

# ARTICLE DE LA REVUE JURIDIQUE THÉMIS

*On peut se procurer ce numéro de la Revue juridique Thémis à l'adresse suivante :*

*Les Éditions Thémis*

*Faculté de droit, Université de Montréal*

*C.P. 6128, Succ. Centre-Ville*

*Montréal, Québec*

*H3C 3J7*

*Téléphone : (514)343-6627*

*Télécopieur : (514)343-6779*

*Courriel : [themis@droit.umontreal.ca](mailto:themis@droit.umontreal.ca)*

© Éditions Thémis inc.

Toute reproduction ou distribution interdite  
disponible à : [www.themis.umontreal.ca](http://www.themis.umontreal.ca)

# Le sable dans l'engrenage du droit inhérent des autochtones à l'autonomie gouvernementale

---

André ÉMOND\*

<b>INTRODUCTION</b> .....	91
<b>I. LE MONOPOLE GOUVERNEMENTAL DU ROI ANGLAIS SUR LES TERRITOIRES ASSUJETTIS A SA SOUVERAINETE</b> .....	92
<b>A. Le royaume d'Angleterre : une couronne, un souverain, et un gouvernement</b> .....	93
<b>B. Le prolongement colonial des prérogatives de gouvernement de la couronne</b> .....	96
<b>C. L'adéquation entre les droits des autochtones et ceux des habitants d'une colonie conquise ou cédée</b> .....	99
<b>II. LA CONFORMITE DES PRATIQUES COLONIALES AVEC LE DROIT CONSTITUTIONNEL ANGLAIS</b> .....	102
<b>A. Une relation anglo-indienne à géométrie variable</b> .....	102
<b>B. Le caractère déclaratoire de la Proclamation royale de 1763</b> .....	105
1. La Proclamation comme expression de la common law.....	106
2. La nature des droits reconnus par la Proclamation .....	108
<b>CONCLUSION</b> .....	111

---

\* Avocat et candidat au doctorat à l'Université Laval. L'auteur remercie le professeur Ghislain Otis de l'Université Laval pour ses suggestions et ses commentaires concernant une version préliminaire de ce texte.



Le juriste qui affirme ou nie l'existence d'un droit le fait toujours en se référant à un système juridique. Les postulats sur lesquels reposent ce système, ses principes fondamentaux si l'on préfère, peuvent être ou non légitimes, selon le point de vue de la personne concernée ; la question relève cependant de la philosophie ou de la science politique plutôt que du droit positif, car le tribunal, s'il invoque fréquemment les notions de justice et d'équité, n'ira jamais remettre en cause les postulats du système juridique dont dépendent l'ordre et la stabilité de sa société<sup>1</sup>. C'est la perspective, peut-être étroite pour certains, que nous avons choisie pour rédiger cet article sur l'existence du droit inhérent des autochtones du Canada à l'autonomie gouvernementale<sup>2</sup>, notre système de référence étant la common law.

La Grande-Bretagne a affirmé sa souveraineté en territoire canadien par une pléthore d'actes législatifs<sup>3</sup>. Les tribunaux de common law ne peuvent contester leur validité car cela n'est pas de leur ressort<sup>4</sup>, même en supposant que le législateur impérial se soit mépris sur l'étendue du pouvoir réel du roi et de ses armées<sup>5</sup>. La souveraineté de la couronne semble d'ailleurs maintenant une donnée acquise en droit autochtone canadien<sup>6</sup>. Un magistrat, appelé à se prononcer sur l'existence du droit inhérent des autochtones à l'autonomie gouvernementale, jugera donc de la demande en faisant appel uniquement aux règles de la common law, le système légal du colonisateur. C'est ainsi qu'a procédé la Cour d'appel de Colombie-Britannique dans *Delgamuukw c. British*

---

<sup>1</sup> *Mabo c. Queensland*, [1992] 66 A.L.J.R. 408, 416 et 417 (j. Brennan). On peut également invoquer la doctrine de la primauté du droit qui garantit l'ordre social existant : voir le *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721.

<sup>2</sup> Inhérent, dans ce contexte, signifie que le droit de se gouverner ne résulterait pas d'une délégation de pouvoir de la Couronne de Grande-Bretagne. Il s'agirait plutôt d'un droit qui aurait survécu à l'établissement de la souveraineté britannique. L'autonomie gouvernementale des autochtones existerait donc même sans la preuve « d'aucun traité, ni d'aucune ordonnance du pouvoir exécutif ou disposition législative », pour reprendre la description du titre indien faite dans *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313, 390 (j. Hall) et *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, 377 et 388 (j. Dickson). Lire aussi l'ouvrage publié par la COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *Partenaires au sein de la Confédération : Les peuples autochtones, l'autonomie gouvernementale et la Constitution*, Ottawa, Groupe Communication Canada, 1993, p. 36.

