

*L'obligation fiduciaire de la Couronne et l'autonomie gouvernementale des peuples  
autochtones au Canada :  
vers une possible réconciliation?*

**Par Geneviève Richard, LL.B, M.S.V.D., J.D.**

**Matricule 10 094 079**

**Maîtrise en droit avec cheminement de type cours en common law et droit transnational  
(LL.M.)**

**Essai de maîtrise présenté à P<sup>r</sup> Sébastien Brodeur-Girard, Ph.D.,  
École d'études autochtones de l'Université du Québec en Abitibi-Témiscamingue  
et soumis à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke  
en vue de l'obtention du grade de Maître en droit**

**29 décembre 2021**

**© Geneviève Richard, 2021**

## RÉSUMÉ DE L'ESSAI

Comment les peuples autochtones au Canada peuvent-ils être des Nations distinctes et souveraines avec leur propre système de gouvernance et être à la fois bénéficiaires de la Couronne ayant une obligation fiduciaire envers eux? En d'autres termes, l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones peut-elle être conciliée avec l'obligation fiduciaire de la Couronne dans le droit interne canadien? En tentant d'apporter une réponse à ces questions, nous définirons ces concepts juridiques, en apparence contradictoires. Nous étudierons ensuite les sources et l'évolution de ces concepts, en révélant leurs valeurs et caractéristiques sous-jacentes afin, ultimement, de les confronter. Les valeurs en jeu seront identifiées dans un tableau comparatif afin de démontrer leur opposition. Enfin, l'obligation fiduciaire de la Couronne et l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones seront illustrées sur un spectre afin de prouver qu'ils sont, en fait, conciliables. Nous élaborerons l'hypothèse finale que l'obligation fiduciaire existera jusqu'à ce que les peuples autochtones atteignent une autonomie gouvernementale pleine et entière, et pourra même être un outil pour y arriver.

*How can Indigenous peoples in Canada be distinct and sovereign Nations with their own system of governance and at the same time be beneficiaries of the Crown with a fiduciary duty towards them? In other words, can Indigenous self-government be reconciled with the Crown's fiduciary duty in Canadian domestic law? In attempting to answer these questions, we will define these seemingly contradictory legal concepts. We will then examine the sources and evolution of these concepts, revealing their underlying values and characteristics and, ultimately, confronting them. The values at stake will be identified in a comparative table to demonstrate their opposition. Finally, the fiduciary duty of the Crown and the Indigenous self-government will be illustrated on a spectrum to demonstrate that they are, in fact, reconcilable. The final hypothesis is that the fiduciary duty will exist until Indigenous peoples achieve full self-government and may even be a tool to achieve it.*

## TABLE DES MATIÈRES

<b>INTRODUCTION</b> .....	<b>1</b>
<b>CHAPITRE 1 – OBLIGATION FIDUCIAIRE DE LA COURONNE ENVERS LES PEUPLES AUTOCHTONES</b> .....	<b>4</b>
<b>1.1 De la fiducie à l’obligation fiduciaire</b> .....	<b>4</b>
<b>1.2 Les sources de l’obligation fiduciaire</b> .....	<b>8</b>
1.2.1 Proclamation royale de 1763.....	9
1.2.2 Jurisprudence américaine du 19 <sup>e</sup> siècle.....	12
1.2.3 Lois canadiennes des 19 <sup>e</sup> et 20 <sup>e</sup> siècles.....	14
<b>1.3 L’évolution de la jurisprudence canadienne de l’arrêt <i>Guerin</i> à aujourd’hui</b> .....	<b>16</b>
1.3.1 <i>Guerin</i> (1984).....	17
1.3.2 <i>Sparrow</i> (1990) .....	22
1.3.3 <i>Delgamuukw</i> (1997), <i>Wewaykum</i> (2002) et <i>Nation haïda</i> (2004).....	24
1.3.4 <i>Manitoba Metis</i> (2013).....	27
1.3.5 <i>Southwind</i> (2021) .....	28
<b>CHAPITRE 2 – AUTONOMIE GOUVERNEMENTALE DES PEUPLES AUTOCHTONES</b> .....	<b>31</b>
<b>2.1 La définition du concept</b> .....	<b>33</b>
<b>2.2 Les sources de la reconnaissance de l’autonomie gouvernementale</b> .....	<b>37</b>
<b>2.3 De la négation à la reconnaissance : le cheminement étatique du concept</b> .....	<b>41</b>
2.3.1 Politique .....	42
2.3.2 Jurisprudentielle .....	47
2.3.3 Législative .....	49
<b>CHAPITRE 3 – LA CONFRONTATION DES PRINCIPES : VERS UNE POSSIBLE RÉCONCILIATION ?</b> .....	<b>53</b>
<b>3.1 Analyse des valeurs de l’obligation de fiduciaire</b> .....	<b>54</b>
3.1.1 Vulnérabilité, dépendance et incapacité .....	54
3.1.2 Contrôle, pouvoir et protection.....	55
3.1.3 Confiance et loyauté .....	57
<b>3.2 Analyse des valeurs de l’autonomie gouvernementale</b> .....	<b>58</b>
3.2.1 Autonomie, capacité et responsabilité .....	58
3.2.2 Respect et égalité .....	59
3.2.3 Liberté, souveraineté et indépendance.....	60

<b>3.3 Confrontation des valeurs en jeu .....</b>	<b>62</b>
3.3.1 Tableau de la confrontation des valeurs .....	62
3.3.2 Spectre de l'obligation fiduciaire et de l'autonomie gouvernementale .....	63
3.3.3 Conciliation des valeurs.....	64
<b>CONCLUSION.....</b>	<b>68</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE .....</b>	<b>71</b>

« In law, with law, and through law, Canada has imposed a colonial system of government and justice upon our people without due regard to our Treaty and Aboriginal Rights. We respect law that is fair and just, but we cannot be faulted for denouncing those laws that degrade our humanity and rights as distinct peoples. »<sup>1</sup>

*Ovide Mercredi*

---

<sup>1</sup> Citation d'Ovide Mercredi, membre de la Première Nation de Berens River et président de l'Assemblée des Premières Nations entre 1991 et 1997 dans Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba, *The justice System and Aboriginal People*, vol. I, Chapter 1 – The Inquiry and the Issues, Manitoba, Queen's Printer, 1991, p. 1.

## INTRODUCTION

En 2017, pour la première fois de son histoire, la Cour suprême de la Nouvelle-Zélande a reconnu, dans *Wakatū v. Attorney-General*<sup>2</sup>, que la Couronne britannique possède une obligation fiduciaire envers les peuples autochtones. Un professeur de droit d'origine māorie a même affirmé qu'il s'agissait de l'une des décisions les plus importantes rendues par un tribunal de la Nouvelle-Zélande au cours des 25 dernières années<sup>3</sup>. Cet arrêt de la Nouvelle-Zélande est particulièrement intéressant puisque la majorité a fondé ses motifs sur l'approche développée par la Cour suprême du Canada, plus de 30 ans auparavant, dans *Guerin c. La Reine*<sup>4</sup>. Cet arrêt marque un moment décisif dans la jurisprudence canadienne puisqu'il représente la naissance de l'obligation fiduciaire de la Couronne<sup>5</sup>, exécutoire en justice, dans sa gestion des terres au profit des « Indiens »<sup>6</sup>. Rendus dans des contextes similaires, les tribunaux, tant dans *Wakatū* que dans *Guerin*, ont reconnu l'existence d'une obligation fiduciaire qui incombe à la Couronne d'agir dans l'intérêt supérieur des Autochtones<sup>7</sup>. Dans les deux cas, les tribunaux ont aussi reconnu une atteinte à cette obligation fiduciaire, le tout donnant ouverture à une compensation financière aux Autochtones ainsi lésés<sup>8</sup>.

---

<sup>2</sup> *Proprietors of Wakatū v. Attorney-General*, [2017] N.Z.S.C. 17. [Wakatū]

<sup>3</sup> Carwyn JONES, *Analysis: Proprietors of Wakatū and Others v Attorney-General [2017] NZSC 17*, Blog of the IACL-AIDC, 13 mai 2017, Victoria University, Wellington, en ligne : <https://blog-iacl-aidc.org/test-3/2018/5/26/analysis-proprietors-of-wakat-and-others-v-attorney-general-2017-nzsc-17>.

<sup>4</sup> *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335. [Guerin]

<sup>5</sup> Note au lecteur, le terme « Couronne » dans le contexte de l'obligation fiduciaire réfère autant à la Couronne fédérale que provinciale au sein de la monarchie constitutionnelle canadienne de Sa Majesté la Reine Elizabeth II. Voir Alain LAFONTAINE, *La coexistence de l'obligation de fiduciaire de la Couronne et du droit à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones*, (1995) *Les Cahiers de droit* 36(3), 669-744, note 1 [Lafontaine] : « Bien que ce soit surtout la Couronne fédérale qui soit en cause en matière d'obligation de fiduciaire et d'autonomie gouvernementale, l'opinion majoritairement acceptée au sein de la doctrine veut que la Couronne provinciale ait elle aussi une obligation de fiduciaire, dans la mesure où ses actes ou sa législation en tant que législation provinciale (par opposition à la législation fédérale par renvoi) touchent les droits des autochtones. »; Voir aussi : Richard BOIVIN, *À qui appartient l'obligation de fiduciaire à l'égard des autochtones?*, (1994) *Les Cahiers de droit*, vol. 35, n° 1, 3-22. [Boivin]

<sup>6</sup> *Guerin*, préc., note 4, p. 376.

<sup>7</sup> Note au lecteur, nous allons utiliser une majuscule aux termes « Autochtone », « Première Nation », « Inuit », « Métis », « Nation autochtone » et « Premier Peuple » pour refléter leur statut de Nation distincte. Voir également l'utilisation de la majuscule par le gouvernement du Canada, en ligne : <https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/fra/1100100013785/1529102490303>, par les Premières Nations au Canada, en ligne : <https://www.afn.ca/fr/accueil/>, par les Inuit au Canada, en ligne : <https://www.itk.ca> et par les Métis au Canada, en ligne : <https://www2.metisnation.ca>.

<sup>8</sup> Le jugement de première instance a accordé 10 millions de dollars en dommages-intérêts à la demanderesse, montant qui a été rétabli sans modification par la Cour suprême du Canada : *Guerin c. Canada*, [1982] 2 C.F. 385 [Guerin, C.F.] et *Guerin*, préc. note 4, p. 391. Pour *Wakatū*, la Cour suprême de la Nouvelle-Zélande n'a pas pu se positionner quant aux dommages à octroyer et la détermination du montant a donc été remis au tribunal de première instance : *Wakatū*, préc. note 2, par. 6, 7 et 8.

L'obligation fiduciaire de la Couronne, telle que décrite dans la jurisprudence canadienne, représente un devoir pour la Couronne de protéger les peuples autochtones, car ils seraient perçus comme vulnérables, incapables et même dépendants. À l'inverse, l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones sous-tend qu'ils font preuve d'autonomie, de responsabilité et de capacité dans leur gouvernance interne. Dans le contexte de la relation de fiduciaire entre la Couronne et les Autochtones, comment est-il possible pour eux de devenir libres et autonomes? Comment s'affranchir de ce statut de pupille de l'État afin de pouvoir s'affirmer comme des Nations à part entière dans la gestion de leurs affaires internes? À première vue, il semble paradoxal d'affirmer son autonomie tout en bénéficiant d'une relation de fiduciaire<sup>9</sup>. Cette apparente contradiction entre l'autonomie politique et la relation de fiduciaire s'est perpétuée à travers les époques et le gouvernement fédéral reconnaît jusqu'à la fin du 20<sup>e</sup> siècle que « les responsabilités actuelles du gouvernement fédéral comme fiduciaire limitent inévitablement l'autonomie des bandes indiennes »<sup>10</sup>.

Ce paradoxe nous inspire la question suivante : l'existence d'une doctrine juridique basée sur une relation hiérarchique de fiduciaire et de bénéficiaire entre la Couronne et les Autochtones nuit-elle à l'exercice de leur autodétermination? **En d'autres termes, l'obligation fiduciaire de la Couronne est-elle un frein à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones?** Aux fins de notre recherche, nous allons nous concentrer sur les peuples autochtones au Canada, définis comme les Premières Nations, les Inuit et les Métis par la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>11</sup>.

Afin de répondre à cette question, nous allons dégager les valeurs et certaines caractéristiques propres aux concepts juridiques de l'obligation fiduciaire de la Couronne et de l'autonomie gouvernementale des Autochtones. Notre étude axiologique est utile dans ce contexte, car comme le dit le professeur Bergel, « le droit s'appuie incontestablement sur des valeurs qui dépassent le domaine de la technique juridique »<sup>12</sup>. Dans cette perspective, les valeurs se posent

---

<sup>9</sup> Lafontaine, préc., note 5, p. 670.

<sup>10</sup> AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADA, *Examen du secteur, Terres, Revenus et Fiducie, Rapport définitif de l'étape II—Les Premières Nations et le droit*, Ottawa, 19 juillet 1990, chap. I. [AIDNC]

<sup>11</sup> *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R-U), art. 35 (2) : « Dans la présente loi, peuples autochtones du Canada s'entend notamment des Indiens, des Inuit et des Métis du Canada ». [L.C. 1982] Note au lecteur, le terme les « Inuit » reste invariable en genre et en nombre, car il représente le terme pluriel en inuktitut.

<sup>12</sup> Jean-Louis BERGEL, *Méthodologie juridique*, Paris, PUF, 2001, p. 17. Jean-Louis Bergel est professeur émérite et directeur de l'académie de droit de l'université d'Aix-Marseille en France, en ligne : <https://univ-droit.fr/universitaires/26647-jean-louis-bergel>.

comme fondement du droit<sup>13</sup> et le droit se présente, quant à lui, comme un outil indispensable pour consolider les choix de valeurs en permettant de les formaliser et de les mettre en œuvre<sup>14</sup>.

Au chapitre 1, nous allons distinguer les concepts de fiducie et d'obligation fiduciaire, afin d'expliquer les notions de *trust* en *common law* applicables au contexte juridique autochtone au Canada. Ensuite, nous allons exposer les sources historiques de l'obligation fiduciaire à l'aide de différentes lois et divers jugements canadiens et américains, du 19<sup>e</sup> au 20<sup>e</sup> siècle. Enfin, l'évolution jurisprudentielle canadienne à partir de l'arrêt *Guerin* sera détaillée afin de comprendre les valeurs évolutives liées au concept d'obligation fiduciaire.

Le chapitre 2 servira à expliquer le concept juridique de l'autonomie gouvernementale applicable aux peuples autochtones et les sources de sa reconnaissance. Même si la Cour suprême du Canada n'a jamais formellement reconnu l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones comme étant un droit inhérent à l'article 35 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>15</sup>, le gouvernement du Canada l'a tout de même fait sur les plans législatif<sup>16</sup> et politique<sup>17</sup>. Nous commencerons donc par définir ce concept pour ensuite entrer dans l'évolution de la reconnaissance de l'autonomie gouvernementale autochtone à travers la politique, la jurisprudence et certaines lois au pays.

Le chapitre 3 servira à confronter les valeurs et caractéristiques de l'obligation fiduciaire de la Couronne et de l'autonomie gouvernementale autochtone afin de voir si ces concepts sont réconciliables. Grâce à l'exposé de ces valeurs, nous tenterons de répondre à notre question de départ à savoir si l'obligation fiduciaire nuit ou, au contraire, aide à la reconnaissance de l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones au pays.

---

<sup>13</sup> David GILLES et Simon LABAYLE, *L'irréductibilité des valeurs dans le droit : la quête du fondement axiologique*, (2012) 42 R.D.U.S. 310-316, p. 312.

<sup>14</sup> Mireille DELMAS-MARTY, *Vers une Communauté de valeurs?*, Paris, Seuil, 2011, p. 20.

<sup>15</sup> *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821 [Pamajewon]; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010 [Delgamuukw]

<sup>16</sup> *Loi sur la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, L.R.C., 2021, c. 14, préambule : « que le gouvernement du Canada reconnaît que les relations avec les peuples autochtones doivent être fondées sur la reconnaissance et la mise en œuvre du droit inhérent à l'autodétermination, y compris le droit à l'autonomie gouvernementale ». [Loi sur la DNUDPA]

<sup>17</sup> GOUVERNEMENT DU CANADA, *Principes régissant la relation du Gouvernement du Canada avec les peuples autochtones*, Ministère de la Justice, 2017, en ligne : <https://www.justice.gc.ca/fra/sjc-csj/principes-principles.html>, principe 1 : « Le gouvernement du Canada reconnaît que toutes les relations avec les peuples autochtones doivent être fondées sur la reconnaissance et la mise en œuvre de leur droit à l'autodétermination, y compris le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale ». [Principes du Canada]



## CHAPITRE 1 - OBLIGATION FIDUCIAIRE DE LA COURONNE ENVERS LES PEUPLES AUTOCHTONES

Dans ce chapitre, nous définirons tout d'abord les termes en lien avec la fiducie, appelée *trust en common law* et les nuances avec l'obligation fiduciaire<sup>18</sup> de la Couronne applicable dans un contexte autochtone. Nous démontrerons ainsi que la fiducie est un moyen juridique pour une personne, le fiduciaire, de détenir des droits ou des intérêts d'une autre personne, appelée le bénéficiaire, pour le seul bénéfice de ce dernier. Quant à l'obligation fiduciaire, elle est un dérivé de la fiducie qui impose au fiduciaire des obligations similaires à celles d'une fiducie, mais sans en être une. Dans le contexte de la relation fiduciaire qui nous préoccupe, la Couronne est le fiduciaire et les peuples autochtones sont les bénéficiaires.

Ensuite, nous analyserons ce devoir fiduciaire à l'aide des sources législatives et jurisprudentielles ayant contribué à son élaboration. Tout au long de notre étude, nous tenterons de faire ressurgir les valeurs et caractéristiques propres à l'obligation fiduciaire envers les peuples autochtones au Canada dans le but de les confronter, ultérieurement, avec celles de l'autonomie gouvernementale. L'objectif de cette comparaison de valeurs est de savoir si ces concepts juridiques sont conciliables ou non dans notre droit interne canadien.

### 1.1 De la fiducie à l'obligation de fiduciaire

Tout d'abord, il ne faut pas confondre le concept de *trust* au sens de la *common law* et celui de la fiducie au sens du droit civil, comportant ses propres règles élaborées au Québec<sup>19</sup>. Par exemple, en droit civil québécois, il y a nécessairement un transfert des biens détenus par le fiduciaire dans le patrimoine du bénéficiaire, appelé patrimoine d'affectation<sup>20</sup>. Cette condition de la fiducie en droit québécois n'existe pas dans le *trust en common law*.

---

<sup>18</sup> Note au lecteur, nous allons faire référence indistinctement aux termes « obligation fiduciaire », « obligation de fiduciaire », « devoir de fiduciaire », « relation de fiduciaire » et « rapport fiduciaire », qui sont tous des termes synonymes utilisés dans la jurisprudence canadienne.

<sup>19</sup> *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, Chapitre deuxième – De la fiducie, art. 1260 à 1298. [C.c.Q.] Note au lecteur, même si le *trust en common law* et la fiducie en droit civil sont deux concepts distincts issus de traditions juridiques différentes, il n'en demeure pas moins que l'un est la traduction de l'autre en français et en anglais. Il se peut que nous utilisions le terme « fiducie » ou « fiduciaire » en français, mais nous faisons référence au *trust* et à l'obligation de fiduciaire, telle que définie en tant qu'obligation analogue au *trust en common law*.

<sup>20</sup> Art. 1260 C.c.Q. : « La fiducie résulte d'un acte par lequel une personne, le constituant, transfère de son patrimoine à un autre patrimoine qu'il constitue, des biens qu'il affecte à une fin particulière et qu'un fiduciaire s'oblige, par le fait de son acceptation, à détenir et à administrer. »; Jacques BEAULNE, *Droit des fiducies*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2015, par. 145–59.

Quant à lui, le *trust* est un concept à géométrie variable qui est très difficile à définir<sup>21</sup>. Il existe autant de différents types de *trusts* que de contextes dans lesquels ils s'appliquent. En fait, le terme « fiduciaire », faisant référence à la personne agissant en tant que fiduciaire ou étant relatif à une fiducie, a été décrit dans la jurisprudence comme étant « l'un des termes les plus mal définis, sinon totalement trompeurs de notre droit »<sup>22</sup>. Étant dérivée du terme latin *fiducia* qui signifie confiance, la relation de fiduciaire est donc basée sur la confiance que le bénéficiaire porte envers le fiduciaire<sup>23</sup>. Notons également que la traduction littérale du terme *trust* en anglais est « confiance » en français<sup>24</sup>.

Le rapport fiduciaire a été dépeint comme un « concept à la recherche d'un principe », ne facilitant pas la tâche de lui donner une définition précise<sup>25</sup>. Malgré tout, une des définitions les plus citées du *trust* en *common law* est la suivante :

« A trust is the relationship which arises whenever a person (called the trustee) is compelled in equity to hold property, whether real or personal, and whether by legal or equitable title, for the benefit of some persons (of whom he may be one, and who are termed beneficiaries) or for some object permitted by law, in such a way that the real benefit of the property accrues, not to the trustees, but to the beneficiaries or other objects of the trust. »<sup>26</sup>

La propriété ainsi détenue en *trust* pour le bénéficiaire peut être réelle ou personnelle et se décliner sous plusieurs formes<sup>27</sup>. Dans cette définition du *trust*, le fiduciaire détient la propriété pour le seul et unique avantage d'un ou de plusieurs bénéficiaires. En effet, le droit des fiducies (*trust law*) interdit spécifiquement au fiduciaire de tirer profit de son droit, qu'il soit une personne physique, une entité corporative ou encore une organisation gouvernementale<sup>28</sup>. Le ou les bénéficiaires font ainsi confiance au fiduciaire pour détenir une propriété pour leur unique bénéfice.

---

<sup>21</sup> Donovan WATERS, Mark GILLEN and Lionel SMITH, *Waters' Law of Trusts in Canada*, 4<sup>th</sup> ed., Toronto, Carswell, 2012, p. 3.

<sup>22</sup> *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574, p. 644 [Lac Minerals] citant Paul D. FINN, *Fiduciary Obligations*, Sydney, Law Book Co., 1977, p. 1.

<sup>23</sup> *Girardet c. Crease & Co* (1987) 11 B.C.L.R. (2d) 361, p. 362. [Girardet]

<sup>24</sup> DICTIONNAIRE LAROUSSE, Dictionnaires bilingues, France, « trust » en tant que pronom, en ligne : <https://www.larousse.fr/dictionnaires/anglais-francais/trust/619980>.

<sup>25</sup> G.W. KEETON and L.A. SHERIDAN, *The Law of Trusts*, 12<sup>th</sup> edition, London, Barry Rose Law Publishers Ltd, 1993, p. 3. [Keeton & Sheridan]

<sup>26</sup> *Id.*

<sup>27</sup> Par exemple, des fonds d'études, l'administration d'une propriété pour le compte d'autrui ou un fonds de pension : Mark R. GILLEN and Faye WOODMAN, *The Law of Trusts: A Contextual Approach*, 3<sup>rd</sup> ed., Toronto, 2015, Emond Montgomery. [Gillen & Woodman]

<sup>28</sup> J.E. PENNER, *Purposes and Rights in the Common Law of Trusts*, (2014), Montréal, 48 R.J.T.U.M. 579, p. 581.

Outre les différentes catégories du *trust*<sup>29</sup>, il existe des devoirs de fiduciaire (*fiduciary duties*) qui ne sont cependant pas une fiducie en soi. La relation particulière entre le fiduciaire et le bénéficiaire fait plutôt surgir des obligations analogues à une fiducie<sup>30</sup>. Les obligations fiduciaires doivent reposer sur un engagement, exprès ou tacite, de la part du fiduciaire d’agir dans l’intérêt supérieur du bénéficiaire<sup>31</sup>. Cet engagement se retrouve également dans la relation qu’entretient l’avocat avec son client<sup>32</sup>, le médecin avec son patient<sup>33</sup>, l’élu envers ses citoyens<sup>34</sup> et dans le cas qui nous préoccupe, la Couronne envers les Autochtones<sup>35</sup>. Ce type de relation ne peut être vu comme un *trust* à part entière, car le fiduciaire ne détient pas de propriété pour le compte du bénéficiaire, ne remplissant donc pas les caractéristiques de la définition habituelle de *trust*<sup>36</sup>. La relation fiduciaire est plutôt une obligation pour le fiduciaire d’agir dans l’intérêt supérieur du bénéficiaire. Cela revient donc à dire que la Couronne, dans le cadre de sa relation de fiduciaire avec les peuples autochtones, doit agir dans leur intérêt et ne pas tirer profit de la relation. La relation de fiduciaire est généralement basée sur la relation de confiance que le bénéficiaire a envers le fiduciaire.

Dans *Frame c. Smith*, un arrêt rendu en 1987 qui ne concerne pas directement les Autochtones, la Cour suprême du Canada dégage trois principales caractéristiques des rapports dans lesquels une obligation fiduciaire a été imposée :

- 1- « le fiduciaire peut exercer un certain pouvoir discrétionnaire;
- 2- le fiduciaire peut unilatéralement exercer ce pouvoir discrétionnaire de manière à avoir un effet sur les intérêts juridiques ou pratiques du bénéficiaire;
- 3- le bénéficiaire est particulièrement vulnérable ou à la merci du fiduciaire qui détient le pouvoir discrétionnaire. »<sup>37</sup> [nos soulignements]

---

<sup>29</sup> Les trois catégories du *trust* sont expresse, par les effets de la loi ou d’origine législative : Aline GRENON, *La fiducie canadienne issue de la common law - le droit comparé peut-il favoriser son évolution?*, Revue de droit d’Ottawa, 40<sup>e</sup> anniversaire, 2006.

<sup>30</sup> Gillen & Woodman, préc., note 27.

<sup>31</sup> Ciara TOOLE, *Fiduciary Law and the Constructive Trust: Perfecting the Fiduciary Undertaking*, (2012) Alberta Law Review 49(3), 655.

<sup>32</sup> *Canson Enterprises Ltd c. Boughton & Co*, [1991] 3 R.C.S. 534.

<sup>33</sup> *McInerney c. MacDonald*, [1992] 2 R.C.S. 138; *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226.

<sup>34</sup> *Hawrelak c. Ville d’Edmonton*, [1976] 1 R.C.S. 387.

<sup>35</sup> Guerin, préc., note 4.

<sup>36</sup> Keeton & Sheridan, préc., note 25.

<sup>37</sup> *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99, p. 136. [Frame]

La Cour suprême précise toutefois qu'il est possible de conclure à un rapport fiduciaire même si toutes ces caractéristiques ne sont pas présentes et qu'à l'inverse, leur présence n'est pas toujours concluante quant à l'existence de rapports fiduciaires<sup>38</sup>. Des caractéristiques propres à l'obligation fiduciaire se dessinent tout de même, soit un pouvoir discrétionnaire unilatéral exercé par le fiduciaire et la notion de vulnérabilité du bénéficiaire ou le fait d'être à sa merci.

Deux ans plus tard, en 1989, toujours dans une cause n'impliquant pas de partie autochtone, la plus haute cour du pays affirme que la seule caractéristique jugée indispensable à l'existence de « rapports fiduciaires » est celle de « la dépendance ou de la vulnérabilité » du bénéficiaire<sup>39</sup>. En plus de la notion de vulnérabilité propre au bénéficiaire relevée dans *Frame*, s'ajoute son possible état de dépendance face au fiduciaire. Comme l'explique le professeur Weinrib, la marque distinctive d'un rapport fiduciaire résiderait dans la situation juridique des parties où l'une d'entre elles se trouve à la merci du pouvoir discrétionnaire de l'autre<sup>40</sup>. D'ailleurs, l'expression « être à la merci de », utilisée dans la jurisprudence<sup>41</sup>, se définit comme étant « être sous la dépendance de quelqu'un, soumis à l'action de quelque chose »<sup>42</sup>.

Quelques années plus tard, en 1994, la Cour suprême du Canada a expliqué que le fondement de cette relation de fiduciaire repose dans la protection d'une partie qui ne peut se protéger elle-même en raison de la nature de la relation entretenue<sup>43</sup>. Cet aspect de la vulnérabilité du bénéficiaire ne pouvant se protéger lui-même, allant même jusqu'à une situation de dépendance, crée donc l'obligation pour le fiduciaire de protéger ses droits. L'obligation fiduciaire découle du rapport entre le fiduciaire et le bénéficiaire, et c'est précisément dans cette catégorie analogue au *trust* que se retrouve la Couronne face aux Autochtones<sup>44</sup>. En effet, par la nature même de la relation qu'entretient la Couronne avec les Nations autochtones et du fait qu'elles seraient

---

<sup>38</sup> *Id.*

<sup>39</sup> Lac Minerals, préc., note 22, p. 599.

<sup>40</sup> Ernest WEINRIB, *The Fiduciary Obligation* (1975) 25 U.T.L.J. 1, p. 7. [Weinrib] Ernest J. Weinrib est un universitaire juridique qui travaille sur la jurisprudence et la philosophie du droit, en particulier la théorie du droit privé. Il enseigne à la faculté de droit de l'Université de Toronto, en ligne : <https://www.law.utoronto.ca/faculty-staff/full-time-faculty/ernest-weinrib>.

<sup>41</sup> *Frame*, préc., note 37.

<sup>42</sup> DICTIONNAIRE LAROUSSE, Dictionnaire de la langue française, France, en ligne : <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/merci/50584>.

<sup>43</sup> *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377, p. 423. [Hodgkinson] Ce jugement est rendu dans le contexte d'un litige entre un conseiller financier et son client.

<sup>44</sup> *Gillen & Woodman*, préc., note 27, *Fiduciary Obligations and Aboriginal Peoples*, p. 839.

vulnérables et à la merci de son pouvoir discrétionnaire, elle a l'obligation fiduciaire de protéger leurs intérêts juridiques ou pratiques, pour reprendre *Frame*.

Par ailleurs, l'avocat et auteur Dickson est très critique quant à ce rapport de force entre la Couronne et les Autochtones, engendrant l'obligation de fiduciaire :

« One of the disasters of Canada's colonial history is the fact that Crown/Aboriginal relationships have come, more and more, to resemble classic fiduciary relationships – relationships where one party's interests are uniquely at the mercy of the other. [...] I always felt this development had the effect of reinforcing a paternalistic and constitutionally immoral power structure. »<sup>45</sup> [nos soulignements]

Pour reprendre les mots de cet auteur, l'obligation de la Couronne fait donc appel à des notions de paternalisme, relents de l'histoire coloniale du pays, afin de protéger les Autochtones qui sont à la merci de la Couronne. Il fait aussi référence à l'« immoralité » de cette structure constitutionnelle de pouvoir entre les peuples autochtones et la Couronne.

C'est en expliquant brièvement ce qu'est un *trust* en *common law* que nous avons pu expliquer les valeurs propres à l'obligation fiduciaire en droit canadien. Tout d'abord, la relation entre le fiduciaire et le bénéficiaire en est une de confiance, autant dans un *trust* que dans une obligation fiduciaire. Cette obligation qui incombe au fiduciaire fait ressurgir des devoirs analogues à ceux d'un *trust*, mais sans en être un à part entière, car il ne détient pas de propriété pour le compte du bénéficiaire. En effet, son devoir est plutôt d'agir dans l'intérêt supérieur du bénéficiaire, car ce dernier est à la merci de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire unilatéral sur ses intérêts. Le bénéficiaire se caractérise donc par sa vulnérabilité ou sa dépendance face au pouvoir du fiduciaire. Une relation hiérarchique de pouvoir, même qualifiée de paternaliste par certains, se dessine dans cette obligation fiduciaire applicable également en contexte autochtone.

