Couronne contre des autochtones qui s'adonnent à des activités depuis longtemps reconnues par des traités et par les tribunaux, des précédents dépassés invoqués par la Couronne ou de la turpitude de cette dernière lorsqu'elle s'entête à nier les droits des autochtones, ce mandat doit être remis en question.

Pendant plus d'un siècle, les peuples autochtones ont été pratiquement exclus du système de justice canadien, et une bonne part de la jurisprudence qui concerne leurs revendications, à compter de l'affaire *St. Catherine's Milling*, au Canada, a été établie sans leur participation. De 1927 à 1951, la *Loi des Indiens* interdisait à quiconque de recueillir des fonds pour financer la poursuite de réclamations indiennes[5]. Ainsi, la jurisprudence a été établie sans que les peuples autochtones du Canada aient la possibilité de défendre et de faire valoir leur position en droit devant les tribunaux. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique, dans *Delgamuukw v. The Queen*[6], a non seulement clairement fait part du malaise que lui inspire l'idée que des tribunaux puissent prononcer des jugements déclaratoires concernant les droits des parties sans que ces dernières soient présentes, mais elle l'a carrément rejetée. Pourtant, c'est précisément ce qui ressort du traitement réservé aux droits des peuples autochtones tout au long des 100

premières années de la Confédération. En matière de jurisprudence, il est donc compréhensible que les peuples autochtones ne peuvent et de devraient pas accepter un statu quo forgé en leur absence et favorisant fortement, par conséquent, les gouvernements et les non-autochtones.

Selon nous, cette observation devrait conduire à deux conclusions. Premièrement, étant donné la situation dans laquelle les premiers précédents se sont établis, il ne convient pas que la Couronne continue de les invoquer ou de résister activement à tous ceux qui voudraient que les tribunaux les réexaminent. Deuxièmement, il convient que les peuples autochtones insistent pour que le droit interne soit réexaminé par les tribunaux à la lumière des valeurs contemporaines et de recherches historiques, anthropologiques et archéologiques plus détaillées et plus raffinées.

Permettre à la Couronne de continuer à invoquer les premiers précédents revient en quelque sorte à laisser entendre que les débats dans lesquels on cherchait à déterminer si les femmes étaient des personnes s'appliquent toujours aux litiges concernant l'égalité des sexes.

Depuis 20 ans maintenant, la Cour suprême a clairement indiqué que le droit doit évoluer au fil du temps et qu'on ne peut maintenir le statu quo.

En 1973, dans l'arrêt *Calder c. Colombie-Britannique (P.G.)*, le juge Hall a condamné la pratique qui consiste à invoquer «des concepts formulés à une époque où la compréhension des coutumes et la culture des aborigènes de notre pays était rudimentaire et incomplète [...]»

> Il faut aborder la question de l'appréciation et de l'interprétation des documents historiques et textes législatifs versés au dossier en se fondant sur les recherches et connaissances actuelles, sans tenir compte des anciens concepts formulés à une époque où la compréhension des coutumes et de la culture des aborigènes de notre pays était rudimentaire et incomplète et où l'on pensait qu'ils étaient sans cohésion, lois ou culture et constituaient de fait une espèce inférieure. Cette idée que l'on se faisait des premiers habitants de l'Amérique a amené le Juge en chef Marshall à dire, dans le jugement par ailleurs éclairé qu'il a rendu dans l'affaire *Johnson v. McIntosh* jugement qui a fait autorité de façon éminente en matière de droits indiens : [traduction] «Mais les tribus indiennes habitant ce pays étaient composées de féroces sauvages dont l'occupation consistait à faire la guerre...» Nous savons maintenant que cette appréciation n'était pas fondée. Les Indiens ont de fait parfois participé à certaines guerres tribales, mais ce n'était pas là leur vocation et l'on peut dire que leur préoccupation guerrière était peu importante en comparaison des guerres religieuses et dynastiques qui ont ravagé l'Europe «civilisée» des 16e et 17e siècles. Les paroles du Juge Marshall étaient bien sûr fondées sur l'état des connaissances en 1823. Dans le jugement *a quo*, le Juge en chef Davey, ayant eu à sa disposition toute la recherche et tous les documents historiques depuis 1823 et malgré la preuve versée au dossier, qui, selon le Juge

> Gould a été présentée [traduction] «avec une intégrité complète», a dit ce qui suit au sujet des Indiens de la Colombie-Britannique continentale :
>
> > [traduction]
> > Au moment de la colonisation, ils formaient sans aucun doute un peuple très primitif, connaissant peu les institutions d'une société civilisée, et aucune de nos notions de propriété privée.
>
> En formulant ce commentaire en 1970, il appréciait la culture indienne de 1858 en se servant des normes que les Européens avaient appliquées aux Indiens de l'Amérique du Nord deux siècles ou plus auparavant[7].

En 1984, dans l'arrêt *Simon c. La Reine*, appel portant sur le statut et les effets d'un traité conclu en 1752 entre la Couronne britannique et les Mi'kmaq, la Couronne a invoqué la décision rendue par le juge intérimaire Patterson dans *R. v. Sillaboy*[8]. À propos de la capacité des nations indiennes de conclure un traité, le juge Patterson a déclaré ceci :

> Les traités sont des actes libres de puissances indépendantes. Toutefois les Indiens n'ont jamais été considérés comme une puissance indépendante. Une nation civilisée qui découvre la première un pays peuplé de gens non civilisés ou de sauvages considère ce pays comme le sien jusqu'à ce qu'il soit cédé par traité à une autre nation civilisée. Les droits de souveraineté et même de propriété des sauvages n'ont jamais été reconnus. La Nouvelle-Écosse est passée à la Grande-Bretagne non pas par cadeau ou par achat aux Indiens ni même par leur conquête, mais par traité avec la France qui l'avait acquise par priorité de découverte et possession ancienne; et les Indiens sont passés avec elle[9].

Dans l'arrêt *Simon*, le juge en chef Dickson, après avoir cité le passage ci-dessus, indique ce qui suit dans ses motifs :

> Il convient de remarquer que le langage utilisé par le juge Patterson, illustré dans ce passage, traduit les préjugés d'une autre époque de notre histoire. Un tel langage n'est désormais plus acceptable en droit canadien et est en effet incompatible avec une sensibilité grandissante à l'égard des droits des autochtones au Canada.

Bien entendu, en 1982, le paysage judiciaire canadien a été profondément modifié par l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La loi suprême du Canada imposait alors la *reconnaissance* et la *confirmation* des droits ancestraux et issus de traités existants.

Dans l'arrêt *R. c. Sparrow*, rendu en 1990, le juge en chef et le juge LaForest, qui s'exprimaient au nom de la Cour, ont souscrit à l'analyse faite par le professeur Lyon de l'effet de la *Loi constitutionnelle de 1982* :

> [...] le contexte de l'année 1982 nous fournit assurément une indication suffisante qu'il ne s'agit pas d'une simple codification de la jurisprudence portant sur les droits ancestraux qui

> existait en 1982. L'article 35 exige un règlement équitable en faveur des peuples autochtones. Il écarte les anciennes règles du jeu en vertu desquelles Sa Majesté établissait des cours de justice auxquelles elle refusait le pouvoir de mettre en doute Ses revendications souveraines[10].

À la lumière des orientations fondamentales données par la Cour suprême et présentées ci-dessus, sans compter les appels analogues lancés par des tribunaux inférieurs, la question consiste à se demander si la Couronne, dans le contexte des litiges qui l'opposent (c'est à peu près toujours le cas) aux peuples autochtones, a rejeté les anciens concepts, s'est montrée plus sensible aux droits des autochtones canadiens et a écarté les anciennes règles du jeu.

Les rapports de fiduciaire

Nous avons laissé entendre que la conduite adoptée par les Couronnes fédérale et provinciales à l'égard des peuples autochtones, y compris dans le cadre des litiges, doit être examinée à la lumière des rapports historiques entre les parties. Dans la présente section, nous mettrons en relief la nature de ces «rapports historiques» de même que les répercussions qu'ils ont aujourd'hui.

La nature historique des rapports

Lorsqu'ils sont arrivés dans les Amériques, les puissances coloniales européennes ont participé aux structures politiques existantes et en sont devenues parties intégrantes. Elles ont forgé des alliances militaires et commerciales avec les Premières nations et, ce faisant, elles sont devenues parties aux alliances existantes. En bout de ligne, à mesure qu'un grand nombre d'Européens s'établissaient en Amérique du Nord et que le nombre d'autochtones diminuait de façon spectaculaire en raison de l'influx de maladies européennes jusque-là inconnues dans les Amériques[11]. Il ne s'agit pas de laisser croire que les peuples autochtones n'étaient pas d'abord motivés par leurs propres intérêts économiques et politiques; toutefois, les intérêts des autochtones ont progressivement cédé la place à ceux de la Grande-Bretagne, de la France ou des États-Unis.

Pour être en mesure de conclure des alliances avec les Premières nations, les puissances coloniales se sont engagées à protéger les droits de leurs alliés. À de très nombreuses reprises, la

Grande-Bretagne, la France et les États-Unis ont conclu des alliances militaires et économiques avec les Premières nations : ces pays s'engageaient à protéger les intérêts commerciaux et territoriaux des Premières nations concernées. Même dans des traités qui ne concernaient pas directement les Premières nations, les puissances coloniales adoptaient des dispositions qui ne s'appliquaient qu'aux peuples autochtones et qui n'avaient d'autre fonction que de servir leurs intérêts. Par exemple, l'Article XV du Traité d'Utrecht de 1713, l'Article III du Traité Jay de 1794 et l'Article IX du Traité de Gand de 1815 précisent tous que les Premières nations, auxquelles on reconnaît des droits spéciaux et particuliers, sont indépendantes des autres habitants de l'Amérique du Nord. Ces dispositions ont été insérées dans les traités en contrepartie des dettes militaires et économiques contractées à l'endroit des peuples autochtones[12].

Ainsi, la viabilité politique et économique des colonies de même que le succès des puissances coloniales en Amérique du Nord ont été imputables à leurs relations avec les peuples autochtones. La dette contractée envers les peuples autochtones se manifeste dans les obligations de fiduciaire qui ont été explicitement reconnues dans de nombreux traités, dans les négociations qui ont conduit à la signature de ces traités de même que dans des édits officiels comme la *Proclamation royale de 1763*.

Reconnaissance de la nature des rapports par les tribunaux

Dès les premiers jugements concernant les droits des Premières nations, les tribunaux ont souligné que les rapports entre les parties obligent la Couronne, ou le gouvernement, à «protéger» les intérêts des peuples autochtones.

Worcester v. State of Georgia est l'un des premiers jugements dans lesquels on s'est penché sur la nature des rapports entre les nations indiennes les puissances coloniales. Dans ce jugement, le juge en chef Marshall, de la Cour suprême des États-Unis, a décrit ainsi la politique de la Grande-Bretagne :

> [Traduction] La Grande-Bretagne considérait les nations indiennes comme des nations capables d'entretenir des relations en temps de guerre et en temps de paix ainsi que de se gouverner elles-mêmes, sous sa protection; elle a conclu avec elles des traités assortis d'obligations qu'elle a reconnues[13].

L'idée que les nations indiennes se gouvernent elles-mêmes et qu'elles constituent des «alliés» comptant sur la protection des puissances coloniales imprègne les premiers jugements[15]. Bon nombre d'instruments clés de la période coloniale enchâssent également ce concept. Dans la *Proclamation royale de 1763*, on invoque la notion de protection, désignant en ces termes les Premières nations : «aux nations ou tribus sauvages qui sont en relations avec Nous et qui vivent sous Notre protection [...]»

Dans les années qui ont précédé la Confédération, le Parlement britannique a reconnu qu'il convenait d'assurer la protection des peuples autochtones dans le rapport qu'a déposé en 1837 le Select Committee of the House of Commons on Aborigines (British Settlements), formé en 1835. Les membres du comité ont conclu que, pour éviter tout conflit d'intérêts, la tâche qui consiste à protéger les intérêts des peuples autochtones devrait non pas être laissée aux soins des colonies, mais bien être assurée par le pouvoir exécutif du gouvernement :

> [Traduction]
> On devrait considérer que la protection des autochtones est une tâche qui incombe tout particulièrement au pouvoir exécutif, soit aux membres de l'exécutif en Grande Bretagne soit aux gouverneurs des colonies respectives. Il ne s'agit pas là d'une tâche qui peut être commodément déléguée aux assemblées législatives locales... En effet, une assemblée législative dûment constituée défendra les intérêts et se fera l'écho des sentiments ou des opinions ancrés de la masse des gens pour le compte desquels elle agit. *Mais, dans presque toutes les colonies, les colons ont avec les tribus autochtones des différends qu'il faut trancher ou des revendications à faire valoir contre elles, si bien que l'assemblée des représentants y est pratiquement partie. Par conséquent, elle ne devrait pas agir comme arbitre dans le cadre de tels conflits*[16].

Déjà, en 1837, on s'inquiétait au plus haut point du fait qu'une assemblée législative locale ne s'acquitterait pas des obligations de fiduciaire qui lui incombaient à l'égard des peuples autochtones, ses propres intérêts dans une affaire donnée l'empêchant d'agir conformément à ses obligations envers les Premières nations.

La commission Bagot, qui, en 1847, a déposé un rapport à l'assemblée législative de la province du Canada sur les affaires des Indiens du Canada, a conclu dans le même sens[17].

Lorsque, en bout de ligne, les provinces du Canada, le Nouveau-Brunswick et la Nouvelle-Écosse ont, en 1867, constitué une Confédération, le principe que les questions liées aux nations indiennes devaient continuer de relever de l'organe central a été exprimé au paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Tandis que la répartition, dans cette loi,

des pouvoirs législatifs entre le gouvernement du Canada et les quelques provinces conférait aux provinces des pouvoirs exclusifs sur les terres publiques appartenant aux provinces (par. 92(5)), les travaux et entreprises d'une nature locale (par. 92(10)) et la propriété et les droits civils dans les provinces (par. 92(13)), le Parlement s'est vu confier la responsabilité des Indiens et d'une catégorie précise de terres et d'autres biens, savoir «les terres réservées pour les Indiens» (par. 91(24)). Ainsi, on cherchait à assurer la *protection* des Premières nations et de leurs terres au moyen du partage des pouvoirs.

Peu de temps après la Confédération, le Sénat du Canada, dans une résolution en vertu de laquelle le gouvernement du Canada cherchait à exercer un contrôle législatif sur les Territoires du Nord-Ouest et la Terre de Rupert, a une fois de plus mis l'accent sur l'importance que revêtaient les rapports de fiduciaire entre la Couronne et les Premières nations :

> [Traduction]Il est résolu qu'une fois les Territoires en question transférés au gouvernement canadien, il incombera au gouvernement de prendre des mesures adéquates pour assurer la protection des tribus indiennes, dont les intérêts et le bien-être font partie du transfert[18].

Cette résolution indique que le transfert des droits législatifs et territoriaux rattachés aux Territoires du Canada s'accompagnait de l'obligation d'assurer la protection des intérêts des peuples autochtones.

Le fait que les relations avec les peuples autochtones soient toujours demeurées aux mains du gouvernement central s'explique par une autre raison. Les Premières nations, qui étaient des alliés commerciaux et militaires cruciaux, jouaient un rôle central dans les batailles opposant les puissances coloniales. La politique militaire et commerciale était régie par le gouvernement impérial et, comme nous l'avons expliqué ci-dessus, il allait de soi que les relations avec les Premières nations devaient être cultivées et que leurs intérêts devaient être respectés. Dans leur volonté d'accroître leur mainmise sur le territoire et d'exploiter les ressources, les gouvernements locaux étaient beaucoup plus enclins à empiéter sur les droits ancestraux. Dès les tous premiers temps, le pouvoir central, en ce qui a trait aux préoccupations des autochtones, s'est donc opposé aux pouvoirs locaux. La *Proclamation royale de 1763* résulte en partie de cette lutte entre les deux ordres de gouvernement.

Nonobstant les effets de cette politique de longue date, de la *Proclamation royale*, du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* ainsi que des jugements et des actes

juridiques cités ci-dessus, le gouvernement du Canada a, jusqu'en 1984, prétendu que ses obligations avaient purement un caractère politique. Cette année-là, la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Guerin c. La Reine*, a statué que l'on pouvait s'adresser aux tribunaux pour demander l'exécution des obligations de fiduciaire qui incombent à la Couronne à l'endroit des Premières nations.

Dans cette affaire, la Cour suprême du Canada a conclu que la Couronne assumait des responsabilités de fiduciaire à l'endroit des Musqueams, responsabilité qui s'appliquait à la façon dont elle exerçait ses pouvoirs discrétionnaires relativement aux terres cédées qu'elle administrait au nom de la bande. La Cour a statué que ces obligations n'avaient pas été respectées. Le juge en chef Dickson, s'exprimant au nom de trois autres juges, a conclu ainsi :

> L'obligation de fiduciaire qu'a Sa Majesté envers les Indiens est, je le répète, *sui generis*. Vu la nature unique à la fois du droit des Indiens sur leurs terres et de leurs rapports historiques avec Sa Majesté, cela n'est guère surprenant[19].

Le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* intègre les obligations de fiduciaire qui échoient au gouvernement à l'endroit des peuples autochtones et en fait une obligation constitutionnelle supplémentaire incombant aux deux ordres de gouvernement ainsi qu'aux organismes qui relèvent d'eux.

Dans l'arrêt *R. c. Sparrow*, la Cour suprême du Canada a poussé plus loin son analyse de la nature légale des obligations de fiduciaire qui incombent à la Couronne à l'égard des peuples autochtones. La Cour, dans un passage déjà cité dans l'introduction de la présente étude, a conclu ainsi :

> 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[20].

À propos du sens qu'il convient de donner au paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la Cour a affirmé ceci :

> Le paragraphe en question ne contient aucune disposition explicite autorisant notre Cour ou n'importe quel autre tribunal à apprécier la légitimité d'une mesure législative gouvernementale qui restreint des droits ancestraux. *Nous estimons pourtant que l'expression «reconnaissance et confirmation» comporte les*

> *rapports de fiduciaire déjà mentionnés et implique ainsi une certaine restriction à l'exercice du pouvoir souverain.*

Nous ne proposons pas de présenter une énumération exhaustive des facteurs à considérer dans l'appréciation de la justification. Qu'il suffise de souligner que la reconnaissance et la confirmation exigent que le gouvernement, les tribunaux et même l'ensemble des Canadiens soient conscients des droits des peuples autochtones et qu'ils les respectent[21.] Les obligations de fiduciaire vont au-delà du simple fait de ne pas empiéter sur les droits issus de traités, ou de ne pas les nier : au contraire, il s'agit d'obligations positives visant la reconnaissance et la confirmation de ces droits.

Notre histoire démontre, trop bien malheureusement, que les peuples autochtones du Canada ont raison de s'inquiéter au sujet d'objectifs gouvernementaux qui, bien que neutres en apparence, menacent en réalité l'existence de certains de leurs droits et intérêts. *En accordant aux droits ancestraux le statut et la priorité propres aux droits constitutionnels, le Parlement et les provinces ont sanctionné les contestations d'objectifs de principe socio-économiques énoncés dans des textes législatifs, dans la mesure où ceux-ci portent atteinte à des droits ancestraux. Ce régime constitutionnel comporte implicitement une obligation de la part du législateur de satisfaire au critère de la justification.* 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[22.]

Ainsi, les obligations de fiduciaire ne se limitent pas à la simple protection des droits des Premières nations : elles emportent également l'obligation de favoriser l'*épanouissement* de ces droits. La Cour suprême des États-Unis a déclaré ce qui suit : [Traduction] «Fondamentalement, la défense des droits des autochtones américains relève, depuis la fondation de la République, de la responsabilité institutionnelle du gouvernement fédéral[23.]

Les obligations de fiduciaire, si elles incombent principalement au gouvernement fédéral, sont partagées par les gouvernements provinciaux dans les domaines qui relèvent des compétences que leur confère la Constitution. Selon Brian Slattery :

> [Traduction] Les obligations générales de fiduciaire qui incombent à la Couronne échoient à la fois à la Couronne fédérale et aux diverses Couronnes provinciales, dans les limites de leurs compétences respectives. En vertu du paragraphe 91(24) de la *Loi*

> *constitutionnelle de 1867*, c'est au gouvernement fédéral qu'incombe d'abord la responsabilité des peuples autochtones; à ce titre, c'est elle qui assume la part la plus lourde du fardeau lié à la relation de fiduciaire. Mais les Couronnes provinciales, dans la mesure où elles ont des pouvoirs qui touchent les peuples autochtones, doivent également assumer une part de ce fardeau[24].

Les commissaires chargés de l'enquête publique sur l'administration de la justice et les populations autochtones au Manitoba ont également convenu que les obligations de fiduciaire liaient les Couronnes provinciales :

> [Traduction] Nos tribunaux ont établi une démarche entièrement nouvelle pour l'examen des questions juridiques fondamentales, notamment les obligations de fiduciaire, le contenu du titre ancestral et la portée des droits ancestraux et issus de traités. Cette démarche s'applique à l'ensemble des textes législatifs, que les peuples autochtones ou leurs droits légaux particuliers soient mentionnés ou non. En droit, cela englobe les textes de loi fédéraux et provinciaux parce que les deux ordres de gouvernement ont des responsabilités de fiduciaire à l'égard de tous les Indiens, Inuit et Métis[25].