<sup>3</sup> De la *Proclamation royale de 1763* au *Statut de Westminster*, L.R.C. (1985), App. II, nos 1-27.

<sup>4</sup> *Madzimbamuto c. Ladner-Burke*, [1969] 1 A.C. 645, 723 (C.P.) (j. Reid); *Manuel c. Attorney-General*, [1982] 3 W.L.R. 821, 830 et 831 (C.A.) (j. Megarry). L'affaire *Manuel*, portée devant la Cour d'appel par des autochtones du Canada, concernait justement la capacité du Parlement du Royaume-Uni d'adopter une loi modifiant la Constitution de notre pays : la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11).

<sup>5</sup> Une loi ne peut être contestée pour le motif que son auteur s'est appuyé sur des faits erronés : *Labrador Co. c. La Reine*, [1893] A.C. 104, 123 (C.P.) (j. Hannen); *Hoani c. Aotea Land Board*, [1941] 2 All E.R. 93, 97 (C.P.) (j. Simon).

<sup>6</sup> *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, 1103 (j. Dickson).

*Columbia*<sup>7</sup>, et elle-même faisait écho au jugement de la Haute cour d'Australie dans *Mabo c. Queensland*<sup>8</sup>. Or toutes deux ont rejeté la prétention des peuples autochtones<sup>9</sup>. Elles passèrent sous silence l'opinion d'une doctrine majoritaire pour qui le droit inhérent des autochtones à l'autonomie gouvernementale existe toujours<sup>10</sup>. Nous croyons pourtant que les cours canadienne et australienne ont eu raison sur le fond. La doctrine, en effet, a ignoré le poids de huit siècles de traditions constitutionnelles anglaises, un oubli qui a nécessairement coloré son interprétation des pratiques coloniales, comme celle des promesses faites aux autochtones après la chute de la Nouvelle-France. C'est pourquoi nous débutons notre article par un rappel de ces traditions constitutionnelles avant de passer aux relations entre la couronne et les peuples autochtones.

## I. LE MONOPOLE GOUVERNEMENTAL DU ROI ANGLAIS SUR LES TERRITOIRES ASSUJETTIS A SA SOUVERAINETE

La bataille de Hastings de 1066 a marqué la conquête de l'Angleterre par Guillaume de Normandie. En cette époque où le droit de gouverner se confondait

<sup>7</sup> (1993) 5 W.W.R. 97, en appel.

<sup>8</sup> Précité, note 1, cité par le juge Wallace dans *Delgamuukw c. British Columbia*, précité, note 7, 224 et 225. Lire à ce sujet l'article de Régis LAFARGE, « La révolution Mabo ou les fondements constitutionnels du nouveau statut des aborigènes d'Australie », (1994) 5 *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* 1329.

<sup>9</sup> *Delgamuukw c. British Columbia*, précité, note 7, 148-153 (j. MacFarlane) et 222-226 (j. Wallace) et *Coe c. The Commonwealth [The Wiradjuri Claim]*, [1994] 68 A.L.J.R. 110, 114 et 115 (H.C. Aust.), où le juge en chef Mason a interprété le précédent *Mabo* comme la négation d'un droit inhérent des aborigènes d'Australie à l'autonomie gouvernementale. On peut lire au même effet *R. c. Pamajewon*, (1995) 21 O.R. (3d) 385 (C.A.) conf., C.S.C. le 26 février 1996, motifs à suivre; *R. c. Williams*, (1994) 52 B.C.L.R. 296 (C.A.), appel refusé, C.S.C. le 6 juillet 1995 et *Walker c. State of New South Wales*, (1994) 182 C.L.R. 45 (H.C. Aust.).