## 1.2 Les sources de l'obligation de fiduciaire

Comme mentionné précédemment, l'obligation fiduciaire de la Couronne envers les peuples autochtones a été reconnue pour la première fois au Canada par l'arrêt *Guerin* en 1984. Ses racines sont toutefois bien plus profondes. Nous allons donc naviguer à travers différentes

---

<sup>45</sup> Jamie D. DICKSON, *The honour and dishonour of the Crown: making sense of Aboriginal law in Canada*, Purich Publishing Ltd., 2015, p. 9. [Dickson] Jamie Dickson est vice-président chargé des affaires juridiques chez Des Nedhe Development, qui est l'organisme de développement économique de la Première Nation d'English River en Saskatchewan. M. Dickson a représenté à la fois les Premières Nations et l'industrie dans la négociation d'importants accords de collaboration dans le secteur des ressources.

sources, soit la Proclamation royale de 1763<sup>46</sup>, la jurisprudence américaine du 19<sup>e</sup> siècle, la *Loi constitutionnelle de 1867*<sup>47</sup>, la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>48</sup> et la *Loi sur les Indiens*<sup>49</sup>, afin de documenter la reconnaissance de cette relation inégalitaire entraînant des responsabilités de la part de la partie en position de pouvoir, soit l'État colonial.

### 1.2.1 Proclamation royale de 1763

La Proclamation royale de 1763 est souvent décrite comme étant la « Magna Carta » des Autochtones<sup>50</sup> ou encore la « grande charte amérindienne »<sup>51</sup>, étant à la base de la reconnaissance des droits des Premières Nations par l'État canadien. L'objet de cette Proclamation du roi d'Angleterre George III était d'asseoir sa souveraineté sur le territoire en Amérique du Nord, à la suite de la guerre de Sept Ans avec la France. Elle fait d'ailleurs encore partie du droit canadien à ce jour, étant citée dans la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>52</sup>. Ce document sert notamment d'assise aux peuples autochtones pour la négociation de traités avec les autorités étatiques<sup>53</sup>.

C'est dans cette Proclamation qui revêt un caractère constitutionnel que l'on retrouve la source principale de la relation de fiduciaire entre la Couronne britannique et les peuples autochtones de l'époque :

« Attendu qu'il est juste, raisonnable et essentiel pour Notre intérêt et la sécurité de Nos colonies de prendre des mesures pour assurer aux nations ou tribus sauvages qui sont en relations avec Nous et qui vivent sous Notre protection, la possession entière et paisible des

---

<sup>46</sup> *Proclamation royale de 1763*, reproduite dans L.R.C. 1985, ann. II, n°1. [P.R. 1763]

<sup>47</sup> *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Victoria, c. 3 (R-U). [L.C. 1867]

<sup>48</sup> L.C. 1982, préc., note 11.

<sup>49</sup> *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, c. I-5. [L.I. 1985]

<sup>50</sup> *Calder et al. c. Procureur Général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313, p. 395 [Calder] : « Sa force de loi [Proclamation royale de 1763] est analogue au statut de la Magna Carta, qui a toujours été considérée comme étant la loi à travers l'Empire. Elle était une loi qui s'appliquait chaque fois que l'Angleterre prenait en main la souveraineté sur les terres ou territoires nouvellement découverts ou acquis. »; J.R. MILLER, *The Royal Proclamation – “the Indians’ Magna Carta”?*, Septembre 2013, Active History, en ligne : <http://activehistory.ca/2013/09/the-royal-proclamation-the-indians-magna-carta/>.

<sup>51</sup> ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, Encyclopédie du parlementarisme québécois, *Proclamation royale (1763)*, 15 octobre 2018, en ligne : [http://www.assnat.qc.ca/fr/patrimoine/lexique/proclamation-royale-\(1763\).html#R42](http://www.assnat.qc.ca/fr/patrimoine/lexique/proclamation-royale-(1763).html#R42).

<sup>52</sup> L.C. 1982, préc., note 11, art. 25; Mark D. WALTERS, « The Aboriginal Charter of Rights: The Royal Proclamation of 1763 and the Constitution of Canada », dans Terry FENGE et Jim ALDRIDGE (dir.), *Keeping Promises. The Royal Proclamation of 1763, Aboriginal Rights, and Treaties in Canada*, Montréal & Kingston, McGill-Queen's University Press, 2015, p. 49-68.

<sup>53</sup> L'auteur John Borrows nous enseigne que la Proclamation royale de 1763 doit être interprétée de pair avec le Traité de Niagara signé en 1764 entre la Couronne britannique et au moins 24 Premières Nations de la région des Grands Lacs, incluant l'échange de 84 ceintures wampum. Une relation de réciprocité et de respect existait à l'époque entre la Couronne et les Nations autochtones : John BORROWS, *Wampum at Niagara: The Royal Proclamation, Canadian Legal History, and Self-Government*, University Simon Fraser, Burnaby, 6, 170-172, en ligne : <http://www.sfu.ca/~palys/Borrows-WampumAtNiagara.pdf>. [Borrows]

parties de Nos possessions et territoires qui ont été ni concédées ni achetées et ont été réservées pour ces tribus ou quelques-unes d'entre elles comme territoires de chasse. »<sup>54</sup>  
[nos soulignements]

L'affirmation unilatérale de la souveraineté de la Couronne britannique sur le territoire du Canada fait naître le rapport de fiduciaire avec les Autochtones et son corollaire, le devoir de protection. En effet, dans le but de « protéger » les Autochtones et de reconnaître leur occupation territoriale antérieure, la Couronne leur réserve une partie du territoire qui n'aurait pas déjà été cédée ni vendue, pour qu'ils puissent la posséder de façon entière et paisible. Ce désir de protection de la part de la Couronne se manifeste également dans le reste du libellé de la Proclamation royale en interdisant à des particuliers d'acquérir des terres réservées aux « Indiens » afin de prévenir des « fraudes et des abus » ayant créés chez ces derniers un « grand mécontentement »<sup>55</sup>. Afin « d'empêcher qu'il ne se commette de telles irrégularités à l'avenir », la Couronne s'octroie ainsi un droit de préemption exclusif sur les terres des « tribus indiennes »<sup>56</sup>.

La Proclamation royale de 1763 est donc à la fois une preuve historique de la reconnaissance des droits préexistants des Autochtones par la Couronne britannique et de son rôle de fiduciaire<sup>57</sup>. En effet, la Couronne s'accorde un devoir de protection envers les Autochtones qui sont perçus comme vulnérables aux fraudes et aux abus des colons. Le droit de préemption de la Couronne sur les terres réservées aux « nations ou tribus sauvages » est directement lié au pouvoir discrétionnaire dans une relation fiduciaire. Les terres réservées aux Autochtones dans le contexte de la Proclamation sont déclarées inaliénables, sauf auprès de la Couronne qui pourra les acheter s'ils sont prêts à s'en départir. L'élément du pouvoir discrétionnaire, relevé précédemment dans *Frame* pour prouver l'existence de l'obligation fiduciaire, se retrouve également dans le texte de la Proclamation par l'affirmation unilatérale de la souveraineté de la Couronne et son droit de préemption.

Il est opportun de préciser que c'est la Proclamation royale de 1763 qui a fait naître le principe de l'honneur de la Couronne, principe à la source de l'obligation constitutionnelle de consultation et d'accommodement des peuples autochtones<sup>58</sup>. Cette obligation constitutionnelle

---

<sup>54</sup> P.R. 1763, préc., note 46.

<sup>55</sup> *Id.*

<sup>56</sup> *Id.*

<sup>57</sup> Lafontaine, préc., note 5, p. 680- 686.

<sup>58</sup> Voir notamment *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, par. 16 [Nation haïda]; *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, [2004] 3

prend naissance lorsque « la Couronne a connaissance, concrètement ou par imputation, de l'existence potentielle du droit ou titre ancestral revendiqué et envisage des mesures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur celui-ci »<sup>59</sup>. L'honneur de la Couronne est ce qu'on appelle un concept parapluie duquel découle autant l'obligation de consulter et d'accommoder que l'obligation de fiduciaire. Sans entrer dans les détails, le devoir d'agir honorablement s'applique à toutes les relations entre les gouvernements fédéral et provinciaux et les Autochtones, tandis que l'obligation fiduciaire s'applique dans les cas précis où la Couronne exerce un pouvoir discrétionnaire sur des droits définis ou prouvés des Autochtones<sup>60</sup>.

Si le 18<sup>e</sup> siècle a permis l'établissement de relations en apparence respectueuses entre l'État canadien et les peuples autochtones, nous pouvons aussi constater que la reconnaissance de l'autodétermination des peuples autochtones s'est amenuisée à partir de cette époque avec la création des réserves et des politiques assimilatoires qui sont bien loin des droits territoriaux et politiques protégés dans la Proclamation royale. Cela crée un contexte parfait pour le développement d'une obligation de fiduciaire, alors que les Autochtones sont devenus sans cesse plus vulnérables et à la merci de la Couronne. Plusieurs facteurs peuvent être pris en compte pour expliquer ce changement dans le rapport de force des Autochtones en Amérique du Nord, notamment des fondements économiques<sup>61</sup>, militaires<sup>62</sup> et démographiques<sup>63</sup>. Nous tenterons d'expliquer les fondements juridiques de ce changement de paradigme en débutant par la jurisprudence américaine du début du 19<sup>e</sup> siècle.

---

R.C.S. 550; *Beckman c. Première nation Little Salmon/Carmacks*, [2010] 3 R.C.S. 103, par. 42 [Beckman]; *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, [2013] 1 R.C.S. 623, par. 66 [Manitoba Metis]; *Première Nation d'Akisq'nuk c. Sa Majesté la Reine du chef du Canada*, 2016 T.R.P.C. 3, par. 29; *Mikisew Cree First Nation c. Canada (Gouverneur général en conseil)*, [2018] 2 R.C.S. 765, par. 21. [Mikisew]

<sup>59</sup> Nation haïda, préc., note 58, par. 35. Note au lecteur, la Cour suprême du Canada utilise les termes « titre indien », « titre aborigène » et « titre ancestral » de façon évolutive dans son histoire, mais fait référence au même concept. Pour simplifier, nous allons utiliser le terme « titre ancestral ».

<sup>60</sup> Nation haïda, préc., note 58, par. 18 et 54; *Principes du Canada*, préc., note 17, principe 3.

<sup>61</sup> Comme fondement économique, nous pouvons citer le passage de la traite des fourrures comme base de l'économie canadienne à l'exploitation de la foresterie et de l'agriculture, aidé par la construction des chemins de fer : Jean-Pierre SAWAYA, *Alliance et dépendance : comment la Couronne britannique a obtenu la collaboration des Indiens de la vallée de Saint-Laurent entre 1760 et 1774*, Québec, Éditions du Septentrion, 2002, 203 p.

<sup>62</sup> Comme fondement militaire, nous pouvons donner en exemple la perte d'importance du statut d'alliés entre les Nations autochtones et les gouvernements coloniaux : Mathieu D'AVIGNON, *Samuel de Champlain et les alliances franco-amérindiennes : une diplomatie interculturelle*, Mémoire de maîtrise, 2001, Université Laval, Thèses et mémoires.

<sup>63</sup> Comme fondement démographique, les maladies apportées par les colonisateurs européens ayant décimé les populations autochtones et les plaçant en minorité : Catherine M. CAMERON, Paul KELTON et Alan C. SWEDLUND, *Beyond germs: Native depopulation in North America*, 2016, University of Arizona Press.



## 1.2.2 Jurisprudence américaine du 19<sup>e</sup> siècle

Les États-Unis d'Amérique et le Canada, étant deux pays limitrophes de tradition juridique de *common law*, ont été influencés l'un par l'autre par l'évolution de leur jurisprudence respective. À travers les époques, plusieurs jugements issus des cours américaines<sup>64</sup>, surtout avant la Révolution américaine, ont trouvé application au Canada<sup>65</sup>. C'est le cas de la trilogie du juge en chef Marshall de la Cour suprême des États-Unis dans les affaires *Johnson v. McIntosh*<sup>66</sup> (1823), *Cherokee Nation v. State of Georgia*<sup>67</sup> (1831) et *Worcester v. State of Georgia*<sup>68</sup> (1832). La trilogie Marshall est l'une des sources les plus citées sur la relation de fiduciaire entre l'État et les peuples autochtones. Cette trilogie affirme le statut politique et légal des Nations autochtones aux États-Unis en leur reconnaissant le pouvoir de faire leurs propres lois, tout en permettant au Congrès américain d'y porter atteinte lorsqu'il le juge nécessaire<sup>69</sup>.

Dans *Cherokee*, le juge Marshall s'exprime ainsi quant au statut des Nations autochtones aux États-Unis :

« Though the Indians are acknowledged to have an unquestionable, and, heretofore, unquestioned right to the lands they occupy until that right shall be extinguished by a voluntary cession to our government, yet it may well be doubted whether those tribes which reside within the acknowledged boundaries of the United States can, with strict accuracy, be denominated foreign nations. They may, more correctly, perhaps, be denominated, domestic dependent nations. They occupy a territory to which we assert a title independent of their will, which must take effect in point of possession when their right of possession ceases. Meanwhile they are in a state of pupillage. Their relation to the United States

---

<sup>64</sup> Notre au lecteur, nous utilisons le terme usuel « américain » en référence aux États-Unis d'Amérique plutôt qu'« états-unien ».

<sup>65</sup> L'auteur Bruce Clark explique que la décision américaine *Mohegan Indians v. Connecticut* (1640), précédant la Révolution américaine de 1775, constitue un précédent valable en droit canadien en ce qu'elle déclare un principe de droit constitutionnel colonial liant les colonies : Bruce CLARK, *Native Liberty, Crown Sovereignty - The Existing Aboriginal Right of Self-Government in Canada*, Montreal, McGill/ Queen's University Press, 1990, p. 45 dans Lafontaine, préc., note 5, p. 671-673. [Clark] Après la Révolution américaine, le droit américain devient plus une source d'influence au Canada et non d'application automatique, voir notamment : Blake A. WATSON, *The Impact of the American Doctrine of Discovery on Native Land Rights in Australia, Canada, and New Zealand*, Seattle University Law Review, 2011, vol. 34, 507-551.

<sup>66</sup> *Johnson and Graham's lessee v. McIntosh*, 21 U.S. (8 Wheaton) 543 (1823) [Johnson] affirme que les citoyens privés ne peuvent acheter des terres détenues par les Nations autochtones.

<sup>67</sup> *Cherokee Nation v. State of Georgia*, 30 U.S. (5 Peters) 1 (1831) [Cherokee] explique la notion de « domestic dependent nation » et affirme que la relation entretenue entre les États-Unis et les Autochtones est semblable à celle d'un pupille à son tuteur.

<sup>68</sup> *Worcester v. State of Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832) [Worcester] décrit les relations entre les Nations autochtones, le gouvernement fédéral et les gouvernements des États, déclarant du même coup que le gouvernement fédéral des États-Unis est la seule autorité qui peut traiter avec les Nations autochtones.

<sup>69</sup> Wade DAVIES and Richmond L. CLOW, *American Indian Sovereignty and Law: An Annotated Bibliography*, (2009), Native American bibliography series, n° 29, Lanham, Scarecrow Press.

resembles that of a ward to his guardian. »<sup>70</sup> [nos soulignements]

La naissance juridique de l'obligation fiduciaire est souvent attribuée à ce passage du juge en chef Marshall décrivant la nature des liens existant entre la Nation Cherokee et les États-Unis<sup>71</sup>. Tout en reconnaissant aux Nations autochtones un droit incontestable quant au territoire, la Cour suprême des États-Unis ne va pas jusqu'à leur accorder un statut de nations étrangères présupposant leur indépendance. Le juge Marshall les décrit plutôt comme des « nations domestiques dépendantes » affirmant leur état de pupille face à l'État. Cette analogie symbolique de la relation entre un pupille et son tuteur reflète le devoir de protection que s'impose l'État envers les Nations autochtones, propre au concept de l'obligation fiduciaire évoqué précédemment dans la Proclamation royale. Cette relation hiérarchique repose sur la perception d'un état de dépendance des Autochtones envers l'État américain, affirmé dans le concept de *domestic dependent nations*. Comme dans l'arrêt *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, la dépendance du bénéficiaire envers le fiduciaire est l'une des caractéristiques jugées indispensables à l'existence du rapport fiduciaire<sup>72</sup>.

Ce rapport de pouvoir qui prévaut entre l'État et les peuples autochtones est ainsi exprimé par le juge Marshall dans *Cherokee* : « They look to our government for protection; rely upon its kindness and its power; appeal to it for relief to their wants; and address the president as their great father.<sup>73</sup> » Une référence limpide à la puissance coloniale du gouvernement étatique<sup>74</sup> et de son devoir de répondre aux besoins des Autochtones reflète encore une fois les caractéristiques d'une obligation fiduciaire. Une notion de paternalisme ressort également de cet extrait en faisant référence à la puissance du « père », la relation parent-enfant étant présentée comme un corollaire

---

<sup>70</sup> Cherokee, préc., note 67, p. 17.

<sup>71</sup> Lafontaine, préc., note 5, p. 688 : « Tous les auteurs, tant canadiens qu'américains, qui ont étudié la question se réfèrent invariablement au jugement du juge Marshall dans l'affaire *Cherokee* comme étant la source judiciaire de ce que l'on appelle maintenant le devoir de fiduciaire », notamment J.I. REYNOLDS et L.F. HARVEY, « The Fiduciary Obligation of the United States and Canadian Governments Towards Indian Peoples », dans G. Allen (dir.), *Indians and the Law II*, Vancouver, The Continuing Legal Education, Society of British Columbia, 1985, p. 1.1.01; William MCMURTRY et Alain PRATT, *Indians and the Fiduciary Concept, Self-Government and the Constitution: Guerin in Perspective*, [1986] 3 C.N.L.R. 19-46 [McMurtry & Pratt]; D.M. JOHNSTON, *A Theory of Crown Trust Towards Aboriginal Peoples*, (1986) R.D. Ottawa 307, 309.

<sup>72</sup> Lac Minerals, préc., note 22, p. 599.

<sup>73</sup> Cherokee, préc., note 67, p. 17.

<sup>74</sup> Note au lecteur, nous utilisons le terme « gouvernement étatique » en référence au gouvernement fédéral et provincial, par opposition aux gouvernements autochtones. Voir Jacques CHEVALIER, *La gouvernance, un nouveau paradigme étatique?*, Revue française d'administration publique, 2003/1, n°105-106, 203-217.

de la relation tuteur-pupille<sup>75</sup>.

Tout en remettant en contexte ces propos dans l'histoire coloniale américaine du 19<sup>e</sup> siècle, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit d'une illustration claire de cette relation de pouvoir entretenue par l'État avec les Autochtones. Selon la Cour suprême des États-Unis, ces derniers se fiaient donc sur la bienveillance et le pouvoir de l'État, afin de les protéger et de combler leurs besoins, agissant ainsi en bon père de famille. C'est dans cet engagement de protection que l'on retrouve les racines de l'obligation de fiduciaire<sup>76</sup>. Paradoxalement, il est intéressant de constater que la trilogie Marshall est également une source de la reconnaissance de l'autonomie gouvernementale des Autochtones, que nous aborderons dans le prochain chapitre. Avant tout, nous allons naviguer à travers les lois canadiennes des 19<sup>e</sup> et 20<sup>e</sup> siècles afin de continuer à relever les sources de cette obligation constitutionnelle de protection de la Couronne envers les peuples autochtones au Canada.

### 1.2.3 Lois canadiennes des 19<sup>e</sup> et 20<sup>e</sup> siècles

Du 17<sup>e</sup> siècle jusqu'au milieu du 19<sup>e</sup> siècle, un certain équilibre des pouvoirs avait lieu entre les puissances coloniales au Canada et les Nations autochtones, notamment en raison de la traite des fourrures et la pêche commerciale<sup>77</sup>. De façon sommaire, les colons avaient besoin des Autochtones pour leur connaissance du territoire et de ses ressources, et les Autochtones avaient besoin des colons pour diverses marchandises<sup>78</sup>. En revanche, cette relation d'interdépendance commerciale s'est vite transformée en domination étatique afin d'étendre la colonisation du pays et les déposséder de leur territoire. En effet, à partir de la moitié du 19<sup>e</sup> siècle on assiste à la mise en œuvre de lois et de politiques visant l'assimilation des « Sauvages »<sup>79</sup>, tout en perpétuant, de

---

<sup>75</sup> Citons à titre d'exemple le jugement *United States v. Kagama*, 118 U.S. 375 (1886), qui fait état de la relation inégale entre l'État américain de l'époque et les Autochtones : « From their very weakness and helplessness so largely due to the course of dealing of the Federal Government with them and the treaties in which it has been promised, there arises the duty of protection, and with it the power. »

<sup>76</sup> Lafontaine, préc., note 5, p. 689.

<sup>77</sup> Frits PANNEKOEK, *Le commerce des fourrures et la société de l'ouest canadien 1670-1870*, La société historique du Canada – Brochure historique no. 43, Ottawa, 1987.

<sup>78</sup> *Id.*, p. 8 : « : Les Indiens échangeaient leurs fourrures contre une grande variété de marchandises. La poudre, les plombs, les fusils, les textiles en vrac et le fil pour les filets de pêche ont été pendant toute l'histoire de la traite des marchandises les plus prisées. Venaient ensuite le brandy, les hachettes, les marmites et le tabac, tandis que les peignes, chapeaux, pertes de verre et boutons étaient généralement le moins en demande. Ces catégories de biens pouvaient cependant varier aussi d'un poste à l'autre. »

<sup>79</sup> Le terme « sauvage » est celui utilisé dans les lois canadiennes du 19<sup>e</sup> siècle : *Acte pour mieux protéger les terres et les propriétés de sauvages dans le Bas-Canada*, L.C. 1850, c. XLII; *Acte pour mettre à part certaines étendues de terre pour l'usage de certaines tribus de Sauvages dans le Bas-Canada*, L.C. 1851, 14-15 Victoria, c. 106; *Acte pour*

façon dichotomique, le devoir de protection de la Couronne à leur égard. Le statut d'« Indien » est alors perçu comme un état transitoire qui protège les membres des Premières Nations en attendant leur sédentarisation sur une terre assignée et l'adoption des méthodes agricoles européennes<sup>80</sup>. Sans en examiner tous les détails, ces lois coloniales à visée assimilatoire démontrent la volonté de contrôle de l'État sur les Autochtones, à la base de l'obligation fiduciaire.

Avant la Confédération canadienne, la responsabilité des « Indiens » appartenait à la Couronne britannique. Avec la *Loi constitutionnelle de 1867*, le fardeau des responsabilités de fiduciaire envers les « Indiens et les terres réservées pour les Indiens » incombe maintenant au Parlement fédéral<sup>81</sup>. Le principal instrument de l'exercice de cette compétence fédérale exclusive envers les Autochtones a justement été la *Loi sur les Indiens*, où la cession et la désignation de terres pour les « Indiens », les « réserves », reflètent dans une certaine mesure les dispositions protectrices de la Proclamation royale<sup>82</sup>. Cette réserve de territoire en faveur des Autochtones représentait en quelque sorte la concession que la Couronne était prête à faire pour asseoir sa souveraineté sur le territoire canadien, tout en maintenant un état de droit. La protection offerte aux Autochtones avait également d'autres desseins, comme favoriser les relations économiques de la Couronne britannique, assurer une certaine protection de leurs colonies et préserver la paix<sup>83</sup>. Il faut rappeler que la Couronne ne s'attribue un rôle protecteur envers les Autochtones qu'en attendant leur disparition<sup>84</sup>.

En effet, jusqu'à la moitié du 20<sup>e</sup> siècle, cette protection offerte aux Autochtones avait un

---

*encourager la Civilisation graduelle des Tribus Sauvages en cette Province, et pour amender les Lois relatives aux Sauvages*, L.C. 1857, c. XXVI; *Acte pourvoyant à l'émancipation graduelle des Sauvages, à la meilleure administration des affaires des Sauvages et à l'extension des dispositions de l'acte trente-et-un Victoria*, chapitre quarante-deux, L.C. 1869, c.6; *Acte pour amender et refondre les lois concernant les Sauvages*, L.C. 1876, c. 18 [Acte des Sauvages].

<sup>80</sup> Sébastien GRAMMOND, *L'identité autochtone saisie par le droit*, Lex Electronica, 15 (1), Université de Montréal, 2008, 285-330.

<sup>81</sup> L.C. 1867, préc., note 47, art. 91 (24). La jurisprudence a établi par la suite que le terme « Indiens » dans la *Loi constitutionnelle de 1867* inclut les Inuit avec le jugement *Reference as to whether "Indians" includes in s. 91 (24) of the B.N.A. Act includes Eskimo in habitants of the Province of Quebec*, [1939] S.C.R. 104 et les Métis avec le jugement *Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [2016] 1 R.C.S. 99. [Daniels]

<sup>82</sup> Mary C. HURLEY, *Le rapport de fiduciaire entre la Couronne et les peuples autochtones*, Division du droit et du gouvernement, 10 août 2000, révisé le 18 décembre 2002, p. 1.

<sup>83</sup> *St. Catharines Milling and Lumber Co. v. R.*, (1887) 13 S.C.R. 577, p. 609-610.

<sup>84</sup> NATIONAL ARCHIVES OF CANADA, Record Group 10, vol. 6810, file 470-2-3, vol. 7, 55 (L-3) and 63 (N-3) (1920), citation de Duncan Campbell Scott, surintendant du Département des Affaires Indiennes de 1913 à 1932 : « I want to get rid of the Indian problem. I do not think as a matter of fact, that the country ought to continuously protect a class of people who are able to stand alone... Our objective is to continue until there is not a single Indian in Canada that has not been absorbed into the body politic and there is no Indian question, and no Indian Department, that is the whole object of this Bill. »

but clair et précis : leur assimilation complète à la société canadienne de l'époque. Rappelons à ce titre les propos du surintendant au Département des affaires indiennes entre 1913 à 1932, Duncan Campbell Scott, qui a élargi et défendu le système des écoles résidentielles au Canada dans le but de « se débarrasser du problème indien »<sup>85</sup>. De manière paradoxale, la préservation des intérêts des Autochtones par la Couronne, avec notamment la création des réserves, en même temps que leur assimilation avec le système des pensionnats, a permis le développement de l'obligation fiduciaire au Canada. La Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *St. Ann's Island Shooting And Fishing Club v. The King* rendu en 1950, abondait d'ailleurs en ce sens :

« The language of the statute [Indian Act] embodies the accepted view that these aborigines are, in effect, wards of the State, whose care and welfare are a political trust of the highest obligation. »<sup>86</sup> [nos soulignements]

On constate encore une fois dans cet extrait la référence aux Autochtones comme étant des pupilles de l'État, comme c'était le cas dans la trilogie Marshall<sup>87</sup>. Toutefois, à l'époque, cette « fiducie politique » était uniquement un engagement politique d'agir dans l'intérêt supérieur du bénéficiaire ne générant aucune conséquence juridique si la Couronne ne la respectait pas<sup>88</sup>. La fiducie politique envers les peuples autochtones, reconnue par la *Loi sur les Indiens*, évoluera au fil du temps pour devenir une réelle obligation fiduciaire exécutoire devant un tribunal. Nous y reviendrons dans la prochaine section.

### 1.3 L'évolution de la jurisprudence canadienne de l'arrêt *Guerin* à aujourd'hui

L'arrêt *Guerin* est la décision historique au Canada qui a reconnu pour la première fois que la Couronne possédait une obligation fiduciaire envers les peuples autochtones<sup>89</sup>. Le professeur

---

<sup>85</sup> Mark ABLEY, *Conversations with a dead man: The legacy of Duncan Campbell Scott*, Madeira Park, BC: Doublas & McIntyre, 2013.

<sup>86</sup> *St. Ann's Island Shooting And Fishing Club v. The King*, [1950] S.C.R. 211. [St. Ann's Island]

<sup>87</sup> *Supra*, note 70.

<sup>88</sup> *Kinloch v. Secretary of State for India in Council* (1882), 7 App. Cas. 619 (H.L.); *Tito v. Waddell* (No 2), [1977] 3 All ER 129 (Ch).

<sup>89</sup> Richard BARTLETT, *You Can't Trust the Crown: The Fiduciary Obligation of the Crown to the Indians: Guerin v. The Queen*, (1985) 49 Sask. L. Rev. 367; John HURLEY, *The Crown's Fiduciary Duty and Indian Title: Guerin v. The Queen*, (1985) 30 McGill Law Journal 559-602 [Hurley]; McMurtry & Pratt, préc., note 71; D. Paul EMOND, *Case Comment: Guerin v. The Queen* (1986) 20 Estates and Trusts Reports 61-97; Richard BARTLETT, *The Fiduciary Obligation of the Crown to the Indians*, (1989) 53 Sask. L. Rev. 301; Maureen ANN DONOHUE, *Aboriginal Land Rights in Canada: A Historical Perspective on the Fiduciary Relationship* (1990) 15 American Indian Law Review 369-89; Camilla HUGHES, *The Fiduciary Obligations of the Crown to Aborigines: Lessons from the United States and Canada* (1993) 16 University of New South Wales Law Journal 70- 96; David P. OWEN, *Fiduciary Obligations and Aboriginal Peoples: Devolution in Action* (1994) 3 Canadian Native Law Reporter 1-24; Leonard I. ROTMAN, *Parallel Paths: Fiduciary Doctrine and the Crown-Native Relationship in Canada*, Toronto: University of Toronto Press, 1996; LAW

Flannigan exprime ainsi comment cet arrêt a été un moment décisif dans la jurisprudence canadienne en matière de détermination de la responsabilité du fiduciaire :

« *Guerin* is widely recognized as the decision that signaled the Canadian departure from conventional accountability, and the subsequent struggle to articulate boundaries. »<sup>90</sup>

Tel qu'établi, la jurisprudence dite conventionnelle sur l'obligation fiduciaire énumère trois caractéristiques spécifiques : le pouvoir discrétionnaire du fiduciaire, l'exercice unilatéral de ce pouvoir et la vulnérabilité du bénéficiaire<sup>91</sup>. Dans *Guerin*, la majorité de la Cour suprême passe outre ces trois critères pour en développer de nouveaux liés spécifiquement à l'obligation fiduciaire en contexte autochtone. Comme nous le verrons, la jurisprudence subséquente s'affaire ensuite à redéfinir les critères de l'obligation fiduciaire de la Couronne envers les Autochtones, dans un but de clarification des limites conceptuelles.

### 1.3.1 *Guerin* (1984)

Dans *Guerin*, le litige porte sur la signature d'un bail par la Couronne fédérale, en 1958, de 162 acres de terre d'une réserve de la bande indienne Musqueam à un club de golf, à des conditions beaucoup moins favorables que celles approuvées par la bande<sup>92</sup>. Cette réserve située en Colombie-Britannique a été décrite au milieu des années 1950 comme étant « sans doute les 400 acres ayant, potentiellement, la plus grande valeur dans le grand Vancouver d'aujourd'hui »<sup>93</sup>. Pour faire la transaction recherchée avec le club de golf, la bande n'avait d'autres choix que de céder la terre de réserve visée à la Couronne, car il lui était interdit de vendre ses terres à des tiers, reprenant le même critère d'inaliénabilité que dans la Proclamation royale de 1763. La Couronne devait donc

---

COMMISSION OF CANADA AND ASSOCIATION OF IROQUOIS AND ALLIED INDIANS, eds., *In Whom We Trust: A Forum on Fiduciary Relationships*, Toronto: Irwin Law, 2002; James I. REYNOLDS, *A Breach of Duty: Fiduciary Obligations and Aboriginal Peoples*, Saskatoon: Purich Publishing, 2005.