Ainsi les répercussions des «rapports historiques» sont immenses. Elles s'appliquent non pas seulement aux fonctions législatives de la Couronne, mais aussi à tous les autres aspects de ses rapports avec les Premières nations.

Les moyens dont disposent les Premières nations qui désirent faire reconnaître leurs droits

On ne peut évaluer les normes de conduite de la Couronne dans le cadre des litiges sans d'abord se pencher sur les moyens dont disposent les Premières nations qui désirent faire reconnaître le bien fondé de leurs revendications ou régler des différends qui les opposent au gouvernement fédéral.

Deux moyens s'offrent aux Premières nations placées dans cette situation : le recours aux tribunaux ou encore soit la procédure de règlement des revendications particulières ou soit celle des revendications globales, procédures qui sont régies par les lignes directrices très strictes qu'a établies à cet égard le gouvernement fédéral.

Les procédures de règlement des revendications particulières et globales ont toutes deux été vertement critiquées par les Premières nations, qui y voient des mécanismes partiaux, inadéquats et dépassés de règlement de leurs revendications.

La critique la plus fondamentale peut-être visant ces procédures est qu'elles permettent au gouvernement du Canada de prendre une décision finale relativement à des conflits auxquels il

est partie. Voilà qui contrevient aux normes les plus élémentaires d'impartialité et de justice fondamentale.

Qui plus est, les Premières nations qui s'en remettent à ces procédures doivent également satisfaire aux exigences extraordinairement strictes concernant le fardeau de la preuve. En vertu des procédures de règlement des revendications, les exigences imposées par le gouvernement au chapitre de la preuve sont aussi lourdes que celles qu'exige le recours aux tribunaux. On a également reproché aux procédures d'être assujetties au contrôle du ministère de la Justice. On juge les revendications recevables ou non sur la foi d'avis émanant du ministère de la Justice, avis qui ne sont pas communiqués aux Premières nations à l'origine de la demande. Ainsi, elles ne sont pas même informées des arguments invoqués contre leurs revendications.

De plus, il semble que l'un des critères que le gouvernement utilise pour évaluer le rendement de ses négociateurs consiste à établir jusqu'à quel point le règlement obtenu par ces derniers est inférieur au montant maximal autorisé[26.] Les procédures sont également d'une lenteur affligeante. Par exemple, la revendication globale des Nis'ga, qu'on a accepté de négocier en 1976, n'a toujours pas été réglée, non plus que celle du Conseil Attikamek-Montagnais, qu'on a accepté de négocier en 1979. Au moment de la rédaction du présent rapport, seules sept des 33 revendications qu'on a accepté de négocier depuis l'entrée en vigueur de la politique ont été réglées[27.] La procédure de règlement des revendications particulières est également extrêmement lente. Seules 38 des 515 demandes déposées avant février 1989 ont été réglées, et, dans 11 cas, il s'agissait de revendications visant des terres retranchées des réserves en Colombie-Britannique. Dans neuf autres cas, il s'agissait de revendications concernant les paiements prévus par les dispositions des traités relatives aux munitions en Saskatchewan[28.]

En 1991, le gouvernement fédéral a créé la Commission des revendications des Indiens, qu'il a chargée de mener des enquêtes et de formuler des recommandations à l'égard de revendications particulières qui avaient été rejetées et d'agir comme médiateur dans les négociations en souffrance. La compétence de la Commission se limite aux questions visées par la politique des revendications particulières. Il s'agit essentiellement d'une commission qui mène des enquêtes impartiales, que ce soit lorsqu'une Première nation conteste le rejet d'une revendication particulière par le gouvernement ou lorsqu'une Première nation est en désaccord avec les critères utilisés par le gouvernement pour établir les indemnités, dans le contexte des

négociations entourant le règlement des revendications. Malheureusement, la Commission ne peut exercer ses pouvoirs tant qu'une revendication n'a pas été acceptée ou rejetée par le gouvernement.

Il résulte de ces lacunes que bon nombre de Premières nations se sont tournées vers les tribunaux : en effet, aucune autre avenue ne s'offrait à eux pour obtenir justice à l'égard de revendications en souffrance. D'autres Premières nations ont été contraintes de recourir aux tribunaux parce que les revendications qu'elles faisaient valoir contre le gouvernement ne répondaient pas à la définition stricte de ce que le gouvernement considère comme une revendication particulière ou globale[29.] Pourtant le recours aux tribunaux n'est pas sans obstacles. Il se révèle extrêmement onéreux de demander à une cour d'instruire une affaire liée aux droits ancestraux ou issus de traités. Les personnes qui cherchent à invoquer des droits ancestraux font face à un fardeau de la preuve des plus lourd[30.] Fait peut-être le plus significatif, de tels litiges mettent presque toujours en cause au moins un ordre de gouvernement. Invariablement, le gouvernement se retrouve du côté des opposants. Les difficultés que suppose le fait de poursuivre le gouvernement, qui n'est pas assujetti aux mêmes contraintes financières que les parties autochtones, sont notoires[31.]

Considérations financières relatives aux actions en justice concernant des droits ancestraux et issus de traités

Selon la jurisprudence canadienne actuelle, il incombe aux parties autochtones qui revendiquent l'existence de droits ancestraux ou issus de traités d'en faire la preuve, et il incombe à la partie adverse de prouver qu'un tel droit a été éteint[32.] Des affaires antérieures indiquent bien que ce fardeau est colossal. Des deux côtés, on fait appel à des témoins experts pour prouver et réfuter l'existence de droits ancestraux ou issus de traités. Il arrive fréquemment que l'on demande à des historiens, à des anthropologues, à des archéologues et à des sociologues de

témoigner et de présenter des rapports. Dans la plupart des cas, des anciens et des représentants de la communauté des Premières nations sont également appelés à témoigner.

Dans l'affaire *Société de développement de la Baie James c. Kanatewat*, instruite en 1973, les Cris ont mis environ 26 semaines à obtenir une décision interlocutoire. Dans l'affaire *A.-G. Ontario v. Bear Island Foundation*, le procès a duré 24 semaines; dans l'affaire *Delgamuukw v. The Queen*, il a duré 75 semaines. Même si toutes les affaires concernant le droit relatif aux questions autochtones ne demandent pas autant de temps, elles s'étendent habituellement sur un certain nombre de semaines ou de mois.

Dans ce domaine, la tendance est effectivement à la tenue de procès de plus en plus longs. En 1973, l'affaire *Calder* a été instruite en quatre jours seulement[34]. En fait, le gouvernement fédéral, dans le mémoire qu'il a présenté devant la Cour suprême du Canada dans *R. c. Sparrow*, a insisté sur le point suivant :

> [Traduction]Il incombe à l'appelant de prouver l'existence factuelle du droit ancestral allégué par lui le 17 avril 1982. Pour s'acquitter du fardeau de la preuve, l'appelant est tenu de produire une preuve détaillée et bien documentée[35].

Ainsi, les litiges portant sur les droits ancestraux et issus de traités supposent des dépenses considérables. Ces dépenses sont à la charge des Premières nations, dont les membres comptent au nombre des personnes les plus défavorisées du Canada sur le plan financier[36].

Les peuples autochtones qui entament des procédures devant les tribunaux n'ont droit qu'à l'aide financière offerte par les services d'aide juridique ordinaires, lesquels font l'objet de nombreuses contraintes, et aux fonds limités provenant du programme de financement des causes types du gouvernement fédéral. Ce programme vise à faciliter le règlement des questions juridiques relatives aux Premières nations et à établir une jurisprudence au profit des peuples autochtones et du gouvernement fédéral. Selon le gouvernement, [Traduction] «les fonds du programme sont attribués de façon discrétionnaire; le gouvernement fédéral ne se reconnaît aucune obligation constitutionnelle ou légale d'accorder une aide financière aux Indiens parties à des litiges[37]. Le programme de financement des causes types a été critiqué par les peuples autochtones. Les fonds ne s'appliquent qu'aux affaires en appel; par conséquent, aucune aide n'est offerte au premier stade d'une procédure, même s'il s'agit d'un stade critique et de celui qui est le plus coûteux. Habituellement, c'est l'étape la plus longue et celle qui requiert le plus de préparation, sans compter les dépenses qu'il faut engager pour les témoins et les recherches à

caractère historique et anthropologique. Aucune aide n'est prévue pour les intervenants, sinon dans les «cas exceptionnels». La plus dévastatrice de l'ensemble de ces critiques est toutefois la suivante : le programme est entièrement administré par le ministère des Affaires indiennes, qui décide quelles causes valent d'être financées et quels «cas exceptionnels» justifient l'octroi d'une aide financière aux intervenants.

Le ministère des Affaires indiennes ou le ministère de la Justice participent à la plupart des affaires touchant le droit relatif aux questions autochtones, que ce soit à titre de demandeur ou de défendeur. En raison de la façon dont le programme de financement des causes types est administré, on s'est trouvé devant la situation suivante : il revient à une des parties à l'action en justice de décider si une aide financière cruciale doit être accordée à son adversaire. Le conflit d'intérêts est manifeste.

Certains avocats prétendent que le ministère de la Justice, qui représente le Canada dans les actions en justice, joue un rôle direct dans le financement des causes types et fait des recommandations à l'égard des causes qui devraient être financées. Une telle situation est intolérable.

Conduite du gouvernement dans les actions en justice avec les peuples autochtones

Dans l'examen de la conduite du gouvernement dans le contexte des litiges qui l'opposent aux peuples autochtones, tous les facteurs énoncés ci-dessus doivent être gardés à l'esprit. Dans la présente section, nous examinerons la conduite des représentants du gouvernement dans un certain nombre de causes précises. Là où il est possible de le faire, nous examinerons également quelle influence cette conduite a eue sur les résultats des litiges. En raison du nombre toujours grandissant de litiges opposant les peuples autochtones à la Couronne et du nombre de gouvernements touchés, il n'a pas été possible de réaliser un examen à grande échelle de toutes les occurrences de tels litiges. Pour l'essentiel, nous nous sommes donc concentrés sur des cas bien connus qui ont fait l'objet d'appels. La déduction que nous avons tirée de toutes ces affaires, c'est non pas que la Couronne se comporte d'une manière donnée dans tous les cas, mais bien plutôt que, étant donné le comportement de la Couronne et de ses agents dans les affaires décrites, la norme de conduite attendue n'est pas respectée.

Conduite dans le cadre des actions en justice

St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen

L'affaire en question est l'un des exemples les plus éloquents de la manière dont les questions touchant les droits ancestraux ont été tranchées dans le cadre de contestations fédérales-provinciales. Dans cette affaire, l'analyse de la notion de «titre ancestral» ne visait pas à établir la véritable nature du titre en question : [Traduction] «chaque partie a manipulé la notion de titre ancestral afin de s'accaparer les ressources du territoire faisant l'objet du différend[38.] Au Canada, l'affaire *St. Catherine's Milling* a été la première action en justice dans laquelle la nature du «titre ancestral» a été débattue devant les tribunaux. Il s'est aussi agi de la première cause canadienne sur le sujet à atteindre le Conseil privé. Même si certaines des conclusions contenues dans la décision du Conseil privé ont été rejetées par la Cour suprême du Canada[39.] C'est la St. Catherine's Milling and Lumber Co. qui, en tant que mandataire du gouvernement du Dominion, a défendu la position du gouvernement fédéral. La question était de savoir quel gouvernement, celui du Dominion ou celui de l'Ontario, possédait le territoire à l'égard duquel le titre ancestral avait ostensiblement été éteint par le Traité nº 3. Les titres de propriété que détenait le gouvernement fédéral sur la région en question était ceux-là mêmes qui lui avaient été cédés par les parties autochtones au Traité nº 3. Par conséquent, le Dominion soutenait que les peuples autochtones avaient été propriétaires du territoire et des ressources, et que, en vertu du Traité nº 3, ils les avaient cédés au gouvernement fédéral.

Pour sa part, le gouvernement de l'Ontario a adopté la définition de la notion de «titre ancestral» favorable à sa thèse, à savoir que, chez les autochtones, il n'existait aucune notion de propriété reconnue en droit et que, quoiqu'il en soit, les territoires visés, à partir du moment où ils ont été découverts, revenaient à la Couronne du chef de la Grande-Bretagne, du simple fait de leur découverte et de leur colonisation[40.] Beaucoup de recherches ont été effectuées à partir des arguments avancés par les deux parties. Toutefois, comme le souligne Cottam : [Traduction] «les deux parties avaient pour but d'établir non pas des faits historiques exacts, mais bien plutôt des motifs plausibles pouvant être invoqués à l'appui ou à l'encontre de l'idée que la population autochtone de l'Amérique du Nord détenait, sur le territoire, un titre en fief simple[41.] Un échange entre Lord Watson et l'avocat de la province devant le Conseil privé, cité dans Cottam,

illustre éloquemment le peu de cas que l'on faisait, dans cette affaire, des questions entourant la véritable nature du titre ancestral. Lord Watson a posé la question suivante : [Traduction] «À votre avis, en quoi votre cause serait-elle touchée par l'importance du titre des Indiens, tant et aussi longtemps que ces Couronnes conservent un intérêt substantiel sous-jacent? Dans la mesure où la Couronne conserve un droit, un droit substantiel, et non un simple droit accessoire, tributaire du titre des Indiens, la portée ou les limites du titre ancestral sont-elles bien importantes?» L'avocat de la Couronne a répliqué ceci : [Traduction] «Tant et aussi longtemps qu'on s'entend sur le fait que [la Couronne] a un tel intérêt [...] Voilà tout ce qui me préoccupe[43.] [...]»

Un auteur a reproché aux avocats du gouvernement du Dominion dans cette affaire d'avoir omis un certain nombre d'arguments juridiques et historiques ainsi que de ne pas avoir utilisé les ressources et l'information disponibles à propos de la nature de la société ojibwa, dont ils revendiquaient les droits[44.] o 3 comme témoin pour expliquer la conception que les autochtones se faisaient du titre, ce qui était, du moins en théorie, l'un des aspects fondamentaux de l'affaire. Le gouvernement n'a pas même utilisé une citation tirée de l'ouvrage d'Alexander Morris, intitulé *The Treaties of Canada With the Indians*[45.] , qui relate les négociations ayant conduit à la conclusion d'un certain nombre de traités, y compris le Traité nº 3. Il ne fait aucun doute que les déclarations faites par les chefs ojibwa à l'occasion des négociations qui ont conduit à la conclusion du traité étaient tout à fait pertinentes dans le contexte des questions débattues dans l'affaire *St. Catherine's Milling*. Smith souligne par ailleurs que, à l'occasion du pourvoi, les avocats du gouvernement du Dominion n'ont jamais mis en doute la conclusion du tribunal de première instance selon laquelle les Ojibwa étaient un peuple nomade, sans domicile fixe, même s'il existait des sources publiées montrant que la société ojibwa obéissait à des lois et à des coutumes délimitant ses territoires de chasse.

La position adoptée par le gouvernement de l'Ontario dans cette affaire et les arguments juridiques qu'il a fait valoir montrent bien pourquoi le comité spécial a, en 1837, recommandé que les affaires autochtones soient administrées non pas par le gouvernement local, mais bien par un gouvernement central. Les intérêts de la province, en effet, étaient contraires aux droits des peuples autochtones.

De toute évidence, le comité spécial a eu raison de conclure que les peuples autochtones avaient tout intérêt à ce que leurs affaires soient supervisées par une administration centrale. Les risques de conflits d'intérêts au sein de cette administration n'étaient pas pour autant éliminés. En faisant valoir ses arguments en faveur du titre de propriété des peuples autochtones, le gouvernement fédéral agissait clairement dans son propre intérêt, les arguments invoqués en faveur des droits de propriété ancestraux étant purement fonction de ceux avancés à l'appui du titre de propriété fédéral.

Dans l'affaire *St. Catherine's*, le conflit d'intérêts potentiel inhérent à la position du gouvernement fédéral a été dénoncé et exploité à son propre avantage par l'avocat de la province. L'Ontario est allée jusqu'à soutenir devant le Conseil privé que sa position était plus avantageuse pour les peuples autochtones que celle du gouvernement fédéral.

L'avocat de la province a prétendu, devant le Conseil privé, que le gouvernement fédéral ne pouvait s'acquitter de son rôle de protecteur des intérêts autochtones que s'il n'était pas le bénéficiaire des droits autochtones rattachés au territoire cédé par voie de traités. La province a affirmé que le rôle du Dominion consistait à intervenir de manière indépendante et désintéressée au nom des peuples autochtones, ce qu'il ne serait pas en mesure de faire s'il était le bénéficiaire de droits ancestraux ayant fait l'objet d'une cession[46.] Bien entendu, comme nous l'avons indiqué ci-dessus, un tel conflit existe bel et bien. Néanmoins, comme l'a fait remarquer Hall, il est ironique de constater que l'argument invoqué par l'Ontario, savoir que le gouvernement fédéral doit agir comme défenseur des droits ancestraux, s'inscrivait dans une thèse plus large niant la reconnaissance de ces droits[47.] L'affaire *St. Catherine's Milling* a été la première de nombreuses causes dans le cadre desquelles on a, dans le contexte des querelles fédérales-provinciales, débattu et tranché des questions cruciales pour les peuples autochtones, sans vraiment tenir compte des droits ancestraux visés ou des intérêts des peuples autochtones eux-mêmes. Le conflit d'intérêts évident qui existait dans cette affaire s'est répété à maintes reprises dans des litiges subséquents.

P.G. Ontario v. Bear Island Foundation

Cette affaire a débuté lorsque les intimés, membres des Teme-Augama Anishnabay, ont, dans des bureaux d'enregistrement foncier, enregistré des oppositions visant un territoire à l'égard duquel ils revendiquaient des droits, notamment le titre de propriété. Le demandeur, le Procureur général de l'Ontario a alors intenté des poursuites pour obtenir la radiation des oppositions. L'Ontario prétendait que les Teme-Augama Anishnabay n'avaient aucun droit, titre ou intérêt sur le territoire faisant l'objet du différend[48]. Les Teme-Augama Anishnabay ont alors présenté une demande reconventionnelle dans laquelle ils prétendaient détenir des droits ancestraux sur le territoire en question, y compris le titre et la compétence sur celui-ci. Dans sa défense à la demande reconventionnelle, l'Ontario a affirmé que tout droit sur le territoire détenu par les Teme-Augama Anishnabay avait été cédé dans le Traité Robinson-Huron de 1850 ou dans le Traité nº 9 de 1905 et 1906 ou perdu en raison de l'écoulement de délais de prescription, du principe de la préclusion (*estoppel*) ou de diverses dispositions législatives de la province ou du gouvernement fédéral.

Dans l'application de sa stratégie fondée sur le principe que «tous les coups sont permis», l'Ontario a commencé par prétendre que les Teme-Augama Anishnabay étaient devenus signataires du Traité Robinson-Huron par l'intermédiaire du chef Metigomin, du chef Shabokeshik ou du chef Tagawinini. Au terme des interrogatoires préalables, l'Ontario a retenu la dernière hypothèse, soit celle du chef Tagawinini[49]. Le fédéral, qui avait été avisé qu'une question constitutionnelle allait être soulevée, a pris part au procès, relativement aux questions constitutionnelles, et non en tant que partie.

Tant en première instance que dans les appels subséquents, le fédéral a fait front commun avec l'Ontario contre les positions défendues par les Teme-Augama Anishnabay. La question peut-être la plus cruciale à l'égard de laquelle le fédéral s'est rangé aux côtés de l'Ontario contre la position défendue par les Premières nations avait trait à la question de savoir si les Teme-Augama Anishnabay étaient ou non parties au Traité Robinson-Huron de 1850.

Même s'il ne s'agissait pas à strictement parler d'une question constitutionnelle et que le fédéral, dans le cadre du procès, n'était représenté qu'à l'égard de ces questions, il n'en a pas moins adopté, à l'occasion du procès et après, la position selon laquelle les Teme-Augama

Anishnabay avaient été parties au Traité Robinson-Huron. En fait voici ce qu'il y a de plus préoccupant à propos de la position du fédéral : de 1883 jusqu'à la date du procès, le fédéral avait sans cesse prétendu que les Teme-Augama Anishnabay constituaient une «bande» indienne distincte et qu'ils *n'étaient pas* parties au Traité Robinson-Huron de 1850[50.] Pendant plus de 100 ans, on a refusé aux Teme-Augama Anishnabay les droits prévus par le Traité Robinson-Huron. Jusqu'en 1970, moment où on leur a octroyé un territoire restreint dans un lieu qu'ils n'ont pas choisi, ils ne disposaient d'aucune réserve. En tant que parties au Traité Robinson-Huron, ils auraient bénéficié de droits de chasse et de trappage; toutefois, l'Ontario s'est donné la peine de poursuivre les Teme-Augama Anishnabay qui exerçaient leurs droits ancestraux de pêche et, de fait, leur refusait d'exercer les droits de chasse et de pêche reconnus par le Traité. On leur a même interdit de couper du bois pour se chauffer ainsi que pour construire des maisons et des clôtures, l'Ontario ayant décrété qu'une partie de ce territoire constituait une réserve forestière.

En 1894, le fédéral avait même proposé à la province de recourir à l'arbitrage sur cette question[52.] .