<sup>10</sup> Sans prétendre être exhaustif, mentionnons parmi les auteurs canadiens : Alain LAFONTAINE, « La coexistence de l'obligation de fiduciaire de la Couronne et du droit à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones », (1995) 36 *C. de D.* 669; COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *op.cit.*, note 2; Kent McNEIL, « Envisaging Constitutional Space for Aboriginal Governments », (1993) 19 *Queen's L.J.* 95; John BORROWS, « A Genealogy of Law : Inherent Sovereignty and First Nations Self-Government », (1992) 30 *Osgoode Hall L.J.* 291; Mark WALTERS, « British Imperial Constitutional Law and Aboriginal Rights : A Comment on *Delgamuukw v. British Columbia* », (1992) 17 *Queen's L.J.* 350; Bruce RYDER, « The Demise and Rise of the Classical Paradigm in Canadian Federalism : Promoting Autonomy for the Provinces and First Nations », (1991) 36 *R.D. McGill* 308; Michael ASCH, et Patrick MACKLEM, « Aboriginal Rights and Canadian Sovereignty : An Essay on *R. v. Sparrow* », (1991) 29 *Alta. L. Rev.* 498; Bruce CLARK, *Native Liberty, Crown Sovereignty : The Existing Aboriginal Right of Self-Government in Canada*, Montréal-Kingston, McGill-Queen's University Press, 1990; Brian SLATTERY, « Understanding Aboriginal Rights », (1987) 66 *R. du B. can.* 727; William R. McMURTRY et Alan PRATT, « Indians and the Fiduciary Concept, Self-Government and the Constitution : Guerin in Perspective », (1986) 3 *C.N.L.R.* 19. *Contra* : Bob FREEDMAN, « The Space for Aboriginal Self-Government in British Columbia : The Effect of the Decision of the British Columbia Court of Appeal in *Delgamuukw v. British Columbia* », (1994) 28 *U.B.C.L.R.* 49 et W.I.C. BINNIE, « The Sparrow Doctrine : Beginning of the End or End of the Beginning? », (1990) 15 *Queen's L.J.* 217.

avec la propriété<sup>11</sup>, on a considéré que le roi Guillaume avait été, à un moment ou à un autre, le propriétaire de chaque parcelle de terre de son royaume. En principe, le roi a donc assumé avec la propriété le pouvoir absolu, pour ensuite en confier partiellement l'exercice à des seigneurs auxquels il a accordé des domaines sous une tenure féodale. De là vient l'importance juridique de la conquête. Tous les titres fonciers, et les droits de gouvernement s'y rattachant, devaient normalement prendre source dans une concession du roi, « *as if the English had in fact, as well as in theory, owed every thing they had to the bounty of their sovereign lord* »<sup>12</sup>. En outre, le roi, avec l'aide de ses cours de justice, a veillé à ce que les droits de ses vassaux restent de portée limitée<sup>13</sup>. La féodalité version anglo-normande a pris par conséquent un visage particulier, différent de celui prévalant sur le continent. Il n'y a pas eu, comme en France, un agrégat de différentes souverainetés, une alliance entre des principautés semi-indépendantes, mais la formation d'un seul État, sous la gouverne d'un seul maître<sup>14</sup>.

#### **A. Le royaume d'Angleterre : une couronne, un souverain, et un gouvernement**

La suite de l'histoire de l'Angleterre n'a été qu'une longue lutte de la noblesse contre l'omnipotence de son roi. Avec des hauts et des bas, de la *Magna Carta* à la *Glorious Revolution*, les barons anglais réussirent à imposer un nouvel ordre politique et juridique. La constitution actuelle du Royaume-Uni tient à l'usage qu'ils ont fait de leur puissance acquise aux dépens du roi. Au lieu de créer des enclaves autonomes, les barons préférèrent en effet conduire les affaires du pays en faisant usage des institutions royales existantes, soit le Parlement, l'organe politique représentant la noblesse et le peuple en communion avec son souverain, et le Conseil du roi, en l'occurrence ses ministres<sup>15</sup>. Le gouvernement de Sa Majesté est ainsi devenu le gouvernement de la nation. Ceci a permis au roi de conserver en droit sa prééminence quoique,

---

<sup>11</sup> William HOLDSWORTH, *A History of English Law*, 7<sup>e</sup> éd., vol. 1, London, Sweet and Maxwell, 1956, pp. 19-28.

<sup>12</sup> William BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, vol. II, Oxford, Clarendon Press, 1765, réimpression par Dawson of Pall Mall, London, 1966, p. 51.

<sup>13</sup> W. HOLDSWORTH, *op.cit.*, note 11, pp. 25 et 26; Frederic W. MAITLAND, *Domesday Book and Beyond*, Cambridge-Boston, Cambridge University Press-Little Brown & Co., 1897, pp. 154 et 155. Ainsi que l'a remarqué le professeur Plucknett, « It was impossible for English lawyers to say that our kings parted with a fraction of their sovereignty every time they created a fief » : Theodore F.T. PLUCKNETT, *Legislation of Edward I*, Oxford, Clarendon Press, 1949, p. 6.