<sup>90</sup> Robert FLANNIGAN, *Fact-Based Fiduciary Accountability in Canada*, *Advocates' Quarterly*, vol. 36, 431-456, 2010, p. 447 et note 8 : « Some assessments of fiduciary accountability in the Aboriginal context appear to be wholly disengaged from the conventional position. » Le professeur Flannigan a rejoint la Faculté de droit de l'Université de Saskatchewan en 1985 et ses sujets d'enseignement et de recherche comprennent l'organisation des entreprises et la responsabilité fiduciaire : <https://law.usask.ca/people/faculty/rob-flannigan.php#ProfessionalEducation>.

<sup>91</sup> Frame, préc., note 37.

<sup>92</sup> Afin d'être cohérent avec le texte de *Guerin*, nous reprendrons les termes originaux utilisés, tels « bande indienne », « Indiens », « réserve » et « Sa Majesté ».

<sup>93</sup> *Guerin*, préc., note 4, p. 342 : « C'est ce que nous apprend le rapport fait le 11 octobre 1955 à M. Arneil, le commissaire des Indiens pour la Colombie-Britannique, par M. Anfield qui, à l'époque, était responsable de l'agence de Vancouver. »

agir à titre d'intermédiaire dans les négociations entre les Musqueam et le club de golf quant à cette parcelle de territoire.

En faisant des déclarations inexactes à la bande quant aux conditions qu'elle pouvait obtenir pour conclure le bail, la Couronne l'a poussée à lui céder ses acres de réserve « en fiducie, [...] et aux conditions, que le gouvernement du Canada jugera les plus favorables à notre bien-être et à celui de notre peuple »<sup>94</sup>. La Couronne a donc loué le terrain au club de golf à un montant moindre et sur une durée beaucoup plus longue que ce qui avait été approuvé par la bande à l'assemblée communautaire de cession. C'est ainsi que le Chef Delbert Guerin et d'autres conseillers de la bande ont poursuivi Sa Majesté La Reine, en leurs noms et au nom de tous les membres passés, présents et futurs de la bande, afin d'être dédommagés pour le manque à gagner.

L'existence d'une fiducie envers les Autochtones n'avait jamais été tranchée par les tribunaux auparavant, à part la fiducie politique sans conséquence juridique<sup>95</sup>. La principale question en litige était donc de savoir si la Couronne est effectivement soumise à une fiducie, ou à tout le moins à des obligations de fiduciaire, à l'égard des terres de réserves qu'elle détient à l'usage et au profit des bandes indiennes. Dans un deuxième temps, la Cour devait décider si, par ces agissements, la Couronne avait contrevenu à cette fiducie ou à ces devoirs de fiduciaire, ouvrant la voie à des dommages-intérêts pour la bande<sup>96</sup>. Le juge de première instance a conclu que la Couronne avait effectivement une obligation de fiduciaire envers la bande de Musqueam et qu'elle avait manqué à cette obligation d'agir dans leur intérêt en signant le bail avec le club de golf à des conditions moindres<sup>97</sup>. La Cour d'appel fédérale a par la suite unanimement infirmé ce jugement et rejeté l'appel incident visant à faire augmenter le montant des dommages-intérêts, en se basant sur la doctrine de la fiducie politique précédemment discutée, ne créant aucune conséquence juridique pour la Couronne<sup>98</sup>.

---

<sup>94</sup> Guerin, préc., note 4, p. 346.

<sup>95</sup> St. Ann's Island, préc., note 86.

<sup>96</sup> Guerin, préc., note 4, p. 340.

<sup>97</sup> Guerin, C.F., préc., note 8, un passage de ce jugement dénote notamment l'attitude paternaliste des fonctionnaires du gouvernement envers les peuples autochtones, p. 31 : « À cette époque, depuis des années, un grand nombre de fonctionnaires des Affaires indiennes entretenait à l'égard des Indiens et de leurs bandes, avec les meilleures intentions du monde, une attitude paternaliste. Les Indiens étaient des enfants, leurs pupilles; on connaissait mieux qu'eux ce qui était bon pour eux. »

<sup>98</sup> R. v. Guerin, (1982) 143 D.L.R. (3d) 416 (C.A.F.).

Pour sa part, la Cour suprême du Canada, dans un arrêt majoritaire, a rejeté l'idée d'une fiducie politique envers les Autochtones et a décidé d'imposer à Sa Majesté « une obligation *d'equity*, exécutoire en justice, d'utiliser ces terres au profit des Indiens »<sup>99</sup>. Cette obligation ne constitue pas une fiducie au sens du droit privé, mais plutôt une obligation de fiduciaire qui impose à la Couronne les mêmes responsabilités qu'une fiducie, en cas de non-respect<sup>100</sup>. La Cour ne va pas aussi loin que de reconnaître une obligation générale de fiduciaire à laquelle doit se soumettre la Couronne dans ses relations avec les Autochtones, se contentant plutôt de parler d'une obligation fiduciaire particulière quant aux terres des réserves. Elle reviendra toutefois sur cette question dans l'arrêt *R. c. Sparrow*<sup>101</sup>, comme nous le verrons plus loin. La reconnaissance du principe de l'honneur de la Couronne viendra pallier également à la spécificité de l'obligation fiduciaire, en appliquant ce principe à tout l'éventail des relations entre la Couronne et les Nations autochtones.

Les conditions préalables à la reconnaissance d'une obligation fiduciaire de la Couronne envers les peuples autochtones, établies par les juges Dickson et Wilson dans l'arrêt *Guerin*, peuvent être résumées ainsi :

- 1- L'inaliénabilité du titre ancestral sur les terres de réserve, sauf à la Couronne;
- 2- Le pouvoir discrétionnaire de la Couronne quant aux terres de réserve;
- 3- L'exigence d'une cession des terres de la réserve à la Couronne.<sup>102</sup>

Vu la nature unique du droit des « Indiens » sur les terres de réserve et des rapports historiques entretenus avec la Couronne, cette obligation de fiduciaire envers eux est dite *sui generis*, c'est-à-dire « de son espèce » en latin<sup>103</sup>. Sans être un *trust* au sens de la *common law*, un manquement à cette obligation de fiduciaire engendre, malgré tout, les mêmes conséquences qu'aurait imposées le non-respect d'une fiducie, soit l'ouverture à une compensation financière<sup>104</sup>. Par ailleurs, l'établissement de ces trois critères diverge grandement de ceux établis par la

---

<sup>99</sup> Guerin, préc., note 4, p. 376.

<sup>100</sup> *Id.*

<sup>101</sup> *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075. [Sparrow]

<sup>102</sup> Guerin, préc., note 4; Lafontaine, préc., note 5; Hurley, préc., note 89.

<sup>103</sup> Guerin, préc., note 4, p. 385 et 387; DICTIONNAIRE LAROUSSE, Dictionnaire de la langue française, France, en ligne : [https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/sui\\_generis/75295](https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/sui_generis/75295).

<sup>104</sup> Guerin, préc., note 4, p. 376.



jurisprudence conventionnelle sur l'obligation de fiduciaire, mis à part le pouvoir discrétionnaire<sup>105</sup>.

Afin de bien comprendre le premier critère donnant ouverture aux devoirs de fiduciaire envers les Autochtones, il convient de rappeler que selon la *Loi sur les Indiens*, la « réserve » est une « parcelle de terrain dont Sa Majesté est propriétaire et qu'elle a mise de côté à l'usage et au profit d'une bande »<sup>106</sup>. Le droit détenu par les bandes indiennes sur les terres de réserve se distingue surtout par son inaliénabilité, sauf dans le cas d'une cession à Sa Majesté, qui est alors tenue d'administrer ces terres pour leur compte<sup>107</sup>. Autrement dit, il est interdit à une bande de céder son droit sur les terres de réserve directement à un tiers; il faut absolument passer par la Couronne. La Cour suprême explique que cette restriction de l'aliénabilité des terres indiennes découle naturellement de l'engagement historique de la Couronne de protéger les droits des Autochtones<sup>108</sup>.

La deuxième condition préalable à l'imposition d'une obligation fiduciaire à la Couronne est son pouvoir arbitraire de décider ce qui est réellement le plus avantageux pour les Indiens, relativement aux terres cédées par ces derniers<sup>109</sup>. La Cour suprême voit dans le libellé de l'article 18 (1) de la *Loi sur les Indiens* la reconnaissance du large pouvoir discrétionnaire de Sa Majesté<sup>110</sup>. La plus haute cour du pays explique que lorsqu'une loi, un contrat ou un engagement unilatéral impose à une partie l'obligation d'agir au profit d'une autre partie et que cette obligation est assortie d'un pouvoir discrétionnaire, la partie investie de ce pouvoir devient alors un fiduciaire<sup>111</sup>. Ce

---

<sup>105</sup> Frame, préc., note 37 : « 1) le fiduciaire peut exercer un certain pouvoir discrétionnaire; 2) le fiduciaire peut unilatéralement exercer ce pouvoir discrétionnaire de manière à avoir un effet sur les intérêts juridiques ou pratiques du bénéficiaire; 3) le bénéficiaire est particulièrement vulnérable ou à la merci du fiduciaire qui détient le pouvoir discrétionnaire. »

<sup>106</sup> L.I. 1985, préc., note 49, art. 2 (1).

<sup>107</sup> Au moment de la cession de la terre dans *Guerin : Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1952, c. 149, art. 37-38. Aujourd'hui, la nouvelle version de la loi s'applique : L.I. 1985, préc., note 49, art. 37-38.

<sup>108</sup> Guerin, préc., note 4, p. 376; Sébastien GRAMMOND, *La protection constitutionnelle des droits ancestraux des peuples autochtones et l'arrêt Sparrow*, 1991 36-4 Revue de droit de McGill 1382, p. 1399. [Grammond]

<sup>109</sup> Guerin, préc., note 4, p. 383-384.

<sup>110</sup> Guerin, préc., note 4, p. 385; L.I. 1985, préc., note 49, art. 18 (1) « Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, Sa Majesté détient des réserves à l'usage et au profit des bandes respectives pour lesquelles elles furent mises de côté; sous réserve des autres dispositions de la présente loi et des stipulations de tout traité ou cession, le gouverneur en conseil peut décider si tout objet, pour lequel des terres dans une réserve sont ou doivent être utilisées, se trouve à l'usage et au profit de la bande. »; Boivin, préc., note 5, p. 7.

<sup>111</sup> Guerin, préc., note 4, p. 383.

dernier est donc tenu de se conformer aux normes de conduite les plus strictes, afin de protéger les intérêts du bénéficiaire.

Enfin, la troisième condition propre à l'obligation de fiduciaire en vertu de l'arrêt *Guerin* est remplie par la cession des 162 acres de terrain par la bande Musqueam détenu en fiducie par le gouvernement du Canada, pour location aux conditions jugées les plus favorables au bien-être de la bande<sup>112</sup>. Décrit par le juge Dickson comme l'« exigence d'une cession »<sup>113</sup>, cette condition préalable à l'existence de l'obligation de fiduciaire a été critiquée par la doctrine<sup>114</sup> et ensuite renversée par la jurisprudence subséquente<sup>115</sup>. L'énumération par la Cour suprême de ces trois conditions a fait naître, dans la jurisprudence canadienne, une nouvelle ère pour la responsabilité fiduciaire de la Couronne. Plusieurs auteurs ont cependant vivement critiqué l'imposition de ces conditions comme constituant une nécessité préalable à l'existence du devoir de fiduciaire, argumentant plutôt que c'est dans l'ensemble des relations historiques entre les peuples autochtones et les autorités coloniales que se trouve sa véritable source<sup>116</sup>.

En résumé, l'arrêt *Guerin* est le premier jugement qui reconnaît l'existence de l'obligation fiduciaire de la Couronne envers les peuples autochtones au Canada. Il a permis de s'éloigner du concept de la fiducie politique envers les Autochtones, qui ne comportait aucune conséquence juridique en cas de non-respect. Cependant, le devoir de fiduciaire en contexte autochtone décrit

---

<sup>112</sup> *Supra*, note 94.

<sup>113</sup> *Guerin*, préc., note 4, p. 336.

<sup>114</sup> Hurley, préc. note 89, p. 585 : « Dickson J. later advances the surrender requirement as a separate source of fiduciary duty for the Crown. Rather than a distinct source of fiduciary duty, however, the surrender requirement may more properly be seen as a feature of Indian title itself. »

<sup>115</sup> *Kruger c. La Reine*, [1986] 1 C.F. 3, p. 12 : « Toutefois, je ne crois pas que les déclarations que le juge Dickson a formulées au sujet du rapport de fiduciaire existant entre la Couronne et les Indiens puissent être interprétées comme faisant autorité à l'appui de la proposition générale que le rapport de fiduciaire n'existe que si les Indiens ont cédé leurs terres à la Couronne. Comme l'a fait remarquer le juge Urie, il est vrai que ces commentaires ont été formulés par le savant juge dans le contexte de cette affaire, soit d'une cession des terres de la réserve à la Couronne à certaines conditions. »; *Apsassin c. Canada*, [1988] 3 C.F. 20, p. 46 : « À l'exception des obligations spéciales que peuvent créer les traités, la Couronne n'est tenue par aucune obligation ou rapport fiduciaire spécial en ce qui concerne les terres des réserves avant qu'elles ne soient cédées et, a fortiori, elle ne l'est pas non plus une fois que les terres cédées ont été transférées et subséquemment vendues. L'obligation naissant à ce moment concerne les produits de la vente. »

<sup>116</sup> Lafontaine, préc., note 5, p. 702; Hurley, préc., note 89, p. 591 : « This historical guardianship, it may be argued, provides a more logical basis for the Crown's fiduciary duty towards the Indians than such specifics as the surrender requirement or the Crown's discretionary power with regard to surrendered lands. »; Brian SLATTERY, *First Nations and the Constitution : A Question of Trust*, (1992) Canadian Bar Review 71(2), 261-293, p. 271-272 [Slaterry] : « This relationship [special fiduciary relationship between the Crown and Aboriginal peoples] is grounded in historical practices that emerged from dealings between the British Crown and Aboriginal nations in eastern North America, especially during the formative period extending from the founding of colonies in the early 1600s to the fall of New France in 1760. »

dans *Guerin* diverge grandement de celui en droit commun. Trois nouveaux critères sont amenés par la Cour suprême du Canada pour la reconnaissance de l'obligation fiduciaire envers les Autochtones : l'inaliénabilité de leurs terres de réserve à l'exception de la Couronne, le pouvoir discrétionnaire de celle-ci sur les terres de réserve et l'exigence de la cession de ces terres à la Couronne. Une fois ces conditions réunies, la Couronne a le devoir de détenir les terres dans l'intérêt supérieur des « bandes indiennes ». Si le gouvernement a une conduite qui s'écarte de ce devoir de fiduciaire envers les peuples autochtones, il pourra y avoir des conséquences juridiques. Par la suite, la jurisprudence abordant ce devoir de fiduciaire a grandement évolué et c'est ce que nous allons voir en commençant avec l'arrêt *Sparrow*<sup>117</sup>.

### 1.3.2 *Sparrow* (1990)

Quelques années après *Guerin*, l'arrêt *Sparrow* est venu élargir le concept de l'obligation de fiduciaire à toutes les relations entretenues entre la Couronne et les Autochtones et non plus uniquement à celles liées à la gestion territoriale des terres de réserve<sup>118</sup>. L'arrêt *Sparrow* est le premier jugement de la Cour suprême du Canada sur la portée des droits ancestraux tels que reconnus et confirmés par la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>119</sup>. Évidemment, cet arrêt a eu un impact considérable sur l'évolution de la jurisprudence canadienne en matière de droit des Autochtones<sup>120</sup>.

Dans un passage maintenant célèbre de cet arrêt, le juge en chef Dickson et le juge La Forest expliquent de quelle façon l'obligation fiduciaire de la Couronne peut ainsi s'étendre à l'ensemble des relations avec les peuples autochtones :

« Notre Cour a statué que Sa Majesté a envers les Indiens une obligation de fiduciaire en ce qui concerne leurs terres. La nature *sui generis* du titre indien de même que les pouvoirs et la responsabilité historiques de Sa Majesté constituent la source de cette obligation de fiduciaire. À notre avis, l'arrêt *Guerin*, conjugué avec l'arrêt *R. v. Taylor and Williams* (1981), 1981 CanLII 1657 (ON CA), 34 O.R. (2d) 360, justifie un principe directeur général d'interprétation du par. 35(1), savoir, le gouvernement a la responsabilité d'agir en qualité de fiduciaire à

---

<sup>117</sup> *Sparrow*, préc., note 101.

<sup>118</sup> *Sparrow*, préc., note 101; Renée DUPUIS and Kent MCNEIL, *Canada's Fiduciary Obligation to Aboriginal Peoples in the Context of Accession to Sovereignty by Quebec*, Royal Commission on Aboriginal Peoples, 1995, p. 44-46. [Dupuis & McNeil]

<sup>119</sup> *Sparrow*, préc., note 101, p. 1082-1083; L.C. 1982, préc., note 11, art. 35 (1), Partie II – Droits des peuples autochtones du Canada.

<sup>120</sup> W.I.C. BINNIE, *The Sparrow Doctrine: Beginning of the End or End of the Beginning?*, (1990) 15 Queen's L.J. 217-53; Michael ASCH and Patrick MACKLEM, *Aboriginal Rights and Canadian Sovereignty: An Essay on R v. Sparrow*, (1991) 29 Atla L Rev 498-517; Kent MCNEIL, « Fiduciary Obligations and Federal Responsibility for the Aboriginal Peoples » in *Emerging Justice? Essays on Indigenous Rights in Canada and Australia*, Saskatoon, University of Saskatchewan Native Law Centre, 2001.

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. »<sup>121</sup> [nos soulignements]

Les juges indiquent par la suite que les rapports spéciaux de fiduciaire et la responsabilité de la Couronne envers les Autochtones doivent être le premier facteur à examiner pour déterminer si une loi ou une action est justifiable<sup>122</sup>. La Cour suprême du Canada reconnaît donc à la Couronne une obligation constitutionnelle d'honorer ses devoirs de fiduciaire afin de respecter les droits des peuples autochtones à la lumière de l'article 35 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>123</sup>. Les trois conditions énoncées dans *Guerin* comme source de l'obligation de fiduciaire semblent remplacées dans *Sparrow* par les « pouvoirs et la responsabilité historiques de Sa Majesté » envers les peuples autochtones. On peut également constater que l'objectif de l'obligation de fiduciaire est passé de celui d'agir dans l'intérêt supérieur des Autochtones, découlant des rapports tuteur-pupille dans *Guerin*, à celui d'agir honorablement et avec intégrité dans *Sparrow*<sup>124</sup>. S'éloignant ainsi de la relation paternaliste entretenue par la Couronne en tant que tuteur (*guardian*) envers les Autochtones, cette approche développée dans *Sparrow* est qualifiée par certains auteurs de plus « respectueuse »<sup>125</sup>.

Cependant, la Cour suprême précise que les droits reconnus et confirmés par l'article 35 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne sont pas absolus, en ce sens qu'ils peuvent être limités par des lois fédérales ou provinciales<sup>126</sup>. Afin de préserver l'honneur de la Couronne, les juges ont alors développé ce qu'on appelle communément le « test de Sparrow » afin de justifier l'atteinte aux droits ancestraux par les pouvoirs législatifs fédéraux<sup>127</sup>. La relation de fiduciaire entre la Couronne et les Autochtones est alors utilisée afin de protéger les droits ancestraux existants de ces derniers. Autrement dit, si les rapports fiduciaires ne sont pas respectés, l'atteinte aux droits ancestraux ne sera pas justifiée. Cette logique s'inscrit dans le fait que la Couronne doit agir dans l'intérêt des peuples autochtones, ce qui présume le respect de leurs droits ancestraux. Il n'en demeure pas moins que la Cour suprême du Canada a établi des limites aux droits ancestraux en

---

<sup>121</sup> Sparrow, préc., note 101, p. 1108.

<sup>122</sup> Sparrow, préc., note 101, p. 1114.

<sup>123</sup> Dupuis & McNeil, préc., note 118, p. 44-46; Grammond, préc., note 108, p. 1399.

<sup>124</sup> Sparrow, préc., note 101, p. 1110; Dickson, préc., note 45, p. 87.

<sup>125</sup> Grammond, préc., note 108, p. 1399.

<sup>126</sup> Sparrow, préc., note 101, p. 1109. Plus tard, l'arrêt *R v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139 confirme que les lois provinciales peuvent également enfreindre les droits ancestraux aux conditions définies dans *Sparrow*.

<sup>127</sup> Sparrow, préc., note 101, p. 1108-1119.

expliquant de quelle manière la Couronne peut justifier leur atteinte. L'arrêt *Delgamuukw c. Colombie Britannique* se penche précisément sur cet aspect de la limite des droits ancestraux des peuples autochtones qui demeurent reconnus et protégés par la Constitution du Canada.

### 1.3.3 *Delgamuukw* (1997), *Wewaykum* (2002) et *Nation haïda* (2004)

Dans l'arrêt *Delgamuukw*, la Cour suprême du Canada énonce, pour la première fois de son histoire, les conditions d'existence d'un titre ancestral, protégé par l'article 35 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>128</sup>. La Cour définit le titre ancestral comme étant un droit collectif d'utilisation et d'occupation d'un territoire de façon exclusive par un peuple autochtone<sup>129</sup>.

La Cour suprême analyse l'obligation fiduciaire dans une perspective de justification à l'atteinte aux droits ancestraux, incluant le titre ancestral. Autrement dit, les droits ancestraux ne sont pas absolus et peuvent être atteints par des politiques ou lois gouvernementales, mais l'obligation fiduciaire doit être respectée pour que cette atteinte soit justifiée. Elle précise que l'atteinte au titre ancestral peut être justifiée par 1) la poursuite d'un objectif législatif réel et impérieux; 2) la compatibilité avec les rapports spéciaux de fiduciaire qui existent entre la Couronne et les peuples autochtones<sup>130</sup>. L'analyse basée uniquement sur l'obligation fiduciaire pour justifier une atteinte à des droits ancestraux est écartée par le tribunal, qui exige plutôt d'analyser la nature des droits ancestraux, incluant le titre ancestral, ainsi que le contexte spécifique de l'atteinte aux droits. Toutefois, la Couronne possède toujours l'obligation de consultation et, s'il y a lieu, d'accommodement et les juges avancent même que, dans certaines situations, le consentement d'une Nation autochtone devrait être exigé<sup>131</sup>. Le respect des obligations fiduciaires de la Couronne devient un critère de justification à l'atteinte aux droits ancestraux. Le pouvoir discrétionnaire de la Couronne d'imposer des dispositions législatives affectant les droits ancestraux des Autochtones est donc strictement encadré par le processus de justification de l'atteinte à leurs droits.

Ensuite, dans *Bande indienne Wewaykum c. Canada*<sup>132</sup>, la Cour suprême du Canada affirme

---

<sup>128</sup> À noter que l'arrêt *Calder* a toutefois affirmé pour la première fois au Canada que les peuples autochtones peuvent posséder un « titre indien » s'il n'a pas été éteint par la Couronne : *Calder*, préc., note 50, p. 328.

<sup>129</sup> *Delgamuukw*, préc., note 15, par. 111. Le titre ancestral tire son origine de l'occupation antérieure du Canada par les peuples autochtones.

<sup>130</sup> *Delgamuukw*, préc., note 15, par. 160-162.

<sup>131</sup> *Id.*, « particulièrement lorsque des provinces prennent des règlements de chasse et de pêche visant des territoires autochtones ».

<sup>132</sup> *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, [2002] 4 R.C.S. 245. [*Wewaykum*]

que depuis *Guerin*, les tribunaux canadiens sont « inondés » de demandes présentées par des conseils de bande fondées sur l'obligation de fiduciaire<sup>133</sup>. Sans se prononcer sur leur bien-fondé, la Cour réitère cependant que le principe énoncé dans *Lac Minerals*, où les obligations liant des parties ayant des rapports fiduciaires n'ont pas toujours un caractère fiduciaire, s'applique également aux rapports entre la Couronne et les peuples autochtones<sup>134</sup>. Ce qui veut dire que malgré la relation de fiduciaire entre la Couronne et les Autochtones, l'obligation de fiduciaire ne s'applique pas à toutes les circonstances. L'obligation de fiduciaire ne constituerait pas une « garantie générale » et serait « assortie de limites » variant selon la nature et l'importance des intérêts à protéger<sup>135</sup>. C'est pourtant tout le contraire que *Sparrow* avait tenté de faire quelques années auparavant : élargir le concept de l'obligation fiduciaire à tous les rapports protégés par l'article 35 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* entre la Couronne et les peuples autochtones. Dans *Wewaykum*, pour satisfaire à un dessein pragmatique et se voyant inondée de requêtes depuis près de vingt ans, la Cour suprême décide de raffermir la notion de rapport fiduciaire.

C'est dans cet esprit que le plus haut tribunal au pays, dans l'arrêt *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, a refusé de reconnaître à la Couronne une obligation de fiduciaire la forçant à agir « dans le meilleur intérêt d'un groupe autochtone » lorsqu'elle exerce des pouvoirs discrétionnaires, car l'intérêt autochtone dans ce cas particulier n'était, selon la Cour, « pas suffisamment précis »<sup>136</sup>. En effet, puisque des droits et un titre ancestral étaient revendiqués, sans être définis ni prouvés, la Cour a décidé qu'ils n'étaient pas assez précis pour que l'honneur de la Couronne l'oblige à agir comme fiduciaire lorsqu'elle exerce des pouvoirs discrétionnaires à l'égard de l'objet du droit ou du titre<sup>137</sup>. Ceci semble pourtant contraire à ce que *Guerin* affirmait plus tôt, soit que l'obligation d'agir dans l'intérêt supérieur des Autochtones couplé à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire de la Couronne faisait naître des devoirs fiduciaires<sup>138</sup>.

En éclipsant presque le principe de l'obligation de fiduciaire, la juge McLachlin, alors juge en chef de la Cour suprême du Canada, affirme plutôt que c'est le principe de l'honneur de la Couronne qui serait à la base du devoir de consultation et d'accommodement de la Couronne envers

---

<sup>133</sup> *Id.*, par. 82.

<sup>134</sup> *Id.*, par. 83, faisant référence à *Lac Minerals*, préc., note 22, p. 597.

<sup>135</sup> *Id.*, par. 81 et 86.

<sup>136</sup> *Nation haïda*, préc., note 58, par. 18.

<sup>137</sup> *Id.*, par. 18.

<sup>138</sup> *Supra*, note 102.

les peuples autochtones<sup>139</sup>. Elle propose ainsi une transformation de l'obligation de fiduciaire en la reléguant au rang de compétence résiduelle de la Couronne. Auparavant reconnue comme un concept général, l'obligation de fiduciaire devient donc un élément parmi tant d'autres auxquels doit se conformer la Couronne. L'obligation de fiduciaire découle dorénavant du concept plus large de l'honneur de la Couronne, lorsque deux conditions sont réunies : 1) la Couronne exerce son pouvoir discrétionnaire à l'égard des intérêts autochtones; 2) ces intérêts autochtones sont particuliers et suffisamment précis<sup>140</sup>. Malgré l'évolution jurisprudentielle du test de Sparrow et l'emploi variable de l'obligation fiduciaire, le pouvoir discrétionnaire de la Couronne demeure largement balisé; cette dernière ne pouvant plus décider unilatéralement de porter atteinte aux droits des Premières Nations, des Inuit et des Métis sans une justification étayée. Le niveau de contrôle de la Couronne sur les Autochtones se voit donc limité et son pouvoir restreint.

En 2011, la Cour suprême du Canada a rendu un arrêt portant sur l'obligation de fiduciaire dans *Alberta c. Elder Advocates of Alberta Society*, dans un contexte de patients de soins de longue durée dans les établissements de santé de l'Alberta<sup>141</sup>. Référant au passage à l'obligation fiduciaire dans un contexte autochtone, la Cour affirme que cette obligation de la Couronne envers les peuples autochtones est unique et basée sur l'historique de leurs relations passées<sup>142</sup>. Citant l'arrêt *Guerin*, la Cour suprême insiste sur le caractère exceptionnel de la reconnaissance de l'obligation fiduciaire de la Couronne et reconnaît à Sa Majesté cette obligation « lorsqu'elle gère les terres des Indiens pour leur bénéfice »<sup>143</sup>. Ensuite, référant à des passages de l'arrêt *Sparrow*, la Cour suprême réitère que la nature *sui generis* du titre ancestral de même que les pouvoirs et la responsabilité historiques de Sa Majesté envers les peuples autochtones constituent la source de l'obligation de fiduciaire<sup>144</sup>. Poursuivant leur analyse juridique, les juges, dans *Elder Advocates*, affirment que l'obligation fiduciaire dans un contexte non-autochtone est une obligation de loyauté absolue envers le

---

<sup>139</sup> Nation haïda, préc., note 58, par. 54; Dickson, préc., note 45, p. 84.

<sup>140</sup> Nation haïda, préc., note 58, par. 18 : « Lorsque la Couronne assume des pouvoirs discrétionnaires à l'égard d'intérêts autochtones particuliers, le principe de l'honneur de la Couronne donne naissance à une obligation de fiduciaire [Wewaykum, par. 79] »; Dickson, préc., note 45, p. 84; *R c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507 au par. 24 avait précédemment soulevé que l'obligation de fiduciaire de la Couronne avait pour conséquence de mettre son honneur en jeu lors de ses traitements avec les peuples autochtones. [Van der Peet]

<sup>141</sup> *Alberta c. Elder Advocates of Alberta Society*, [2011] 2 R.C.S. 261, par. 36. [Elder Advocates].

<sup>142</sup> *Id.*, par. 38 et 40.

<sup>143</sup> *Id.*, par. 38.

<sup>144</sup> *Id.*, par. 39.

bénéficiaire et qu'elle sert à garantir la suprématie des intérêts de ce dernier<sup>145</sup>. Dès lors, on constate que la Cour suprême, en tentant de définir l'obligation fiduciaire en contexte autochtone, s'écarte de plus en plus de la relation fiduciaire conventionnelle. Quant à l'existence ou non d'une nouvelle catégorie d'obligation fiduciaire à l'égard des peuples autochtones, la Cour suprême du Canada rejette la question dans sa décision rendue deux ans plus tard, dans *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*<sup>146</sup> visant la Nation métisse.

#### 1.3.4 *Manitoba Metis* (2013)

Dans cet arrêt, la Cour suprême du Canada se penche sur une promesse de la Couronne, faite en 1870 aux Métis de la rivière Rouge au Manitoba, de donner 1,4 million d'acres de terres à leurs enfants, afin d'assurer l'entrée du Manitoba dans la Confédération canadienne et permettre l'expansion de la colonisation du pays vers l'Ouest. Cette promesse n'a jamais été respectée dans son entièreté par la Couronne et les Métis du Manitoba réclament sa réalisation sur la base de manquements de la Couronne à l'obligation fiduciaire et d'agir honorablement. Dans *Manitoba Metis*, la majorité décide qu'aucune obligation fiduciaire n'existait en l'espèce, mais conclut tout de même que la Couronne a manqué à son honneur quant à la mise en œuvre de sa promesse. La Couronne doit donc faire preuve de diligence envers les Autochtones dans l'exécution du concept d'honneur de la Couronne, dans un esprit de réconciliation<sup>147</sup>.

Il est étonnant de voir que la Cour suprême ne tienne pas la Couronne responsable de sa promesse envers les Métis de leur donner des terres sur la base de l'obligation fiduciaire. Elle a préféré s'appuyer sur le concept de l'honneur de la Couronne, qui requiert d'agir avec diligence, alors que l'obligation fiduciaire se fonde plutôt sur la loyauté<sup>148</sup>. Si le concept de diligence peut être défini sur le plan juridique comme un soin attentif qu'une personne apporte sans délai dans l'exécution de ses obligations<sup>149</sup> et dont le contraire serait la négligence, la loyauté est plutôt définie comme une fidélité à tenir ses engagements<sup>150</sup>. Par conséquent, la Cour suprême reconnaît que la

---

<sup>145</sup> *Id.*, par. 43, citant P.D. FINN, « The Fiduciary Principle », dans T.G. YODAN, dir., *Equity, Fiduciaries and Trusts* (1989).