En raison de la volte-face du gouvernement fédéral à l'occasion du procès, les Teme-Augama Anishnabay ont été victimes d'une double négation de leurs droits. Pendant plus de un siècle, on leur a refusé les droits significatifs issus du Traité Robinson-Huron, le gouvernement fédéral affirmant qu'ils n'en avaient pas été signataires. À l'occasion, des membres de la bande ont reçu certains paiements correspondant aux paiements prévus par les traités, mais ce sont les seuls avantages auxquels ils ont eu droit. On leur a refusé d'importants droits issus de traités, par exemple la reconnaissance de leurs droits de chasse et de pêche et le droit à une réserve convenable. Lorsque la communauté s'est enfin adressée aux tribunaux, le gouvernement fédéral a adopté une position qui, dans les faits, les privait des avantages associés aux droits ancestraux non éteints qu'ils revendiquaient.

Nous ne savons pas pour quels motifs le gouvernement fédéral, une fois les procédures judiciaires engagées, a fait volte-face sur cette question vitale. Toutefois, nous pouvons en conclure que cette volte-face semble avoir été précipitée par l'avènement du litige; la volte-face, qui était contraire aux intérêts des Teme-Augama Anishnabay, les a privés d'un allié essentiel dans l'action en justice; la volte-face s'est révélée bénéfique pour l'Ontario, qui, autrement, aurait

dû soutenir que les Teme-Augama Anishnabay étaient parties au traité conclu avec le Canada, malgré la dénégation des deux parties au traité; la volte-face a également été bénéfique au gouvernement fédéral qui, si la Cour avait tranché en faveur des Teme-Augama Anishnabay, se serait retrouvé, au moins indirectement, responsable.

En faisant volte-face sur la question du Traité Robinson-Huron, le gouvernement fédéral n'a pas respecté les obligations de fiduciaire qu'il avait envers les Teme-Augama Anishnabay. De toute évidence, le gouvernement a protégé et défendu d'autres intérêts, au détriment de ceux des autochtones concernés. Cette défense d'autres intérêts a porté un préjudice grave aux intérêts des Teme-Augama Anishnabay.

Delgamuukw v. The Queen in Right of British Columbia [53.]

Dans cette affaire, les demandeurs qui, outre eux-mêmes, représentaient les membres des Premières nations gitksan et wet'suwet'en, sollicitaient un jugement déclaratoire contre la province de la Colombie-Britannique et réclamaient des dommages-intérêts sur la foi de leurs droits ancestraux, y compris le titre et la compétence sur un territoire. La province a demandé et obtenu une ordonnance ayant pour effet de constituer défendeur l'action le procureur général fédéral.

En première instance, la cause des défendeurs a été rejetée par la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Ceux-ci ont alors interjeté appel auprès de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. À la suite du dépôt des mémoires des appelants et des intimés, et seulement deux mois avant que l'appel soit entendu, la province a demandé à la Cour l'autorisation de déposer un mémoire révisé. Quelques mois auparavant, une élection avait eu lieu, et un nouveau gouvernement avait été élu. Le nouveau gouvernement de la province avait adopté la position inverse à l'égard des droits ancestraux et, pour la première fois, reconnu l'existence de droits ancestraux en Colombie-Britannique. Le nouveau mémoire devait refléter ce changement d'attitude[54.] Toutefois, la nouvelle position adoptée par la province n'a pas profité aux Premières nations appelantes, contrairement à ce qu'on aurait pu croire. Cette situation s'explique par le fait que, *à la demande de la province*, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a nommé l'avocat précédent de la province comme «*amicus curiae*» dans le cadre de l'appel. Ce dernier avait pour rôle de maintenir la ligne dure adoptée dans le mémoire

initial de la province et de défendre cette position devant la Cour. Tandis que la province adoptait une position plus modérée dans son mémoire, l'*amicus curiae* faisait sienne la ligne dure établie plus tôt. Qui plus est, les nouveaux arguments invoqués par la province avaient toujours pour effet de refuser aux Gitksan et aux Wet'suwet'en le redressement qu'ils demandaient.

L'adoucissement de la position de la province a également incité le Procureur général du Canada à revoir sa position et à adopter un ton plus dur qu'il ne l'avait fait auparavant. Le gouvernement fédéral a tout simplement intégré dans son nouveau mémoire des parties du mémoire antérieur de la province[55.] Par conséquent, les Gitksan et les Wet'suwet'en se sont retrouvés dans la situation peu enviable suivante : ils ont dû défendre leurs positions contre les arguments juridiques différents avancés par la province, l'*amicus curiae* et le procureur général du Canada[56.] S'il est incontestablement louable que la province ait modifié sa position de manière à y intégrer une certaine reconnaissance des droits ancestraux, elle a de toute évidence limité les bénéfices qu'auraient pu en tirer les parties autochtones en prenant des mesures pour faire en sorte que l'ancienne position soit toujours défendue devant le tribunal. Les efforts de la province ont été encore plus dilués lorsque le procureur général du Canada a fait siens bon nombre des arguments invoqués plus tôt par la province à l'égard de questions clés. En fait, l'adoption d'une nouvelle position par la province s'est traduite par l'imposition d'un fardeau plus lourd aux Gitksan et aux Wet'suwet'en.

Les actes du gouvernement dans cette affaire montrent bien comment, lorsque les intérêts des Premières nations ne viennent pas en tête de liste des préoccupations, toute tentative du gouvernement en vue de s'acquitter des obligations qui lui incombent à l'endroit des autochtones peut produire des effets contraires à ceux souhaités.

Manitoba Metis Federation v. A.G. Canada

Dans cette affaire, les défendeurs ont intenté une action contre le gouvernement fédéral en alléguant que divers textes de loi et décrets adoptés à la fin du XIX^{e} siècle étaient inconstitutionnels dans la mesure où ils avaient pour effet de priver les Métis des terres auxquelles ils avaient droit en vertu de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*. L'action en justice a été financée par le gouvernement fédéral. Malgré cet appui financier, le procureur général du

Canada a demandé la radiation de la déclaration pour absence de cause d'action[57].

L'aspect ironique de cette démarche n'avait toutefois pas échappé aux juges de la Cour d'appel :

> [Traduction] Je tiens à souligner, en passant, que je trouve tout à fait extraordinaire que le gouvernement fédéral, si je comprends bien, finance une poursuite que son procureur général du gouvernement s'efforce en même temps de tuer dans l'oeuf[58].

À la lumière de cet exemple, on constate l'incongruité du système actuel, qui oblige les Premières nations à intenter des poursuites pour obtenir la reconnaissance de leurs droits. Cela ne signifie toutefois pas que le gouvernement devrait refuser de financer les causes à l'égard desquelles il entend déposer une requête pour obtenir quelles soient annulées; il semble plutôt que le gouvernement exerce peut-être un peu trop fréquemment son droit de présenter de telles requêtes.

Lorsque le gouvernement a pris une décision politique concernant le financement d'une cause type, le ministère de la Justice devrait à coup sûr avoir pour directive d'éviter de prendre toute mesure visant à la faire annuler. Cette incohérence est un autre des facteurs qui suscitent de l'inquiétude à l'égard de la conduite de la Couronne dans le cadre de litiges.

Re Paulette et *Canadien Pacifique c. Paul*

Dans ces deux affaires, la Couronne fédérale a invoqué des raisons de compétence pour justifier son refus de participer à des litiges dans le cadre desquels des questions touchant des titres ancestraux étaient soulevées.

L'affaire *Re Paulette and Registrar of Titles* a débuté en 1973, lorsque des chefs de Premières nations signataires des traités nos 8 et 11 ont déposé auprès du registrateur des Territoires du Nord-Ouest des oppositions qui, essentiellement, avaient pour effet d'interdire toute opération foncière par des non-autochtones à l'égard des terres visées par les oppositions[59]. *Loi sur les titres de biens-fonds*, une loi fédérale, le registrateur a alors demandé à la Cour suprême des Territoires du Nord-Ouest de statuer sur la validité des oppositions. À l'occasion de l'audience initiale tenue à cet égard, les avocats de la Couronne fédérale ont contesté la compétence de la Cour suprême des Territoires du Nord-Ouest dans cette affaire. Selon eux,

l'affaire devait être entendue par la Cour fédérale. La Cour suprême a reporté sa décision sur ce point et ordonné que, entre-temps, l'affaire suive son cours.

Pour empêcher la Cour suprême d'entendre l'affaire, le gouvernement fédéral a alors demandé à la Cour fédérale un bref de prohibition. Sur ce, la Cour suprême a rendu sa décision sur la question de sa compétence, statuant qu'elle était habilitée à connaître de l'affaire[61].

Quelques semaines après que les deux jugements relatifs à la question de la compétence ont été rendus, les procédures ont repris. Toutefois, le gouvernement fédéral, qui avait porté en appel la décision de la Cour suprême, s'est désisté des procédures. Le juge de la Cour suprême, qui a qualifié le geste des avocats de la Couronne de geste «frôlant l'outrage au tribunal», a nommé un avocat de l'endroit pour aider la Cour à maintenir l'objectivité. En bout de ligne, le juge a conclu que les Premières nations détenaient un titre ainsi qu'un intérêt en common law qui pouvaient être protégés au moyen du dépôt d'une opposition en vertu de la *Loi sur les titres de biens-fonds*. La Couronne fédérale a porté en appel tant la décision sur le fond que celle sur la compétence et une majorité des juges de la Cour d'appel des Territoires du Nord-Ouest ont accueilli l'appel sur le fond, statuant qu'on ne pouvait déposer une opposition que pour protéger un titre dérivé de la Couronne. La Couronne fédérale a participé à l'audience devant la Cour d'appel.

À l'origine de l'affaire *Canadien Pacifique c. Paul*, on trouve la décision du Canadien Pacifique de présenter, en Cour suprême du Nouveau-Brunswick, une demande d'injonction pour empêcher des membres de la Première nation de Woodstock de nuire à l'utilisation d'une emprise qui lui aurait été accordée, par voie de concession, par la Couronne avant la Confédération[62].

La Cour a ajouté le procureur général du Canada à titre de co-défendeur à la demande reconventionnelle. Toutefois, le fédéral n'a produit qu'un acte de comparution conditionnelle, affirmant que toute revendication présenté contre lui devait l'être en Cour fédérale. Au procès, dans son acte de comparution, le fédéral s'est contenté de dire que le CP ne pouvait invoquer la prescription, puisque ce moyen de défense portait atteinte au titre de la Couronne fédérale et que seule la Cour fédérale était habilitée à statuer sur une telle question. En Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, le fédéral a prétendu que cette dernière n'était pas compétente pour entendre quelque aspect que ce soit de la demande reconventionnelle des Premières nations puisque toute la question relevait de la compétence exclusive de la Cour fédérale[64].

La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a clairement été froissée par le fait que le gouvernement fédéral ne soit pas représenté. En effet, elle a souligné que [Traduction] «compte tenu des obligations qui incombent à la Couronne fédérale à l'égard des Indiens, à l'usage et au profit desquels elle détient les terres en question, l'attitude adoptée au nom du procureur général ne manque pas d'étonner». La Cour a ajouté ceci: [Traduction] «[o]n aurait pu croire que la Couronne se serait fait un point d'honneur de participer à l'action pour s'assurer que la Cour puisse examiner adéquatement la question du titre[65.] Le refus du gouvernement fédéral de participer à ces deux affaires allait à l'encontre des ordonnances des tribunaux supérieurs. Fait plus important en ce qui nous concerne, le refus de participer à une audience portant sur des questions cruciales relatives aux droits et au titre des Premières nations constituait un affront à l'endroit des autochtones concernés. Comme des questions touchant les effets des lois et des responsabilités fédérales étaient en jeu dans les deux cas, le gouvernement fédéral était clairement tenu d'y prendre part. Si les peuples autochtones, qui pour la plupart communément que le système judiciaire canadien est étranger à leur culture et à leurs traditions, étaient en mesure de participer à ces procédures, le gouvernement fédéral aurait certes dû faire de même.

La conduite du gouvernement fédéral dans ces deux affaires montre éloquemment que ce dernier n'est pas disposé à s'acquitter des obligations de fiduciaire qui lui incombent à l'endroit des peuples autochtones.

Récemment, dans le cadre d'une poursuite intentée par le gouvernement du Québec contre des Algonquins, membres de la Première nation d'Eagle Village, en vertu de la *Loi sur les pêches* fédérale et de son règlement d'application[67.] .

Conclusion

De toute évidence, c'est la victoire à tout prix qui, depuis l'affaire *St. Catherine's*, guide la conduite de la Couronne dans les litiges portant sur des questions autochtones. Les positions adoptées par la Couronne dans les litiges avec les peuples autochtones sont établies sans qu'on attache une trop grande importance à ses obligations envers les peuples autochtones ou à l'importance de réformer le droit applicable. Comme l'illustre l'affaire *Bear Island*, ces positions peuvent être tout à fait à l'opposé de celles qui étaient défendues avant le début du litige. L'affaire *Delgamuukw* montre par ailleurs qu'une partie peut modifier sa position si elle a le

sentiment que l'autre a adouci la sienne. La Couronne semble disposée à recourir à tous les moyens procéduraux à sa disposition pour obtenir le rejet des revendications des peuples autochtones.

Récemment, le gouvernement fédéral a préparé un rapport contenant des lignes directrices générales qui visent à aider les gestionnaires à définir et à aborder les questions liées aux rapports fiduciaires entre la Couronne et les autochtones. Ce rapport porte sur un large éventail de questions, y compris la manière dont les obligations de fiduciaire devraient influer sur les positions adoptées dans le cadre de litiges. Selon le rapport, le gouvernement fédéral peut intervenir dans des actions ou appels touchant les intérêts des autochtones, mais :
[i]l lui revient de décider de le faire, et de quelle façon, puisqu'elle [la Couronne fédérale] doit souvent prendre en considération tout un éventail d'intérêts et d'objectifs[68]. C'est précisément cette prise en considération d'autres intérêts et objectifs qui entrent en conflit avec les obligations dont sont créanciers les peuples autochtones.

Conduite avant les litiges

Avant les litiges, la conduite des agents de la Couronne revêt une grande importance parce que c'est souvent ce facteur qui détermine quelles affaires et quels faits sont soumis aux tribunaux.

Dans le cas des affaires concernant des droits ancestraux et issus de traités, les précédents judiciaires sont tout particulièrement importants. Lorsque vient le moment de saisir les tribunaux de questions nouvelles, les Premières nations choisissent donc souvent de procéder par cause type, pour faire en sorte que la situation factuelle la moins complexe et la plus favorable à leur thèse soit présentée au juge chargé d'entendre des arguments juridiques nouveaux. La Couronne recourt aussi fréquemment à cette méthode. En effet, en choisissant les situations faisant l'objet d'appels, la Couronne tente d'établir une jurisprudence favorable. Malheureusement, les priorités de la Couronne sont à l'opposé de celles des Premières nations à cet égard; par conséquent, les affaires qui sont portées en appel devant des tribunaux supérieurs sont souvent fondées sur des faits défavorables au point de vue des Premières nations.

Qui plus est, la manière dont les agents de la Couronne se comportent lorsque vient le moment de porter des accusations contre les peuples autochtones a des répercussions considérables sur la perception qu'ont les membres des Premières nations du système de justice

canadien. La conduite des agents de la Couronne, par exemple celle des agents de protection de la faune et des agents de police, a sur l'idée que se font les autochtones des institutions judiciaires canadiennes une importance tout aussi grande que celle des juges et des procureurs de la Couronne.

R. v. Wolfe

Dans cette affaire, on a porté contre les défendeurs autochtones, bénéficiaires du Traité nº 6, des accusations pour diverses infractions liées au trafic illicite de ressources fauniques, en contravention des dispositions législatives pertinentes de la Saskatchewan[69]. À l'occasion de la rencontre initiale avec l'un des défendeurs, ainsi qu'à chacune de ses visites dans la réserve et au moment de l'expédition de chasse, l'agent d'infiltration apportait avec lui des quantités considérables de bière et d'alcool ou encore payait un verre aux défendeurs. À deux reprises, il leur a donné de l'argent pour qu'ils puissent acheter du Listerine afin de le boire. L'agent avait discuté avec son supérieur de la possibilité d'apporter de la bière dans la réserve, et ce dernier lui avait donné son autorisation.

Les défendeurs étaient tous aux prises avec de graves problèmes d'alcoolisme. Ils ont allégué que cette situation aurait dû sauter aux yeux de l'agent de la faune. Les faits présentés en preuve ont montré qu'il était évident que les défendeurs éprouvaient des problèmes d'alcool[70].

Dans la réserve d'Onion Lake, l'alcool est interdit; en effet, le règlement 5-88 de la bande d'Onion Lake, pris en 1988 avec l'approbation des membres de la bande, interdit d'apporter de l'alcool dans la réserve. La consommation d'alcool y est considérée comme un grave problème communautaire, et le règlement a précisément été adopté pour protéger la communauté. Le conseil de la bande d'Onion Lake a fourni à la GRC un exemplaire du règlement pour qu'elle le fasse respecter. Les préoccupations que les problèmes liés à la consommation d'alcool inspirent à la communauté ne datent pas d'hier : en fait, ils remontent aux négociations qui ont entouré la signature du Traité nº 6, en 1876.

Dans le cadre de ces négociations, les représentants des Premières nations ont demandé à Sa Majesté [Traduction] «d'interdire la vente de l'eau de feu dans l'ensemble de la

Saskatchewan[71] o 6, dont les défendeurs dans cette affaire sont bénéficiaires. Dans ce traité, on prévoit en effet ce qui suit :

> Sa Majesté, en outre, convient avec les dits Sauvages que dans l'étendue des limites des réserves des Sauvages, jusqu'à ce qu'il en ait été décidé autrement par son gouvernement de la Puissance du Canada, on ne permettra pas l'introduction ni la vente d'aucune boisson enivrante, et toutes les lois, maintenant en force ou qui pourront le devenir plus tard pour préserver ses sujets sauvages, demeurant sur les réserves ou ailleurs dans les limites des territoires du Nord-Ouest, des effets pernicieux provenant de l'usage des liqueurs enivrantes, seront observées rigoureusement.

Il est évident que la conduite de l'agent de protection de la faune et de son supérieur ont contrevenu au règlement du conseil et dérogé de façon importante aux dispositions énoncées dans le Traité nº 6. Le juge de la Cour provinciale a statué que ces faits ne donnaient pas ouverture à la défense de provocation policière. Il a déclaré que l'alcool était une réalité importante dans la vie de la majorité des défendeurs. Si nous mentionnons cette affaire, ce n'est pas parce que nous contestons les décisions des tribunaux, mais parce que nous croyons que la conduite des agents de la faune dans cette affaire doit être examinée à la lumière des obligations qu'ils ont envers les peuples autochtones, en tant que mandataires de la Couronne.

Les agents de la faune ont eu un comportement injustifiable. Étant donné le problème d'alcool manifeste qu'éprouvaient les défendeurs, les agents auraient dû faire davantage pour éviter que l'alcool ne joue un rôle dans l'opération. Les représentants de l'État n'ont pas respecté les obligations prévues par le Traité nº 6 et ont agi sans égard aux obligations de fiduciaire qui, en tant que mandataires de la Couronne, leur incombaient à l'endroit des défendeurs. Le Traité nº 6 prévoit explicitement que la Couronne et ses mandataires ont l'obligation d'empêcher que des boissons alcoolisées n'entrent dans la réserve et d'appliquer les dispositions existantes qui interdisent de faire entrer de l'alcool dans la réserve. Ils ont également contrevenu à la disposition existante, savoir le règlement 5-88 de la réserve d'Onion Lake, qui interdit d'apporter de l'alcool dans les lieux. Dans leur témoignage, les agents ont indiqué qu'ils ne savaient pas que l'alcool était interdit dans la réserve d'Onion Lake. Toutefois, le superviseur connaissait l'existence de réserves prohibitionnistes; il n'a tout simplement pas pris les mesures qui

s'imposaient pour vérifier si la réserve d'Onion Lake en était une. Que les faits aient été ou non suffisants pour donner ouverture à la défense de provocation policière au sens juridique, le comportement de l'agent de la faune mine déconsidère certes le système de justice.

Les violations délibérées des obligations prévues par les traités dont se sont rendus coupables les mandataires de la Couronne et qui sont à l'origine des accusations de chasse illégale portées contre des autochtones sont manifestement incompatibles avec le devoir de fiduciaire qui incombe à la Couronne[72].

R. v. Jackson et *R. v. Harvey*

Dans *R. v. Jackson*, des représentants du gouvernement de l'Ontario, après avoir reçu une plainte de la Bluewater Anglers' Association, ont, avant l'aube, effectué une descente relativement à des activités de pêche autochtones. Des membres de la Police provinciale de l'Ontario, des représentants du ministère des Ressources naturelles de l'État du Michigan et des représentants du ministère des Richesses naturelles de l'Ontario ont, par bateau, poursuivi et intercepté, l'arme au poing, des pêcheurs autochtones. À bord des bateaux, ils ont saisi des filets et d'autres engins de pêche.