<sup>146</sup> *Manitoba Metis*, préc., note 58.

<sup>147</sup> *Id.*, par. 66, 75 et 140.

<sup>148</sup> Elder Advocates, préc., note 141; *Manitoba Metis*, préc., note 58.

<sup>149</sup> Hubert REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 5<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2015 et édition abrégée 2016. [Reid]

<sup>150</sup> DICTIONNAIRE LE ROBERT, Dictionnaire de la langue française, Groupe Editis, en ligne : <https://dictionnaire.lerobert.com/definition/fidelite>.



Couronne a le devoir de porter des soins attentifs aux Métis, plutôt que d’avoir une loyauté absolue dans l’exécution de sa promesse à leur égard.

À la suite de l’arrêt *Manitoba Metis*, on pourrait prétendre que l’obligation fiduciaire est un concept juridique de moins en moins appliqué par la Cour suprême du Canada, étant éclipsé par l’honneur de la Couronne. On a aussi constaté une évolution des critères de reconnaissance de l’obligation fiduciaire de la Couronne envers les Autochtones, en passant par les arrêts *Guerin*, *Sparrow*, *Delgammukw* et *Nation haïda*. Les différentes conceptions de l’obligation fiduciaire, soit conventionnelle et autochtone, sont d’ailleurs souvent amalgamées dans la jurisprudence. Malgré l’éloignement apparent de la Cour suprême pour la reconnaissance de l’obligation fiduciaire de la Couronne envers les Nations autochtones, plusieurs jugements se sont penchés par la suite sur ses rapports fiduciaires<sup>151</sup>.

### **1.3.5 Southwind (2021)**

Malgré le déclin de l’utilisation du concept d’obligation fiduciaire en contexte autochtone, un arrêt récent de la Cour suprême du Canada, rendu en juillet 2021, base son analyse juridique sur ce même concept. Ainsi, dans *Southwind c. Canada*,<sup>152</sup> la Cour signale que l’obligation fiduciaire demeure pertinente dans le contexte juridique canadien. Dans cette affaire, Roger Southwind poursuit le gouvernement fédéral, en son nom et au nom des membres de sa communauté du nord de l’Ontario, la Première Nation de Lac Seul, pour manquement à l’obligation fiduciaire de la Couronne dû à l’inondation d’une partie de leurs terres de réserve en 1929 en vue de la production d’hydroélectricité. La construction du barrage hydroélectrique avait été faite sans le consentement de la Première Nation, sans indemnisation et sans autorisation légale<sup>153</sup>.

Dans un arrêt majoritaire à huit contre un, la Cour suprême a conclu qu’il y avait bel et bien eu manquement à l’obligation fiduciaire de la Couronne. Citant *Guerin* comme étant le premier jugement au Canada reconnaissant une obligation de fiduciaire en contexte autochtone, la Cour rappelle que cette obligation prend naissance lorsque la Couronne exerce un contrôle sur les intérêts

---

<sup>151</sup> Voir entre autres : *Nation Tsilhqot’in c. Colombie-Britannique*, [2014] 2 R.C.S. 256; *Musqueam Indian Band c. Musqueam Indian Band (Board of Review)*, [2016] 2 R.C.S. 3; Daniels, préc., note 81; *Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, [2017] 1 R.C.S. 1069; Mikisew, préc., note 58; *Williams Lake Indian Band c. Canada (Affaires autochtones et du Développement du Nord)*, [2018] 1 R.C.S. 83.

<sup>152</sup> *Southwind c. Canada*, 2021 C.S.C. 28. [Southwind]

<sup>153</sup> *Id.*, par. 4.

autochtones, lui imposant une obligation stricte de défendre leurs intérêts<sup>154</sup>. La majorité de la Cour dans *Southwind* se prononce ainsi sur le fardeau de l'obligation fiduciaire imposée au gouvernement fédéral, donnant lieu à une indemnité en cas de manquement :

« L'obligation de fiduciaire impose au Canada un lourd fardeau qui ne s'évapore pas lorsqu'il a des priorités concurrentes. Le Canada avait l'obligation de préserver et de protéger l'intérêt de la LSFN [Lac Seul First Nation] dans la réserve. Il était notamment tenu de négocier l'indemnité au nom de celle-ci en fonction de la valeur des terres pour le projet d'hydroélectricité. L'indemnité doit être évaluée sur ce fondement. »<sup>155</sup>

Dans son analyse de la jurisprudence antérieure, la Cour cite *Nation haïda* rappelant que l'obligation de fiduciaire repose sur l'honneur de la Couronne et sur un objectif global de réconciliation entre la Couronne et les peuples autochtones<sup>156</sup>, qui est même qualifié comme ayant une « importance fondamentale »<sup>157</sup>. Toujours selon la majorité, l'honneur de la Couronne et l'obligation de fiduciaire *sui generis* qui en découle sont des composantes essentielles de la relation entre la Couronne et les peuples autochtones<sup>158</sup>. Cette affirmation est donc un changement d'orientation important de la Cour suprême partant de *Manitoba Metis* qui inférait que l'obligation fiduciaire n'avait plus sa place dans notre droit interne canadien, au profit de l'honneur de la Couronne. Reprenant ensuite *Sparrow*, la Cour suprême réitère que l'obligation de fiduciaire exécutoire en justice prend naissance dès que la Couronne exerce un pouvoir discrétionnaire sur des intérêts autochtones particuliers et qu'elle en assume la responsabilité<sup>159</sup>.

Citant ensuite *Nation haïda* de pair avec *Wewaykum*, la Cour suprême réaffirme que tous les aspects de la relation entre la Couronne et les Autochtones ne sont pas de nature fiduciaire, cette obligation n'ayant pas de caractère général et existant plutôt à l'égard des droits particuliers<sup>160</sup>. Elle ajoute que le contenu de l'obligation de fiduciaire varie d'ailleurs en fonction de la nature et de l'importance du droit autochtone à protéger et en fonction du degré de contrôle exercé par la Couronne à l'égard de leurs intérêts<sup>161</sup>. La Cour suprême mentionne également que l'obligation de fiduciaire impose à la Couronne les devoirs suivants : « la loyauté, la bonne foi, la communication

---

<sup>154</sup> *Id.* par. 5 et 56.

<sup>155</sup> *Id.*, par. 12.

<sup>156</sup> *Id.*, par. 55.

<sup>157</sup> *Id.*, par. 60.

<sup>158</sup> *Id.*

<sup>159</sup> *Id.*, par. 59.

<sup>160</sup> *Id.*, par. 61.

<sup>161</sup> *Id.*, par. 62.

complète de l'information et, lorsqu'il s'agit de terres de réserve, la préservation de l'intérêt quasi propriétaire de la première nation et la protection de celui-ci contre l'exploitation. »<sup>162</sup> Le devoir de loyauté sous-jacent à l'obligation de fiduciaire en contexte autochtone est donc clairement établi par *Southwind*, contrairement à *Manitoba Metis* qui s'appuie sur la diligence que requiert l'honneur de la Couronne. En somme, l'arrêt *Southwind* vient asseoir l'importance moderne du concept de l'obligation fiduciaire de la Couronne en contexte autochtone, en donnant raison à la Première Nation de Lac Seul sur la base d'un manquement à cette obligation. La Cour suprême réitère que l'obligation de fiduciaire impose à la Couronne un lourd fardeau de préserver et de protéger les intérêts des Premiers Peuples. Son pouvoir discrétionnaire et son contrôle sur les droits spécifiques des Autochtones lui imposent d'agir dans leur intérêt supérieur.

Sans prétendre à l'exhaustivité, nous avons pu souligner au cours de ce premier chapitre les grandes tendances de l'évolution de la jurisprudence canadienne sur l'obligation fiduciaire en contexte autochtone, de l'arrêt *Guerin* (1984) à *Southwind* (2021). En somme, l'obligation fiduciaire de la Couronne envers les Autochtones a connu un parcours sinueux à travers la jurisprudence. Il n'est donc pas surprenant de constater que certains auteurs font référence au courant jurisprudentiel sur l'obligation fiduciaire de la Couronne en contexte autochtone de manière peu flatteuse. Certains parlent ainsi d'un « conceptual mess »<sup>163</sup>, soulignent que « d'importantes questions demeurent »<sup>164</sup> ou vont même à la qualifier de concept « sketchy »<sup>165</sup>. La Cour suprême du Canada elle-même évoque la nature « insaisissable » de ce concept juridique qu'est le devoir fiduciaire<sup>166</sup>. Selon certains leaders autochtones, cette incertitude envers l'obligation de fiduciaire mènerait le gouvernement du Canada à adopter des comportements « schizophréniques » envers les peuples autochtones, puisque, d'une part, il doit protéger et défendre leurs droits, tandis que d'autre part, il est contre eux dans certaines poursuites judiciaires<sup>167</sup>.

---

<sup>162</sup> *Id.*, par. 64.

<sup>163</sup> Dickson, préc., note 45, p. 89.

<sup>164</sup> Hurley, préc., note 89.

<sup>165</sup> Kent MCNEIL, « Fiduciary Obligations and Aboriginal Peoples », c. 16, Osgoode Hall Law School of York University, in Jeffrey Bruce BERRYMAN, Mark R. GILLEN and Faye WOODMAN, eds., *The Laws of Trusts: A Conceptual Approach*, 2<sup>nd</sup> ed., Toronto, Emond Montgomery, 2008, 907-977, p. 963.

<sup>166</sup> *Terre-Neuve-et-Labrador (Procureur général) c. Uashaunuat (Innus de Uashat et de Mani-Utenam)*, 2020 C.S.C. 4, par. 226.

<sup>167</sup> Phil Fontaine, Chef de l'Assemblée des Premières Nations, avril 2000, cité dans Hurley, préc., note 89, p. 5-6.

## CHAPITRE 2 – AUTONOMIE GOUVERNEMENTALE DES PEUPLES AUTOCHTONES

L'obligation fiduciaire en contexte autochtone est un concept juridique créé par la Cour suprême du Canada, afin de rendre la Couronne redevable de ses actions envers les Autochtones. À l'inverse, l'autonomie gouvernementale ne serait pas un concept de création jurisprudentielle; elle serait plutôt revendiquée par les Nations autochtones en tant que droit inhérent<sup>168</sup>. L'autonomie gouvernementale des peuples autochtones leur a d'ailleurs longtemps été niée, notamment par la doctrine de la découverte<sup>169</sup> et le principe de *terra nullius*<sup>170</sup>. L'arrêt américain *Johnson* de la trilogie Marshall, rendu en 1823, est le premier jugement issu de la *common law* sur le titre ancestral qui se base sur la doctrine de la découverte pour réfuter les droits fonciers des Autochtones<sup>171</sup>. Cet arrêt a été repris ultérieurement par la jurisprudence canadienne pour affirmer la souveraineté de la Couronne britannique au Canada<sup>172</sup>. Quant à lui, le principe de *terra nullius*, qui veut dire en latin « territoire sans maître », permet à la Couronne britannique de revendiquer l'Amérique du Nord<sup>173</sup>. Pour les États colonisateurs, la présence d'Autochtones en Amérique ne réfute pas ce principe, car pour eux, ces derniers « errent » sur le territoire, sans le posséder<sup>174</sup>. Ce principe issu du christianisme a contribué à façonner des arguments politiques et juridiques servant à justifier la

---

<sup>168</sup> Référence notamment à l'ASSEMBLÉE DES PREMIÈRES NATIONS, *Secteur des droits – Politique sur le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale*, Compte-rendu de secteur, juin 2021, en ligne : <https://www.afn.ca/wp-content/uploads/2021/07/Sector-Update-Inherent-Right-to-Self-Government-June-2021-FR.pdf>. [APN] Les peuples autochtones affirment que leur droit à l'autonomie gouvernementale ne découle d'aucune politique fédérale; elle est plutôt inhérente à leur statut de Nation distincte.

<sup>169</sup> La doctrine de la découverte émane d'une série de bulles pontificales dans les années 1400 accordant les terres des Autochtones aux pays colonisateurs en se fondant sur les principes de découverte et de conquête. Les bulles pontificales font référence à des « chartes émises par le pape dont le nom provient du mot latin servant à identifier le sceau utilisé pour sceller le document » : COMMISSION DE VÉRITÉ ET DE RÉCONCILIATION DU CANADA, Rapport final, *Pensionnats du Canada : L'histoire, partie 1 des origines à 1939*, vol. 1, 2015, p. 18. [CVR]

<sup>170</sup> Même si le terme *terra nullius* tire son origine de la fin du 19<sup>e</sup> siècle, ce principe découle néanmoins d'une tradition juridique bien plus lointaine qui est un produit de l'histoire de la dépossession des peuples colonisés et de l'expansion européenne à travers le monde : Andrew FITZMAURICE, *The Genealogy of Terra Nullius*, *Australian Historical Studies*, 129, 2007, 1-15.

<sup>171</sup> Johnson, préc., note 66 : « toutes les nations de l'Europe ayant acquis un territoire sur ce continent ont revendiqué, et ont reconnu pour les autres, le droit exclusif à la découverte afin de s'approprier les terres occupées par les Indiens » et « ce principe était que la découverte conférait le titre au gouvernement dont les sujets avaient fait la découverte ou sous l'autorité duquel la découverte était faite, et ce titre qui était opposable à tous les autres gouvernements européens pouvait être rendu parfait par la possession ».

<sup>172</sup> Sparrow, préc., note 101; Van der Peet, préc., note 140.

<sup>173</sup> Chantal GAILLOUX, *Développement des droits ancestraux autochtones au Canada et de leurs revendications territoriales*, Vertigo - la revue électronique en sciences de l'environnement [Online], Lectures, 2014.

<sup>174</sup> Emeric DE VATEL, « Le droit de gens ou principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains » (1758), dans James BROWN SCOTT, (Washington, 1916), vol. 3, p. 37-38, cité dans PAGDEN, *Lords of All the World*, p. 78-79; Selon ce principe juridique, la possession territoriale ne s'acquiert que par l'agriculture européenne qui rentabilise alors les terres : John LOCKE, *The Second Treatise on Government and A Letter Concerning Toleration*, Mineola, Dover Publications, 2002.

colonisation des Amériques au 16<sup>e</sup> siècle et, du même coup, la dépossession territoriale et politique des peuples autochtones<sup>175</sup>.

Ces deux doctrines juridiques, soit la doctrine de la découverte et *terra nullius*, sont basées sur la supériorité raciale européenne et sont demeurées actives jusqu'au 20<sup>e</sup> siècle<sup>176</sup>. Malgré tout, la Couronne britannique a commencé à conclure des traités avec les peuples autochtones au Canada à partir du 17<sup>e</sup> siècle, reconnaissant par le fait même leur capacité à s'autogouverner<sup>177</sup>. Avec l'avènement de la Proclamation royale de 1763, la négociation de traité de Nation à Nation est devenue une obligation constitutionnelle. En revanche, lorsque la Couronne n'a plus eu besoin de leur force militaire, de leur connaissance du territoire et des alliances politiques et économiques, l'affirmation de la souveraineté de Sa Majesté a graduellement rendu illégitime le pouvoir des Nations autochtones de gérer leur territoire et de gouverner leur peuple<sup>178</sup>. L'*Acte des Sauvages* de 1876, aujourd'hui appelé *Loi sur les Indiens*, a contribué à démanteler leur système de gouvernance traditionnelle pour imposer aux Autochtones une structure étrangère avec des systèmes de contrôle externes<sup>179</sup>. S'ensuit une lutte constante aux 20<sup>e</sup> et 21<sup>e</sup> siècles pour la reconnaissance de l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones.

Nous allons faire la démonstration de la reconnaissance contemporaine de l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones au Canada, malgré la doctrine de la découverte et du principe de *terra nullius*. Pour se faire, nous allons d'abord définir le concept de l'autonomie gouvernementale en utilisant des sources provenant des peuples autochtones, du gouvernement étatique et de différentes commissions d'enquête. Dans une seconde section, les sources de la reconnaissance de l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones seront présentées. Nous

---

<sup>175</sup> CVR, préc., note 169, p. 18-19.

<sup>176</sup> CVR, préc., note 169, p. 23. À ce sujet, l'auteur John Borrows mentionne que : « le droit canadien demeurera problématique pour les peuples autochtones tant qu'il continuera d'ignorer le titre sous-jacent et les pouvoirs généraux de gouvernance que possèdent les Premières Nations » : John BORROWS, *The Durability of Terra Nullius: Tsilhqot'in Nation v British Columbia*, University of British Columbia Law Review, (2015) 48 UBC L Rev 701 – 742; APN, préc., note 168 : « [...] le droit inhérent des Premières Nations à l'autodétermination est clairement compris et n'est pas soumis à la doctrine raciste de la découverte et de terra nullius, ou à la souveraineté présumée de la Couronne. »

<sup>177</sup> AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADA, *L'histoire des traités du Canada*, Gatineau, avril 2010; LA SOCIÉTÉ HISTORIQUE DU CANADA, *Le Canada et les peuples autochtones 1867-1927*, par J.R. MILLER, Brochure historique n° 57, Ottawa, 1997.

<sup>178</sup> ACTION CANADA, *Six définitions de l'autonomie gouvernementale autochtone et le modèle unique en son genre des Haidas*, par Tony PENIKETT, étude préparée pour la conférence du Nord d'Action Canada, septembre 2012, en ligne : <http://www.actioncanada.ca/wp-content/uploads/2014/04/Haida-Gwajii-Governance-FR-Oct-20121.pdf>. [Action Canada]

<sup>179</sup> Acte des Sauvages, préc., note 79.

parlons de la reconnaissance de l'autonomie gouvernementale et non pas la naissance de ce principe, car il s'agit d'un droit inhérent aux peuples autochtones. Enfin, nous ferons état de l'évolution du concept de l'autonomie gouvernementale des Autochtones au pays en utilisant la politique, la jurisprudence et la législation.

## 2.1 La définition du concept

Tout d'abord, l'autonomie gouvernementale est un concept qui chevauche les mondes juridique et politique. Les peuples autochtones affirment qu'ils possèdent un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale et cherchent la reconnaissance et le respect de ce droit par les gouvernements étatiques. La mise en œuvre de ce droit se fait par les gouvernements autochtones, à l'aide de leurs institutions politiques. L'inhérence dans ce contexte signifie que le droit de se gouverner ne résulte pas d'une délégation de pouvoir de la Couronne britannique, mais plutôt d'un droit qui aurait survécu à l'établissement de la souveraineté britannique<sup>180</sup>. Avant d'examiner les sources de la reconnaissance de ce droit inhérent et comment il a évolué dans les sphères politique, juridique et législative, une définition du concept s'impose. Le but est toujours de faire ressortir les valeurs sous-jacentes à ce concept pour les confronter à celles de l'obligation de fiduciaire afin de constater si elles sont conciliables ou non.

Pour définir ce concept, nous nous baserons sur l'enquête menée par la *Commission royale sur les peuples autochtones* (CRPA) qui a rendu un rapport étoffé en 1996<sup>181</sup>, en réponse notamment à la résistance des Kanien:keha'ka de Kanehsatà:ke, aussi appelée la « crise d'Oka »<sup>182</sup>. Dans l'exécution de son mandat, la CRPA a entendu plus de 2 000 témoins, incluant des centaines de personnes autochtones, leur permettant ainsi d'offrir leur perspective sur la réconciliation et sur l'une des solutions clés, soit la reconnaissance de leur droit à l'autonomie gouvernementale<sup>183</sup>. La

---

<sup>180</sup> André ÉMOND, *Le sable dans l'engrenage du droit inhérent des autochtones à l'autonomie gouvernementale*, Revue juridique Thémis, 30-1, 1996, 89-112, note 2.

<sup>181</sup> BIBLIOTHÈQUE ET ARCHIVES CANADA, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, présidé par Georges ERASMUS et René DUSSAULT, 1996. [CRPA] Créée le 26 août 1991, la CRPA a rendu son rapport public en octobre 1996, soit après quatre ans de consultations, de recherches et de réflexion, comprenant cinq (5) volumes avec plus de 4 000 pages, incluant 440 recommandations.

<sup>182</sup> Le terme « Kanien:keha'ka » est la façon dont ce désigne la Nation Mohawk, en ligne : <http://www.kahnawake.com/community/history.asp>; Alanis OBOMSAWIN, *Kanehsatake, 270 ans de résistance*, Documentaire, Office national du film, 1993; Pierre TRUDEL, *La crise d'Oka de 1990 : retour sur les événements du 11 juillet*, (2009) Recherches amérindiennes au Québec 39 (1-2), 129-135; CRPA, préc., note 181, vol. 1 – Un passé, un avenir, c. 7 – Quatrième étape : négociation et renouveau.

<sup>183</sup> CRPA, préc., note 181, vol. 1 – Un passé, un avenir, c. 1 – Le point de départ : « La Commission d'enquête devrait analyser l'évolution de la relation entre les autochtones (Indiens, Inuit et Métis), le gouvernement canadien et l'ensemble de la société canadienne. Elle devrait proposer des solutions précises, étayées par l'expérience interne et

CRPA devient donc une source incontournable en tant que cadre conceptuel de l'autonomie gouvernementale.

L'autonomie gouvernementale des Autochtones peut prendre différentes formes, compte tenu de la diversité des situations dans lesquelles ils se trouvent, ne serait-ce qu'entre la gouvernance sur ou hors communauté<sup>184</sup>. Cette autonomie devrait donc s'articuler de différentes façons, dans leurs institutions, pour répondre aux besoins de la population et à la diversité des Nations autochtones<sup>185</sup>. Cela dit, l'Assemblée des Premières Nations au Canada définit l'autonomie gouvernementale comme :

« le droit d'une Première nation de s'autogouverner, de prendre ses propres décisions concernant son avenir et d'assumer toute l'étendue des compétences et de l'autorité quant à ses terres, sa population et ses ressources. »<sup>186</sup>

De nos jours, le gouvernement fédéral reconnaît que l'autonomie gouvernementale est un droit ancestral inhérent qui repose sur le fait que les peuples autochtones du Canada ont :

« le droit de se gouverner, c'est-à-dire de prendre eux-mêmes les décisions touchant les affaires internes de leurs collectivités, les aspects qui font partie intégrante de leurs cultures, de leur identité, de leurs traditions, de leurs langues et de leurs institutions et, enfin, les rapports spéciaux qu'ils entretiennent avec leur terre et leurs ressources. »<sup>187</sup>

En d'autres termes, l'autonomie gouvernementale est la façon de se gouverner par soi-même et d'avoir une liberté d'action en prenant ses « propres décisions ». Le mot « autonomie » est d'ailleurs défini par le *Dictionnaire de droit québécois et canadien* comme étant le « droit ou fait de se gouverner par ses propres lois »<sup>188</sup> et par le *Dictionnaire Larousse* comme la « possibilité de décider, pour un organisme, un individu, sans en référer à un pouvoir central, à une hiérarchie,

---

internationale, aux problèmes qui ont entravé ces relations et avec lesquels les autochtones sont aux prises aujourd'hui. »

<sup>184</sup> Joseph H. CARENS, *La citoyenneté et l'autonomie gouvernementale des autochtones*, Document préparé dans le cadre du Programme de recherche de la Commission royale sur les peuples autochtones, Université de Toronto, Janvier 1995. Note au lecteur, le terme « communauté » dans ce contexte fait référence aux « réserves indiennes » créées par le gouvernement fédéral dans la L.I. 1985, préc., note 49, art. 18 et s.

<sup>185</sup> *Id.*

<sup>186</sup> Action Canada, préc., note 178, p. 4.

<sup>187</sup> GOUVERNEMENT DU CANADA, *L'approche du gouvernement du Canada concernant la mise en œuvre du droit inhérent des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale et la négociation de cette autonomie*, Relations Couronne-Autochtones et Affaires du Nord Canada, 2010, en ligne : <https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/fra/1100100031843/1539869205136>.

<sup>188</sup> Reid, préc., note 149.

une autorité; indépendance »<sup>189</sup>. Cette forme d'autonomie présuppose que les Autochtones ont la capacité de s'autogouverner. Il est intéressant de souligner que les deux définitions citées ci-haut commencent par le « droit » de se gouverner ou de s'autogouverner. L'autonomie gouvernementale des peuples autochtones ne serait donc pas un privilège ou un accommodement, mais bien un droit.

Pour sa part, la CRPA définit l'autonomie gouvernementale, dans son sens le plus fondamental, comme « la capacité d'évaluer et de satisfaire des besoins sans influence, permission ou restriction de l'extérieur »<sup>190</sup>. Cette définition fait encore une fois référence au concept de liberté, c'est-à-dire le droit d'agir sans contrainte. La CRPA ajoute que l'autonomie gouvernementale est l'une des voies que les peuples autochtones peuvent choisir pour mettre en pratique le principe de l'autodétermination<sup>191</sup>. En effet, il serait difficile de définir l'autonomie gouvernementale sans passer par le concept d'autodétermination qui lui est intrinsèquement liée.

Selon le *Dictionnaire Larousse*, l'autodétermination est « l'action de se déterminer par soi-même » ou encore le « libre choix du statut politique d'un pays par ses habitants »<sup>192</sup>. La liberté et l'autonomie semblent inhérentes au concept d'autodétermination selon ces définitions. Autrement dit, sur une base individuelle, il s'agit du pouvoir de se déterminer, de choisir pour soi-même, et sur une base collective, du pouvoir pour un peuple de faire ses choix politiques via ses propres institutions. L'autonomie gouvernementale est donc un moyen de mettre en œuvre ce droit inhérent à l'autodétermination pour un peuple. Un témoin d'origine anishinabe devant la CRPA abonde dans le même sens, faisant de l'autodétermination la capacité de se prendre en main et de décider du chemin à emprunter pour sa Nation :

« L'autodétermination, c'est pouvoir examiner nos désirs et nos aspirations quant à l'orientation que nous voulons prendre et avoir la chance de les réaliser, [...] pour la vie elle-même, pour l'existence elle-même, pour l'identité nationale elle-même [...] ».<sup>193</sup>

Même si les conceptions de l'autodétermination peuvent différer entre les différentes Nations autochtones, et pour chaque membre au sein de ces Nations, une chose les unit : l'affirmation de posséder ce droit inhérent qui découle de leur statut de peuples distincts et

---

<sup>189</sup> Dictionnaire Larousse, Dictionnaire de la langue française, France, en ligne : <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/autonomie/6779>.

<sup>190</sup> CRPA, préc., note 181, p. 152.

<sup>191</sup> *Id.*

<sup>192</sup> Dictionnaire Larousse, Dictionnaire de la langue française, France, en ligne : <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/autodetermination/6667>.

<sup>193</sup> CRPA, préc., note 181, p. 152, René Tenasco, conseiller au Conseil Kitigan Zibi Anishnabé, Maniwaki (Québec), 2 décembre 1992.



souverains<sup>194</sup>. Ce droit leur permettrait de déterminer leurs propres structures de gouvernance et de statuer sur les relations entretenues avec les Autochtones. La souveraineté est également un concept qui va de pair avec l'autonomie gouvernementale.

Pour de nombreux Autochtones, l'exercice de la souveraineté est bien plus qu'un simple droit politique et juridique; il s'agit d'un droit de la personne<sup>195</sup>. Ceci diffère de la conception occidentale de la souveraineté, qui réfère plutôt à une question de compétence, de pouvoir et même de puissance exercée sur son territoire, plutôt qu'un attribut personnel<sup>196</sup>. Basée sur de nombreux témoignages de personnes autochtones, la définition la plus fondamentale de la souveraineté selon la CRPA serait : « le droit naturel de tous les êtres humains de définir, de maintenir et de perpétuer leur identité individuelle, collective et nationale »<sup>197</sup>. La souveraineté ferait donc partie de l'exercice de l'autonomie gouvernementale d'un peuple et serait sa façon de forger sa propre identité nationale. Cette notion de souveraineté, quoique difficile à définir, serait le pouvoir et la conviction d'un peuple selon certains Autochtones :

« La souveraineté est difficile à définir parce qu'elle est intangible, invisible et impalpable. Il s'agit d'un pouvoir extraordinaire, inhérent, d'un sentiment très fort ou de la conviction d'un peuple. Toutefois, ce que l'on peut voir, c'est l'exercice des pouvoirs autochtones. Dans la pratique, nous définissons la souveraineté comme le pouvoir ultime d'où découlent tous les pouvoirs politiques particuliers. »<sup>198</sup>

L'Assemblée des Premières Nations au Canada affirme également que ce droit à la souveraineté est inhérent :

« Les peuples autochtones possèdent et exercent des droits inhérents de souveraineté ainsi que leurs propres lois et systèmes juridiques et il en est ainsi depuis bien avant leur premier contact avec les Européens. »<sup>199</sup>

---

<sup>194</sup> CRPA, préc., note 181, p. 159.

<sup>195</sup> INUIT TAPIRISAT DU CANADA, *Preliminary Submission to the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, 1993, p. 16 cité dans la CRPA, préc., note 181, p. 157; Wendy MOSS, *Les droits issus de traités et la fonction gouvernementale dans l'optique inuit* dans « L'autonomie gouvernementale des autochtones : Questions juridiques et constitutionnelles », Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1995, 62-154, p. 94-96; CRPA, préc., note 181, p. 151.

<sup>196</sup> Jean BODIN, *Les six livres de la République*, Fayard, Corpus des œuvres de philosophie de langue française, vol. 6, 1986 (reproduction de l'édition de Lyon de 1593) : « La souveraineté est la puissance absolue et perpétuelle d'une République. »

<sup>197</sup> CRPA, préc., note 181, p. 151.

<sup>198</sup> CRPA, préc., note 181, p. 151, Roger Jones, conseiller et ancien de la Première Nation Shawanaga, Sudbury (Ontario), 1<sup>er</sup> juin 1993.

<sup>199</sup> ASSEMBLÉE DES PREMIÈRES NATIONS, Assemblée générale annuelle, Vancouver, Résolution n° 35/2018, adoptée par consensus, en ligne : [https://www.afn.ca/wp-content/uploads/2018/08/2018\\_Resolutions\\_FRE.pdf](https://www.afn.ca/wp-content/uploads/2018/08/2018_Resolutions_FRE.pdf).

En résumé, l'autonomie gouvernementale découle de l'autodétermination, qui permet l'exercice de l'autonomie d'un peuple et la mise en œuvre de sa souveraineté inhérente. Les valeurs principales qui sous-tendent ces concepts sont notamment la liberté, la capacité et l'indépendance. L'inhérence est quant à elle une caractéristique transversale partagée par ces différents principes, rappelant que l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones est un droit fondamental et identitaire. L'assise conceptuelle de l'autonomie gouvernementale des Autochtones étant définie, entrons maintenant dans les sources juridiques de sa reconnaissance pour en faire ressortir les valeurs sous-jacentes.

## **2.2 Les sources de la reconnaissance de l'autonomie gouvernementale**

Après les définitions de l'autonomie gouvernementale et des concepts interreliés, l'étude des sources juridiques de sa reconnaissance étatique sera présentée. Nous voulons d'ores et déjà distinguer les sources de l'autonomie gouvernementale de celles de sa reconnaissance proprement dite. En effet, puisque l'autonomie gouvernementale est inhérente pour les peuples autochtones, elle ne comporte pas de sources juridiques occidentales, se basant plutôt sur leurs traditions juridiques autochtones. Cela étant, nous pourrions constater à quel point les sources de cette reconnaissance étatique de l'exercice de l'autonomie des Autochtones sont très similaires à celles de l'obligation fiduciaire préalablement examinées. À partir de la Proclamation royale de 1763, des traités historiques et modernes conclus avec les peuples autochtones au Canada, en passant par la jurisprudence américaine et canadienne des 19<sup>e</sup> et 20<sup>e</sup> siècles, nous remonterons ainsi le fil du temps pour examiner certains des fondements juridiques de la reconnaissance de l'autonomie gouvernementale autochtone au Canada.