Le juge de première instance s'est montré extrêmement critique à l'endroit de la conduite des mandataires de la Couronne. Après avoir examiné minutieusement l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans *R. c. Sparrow*, il a déclaré que la façon d'agir du gouvernement [Traduction] «pouvait difficilement être interprétée comme une activité s'inscrivant dans le cadre de rapports de nature fiduciaire plutôt que contradictoire» et [Traduction] qu'«[il] vo[yait] mal comment ce type de comportement permet de sauvegarder l'honneur de Sa Majesté[73]. Au bout du compte, le juge de première instance a conclu que les dispositions des dispositions législatives et réglementaires en vertu desquelles les défendeurs autochtones étaient accusés étaient incompatibles avec les droits protégés par la Constitution que leur conférait l'article 35 dans la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il leur a ainsi reconnu, en vertu de ces dispositions, une immunité limitée. Le juge a également conclu que, vu les faits de l'affaire, la façon dont la descente avait été effectuée constituait une violation des droits garantis aux défendeurs par l'article 8 et l'alinéa

10*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et que la preuve ainsi recueillie contre eux ne devaient pas être admise.

Dans l'affaire *R. v. Harvey*[74.] , la Cour a conclu que les mandataires de la Couronne avaient pris des mesures disproportionnées, compte tenu du genre d'activité qu'ils s'efforçaient de contrôler et de la situation dans laquelle se trouvaient les membres de la bande indienne de Sturgeon qui étaient accusés de se livrer au trafic du poisson, en contravention des dispositions de la *Loi sur les pêches* et de son Règlement d'application.

Le juge a statué que les preuves n'étaient pas suffisantes pour donner ouverture à la défense de provocation policière. Toutefois, il a accordé aux défendeurs une absolution inconditionnelle à l'égard de tous les chefs d'accusation. Parmi les motifs qui l'ont amené à prendre cette décision, mentionnons les constatations suivantes : l'opération du gouvernement a eu pour effet de réduire les ressources halieutiques qu'il était censé protéger; la bande indienne de Sturgeon était, pour une large part, dépendante de l'aide sociale; les sommes en jeu étaient négligeables alors que les besoins des vendeurs étaient plus grands; et, enfin, il a jugé que l'utilisation d'un agent d'infiltration muni d'un micro dissimulé constituait une mesure disproportionnée puisqu'on n'avait pas affaire à des «professionnels».

Dans les deux cas, la conduite des agents de la faune, c'est-à-dire de mandataires de la Couronne, violait indubitablement les obligations de fiduciaire qui incombaient à la Couronne à l'égard des autochtones concernés.

R. c. Moïse Dominique et al. et *R. c. Edmond Moar et al.*

Dans cette affaire, les défendeurs, membres des Premières nations attikamek et montagnaise, étaient accusés d'avoir contrevenu aux règlements de chasse du Québec. À l'époque, les Premières nations attikamek et montagnaise participaient, avec les gouvernements fédéral et provincial, à des négociations concernant des revendications globales. Ces négociations étaient en cours depuis 14 ans.

Avant même que les défendeurs aient fait part de leur intention d'invoquer leurs droits ancestraux en défense, un représentant du Secrétariat provincial des affaires autochtones les a informés que, s'ils invoquaient de tels droits, les négociations seraient suspendues, sinon définitivement interrompues[75]. En bout de ligne, la menace a été retirée par le ministre des Affaires autochtones du gouvernement du Québec, après que des représentants des Premières nations eurent exercé des pressions sur le gouvernement pour qu'il se rétracte[76].

Dépôt d'accusations multiples, pour une même infraction, contre des membres d'une communauté autochtone donnée

Dans de nombreux cas, des agents de la faune ont déposé, contre plusieurs membres d'une même communauté, des accusations multiples visant essentiellement la même infraction — habituellement, la contravention présumée de dispositions législatives ou réglementaires régissant la chasse ou la pêche[77]. On conviendra sûrement que l'attitude à prendre lorsqu'un tribunal est saisi d'une telle affaire est de laisser ce dernier se prononcer sur les questions de droit et de cesser de poursuivre inutilement d'autres membres de la même communauté, voire les mêmes personnes, pour la même activité. Présenter une défense fondée sur des droits ancestraux ou issus de traités est une tâche onéreuse et qui monopolise souvent toutes les ressources financières d'une communauté autochtone, et même davantage. Le fait de porter sans cesse de nouvelles accusations et de faire augmenter ainsi le nombre de dossiers ne fait qu'alourdir le fardeau de la communauté.

Une autre solution serait de surseoir au dépôt d'accusations des personnes déjà poursuivies indiquent qu'elles entendent présenter une défense fondée sur l'existence de droits ancestraux ou issus de traités.

Même lorsque la jurisprudence confirme l'existence de droits ancestraux ou issus de traités, la Couronne a, dans de nombreux cas, continué de porter des accusations fondées sur une interprétation étroite des affaires concernées ou sur un simple refus de les prendre en considération. Ainsi, au Manitoba, après que la Cour provinciale de cette province a, dans l'affaire *R. v. Flett*[78], décidé que les droits issus de traités avaient préséance sur les dispositions incompatibles de la *Loi sur la Convention concernant les oiseaux migrateurs*, le ministère fédéral de la Justice a recommandé aux agents de la faune de continuer d'intenter des poursuites,

puisque le jugement émanait d'un tribunal inférieur. Cette attitude a été maintenue lorsque la Cour du Banc de la Reine du Manitoba a confirmé la décision du tribunal de première instance; de fait, on a changé de stratégie que lorsque la Cour d'appel du Manitoba a refusé l'autorisation d'appeler. Ce n'est qu'à ce moment que la Couronne a abandonné de nombreuses accusations — entre 25 et 30 — qui pesaient toujours contre des membres d'au moins quatre communautés des Premières nations. Cette situation injuste aurait été exacerbée si tout ou partie des affaires en suspens avaient fait l'objet de procès.

Conclusion

Il ne faudra pas s'étonner que les peuples autochtones n'aient qu'une confiance mitigée dans le système de justice tant et aussi longtemps qu'ils auront l'impression que des accusations sont injustement déposées contre eux. La conduite des agents de la Couronne dans les affaires examinées dans la présente section témoigne d'une compréhension insuffisante de la société autochtone.

Conduite à la suite des litiges

Invoquer l'existence de droits ancestraux ou issus de traités dans le cadre d'une action en justice est une entreprise onéreuse, qui exige beaucoup de temps. Il est légitime pour les Premières nations de croire que les victoires qu'elles remportent devant les tribunaux amèneront les gouvernements à modifier leurs politiques et leurs positions. Malheureusement, il arrive souvent qu'il n'en soit pas ainsi. En effet, à la suite des victoires des peuples autochtones devant les tribunaux, les gouvernements prennent souvent un temps démesurément long pour donner suite aux jugements rendus. Plus souvent qu'autrement, ils définissent étroitement les effets et la portée de ces derniers et de leur application.

Bande indienne d'Eastmain c. Robinson

Les Cris d'Eastmain ont intenté des procédures judiciaires contre l'administrateur fédéral nommé en vertu de la Convention de la Baie James et du Nord québécois. Ils sollicitaient une ordonnance de mandamus en vue d'obliger celui-ci à entreprendre, conformément à l'article 22 de la Convention, un examen du projet hydroélectrique d'Eastmain d'Hydro-Québec. Les

procédures visaient également plusieurs ministres fédéraux, qu'on voulait contraindre à assujettir le projet à un examen public en vertu du Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement du gouvernement fédéral.

Si les Cris n'ont pas obtenu gain de cause dans leur demande fondée sur l'article 22 de la Convention, ils ont toutefois obtenu de la Section de première instance de la Cour fédérale un jugement ordonnant aux ministres fédéraux d'entreprendre l'évaluation environnementale prévue par le Décret sur les lignes directrices. Le gouvernement fédéral a porté ce jugement en appel.

Malgré le jugement de la Cour fédérale, presque quatre mois plus tard, la seule démarche que le ministre de l'Environnement était en mesure de signaler était la tenue d'une rencontre des représentants du ministère concerné à ce propos[79]. *évaluation initiale* ait été complétée[80].

En Cour d'appel fédérale, le gouvernement fédéral a eu gain de cause. Immédiatement, ses représentants ont commencé à se retirer des évaluations des effets environnementaux en cours à l'égard de divers projets connexes, y compris certains qui n'étaient pas explicitement visés par le jugement. Par exemple, dans les six jours qui ont suivi le jugement, l'administrateur fédéral a fait parvenir aux Cris une lettre dans laquelle il indiquait qu'il cessait son examen de la route Chibougamau-Némiscau[81]. Il a fallu au gouvernement fédéral près de quatre mois pour donner suite à un jugement d'où il sortait perdant, mais seulement six jours pour réagir à un jugement où on lui avait donné gain de cause. Dans l'exécution des jugements, cette politique de deux poids deux mesures est clairement contraire aux obligations de fiduciaire qui incombent au gouvernement fédéral à l'égard des Cris d'Eastmain.

R. v. Flett

M. Flett, bénéficiaire du Traité nº 5, a été, en 1985, accusé d'avoir tué deux bernaches du Canada, en contravention de la *Loi sur la Convention concernant les oiseaux migrateurs*. Devant la Cour provinciale du Manitoba, il a prétendu que ses droits de chasse issus de traités étaient maintenant inscrits dans le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et que, par conséquent, ils avaient préséance sur les dispositions de la loi en question. La Cour lui a donné raison et l'a acquitté[83]. . Également en 1989, la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a, dans une affaire analogue, statué que les droits issus de traités avaient préséance sur les dispositions

incompatibles de la *Loi sur la Convention concernant les oiseaux migrateurs*[84]. La Couronne a demandé à la Cour d'appel du Manitoba l'autorisation d'interjeter appel du jugement *Flett*, ce que la Cour, confirmant le jugement du tribunal inférieur, lui a refusé[85]. Entre la date du jugement de la Cour provinciale, soit le 14 mai 1987, et celui de la Cour d'appel, rendu en septembre 1990, la Couronne a continué d'appliquer au Manitoba les dispositions de la *Loi sur la Convention concernant les oiseaux migrateurs*, malgré les décisions des tribunaux.

Cette attitude a été expliquée par un coordonnateur de l'application du Service canadien de la faune dans le cadre des audiences de l'enquête publique sur l'administration de la justice et les populations autochtones du Manitoba. Ce dernier a en effet indiqué ce qui suit aux commissaires :

> [Traduction][L]e ministère de la Justice a recommandé que, du fait que [*Flett*] n'était qu'une décision rendue par une cour provinciale et qu'elle ne liait personne, nous continuions [à porter des accusations][86].

Dans son rapport, la Commission a vertement critiqué l'attitude du gouvernement fédéral. Voici d'ailleurs les propos des commissaires à cet égard :

> [Traduction]Aucun sursis n'a été demandé par la Couronne, ni ordonné par un tribunal. Comme le gouvernement ne disposait nullement du pouvoir de faire abstraction de cette décision, il a tout simplement fait fi de la loi. [...] Lorsque les décisions des tribunaux ne sont pas respectées, du seul fait que le gouvernement a perdu sa cause et interjeté appel, Une telle conduite déshonore le gouvernement et la Couronne. Le fait de continuer d'intenter des poursuites contre des Indiens pour les motifs rejetés par le juge de première instance Martin dans *Flett* a causé de graves préjudices aux inculpés et jeté le discrédit sur le gouvernement ainsi que sur le système de justice du Manitoba. Une telle conduite est injustifiable et ne devrait jamais être répétée[87].

Simon c. La Reine

Dans cette affaire, le défendeur, membre de la Nation mi'kmaq de Shubenacadie, était accusé d'avoir contrevenu aux règlements de la chasse de la Nouvelle-Écosse. En défense, il a invoqué le droit de chasse que lui conférait le Traité de 1752. L'affaire s'est rendue jusqu'en Cour suprême du Canada, où le défendeur a finalement eu gain de cause[88]. Le traité a été conclu dans l'intérêt de la Couronne britannique et du peuple micmac, pour maintenir la paix et l'ordre ainsi que pour reconnaître et confirmer les droits de chasse et de pêche existants des Micmacs. [...] le Traité de 1752 a été validement créé par des parties compétentes[89]. En ce qui concerne

l'argument avancé par la Couronne, selon lequel le Traité a cessé de s'appliquer après sa signature en raison d'hostilités subséquentes, la Cour a déclaré ce qui suit :

> Lorsqu'il a été établi qu'un traité valide a été conclu, la partie qui soutient qu'il a pris fin a le fardeau de démontrer les circonstances et les événements qui justifient son extinction. Les éléments de preuve contradictoires et non concluants présentés par les parties ne permettent pas à cette Cour de dire avec certitude ce qui s'est produit sur la côte Est de la Nouvelle-Écosse il y a 233 ans. Par conséquent, la Cour n'est pas en mesure de trancher cette question historique. Le ministère public n'a pas réussi à démontrer que, à cause des hostilités subséquentes au Traité de 1752, celui-ci avait pris fin[90.]

La Cour a également précisé que rien dans la conduite des Britanniques après la signature du traité n'indiquait que la Couronne considérait que celui-ci avait cessé de s'appliquer.

L'arrêt de la Cour suprême du Canada a été rendu le 21 novembre 1985. Depuis, les membres de la Nation mi'kmaq et des organismes qui la représentent ont tenté, sans grand succès, d'inciter les gouvernements fédéral et provincial à participer à un dialogue concernant ses répercussions (et celles de l'arrêt *Guerin*) sur leurs droits.

On ne peut imputer cette situation à des efforts insuffisants de la part des représentants des Mi'kmaq. À de nombreuses reprises, ces derniers ont fait part à des fonctionnaires et représentants des gouvernements de la nécessité d'engager des pourparlers et d'établir de nouvelles politiques gouvernementales, sur la foi de la jurisprudence établie par la Cour suprême. Par exemple, le 21 janvier 1987, Viola Robinson, présidente du Native Council of Nova Scotia, a pris la parole à l'occasion de la réunion fédérale-provinciale des ministres chargés des questions constitutionnelles touchant les autochtones. À cette occasion, elle a évoqué le Traité de 1752 et l'arrêt *Simon* :

> [Traduction] Pourtant, même après que le plus haut tribunal du pays a, dans un arrêt unanime, confirmé la validité du traité, ni le gouvernement fédéral, ni la Couronne, censée protéger nos traités, ni le gouvernement de la Nouvelle-Écosse n'ont, à ce jour, permis aux Micmacs d'émettre une déclaration précisant que le traité vise bel et bien les Micmacs. On n'en a pas non plus profité pour entreprendre un processus bilatéral ou trilatéral de réconciliation fondé sur le traité avec les Micmacs[91.]

L'inscription de l'article 35 dans la *Loi constitutionnelle de 1982* a renforcé la position de la Nation mi'kmaq, selon laquelle le gouvernement avait l'obligation de la consulter à propos du Traité de 1752 ainsi que de négocier avec elle[93.] .

Le 1er octobre 1986 (le Jour des traités chez les Mi'kmaq), la Nation mi'kmaq a promulgué des lignes directrices provisoires en matière de chasse, qui incorporaient sa position à l'égard de la compétence sur ses droits et des règlements s'y appliquant[94]. Le gouvernement de la Nouvelle-Écosse était au fait de l'arrêt *Simon* depuis novembre 1985 et de la position des Micmacs qui était énoncée dans les *Interim Hunting Guidelines* depuis octobre 1986. À ce jour, les Micmacs ne connaissent toujours pas la position du gouvernement[95]. À l'occasion de cette réunion, un représentant du gouvernement provincial a déclaré que la province avait délibérément choisi de ne pas prendre position afin de permettre aux négociations de pouvoir débuter «sous toutes réserves». Il est difficile, c'est le moins qu'on puisse dire, d'entamer des négociations avec une partie qui refuse de faire connaître publiquement sa position initiale. L'attitude adoptée par la province dans les négociations complique énormément la tâche des parties autochtones qui ne connaissent pas les arguments qu'elles sont censées réfuter.

À l'occasion d'une réunion à laquelle participaient des représentants du gouvernement fédéral, de l'Union of Nova Scotia Indians, du Grand Council of Micmacs et du Native Council of Nova Scotia, le 17 septembre 1987, soit près de deux ans après que l'arrêt eut été rendu, il est apparu que les représentants du ministère fédéral de la Justice et du ministère des Affaires indiennes n'avaient encore déployé aucun effort véritable pour réévaluer les revendications des Mi'kmaq de la Nouvelle-Écosse à la lumière de l'arrêt *Simon* (et de l'arrêt *Guerin* de la Cour suprême). Dans *Simon*, le gouvernement fédéral était intervenu et avait témoigné en faveur des droits issus de traités des Mi'kmaq.

Dans le cadre d'une réunion du Comité du Conseil des ministres chargé des affaires autochtones, tenue le 30 septembre 1987, le gouvernement de la Nouvelle-Écosse a réitéré sa position (ou son absence de position) à l'égard du Traité de 1752[96]. Le 5 novembre 1987, le gouvernement de la Nouvelle-Écosse a fait parvenir aux représentants des Mi'kmaq une première version d'un accord provisoire en matière de chasse. Dans cet accord, on réaffirmait que les dispositions provinciales en matière de protection de la faune avaient préséance sur les droits issus de traités des Mi'kmaq. Aussi a-t-il été jugé inacceptable. Néanmoins, l'Union of Nova Scotia Indians était disposée à adopter les mesures proposées concernant la sécurité qu'on y retrouvait, sans mention toutefois des lois provinciales.

La dispute a atteint son point culminant à l'automne 1988, c'est-à-dire au moment où la province a annoncé qu'elle envisageait, en vue de la chasse prévue pour octobre au Cap Breton, de faire tirer au hasard des permis de chasse à l'orignal. En juillet, on a ainsi désigné, au moyen d'une sorte de loterie, 200 personnes qui allaient obtenir un permis. Aucune mesure précise n'a été prise à l'égard des Mi'kmaq vivant dans la province. De fait, malgré l'arrêt *Simon*, l'existence d'une série de traités protégeant leurs droits et, enfin, l'inscription de l'article 35 dans la *Loi constitutionnelle de 1982*, on s'attendait à ce qu'ils participent à la loterie au même titre que les non-autochtones[97]. Les Mi'kmaq ont réagi au refus de la province de respecter leurs droits issus de traités en organisant, en septembre, leur propre chasse à l'orignal. Les chasseurs mi'kmaq, qui devaient se conformer aux lignes directrices provisoires en matière de chasse, devaient en outre être titulaires d'un certificat en maniement des armes à feu avant qu'un permis ne leur soit délivré. Le gouvernement a condamné la chasse à l'orignal des Mi'kmaq, précisant que [Traduction] «quiconque chassera l'orignal au Cap Breton en dehors de la période de chasse autorisée et sans un permis en bonne et due forme délivré par le ministère des Terres et des Forêts contreviendra à la loi sur la protection de la faune de la Nouvelle-Écosse et à son règlement d'application et sera traduit en justice[98]. À la suite des menaces de poursuite formulées par la province, l'Union of Nova Scotia Indians (UNSI) a écrit à Bill McKnight, ministre fédéral des Affaires indiennes, pour lui demander de prendre, en sa capacité de fiduciaire, des mesures visant à faire en sorte que la province cesse de s'opposer à l'exercice des droits issus de traités dont bénéficiaient les Mi'kmaq[99]. *Simon*, a, dans une réponse datée du 28 novembre 1988, présenté une interprétation restrictive de la portée de l'arrêt *Simon* et décliné toute forme d'engagement, si ce n'est une participation aux négociations menées par les Mi'kmaq et la province pour clarifier les droits de chasse ancestraux en Nouvelle-Écosse. Le 31 octobre 1988, le président de l'UNSI, Alex Christmas, a de nouveau écrit au gouvernement fédéral pour lui demander d'accorder une aide financière et technique dans le cadre de ces dossiers. Dans sa réponse datée de janvier 1989, le ministre a refusé d'accorder une aide financière et a aiguillé les Mi'kmaq vers les ressources et services de base offerts par le Centre de recherche historique et de l'étude des traités[100]. À la suite de la chasse à l'orignal organisée par les Mi'kmaq, 14 chasseurs mi'kmaq ont été inculpés de diverses infractions en vertu des lois et règlements provinciaux

relatifs à la protection de la faune. La Couronne a fait part à l'Union of Nova Scotia Indians de son intention de plaider non seulement que le Traité de 1752 n'avait qu'une portée limitée sur le plan géographique et ne s'appliquait pas aux activités en question, mais aussi que les hostilités subséquentes avaient mis un terme à son application. Ce dernier argument avait été soulevé devant la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Simon*. À cette époque, la Cour a statué que la preuve soumise à ce propos était non concluante et contradictoire et que, en outre, la Couronne n'avait pu montrer que des hostilités subséquentes avaient mis fin à l'application du Traité de 1752[102.] .

Quelques mois avant que soient entendues par les tribunaux les affaires de chasse à l'orignal, le procureur général avait cherché à faire valoir cet élément de preuve dans un autre affaire de chasse. Dans *R. v. Dorey*, le défendeur a été acquitté parce que la Couronne n'a pu prouver qu'il avait la carcasse e l'animal en sa possession. Toutefois, la Couronne a déposé des arguments écrits expliquant pourquoi, à son avis, l'arrêt *Simon* de la Cour suprême du Canada, n'avait pas, relativement à la question de la validité du Traité de 1752, l'effet de la chose jugée. La province a prétendu que l'arrêt *Simon* ne faisait qu'établir une *présomption* de validité du traité. Elle a fait valoir, au soutien de cet argument, que la Cour suprême avait statué que la province n'avait pas satisfait au fardeau de la preuve et prouvé que le traité avait été éteint[103.]