Pour identifier les sources de la reconnaissance de l'autonomie gouvernementale, reprenons la Proclamation royale de 1763 qui est le texte fondateur par lequel l'État reconnaît les droits territoriaux aux peuples autochtones et devient ultérieurement l'assise juridique pour la négociation de traités<sup>200</sup>. Le vocable utilisé dans cette Proclamation coloniale vise à assurer aux Nations autochtones la « possession entière et paisible » des parties de territoire de la colonie britannique

---

<sup>200</sup> ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, Encyclopédie du parlementarisme québécois, *Proclamation royale (1763)*, 15 octobre 2018.

qui n'ont pas été « concédées ni achetées » et qui leur sont réservées<sup>201</sup>. On peut donc constater que la Couronne britannique reconnaissait une forme de gouvernance autochtone sur leurs terres puisqu'elle ne pouvait s'en emparer sans une cession négociée par traité ou un transfert du droit de propriété<sup>202</sup>.

De nombreuses divergences d'interprétation pouvaient avoir lieu lors de la négociation et de la signature de traités entre la Couronne et les Nations autochtones au Canada. En effet, les représentants du gouvernement étatique pensaient avoir acquis un territoire en signant un traité, mais leurs homologues autochtones n'ont jamais eu l'intention ni la volonté de le céder<sup>203</sup>. Pour plusieurs peuples autochtones de l'époque, et encore aujourd'hui, le territoire ne peut être cédé en échange d'une somme d'argent, car ils font partie du territoire et le territoire fait partie d'eux<sup>204</sup>. Plusieurs auteurs remettent donc en question la validité des traités historiques de cession<sup>205</sup>. Les traités étaient alors utilisés par la Couronne comme un puissant outil de dépossession territoriale, sans que les Autochtones ne puissent y adhérer complètement ou pensant avoir établi une cohabitation territoriale. En ce sens, l'historien et professeur Greer indique que :

« La Proclamation royale de 1763 fut le couronnement d'une évolution dans laquelle la colonisation et l'affirmation d'une souveraineté impériale/coloniale ont été construites comme une réelle transaction foncière. Ainsi, le traité de cession devenait le principal instrument légal pour étendre la portée physique du régime colonial dans les territoires autochtones à peu près au moment où le Canada est passé sous la gouverne britannique. »<sup>206</sup>

Lors de la signature de plusieurs traités et d'alliances historiques, des échanges de ceinture de wampum<sup>207</sup> pouvaient avoir lieu, symbolisant l'amitié et l'alliance qui lient les Nations

---

<sup>201</sup> P.R. 1763, préc., note 46.

<sup>202</sup> Jill WHERRETT, *L'autonomie gouvernementale des Autochtones*, CIR 96-2F, Ottawa, Division des affaires politiques et sociales, Direction de la recherche parlementaire, Bibliothèque du Parlement, révisé le 17 juin 1999. [Wherrett]

<sup>203</sup> Allan GREER, *Le traité de cession : les origines historiques d'un instrument de dépossession britannique*, Histoire Engagée, traduction de Fannie Dionne, 13 septembre 2018.

<sup>204</sup> *Id.*

<sup>205</sup> Voir notamment Sharon VENNE, « Understanding Treaty 6: An Indigenous Perspective », dans Michael ASCH, éd., *Aboriginal and Treaty Rights in Canada: Essays on Law, Equality and Respect for Difference*, Vancouver, UBC Press, 1997, p. 192-193; Sarah CARTER, *Aboriginal People and Colonizers of Western Canada to 1900*, Toronto, University of Toronto Press, 1999, p. 121.

<sup>206</sup> Allan GREER, *Property and Dispossession: Natives, Empires and Land in Early Modern North America*, New York, Cambridge University Press, 2018. Le professeur Greer enseigne l'histoire à l'Université McGill : <https://www.mcgill.ca/history/allan-greer>.

<sup>207</sup> Jacynthe LEDOUX, *Sur les traces des wampums devant les tribunaux canadiens : Réflexion sur l'état du dialogue internormatif entre traditions juridiques autochtones et étatiques*, Mémoire présenté dans le cadre de la complétion

autochtones et la Couronne<sup>208</sup>. Le wampum à deux voies, formé de deux rangées horizontales de perles de coquillage mauves cousues de façon parallèle de long en large de la ceinture, était interprété comme reconnaissant la souveraineté tant des Nations autochtones que de la Couronne, respectant leur juridiction respective dans la gestion de leurs affaires internes<sup>209</sup>. Cependant, l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones n'a pas bénéficié d'une reconnaissance constante de l'État colonial dans l'histoire canadienne, comme nous le démontre par exemple l'affaire *Sheldon* en 1852 l'ayant complètement niée<sup>210</sup>. Un changement graduel est apparu de la part des autorités britanniques au Canada, passant de la reconnaissance de l'autonomie des peuples autochtones à sa négation complète en moins de 100 ans.

Malgré ces reculs, la négociation des traités au Canada n'a pas cessé pour autant<sup>211</sup>. Même si la plupart de ces traités avaient pour but d'éteindre les droits ancestraux des Premières Nations sur leur territoire, la Couronne reconnaît tout de même leur statut autonome et leur capacité à agir en tant que gouvernement pour leur Nation dans les négociations. Aux yeux de plusieurs peuples autochtones signataires, le fait que la Couronne britannique ait conclu des alliances et des traités avec eux montre qu'ils étaient reconnus comme des « peuples souverains capables d'entretenir des relations internationales » en exerçant leurs « pouvoirs gouvernementaux et diplomatiques »<sup>212</sup>.

À la suite des traités historiques viennent les traités dits « modernes » conclus entre les gouvernements étatiques et les gouvernements autochtones, utilisés en tant qu'exemple de la

---

des exigences du programme de maîtrise en droit de l'université de McGill, Avril 2016, p. 27-28 [Ledoux]; Paul WILLIAMS, *Reading Wampum Belts as living Symbols*, 1990, 7(1), Northeast Indian Quarterly 31; Bruce ELLIOTT JOHANSEN and Barbara ALICE MANN, eds, « Wampum », 2000, in JOHANSEN, B., & MANN, B. (Eds.), *Encyclopedia of the Haudenosaunee (Iroquois Confederacy)*, pp. 325-337, London: Greenwood Press.

<sup>208</sup> Notamment, lors de la signature du traité de Niagara en 1764 entre la Couronne britannique et 24 Premières Nations, il y a eu l'échange d'environ 84 ceintures de wampum : *Supra*, note 53.

<sup>209</sup> Borrow, préc., note 53.

<sup>210</sup> *Sheldon c. Ramsay*, (1852) 9 U.C.R. 105 (B.R.) : « Nul ne pourra jamais prétendre que ces Sauvages, bien qu'établis dans les limites de cette province, une province britannique à tout le moins, ont été reconnus comme une nation distincte et indépendante, régie par ses propres lois, exempte de l'application du droit général, et bénéficiant du droit de traiter le sol à sa guise; [...] En ce qui a trait à ces terres situées sur les rives de la Grande Rivière, les Sauvages n'avaient pas d'existence nationale, ni de forme reconnue de gouvernement patriarcal ou autre forme de gouvernement ou d'administration, pour autant que nous puissions le constater [...] Bien qu'il existe des tribus distinctes pour ce qui est de leur race, cela ne leur confère pas pour autant de pouvoirs, ni d'existence en tant que nation. »

<sup>211</sup> Le gouvernement du Canada reconnaît la signature de 70 traités historiques conclus avec 364 Premières Nations de 1701 à 1963 : GOUVERNEMENT DU CANADA, *Les Traités numérotés (1871-1921)*, en ligne : <https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/fra/1360948213124/1544620003549/>, consulté le 15 juin 2020.

<sup>212</sup> CRPA, préc., note 181, p. 27 et 154.

reconnaissance de l'autonomie gouvernementale des Autochtones<sup>213</sup>. L'ère des traités modernes au Canada commence après le dernier traité numéroté<sup>214</sup> et pour donner suite à la décision de la Cour suprême du Canada dans *Calder* en 1973<sup>215</sup>. La plus haute Cour du pays reconnaît pour la première fois dans cet arrêt que les peuples autochtones peuvent posséder des droits ancestraux et un titre ancestral non éteint, bien avant l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>216</sup>. Dans *Calder*, les juges confirment l'existence de l'organisation politique des Autochtones avant l'arrivée des Européens en Amérique du Nord et donc du droit à une certaine souveraineté<sup>217</sup>. Étant donné la reconnaissance des droits ancestraux et du titre ancestral par la Cour suprême du Canada, certains auteurs soutiennent que cela implique la reconnaissance implicite d'un droit limité à l'autonomie gouvernementale des Autochtones<sup>218</sup>. La capacité de choisir la façon d'exercer leurs droits ancestraux, incluant le titre ancestral, et l'aspect collectif des droits de ces Nations distinctes permettent d'assumer une forme d'autonomie<sup>219</sup>.

Jusqu'à présent, 25 traités dits modernes ont été signés au Canada<sup>220</sup> et le premier d'entre eux a été conclu au Québec en 1975 avec la *Convention de la Baie James et du Nord québécois*

---

<sup>213</sup> GOUVERNEMENT DU CANADA, *Traités modernes*, Services publics et Approvisionnement Canada, en ligne : <https://achatsetventes.gc.ca/politiques-et-lignes-directrices/guide-des-approvisionnements/section/9/35> : « Les traités modernes, aussi connus sous le nom d'ententes sur les revendications territoriales globales (ERTG), sont généralement tripartites et comprennent des organisations ou des nations autochtones, la Couronne et les gouvernements provinciaux et territoriaux comme signataires. Elles apportent clarté et prévisibilité en ce qui concerne les droits sur les terres et les ressources, la propriété et la gestion. »

<sup>214</sup> Parmi les traités historiques, le Canada a signé 11 traités dits « numérotés » entre 1871 et 1921 : Kenneth S. COATES et William R. MORRISON, *Rapport de recherches sur les traités – Traité n° 11 (1921)*, Centre de recherche historique et de l'étude des traités, Affaires indiennes et du Nord Canada, 1986. En 1921, le gouvernement fédéral a mis fin à sa politique sur la signature de traités, ne croyant plus à la pertinence de régler les questions territoriales avec les peuples autochtones au pays.

<sup>215</sup> *Calder*, préc., note 50.

<sup>216</sup> GOUVERNEMENT DU CANADA, *Traités et ententes - Traités modernes*, en ligne : <https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/fra/1100100028574/1529354437231#chp4>, consulté le 17 août 2021.

<sup>217</sup> *Calder*, préc., note 50, p. 382, citant Johnson, préc., note 66, pp. 573-574 : « On reconnaissait que les aborigènes étaient les occupants de plein droit des terres, et pouvaient juridiquement et légitimement demeurer en possession de celles-ci, et les utiliser à leur gré; mais leurs droits à la souveraineté complète, en leur qualité de nations indépendantes, ont été nécessairement diminués, et leur pouvoir de disposer des terres en faveur de n'importe qui a été nié en vertu du principe initial de base selon lequel la découverte conférait à ceux qui l'avait faite un titre exclusif. »

<sup>218</sup> Jean LECLAIR et Michel MORIN, *Fascicule 15 – Peuples autochtones et droit constitutionnel*, Jurisclasseur, Université de Montréal, à jour au 30 août 2017, par. 64 citant notamment Ghislain OTIS, *Les sources des droits ancestraux des peuples autochtones*, (1999) 40 Cahier de droit 591, p. 611-612.

<sup>219</sup> *Id.*; *Calder*, préc., note 50, p. 383, citant *Worcester*, préc., note 68, pp. 542-543 : « L'Amérique, séparée de l'Europe par un vaste océan, était habitée par un peuple différent, divisé en nations distinctes, indépendantes l'une de l'autre et vis-à-vis du reste du monde; elles avaient leurs propres institutions et se gouvernaient elles-mêmes en vertu de leurs propres lois. »

<sup>220</sup> *Supra*, note 213.

(« CBJNQ »)<sup>221</sup> entre les gouvernements du Canada et du Québec et les Nations crie et inuit<sup>222</sup>. Ce genre de traités implique une cession de terre des Nations autochtones à la Couronne, en échange d'une compensation financière et d'une plus grande autonomie dans leur gestion territoriale<sup>223</sup>. Des droits exclusifs de chasse, pêche et trappe sont également inclus dans ces traités modernes, afin de préserver les droits ancestraux et le mode de vie « traditionnel » de la partie signataire autochtone<sup>224</sup>. Les Nations dites « conventionnées »<sup>225</sup> ont donc accès à une plus grande autonomie gouvernementale en matière notamment de santé et de services sociaux, d'éducation, d'administration de la justice, de police et d'environnement<sup>226</sup>. Afin de mettre en œuvre leur autonomie gouvernementale, ces Nations ont des gouvernements autochtones créés par une loi étatique<sup>227</sup>, ce qui confirme la reconnaissance par les gouvernements de leur capacité à s'autodéterminer.

Maintenant que nous avons relevé la Proclamation royale de 1763, les traités historiques puis les traités modernes comme sources de la reconnaissance de l'autonomie gouvernementale autochtone, nous allons entrer dans le cheminement du concept, de sa négation à sa reconnaissance, avec les trois pouvoirs étatiques au Canada, soit le pouvoir exécutif, judiciaire et législatif.

### **2.3 De la négation à la reconnaissance : le cheminement étatique du concept**

L'autonomie gouvernementale des peuples autochtones a connu un cheminement autant politique que jurisprudentiel et législatif à travers l'histoire du Canada. Parfois reconnue, d'autres fois limitée ou encore balayée du revers de la main par les gouvernements étatiques, cette autonomie autochtone a connu un parcours avec plusieurs obstacles. Nous allons donc analyser certaines politiques gouvernementales portant sur l'autonomie des peuples autochtones à partir de

---

<sup>221</sup> *Convention de la Baie James et du Nord québécois*, Grand Council of the Crees (of Québec), Northern Québec Inuit Association, gouvernement du Canada, Société d'énergie de la Baie James, Société de développement de la Baie James, Commission hydroélectrique du Québec et gouvernement du Québec, 11 novembre 1975. [CBJNQ]

<sup>222</sup> Trois ans plus tard, en 1978, un deuxième traité moderne est signé entre le gouvernement du Canada, du Québec et la Nation Naskapie : *Convention du Nord-Est québécois*, Membres de la bande des Naskapis de Schefferville, gouvernement du Québec, Société d'énergie de la Baie James, Société de développement de la Baie James, Grand Council of the Crees, Northern Québec Inuit Association et gouvernement du Canada, 31 janvier 1978. [CNEQ]

<sup>223</sup> CBJNQ, préc., note 221, art. 2.1 et CNEQ, préc., note 222, art. 2.1.

<sup>224</sup> CBJNQ, préc., note 221, chasse, pêche et trappage, c. 34.

<sup>225</sup> Les trois Nations « conventionnées » au Québec, c'est-à-dire soumises à une convention qui est un autre terme pour désigner les traités modernes, sont les Cris, les Inuit et les Naskapis.

<sup>226</sup> CBJNQ, préc., note 221, santé et de services sociaux, c. 14 et 15, éducation, c. 16 et 17, administration de la justice, c. 18 et 20, police, c. 19 et 21, environnement, c. 22 et 23.

<sup>227</sup> *Loi sur le Gouvernement de la nation crie*, RLRQ, c. G-1.031, anciennement la *Loi sur l'Administration régionale crie*, RLRQ, c. A-6.1; *Loi sur la Société Makivik*, RLRQ, S-18.1; *Loi sur les villages nordiques et l'Administration régionale Kativik*, RLRQ, c. V-6.1.

1969, jusqu'aux conférences constitutionnelles de 1983 à 1992, pour ensuite arriver au rapatriement de la Constitution en 1982. Ensuite, l'interprétation ultérieure des tribunaux de l'article 35 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* sur l'inclusion ou non du droit à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones sera exposée. Nous terminerons avec la mise en œuvre de différentes lois fédérales récentes reconnaissant l'exercice de l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones au Canada.

### 2.3.1 Politique

Tel que mentionné, l'*Acte des Sauvages* a vu le jour en 1876 en intégrant différentes lois et politiques à visée assimilatoire<sup>228</sup>. Par la suite renommée la *Loi sur les Indiens*, cette loi a connu plusieurs modifications législatives, de manière notable en 1951 et 1985, afin d'abolir certaines des dispositions les plus discriminatoires et coloniales<sup>229</sup>. L'un des plus grands chantiers concernant la *Loi sur les Indiens*, qui visait en fait son abolition, fut mené en 1969 par le gouvernement fédéral de Pierre Elliott Trudeau et présenté par son ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, Jean Chrétien<sup>230</sup>. En effet, la *Politique indienne du gouvernement du Canada*, aussi appelée le « Livre Blanc », cherchait à « corriger les injustices du passé » en voulant notamment éliminer le statut d'« Indien » et transférer aux peuples autochtones la propriété des terres de réserve pour que le gouvernement fédéral n'ait plus de responsabilité à leur égard<sup>231</sup>.

Visant à éliminer toute forme de discrimination à l'endroit des « Indiens », cette Politique venait en fait éliminer leur statut de peuple distinct en les intégrant totalement à la société canadienne. Au nom de l'égalité et de l'équité, plus aucun programme ou service particulier aux Autochtones ne seraient offerts par le gouvernement fédéral. Selon cette politique, les « Indiens » deviendraient des citoyens canadiens au même titre que les autres afin de les libérer de la distinction juridique et historique qui pèserait sur eux et qui les empêcherait de se développer convenablement. De plus, le gouvernement fédéral voulait mettre fin à de son rôle de fiduciaire à l'endroit des

---

<sup>228</sup> Acte des Sauvages, préc., note 79.

<sup>229</sup> John LESLIE, *La Loi sur les Indiens : perspective historique*, Revue parlementaire canadienne, 2002 CanLiiDocs 236, 23-27. [Leslie] L'article est une version révisée du témoignage que John Leslie a fait le 12 mars 2002 devant le Comité permanent des affaires autochtones, du développement du Grand Nord et des ressources naturelles de la Chambre des communes.

<sup>230</sup> Jean Chrétien fut ensuite élu Premier ministre du Canada de 1993 à 2003.

<sup>231</sup> GOUVERNEMENT DU CANADA, *La politique indienne du gouvernement du Canada*, 1969, Ottawa, Ontario : Affaires indiennes et du Nord Canada. [Livre Blanc]

peuples autochtones en leur redonnant entre autres la propriété des terres de réserve<sup>232</sup>. Pour reprendre les propos de l'historien Leslie : « De bien des façons, le livre blanc de 1969 ramène la question indienne directement dans le XIX<sup>e</sup> siècle, préconisant une fois de plus l'assimilation pure et simple »<sup>233</sup>.

Le Livre Blanc a donc provoqué un tollé politique à l'époque, en particulier chez les peuples autochtones, ce qui a donné lieu à la parution de *Citizen Plus*, aussi appelé « Livre Rouge » écrit en 1970<sup>234</sup>. Sous la plume des Chefs de l'Alberta, les Premières Nations dénoncent le fait que le gouvernement fédéral veuille enlever toute référence au statut d'« Indien » dans les lois canadiennes pour soi-disant les traiter de façon égale à tous les autres Canadiens. L'élimination de cette distinction serait en fait discriminatoire à leurs yeux et la reconnaissance de leur statut d'« Indien » est dite « essentielle pour la justice »<sup>235</sup>. Les Chefs autochtones dénoncent par le fait même que la *Loi sur les Indiens* limite leur capacité à se gouverner en tant que peuple et présuppose une incompétence de leur part :

« The Indian Act provides the basis for the Indian Affairs Branch. It confers on the Minister very sweeping powers. It often frustrates Indians in their individual efforts to earn a living and the entire tribe in its attempts toward greater self-government and better stewardship of the assets of the tribe. [...] These paternalistic prescriptions thus confine the Indian and the tribe as if they were incompetent, not able to conduct their personal business affairs, or be responsible for local self-government. »<sup>236</sup> [nos soulèvements]

Les Chefs recommandent alors une réécriture de la *Loi sur les Indiens*, et non son abolition, afin de conserver et d'étendre leurs droits à l'autonomie gouvernementale<sup>237</sup>. Même si la *Loi sur les Indiens* est jugée paternaliste pour les Premières Nations, il est encore mieux pour elles de la conserver plutôt que d'éliminer toute forme de distinction qui touche à leur identité et à l'exercice

---

<sup>232</sup> *Id.*, p. 24 : « Lorsque l'Indien comprendra que la seule façon dont il peut se rendre possesseur et maître absolu de son sol consiste pour lui à payer l'impôt au même titre que les autres Canadiens, peut-être pourra-t-il s'y résoudre. »

<sup>233</sup> Leslie, préc., note 229.

<sup>234</sup> FOUNDATIONAL DOCUMENT, *Citizens Plus*, Indian Chiefs of Alberta, Aboriginal policy studies, June 1970, vol. 1, n° 2, pp. 188-281. [Livre Rouge]

<sup>235</sup> *Id.*, p. 192-193.

<sup>236</sup> *Id.*, p. 200-201.

<sup>237</sup> *Id.*, p. 200-201 : « Many tribes have now had valuable experience in managing their local government affairs. Other tribes are now ready to accept greater responsibility. We believe that there should be a commitment from the government that, as time passes and Indians choose, we should be given those responsibilities we feel we are capable of taking on. The tribe should choose its own arrangements for this local government. [...] The Indian Act can therefore be rewritten to establish the legal basis for tribal government in all matters usually delegated to local government. »



de leurs droits ancestraux et issus de traités<sup>238</sup>.

En résumé, si la *Loi sur les Indiens* limite l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones, elle protège tout de même ce droit inhérent. Le gouvernement fédéral a tenté en 1969 d'anéantir cette loi au nom de l'égalité et de la non-discrimination, mais ce faisant, les conséquences auraient été une pleine assimilation des Premières Nations à la société canadienne. Un an plus tard, ces dernières ont répliqué que d'abolir cette loi n'était pas l'avenue à choisir afin de respecter leurs droits ancestraux et leur statut de peuple distinct. Une décennie après la parution du Livre Blanc et du Livre Rouge, le même gouvernement fédéral de Pierre Elliott Trudeau a signé le rapatriement de la Constitution en 1982 reconnaissant et confirmant les droits existants, ancestraux ou issus de traités des peuples autochtones du Canada<sup>239</sup>.

Le rapatriement de la Constitution canadienne s'est fait à la suite de débats, de négociations et de concessions entre les gouvernements fédéral et provinciaux et entre les représentants des peuples autochtones au Canada. Dès 1980, à Londres, les représentants des peuples autochtones ont fait valoir devant le Parlement britannique que le projet de Constitution du Canada de l'époque ignorait leurs droits fondamentaux<sup>240</sup>. Le résultat est la reconnaissance dans la nouvelle mouture de la Constitution des droits ancestraux existants et un engagement écrit de la part du gouvernement fédéral de discuter de ces droits avec les peuples autochtones dans le cadre de conférences constitutionnelles. Cependant, cette reconnaissance constitutionnelle des droits ancestraux n'inclut pas explicitement l'autonomie gouvernementale, contrairement à ce que réclamaient les peuples autochtones, laissant donc un flou dans sa définition que les tribunaux ont par la suite tenté de clarifier.

À la suite du rapatriement de la Constitution, le gouvernement fédéral a mis sur pied le *Comité spécial de la Chambre des communes sur l'autonomie politique des Indiens* en 1982 ayant pour mandat d'examiner les questions légales et institutionnelles concernant la gouvernance des

---

<sup>238</sup> Harold CARDINAL, *La tragédie des Indiens du Canada*, 1970, Montréal, Québec : Éditions du Jour, p. 184 : « Ce n'est pas en raison de sa valeur en soi que nous voulons que soit maintenue la *Loi sur les Indiens*, elle n'en a pas. Elle est discriminatoire dans toutes ses stipulations. Mais elle nous sert de levier pendant qu'elle embarrasse le gouvernement et il est juste qu'il en soit ainsi. [...] [N]ous préférons encore vivre sous le joug de l'injuste *Loi sur les Indiens* plutôt que de renoncer aux droits qui nous sont sacrés. »

<sup>239</sup> L.C. 1982, préc., note 11, art. 35 (1).

<sup>240</sup> Maurice BULBULIAN, *L'art de tourner en rond – 1<sup>ère</sup> partie*, Office nationale du film, 1987.

« bandes indiennes » et de lui proposer des recommandations<sup>241</sup>. Pour donner suite à d'importantes consultations avec des Premières Nations de partout au pays, le rapport Penner fut déposé en 1983 et recommande, entre autres, que le gouvernement fédéral reconnaisse les Premières Nations en tant qu'ordre de gouvernement distinct et légal et qu'il donne suite aux processus menant à leur autonomie gouvernementale<sup>242</sup>. Les auteurs de ce rapport proposaient aussi d'intégrer le principe de l'autonomie gouvernementale dans la Constitution et de soumettre un projet de loi sur sa reconnaissance, rédigé en collaboration avec les Premiers Peuples<sup>243</sup>. Malgré tout, le rapport Penner a reçu un accueil mitigé du gouvernement fédéral. Dans sa réponse formulée un an plus tard, le gouvernement fédéral reconnaît que, par le passé, « les collectivités indiennes étaient politiquement autonomes » et dû à la perte progressive de cette autonomie à travers les années, il se dit prêt à reconnaître que l'évolution vers leur autonomie politique exigera « un changement radical de la relation actuelle entre les Indiens et le gouvernement »<sup>244</sup>. De ce fait, aucune modification constitutionnelle n'est retenue à l'égard de la reconnaissance de l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones.

Dans la même veine, les conférences constitutionnelles de 1983, 1984, 1985 et 1987, qui visaient à intégrer des modifications constitutionnelles sur l'autonomie gouvernementale des Autochtones, ont toutes échoué<sup>245</sup>. Par ailleurs, l'accord du lac Meech a été bloqué en 1990 sur la base, notamment, de l'absence de consultation des peuples autochtones aux négociations et dû à l'absence de reconnaissance de leur autonomie gouvernementale en tant que société distincte<sup>246</sup>.

---

<sup>241</sup> Stéphan GERVAIS, Martin PAPILLON et Alain BEAULIEU, *Les Autochtones et le Québec : Des premiers contact au Plan Nord*, Les Presses de l'Université de Montréal, 2013. Notons ici que ce Comité s'est penché uniquement sur l'autonomie gouvernementale des Premières Nations (Indiens) et non sur tous les peuples autochtones (Métis et Inuit).

<sup>242</sup> CHAMBRE DES COMMUNES CANADA, *L'autonomie politique des Indiens au Canada*, Rapport du comité spécial, Ottawa, 1983.

<sup>243</sup> ASSEMBLÉE DES PREMIÈRES NATIONS, *Affirmer les droits, le titre et la compétence des Premières Nations*, 5 septembre 2018, en ligne : [https://www.afn.ca/wp-content/uploads/2018/09/18-09-19-Affirming-FN-Rights-Title-and-Jurisdiction\\_FR-web.pdf](https://www.afn.ca/wp-content/uploads/2018/09/18-09-19-Affirming-FN-Rights-Title-and-Jurisdiction_FR-web.pdf).

<sup>244</sup> AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADA, *Réponse du gouvernement au rapport du Comité spécial sur l'autonomie politique des Indiens*, Ottawa, 5 mars 1984, p. 1.

<sup>245</sup> SECRÉTARIAT DES CONFÉRENCES INTERGOUVERNEMENTALES CANADIENNES, *Conférences des Premiers Ministre - 1906-2004*, en ligne : [https://scics.ca/wp-content/uploads/2016/10/fmp\\_f.pdf](https://scics.ca/wp-content/uploads/2016/10/fmp_f.pdf).

<sup>246</sup> ACCORD DU LAC MEECH, Document 22, Accord constitutionnel de 1987, 3 juin 1987, en ligne : <https://www.sqrc.gouv.qc.ca/documents/positions-historiques/positions-du-qc/partie3/Document22.pdf>; François ROCHER et Gérard BOISMENU, *L'accord du lac Meech et le système politique canadien*, Société québécoise de science politique, 1989, n° 16, 59-86.

Quant à lui, l'accord de Charlottetown de 1992 a été rejeté par référendum même s'il prévoyait une reconnaissance formelle du droit à l'autonomie gouvernementale<sup>247</sup>.

Tentant par la suite de définir les droits inclus à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le gouvernement fédéral a créé une politique sur l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones en 1995 reconnaissant officiellement, pour la première fois, le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones à titre de droit ancestral<sup>248</sup>. Même si cette reconnaissance est fortement symbolique, elle demeure uniquement politique et sans conséquence juridique. Plus de vingt ans plus tard, le gouvernement fédéral de Justin Trudeau a reconnu, en juillet 2017, dix principes régissant la relation du gouvernement du Canada avec les peuples autochtones<sup>249</sup>. Le premier principe indique que « le gouvernement du Canada reconnaît que toutes les relations avec les peuples autochtones doivent être fondées sur la reconnaissance et la mise en œuvre de leur droit à l'autodétermination, y compris le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale »<sup>250</sup>. Il est ensuite clairement indiqué que ce droit à l'autonomie gouvernementale découle de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et qu'il comprend les « droits découlant de leurs structures politiques, économiques et sociales et de leur culture, de leurs traditions spirituelles, de leur histoire, de leurs lois et de leur philosophie, en particulier leurs droits à leurs terres, territoires et ressources »<sup>251</sup>.

Des politiques du gouvernement fédéral de 1969 à aujourd'hui, des conférences constitutionnelles préalables et postérieures au rapatriement de la Constitution et de l'interprétation politique *a posteriori* de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, découlent la reconnaissance politique de l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones au Canada. Cependant, l'évolution jurisprudentielle du concept de l'autonomie gouvernementale ne peut se targuer d'autant de clarté.

---

<sup>247</sup> SECRÉTARIAT DU QUÉBEC AUX RELATIONS CANADIENNES, Québec's positions on the constitutional and intergovernmental issues from 1936 to 2001, *Consensus Report on the Constitution*, Charlottetown, August 28, 1992, art. 41.

<sup>248</sup> GOUVERNEMENT DU CANADA, *Guide de la politique fédérale sur l'autonomie gouvernementale – L'approche du gouvernement du Canada concernant la mise en œuvre du droit inhérent des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale et la négociation de cette autonomie*, 1995.

<sup>249</sup> Principes du Canada, préc., note 17.

<sup>250</sup> *Id.*

<sup>251</sup> *Id.*

### 2.3.2 Jurisprudentielle

À mi-chemin entre un concept politique et juridique, les tribunaux canadiens sont généralement réticents à se positionner sur l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones. Nous étudierons quelques jugements des tribunaux inférieurs et de la Cour suprême du Canada qui se penchent sur l'épineuse question de la reconnaissance ou non de l'autonomie gouvernementale à l'article 35 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Tout d'abord, deux ans après le rapatriement de la Constitution, la Cour supérieure de l'Ontario refuse de reconnaître une quelconque souveraineté autochtone dans une revendication territoriale de la Première Nation de Temagami dans le jugement *Bear Island*<sup>252</sup>. Le juge Steele conclut que le titre ancestral est finalement dévolu à la Couronne, car il existe au gré de la Couronne et peut être éteint par un traité, une loi ou une autre intention claire de cette dernière<sup>253</sup>. Aucune souveraineté, indépendance ou même compétence n'est reconnue à la Première Nation de Temagami. Cette bande n'aurait aucun droit à l'administration interne et, surtout, aucun droit à l'autonomie gouvernementale. Ce juge de l'Ontario a interprété l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* d'une manière purement restrictive en 1984 à l'égard des droits des peuples autochtones. La Cour suprême du Canada en 1991 a également rejeté le pourvoi, mais tout en nuanciant la question de l'existence d'un droit ancestral de la Première Nation de Temagami et du non-respect des obligations fiduciaires de la Couronne à leur égard<sup>254</sup>.