Avec tout le respect dû aux auteurs de ces mémoires, comme il appartient toujours à la Couronne de prouver l'extinction de droits ancestraux ou issus de traités[104.] *Dorey*.

Dans les affaires de chasse à l'orignal, la Couronne a proposé la tenue d'un long procès. Toutes les demandes d'aide financière ont été refusées. À l'occasion du procès, l'avocat des Mi'kmaq a écrit à l'avocat du Procureur général pour se plaindre de la conduite de la Couronne. Selon l'avocat des Mi'kmaq, certains comportements de l'avocat de la Couronne à l'endroit des témoins experts et des participants mi'kmaq dénotaient de l'insensibilité à l'égard des différences raciales[105.] Après de nombreuses semaines de procès, mais avant la fin de celui-ci, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a rendu sa décision dans l'affaire *R. v. Denny, Paul and Sylliboy*[106.] . La Cour d'appel a statué que les trois pêcheurs mi'kmaq bénéficiaient d'un droit de pêche ancestral dans les eaux de la Nouvelle-Écosse, droit qui n'avait été éteint ni par traité ni par voie législative, que les dispositions législatives relatives à la pêche ne donnaient pas la priorité aux

besoins des Mi'kmaq et, enfin, que ces derniers ne bénéficiaient que d'une immunité limité à l'égard des poursuites intentées en vertu des dispositions législatives relatives à la pêche du gouvernement fédérale, c'est-à-dire dans la mesure où ces dispositions avaient pour effet d'entraver l'exercice de leurs droits ancestraux. Étant donné ses conclusions sur les droits ancestraux, la Cour n'a pas jugé nécessaire de statuer sur la question des droits issus de traités.

L'avocat qui représentait les Mi'kmaq dans les affaires de chasse à l'orignal a déposé une requête dans laquelle il demandait l'acquittement des accusés, compte tenu de l'arrêt *Denny*. La Couronne a pour sa part affirmé que cet arrêt créait une présomption d'existence de droits de chasse ancestraux que les éléments de preuve qu'elle avait présentés dans les affaires de chasse à l'original n'avaient pas réfutée, et elle ne s'est donc pas opposée à la requête demandant le rejet de l'action.

Pour défendre les personnes inculpées dans les affaires de chasse à l'orignal, les organisations représentant les Mi'kmaq avaient contracté une dette de plus de 200 000 $. Compte tenu des circonstances particulières, ces organisations ont à nouveau demandé au bureau du procureur général d'assumer les frais juridiques engagés dans le cadre du procès relatif à la chasse à l'orignal. La Couronne a refusé[107]. Entre-temps, soit en octobre 1989, le gouvernement de la Nouvelle-Écosse et les dirigeants des groupes mi'kmaq de la province ont signé, sous toutes réserves, des accords de conservation provisoires, relativement aux activités de chasse et de piégeage.

Aux fins de la présente étude, deux observations principales découlent du comportement adopté en Nouvelle-Écosse par les couronnes fédérale et provinciale à la suite de l'arrêt *Simon*. Premièrement, comment les gouvernements doivent-ils réagir à des jugements favorables aux Premières nations? Dans le cas qui nous intéresse, les réactions étaient-elles appropriées? Deuxièmement, quelle obligation ont les gouvernements de reconnaître les déclarations des tribunaux relativement à l'existence de droits ancestraux ou issus de traités?

À notre avis, les jugements favorables aux Premières nations devraient bénéficier d'une interprétation large et libérale de la part des gouvernements. Les politiques et les positions gouvernementales à l'égard des revendications des Premières nations devraient sans cesse être étudiées et suivre l'évolution du droit[108]. D'abord, on doit tenir compte de l'inégalité de la situation respective des gouvernements et des peuples autochtones. Comme nous l'avons

souligné dans l'introduction du présent document, les peuples autochtones ont, pendant plus d'un siècle, été pratiquement exclus du système de justice canadien, et une bonne part de la jurisprudence concernant leurs revendications, à commencer, au Canada, par l'affaire *St. Catherine's Milling*, a été établie sans la participation des Premières nations. De 1927 à 1951, la *Loi sur les Indiens* interdisait à quiconque de recueillir des fonds pour financer des revendications indiennes[109]. Il résulte de tout cela qu'une jurisprudence a été établie sans que les peuples autochtones du Canada aient la possibilité de faire valoir et de défendre leur position en droit devant les tribunaux.

Nous croyons également que la Couronne, tant fédérale que provinciale, en ne tenant pas compte des répercussions de l'arrêt *Simon* et en ne revoyant pas ses politiques concernant les droits des Mi'kmaq à la lumière de cet arrêt, a violé ses obligations de fiduciaire à leur endroit. Il n'y a pas que les tribunaux qui soient tenus d'interpréter de manière large et libérale les droits issus de traités des Premières nations. La protection dont jouissent les droits ancestraux et issus de traités par l'application des obligations de fiduciaire et de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* n'a pas uniquement pour effet que d'obliger les tribunaux à examiner la conduite de la Couronne, mais également de forcer les gouvernements et les législateurs à revoir leur propre conduite en ce qui concerne les droits des Premières nations[110]. Pour ce qui concerne la Charte, le professeur Slattery a fait remarquer que l'application adéquate de ce texte dépend moins des activités de ceux qui sont chargés de contrôler la conduite d'autrui (par exemple, les tribunaux) que des activités de ceux qui sont directement tenus d'agir ou de s'abstenir d'agir d'une certaine façon. Ceux qui sont directement liés par une telle obligation sont tenus d'évaluer le caractère raisonnable des mesures qu'ils envisagent de prendre, à la lumière des garanties prévues par la Charte, et ensuite d'agir en conséquence[111]. Un tel raisonnement s'applique également aux droits inscrits à la partie II de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La reconnaissance et la confirmation des droits ancestraux et issus de traités dépendent non seulement du contrôle des activités gouvernementales par les tribunaux, mais aussi de l'évaluation, par les gouvernements, de leur propre comportement ainsi que de la prise des mesures correctrices qui s'imposent.

L'arrêt R. c. Sparrow et la notion de «remplacement par un texte législatif ou réglementaire»

Bon nombre de peuples autochtones ont célébré comme une victoire l'arrêt *R. c. Sparrow* de la Cour suprême du Canada. Dans ce jugement, la Cour a établi des lignes directrices applicables à l'interprétation de la protection constitutionnelle des droits ancestraux et issus de traités.

La Cour a également mis un terme à la controverse touchant les conditions d'extinction des droits ancestraux. Avant *Sparrow*, *Calder c. Colombie-Britannique (P.G.)* était la seule autre décision portant sur l'extinction des droits ancestraux[113]. Le juge Hall, s'exprimant également pour deux autres membres de la Cour, a conclu qu'il incombe à la Couronne de prouver qu'elle a l'intention d'éteindre des droits ancestraux et que cette intention doit être claire et expresse[114].

Dans *Sparrow*, la Cour suprême, après avoir examiné ces deux façons d'aborder l'extinction, s'est unanimement prononcée en faveur de celle proposée par le juge Hall dans *Calder*[115]. Ainsi, il est clair, du moins depuis *Sparrow*, qu'on ne peut plus prétendre que des droits ancestraux sont éteints du seul fait qu'ils sont incompatibles avec des dispositions législatives ou réglementaires. En réponse aux arguments du fédéral, qui prétendait que les droits de pêche ancestraux avaient été éteints par règlement, la Cour a déclaré ce qui suit :

> En réalité, l'intimé confond dans son argumentation la réglementation et l'extinction. Que l'exercice du droit fasse l'objet d'une réglementation très minutieuse, cela ne signifie pas que ce droit est par le fait même éteint[116].

On aurait pu s'attendre à ce que l'éclaircissement fourni par la Cour suprême se traduise par une modification de la politique fédérale en matière d'extinction. Cela ne semble toutefois pas avoir été le cas.

La notion de «remplacement par un texte législatif ou réglementaire» est l'un des divers facteurs que le gouvernement fédéral a pris en considération dans l'examen des demandes de négociation de revendications territoriales globales. Comme nous l'avons mentionné précédemment, la présentation d'une telle demande est, outre le dépôt d'une action en justice, le seul moyen dont disposent les Premières nations qui désirent régler des revendications fondées sur l'existence d'un droit ancestral. Un représentant du gouvernement fédéral a défini ainsi la notion de «remplacement par un texte législatif ou réglementaire» :

> [Traduction][L]es dispositions législatives par lesquelles le gouvernement fédéral éteint ou circonscrit, directement ou indirectement, des droits ancestraux. Elle s'entend

> également des textes de loi et autres actes valides des provinces - par exemple de la concession de terres par patente, de la prise de règlements relatifs aux ressources et de l'imposition de restrictions à l'égard de la chasse, de la pêche ou d'autres activités ancestrales - qui ont pour effet d'éteindre ou de limiter de tels droits ancestraux. Cette interprétation découle de la thèse du juge Judson dans l'arrêt *Calder*. Même si la Cour suprême n'a pas tranché cette question de manière décisive, les tribunaux ont par la suite eu tendance à confirmer la validité de mesures législatives imposant ce type de restrictions[117].

Maintenant que la Cour suprême a tranché cette question de manière décisive dans le sens contraire de la «thèse du juge Judson» et de la position adoptée dans cette définition de la notion de «remplacement par un texte législatif ou réglementaire», on pourrait s'attendre à ce que le gouvernement fédéral ait révisé cette notion, qui s'inscrit dans une politique ayant eu pour effet de limiter de façon considérable les revendications des Premières nations. Au moment où l'on mettait la dernière main à la rédaction du présent document, le gouvernement fédéral, toutefois, estimait toujours que la notion de «remplacement par un texte législatif ou réglementaire» constitue un facteur qui doit être pris en considération dans l'examen des revendications globales[118]. Selon une représentante de la Direction générale des revendications globales, il est tenu compte de l'arrêt *Sparrow*, mais la politique du remplacement par un texte législatif ou réglementaire n'a pas changé. Ainsi, lorsque, de l'avis du gouvernement fédéral, des mesures législatives ont remplacé des droits visés par une revendication, cette revendication ne fait pas l'objet de négociations. Des analyses juridiques de l'arrêt *Sparrow* et des directives préparées dans la foulée de cette décision ont été distribuées au sein du ministère. Cependant, lorsqu'on lui a demandé si cette politique avait été modifiée par une politique publique ou interne fondée sur l'arrêt *Sparrow*, la représentante interrogée a indiqué que, pour autant qu'elle sache, elle ne l'avait pas été.

Comment le gouvernement fédéral peut-il continuer d'invoquer le remplacement par un texte législatif ou réglementaire et la thèse du juge Judson pour refuser de négocier des revendications globales, alors même que cette thèse a été rejetée par la Cour suprême du Canada? Les Premières nations ont le droit de s'attendre à ce que les décisions judiciaires qui leur sont favorables, particulièrement celles de la Cour suprême du Canada, se traduisent par la révision des politiques fédérales incompatibles avec ces décisions. En négligeant de procéder à de telles révisions, la Couronne viole ses obligations de fiduciaire.

Williams c. La Reine

Dans l'affaire *Williams*, il apparaît que le gouvernement fédéral a su, de manière relativement efficiente, revoir sa politique à la suite d'un arrêt rendu par la Cour suprême du Canada[119].

Cette affaire portait principalement sur la taxation de prestations d'assurance-chômage reçues par des membres des Premières nations inscrits en vertu de la *Loi sur les Indiens*. La question de droit que devait trancher la Cour suprême, afin de pouvoir décider si l'exemption d'impôt prévue par l'article 87 de la *Loi sur les Indiens* s'appliquait, était le *situs* des prestations d'assurance-chômage.

La Cour a statué que les prestations en question étaient exonérées d'impôt parce que l'emploi ouvrant droit aux prestations était manifestement occupé dans une réserve. La Cour a déclaré ce qui suit : «En ce qui concerne les prestations d'assurance-chômage reçues par l'appelant, un facteur particulièrement important est le lieu de l'emploi qui l'a rendu admissible aux prestations.» La Cour a rejeté l'utilisation des règles du droit international privé, selon lesquelles le *situs* d'une créance est le lieu de résidence du débiteur. La Cour a élargi le critère pour permettre la prise en considération de facteurs de rattachement permettant de relier le revenu d'un Indien à la réserve.

La Cour a déclaré qu'il faut réexaminer attentivement, à la lumière de sa décision qu'une telle conclusion ne peut être tirée directement du droit international privé, la règle selon laquelle le lieu de résidence du débiteur serait le facteur exclusif pour déterminer si les prestations versées sont visées par l'exemption prévue à l'article 87 de la *Loi sur les Indiens*. Toutefois, la Cour a statué que l'affaire dont elle était saisie ne justifiait pas l'établissement d'un critère permettant de déterminer le *situs* de la réception d'un revenu d'emploi. Il apparaît clairement que la Cour estimait que la question qui doit être réexaminée est non pas la pertinence du lieu de résidence du débiteur comme facteur, mais plutôt le recours aux règles du droit international privé pour décider de l'application de l'exemption d'impôt prévue par l'article 87 de la *Loi sur les*

Indiens. Plus tôt, la Cour avait en effet déclaré ce qui suit : «Il se peut que la résidence du débiteur demeure un facteur important, voire même le seul. Toutefois, on ne peut arriver directement à cette conclusion à partir d'une analyse de la façon dont le droit international privé tranche cette question.»

Malgré la mise en garde de la Cour suprême indiquant que l'affaire *Williams* n'était pas un cas qui justifiait de définir des règles concernant le *situs* d'un revenu d'emploi, Revenu Canada a, en décembre 1992, soit huit mois l'arrêt *Williams*, revu son application des exemptions d'impôt prévues par la *Loi sur les Indiens*. Se fondant sur l'arrêt *Williams*, Revenu Canada a établi que, à compter du 1er janvier 1994, [Traduction] «le salaire d'un Indien ne sera plus exonéré d'impôt du simple fait qu'il est versé par un employeur situé sur une réserve. C'est l'endroit où les tâches sont exécutées qui constituera désormais le principal facteur[120.] Dans son interprétation, Revenu Canada n'a pas tenu compte de la décision *McNab*[121.] , rendue en septembre 1992 par la Cour canadienne de l'impôt. Dans cette décision, la Cour a statué que le revenu d'emploi visé était exonéré d'impôt conformément à l'article 87 de la *Loi sur les Indiens*, même si elle avait par ailleurs conclu que le lieu de travail du bénéficiaire était situé non pas dans la réserve, mais bien à Regina.

Dans ce cas, la modification de la politique était clairement à l'avantage du gouvernement du Canada. Il semble que, dans les cas où il estime qu'il est dans son intérêt de le faire, le gouvernement soit en mesure de réagir assez rapidement et modifier une politique concernant les Premières nations pour tenir compte de décisions de la Cour suprême du Canada.

Responsabilité du ministère en vertu de la Loi sur les Indiens à la suite de décisions des tribunaux

Un autre secteur dans lequel le gouvernement a montré de la réticence à donner suite aux décisions des tribunaux est la responsabilité du gouvernement en ce qui concerne la répartition des subventions en application des programmes sociaux du ministère des Affaires indiennes.

En février 1990, un tribunal des droits de la personne du Canada a statué que le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien avait le pouvoir, de fait le pouvoir exclusif, d'assurer des services d'enseignement aux Indiens en vertu de la loi[122.] *Courtois*), le conseil de bande avait

suspendu pour une période de deux ans la prestation de services d'enseignement aux enfants de femmes rétablies dans leurs droits en vertu du paragraphe 11(2) de la *Loi sur les Indiens*. Les enfants d'hommes ayant épousé une non-Indienne avant 1985 recevaient de tels services dans la réserve.

L'une de ces femmes s'était plainte, par lettre, au ministère des Affaires indiennes de la décision du conseil de refuser d'admettre sa fille à l'école administrée par la bande. Le ministère n'a pas pris de mesures concrètes pour répondre à cette plainte et financer la prestation de services d'enseignement dans la réserve à l'intention des enfants des femmes qui avaient été rétablies dans leurs droits. Par conséquent, une plainte a été déposée auprès de la Commission des droits de la personne.

Dans sa décision défavorable au ministère des Affaires indiennes, le tribunal a conclu que, en vertu de la *Loi sur les Indiens*, la prestation de services d'enseignement relevait expressément du ministère des Affaires indiennes. Contrairement aux prétentions du ministère, c'était lui et non le conseil de bande qui fournissait des services d'enseignement, même si l'administration du programme d'enseignement avait été déléguée au conseil de bande.

Récemment, une femme à qui le conseil de bande a refusé des fonds destinés à l'enseignement postsecondaire, apparemment pour des raisons politiques, a demandé l'aide du ministère des Affaires indiennes. Des représentants du ministère, qui avaient été mêlés à l'affaire *Courtois*, lui ont refusé leur aide, affirmant qu'ils ne voulaient pas s'ingérer dans les affaires du conseil de bande. La femme s'est vue opposer ce refus malgré la décision du tribunal des droits de la personne du Canada dans *Courtois*. En l'espèce, il semble que le ministère n'ait pas pris de mesures pour sensibiliser ses bureaucrates à la question, et qu'il ait décidé de ne pas tenir compte de la décision du tribunal et de défier la loi en continuant de refuser d'assumer la responsabilité d'un programme, lorsque l'administration de celui-ci a été déléguée au conseil de bande.

Native Women's Association of Canada c. Canada

Dans cette affaire, la Native Women's Association of Canada (NWAC) a intenté des poursuites contre le gouvernement fédéral, alléguant que celui-ci avait fait preuve de discrimination à son endroit et violé ses droits à l'égalité et à la liberté d'expression en finançant et en permettant la participation de quatre autres associations des Premières nations aux pourparlers concernant la

modification des parties I et II de la *Loi constitutionnelle de 1982*, alors qu'il avait refusé d'agir de même pour elle.

La NWAC n'a pas eu de succès en première instance, mais a eu partiellement gain de cause en appel. En effet, la Cour d'appel fédérale a statué que le gouvernement fédéral avait violé les droits que l'alinéa 2*b*) et l'article 28 de la Charte garantissent à la NWAC. Cette décision a été rendue le 20 août 1992. Par la suite, la NWAC s'est rendue à Charlottetown où se tenait la conférence constitutionnelle suivante, s'attendant à participer aux pourparlers au même titre que les autres associations des Premières nations. Toutefois, malgré la décision de la Cour d'appel fédérale, selon laquelle le refus d'autoriser la participation de la NWAC violait la *Charte canadienne des droits et libertés*, le gouvernement fédéral n'a pris aucune mesure pour permettre à la NWAC de participer à ces pourparlers et a refusé à ses représentantes l'autorisation d'assister à la conférence.

Conclusion

Le gouvernement ne semble pas avoir mis en place de mécanisme de révision routinière de toutes les lois et politiques applicables aux peuples autochtones pour tenir compte des décisions des tribunaux. Les affaires citées dans la présente section montrent que de telles révisions ne sont apportées que de façon aléatoire et, bien souvent, seulement à l'instigation des peuples autochtones ou si le gouvernement estime qu'il est dans son intérêt de le faire.

Comparaisons : l'expérience du Bureau of Indian Affairs aux États-Unis

Le droit canadien relatif aux questions autochtones a beaucoup en commun avec le droit américain en la matière. De vieilles décisions américaines, *Johnson v. M'Intosh* et *Worcester v. Georgia*, ont beaucoup influencé l'évolution du droit canadien relatif aux questions autochtones. En droit américain, la notion d'obligations de fiduciaire, qu'on désigne souvent sous l'appellation «responsabilités de fiduciaire» (*trust responsibility*), joue aussi un rôle important[123].

Comme au Canada, c'est au gouvernement fédéral des États-Unis qu'incombe la responsabilité première de veiller au respect des droits des Premières nations. Aux États-Unis, le Bureau of Indian Affairs est le principal instrument que le gouvernement utilise pour s'acquitter

de ses responsabilités de fiduciaire. Même si les activités les plus importantes du Bureau ont trait à la prestation de services d'enseignement et à la gestion des ressources tribales, particulièrement les terres, y compris les droits miniers et les droits relatifs à l'eau, il représente souvent, devant les tribunaux américains, les intérêts des autochtones (qu'il s'agisse de tribu ou de personne) contre des États ou d'autres entités[124.] À l'inverse, au Canada, le gouvernement fédéral intervient plus souvent qu'autrement au côté des provinces dans les litiges intentées par des Premières nations ou contre ces dernières, et se range rarement du côté des autochtones devant les tribunaux.