À la même époque, la Cour des sessions de la paix du Québec, maintenant la Chambre criminelle et pénale de la Cour du Québec, s'est dite « d'accord avec la proposition que les Cris détiennent une espèce de souveraineté résiduaire lorsqu'il s'agit de leurs gouvernements locaux »<sup>255</sup>. Cette référence explicite à l'autonomie gouvernementale dite « résiduaire » des Cris implique une reconnaissance de la gouvernance autochtone. Cette apparente contradiction avec *Bear Island* se perpétue dans le jugement de première instance dans l'affaire *Delgamuukw*, qui a affirmé qu'il n'y avait aucune place pour « quelque compétence ou souveraineté autochtone », car

---

<sup>252</sup> *Attorney-General for Ontario v. Bear Island Foundation et al. Potts et al.*, 49 O.R. (2d) 353 (ON SC) : « The Constitution Act, 1867 did not leave the Indians any independent rights of self-government. It clearly provided, under s. 91(24), that Indians and lands reserved for the Indians were under federal jurisdiction. No residue was left to the independent jurisdiction of Indian bands or nations. »

<sup>253</sup> *Id.* : « Hence, the Indian nations or bands were not sovereign and their aboriginal rights could be extinguished unilaterally by validly enacted legislation or treaties. »

<sup>254</sup> *Ontario (Procureur général) c. Bear Island Foundation*, [1991] 2 R.C.S. 570.

<sup>255</sup> *Bande d'Eastmain c. Gilpin*, [1987] R.J.Q. 1637 (C.S.P.).

toutes les compétences législatives ont déjà été réparties entre le Canada et les provinces<sup>256</sup>. Afin de clarifier les positions contradictoires des tribunaux inférieurs, nous pourrions imaginer que la Cour suprême du Canada veuille aborder la question de front, mais ce ne fut pas le cas.

Tel qu'énoncé, la plus haute Cour du pays a toujours usé de prudence en évitant de répondre clairement à la question. L'affaire *Delgamuukw* s'étant rendue en Cour suprême, le juge en chef Lamer évite à son tour la question du droit à l'autonomie gouvernementale :

« Devant les juridictions inférieures, on s'est longuement attardé à la question de savoir si le par. 35(1) peut protéger le droit à l'autonomie gouvernementale et, dans l'affirmative, quels sont les contours de ce droit. En raison des erreurs de fait commises par le juge de première instance, et de la nécessité de tenir un nouveau procès qui en a découlé, il est impossible pour notre Cour de décider si le bien-fondé de la revendication de l'autonomie gouvernementale a été établi. »<sup>257</sup> [nos soulignements]

S'abstenant de répondre à la question, la Cour précise néanmoins qu'il est possible de respecter les rapports de fiduciaire entre la Couronne et les peuples autochtones en les faisant participer à la prise des décisions concernant leurs terres<sup>258</sup>. Sans être affirmative, la Cour suprême met tout de même en relation l'obligation de fiduciaire et une certaine forme d'exercice de l'autonomie des peuples autochtones sur la gestion de leur territoire. Sans jamais se commettre sur la question, la Cour suprême du Canada dans *Delgamuukw* n'a pas non plus exclu l'autonomie gouvernementale de la catégorie des droits ancestraux inclus à l'article 35 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Un autre jugement de la Cour suprême du Canada se penche sur l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones, soit l'arrêt *R. c. Pamajewon*<sup>259</sup>. Le litige porte sur le droit pour deux Premières Nations en Ontario, Shawanaga et Eagle Lake, de faire des règlements administratifs sur les loteries, en contravention à la *Loi sur les Indiens* et sans permis provincial autorisant les activités de jeu. La Première Nation de Shawanaga invoque un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale et la Première Nation d'Eagle Lake invoque son droit d'autoréglementer ses activités économiques. En appel devant la Cour suprême du Canada, un banc de neuf juges a rejeté unanimement l'appel puisque les appelants n'ont pas réussi à démontrer que

---

<sup>256</sup> *Delgamuukw v. British Columbia*, [1991] 3 W.W.R. 97 (BC SC), p. 386 cité dans *Delgamuukw*, préc., note 15, par. 20.

<sup>257</sup> *Delgamuukw*, préc., note 15, par. 170-171.

<sup>258</sup> *Id.*, par. 168.

<sup>259</sup> *Pamajewon*, préc., note 15.

les activités de jeux de hasard reposent sur un droit ancestral reconnu et confirmé par l'article 35 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Sur la question du droit à l'autonomie gouvernementale, le juge en chef Lamer, qui écrit au nom de sept autres juges, fait preuve de réserve dans sa réponse :

« À supposer, sans toutefois en décider, que le par. 35(1) vise les revendications du droit à l'autonomie gouvernementale, la norme juridique pertinente n'en demeure pas moins celle établie dans *Van der Peet*, précité. »<sup>260</sup> [nos soulignements]

Tout en demeurant assez vague, le juge en chef indique que toute revendication au droit à l'autonomie gouvernementale doit être examinée à la lumière des circonstances propres à chaque affaire et sur la base de l'histoire et de la culture particulières au groupe autochtone<sup>261</sup>. La juge L'Heureux-Dubé, qui rejette elle aussi l'appel, demeure tout aussi floue quant à l'autonomie gouvernementale en éludant tout simplement la question :

« Les appelants ont également prétendu que le par. 35(1) confère un droit général à l'autonomie gouvernementale et que ce droit inclut celui de régler les activités de jeux de hasard dans la réserve. Vu la conclusion que je tire concernant les jeux de hasard en tant que pratique au sein des bandes indiennes en cause, il n'est pas nécessaire que j'examine même la question de l'autonomie gouvernementale. »<sup>262</sup> [nos soulignements]

En résumé, les arrêts *Delgamuukw* et *Pamajewon* ne permettent pas de clarifier si l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones est reconnue juridiquement par l'article 35 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Aucun autre arrêt de la Cour suprême du Canada ne s'est penché sur la question de l'autonomie gouvernementale autochtone par la suite. En d'autres termes, pour l'instant, la jurisprudence ne jette pas un éclairage sur la protection constitutionnelle de l'exercice de l'autodétermination des Premiers Peuples au Canada. À la suite de l'analyse politique et jurisprudentielle de l'autonomie gouvernementale, entrons dans sa reconnaissance législative au pays.

### 2.3.3 Législative

Sans entrer dans les détails, de nombreuses commissions d'enquête ont été créées au fil des années par les gouvernements fédéral ou provinciaux afin de répondre à des crises sociales qui

---

<sup>260</sup> Pamajewon, préc., note 15, par. 24.

<sup>261</sup> *Id.*, par. 27.

<sup>262</sup> *Id.*, par. 41.

touchent les peuples autochtones au Canada et pour trouver des solutions de nature systémique<sup>263</sup>. Parmi les nombreuses solutions ciblées par ces commissions, le respect de l'exercice du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones est un élément central afin d'améliorer leurs conditions de vie et les services publics rendus à leur endroit<sup>264</sup>, recommandant l'adoption de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*<sup>265</sup> (DNUDPA) dans notre droit interne canadien<sup>266</sup>. Le droit à l'autodétermination et à l'autonomie des peuples autochtones sont des piliers de cette Déclaration à l'international<sup>267</sup>.

La DNUDPA a été adoptée en 2007 par une majorité d'États avec 143 votes pour, 11 abstentions et 4 votes contre : les États-Unis, l'Australie, la Nouvelle-Zélande et le Canada<sup>268</sup>. L'histoire coloniale des peuples autochtones propre à ces pays pouvant être semblable, les quatre ont voté contre, car ils partageaient des préoccupations communes quant au niveau d'autonomie reconnu pouvant miner les droits fonciers et l'exploitation des ressources naturelles par les États<sup>269</sup>. Le Canada a donné un appui politique ultérieur à cette Déclaration avec réserve en 2010 et sans réserve en 2016<sup>270</sup>. En revanche, cette Déclaration internationale des droits des peuples autochtones n'a pas force de loi si elle n'est pas intégrée officiellement au droit interne des États. La Colombie-

---

<sup>263</sup> Entres autres : *Commission d'enquête sur l'administration de la justice et les Autochtones – Initiative de protection de l'enfance*, Manitoba, 1991; CRPA, préc., note 181; *Commission d'enquête sur les événements entourant le décès de M. Achille Vollant et Moïse Régis en 1977*, Québec, 1998; *Commission de mise en œuvre des recommandations sur la justice autochtone*, Manitoba, 2001; *Commission of Inquiry Into Matters Relating to the Death of Neil Stonechild*, Saskatchewan, 2004; *Ipperwash Inquiry*, Ontario, 2007; *Davies Commission Inquiry into the Death of Frank Paul*, Colombie-Britannique, 2011; *Missing Women Commission of Inquiry*, Colombie-Britannique, 2012; CVR, préc., note 169; ENQUÊTE NATIONALE SUR LES FEMMES ET LES FILLES AUTOCHTONES DISPARUES ET ASSASSINÉES, *Réclamer notre pouvoir et notre place : le rapport final de l'Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées*, volume 1a [ENFFADA]; *Commission d'enquête sur les Autochtones et certains services publics au Québec : écoute, réconciliation et progrès*, Québec, 2019 [CERP]; *Commission spéciale sur les droits des enfants et la protection de la jeunesse*, c. 9 – Passer à l'action pour les enfants autochtones, Québec, 2021.

<sup>264</sup> CRPA, préc., note 181, vol. 2, recommandation 2.3.4, p. 303.

<sup>265</sup> Organisation des Nations Unies, *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, 61/295, 107<sup>e</sup> plénière, 13 septembre 2007. [DNUDPA]

<sup>266</sup> CVR, préc., note 169, appel à l'action 43; ENFFADA, préc., note 263, rapport complémentaire Québec, appel à la justice 19; CERP, préc., note 263, appel à l'action 2 et 3.

<sup>267</sup> DNUDPA, préc., note 265, art. 3 et 4.

<sup>268</sup> Haut-commissariat des Nations Unies pour les droits de l'homme, *Déclaration sur les droits des peuples autochtones*, en ligne : <https://www.ohchr.org/fr/issues/pautochtones/pages/declaration.aspx>, consulté le 8 avril 2019.

<sup>269</sup> ENFFADA, préc., note 263, p. 213.

<sup>270</sup> GOUVERNEMENT DU CANADA, *Le Canada appuie la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, 12 novembre 2010, en ligne : <https://www.canada.ca/fr/nouvelles/archive/2010/11/canada-appuie-declaration-nations-unies-droits-peuples-autochtones.html>; GOUVERNEMENT DU CANADA, *Le Canada appuie maintenant la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones sans réserve*, 10 mai 2016, New York, Affaires autochtones et du Nord Canada, en ligne : <https://www.canada.ca/fr/affaires-autochtones-nord/nouvelles/2016/05/le-canada-appuie-maintenant-la-declaration-des-nations-unies-sur-les-droits-des-peuples-autochtones-sans-reserve.html>.

Britannique a donc été la première, et la seule province à ce jour, à adopter la DNUDPA dans son corpus législatif provincial en 2019<sup>271</sup>. L'Assemblée nationale du Québec a, pour sa part, adopté deux motions unanimes reconnaissant les principes et s'engageant à négocier la mise en œuvre de la DNUDPA avec les Premières Nations et les Inuit, sans toutefois la mettre en œuvre<sup>272</sup>.

Au niveau fédéral, plusieurs projets de loi ont été déposés, afin d'assurer la compatibilité des lois fédérales avec la DNUDPA, ayant tous échoué<sup>273</sup>. Après plusieurs tentatives, le projet de loi C-15, déposé en 2020<sup>274</sup>, a mené le Parlement du Canada à adopter la *Loi sur la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, le 21 juin 2021<sup>275</sup>. Dans son préambule, il est mentionné que la loi vise notamment à mettre en œuvre les appels à l'action de la *Commission de vérité et de réconciliation du Canada* (CVR)<sup>276</sup> et les appels à la justice de l'*Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées* (ENFFADA)<sup>277</sup>. Le gouvernement du Canada reconnaît également dans le préambule que « les relations avec les peuples autochtones doivent être fondées sur la reconnaissance et la mise en œuvre du droit inhérent à l'autodétermination, y compris le droit à l'autonomie gouvernementale ». En somme, cette loi vise à élaborer et à mettre en œuvre, en consultation et en collaboration avec les peuples autochtones, un plan d'action, afin d'atteindre les objectifs de la DNUDPA, au plus tard d'ici 2023<sup>278</sup>.

---

<sup>271</sup> LEGISLATIVE ASSEMBLY OF BRITISH COLUMBIA, *Bill 41 - 2019: Declaration on the Rights of Indigenous Peoples Act*, 4<sup>th</sup> Session, 41<sup>st</sup> Parliament, on line : <https://www.leg.bc.ca/parliamentary-business/legislation-debates-proceedings/41st-parliament/4th-session/bills/first-reading/gov41-1>.

<sup>272</sup> JOURNAL DES DÉBATS DE L'ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, 42<sup>e</sup> législature, 1<sup>re</sup> session (27 novembre 2018 au 13 octobre 2021), 8 octobre 2019 - Vol. 45 N<sup>o</sup> 68; JOURNAL DES DÉBATS DE L'ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, 42<sup>e</sup> législature, 1<sup>re</sup> session (27 novembre 2018 - 13 octobre 2021), 1<sup>er</sup> octobre 2020 – Fascicule n<sup>o</sup>129, p. 8813-8816.

<sup>273</sup> CHAMBRE DES COMMUNES DU CANADA, Projet de loi C-569, *Loi assurant la compatibilité des lois fédérales avec la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, 39<sup>e</sup> législature, 2<sup>e</sup> session, dépôt et première lecture le 18 juin 2008; CHAMBRE DES COMMUNES DU CANADA, Projet de loi C-328, *Loi assurant la compatibilité des lois fédérales avec la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, 40<sup>e</sup> législature, 2<sup>e</sup> session, Dépôt et première lecture le 26 février 2009; CHAMBRE DES COMMUNES DU CANADA, Projet de loi C-469 - *Loi assurant la compatibilité des lois fédérales avec la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, 1<sup>ère</sup> session, 41<sup>e</sup> législature, 60-61 Elizabeth II, 2011-2012-2013, première lecture 28 janvier 2013; CHAMBRE DES COMMUNES DU CANADA, Projet de loi C-262 - *Loi visant à assurer l'harmonie des lois fédérales avec la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, 42<sup>e</sup> législature, 1<sup>re</sup> session, Présentation du rapport de comité le 11 juin 2019 (sénat); SÉNAT DU CANADA, *Loi relative à la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* – C-262, Deuxième lecture, Détails du vote, 42<sup>e</sup> législature, 1<sup>ère</sup> session, 9 avril 2019.

<sup>274</sup> CHAMBRE DES COMMUNES DU CANADA, Projet de loi C-15 - *Loi concernant la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, Deuxième session, quarante-troisième législature, 69 Elizabeth II, 2020, première lecture le 3 décembre 2020.

<sup>275</sup> Loi sur la DNUDPA, préc., note 16.

<sup>276</sup> CVR, préc., note 169.

<sup>277</sup> ENFFADA, préc., note 263.

<sup>278</sup> Loi sur la DNUDPA, préc., note 16, art. 6 (1) et (4).



Un autre exemple de la reconnaissance législative de l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones se retrouve dans la *Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis*<sup>279</sup>. Sanctionnée par la Chambre des communes du Canada le 21 juin 2019, cette loi reconnaît le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale en ces termes :

« Le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale reconnu et confirmé par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* comprend la compétence en matière de services à l'enfance et à la famille, notamment la compétence législative en matière de tels services et l'exécution et le contrôle d'application des textes législatifs pris en vertu de cette compétence législative. »<sup>280</sup>

Pour la première fois dans l'histoire du Canada, dans une loi fédérale, l'autonomie gouvernementale et la compétence législative des Autochtones sont reconnues en tant que droits intrinsèques. Le gouvernement fédéral reconnaît dorénavant par voie législative que le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones est reconnu et confirmé par la Constitution. Malgré cette évolution, le gouvernement du Québec conteste la constitutionnalité de cette loi au motif qu'elle excéderait les compétences du Parlement du Canada en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*<sup>281</sup>.

Ayant eu recours à des sources politiques, jurisprudentielles et législatives, nous avons fait état du cheminement de l'autonomie gouvernementale des Autochtones au Canada, jusqu'à sa reconnaissance récente. Nous avons pu constater que le parcours des peuples autochtones vers la reconnaissance du principe d'autodétermination a été long et sinueux et que celle-ci est encore loin d'être atteinte pour une majorité de Nations, particulièrement celles qui ne sont pas encore entrées en relation de traité avec la Couronne. Ainsi, revenons à notre question centrale : comment peut-on concilier le principe d'autonomie gouvernementale des Premières Nations, des Inuit et des Métis avec l'obligation fiduciaire de la Couronne? Afin de répondre à cette question, au chapitre 3, nous identifierons les valeurs et caractéristiques de l'obligation fiduciaire et celles de l'autonomie gouvernementale afin de voir si ces concepts, qui semblent à première vue opposés, sont tout de même réconciliables.

---

<sup>279</sup> *Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis*, L.C. 2019, c. 24.

<sup>280</sup> *Id.*, art. 18 (1).

<sup>281</sup> GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Renvoi relatif à la Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis*, Décret 1288-2019, district de Montréal 500-09-028751-196, 20 décembre 2019.

### CHAPITRE 3 - LA CONFRONTATION DES PRINCIPES : VERS UNE POSSIBLE RÉCONCILIATION?

Ce dernier chapitre a pour but de confronter les principes de l'obligation fiduciaire de la Couronne envers les peuples autochtones et de l'autonomie gouvernementale de ces peuples, en faisant référence à leurs valeurs et caractéristiques soulevées dans les chapitres précédents. Nous tenterons ainsi de répondre à notre question de départ : l'obligation fiduciaire de la Couronne est-elle un frein à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones? Ces concepts juridiques sont-ils conciliables ou antinomiques? Comment les Autochtones peuvent-ils s'affranchir de leur statut de bénéficiaire de l'État tout en développant leur propre autonomie?

À première vue, il semble paradoxal de revendiquer une autonomie tout en bénéficiant d'une relation de fiduciaire :

« De prime abord, l'obligation de fiduciaire de la Couronne et l'autonomie gouvernementale des autochtones sont deux institutions juridiques incompatibles dont la coexistence est impossible. La réflexion première est la suivante : comment les autochtones peuvent-ils revendiquer simultanément l'autonomie gouvernementale, donc le droit de se prendre en charge et d'être responsables d'eux-mêmes, tout en continuant d'exiger de la Couronne qu'elle conserve son rôle de fiduciaire à leur égard et donc, qu'à ce titre, elle demeure responsable de leur bien-être et de la protection de leurs intérêts ? On ne peut pas prendre les décisions de façon indépendante et exiger simultanément que quelqu'un d'autre en soit responsable. C'est la façon succincte d'exposer le paradoxe. »<sup>282</sup>

Cette apparente contradiction entre l'autonomie politique et la relation de fiduciaire est d'ailleurs soulevée par le gouvernement du Canada, en 1990, affirmant que les responsabilités du gouvernement fédéral comme fiduciaire limitent inévitablement l'autonomie des bandes indiennes<sup>283</sup>. Même les juges évoquent cette incompatibilité entre le rôle de fiduciaire de la Couronne et l'autonomie des peuples autochtones :

« Nous sommes d'accord avec l'intimée [la Couronne] que le rôle fiduciaire de la Couronne est incompatible avec le statut autonome d'alliées libres revendiqué par les tribus amérindiennes. »<sup>284</sup> [notre soulignement]

---

<sup>282</sup> Lafontaine, préc., note 5, p. 670.

<sup>283</sup> AIDNC, préc., note 10.

<sup>284</sup> *R. c. Vincent*, 1993 CanLII 8528 (ON CA). Une demande d'autorisation du pourvoi à la Cour suprême du Canada a été rejetée le 14 octobre 1993.

La vulnérabilité présumée des Autochtones est-elle un frein à leur désir de devenir autonomes sur le plan gouvernemental? De même, que penser de l'obligation fiduciaire à l'égard de leur quête d'autonomie en tant que peuple distinct et souverain sur leurs terres? Afin d'arriver à une conclusion, nous analyserons dans un premier temps les valeurs et caractéristiques sous-jacentes à l'obligation fiduciaire de la Couronne envers les peuples autochtones en faisant référence au chapitre 1. Ensuite, les valeurs et caractéristiques propres à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones seront soulevées, se basant sur le chapitre 2. Enfin, dans une ultime section, nous présenterons un tableau comparatif des valeurs et caractéristiques étudiées pour voir si elles sont conciliables dans notre droit interne canadien. La présentation d'un spectre nous permettra de conclure que l'obligation fiduciaire et l'autonomie gouvernementale ne sont pas des notions incompatibles, comme leur parcours historique en parallèle le démontre.

### **3.1 Analyse des valeurs de l'obligation de fiduciaire**

Dans le chapitre 1, un bref tour d'horizon historique des sources législatives et jurisprudentielles, tant américaines que canadiennes, du milieu du 18<sup>e</sup> siècle jusqu'au milieu 20<sup>e</sup> siècle, nous a permis de relever les valeurs liées à l'obligation fiduciaire. Nous avons séparé les valeurs de l'obligation fiduciaire en trois différentes catégories : 1) les caractéristiques propres au bénéficiaire, soit la vulnérabilité, la dépendance et l'incapacité présumée; 2) les valeurs et caractéristiques propres au fiduciaire, soit le contrôle, le pouvoir et la protection envers le bénéficiaire; 3) les valeurs de confiance que le bénéficiaire porte envers le fiduciaire et celle de loyauté que le fiduciaire doit avoir envers le bénéficiaire.

#### **3.1.1 Vulnérabilité, dépendance et incapacité**

Pour commencer, entrons dans les caractéristiques propres au bénéficiaire dans la relation entretenue avec le fiduciaire : la vulnérabilité, la dépendance et l'incapacité présumées des peuples autochtones. Tout d'abord, la présomption de l'état de vulnérabilité des Autochtones découle de la Proclamation royale de 1763 en vertu de laquelle la Couronne s'interpose entre eux et les tiers dans les transactions territoriales. En effet, la Couronne s'accorde un devoir de protection envers les peuples autochtones qui sont alors perçus comme vulnérables aux fraudes et aux abus des colons. Cette présomption de faiblesse des Autochtones se retrouve par la suite dans l'*Acte des Sauvages* en 1876 qui inclut des dispositions protectrices<sup>285</sup>. De plus, avec l'avènement de la *Loi sur les*

---

<sup>285</sup> Acte des Sauvages, préc., note 79.

*Indiens*, l'état de dépendance des peuples autochtones est de nouveau présumé. Ils deviennent dépendants de la Couronne dans tous les aspects de leur vie, notamment l'identité, la gouvernance, le territoire, ainsi que tous les services gouvernementaux comme la santé, l'éducation et les services policiers.

Pour sa part, l'arrêt *Guerin*, en 1984, établit que l'inaliénabilité des terres de réserve fait naître l'obligation fiduciaire de la Couronne envers les Autochtones, entretenant l'idée de leur incapacité à agir en leur propre nom face aux tiers. Ensuite, la vulnérabilité du bénéficiaire ou le fait qu'il est à la merci du fiduciaire est un critère de l'obligation fiduciaire conventionnelle reconnu dans les arrêts *Frame* en 1987<sup>286</sup> et *Lac Minerals* en 1989<sup>287</sup>. Dans *Lac Minerals*, la Cour suprême affirme même que le seul critère indispensable à l'existence d'un rapport fiduciaire est celui de « la dépendance ou de la vulnérabilité » du bénéficiaire<sup>288</sup>. Par la suite, les arrêts *Elder Advocates*<sup>289</sup> en 2011 et *Manitoba Metis*<sup>290</sup> en 2013 reprennent le critère de vulnérabilité du bénéficiaire dans la reconnaissance d'une obligation de fiduciaire de la Couronne. Enfin, dans *Southwind* en 2021, la Cour suprême indique que les conditions nécessaires à l'établissement d'une relation fiduciaire *ad hoc* de droit privé font naître une obligation fiduciaire de la Couronne envers les Autochtones, incluant la vulnérabilité du bénéficiaire<sup>291</sup>. Ce tour d'horizon nous indique clairement que les caractéristiques liées à la faiblesse perçue, voire imposée, des peuples autochtones, comme la vulnérabilité, la dépendance et l'incapacité, sont sous-jacentes à la reconnaissance de l'obligation fiduciaire de la Couronne.

### **3.1.2 Contrôle, pouvoir et protection**

Continuons maintenant avec les caractéristiques attribuées au fiduciaire dans sa relation avec le bénéficiaire, soit le contrôle, le pouvoir et la protection. La vulnérabilité du bénéficiaire permet invariablement au fiduciaire d'avoir une position de force et un réel ascendant sur lui. En effet, le fiduciaire exerce un contrôle sur les droits ou intérêts du bénéficiaire, intimement lié au pouvoir. Même si le fiduciaire n'est pas censé utiliser ce contrôle à son avantage, il a toute la latitude nécessaire pour jouer son rôle dans cette relation avec le bénéficiaire. La jurisprudence fait

---

<sup>286</sup> *Frame*, préc., note 37.

<sup>287</sup> *Lac Minerals*, préc., note 22.

<sup>288</sup> *Id.*; Weinrib, préc., note 40.

<sup>289</sup> *Elder Advocates*, préc., note 141.

<sup>290</sup> *Manitoba Metis*, préc., note 58.

<sup>291</sup> *Southwind*, préc., note 152, par. 61.

ainsi référence au « pouvoir discrétionnaire », soit le fait d'utiliser son pouvoir de façon arbitraire, que ce soit en contexte autochtone ou non<sup>292</sup>. Malgré l'évolution du concept de relation fiduciaire applicable aux Autochtones, le pouvoir discrétionnaire exercé par la Couronne sur leurs intérêts est demeuré un élément central de l'équation.

Pour ce qui est du devoir de protection du fiduciaire envers le bénéficiaire, ce critère est également demeuré stable au cours des années. À titre d'exemple, par la Proclamation royale de 1763, la Couronne britannique établit que les Nations ou tribus sauvages « vivent sous Notre Protection »<sup>293</sup>. Aussi, l'arrêt américain *Cherokee*, faisant partie de la trilogie Marshall reconnue comme source de l'obligation fiduciaire au Canada, fait également référence au pouvoir de l'État et à la protection des Autochtones en ces termes : « They look to our government for protection; rely upon its kindness and its power »<sup>294</sup>. Même la Cour suprême du Canada a qualifié l'obligation fiduciaire de la Couronne envers les peuples autochtones de « relents de paternalisme »<sup>295</sup>.

Dans un contexte non-autochtone, la Cour suprême affirme que la raison d'être de l'obligation fiduciaire est la protection du bénéficiaire, dans une situation où il ne peut pas se protéger en raison de la nature de la relation<sup>296</sup>. L'arrêt *Guerin* applique ensuite cette responsabilité historique de protection de la Couronne à l'obligation fiduciaire en contexte autochtone<sup>297</sup>, relevée également dans *Sparrow*<sup>298</sup>. Enfin, dans *Southwind*, la Cour suprême du Canada affirme qu'en vertu de l'obligation de fiduciaire, le gouvernement fédéral a l'obligation de préserver et de protéger les intérêts des peuples autochtones, lui imposant ainsi un lourd fardeau<sup>299</sup>. On constate donc que les valeurs de contrôle, de pouvoir et de protection du fiduciaire envers le bénéficiaire

---

<sup>292</sup> Frame, préc., note 37, p. 136; Guerin, préc., note 103; Sparrow, préc., note 101, p. 1108; Wewaykum, préc., note 132, par. 79; Nation haïda, préc., note 58, par. 18; Elder Advocates, préc., note 141, par. 36; Manitoba Metis, préc., note 58, par. 50; Southwind, préc., note 152, par. 59.

<sup>293</sup> P.R. 1763, préc., note 46.

<sup>294</sup> Cherokee, préc., note 67.

<sup>295</sup> Beckman, préc., note 58 : « Dans notre jurisprudence, le principe de l'honneur de la Couronne tend à se substituer à une notion qui possède à la fois une portée se limitant à certains types de rapports n'intéressant pas toujours les droits constitutionnels des Autochtones et des relents de paternalisme, à savoir l'obligation de fiduciaire. »

<sup>296</sup> Hodgkinson, préc., note 43.

<sup>297</sup> Guerin, préc., note 4, p. 383-384 : « En confirmant dans la *Loi sur les Indiens* cette responsabilité historique de Sa Majesté de représenter les Indiens afin de protéger leurs droits dans les opérations avec des tiers, le Parlement a conféré à Sa Majesté le pouvoir discrétionnaire de décider elle-même ce qui est vraiment le plus avantageux pour les Indiens. »

<sup>298</sup> Sparrow, préc., note 101, p. 1107-1108 : « Ce point de vue se reflète dans de récentes décisions judiciaires insistant sur la responsabilité qu'a le gouvernement de protéger les droits des Indiens, laquelle responsabilité résulte des rapports fiduciaires spéciaux créés par l'histoire, par des traités et par des textes législatifs [...] ».

<sup>299</sup> Southwind, préc., note 152.

jouent un rôle dans la création de l'obligation fiduciaire dans un contexte autochtone.

### 3.1.3 Confiance et loyauté

Tout d'abord, le bénéficiaire doit avoir confiance au fiduciaire dans une relation fiduciaire. Comme nous l'avons mentionné précédemment à la section 1.1, bien que le *trust* en *common law*, la fiducie en droit civil et l'obligation fiduciaire sont trois principes juridiques distincts, ils sont tous les trois fondés sur la confiance envers le fiduciaire. Lorsqu'une obligation fiduciaire est créée, le fiduciaire détient des intérêts, des droits ou des propriétés pour le compte du bénéficiaire et doit les gérer pour le bénéfice unique de ce dernier. Le fiduciaire ne peut pas tirer avantage de cette relation et le bénéficiaire doit donc lui faire confiance dans sa gestion. Nous avons également évoqué que le terme latin *fiducia* et le terme anglais *trust* se traduisent en français par « confiance », ce qui renforce le fait que la relation de fiduciaire est basée sur la confiance que le bénéficiaire porte envers le fiduciaire<sup>300</sup>. Le bénéficiaire met en quelque sorte son destin entre les mains du fiduciaire, en lui faisant confiance qu'il agira dans son intérêt supérieur. On constate également que lorsqu'il y a une rupture dans la relation de confiance entre le bénéficiaire et le fiduciaire, cela donne ouverture à une compensation pour le bénéficiaire, comme ce fut le cas pour la première fois au Canada dans *Guerin*.

La prochaine valeur que le fiduciaire doit porter envers le bénéficiaire est celle de la loyauté. Malgré tout le pouvoir détenu par le fiduciaire, il doit agir dans l'intérêt du bénéficiaire et lui être loyal dans ses actions. Définie précédemment comme étant une fidélité à tenir ses engagements<sup>301</sup>, la loyauté est intrinsèque à l'obligation fiduciaire de la Couronne envers les Autochtones. Comme nous avons pu le constater par notre étude de la jurisprudence, la Couronne n'a pas toujours tenu ses promesses envers les Nations autochtones, allant ainsi à l'encontre de son obligation de loyauté<sup>302</sup>. L'arrêt *Wewaykum* mentionne également que les devoirs élémentaires de la Couronne liés à l'obligation fiduciaire sont la loyauté, la bonne foi dans l'exécution de son mandat, la communication complète de l'information et l'exercice de la prudence ordinaire dans l'intérêt des bénéficiaires autochtones<sup>303</sup>.

On constate que le degré de loyauté accordée à l'obligation fiduciaire en contexte

---

<sup>300</sup> Girardet, préc., note 23.

<sup>301</sup> *Supra*, note 150.

<sup>302</sup> Voir notamment *Guerin*, préc., note 4, *Manitoba Metis*, préc., note 58 et *Southwind*, préc., note 152.