Dans une affaire, *Simon c. La Reine*, où nous avons constaté que le gouvernement fédéral avait fait front commun avec les autochtones, il ne s'est toutefois pas prononcé sur la question de savoir si le Traité de 1752 avait cessé de s'appliquer en raison d'hostilités subséquentes, et, même s'il plaidé que ce document était bel et bien un traité au sens de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens* et du paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, il a prétendu que les règlements provinciaux devaient s'appliquer au défendeur autochtone et ce, malgré l'existence d'un droit issu de traité — un appui plutôt mitigé à la thèse défendue par les Mi'kmaq[125.] Dans une autre affaire, *Municipalité d'Oka c. Jean-Roch Simon*[126.] , la question qui se posait était celle de savoir si les règlements municipaux s'appliquaient aux terres occupées par des autochtones. Même si la Couronne a soutenu la thèse plaidée par les parties autochtones, savoir que ces règlements ne s'appliquaient pas, elle a refusé d'affirmer que les terres en cause étaient des terres visées par le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* («terres réservées pour les Indiens»), préférant plutôt arguer qu'il s'agissait de terres publiques fédérales visées au paragraphe 91(1A). Encore une fois, il s'agit d'un cas où la Couronne fédérale défend sa position constitutionnelle contre les administrations provinciales, tout en refusant de prendre expressément position en faveur des intérêts des autochtones.

Aux États-Unis, le gouvernement fédéral a intenté des poursuites contre des États sur des points importants touchant les droits ancestraux et issus de traités, notamment contre l'État de Washington dans des affaires touchant des droits de pêche issus de traités et le titre ancestral visant le lit d'une rivière[128.] . Dans de tels cas, le Bureau of Indian Affairs agit par l'entremise du ministère de la Justice.

Dans les cas où le gouvernement fédéral a refusé d'agir au nom d'une tribu, il est arrivé que les tribunaux acceptent de revoir une telle décision administrative et ordonnent l'engagement d'une action possessoire, en s'appuyant sur la théorie suivante : le rôle de fiduciaire qu'exerce le gouvernement fédéral sur les terres indiennes et qui découle des limites fixées par la loi en matière d'aliénabilité de ces terres impose au gouvernement l'obligation d'agir pour protéger les droits possessoires des Indiens. Dans *Joint Tribal Council of Passamaquoddy Tribe v. Morton*, par exemple, la Cour a examiné la décision du procureur général des États-Unis de ne pas intenter de poursuites au nom d'une tribu indienne et a déclaré ce qui suit :

> [Traduction] De plus, dans *Oneida Nation*, la Cour a établi clairement que le gouvernement des États-Unis a, en vertu des obligations de fiduciaire que lui impose la *Non-Intercourse Act*, l'obligation de faire tout ce qui est nécessaire pour protéger les terres indiennes lorsqu'il apprend que des droits indiens ont été violés, même s'il n'a pas participé à l'opération injustifiable[129].

La Cour a déclaré que le gouvernement des États-Unis entretenait des rapports de fiduciaire avec les Passamaquoddy et ne pouvait refuser de donner suite à la demande de la tribu des Passamaquoddy d'intenter des poursuites pour le compte de celle-ci, pour le seul motif qu'il n'existait pas de relation de fiduciaire entre les États-Unis et la tribu.

À la suite d'un arrêt récent de la Cour suprême des États-Unis, dans lequel celle-ci a statué qu'une tribu ne pouvait intenter une poursuite en dommages-intérêts contre un État, parce que ce dernier bénéficiait d'une immunité absolue à l'égard de telles poursuites, le rôle du gouvernement fédéral dans les litiges opposant les autochtones aux États est devenu plus important[131] .

Incapacité du Bureau de s'acquitter de ses obligations de fiduciaire

On a fréquemment reproché au Bureau d'avoir mal géré les ressources placées en fiducie et de ne pas avoir respecté les responsabilités de fiduciaire qui lui incombent à l'endroit d'Indiens et de tribus[133] . Dans *Scholder*, la Cour d'appel a reproché au Bureau de ne pas offrir des services d'irrigation aux fermiers indiens, tandis qu'il mettait de tels services à la disposition des non-Indiens. La Cour a déclaré :

> [Traduction]Nous nous sentons obligés d'ajouter que la conduite du Bureau, ainsi que le montre la preuve qui nous a été présentée, confine au scandaleux. Au mieux, elle traduit une grossière insensibilité. Les États-Unis ont à l'endroit des Indiens de ce pays, une

> obligation morale élevée, et le Congrès a confié aux responsables du Bureau of Indian Affairs la responsabilité de respecter cette obligation. Dans le cas présent, il ne fait aucun doute à nos yeux que le Bureau n'a pas respecté ses responsabilités. [...] il n'est guère surprenant que les actions du Bureau aient donné lieu à des poursuites. Ses représentants ne devraient trouver aucune satisfaction dans le fait que, après deux années d'un litige coûteux, nos concluions que l'immunité absolue met leur décision à l'abri d'un examen judiciaire[134].

Le problème auquel fait face le Bureau of Indian Affairs des États-Unis ressemble en fait beaucoup à celui du ministère des Affaires indiennes du Canada. Et le Bureau et le ministère ont la responsabilité de défendre les intérêts des Premières nations lorsque ces intérêts sont menacés par d'autres, en raison des obligations de fiduciaire que le gouvernement doit remplir à leur endroit. Toutefois, dans bon nombre de cas, la menace vient d'autres organismes du gouvernement. Canby souligne ce qui suit :

> [Traduction]Lorsque la lutte pour la préservation de l'actif de la fiducie se déplace sur la scène judiciaire, les rapports de fiduciaire soulèvent des problèmes encore plus graves. Le Bureau of Indian Affairs est au départ représenté par le Solliciteur du département de l'Intérieur puis, si les tribunaux sont saisis de l'affaire, par le département de la Justice. Ces deux organismes sont chargés de représenter non seulement les intérêts des Indiens, mais aussi ceux des organismes avec lesquels les tribus entrent fréquemment en conflit [...]. Un avocat de pratique privée ne pourrait représenter des clients ayant des intérêts si manifestement opposés sans faire d'accroc aux règles de la déontologie, mais les avocats du gouvernement, eux, le font régulièrement[135].

Dans *Pyramid Lake Paiute Tribe v. Morton*, la Cour de district fédérale a annulé l'allocation de ressources en eau que le secrétaire de l'Intérieur avait faite à titre de «solution de compromis», sans tenir suffisamment compte de la notion de responsabilité de fiduciaire :

> [Traduction]Si la bonne foi du secrétaire n'est pas mise en doute, sa façon d'aborder le difficile problème auquel il faisait face lui a fait perdre de vue les prescriptions de la loi qui auraient dû guider son action. La loi ne l'autorisait tout simplement pas à traiter l'affaire comme une «question d'appréciation». La tâche du secrétaire ne consistait pas à répartir des ressources en eau entre le district et la tribu d'une manière qui puisse être acceptable pour toutes les parties pendant l'année à venir. La question n'avait pas encore été tranchée par les tribunaux, et la tribu avait fait valoir des droits bien établis. Il incombait au secrétaire de justifier avec précision tout détournement des eaux placées sous le contrôle de la tribu. Il n'avait pas pour tâche de tenter de trouver une solution de compromis[136]. Toutefois, la Cour suprême des États-Unis, dans un jugement ultérieur, a statué que le gouvernement n'est pas toujours en mesure de suivre les «normes exigeantes d'une fiducie privée» lorsque sont déléguées à des représentants du gouvernement des responsabilités qui concernent des tribus autochtones et qui sont

opposées à d'autres intérêts[137].

Dans cette affaire (*Nevada*), le gouvernement des États-Unis avait intenté une action au nom de la Pyramid Lake Paiute Tribe, qui revendiquait des droits sur les eaux de la rivière Truckee. Dans une affaire précédente dont avait été saisi la Cour de district et qui s'était soldée par un règlement entre les propriétaires fonciers et le gouvernement des États-Unis, qui agissait au nom de la tribu, la Cour avait alloué à la tribu une certaine portion des eaux de la rivière. Le gouvernement des États-Unis, compte tenu des obligations qu'il devait remplir envers la tribu en raison de ses obligations de fiduciaire, demandait alors des droits additionnels sur les eaux pour le compte de la tribu. La Cour suprême a statué que le gouvernement des États-Unis ne pouvait, en raison du principe de la chose jugée, saisir les tribunaux de cette affaire, étant donné que le règlement de la revendication antérieure avait permis de disposer de ces questions. Même si elle a reconnu l'existence des [Traduction] «obligations de fiduciaire particulières qui incombent au gouvernement dans ses rapports avec les tribus indiennes», la Cour a néanmoins statué que, dans ce cas, le gouvernement était également responsable, en vertu de la *Reclamation Act*, de la bonification des terres arides.

La réticence qu'a la Cour à annuler les règlements intervenus précédemment entre le gouvernement des États-Unis et certaines parties, même lorsque c'est le gouvernement lui-même qui le demande, est préoccupante[138]. Ce jugement indique qu'il est possible que les tribunaux américains se montrent réticents à l'idée d'annuler une décision prise par le pouvoir exécutif en faveur de non-autochtones, même si la décision en question n'est pas conforme aux obligations de fiduciaire. Il faut donc éviter de réunir des conditions propres à créer de tels conflits d'intérêts.

La question des droits relatifs à l'eau est l'un des secteurs névralgiques où le conflit d'intérêts dans lequel s'est trouvé le gouvernement des États-Unis a causé un préjudice grave aux tribus. Le gouvernement américain n'a pas pris de mesures pour garantir des approvisionnements en eau suffisants à bon nombre de tribus indiennes. Comme le Congrès américain et le ministère de la Justice ont la responsabilité de défende en même temps les intérêts de l'ensemble de la nation et les intérêts des peuples autochtones dans le domaine de l'approvisionnement en eau, les problèmes d'approvisionnement découlant de ces exigences concurrentes sont souvent réglés d'une manière défavorable aux tribus[139].

Solutions proposées

Pour tenter de mettre un terme à ce conflit, quelques solutions ont été mises de l'avant. En 1973, le président Nixon a proposé l'établissement d'une «Indian Trust Counsel Authority», organisme indépendant qui aurait été chargé de représenter, sur le plan juridique, les intérêts en fiducie des Indiens[140]. *Trust* auraient été habilités à intenter, au nom du gouvernement des États-Unis agissant comme fiduciaire, des poursuites contre des organismes fédéraux ainsi que contre des États et des parties du secteur privé. Expliquant le bien-fondé de la création d'un conseil indépendant, le président a déclaré ce qui suit :

> [Traduction]
> En vertu de la loi, le gouvernement des États-Unis agit comme fiduciaire des droits concernant les ressources foncières et les ressources en eau des Indiens des États-Unis. Pour ces derniers, ces droits revêtent souvent une importance cruciale sur le plan économique; en outre, ils sont souvent au coeur de différends judiciaires complexes. Dans bon nombre de ces confrontations judiciaires, le gouvernement fédéral fait face à un conflit d'intérêts inhérent. Le secrétaire de l'Intérieur et le Procureur général doivent défendre *à la fois* les intérêts *de la nation* en ce qui concerne l'utilisation des droits relatifs aux terres et aux eaux *et* les intérêts *particuliers* des Indiens à l'égard des terres que le gouvernement détient pour eux à titre de fiduciaire.
>
> En vertu de la loi, chaque fiduciaire a l'obligation de défendre, sans réserve et avec toute la diligence et la compétence possibles, les intérêts des bénéficiaires de la fiducie. Dans la situation actuelle, le ministère de l'Intérieur et le ministère de la Justice éprouvent souvent de la difficulté à s'acquitter de cette obligation. Aucun cabinet d'avocats qui se respecte ne se permettrait de représenter, dans le cadre d'un même litige, deux clients dont les intérêts sont opposés; pourtant, le gouvernement fédéral se retrouve fréquemment dans cette position. Lorsque cela se produit, tout laisse croire que ce sont les Indiens qui sont les perdants. Qui plus est, la crédibilité du gouvernement fédéral est mise en doute chaque fois qu'un tel conflit d'intérêts semble se manifester[141].

En 1977, l'American Indian Policy Review Commission est allée encore plus loin que l'avait fait le président Nixon dans sa proposition. En effet, la commission a recommandé la création d'un ministère des Affaires indiennes doté d'un bureau chargé d'assurer la protection des droits des Indiens et d'intenter des poursuites relativement à des affaires de nature fiduciaire.

En 1990, un projet de loi fut présenté au Sénat (mais jamais adopté) en vue de créer un «Trust Counsel for Indian Assets» qui aurait été chargé d'encadrer les organismes fédéraux en ce

qui concerne les obligations de fiduciaire du gouvernement et d'effectuer des examens administratifs indépendants à l'égard de toutes les mesures fédérales touchant l'actif des Indiens. Même si ce conseil n'aurait pas eu le pouvoir d'intenter des poursuites au nom du gouvernement des États-Unis, il aurait été habilité à étudier les plaintes concernant les agissements ou les projets de tout organisme gouvernemental contrevenant ou pouvant avoir pour effet de contrevenir à l'obligation qu'a le gouvernement de protéger les biens en fiducie[142].

Résumé et recommandations

Les décisions canadiennes ainsi que les comportements dont il a été fait état plus haut montrent que les peuples autochtones du Canada qui cherchent à faire reconnaître leurs droits font face à de graves problèmes systémiques. Il est évident que les priorités de la Couronne dans les litiges avec des peuples autochtones ont presque toujours été contraires aux intérêts des Premières nations. Les dénis antérieurs opposés aux droits des Premières nations ainsi que la compréhension insuffisante de la nature des droits ancestraux et issus de traités qui ressort clairement des premières décisions en la matière ont créé une situation dans laquelle le statu quo tend à favoriser les intérêts du gouvernement. Par ailleurs, il est clair que, par rapport à la Couronne, les Premières nations n'ont ni les ressources financières ni l'influence qui leur permettraient de traiter avec la Couronne sur un pied d'égalité.

À la lumière de nos conclusions, nous formulons les recommandations suivantes en vue de corriger les lacunes du système actuel.

1. *S'agissant de leurs droits, faire bénéficier les organisations représentant les Premières nations des mêmes droits d'intervention que les provinces et le gouvernement fédéral*

À l'heure actuelle, le procureur général fédéral et le procureur général de chacune des provinces ont le droit d'intervenir devant la Cour suprême du Canada dans toutes les causes où sont soulevées des questions constitutionnelles[144].

Il serait juste que ces textes de loi confèrent aux organisations et autres représentants des Premières nations le droit d'être avisés des questions constitutionnelles touchant les droits ancestraux ou issus de traités qui sont soulevées ainsi que le d'intervenir dans ces affaires. Les

procureurs généraux devraient adopter une politique visant à appuyer les interventions des représentants des Premières nations, même en première instance.

2. *Créer un ministère distinct qui aurait pour unique mission de veiller au respect des obligations de fiduciaire qui incombent au gouvernement fédéral à l'égard des Premières nations*

Nous considérons que la proposition Nixon, résumée précédemment, constitue une solution très intéressante en vue de corriger la situation de conflit d'intérêts que créent les règles actuelles. Le gouvernement fédéral devrait créer un ministère ou un organisme dont la mission serait de promouvoir les intérêts des Premières nations. Il va sans dire qu'un tel ministère ou organisme devrait être créé et doté en consultation avec les Premières nations. Cet organisme serait chargé de représenter, sur le plan juridique, les intérêts fiduciaires des Premières nations; une telle représentation pourrait emporter l'obligation de prendre action contre des provinces, d'autres ministères fédéraux ou même d'autres parties. Cet organisme devrait être indépendant du ministère de la Justice.

3. *Établir un système national de gestion des cas*

L'organisme visé dans la recommandation nº 2 devrait également avoir le pouvoir de créer un système national de gestion des cas qui indiquerait les questions de droit intéressant les Premières nations qui doivent tranchées par les tribunaux ainsi que celles dont ceux-ci ont déjà été saisis. Cette information, qui serait communiquée aux Premières nations, permettrait à ces dernières de reconnaître les cas susceptibles d'être des causes types. À l'heure actuelle, le gouvernement fédéral a l'avantage d'être en mesure de recueillir et de traiter de tels renseignements, qu'il peut par la suite utiliser à son profit.

4. *Créer un organisme d'enquête indépendant pour régler les revendications des autochtones*

Les actions fondées sur l'existence de droits ancestraux ou issus de traités, y compris celles concernant le titre ou la compétence sur un territoire, sont longues et exigent une preuve considérable en matière anthropologique, historique, archéologique et sociologique. Souvent, les

juges chargés d'instruire ces affaires ont peu d'expérience en ce qui concerne les questions «nouvelles» qui sont soulevées, ce qui peut parfois les amener à favoriser le statu quo. Les juges sont familiers avec le rôle historique des Britanniques, des Français et des Canadiens, de même qu'avec leur point de vue respectif sur le contexte historique de ces revendications; en revanche, ils connaissent moins bien l'histoire et le point de vue des peuples autochtones.

Il serait avantageux pour les peuples autochtones qui font valoir des droits ancestraux ou issus de traités ou des revendications à l'égard de mesures prises par la Couronne qu'ils puissent présenter leur cause à un organe d'enquête possédant une certaine expérience dans le domaine. Nous recommandons donc que le gouvernement du Canada envisage la création d'un tribunal administratif indépendant qui serait chargé de connaître, en premier ressort, des revendications et des prétentions des autochtones. Chaque province devrait être tenue de créer un tel tribunal, chargé d'entendre les affaires concernant les effets des dispositions législatives provinciales. Ces tribunaux spécialisés seraient assujettis au pouvoir de surveillance des cours supérieures, et leurs décisions pourraient être portées en appel devant les cours d'appel et la Cour suprême.

Le principe sous-tendant l'établissement de tels tribunaux est celui-là même qui, au Canada, a amené la création de tribunaux spécialisés en droit du travail. Grâce à ces tribunaux, la cause des plaignants est entendue et décidée par des personnes qui possèdent un certain bagage de connaissances et d'expérience dans les questions en litige. Qui plus est, ces tribunaux possèdent de vastes pouvoirs discrétionnaires à l'égard de questions telles que la recevabilité de la preuve et, fait peut-être plus important encore, à l'égard des redressements pouvant être accordés. De façon caractéristique, les tribunaux administratifs disposent de pouvoirs qui leur permettent d'ordonner des redressements novateurs et de portée générale, conçus pour répondre aux exigences particulières du cas dont ils sont saisi[145.] Le tribunal chargé de connaître des affaires touchant les droits ancestraux et issus de traités pourrait, par exemple, ordonner aux parties à un litige d'entamer des pourparlers en vue de la conclusion d'un traité; il pourrait également ordonner, là où les circonstances le justifient, la suspension provisoire ou permanente des activités d'aménagement d'une territoire donné; et, enfin, dans les affaires complexes, il pourrait conserver un certain pouvoir de surveillance à l'égard des décisions qu'il a rendues.

Les personnes nommées à ces tribunaux devraient être choisies en consultation avec les Premières nations et posséder un certain bagage de connaissances et d'expérience ainsi qu'une bonne compréhension de la culture et de l'histoire autochtones. Même si les questions de droit seraient, en dernier ressort, tranchées par la Cour suprême, les questions de fait importantes seraient à tout le moins décidées par un tribunal spécialisé possédant une certaine expérience à leur égard. Des anthropologues et des ethnologues, nommés eux aussi de concert avec les Premières nations, devraient également faire partie du personnel de ce tribunal.

Avant de créer un tel tribunal, il serait important d'examiner l'expérience de l'Indian Claims Commission (ICC) des États-Unis. En 1946, ce tribunal spécial a été créé par voie législative, pour une période limitée, afin de connaître des poursuites intentées contre le gouvernement des États-Unis par des tribus, des bandes ou d'autres groupes identifiables. L'Indian Claims Commission statuait sur la demande initiale et ses décisions pouvaient faire l'objet d'appels à la Court of Claims et, par voie de certiorari, de demandes d'autorisation de pourvoi à la Cour suprême des États-Unis.

La Commission pouvait connaître des demandes en droit ou en équité, des [Traduction] «demandes susceptibles de découler de la révision de traités, contrats ou autres accords liant le demandeur et le gouvernement des États-Unis pour cause de fraude, de contrainte, de contrepartie exorbitante ou d'erreur mutuelle ou unilatérale, soit de droit soit de fait, ou pour tout autre motif recevable par une cour d'équité», des demandes découlant de la prise de possession de territoires sans contrepartie jugée acceptable par le demandeur ou, enfin, des [Traduction] «demandes fondées sur des rapports justes et honorables mais non reconnus par une règle de droit ou d'équité existante[146.] Ni le défaut de diligence ni la prescription n'empêchaient la Commission d'entendre des demandes. Même si la loi créant la Commission prévoyait que cette dernière avait pour rôle de mener des enquêtes indépendantes, jamais elle n'a joué ce rôle et cela lui a valu des critiques[147.] Malgré les possibilités que laissait entrevoir la création de la Commission, cette mesure ne s'est pas révélée fructueuse pour les demandeurs autochtones des États-Unis. Cet échec s'explique par un certain nombre de raisons[149.] . L'argent est un bien pauvre substitut à la reconnaissance de droits territoriaux ancestraux. C'était la solution que

favorisaient bon nombre d'avocats représentant des demandeurs autochtones devant la Commission qui, souvent, a présumé qu'il y avait eu extinction des droits en cause et qui ne mettait pas en doute les arguments des avocats du gouvernement à cet égard.

Qui plus est, la Cour suprême des États-Unis a statué que lorsqu'une revendication avait été entendue par l'ICC et qu'une indemnité pécuniaire avait été versée, l'affaire était définitivement close, et tous les droits ancestraux des tribus étaient alors éteints[151.] . L'injustice inhérente d'une telle décision irrévocable, fondée sur de simples suppositions était exacerbée par le fait que l'ICC autorisait tout membre d'une tribu à présenter des demandes au nom de cette dernière, sans pour autant avoir été formellement autorisé à le faire par l'ensemble de la tribu. La Commission ne vérifiait jamais si le demandeur était habilité à présenter la demande, et toutes les tribus qui ont soit tenté d'intervenir dans le cadre des audiences de la Commission soit intenté des poursuites pour empêcher la tenue de ces audiences ont échoué. Les tentatives de contestation des décisions de la Commission devant les tribunaux en raison du refus de cette dernière d'entendre les représentants des tribus concernées ont été rejetées.

De plus, même si, de par sa loi constituante, la Commission était un organe d'enquête indépendant, ses règles et sa procédure avaient pour effet de l'assimiler davantage à une cour de justice. En outre, les instances intentées devant elle étaient aussi longues et avaient un caractère aussi contradictoire que celles se déroulant devant les tribunaux ordinaires[152.] En bout de ligne, la Commission semble n'avoir été qu'un autre élément de la politique américaine d'extinction des droits des autochtones, dont l'objectif était l'assimilation des membres des tribus autochtones.

Si on décide de créer un tel tribunal au Canada, il faudra examiner attentivement les lacunes dont souffrait l'Indian Claims Commission américaine. Pour éviter de les reproduire, le tribunal canadien devrait, par exemple, disposer de vastes pouvoirs en matière de réparation. De même, des mesures devraient être prises pour obliger le tribunal à s'assurer que la présentation de la demande bénéficie d'un appui suffisant de la part des membres de la Première nation concernée. Le tribunal canadien devrait disposer du pouvoir de mener des enquêtes indépendantes et utiliser pleinement ce pouvoir.

Il convient de signaler que, au Canada, la création d'un tel tribunal a déjà été proposée, quoique sous une forme limitée. Deux comités mixtes canadiens du Sénat et de la Chambre des communes chargés d'examiner les affaires indiennes ont proposé, en 1946-1948, puis en 1959-1961, la création d'une Commission des revendications des Indiens. En 1969, le docteur Lloyd Barber a été nommé Commissaire aux revendications des Indiens à la suite d'une recommandation du Livre blanc de 1969. En 1983, le Comité spécial de la Chambre des communes sur l'autonomie des Indiens a recommandé l'établissement d'un tribunal spécialisé chargé de régler les différends relatifs aux accords conclus par les Premières nations indiennes et d'autres gouvernements[153]. *Rapport du Comité de l'Association du Barreau canadien sur les droits des autochtones au Canada* recommandait au gouvernement de créer, par voie législative, un tribunal des revendications particulières chargé de régler ce type de revendications[154]. La Commission des revendications des Indiens, dont nous avons décrit le rôle précédemment, assume, au chapitre des enquêtes, quelques-unes des fonctions que nous jugeons cruciales au succès d'un tel tribunal. Le tribunal que nous proposons pourrait peut-être fonctionner en collaboration avec la Commission ou naître d'un élargissement important du rôle de cette dernière.

Nous recommandons également que des cours soient offerts aux juges de tous les tribunaux fédéraux et provinciaux afin de les sensibiliser à l'histoire, aux cultures et aux points de vue des peuples autochtones.

5. Instituer un mécanisme d'examen obligatoire des lois, politiques et règlements fédéraux et provinciaux pour les rendre conformes à l'état du droit par suite des décisions rendues par les tribunaux dans les affaires touchant les droits des autochtones

Les modifications et les éclaircissements apportés au droit par les tribunaux dans leurs décisions doivent se refléter dans les lois, les règlements et les politiques. Les gouvernements eux-mêmes doivent interpréter ces décisions de façon large et libérale. Pour ce faire, nous recommandons que les lois, les politiques et les règlements touchant des questions ou des activités liées aux peuples autochtones ainsi qu'aux droits ancestraux ou issus de traités fassent l'objet d'un examen annuel[155]. Nous recommandons également que les agents de la Couronne qui ont contacts

étroits avec les peuples autochtones, par exemple les agents de la faune, reçoivent de la formation sur l'histoire et la culture des peuples autochtones avec lesquels ils sont en contact. Ces agents devraient également être au fait des dispositions des traités dont ces peuples autochtones sont signataires.

6. Suspendre le dépôt d'accusations multiples à l'égard de mêmes infractions

Lorsque des Premières nations qui ont déjà commencé à défendre des membres accusés d'infractions quasi criminelles en invoquant l'existence de droits ancestraux ou issus de traités, elles ne devraient pas avoir à supporter le fardeau administratif et financier accru que cause le dépôt, pour des activités analogues, de nouvelles accusations contre les mêmes personnes ou d'autres membres de la communauté. Cette pratique fait peser un formidable fardeau financier sur les Premières nations concernées. En effet, l'ajout de nombreuses accusations et de nombreuses parties ne fait que rallonger et alourdir un procès déjà complexe en raison des principales questions en litiges. Lorsque de multiples accusations ont déjà été déposées contre des membres d'une communauté autochtone et que la Couronne sait que les intimés invoqueront, dans leur défense, des droits ancestraux ou issus de traités, nous recommandons la suspension du dépôt de nouvelles accusations fondées sur des faits analogues, jusqu'à ce que la question ait été définitivement tranchée par les tribunaux.

7. Légiférer pour que les tribunaux restent saisis de l'affaire dans les cas complexes

Les tribunaux qui se sont prononcés dans certaines des affaires les plus complexes touchant les droits ancestraux ou issus de traités ont donné des indications générales, tout en laissant le soin aux parties de résoudre les questions particulières. Si ces questions ne peuvent être résolues, les parties sont souvent contraintes d'engager de nouvelles procédures. Dans certains cas, il pourrait être avantageux que le tribunal qui a, en premier ressort, entendu l'affaire en garde la saisine et se réserve le pouvoir d'intervenir pour résoudre des questions contentieuses connexes que les parties ne parviennent pas à régler et pour veiller au respect de sa décision. Nous recommandons que le gouvernement du Canada adopte des mesures législatives habilitant les tribunaux, y compris la Cour suprême du Canada, à se réserver le pouvoir d'intervenir pour veiller au respect de leurs décisions et d'établir des redressements appropriés en cas de non-respect.

8. Modifier le programme de financement des causes types

Le programme de financement des causes types doit être modifié considérablement. Il faut retirer au ministère des Affaires indiennes la responsabilité de l'administration de ce programme. Nous recommandons qu'un organisme indépendant soit chargé de la gestion des fonds de ce programme[156.] o 2 pourrait s'acquitter adéquatement de cette tâche. Les fonds devraient être mis à la disposition peuples autochtones en première instance et servir à payer les témoins experts. Les organisations représentant les Premières nations qui désirent intervenir dans des affaires touchant les droits ancestraux ou issus de traités devraient elles aussi avoir à cette source de financement.

Qui plus est, les sommes allouées au financement des causes types doivent être augmentées de façon considérable. En ces temps difficiles sur le plan économique, nous comprenons que le gouvernement éprouve de la difficulté à débloquer de nouveaux fonds. Toutefois, il ne fait aucun doute que la situation économiques relative des deux principales parties aux litiges touchant des questions autochtones — le gouvernement et les membres des Premières nations — sont très différentes. Comme les gouvernements peuvent consacrer à de tels litiges beaucoup plus de ressources financières et autres, il en résulte un déséquilibre de la situation des parties devant les tribunaux.

9. Divulguer le montant des deniers publics affectés aux litiges opposant le gouvernement aux peuples autochtones

Comme il est notoire que les gouvernements disposent de moyens considérables et peuvent se permettre d'y aller à fond dans les litiges, il importe que les Premières nations sachent exactement combien d'argent le gouvernement consacre aux litiges qui l'opposent aux peuples autochtones. Nous recommandons que les gouvernements fédéral et provinciaux, après examen des données pertinentes, divulguent chaque année, et peut-être même pour chaque dossier, le montant des deniers publics affectés aux litiges qui les opposent aux peuples autochtones, y compris les coûts correspondants au temps consacré à ces litiges par les avocats du gouvernement. Ce n'est que lorsque de telles données seront disponibles que les Premières nations pourront connaître l'ampleur des ressources engagées contre elles ainsi que les arguments qu'elles ont à réfuter.

10. Garantir le fair-play en matière de procédure

Les avocats qui plaident pour le compte de la Couronne doivent veiller au respect des obligations de fiduciaire de cette dernière. Ils doivent par exemple s'assurer que, en matière de procédure, les peuples autochtones sont toujours traités de façon équitable. Nous recommandons au ministère de la Justice de s'engager publiquement à ne pas invoquer de vices de procédure pour obtenir le rejet des revendications présentées par les peuples autochtones. D'ailleurs, on devrait songer à inscrire, dans un code de conduite professionnelle, des directives propres à assurer le respect par les avocats des obligations de fiduciaire qui incombent à la Couronne à l'égard des peuples autochtones.

Notes

1. *R. c. Sparrow*, [1990] 2 R.C.S. 1075, p. 1108. Il sera question des rapports de fiduciaire plus loin dans la présente étude.

2. [1973] R.C.S. 313.

3. Voir, par exemple, *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, pp. 376 et 387.

4. Dans son jugement, la juge Wilson de la Cour suprême a déclaré ce qui suit : «Il est tout à fait évident que [...] Sa Majesté a renoncé à ce moyen de défense au procès même et par des déclarations ministérielles extrajudiciaires.» [1984] 2 R.C.S. 335, p. 353. La juge Wilson a ajouté «que les tactiques auxquelles a eu recours Sa Majesté à cet égard laissent beaucoup à désirer», avant de conclure que le comportement de Sa Majesté ne «constitue pas un exemple du haut degré de professionnalisme auquel nous nous attendons d'ordinaire dans les débats judiciaires».

5. *Loi des Indiens*, S.R.C. 1927, ch. 98, art. 141, abrogée par la *Loi sur les Indiens* de 1951, ch. 29.

6. (1993), 104 D.L.R. (4th) 470 (B.C.C.A.).

7. Cité à la note 2, pp. 346-347.

8. (1929), 1 D.L.R. 307 (Co. Ct.).

9. Cité par le juge en chef Dickson dans *Simon*, [1985] 2 R.C.S. 387, p. 399.

10. *Sparrow*, cité à la note 1, p. 1106.

11. Pour une analyse des effets dévastateurs des maladies européennes sur les autochtones du continent américain, voir Georges Sioui, *Pour une autohistoire amérindienne*, particulièrement le chapitre premier, «L'Amérique : la maladie a eu raison du diable», Montréal, Les Presses de l'Université Laval, 1992. L'auteur affirme ce qui suit : «De 112 millions d'habitants en 1492, la population aborigène des Amériques est passée, en 400 ans, à environ 5,6 millions. [...] Quant à l'Amérique du Nord seule, les 18 millions d'Amérindiens qui l'habitaient au moment du contact avec les Européens ne comptaient plus, vers 1900, que 250 000 à 300 000 descendants.»

12. Voir, par exemple, les pages 108 à 115 de l'ouvrage intitulé *Atlas of Great Lakes Indian History*, dans lequel on relate la participation des autochtones à la Guerre de 1812. Voir également la correspondance échangée par les plénipotentiaires britanniques et américains à l'occasion des négociations tenues en vue de la conclusion du Traité de Gand. Les Britanniques y expliquent qu'ils ont l'obligation d'intégrer les Premières nations au traité mettant fin à la guerre : British Statements Number 2 and 4, dans *Diplomatic Correspondence of the United States, Canadian Relations, 1784-1860*, sous

la direction de William R. Manning (Dotation Carnegie pour la paix internationale, 1940).

13. 31 U.S. (6 Peters) 515 (1832), p. 548.

15. *Renvoi sur les Esquimaux*, [1939] R.C.S. 104; *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1887), 13 R.C.S. 577; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025.

16. Extrait du «Report of the Select Committee of the House of Commons (U.K.) on the Aborigines of the British Settlements», le 26 juin 1837, contenu dans le *Report of the Affairs of the Indians in Canada*, document parlementaire nº 2, vol. 4, *Journals of the Legislative Assembly*, 1847, annexe T, par. 1, «General Recommendations» [c'est nous qui soulignons].

17. *Report on the Affairs of the Indians in Canada*, document parlementaire nº 2, vol. 4, *Journals of the Legislative Assembly*, 1847, annexe T.

18. Résolution du Sénat de décembre 1867, citée dans *Renvoi sur les Esquimaux*, cité à la note 15, p. 108. Voir également l'alinéa 2*e*) de la *Loi de l'extension des frontières de Québec*, S.C. 1912, ch. 45 et la *Loi de l'extension des frontières de Québec*, S.Q. 1912, ch. 7.

19. *Guerin*, cité à la note 3, p. 387.

20. *Sparrow*, cité à la note 1, p. 1108.

21. *Sparrow*, pp. 1109 et 1119 [c'est nous qui soulignons].

22. *Sparrow*, p. 1110 [c'est nous qui soulignons].

23. *Blatchford c. Native Village of Noatak* 111 S. Ct. 2578 (1991), p. 2589 (juges Blackmun, Marshall et Stevens dissidents, mais pas sur ce point).

24. «Understanding Aboriginal Rights», *Can. Bar Rev.* 727, p. 755.

25. *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba: The Justice System and Aboriginal People*, Winnipeg, Imprimeur de la Reine, 12 août 1991, pp. 160-161 [ci-après *Rapport de l'AJI*].

26. Voir la lettre qui porte le numéro Exhibit 9, T.80 dans *In the Matter of Barristers and Solicitors Act, R.S. 1979, c. 26 and Harvey Gansner*, le 27 juin 1991, Vancouver J900127 (C.S.C.-B.), p. 101. Dans la lettre envoyée par Rem Westland (directeur intérimaire, Revendications particulières), on lit, en partie : [Traduction] «Je vous rappelle que votre évaluation portera notamment sur la façon dont cette négociation s'est déroulée. Le défi que vous devez relever consiste à obtenir soit un règlement inférieur au montant privilégié soit, s'il le faut, égal à ce montant. [...] Votre meilleure stratégie consiste à

obtenir un règlement inférieur au montant privilégié, ou égal à ce montant; vous pouvez aussi mettre un terme aux négociations avant d'être acculés à la défaite par le mandat lui-même.» Une copie se trouve en possession des auteurs et dans les dossiers de la Commission royale sur les peuples autochtones [ci-après Documentation des auteurs et de la CRPA].

27. Voir le rapport d'étape du Canada à propos des revendications globales, daté du 21 septembre 1992. Documentation des auteurs et de la CRPA.

28. Voir Vic Savino, «The "Blackhole" of Specific Claims in Canada: Need it Take Another 500 Years?», communication présentée à l'occasion d'un atelier de formation juridique continue de l'Association du Barreau canadien. Malheureusement, on n'a pu se procurer des données plus à jour auprès du ministère des Affaires indiennes. Un porte-parole du ministère nous a informés que de telles données n'étaient plus disponibles et que, si elles l'étaient, elles ne seraient pas rendues publiques.

29. Depuis 1991, la Commission des revendications des Indiens a le pouvoir d'étudier les revendications particulières rejetées et de recommander ou non au gouvernement d'entamer des négociations à leur propos. Le gouvernement n'est pas strictement lié par ces recommandations.

30. Voir, par exemple, les motifs de la majorité dans *Delgamuukw v. The Queen*, cité à la note 6. Voir aussi le mémoire présenté par Sa Majesté la Reine devant la Cour suprême du Canada dans *R. c. Sparrow*, cité à la note 1. En effet, on y lit que [Traduction] «l'appelant [Sparrow] est tenu de produire une preuve exhaustive et bien documentée [pour s'acquitter du fardeau de la preuve relatif à l'existence factuelle du droit ancestral allégué]».

31. Les tribunaux ont reconnu que l'inégalité entre la Couronne et les Premières nations devrait donner lieu à certaines présomptions. Ainsi, on devrait donner une interprétation large et libérale des traités qui soit favorable aux Premières nations signataires. En cas d'ambiguïté, on devrait de la même façon trancher en faveur des Premières nations signataires.

32. *A.-G. Ontario c. Bear Island Foundation* (1985), 15 D.L.R. (4th) 321 (H.C. Ont.), pp. 334-336; *Sparrow*, cité à la note 1, p. 1112.

34. L'affaire *R. v. Jones and Nadjiwon*, [1993] 3 C.N.L.R. 182 (Ont. C.J.) fait exception à la règle. En effet, le gouvernement de l'Ontario y concède que les défendants autochtones bénéficient d'une «certaine forme» de droit ancestral de pêcher à des fins commerciales. Nous ajouterons cependant qu'une vague concession concernant l'existence d'une «certaine forme» de droit n'a pas nécessairement pour effet d'abréger un procès.

35. Mémoire de Sa Majesté la Reine du chef du Canada, cité à la note 30, p. 44, par. 87.

36. Par exemple, selon le Recensement de 1986, le taux d'emploi chez les Indiens ne correspondait qu'à environ la moitié de celui de l'ensemble de la population canadienne; de la même façon, le pourcentage d'Indiens dont les paiements de transfert gouvernementaux constituaient la principale source de revenus était plus de deux fois supérieur à celui qu'on observe dans la population en général. En gros, les résultats ont montré que le revenu individuel moyen des Indiens était environ deux fois inférieur à celui de l'ensemble de la population (*1986 Census Highlights on Registered Indians: Annotated Tables*, pp. 20-21, 24-27). Voir également B.D. Morse, «Aboriginal Peoples and the Law», dans *Aboriginal Peoples and the Law Indian, Metis and Inuit Rights in Canada*, sous la direction de B.D. Morse, Ottawa, Carleton University Press, 1985, pp. 5-7.

37. Lettre de Dan Goodleaf, sous-ministre des Affaires indiennes, adressée à Jerry Peltier, grand chef des Mohawks de Kanesatake, le 28 octobre 1993. Documentation des auteurs et de la CRPA.

38. S. Barry Cottam, «Indian Title as a "Celestial Institution": David Mills and the *St. Catherine's Milling Case*» dans *Aboriginal Resource Use in Canada: Historical and Legal Aspects*, sous la direction de K. Abel et J. Friesen, Winnipeg, University of Manitoba Press, 1991, p. 260. Voir également Anthony J. Hall, «The *St. Catherine's Milling and Lumber Company versus The Queen*: Indian Land Rights as a Factor in Federal-Provincial Relations in Nineteenth Century Canada», dans le même ouvrage. Ces deux essais résument l'affaire *St. Catherine's* et analysent en détail cet arrêt les questions politiques s'y rapportant.

39. Par exemple, dans *Guerin c. La Reine*, cité à la note 3, la Cour a statué que la *Proclamation royale de 1763* n'était pas à l'origine du titre ancestral, comme l'avait soutenu le Comité judiciaire du Conseil privé dans *St. Catherine's Milling*.

40. Cottam, cité à la note 38, p. 248.

41. Cottam, p. 248.

43. Hall, cité à la note 38, p. 281.

44. Donald B. Smith, «Aboriginal Rights a Century Ago», *The Beaver*, 67, 1 (février-mars 1987), pp. 13-14.

45. Alexander Morris, *The Treaties of Canada With the Indians of Manitoba and the North-West Territories*, Saskatoon, Fifth House, 1991 (publié pour la première fois en 1980, à Toronto, par Belfords, Clarke & Co.).

46. Hall, cité à la note 38, p. 278.

47. Hall, p. 278.

48. Jugement du tribunal de première instance : (1984) 15 D.L.R. (4th), p. 321; jugement de la Cour d'appel : (1989) 58 D.L.R. (4th), p. 117; jugement de la Cour suprême du Canada : [1991] 2 R.C.S. 570.

49. Voir le mémoire présenté par les Teme-Augama Anishnabay à la Cour d'appel de l'Ontario, affaire citée à la note 48, aux pp. 174-176. On y trouve une lettre adressée à l'avocat des appelants par l'avocat du Procureur général de l'Ontario. Documentation des auteurs et de la CRPA.

50. Il s'agit d'une conclusion de fait à laquelle est parvenu le juge de première instance. Voir (1984) 15 D.L.R. (4th) 321, p. 425. Voir aussi l'annexe B du mémoire présenté par les Teme-Augama Anishnabay à la Cour suprême du Canada, affaire citée à la note 48 : on y fait allusion à de nombreuses déclarations en ce sens faites par divers représentants et ministres canadiens.

52. Lettre de Judd Buchanan, ministre des Affaires indiennes, à Lloyd Barber, Commissaire aux revendications indiennes, le 7 janvier 1975 (pièce nº 13-46 des documents complémentaires présentés par les appelants à l'occasion du pourvoi entendu par la Cour suprême dans l'affaire *Ontario v. Bear Island*, nº 21435). Documentation des auteurs et de la CRPA. Dans cette lettre, M. Buchanan répondait à une lettre de M. Barber, dans laquelle ce dernier demandait au gouvernement de dire s'il était d'accord avec les Teme-Augama Anishnabai qu'ils n'étaient pas parties au Traité Robinson-Huron de 1850 et s'il était disposé à négocier un règlement (pièce nº 13-145).