<sup>303</sup> *Wewaykum*, préc., note 132, par. 86.

conventionnel<sup>304</sup> n'est pas le même que celui en contexte autochtone<sup>305</sup>. En effet, le fiduciaire conventionnel en contexte non-autochtone doit avoir une loyauté absolue envers le bénéficiaire, mettant les intérêts de ce dernier en priorité, appelée la « loyauté exclusive »<sup>306</sup>. Dans une toute autre logique, dans un contexte autochtone, le fiduciaire doit être loyal envers le bénéficiaire, mais ses intérêts doivent être conciliés avec ceux de l'ensemble de la société<sup>307</sup>. La loyauté de la Couronne n'est donc pas exclusive aux peuples autochtones dans un contexte fiduciaire, mais elle est tout de même présente. Dans la jurisprudence canadienne, la loyauté est donc sans conteste une valeur liée à l'obligation de fiduciaire.

### **3.2 Analyse des valeurs de l'autonomie gouvernementale**

Contrairement à l'obligation de fiduciaire où les Autochtones sont perçus comme vulnérables ou même incapables, l'autonomie gouvernementale fait appel à la capacité et aux compétences des peuples autochtones dans la gestion de leur politique interne. Au lieu d'être soumis à un système de pouvoir hiérarchique, la pleine autonomie gouvernementale leur offre une liberté de choix et d'action. L'autonomie gouvernementale autochtone comprend trois catégories de valeurs, soit : 1) l'autonomie, la capacité et la responsabilité; 2) le respect et l'égalité dans la relation Couronne-Autochtone et; 3) la liberté, la souveraineté et l'indépendance.

#### **3.2.1 Autonomie, capacité et responsabilité**

L'autonomie gouvernementale fait référence à des concepts de prise en charge comme l'autonomie, l'autodétermination, le développement des capacités, l'exercice de la compétence et la responsabilité envers son peuple. Le concept d'autonomie, défini comme étant comme le droit de se gouverner par ses propres lois<sup>308</sup>, est à la base de l'exercice de l'autodétermination des peuples autochtones. Le wampum à deux voies est le symbole par excellence de l'autonomie et de la souveraineté respectives aux Nations signataires<sup>309</sup>. Cette capacité juridique empreinte d'autonomie est également reconnue dans la Proclamation royale de 1763 qui assure aux Autochtones la « possession entière et paisible » de parties de territoire de la colonie qui ne peuvent

---

<sup>304</sup> Elder Advocates, préc., note 141, par. 49, 58, 59.

<sup>305</sup> Manitoba Metis, préc., note 58, par. 61.

<sup>306</sup> Elder Advocates, préc., note 141, par. 49, 58, 59.

<sup>307</sup> Voir par exemple Sparrow, préc., note 101, p. 1113 : « [...] une réglementation pourrait être valide si elle était - raisonnablement justifiée comme [TRADUCTION] "nécessaire pour la gestion et la conservation judicieuses des ressources ou dans l'intérêt public". (Nous soulignons.) »

<sup>308</sup> *Supra*, note 188.

<sup>309</sup> Borrows, préc., note 53; Ledoux, préc., note 207.

leur être enlevées sans la négociation d'un traité de cession<sup>310</sup>. Par la signature de traités, la Couronne reconnaît une certaine forme d'autonomie aux peuples autochtones. Cette confirmation de la gouvernance autochtone par la Couronne britannique au 18<sup>e</sup> siècle est l'assise de la reconnaissance contemporaine de l'autonomie gouvernementale<sup>311</sup>.

Cette autonomie et cette capacité à agir en tant que gouvernement autochtone sont reconnues par l'État canadien, par la signature subséquente des traités historiques et modernes, découlant de la Proclamation royale de 1763. Les Nations autochtones sont en mesure d'exercer leur droit inhérent à l'autodétermination en leur reconnaissant plus d'autonomie dans les domaines divers tels la santé, l'éducation, la justice, la police, la protection de la jeunesse et le développement du territoire. La DNUDPA affirme notamment que les peuples autochtones ont « le droit d'être autonomes » dans l'exercice de leur droit à l'autodétermination, pour tout ce qui touche leurs affaires intérieures et locales<sup>312</sup>. Cette pièce maîtresse de l'affirmation des droits des peuples autochtones à l'international, réutilisée par maintes commissions d'enquête au Canada<sup>313</sup>, fait dorénavant partie de notre droit interne canadien<sup>314</sup>.

La notion de responsabilité, quant à elle, fait appel au pouvoir de décision, impliquant la reddition de comptes à sa population<sup>315</sup>. Certaines Nations autochtones sont maintenant prêtes à assumer de plus grandes responsabilités face à leur population, car elles ont acquis une expérience précieuse dans la gestion de leurs affaires gouvernementales internes<sup>316</sup>. Le sens des responsabilités de la part des Autochtones est donc directement lié à l'exercice de leur autodétermination sur leur peuple et leur territoire.

### **3.2.2 Respect et égalité**

Par opposition à la relation hiérarchique dans l'obligation de fiduciaire, la reconnaissance de l'autonomie gouvernementale autochtone commande un certain respect par l'État colonial des pouvoirs autochtones et une égalité dans la relation. Faisant encore une fois référence au wampum

---

<sup>310</sup> P.R. 1763, préc., note 46.

<sup>311</sup> Wherrett, préc., note 202.

<sup>312</sup> DNUDPA, préc., note 265, art. 4.

<sup>313</sup> CVR, préc., note 169; CERP, préc., note 263; ENFFADA, préc., note 263.

<sup>314</sup> Loi sur la DNUDPA, préc., note 16.

<sup>315</sup> Dictionnaire Larousse, Dictionnaire de la langue française, France, en ligne : <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/responsabilité/68694>.

<sup>316</sup> *Supra*, note 237.



à deux voies et à la signature des traités<sup>317</sup>, le respect mutuel fait partie des relations plus égalitaires entre les Autochtones et les gouvernements coloniaux. En outre, le préambule de la DNUDPA commande le respect de la différence des peuples autochtones, de leurs droits intrinsèques, de leurs droits issus de traités et de leurs savoirs, cultures et pratiques traditionnelles<sup>318</sup>. La mise en œuvre de la Déclaration doit d'ailleurs se faire dans un esprit de partenariat et de respect mutuel<sup>319</sup>. L'égalité des peuples autochtones par rapport aux droits des autres peuples est également mentionnée à plusieurs reprises dans la DNUDPA<sup>320</sup>. Les dispositions de la Déclaration doivent notamment être interprétées conformément aux principes de justice, de démocratie, de respect des droits de l'homme, d'égalité, de non-discrimination, de bonne gouvernance et de bonne foi<sup>321</sup>.

### 3.2.3 Liberté, souveraineté et indépendance

Associée au pouvoir d'agir sans contrainte<sup>322</sup>, la liberté permet à un peuple de prendre ses propres décisions. En d'autres termes, il s'agit du pouvoir pour un peuple de faire ses propres choix politiques en toute liberté, ce qui est l'exercice même de l'autodétermination, qui est définie comme le libre choix du statut politique d'un pays par ses habitants<sup>323</sup>. La DNUDPA fait d'ailleurs référence au droit à l'autodétermination des peuples autochtones comme la liberté de déterminer leur statut politique et d'assurer librement leur développement économique, social et culturel<sup>324</sup>. Contrairement à l'obligation fiduciaire qui impose des limites structurantes au bénéficiaire, l'autonomie gouvernementale accorde la liberté nécessaire aux Autochtones d'agir en fonction de leurs besoins, de leurs désirs et de leurs priorités en tant que Nation.

Ensuite, la notion d'indépendance des peuples autochtones face à la Couronne ressort invariablement du concept de « souveraineté » leur permettant d'atteindre une autonomie gouvernementale. La souveraineté est ainsi définie comme le pouvoir suprême qu'exerce un État

---

<sup>317</sup> *Supra*, note 207-209.

<sup>318</sup> DNUDPA, préc., note 265, préambule.

<sup>319</sup> *Id.*

<sup>320</sup> *Id.*, art. 2 et 24 (2).

<sup>321</sup> *Id.*, art. 46 (3).

<sup>322</sup> Dictionnaire Le Robert, Dictionnaire de la langue française, Groupe Editis, en ligne : <https://dictionnaire.lerobert.com/definition/liberte>.

<sup>323</sup> Dictionnaire Larousse, Dictionnaire de la langue française, France, en ligne : <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/liberte/46994>.

<sup>324</sup> DNUDPA, préc., note 265, art. 3.

sur son territoire et ses habitants et qui n'est soumis à aucun contrôle de la part d'un autre État<sup>325</sup>. Les peuples autochtones veulent se réappropriier l'exercice de leur souveraineté depuis que les États coloniaux leur ont enlevé ou limité ce pouvoir en affirmant leur souveraineté coloniale sur le territoire de l'Amérique du Nord. Ainsi, les peuples autochtones affirment que leur droit inhérent à l'autonomie gouvernementale découle de leur statut de peuples distincts, indépendants et souverains<sup>326</sup>.

Pour sa part, l'indépendance est la non-subordination des actions d'une collectivité face à une autre sur un territoire donné et l'indépendance politique s'exprime juridiquement par la souveraineté étatique interne et internationale<sup>327</sup>. La notion d'indépendance ressort également de la définition d'autonomie, soit la « possibilité de décider, pour un organisme, un individu, sans en référer à un pouvoir central, à une hiérarchie, une autorité; indépendance »<sup>328</sup>. L'arrêt *Calder* a reconnu pour la première fois en 1973 un titre ancestral non éteint aux peuples autochtones, car ils étaient « organisés en sociétés » et occupaient le territoire depuis des siècles<sup>329</sup>. Cette forme d'organisation politique et cette indépendance sont à la base de la reconnaissance de l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones.

Même si la Cour suprême du Canada n'a jamais explicitement reconnu l'autonomie gouvernementale des Autochtones comme étant incluse à l'article 35 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, elle n'affirme pas le contraire<sup>330</sup>. C'est davantage en raison de la signature des traités historiques et modernes que la souveraineté des Autochtones sur le territoire, leur capacité à entretenir des relations internationales et leur exercice de pouvoirs gouvernementaux et diplomatiques sont reconnus<sup>331</sup>. Ces trois catégories de valeurs forment l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones. Voyons comment ces valeurs peuvent être conciliées avec celles de l'obligation fiduciaire de la Couronne à l'égard des peuples autochtones.

---

<sup>325</sup> Reid, préc., note 149.

<sup>326</sup> CRPA, préc., note 181, p. 160 et recommandation 2.3.4, p. 303.

<sup>327</sup> DICTIONNAIRE LAROUSSE, Dictionnaire de la langue française, France, en ligne : <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/ind%C3%A9pendance/42534>.

<sup>328</sup> DICTIONNAIRE LAROUSSE, Dictionnaire de la langue française, France, en ligne : <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/autonomie/6779>.

<sup>329</sup> Calder, préc., note 50, p. 328.

<sup>330</sup> Delgamuukw et Pamajewon, préc., note 15.

<sup>331</sup> CRPA, préc., note 181, p. 27 et 154.

### 3.3 Confrontation des valeurs en jeu

Afin de bien illustrer la confrontation entre l'obligation fiduciaire de la Couronne et l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones, nous commencerons par la présentation d'un tableau des valeurs détaillant cette dualité. Ensuite, nous exposerons les deux concepts juridiques sur un spectre laissant la place à plusieurs options mitoyennes, au lieu d'être strictement en confrontation. Enfin, nous démontrerons comment l'obligation fiduciaire en droit canadien peut être conciliée avec la reconnaissance et l'exercice grandissant de l'autonomie gouvernementale autochtone.

#### 3.3.1 Tableau de la confrontation des valeurs

Les valeurs et caractéristiques liées à l'obligation fiduciaire de la Couronne et l'autonomie gouvernementale des Autochtones semblent entrer en confrontation directe. Le tableau suivant démontre la confrontation des valeurs en jeu propres à ces deux concepts juridiques :

<b>Obligation fiduciaire de la Couronne</b>	<b>Autonomie gouvernementale des Autochtones</b>
Vulnérabilité, dépendance et incapacité	Autonomie, capacité et responsabilité
Contrôle, pouvoir et protection	Respect et égalité
Confiance et loyauté	Liberté, souveraineté et indépendance

Les caractéristiques de vulnérabilité, de dépendance et d'incapacité des Autochtones retrouvées dans l'obligation fiduciaire sont contraires à leur autonomie, leur capacité et leur responsabilité à agir en tant que gouvernement autochtone. Leur statut de bénéficiaire assujéti au pouvoir de la Couronne les dépouille de leur autonomie et de leur capacité à agir en tant qu'entité gouvernementale indépendante. Cette dépendance forcée en vertu de l'obligation fiduciaire est une entrave au droit des Autochtones de s'autogouverner et d'exercer leur responsabilité à l'égard de leur peuple et de leur territoire. De plus, cette présomption de vulnérabilité et d'incapacité des peuples autochtones permet aux gouvernements coloniaux d'exercer leur pouvoir et leur contrôle sur eux, dans le but, soi-disant, de les protéger.

Ce contrôle, ce pouvoir et cette protection dans le cadre de la relation fiduciaire entre la Couronne et les Autochtones entrent en conflit direct avec le respect et l'égalité que requiert

l'exercice de l'autonomie gouvernementale. Une relation hiérarchique se forge entre le fiduciaire et le bénéficiaire, contrairement à une relation empreinte d'égalité, de Nation à Nation, entre les Autochtones et la Couronne dans l'exercice de leur autodétermination. Même si le but de l'obligation fiduciaire est de protéger le bénéficiaire et d'agir dans son intérêt supérieur, il n'en demeure pas moins que le pouvoir et le contrôle exercé par le gouvernement sur les Autochtones les limitent invariablement dans l'exercice de leur propre pouvoir. L'obligation de fiduciaire est une relation inégale où la Couronne a une mainmise sur les Autochtones. À l'opposé, l'autonomie gouvernementale des Autochtones demande un respect de la Couronne envers leurs institutions politiques et l'exercice de leurs pouvoirs, permettant le développement d'une relation beaucoup plus égalitaire.

La plus grande opposition des valeurs se retrouve possiblement entre la dynamique d'inégalité, qui se trouve au cœur de la relation fiduciaire, et la souveraineté et l'indépendance dont font preuve les Autochtones dans l'autonomie gouvernementale. Comme mentionné à plusieurs occasions, l'obligation fiduciaire présuppose une relation de tuteur et de pupille entre la Couronne et les Autochtones, ces derniers étant assimilés à des enfants de la Couronne. Cette relation, que l'on peut qualifier de paternaliste, est à la base de la création du principe de l'obligation fiduciaire de la Couronne qui se perpétue encore aujourd'hui. La Couronne, en tant que figure paternelle, doit prendre soin des Autochtones et agir dans leur intérêt, avec loyauté. Pour leur part, les Autochtones sont vulnérables au contrôle de la Couronne et doivent porter toute leur confiance envers elle dans la gestion des affaires sur lesquelles elle exerce un pouvoir discrétionnaire. L'autonomie gouvernementale des peuples autochtones permet de sortir de ce paradigme hiérarchique et paternaliste pour leur permettre d'exercer toute la liberté, la souveraineté et l'indépendance qu'une Nation devrait avoir sur son territoire et sur son peuple. L'exercice de leur autonomie permettrait l'établissement d'une véritable relation de Nation à Nation et non plus de tuteur et à pupille.

### **3.3.2 Spectre de l'obligation fiduciaire et de l'autonomie gouvernementale**

Malgré cette opposition flagrante des valeurs entre l'obligation fiduciaire de la Couronne et l'autonomie gouvernementale des Autochtones, nous proposons de visualiser un spectre où les concepts se retrouveraient chacun à un extrême, avec des entre-deux possibles. Nous pouvons illustrer ce spectre de la manière suivante :



L'obligation de fiduciaire a toujours côtoyé, à travers les époques, l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones. Par le regard historique porté sur l'évolution des concepts détaillés précédemment, nous avons pu constater que les valeurs sous-jacentes ont oscillé entre une reconnaissance de l'indépendance des Nations autochtones, c'est-à-dire une autonomie gouvernementale forte, et une relation de domination et de paternalisme envers les peuples autochtones, se rapprochant de l'obligation fiduciaire de la Couronne. Plus les Autochtones se rapprochent de l'autonomie gouvernementale, plus ils s'éloignent de la nécessité du devoir de fiduciaire de la Couronne de protéger leurs droits et d'agir dans leur intérêt. Le spectre illustre également l'aspect évolutif des valeurs en jeu où le paternalisme lié à l'obligation de fiduciaire peut faire place au respect de la Couronne envers les Autochtones et à l'égalité entre les Nations, à mesure que l'on tend vers l'autonomie gouvernementale. Il est donc tout à fait possible que les Autochtones exercent une certaine forme d'autonomie, en même temps que la Couronne possède une obligation de fiduciaire envers eux.

Ces principes ne seraient donc pas strictement inconciliables. Il y a plutôt un fragile équilibre entre le devoir de protection de la Couronne envers les Autochtones et le devoir de respecter leur droit à l'autodétermination dans l'exercice de leur indépendance et de leur autorité sur leurs terres. En se basant sur la logique du spectre, l'obligation de fiduciaire devra persister tant que l'autonomie gouvernementale ne sera pas complètement atteinte. En définitive, l'obligation fiduciaire de la Couronne n'est donc pas un obstacle à l'autonomie gouvernementale des Autochtones. C'est plutôt une des phases du processus menant vers une pleine autonomie des peuples autochtones, tout en respectant leur rythme.

### **3.3.3 Conciliation des valeurs**

Afin de démontrer que les valeurs de l'obligation fiduciaire et celles de l'autonomie gouvernementale des Autochtones sont conciliables, revenons à la base du *trust*, puis de son dérivé, l'obligation de fiduciaire. La jurisprudence a reconnu que la raison d'être d'une relation de fiduciaire est la protection des bénéficiaires dans une situation où ils sont incapables de se protéger

eux-mêmes, en raison de leur vulnérabilité et par la nature même de la relation<sup>332</sup>. La vulnérabilité du bénéficiaire, allant même jusqu'à une situation de dépendance, crée l'obligation pour le fiduciaire de le protéger. Le but premier de l'obligation de fiduciaire est donc de protéger les droits du bénéficiaire.

Comme nous le savons, cette obligation de fiduciaire a été importée par *Guerin* dans le contexte autochtone réitérant le devoir de protection de la Couronne envers eux<sup>333</sup>. Cette obligation fiduciaire dite *sui generis* envers les Autochtones somme la Couronne de se conformer aux normes de conduite les plus strictes afin de protéger leurs intérêts<sup>334</sup>. L'arrêt *Sparrow* a même établi que l'obligation de fiduciaire, reconnue et confirmée par la Constitution, implique une certaine restriction à l'exercice du pouvoir souverain de la Couronne<sup>335</sup>.

Les peuples autochtones, en tant que bénéficiaires de la Couronne, possèdent le droit inhérent et constitutionnellement protégé à l'autonomie gouvernementale. La Couronne, en tant que fiduciaire, devrait ainsi limiter son pouvoir discrétionnaire dans l'exercice de son obligation de fiduciaire pour protéger ce droit à l'autonomie gouvernementale des Autochtones, reconnu et confirmé par la Constitution canadienne<sup>336</sup>. L'obligation fiduciaire de la Couronne ne serait donc pas un frein à l'autonomie gouvernementale. Au contraire, cette obligation aurait pour but de protéger l'autonomie gouvernementale des Autochtones. L'obligation fiduciaire de la Couronne entrerait donc en jeu pour venir pallier la perte d'autonomie des peuples autochtones et les accompagner afin qu'ils puissent l'atteindre pleinement. Rappelons que le but d'un *trust* et de son corollaire, l'obligation de fiduciaire, est justement d'agir pour l'avantage unique du bénéficiaire, en l'occurrence, les Premières Nations, les Inuit et les Métis au Canada. La Couronne devrait donc agir dans leur intérêt supérieur et utiliser l'obligation de fiduciaire pour faire respecter leur droit constitutionnel à l'autonomie gouvernementale. Cette thèse a d'ailleurs été confirmée par plusieurs auteurs, autant canadiens qu'américains, qui utilisent l'obligation fiduciaire de la Couronne pour réaliser pleinement le droit à l'autodétermination des peuples autochtones<sup>337</sup>. Conséquemment,

---

<sup>332</sup> Hodgkinson, préc., note 43.

<sup>333</sup> P.R. 1763, préc., note 46 : « qui vivent sous Notre protection »; Guerin, préc., note 4, p. 383.

<sup>334</sup> Guerin, préc., note 4, p. 385 et 387.

<sup>335</sup> Sparrow, préc., note 101, p. 1109.

<sup>336</sup> Référence à la reconnaissance politique et législative, et non jurisprudentielle, de l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones : *supra*, chapitre 2.

<sup>337</sup> Slaterry, préc., note 116, p. 275 : « Whereas both the private law of guardianship and the international trusteeship system assume the incapacity of individuals and nations to manage their own affairs, the Crown's fiduciary relationship with First Nations presupposes the inherent capacity of the latter to govern themselves. Further, it entails a duty to

cette fiducie constitutionnelle de la Couronne servirait à protéger l'autonomie gouvernementale des Autochtones laquelle est visée par l'article 35 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

En résumé, en utilisant les valeurs et caractéristiques propres à chacun des principes juridiques, nous concluons que l'obligation fiduciaire n'est pas un frein à l'autonomie gouvernementale autochtone. Bien au contraire, nous avons plutôt démontré que l'obligation fiduciaire peut aider à protéger et atteindre l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones. Tout d'abord, visualiser l'autonomie et l'obligation fiduciaire sur un spectre a permis de conclure qu'il n'y a pas de ferme opposition entre ces deux concepts et qu'ils sont en fait conciliables. En effet, l'évolution historique de ces principes juridiques, constatée par l'étude de la jurisprudence, de la politique et des lois a relevé que même s'ils étaient jadis aux antipodes, ils se situent aujourd'hui au centre du spectre, vers le développement d'une autonomie gouvernementale des Autochtones. Ce positionnement permet aux Autochtones de conserver leur rôle de bénéficiaire face à la Couronne qui a l'obligation de continuer à protéger leurs droits jusqu'à leur pleine émancipation. Par ailleurs, l'inhérence de l'autonomie gouvernementale des Autochtones renforce l'idée que la Couronne, par son obligation fiduciaire, ne peut pas lui porter atteinte sans justification. Ce droit à l'autodétermination, intrinsèquement lié aux peuples autochtones et n'ayant jamais été cédé, ne peut donc pas être empêché par les devoirs fiduciaires de la Couronne envers eux.

Finalement, l'obligation fiduciaire de la Couronne permet de protéger le droit constitutionnel de l'autonomie gouvernementale des Autochtones. L'étude du *trust* et du devoir fiduciaire a permis de relever que les intérêts des bénéficiaires sont supérieurs et doivent être protégés. Une des fonctions de l'obligation fiduciaire de la Couronne serait donc de permettre aux

---

respect and protect native powers of self-government within Canada. »; Lafontaine, préc., note 5, p. 739 : « [...] le devoir de fiduciaire a précisément comme but ultime la protection de l'autonomie gouvernementale. Ainsi, la raison d'être de l'obligation de fiduciaire serait tout particulièrement de veiller au respect de l'autonomie autochtone. »; Clark, préc., note 65, p. 184; McMurtry & Pratt, préc., note 71, p. 32 : « It is in our view possible, even inevitable, to extend the fiduciary concept to the political sphere, to a recognition that the federal Crown holds attributes of Indian nations' sovereignty in trust »; ANONYME, *Rethinking the Trust Doctrine in Federal Indian Law*, (1984) 98 Harv. L. Rev. 422, p. 429 : « The most just and sensible interpretation of the trust doctrine would require the U.S. as the Indians tribes' trustee, to afford the tribes enough political autonomy to enable them to chart their own economic, social and cultural development. »; D.C. NAHWEGAHBOW et al., *The First Nations and the Crown: A Study of Trust Relationships*, Prepared in Fulfillment of a Research Contract for the Special Committee of the House of Commons on Indian Self-Government, Ottawa, avril 1983, p. 327 : « Self-government may be the most basic goal of the trust relationship. And, approached as the goal, though not as a subject of the trust relationship, may provide an understanding of Indian self-government not readily available from any other vantage point. »

Autochtones d'atteindre l'autonomie gouvernementale. Nous pouvons ainsi conclure que l'autonomie gouvernementale autochtone bénéficie de la protection véhiculée par le devoir de fiduciaire de la Couronne, tous deux étant des droits constitutionnels. En définitive, une réconciliation de ces principes n'est pas seulement envisageable, elle est souhaitable.



## CONCLUSION

L'obligation fiduciaire de la Couronne est un concept juridique qui l'oblige à protéger les droits et les intérêts des peuples autochtones, tout en les conciliant avec les intérêts de l'ensemble de la société. Pour sa part, l'autonomie gouvernementale est un concept juridique qui est inhérent aux peuples autochtones, mais qui a été grandement limité à travers les époques par les politiques coloniales, pour enfin arriver à sa reconnaissance de nos jours. Ces deux doctrines juridiques semblent s'opposer sur la base de leurs valeurs et de leurs caractéristiques intrinsèques qui, selon notre étude, sont en fait conciliables.

Le chapitre 1 a servi à définir les origines du concept de l'obligation fiduciaire applicable au contexte autochtone. Les sources de l'obligation fiduciaire ont ensuite été soulevées par la Proclamation royale de 1763, les jugements américains du 19<sup>e</sup> siècle et les lois canadiennes du 19<sup>e</sup> et du 20<sup>e</sup> siècles. Enfin, l'évolution jurisprudentielle du concept, de l'arrêt *Guerin* en 1984 à l'arrêt *Southwind* en 2021, a permis de relever les valeurs et caractéristiques de la relation de fiduciaire entre la Couronne et les peuples autochtones. La vulnérabilité, la dépendance et l'incapacité sont quelques-unes des caractéristiques présumées des bénéficiaires autochtones face à la Couronne. Ensuite, le contrôle, le pouvoir et la protection exercés par la Couronne sur les Autochtones sont des valeurs qui ressortent du rôle joué par le fiduciaire dans cette relation *sui generis*. Enfin, le bénéficiaire doit avoir confiance envers le fiduciaire et, inversement, le fiduciaire doit être loyal envers le bénéficiaire afin de respecter l'obligation fiduciaire de la Couronne envers les peuples autochtones.

Ensuite, le concept de l'autonomie gouvernementale des Autochtones a été défini dans le chapitre 2, autant dans une perspective gouvernementale qu'autochtone. Les sources de la reconnaissance de l'autonomie gouvernementale sont similaires à celles de l'obligation fiduciaire : la Proclamation royale de 1763, les traités historiques et modernes conclus entre les gouvernements coloniaux et les peuples autochtones et la jurisprudence américaine et canadienne des 19<sup>e</sup> et 20<sup>e</sup> siècles. Pour terminer ce chapitre, le cheminement politique, jurisprudentiel et législatif de la reconnaissance étatique de l'autonomie gouvernementale autochtone a permis de relever les valeurs propres à l'exercice de ce droit. En effet, l'autonomie, les capacités et la responsabilité sont des valeurs propres aux peuples autochtones dans l'exercice de leur autodétermination. Subséquemment, le respect et l'égalité ressortent de la relation entre la Couronne et les

Autochtones lorsqu'ils se voient reconnaître leur droit inhérent à l'autonomie gouvernementale. Pour terminer, les valeurs de liberté, de souveraineté et d'indépendance sont intrinsèques à l'exercice de cette autonomie gouvernementale autochtone.

En définitive, les deux chapitres précédents ont servi à définir les valeurs de l'obligation fiduciaire de la Couronne, les caractéristiques propres au fiduciaire et au bénéficiaire et celles de l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones. Dans un dernier chapitre, nous avons confronté ces valeurs et caractéristiques dans un tableau comparatif, pour ensuite les illustrer dans un spectre les opposant avec plusieurs options mitoyennes. La présomption de vulnérabilité, de dépendance et d'incapacité des Autochtones dans l'obligation fiduciaire se confronte à l'autonomie, à la capacité et au sens des responsabilités des Autochtones dans la mise en œuvre de leur autonomie gouvernementale. Le contrôle, le pouvoir et la protection qu'exerce la Couronne sur les Autochtones dans cette relation hiérarchique empreinte de paternalisme qu'est la relation de fiduciaire s'oppose au respect mutuel et à l'égalité dont doit faire preuve la Couronne à l'égard de l'exercice du droit inhérent à l'autodétermination des peuples autochtones. Finalement, la confiance que le bénéficiaire autochtone doit avoir envers la Couronne et la loyauté que le fiduciaire doit lui porter entrent en contradiction avec la liberté, la souveraineté et l'indépendance des peuples autochtones dans l'exercice de leur autonomie gouvernementale.

Même si les valeurs de ces concepts sont opposées, elles ont toujours cohabité dans notre droit interne canadien pouvant se situer à mi-chemin sur un spectre. En revenant au fondement de l'obligation de fiduciaire, en vertu de laquelle il doit agir dans l'intérêt supérieur du bénéficiaire, nous pouvons conclure à la conciliation de ce principe avec l'autodétermination des peuples autochtones. Autrement dit, les Autochtones peuvent être libres et égaux face à la Couronne tout en bénéficiant d'une protection constitutionnelle par l'obligation de fiduciaire. L'obligation fiduciaire de la Couronne devrait exister jusqu'à ce que les Autochtones deviennent pleinement autonomes face aux lois coloniales, tout en respectant leur souveraineté partagée<sup>338</sup>.

Le concept de l'obligation de fiduciaire de la Couronne envers les Autochtones, créé en 1984, demeure donc encore pertinent de nos jours, comme le prouve l'arrêt *Southwind* en 2021.

---

<sup>338</sup> CRPA, préc., note 181, p. 266 : « La souveraineté partagée est, à notre avis, une caractéristique de la fédération canadienne et un élément clé des rapports triangulaires qui lient les gouvernements autochtones, les gouvernements provinciaux et le gouvernement fédéral. Chacun d'eux est souverain à l'intérieur de sa propre sphère et détient ses pouvoirs en vertu de son statut constitutionnel et non par délégation. Néanmoins, dans la pratique, nombre de ces pouvoirs sont partagés et peuvent être exercés par plus d'un ordre de gouvernement. »

Les concepts juridiques découlant des fiducies sont donc flexibles et évolutifs dans notre droit interne canadien. Un autre outil intéressant dérivant du droit des fiducies que les peuples autochtones pourraient utiliser à leur avantage est la fiducie d'utilité sociale. Issue de la tradition civiliste, contrairement à l'obligation fiduciaire qui découle de la *common law*, la fiducie d'utilité sociale est constituée « dans un but d'intérêt général, notamment à caractère culturel, éducatif, philanthropique, religieux ou scientifique »<sup>339</sup>. La conservation du territoire fait partie des domaines reconnus de la constitution d'une fiducie d'utilité sociale<sup>340</sup>. Les Nations autochtones pourraient alors utiliser la fiducie d'utilité sociale comme outil d'autodétermination pour gérer et protéger à perpétuité une partie définie de leur territoire ancestral. En effet, nous pourrions imaginer une situation où un Conseil de bande deviendrait le constituant de cette fiducie, le fiduciaire pourrait être un organisme de conservation et le bénéficiaire pourrait être l'ensemble des membres de la communauté autochtone visée. Cette création d'une fiducie d'utilité sociale par les Nations autochtones permettrait de protéger l'exercice de leurs droits ancestraux sur le territoire visé afin de protéger et d'exercer leur culture et leurs traditions intimement rattachées à la Terre-Mère<sup>341</sup>.