53. Jugement de première instance publié à [1991] 5 C.N.L.R. 1.

54. De fait, la province a déposé une requête dans laquelle elle demandait que l'appel soit suspendu indéfiniment pour lui permettre de négocier avec les Premières nations appelantes. Les Gitksan, les Wet'suwet'en et l'Assemblée des Premières nations, qui agissait comme intervenante, ont contesté la requête. La Cour a refusé d'octroyer la suspension demandée, mais elle a différé le début de l'appel pour une période d'un mois de manière à permettre au nouvel avocat du gouvernement de se préparer et de déposer un nouveau mémoire.

55. Lettre de James Macaulay, avocat du Procureur général du Canada, à toutes les parties à l'appel dans l'affaire *Delgamuukw*, le 27 avril 1992. Documentation des auteurs et de la CRPA. Dans cette lettre, on précise que le Procureur général du Canada incorporera dans son mémoire les parties suivantes du mémoire antérieur de la province : l'argument concernant les questions de preuve en appel, les arguments selon lesquels le juge de première instance n'avait pas fait erreur dans l'appréciation des témoignages d'opinion (deux paragraphes ont été retranchés); la réaction à l'argument des appelants selon lequel le juge de première instance avait fait erreur dans sa délimitation de la région visée par les droits ancestraux (quelques paragraphes ont été retranchés); l'argument selon lequel le juge de première instance n'avait pas commis une erreur en statuant que les territoires de piégeage du castor découlaient du commerce des pelleteries (un paragraphe a été

modifié); et, enfin, l'argument selon lequel le juge de première instance n'avait pas fait erreur en rejetant la revendication des appelants concernant la compétence et le droit de propriété et en concluant que le consentement n'était pas nécessaire à l'extinction des droits ancestraux. Le Procureur général du Canada a de plus incorporé cinq des annexes déposées antérieurement par la province, avec quelques modifications.

56. Dans cet appel, on retrouvait également un certain nombre d'intervenants : certains ont agi en faveur des Premières nations appelantes, et les autres en faveur des intimés.

57. *Manitoba Metis Federation v. A.G. Canada*, [1988] 3 C.N.L.R. 39. Le Procureur général a également demandé des dépens.

58. *Supra*, p. 48, le juge O'Sullivan dissident, mais pas sur ce point. Voir également ce qu'écrit le juge d'appel Twaddle à la page 46.

59. Voir (1973), 42 D.L.R. (3d) 8.

61. (1973), 39 D.L.R. (3d) 81.

62. 34 N.B.R. (2d) 382.

64. [1988] 2 R.C.S. 654.

65. (1983), 2 D.L.R. (4th) 22, p. 37.

67. Lettre de Robert Marchi adressée à Hutchins, Soroka & Dionne, le 1er septembre 1993. Documentation des auteurs et de la CRPA.

68. *Rapports fiduciaires entre la Couronne et les peuples autochtones : Questions de mise en application et de gestion — Un guide pour les gestionnaires*, Rapport d'un groupe de travail interministériel présenté au Comité des sous-ministres sur la justice et les questions juridiques, juillet 1993, pp. 34-35.

69. *R. v. Wolfe*, [1993] 2 C.N.L.R. 180 (Sask. Prov. Ct.). L'appel a été rejeté par la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan, action no Q.B.CR.AP.29/92. La décision de la Cour a par la suite été portée en appel devant la Cour d'appel de la Saskatchewan. Le compte rendu que nous faisons de cette affaire repose sur le jugement rendu par la Cour provinciale de la Saskatchewan, le mémoire présenté par la Couronne à la Cour provinciale et, enfin, le mémoire déposé par les défendeurs-appelants devant la Cour du Banc de la Reine.

70. L'enquêteur lui-même a témoigné que, à l'occasion de sa rencontre initiale avec l'un des défendeurs, le 17 février 1990, il avait été convenu qu'il lui rendrait visite dans la réserve, le 22 février 1990; à cette date, toutefois, le défendeur lui a indiqué qu'il n'avait pas de

gibier en sa possession puisqu'il était ivre depuis leur rencontre du 17. La consommation de Listerine témoigne également du problème d'alcool.

71. Morris, *Treaties*, cité à la note 45, pp. 185 et 215.

72. Dans son mémoire, l'avocat des défendeurs-appelants écrit, au paragraphe 97, que le comportement des agents de la Couronne consistait en [Traduction] «une exploitation par la Couronne du plus grave des problèmes qu'éprouvent les Indiens, c'est-à-dire l'alcoolisme». Documentation des auteurs et de la CRPA.

73. [1992] 4 C.N.L.R. 121, pp. 138-139.

74. (9 avril 1989, Alta. Prov. Ct.) [inédit]; appel rejeté par la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta (le 20 octobre 1986), Grande Prairie 8604-0010-53 A02 (Alta. Q.B.).

75. Lettre d'André Maltais, secrétaire général associé, à René Simon, président, Conseil des Attikamek et des Montagnais, le 5 octobre 1992. Documentation des auteurs et de la CRPA. On y lit en partie ce qui suit : «Enfin, j'aimerais vous rappeler comme cela a été mentionné à plusieurs reprises à la table des négociations, qu'un débat judiciaire sur la question des droits ancestraux entraînerait une suspension, sinon un terme, à ces négociations.»

76. Une lettre a été envoyée au gouvernement par René Simon, président du Conseil des Attikamekw et des Montagnais, vers le 25 février 1993. Documentation des auteurs et de la CRPA. Le ministre des Affaires autochtones, Christos Sirros, a répondu dans une lettre datée du 25 mai 1993. Il a affirmé que le fait d'invoquer des droits ancestraux pour se défendre contre les accusations n'aurait aucune répercussion sur les négociations.

77. On peut citer par exemple le cas de la Première nation Listuguj Mi'gmaq et celui des Algonquins de la Première nation d'Eagle Village. Plus de 50 membres de chacune de ces communautés font l'objet d'un éventail d'accusations fondées essentiellement sur les mêmes faits (c'est-à-dire pêcher sans permis, pêcher à l'aide de vairons, ou vendre du poisson).

78. [1987] 5 W.W.R. 115 (Prov. Ct.), [1989] 4 C.N.L.R. 128 (Q.B.), [1991] 1 C.N.L.R. 140 (C.A.). Nous reviendrons sur cette situation plus loin dans notre étude.

79. Lettre du ministre de l'Environnement, Jean Charest, à l'avocat des Cris, le 20 janvier 1992. Documentation des auteurs et de la CRPA.

80. Lettre du ministre des Pêches et des Océans, John Crosbie, au ministre de l'Environnement, Jean Charest, le 15 septembre 1992. Documentation des auteurs et de la CRPA.

81. Lettre de Michel Dorais, administrateur fédéral, Convention de la Baie James et du Nord québécois, au chef Billy Diamond, le 26 novembre 1992. Documentation des auteurs et de la CRPA.

83. [1989] 4 C.N.L.R. 128.

84. *R. c. Arcand*, [1989] 2 C.N.L.R. 110.

85. [1991] 1 C.N.L.R. 140. La Cour a également obligé la Couronne à verser des dépens à l'intervenant, l'Assemblée des Premières nations; M. Flett avait déjà recouvré ses frais à la suite d'une entente conclue avec la Couronne.

86. *Rapport de l'AJI*, cité à la note 25, volume 1, «The Justice System and Aboriginal People, p. 158.

87. *Rapport de l'AJI*, volume 1, p. 159.

88. *Simon*, cité à la note 9. La question que devait trancher la Cour était celle de savoir si le Traité de 1752 était un traité au sens de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*. Le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* n'a pas été invoqué par l'intimé mi'kmaq (l'accusation étant antérieure à l'entrée en vigueur de la Constitution de 1982) et, même si une question constitutionnelle relative à l'article 35 a été formulée par le juge en chef, la Cour a statué qu'il n'était pas nécessaire d'y répondre pour statuer sur le pourvoi.

89. *Simon*, p. 401.

90. *Simon*, p. 404.

91. Extrait de la transcription verbatim, non revue, de la réunion (p. 39), fournie aux auteurs par l'Union of Nova Scotia Indians. Documentation des auteurs et de la CRPA. Des représentants de l'Union of Nova Scotia Indians ont fourni aux auteurs beaucoup de documents concernant la conduite des gouvernements provincial et fédéral à la suite de l'arrêt *Simon*. Les auteurs ont également participé à une réunion d'une journée avec des représentants de l'Union, du Native Council of Nova Scotia et de la Confederacy of Mainland Mi'kmaqs. L'analyse qui suit résulte de cette réunion et de l'examen des documents fournis.

93. *Paul v. The Queen*, [1981] 2 C.N.L.R. 83 (N.B.C.A.); et *R. v. Googoo*, [1987] 2 C.N.L.R. 137 (N.S.P.C.).

94. Documentation des auteurs et de la CRPA.

95. Documentation des auteurs et de la CRPA.

96. Documentation des auteurs et de la CRPA.

97. Dans la planification de la chasse à l'orignal, le gouvernement de la Nouvelle-Écosse a également fait fi des facteurs socio-économiques. Pour les Mi'kmaq, la chasse revêt une grande importance spirituelle et culturelle. Qui plus est, comme le faisait remarquer l'Union of Nova Scotia Indians dans une note de service interne, les Mi'kmaq chassent l'orignal essentiellement à des fins alimentaires : en effet, environ les deux tiers des Mi'kmaq de la Nouvelle-Écosse bénéficient de l'aide sociale, et, sur les réserves, les taux de chômage varient entre 60 et 80 %.

98. Lettre du sous-ministre des Terres et Forêts de la Nouvelle-Écosse, John Mullally, à Alex Christmas, président de l'Union of Nova Scotia Indians, le 13 septembre 1988. Communiqué du ministère des Terres et des Forêts, le 14 septembre 1988. Documentation des auteurs et de la CRPA.

99. Lettre d'Alex Christmas, président de l'Union, au ministre des Affaires indiennes, Bill McKnight, le 16 septembre 1988. Documentation des auteurs et de la CRPA.

100. Documentation des auteurs et de la CRPA.

102. L'argument selon lequel l'application du Traité de 1752 avait pris fin à la suite d'hostilités subséquentes a également été soulevé en Nouvelle-Écosse dans d'autres affaires. Voir, par exemple, *R. v. Laurie Dorey*, cité à la note 103.

103. *R. v. Laurie Dorey*, Cour provinciale de la Nouvelle-Écosse. Les observations de la Couronne ont été déposées le 7 juillet 1989. Ces observations ont été envoyées aux auteurs par le bureau du procureur général de Nouvelle-Écosse et font partie de leur documentation. Les auteurs sont cependant incapables de trouver un trouver un numéro de dossier.

104. De fait, il est clair que les droits issus de traités ne peuvent être éteints unilatéralement par la Couronne. Voir *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, p. 1063. Dans *Simon*, la Cour a explicitement déclaré qu'elle ne souhaitait pas que l'on considère qu'elle a «exprimé une opinion sur la question de savoir si, en droit, il peut y avoir eu extinction des droits issus du traité» (p. 407).

105. Lettre de D. Bruce Clark à Alison W. Scott, datée du 27 novembre 1989. Documentation des auteurs et de la CRPA.

106. [1990] 2 C.N.L.R. 115. La Couronne fédérale a demandé à la Cour suprême du Canada l'autorisation de se pourvoir devant elle du jugement *Denny*. Quelques mois après le dépôt de la demande, la Couronne s'est désistée.

107. Lettre de Thomas McInnis, Procureur général de la Nouvelle-Écosse, à Dwight Dorey, vice-président du Native Council of Nova Scotia, le 2 avril 1990. Documentation des auteurs et de la CRPA.

108. Dans *Rapports fiduciaires entre la Couronne et les peuples autochtones*, rapport d'un groupe de travail interministériel, cité à la note 68, p. 35, ce principe a été reconnu, du moins de façon limitée. Faisant référence aux «Lignes directrices nationales concernant les procédures d'application des dispositions relatives aux pêches autochtones aux fins de subsistance, sociales et cérémoniales», les auteurs du rapport ont affirmé que «[c]e nouveau document nécessitera sans doute une révision périodique en fonction des modifications apportées à la loi par suite des décisions rendues par les tribunaux d'appel et compte tenu de l'évolution des rapports entre le ministère et les groupes autochtones».

109. *Loi sur les Indiens*, citée à la note 5.

110. Brian Slattery, «A Theory of the Charter», 1987, 25,4, *Osgoode Hall L.J.*, 701. Dans cet essai, l'auteur se penche sur les effets de la *Charte canadienne des droits et libertés* (soit la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*) sur les activités législatives et gouvernementales. Il conclut que la Charte impose aux gouvernements et aux législateurs d'examiner leur propre comportement en regard de la Constitution. Le même raisonnement s'applique à la Partie II de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

111. Slattery, «A Theory», cité à la note 110, pp. 707-709.

113. *Calder*, p. 333.

114. *Calder*, p. 404.

115. *Sparrow*, cité à la note 1, pp. 1098-1099. Pour une interprétation récente de ce qu'il faut entendre par une intention «claire et expresse», voir *Delgamuukw v. A.G.B.C.*, cité à la note 6. Dans cette affaire, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a statué que cette intention pouvait être expresse ou constituer une conséquence inévitable, c'est-à-dire que la seule interprétation possible de la loi est qu'on avait l'intention d'éteindre les droits ancestraux. Le juge dissident Lambert, dans ses motifs, a laissé entendre que l'intention claire et expresse d'éteindre les droits ancestraux devait être exprimée par voie législative (pp. 181 et 197).

116. *Sparrow*, p. 1097.

117. Lettre de L. Fraikin, directeur général des Revendications globales, à Graham Allen, conseiller juridique de la bande indienne de Sechelt, le 20 juin 1988. Y sont énoncées les raisons pour lesquelles le gouvernement a refusé de négocier la revendication de la Première nation de Sechelt. En avril 1991, le gouvernement fédéral est revenu sur sa décision et a accepté de négocier la revendication globale de la bande; en décembre 1991, le Canada a accepté de négocier avec toutes les Premières nations de la Colombie-Britannique. Documentation des auteurs et de la CRPA.

118. Conversation téléphonique avec Kathy Greene, Direction de l'établissement des programmes et des politiques, Direction générale des revendications globales, ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, le 4 novembre 1993.

119. *Williams c. Canada*, [1992] 1 R.C.S. 877.

120. À l'automne 1993, Revenu Canada a différé jusqu'au 1er janvier 1995 la mise en oeuvre des lignes directrices en matière de taxation fondées sur l'arrêt *Williams*.

121. *McNab v. Canada*, [1992] 4 C.N.L.R. 52.

122. *Courtois v. Canada*, [1991] 1 C.N.L.R. 40.

123. *Cherokee Nation v. Georgia*, cité à la note 14. Voir aussi *Felix Cohen's Handbook of Federal Indian Law*, édition de 1982, Charlottesville, The Michie Co., 1982, pp. 220-228. On y trouve un résumé utile de la jurisprudence américaine concernant les responsabilités de fiduciaire. Les auteurs affirment, à la page 221, que la notion de rapports de fiduciaire constitue l'un des principaux piliers du droit relatif aux questions autochtones.

124. Pour un aperçu général du rôle joué par les États-Unis dans de tels litiges, voir *Cohen's Handbook*, cité à la note 123, pp. 308-311; et William Canby Jr., *American Indian Law in a Nutshell*, 2e édition, St. Paul, West Publishing Co., 1988, pp. 43-52.

125. On doit souligner que des tribus des États-Unis ont également reproché au gouvernement des États-Unis de ne pas défendre adéquatement leurs intérêts dans le cadre de litiges. De fait, nombre de groupes autochtones préfèrent se faire représenter par leurs propres avocats, qui agissent comme co-demandeurs dans les poursuites intentées pour le compte des tribus par le gouvernement des États-Unis. Tout cela n'enlève toutefois rien au fait que, aux États-Unis, le gouvernement a tout au moins le mérite d'entreprendre fréquemment de telles démarches au nom des tribus, ce qui n'est manifestement pas le cas au Canada.

126. [1989] R.J.Q. 642 (C.S.); (le 18 septembre 1991), J.E. 91-1492 (C.A.); (le 26 août 1993), Montréal 700-05-000369-870 (C.S.).

128. *Cohen's Handbook*, cité à la note 123, p. 308; *Heckman v. United States*, 224 U.S. 413 (1912).

129. 388 F. Supp. 649 (D. Me., 1975), p. 622, confirmée par 528 F. 2d 370 (1st Circ., 1975).

131. Les renseignements concernant la participation du gouvernement fédéral à la revendication des Cayugas ont été communiqués dans le cadre d'une conversation téléphonique avec Curtis Berkey, directeur de l'Indian Law Resource Center de Washington (D.C.).

133. *Rockbridge v. Lincoln*, 499 F.2d 567 (9th Cir. 1971); *Scholder v. United States*, 428 F.2d 1123 (9th Circ.), certiorari refusé, 400 U.S. 942 (1970); *Pyramid Lake Paiute Tribe v. Morton*, 354 F.Supp. 252 (D.D.C., 1972); Canby, cité à la note 124, pp. 45-47.

134. *Scholder*, cité à la note 133, p. 1130.

135. Canby, cité à la note 124, p. 47.

136. *Pyramid Lake Paiute Tribe*, cité à la note 133, p. 256.

137. *Nevada v. U.S.*, 463 U.S. 110, propos du juge Renquist, p. 128.

138. Au Canada, il semble que la Cour suprême du Canada ait adopté une démarche différente dans l'examen des décisions prises par le pouvoir exécutif à l'égard des droits des Premières nations, sur la foi de ses obligations de fiduciaire. Dans *Guerin c. La Reine*, la Cour s'est penchée sur la conduite du gouvernement du Canada, qui avait loué une partie du territoire des Musqueams, et ordonné à ce dernier de verser des dommages-intérêts de 10 millions de dollars.

139. *Cohen's Handbook*, cité à la note 123, p. 597; Lloyd Burton, *American Indian Water Rights and the Limits of the Law*, Kansas, University Press of Kansas, 1991, p. 47.

140. 116 Congressional Record 23258, 23261 (1970); voir aussi Canby, cité à la note 124, p. 49.

141. Message du président des États-Unis, qui faisait part de ses recommandations à l'égard de la politique relative aux Indiens, H.R. Doc. 363, 91e Congrès, 2e Session, 1970.

142. S. 2451, 101e Congrès, 2e Session; Robert Clinton et coll., *American Indian Law: Cases and Materials*, 3e édition, Charlottesville, The Michie Co., 1991, pp. 269-270. Le projet de loi de 1990 n'a jamais été promulgué. Selon un représentant du BIA, le projet de loi est mort devant le Banking Committee.

144. Voir, par exemple, *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25, art. 95, 98; *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 57; *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.O. 1984, ch. 11, art. 122.

145. Voir, par exemple, *Re Tandy Electronics Ltd. and United Steelworkers of America*, [1980] 1 Can. L.R.B.R. 99 (Ont. L.R.B.) et (1980) 115 D.L.R. (3d) 197 (OHCJ).

146. *Indian Claims Commission Act* 1946, 25 U.S.C.A. ss. 70-70v. Voir, de façon générale, Canby, cité à la note 124, pp. 264-268, et P. Cumming et N. Mickenberg (dir.), *Native Rights in Canada*, 2e édition, Toronto, Association eskimo-indienne du Canada, 1972, pp. 243-264.

147. Cumming et Mickenberg, cité à la note 146, p. 259.

149. Shattuck et Norgren, cité à la note 148, p. 149.

151. Dans ses premières décisions dans l'affaire *Dann*, la Cour d'appel avait statué que les Western Shoshone détenait un titre ancestral sur la région visée, malgré l'indemnité pécuniaire accordée par la Commission. Cette conclusion repose en partie sur le motif que, dans le cadre des procédures de la Commission, l'extinction des droits avait été non pas prouvée, mais simplement présumée, *U.S. v. Dann* 572 F.2d 222 (9th Circ, 1978) et 706 F.2d 919 (9th Circ, 1983). La Cour suprême a infirmé cette décision et statué, entre autres, que la loi empêchait que les questions «touchant» les aspects débattus devant la Commission soient de nouveau examinées par les tribunaux. La Cour a établi que l'octroi d'une indemnité pécuniaire par la Commission faisait obstacle à toute poursuite fondée sur des questions «touchant» des points débattus devant la Commission, même si l'indemnité n'avait pas encore été distribuées, 470 U.S. 39, p. 45.

152. *Shattuck et Norgren*, cité à la note 148, p. 149.

153. Canada, Chambre des communes, *L'autonomie politique des Indiens au Canada*, deuxième rapport à la Chambre (rapport Penner), recommandation 22.

154. Association du Barreau canadien, *Du défi à l'action*, Ottawa, 1988, recommandation 24.

155. On a parfois tenté d'apporter aux textes législatifs les modifications rendues nécessaires par la conclusion de certains traités, notamment la Convention de la Baie James et du Nord québécois. La *Loi sur l'application extracôtière des lois canadiennes* constitue un exemple de loi fédérale d'application générale qui prend en considération les droits ancestraux et issus de traités. En effet, l'article 20 de cette loi est ainsi rédigé : «La présente loi ne porte pas atteinte aux droits — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada visés à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.» Toutefois, cette disposition n'a été ajoutée qu'à l'instigation des peuples autochtones eux-mêmes. Voir également le paragraphe 3(2) de la loi.

156. Cette proposition a déjà été faite, notamment par l'Association du Barreau canadien, dans *Du défi à l'action*, cité à la note 154.