L'utilisation du droit des fiducies par les Autochtones permettrait de mettre en œuvre concrètement leur droit inhérent à l'autodétermination. Nous terminerons par la citation d'un aîné autochtone qui résume bien la pensée derrière la protection du territoire pour les générations futures :

« Brothers and Sisters the natural law is the final and absolute authority governing 'Etinohah' the earth we call our mother... We are nourished by our mother the earth from whom all life springs. We must understand our dependence on her and protect her with our love, respect and ceremonies. The faces of our future generations are looking up to us from the earth; and we step with great care not to disturb our grandchildren... The natural law says that the earth belongs to our children seven generations into the future and we are the caretakers who must understand, respect and protect 'Etinohah' for all life. »<sup>342</sup>

---

<sup>339</sup> Art. 1270 C.c.Q.

<sup>340</sup> Marie-Anne MARCHAND, *Synthèse des connaissances – Les fiducies d'utilité sociale*, Montréal, Territoires innovants en économie sociale et solidaire (TIESS), dépôt légal : Bibliothèques et Archives nationales du Québec, décembre 2019.

<sup>341</sup> Françoise MORIN, *Les droits de la Terre-Mère et le bien vivre, ou les apports des peuples autochtones face à la détérioration de la planète*, Revue de Mauss, 2013, Vol. 2, n° 42, 321-338.

<sup>342</sup> Aînés autochtones réunis dans le pays de Navajo en 1982, cité dans O. LYONS, *Traditional Native Philosophies Relating to Aboriginal Rights*, in M. BOLDT and J. A. LONG (eds.), « The Quest for Justice: Aboriginal Peoples and Aboriginal Rights » (1985), p. 21.

## **BIBLIOGRAPHIE**

### **Législation et réglementation**

#### **Textes constitutionnels**

*Proclamation royale de 1763*, reproduite dans L.R.C. 1985, ann. II, n°1

*Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Victoria, c. 3 (R-U)

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

#### **Lois fédérales**

*Acte pour mieux protéger les terres et les propriétés de sauvages dans le Bas-Canada*, L.C. 1850, c. XLII

*Acte pour mettre à part certaines étendues de terre pour l'usage de certaines tribus de Sauvages dans le Bas-Canada*, L.C. 1851, 14-15 Victoria, c. 106

*Acte pour encourager la Civilisation graduelle des Tribus Sauvages en cette Province, et pour amender les Lois relatives aux Sauvages*, L.C. 1857, c. XXVI

*Acte pourvoyant à l'émancipation graduelle des Sauvages, à la meilleure administration des affaires des Sauvages et à l'extension des dispositions de l'acte trente-et-un Victoria*, chapitre quarante-deux, L.C. 1869, c.6

*Acte pour amender et refondre les lois concernant les Sauvages*, L.C. 1876, c. 18

*Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1952, c. 149

*Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, c. I-5

*Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis*, L.C. 2019, c. 24

*Loi sur la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, L.R.C., 2021, c. 14

#### **Lois provinciales**

*Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64

*Loi sur l'Administration régionale crie*, RLRQ, c. A-6.1 (abrogée)

*Loi sur la Société Makivik*, RLRQ, c. S-18.1

*Loi sur les villages nordiques et l'Administration régionale Kativik*, RLRQ, c. V-6.1

*Loi sur le Gouvernement de la nation crie*, RLRQ, c. G-1.031

#### **Projets de lois**

CHAMBRE DES COMMUNES DU CANADA, *Projet de loi C-569, Loi assurant la compatibilité des lois fédérales avec la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, 39<sup>e</sup> législature, 2<sup>e</sup> session, dépôt et première lecture le 18 juin 2008

CHAMBRE DES COMMUNES DU CANADA, Projet de loi C-328, *Loi assurant la compatibilité des lois fédérales avec la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, 40<sup>e</sup> législature, 2<sup>e</sup> session, Dépôt et première lecture le 26 février 2009

CHAMBRE DES COMMUNES DU CANADA, Projet de loi C-469 - *Loi assurant la compatibilité des lois fédérales avec la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, 1<sup>ère</sup> session, 41<sup>e</sup> législature, 60-61 Elizabeth II, 2011-2012-2013, première lecture 28 janvier 2013

CHAMBRE DES COMMUNES DU CANADA, Projet de loi C-262 - *Loi visant à assurer l'harmonie des lois fédérales avec la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, 42<sup>e</sup> législature, 1<sup>re</sup> session, Présentation du rapport de comité le 11 juin 2019 (sénat)

CHAMBRE DES COMMUNES DU CANADA, Projet de loi C-15 - *Loi concernant la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, Deuxième session, quarante-troisième législature, 69 Elizabeth II, 2020, première lecture le 3 décembre 2020.

LEGISLATIVE ASSEMBLY OF BRITISH COLUMBIA, *Bill 41 - 2019: Declaration on the Rights of Indigenous Peoples Act*, 4<sup>th</sup> Session, 41<sup>st</sup> Parliament

SÉNAT DU CANADA, *Loi relative à la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* – C-262, Deuxième lecture, Détails du vote, 42<sup>e</sup> législature, 1<sup>ère</sup> session, 9 avril 2019.

## **Jurisprudence**

### **Québécoise**

*Bande d'Eastmain c. Gilpin*, [1987] R.J.Q. 1637 (C.S.P.).

### **Canadienne**

*Alberta c. Elder Advocates of Alberta Society*, [2011] 2 R.C.S. 261

*Apsassin c. Canada*, [1988] 3 C.F. 20

*Attorney-General for Ontario v. Bear Island Foundation et al. Potts et al.*, 49 O.R. (2d) 353 (ON SC)

*Bande indienne Wewaykum c. Canada*, [2002] 4 R.C.S. 245

*Beckman c. Première nation Little Salmon/Carmacks*, [2010] 3 R.C.S. 103

*Calder et al. c. Procureur Général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313

*Canson Enterprises Ltd c. Boughton & Co*, [1991] 3 R.C.S. 534

*Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, [2017] 1 R.C.S. 1069

*Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [2016] 1 R.C.S. 99

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

*Delgamuukw v. British Columbia*, [1991] 3 W.W.R. 97 (BC SC)

*Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99

*Girardet c. Crease & Co* (1987) 11 B.C.L.R. (2d) 361

*Guerin c. Canada*, [1982] 2 C.F. 385

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

*Hawrelak c. Ville d'Edmonton*, [1976] 1 R.C.S. 387  
*Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377  
*Kruger c. La Reine*, [1986] 1 C.F. 3  
*Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574  
*Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, [2013] 1 R.C.S. 623  
*McInerney c. MacDonald*, [1992] 2 R.C.S. 138  
*Mikisew Cree First Nation c. Canada (Gouverneur général en conseil)*, [2018] 2 R.C.S. 765  
*Musqueam Indian Band c. Musqueam Indian Band (Board of Review)*, [2016] 2 R.C.S. 3  
*Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511  
*Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, [2014] 2 R.C.S. 256  
*Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226  
*Ontario (Procureur général) c. Bear Island Foundation*, [1991] 2 R.C.S. 570  
*Première Nation d'Akisq'nuk c. Sa Majesté la Reine du chef du Canada*, 2016 T.R.P.C. 3  
*Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, [2004] 3 R.C.S. 550  
*R v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139  
*R. v. Guerin*, (1982) 143 D.L.R. (3d) 416 (C.A.F.)  
*R. c. Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821  
*R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075.  
*R c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507  
*R. c. Vincent*, 1993 CanLII 8528 (ON CA)  
*Reference as to whether "Indians" includes in s. 91 (24) of the B.N.A. Act includes Eskimo in habitants of the Province of Quebec*, [1939] S.C.R. 104  
*Sheldon c. Ramsay*, (1852) 9 U.C.R. 105 (B.R.)  
*Southwind c. Canada*, 2021 C.S.C. 28  
*St. Catharines Milling and Lumber Co. v. R.*, (1887) 13 S.C.R. 577  
*St. Ann's Island Shooting And Fishing Club v. The King*, [1950] S.C.R. 211  
*Terre-Neuve-et-Labrador (Procureur général) c. Uashaunnuat (Innus de Uashat et de Mani-Utenam)*, 2020 C.S.C. 4  
*Williams Lake Indian Band c. Canada (Affaires autochtones et du Développement du Nord)*, [2018] 1 R.C.S. 83.

### **Internationale**

*Cherokee Nation v. State of Georgia*, 30 U.S. (5 Peters) 1 (1831)

*Johnson and Graham's lessee v. M'Intosh*, 21 U.S. (8 Wheaton) 543 (1823)  
*Kinloch v. Secretary of State for India in Council* (1882), 7 App. Cas. 619 (H.L.)  
*Proprietors of Wakatū v. Attorney-General*, [2017] N.Z.S.C. 17  
*Tito v. Waddell* (No 2), [1977] 3 All ER 129 (Ch)  
*United States v. Kagama*, 118 U.S. 375 (1886)  
*Worcester v. State of Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832)

## **Doctrine**

### **Monographies et ouvrages collectifs**

ABLEY, M., *Conversations with a dead man: The legacy of Duncan Campbell Scott*, Madeira Park, BC: Douglas & McIntyre, 2013

BEAULNE, J., *Droit des fiducies*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2015

BODIN, J., *Les six livres de la République*, Fayard, Corpus des œuvres de philosophie de langue française, vol. 6, 1986 (reproduction de l'édition de Lyon de 1593)

CARTER, S., *Aboriginal People and Colonizers of Western Canada to 1900*, Toronto, University of Toronto Press, 1999

CARDINAL, H., *La tragédie des Indiens du Canada*, 1970, Montréal, Québec : Éditions du Jour

DE VATTEL, E., « Le droit de gens ou principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains » (1758), dans BROWN SCOTT J., (Washington, 1916), vol. 3, p. 37–38, cité dans PAGDEN, *Lords of All the World*

DICKSON, J. D., *The honour and dishonour of the Crown: making sense of Aboriginal law in Canada*, Purich Publishing Ltd., 2015

ELLIOTT, B. J. and B. A. MANN, eds, « Wampum », 2000, in JOHANSEN, B., & MANN, B. (Eds.), *Encyclopedia of the Haudenosaunee (Iroquois Confederacy)*, pp. 325-337, London: Greenwood Press

FINN, P.D., *Fiduciary Obligations*, Sydney, Law Book Co., 1977

FINN, P.D., « The Fiduciary Principle », dans T.G. YODAN, dir., *Equity, Fiduciaries and Trusts* (1989)

GERVAIS, S., M. PAPILLON et A. BEAULIEU, *Les Autochtones et le Québec : Des premiers contact au Plan Nord*, Les Presses de l'Université de Montréal, 2013

GILLEN, M. R. and F. WOODMAN, *The Law of Trusts: A Contextual Approach*, 3<sup>rd</sup> ed., Toronto, 2015, Emond Montgomery

GREER, A., *Property and Dispossession: Natives, Empires and Land in Early Modern North America*, New York, Cambridge University Press, 2018

KEETON, G.W. and L.A. SHERIDAN, *The Law of Trusts*, 12<sup>th</sup> edition, London, Barry Rose Law Publishers Ltd, 1993

LAW COMMISSION OF CANADA AND ASSOCIATION OF IROQUOIS AND ALLIED INDIANS, eds., *In Whom We Trust: A Forum on Fiduciary Relationships*, Toronto: Irwin Law, 2002

LOCKE, J., *The Second Treatise on Government and A Letter Concerning Toleration*, Mineola, Dover Publications, 2002

MCNEIL, K., « Fiduciary Obligations and Aboriginal Peoples », c.16, Osgoode Hall Law School of York University, in Jeffrey Bruce BERRYMAN, Mark R. GILLEN and Faye WOODMAN, eds., *The Laws of Trusts: A Conceptual Approach*, 2<sup>nd</sup> ed., Toronto, Emond Montgomery, 2008

MCNEIL, K., « Fiduciary Obligations and Federal Responsibility for the Aboriginal Peoples » in *Emerging Justice? Essays on Indigenous Rights in Canada and Australia*, Saskatoon, University of Saskatchewan Native Law Centre, 2001.

REYNOLDS, J.I. et L.F. HARVEY, « The Fiduciary Obligation of the United States and Canadian Governments Towards Indian Peoples », dans G. Allen (dir.), *Indians and the Law II*, Vancouver, The Continuing Legal Education, Society of British Columbia, 1985, p. 1.1.01

SAWAYA, J.-P., *Alliance et dépendance : comment la Couronne britannique a obtenu la collaboration des Indiens de la vallée de Saint-Laurent entre 1760 et 1774*, Québec, Éditions du Septentrion, 2002, 203 p

VENNE, S., « Understanding Treaty 6: An Indigenous Perspective », dans Michael ASCH, éd., *Aboriginal and Treaty Rights in Canada: Essays on Law, Equality and Respect for Difference*, Vancouver, UBC Press, 1997

WATERS, D., M. GILLEN and L. SMITH, *Waters' Law of Trusts in Canada*, 4<sup>th</sup> ed., Toronto, Carswell, 2012

WALTERS, M. D., « The Aboriginal Charter of Rights: The Royal Proclamation of 1763 and the Constitution of Canada », dans Terry Fenge et Jim ALDRIDGE (dir.), *Keeping Promises. The Royal Proclamation of 1763, Aboriginal Rights, and Treaties in Canada*, Montréal & Kingston, McGill-Queen's University Press, 2015

#### **Articles de revue et études d'ouvrages collectifs**

ANN DONOHUE, M., *Aboriginal Land Rights in Canada: A Historical Perspective on the Fiduciary Relationship* (1990) 15 *American Indian Law Review* 369-89

ANONYME, *Rethinking the Trust Doctrine in Federal Indian Law*, (1984) 98 *Harv. L. Rev.* 422

ASCH, M. and P. MACKLEM, *Aboriginal Rights and Canadian Sovereignty: An Essay on R v. Sparrow*, (1991) 29 *Atla L Rev* 498-517

BARTLETT, R., *You Can't Trust the Crown: The Fiduciary Obligation of the Crown to the Indians: Guerin v. The Queen*, (1985) 49 *Sask. L. Rev.* 367

BARTLETT, R., *The Fiduciary Obligation of the Crown to the Indians*, (1989) 53 *Sask. L. Rev.* 301

BERGEL, J.-L., *Méthodologie juridique*, Paris, PUF, 2001

BINNIE, W.I.C., *The Sparrow Doctrine: Beginning of the End or End of the Beginning?*, (1990) 15 *Queen's L.J.* 217-53

BOIVIN, R., *À qui appartient l'obligation de fiduciaire à l'égard des autochtones?*, (1994) *Les Cahiers de droit*, vol. 35, n° 1, 3-22



- BORROWS, J., *The Durability of Terra Nullius: Tsilhqot'in Nation v British Columbia*, University of British Columbia Law Review, (2015) 48 UBC L Rev 701 – 742
- BORROWS, J., *Wampum at Niagara: The Royal Proclamation, Canadian Legal History, and Self-Government*, University Simon Fraser, Burnaby, 6, 170-172
- CAMERON, C. M., P. KELTON et A. C. SWEDLUND, *Beyond germs: Native depopulation in North America*, 2016, University of Arizona Press
- CARENS, J. H., *La citoyenneté et l'autonomie gouvernementale des autochtones*, Document préparé dans le cadre du Programme de recherche de la Commission royale sur les peuples autochtones, Université de Toronto, Janvier 1995
- CLARK, B., *Native Liberty, Crown Sovereignty - The Existing Aboriginal Right of Self-Government in Canada*, Montreal, McGill/ Queen's University Press, 1990
- CHEVALIER, J., *La gouvernance, un nouveau paradigme étatique?*, Revue française d'administration publique, 2003/1, n°105-106, 203-217
- DAVIES, W. and R. L. CLOW, *American Indian Sovereignty and Law: An Annotated Bibliography*, (2009), Native American bibliography series, n° 29, Lanham, Scarecrow Press
- DELMAS-MARTY, M., *Vers une Communauté de valeurs?*, Paris, Seuil, 2011
- ÉMOND, A., *Le sable dans l'engrenage du droit inhérent des autochtones à l'autonomie gouvernementale*, Revue juridique Thémis, 30-1, 1996, 89-112
- EMOND, D. P., *Case Comment: Guerin v. The Queen* (1986) 20 Estates and Trusts Reports 61-97
- FITZMAURICE, A., *The Genealogy of Terra Nullius*, Australian Historical Studies, 129, 2007, 1-15
- FLANNIGAN, R., *Fact-Based Fiduciary Accountability in Canada*, Advocates' Quarterly, vol. 36, 431-456, 2010
- GAILLOUX, C., *Développement des droits ancestraux autochtones au Canada et de leurs revendications territoriales*, VertigO - la revue électronique en sciences de l'environnement [Online], Lectures, 2014
- GILLES D. et S. LABAYLE, *L'irrédentisme des valeurs dans le droit : la quête du fondement axiologique*, (2012) 42 R.D.U.S. 310-316
- GRAMMOND, S., *L'identité autochtone saisie par le droit*, Lex Electronica, 15 (1), Université de Montréal, 2008, 285-330
- GRAMMOND S., *La protection constitutionnelle des droits ancestraux des peuples autochtones et l'arrêt Sparrow*, 1991 36-4 Revue de droit de McGill 1382
- GREER, A., *Le traité de cession : les origines historiques d'un instrument de dépossession britannique*, Histoire Engagée, traduction de Fannie Dionne, 13 septembre 2018
- GRENON, A., *La fiducie canadienne issue de la common law - le droit comparé peut-il favoriser son évolution?*, Revue de droit d'Ottawa, 40<sup>e</sup> anniversaire, 2006
- HUGHES, C., *The Fiduciary Obligations of the Crown to Aborigines: Lessons from the United States and Canada* (1993) 16 University of New South Wales Law Journal 70- 96

- HURLEY, J., *The Crown's Fiduciary Duty and Indian Title: Guerin v. The Queen*, (1985) 30 McGill Law Journal 559-602
- HURLEY, M. C., *Le rapport de fiduciaire entre la Couronne et les peuples autochtones*, Division du droit et du gouvernement, 10 août 2000, révisé le 18 décembre 2002.
- JOHNSTON, D. M., *A Theory of Crown Trust Towards Aboriginal Peoples*, (1986) R.D. Ottawa 307, 309
- JONES, C., *Analysis: Proprietors of Wakatū and Others v Attorney-General [2017] NZSC 17*, Blog of the IACL-AIDC, 13 mai 2017, Victoria University, Wellington
- LAFONTAINE, A., *La coexistence de l'obligation de fiduciaire de la Couronne et du droit à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones*, (1995) Les Cahiers de droit 36(3), 669-744
- LESLIE, J., *La Loi sur les Indiens : perspective historique*, Revue parlementaire canadienne, 2002 CanLiiDocs236, 23-27
- LYONS. O., *Traditional Native Philosophies Relating to Aboriginal Rights*, in M. BOLDT and J. A. LONG (eds.), « The Quest for Justice: Aboriginal Peoples and Aboriginal Rights » (1985)
- MILLER, J.R., *The Royal Proclamation – “the Indians’ Magna Carta”?*, Septembre 2013, Active History
- MCMURTRY, W. and A. PRATT, *Indians and the Fiduciary Concept, Self-Government and the Constitution: Guerin in Perspective*, [1986] 3 C.N.L.R. 19-46
- MORIN, F., *Les droits de la Terre-Mère et le bien vivre, ou les apports des peuples autochtones face à la détérioration de la planète*, Revue de Mauss, 2013, Vol. 2, n° 42, 321-338
- NAHWEGAHBOW, D.C. et al., *The First Nations and the Crown: A Study of Trust Relationships*, Prepared in Fulfillment of a Research Contract for the Special Committee of the House of Commons on Indian Self-Government, Ottawa, avril 1983
- OTIS, G., *Les sources des droits ancestraux des peuples autochtones*, (1999) 40 Cahier de droit 591
- OWEN, D. P., *Fiduciary Obligations and Aboriginal Peoples: Devolution in Action* (1994) 3 Canadian Native Law Reporter 1-24
- PANNEKOEK, F., *Le commerce des fourrures et la société de l'ouest canadien 1670-1870*, La société historique du Canada – Brochure historique no. 43, Ottawa, 1987
- PENNER, J.E., *Purposes and Rights in the Common Law of Trusts*, (2014), Montréal, 48 R.J.T.U.M. 579
- REYNOLDS, J. I., *A Breach of Duty: Fiduciary Obligations and Aboriginal Peoples*, Saskatoon: Purich Publishing, 2005
- ROCHER, F. et G. BOISMENU, *L'accord du lac Meech et le système politique canadien*, Société québécoise de science politique, 1989, n°16, 59-86
- ROTMAN, L. I., *Parallel Paths: Fiduciary Doctrine and the Crown-Native Relationship in Canada*, Toronto: University of Toronto Press, 1996
- SLATTERY, B., *First Nations and the Constitution: A Question of Trust*, (1992) Canadian Bar Review 71(2), 261-293

TOOLE, C., *Fiduciary Law and the Constructive Trust: Perfecting the Fiduciary Undertaking*, (2012) *Alberta Law Review* 49(3), 655

TRUDEL, P., *La crise d'Oka de 1990 : retour sur les événements du 11 juillet*, (2009) *Recherches amérindiennes au Québec* 39 (1-2), 129–135

WATSON, B. A., *The Impact of the American Doctrine of Discovery on Native Land Rights in Australia, Canada, and New Zealand*, *Seattle University Law Review*, 2011, vol. 34, 507-551

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

WILLIAMS, P., *Reading Wampum Belts as living Symbols*, 1990, 7(1), *Northeast Indian Quarterly* 31

### **Documents ou rapports d'organismes publics**

ACCORD DU LAC MEECH, Document 22, Accord constitutionnel de 1987, 3 juin 1987

ACTION CANADA, *Six définitions de l'autonomie gouvernementale autochtone et le modèle unique en son genre des Haïdas*, par Tony PENIKETT, étude préparée pour la conférence du Nord d'Action Canada, septembre 2012

AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADA, *Examen du secteur, Terres, Revenus et Fiducie, Rapport définitif de l'étape II—Les Premières Nations et le droit*, Ottawa, 19 juillet 1990, chap. I

AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADA, *L'histoire des traités du Canada*, Gatineau, avril 2010

AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADA, *Réponse du gouvernement au rapport du Comité spécial sur l'autonomie politique des Indiens*, Ottawa, 5 mars 1984

BIBLIOTHÈQUE ET ARCHIVES CANADA, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, présidé par Georges ERASMUS et René DUSSAULT, 1996

CHAMBRE DES COMMUNES CANADA, *L'autonomie politique des Indiens au Canada*, Rapport du comité spécial, Ottawa, 1983

COATES, K. S. et W. R. MORRISON, *Rapport de recherches sur les traités – Traité n° 11 (1921)*, Centre de recherche historique et de l'étude des traités, Affaires indiennes et du Nord Canada, 1986

COMMISSION DE VÉRITÉ ET DE RÉCONCILIATION DU CANADA, *Rapport final, Pensionnats du Canada : L'histoire, partie 1 des origines à 1939*, vol. 1, 2015

*Commission d'enquête sur l'administration de la justice et les Autochtones – Initiative de protection de l'enfance*, Manitoba, 1991

*Commission d'enquête sur les Autochtones et certains services publics au Québec : écoute, réconciliation et progrès*, Québec, 2019

*Commission d'enquête sur les événements entourant le décès de M. Achille Vollant et Moïse Régis en 1977*, Québec, 1998

*Commission de mise en œuvre des recommandations sur la justice autochtone*, Manitoba, 2001

*Commission of Inquiry Into Matters Relating to the Death of Neil Stonechild*, Saskatchewan, 2004

*Commission spéciale sur les droits des enfants et la protection de la jeunesse*, c. 9 – Passer à l'action pour les enfants autochtones, Québec, 2021

*Convention de la Baie James et du Nord québécois*, Grand Council of the Crees (of Québec), Northern Québec Inuit Association, gouvernement du Canada, Société d'énergie de la Baie James, Société de développement de la Baie James, Commission hydroélectrique du Québec et gouvernement du Québec, 11 novembre 1975

*Convention du Nord-Est québécois*, Membres de la bande des Naskapis de Schefferville, gouvernement du Québec, Société d'énergie de la Baie James, Société de développement de la Baie James, Grand Council of the Crees, Northern Quebec Inuit Association et gouvernement du Canada, 31 janvier 1978

*Davies Commission Inquiry into the Death of Frank Paul*, Colombie-Britannique, 2011

DUPUIS, R. and McNEIL K., *Canada's Fiduciary Obligation to Aboriginal Peoples in the Context of Accession to Sovereignty by Quebec*, Royal Commission on Aboriginal Peoples, 1995

ENQUÊTE NATIONALE SUR LES FEMMES ET LES FILLES AUTOCHTONES DISPARUES ET ASSASSINÉES, *Réclamer notre pouvoir et notre place : le rapport final de l'Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées*, volume 1a

GOUVERNEMENT DU CANADA, *Guide de la politique fédérale sur l'autonomie gouvernementale – L'approche du gouvernement du Canada concernant la mise en œuvre du droit inhérent des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale et la négociation de cette autonomie*, 1995

GOUVERNEMENT DU CANADA, *L'approche du gouvernement du Canada concernant la mise en œuvre du droit inhérent des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale et la négociation de cette autonomie*, Relations Couronne-Autochtones et Affaires du Nord Canada, 2010

GOUVERNEMENT DU CANADA, *La politique indienne du gouvernement du Canada*, 1969, Ottawa, Ontario : Affaires indiennes et du Nord Canada

GOUVERNEMENT DU CANADA, *Le Canada appuie la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, 12 novembre 2010, en ligne : <https://www.canada.ca/fr/nouvelles/archive/2010/11/canada-appuie-declaration-nations-unies-droits-peuples-autochtones.html>

GOUVERNEMENT DU CANADA, *Le Canada appuie maintenant la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones sans réserve*, 10 mai 2016, New York, Affaires autochtones et du Nord Canada, en ligne : <https://www.canada.ca/fr/affaires-autochtones-nord/nouvelles/2016/05/le-canada-appuie-maintenant-la-declaration-des-nations-unies-sur-les-droits-des-peuples-autochtones-sans-reserve.html>

GOUVERNEMENT DU CANADA, *Les Traités numérotés (1871-1921)*, en ligne : <https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/fra/1360948213124/1544620003549/>

GOUVERNEMENT DU CANADA, *Principes régissant la relation du Gouvernement du Canada avec les peuples autochtones*, Ministère de la Justice, 2018

GOUVERNEMENT DU CANADA, *Traités et ententes - Traités modernes*, en ligne : <https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/fra/1100100028574/1529354437231#chp4>

GOUVERNEMENT DU CANADA, *Traités modernes*, Services publics et Approvisionnement Canada, en ligne : <https://achatsetventes.gc.ca/politiques-et-lignes-directrices/guide-des-approvisionnements/section/9/35>

GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Renvoi relatif à la Loi concernant les enfants, les jeunes et les*

*familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis*, Décret 1288-2019, district de Montréal 500-09-028751-196, 20 décembre 2019

HURLEY, M. C., *Le rapport de fiduciaire entre la Couronne et les peuples autochtones*, Division du droit et du gouvernement, 10 août 2000, révisé le 18 décembre 2002

*Ipperwash Inquiry*, Ontario, 2007

JOURNAL DES DÉBATS DE L'ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, 42<sup>e</sup> législature, 1<sup>re</sup> session (27 novembre 2018 au 13 octobre 2021), 8 octobre 2019 - Vol. 45 N<sup>o</sup> 68

JOURNAL DES DÉBATS DE L'ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, 42<sup>e</sup> législature, 1<sup>re</sup> session (27 novembre 2018 - 13 octobre 2021), 1<sup>er</sup> octobre 2020 – Fascicule n<sup>o</sup>129, p. 8813-8816

LA SOCIÉTÉ HISTORIQUE DU CANADA, *Le Canada et les peuples autochtones 1867-1927*, par J.R. MILLER, Brochure historique n<sup>o</sup> 57, Ottawa, 1997

MARCHAND, M.-A., *Synthèse des connaissances – Les fiducies d'utilité sociale*, Montréal, Territoires innovants en économie sociale et solidaire (TIESS), dépôt légal : Bibliothèques et Archives nationales du Québec, décembre 2019

*Missing Women Commission of Inquiry*, Colombie-Britannique, 2012

MOSS, W., *Les droits issus de traités et la fonction gouvernementale dans l'optique inuit* dans « L'autonomie gouvernementale des autochtones : Questions juridiques et constitutionnelles », Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1995, 62-154

NATIONAL ARCHIVES OF CANADA, Record Group 10, vol. 6810, file 470-2-3, vol. 7, 55 (L-3) and 63 (N-3) (1920)

REPORT OF THE ABORIGINAL JUSTICE INQUIRY OF MANITOBA, *The justice System and Aboriginal People*, vol. I, Chapter 1 – The Inquiry and the Issues, Manitoba, Queen's Printer, 1991

SECRETARIAT DES CONFÉRENCES INTERGOUVERNEMENTALES CANADIENNES, *Conférences des Premiers Ministre - 1906-2004*

SECRETARIAT DU QUÉBEC AUX RELATIONS CANADIENNES, Québec's positions on the constitutional and intergovernmental issues from 1936 to 2001, *Consensus Report on the Constitution*, Charlottetown, August 28, 1992

WHERRETT, J., *L'autonomie gouvernementale des Autochtones*, CIR 96-2F, Ottawa, Division des affaires politiques et sociales, Direction de la recherche parlementaire, Bibliothèque du Parlement, révisé le 17 juin 1999

### **Documents internationaux**

Haut-commissariat des Nations Unies pour les droits de l'homme, *Déclaration sur les droits des peuples autochtones*, en ligne : <https://www.ohchr.org/fr/issues/pautochtones/pages/declaration.aspx>

Organisation des Nations Unies, *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, 61/295, 107<sup>e</sup> plénière, 13 septembre 2007

## **Dictionnaires et Encyclopédies**

ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, Encyclopédie du parlementarisme québécois, *Proclamation royale (1763)*, 15 octobre 2018

DICTIONNAIRE LAROUSSE, Dictionnaire de la langue française, France, en ligne : <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais>

DICTIONNAIRE LAROUSSE, Dictionnaires bilingues, France, en ligne : <https://www.larousse.fr/dictionnaires/bilingues>

DICTIONNAIRE LE ROBERT, Dictionnaire de la langue française, Groupe Eritis, en ligne : <https://www.lerobert.com>

REID, H., *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 5<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2015 et éd. ab. 2016

## **Mémoires de maîtrise**

D'AVIGNON, M., *Samuel de Champlain et les alliances franco-amérindiennes : une diplomatie interculturelle*, Mémoire de maîtrise, 2001, Université Laval, Thèses et mémoires

LEDOUX, J., *Sur les traces des wampums devant les tribunaux canadiens : Réflexion sur l'état du dialogue internormatif entre traditions juridiques autochtones et étatiques*, Mémoire présenté dans le cadre de la complétion des exigences du programme de maîtrise en droit de l'université de McGill, Avril 2016

## **Autres**

ASSEMBLÉE DES PREMIÈRES NATIONS, *Affirmer les droits, le titre et la compétence des Premières Nations*, 5 septembre 2018

ASSEMBLÉE DES PREMIÈRES NATIONS, Assemblée générale annuelle, Vancouver, Résolution n° 35/2018, adoptée par consensus

ASSEMBLÉE DES PREMIÈRES NATIONS, *Secteur des droits – Politique sur le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale*, Compte-rendu de secteur, juin 2021

BULBULIAN, M., *L'art de tourner en rond – 1<sup>ère</sup> partie*, Office nationale du film, 1987

FOUNDATIONAL DOCUMENT, *Citizens Plus*, Indian Chiefs of Alberta, Aboriginal policy studies, June 1970, vol. 1, n° 2, pp. 188-281

LECLAIR, J. et MORIN, M., *Fascicule 15 – Peuples autochtones et droit constitutionnel*, Jurisclasseur, Université de Montréal, à jour au 30 août 2017

OBOMSAWIN, A., *Kanehsatake, 270 ans de résistance*, Documentaire, Office national du film, 1993