<sup>14</sup> Jean-Louis De LOLME, *The Constitution of England*, London, J. Cuthel, 1781, réédité par Henry G. Bohn, London, 1853, pp. 18-24; Gary B. ADAMS, *The Origins of the English Constitution*, New-Haven, Yale University Press, 1912, réimpression par Oxford University Press, London, 1986, p. 30.

<sup>15</sup> G.B. ADAMS, *id.*, pp. 149-153; Marshal M. KNAPPEN, *Constitutional and Legal History of England*, New York, Harcourt, Brace & Co., 1942, pp. 378, 490 et 557; Geoffrey R.Y. RADCLIFFE et Geoffrey CROSS, *The English Legal System*, 6<sup>e</sup> éd., London, Butterworths, 1977, pp. 31 et 61.

en pratique, il n'a plus gouverné que suivant les conseils de ses ministres et dans l'obéissance des lois de son parlement. Le roi, la couronne<sup>16</sup>, incarnait donc toujours l'État anglais et les institutions politiques du royaume demeuraient celles, embryonnaires, établies par les rois normands et angevins ; mais, en vertu des lois et des conventions constitutionnelles, la souveraineté réelle résidait désormais entre les mains du parlement. Les Anglais avaient réussi ce qui apparaissait de prime abord comme un contresens : préserver une constitution où le roi détenait tous les pouvoirs pour servir de véhicule à une démocratie libérale.

Le roi a conservé intactes ses prérogatives gouvernementales parce qu'elles étaient inaliénables, sous réserve d'éventuelles lois du parlement. Cette règle de l'inaliénabilité remonte au Moyen Âge, à une époque où chaque roi faisait profession dans son serment de ne pas céder ses pouvoirs et de révoquer toute aliénation faite par ses prédécesseurs<sup>17</sup>. Henri III (1216-1272) et Edward I (1272-1307) n'ont d'ailleurs eu de cesse de le rappeler à leurs vassaux<sup>18</sup>. Bracton, un auteur dont les écrits remontent au début du XIV<sup>e</sup> siècle, justifia la règle de l'inaliénabilité en s'éloignant de la conception traditionnelle de la royauté sous un régime féodal. Le roi, expliqua l'auteur, est le défenseur du bien public ; or l'aliénation de ses prérogatives gouvernementales le rendrait incapable de s'acquitter de son devoir<sup>19</sup>. Aussi bien dire que le roi et personne d'autre ne pouvait assurer la pérennité de l'État anglais, d'où le corollaire : « *The royal prerogatives must be deemed intact in the king's person and in the king's person alone.* »<sup>20</sup> Il y eut sûrement une part de propagande dans le message véhiculé par les rois et leurs partisans<sup>21</sup>, mais propagande ou non, l'idée d'inaliénabilité devait à terme s'imposer dans la conscience juridique ; au début du XVII<sup>e</sup> siècle, en effet, les Bacon et Coke, en émules de Bracton, ont distingué entre les prérogatives de nature privée dont le roi pouvait se séparer, et les autres de droit

---

<sup>16</sup> L'appellation de couronne sert à distinguer la personne physique du roi de l'institution politique qu'il représente.

<sup>17</sup> Peter Norman RIESENBERG, *Inalienability of Sovereignty in Medieval Political Thought*, New York, Columbia University Press, 1956, p. 110; Gaines POST, *Studies in Medieval Legal Thought : Public Law and the State, 1100-1322*, Princeton, Princeton University Press, 1964, pp. 400, 431 et 432.

<sup>18</sup> P.N. RIESENBERG, *op. cit.*, note 17, p. 103.

<sup>19</sup> Henrici De BRACON, *Bracton on the Laws and Customs of England*, 1300, réédition par Harvard University Press, Cambridge, vol. II, 1968, p. 167; P.N. RIESENBERG, *op. cit.*, note 17, pp. 36 et 245 et G. POST, *op. cit.*, note 17, p. 160.

<sup>20</sup> Stanley Bertram CHRIMES, *English Constitutional Ideas in the Fifteenth Century*, New York, American Scholar Publications Inc., 1966, p. 58. Lire de même P.N. RIESENBERG, *op. cit.*, note 17, p. 15 et G. POST, *op. cit.*, note 17, p. 281.

<sup>21</sup> On a par exemple admis qu'une personne privée pouvait prescrire des droits régaliens. L'inaction du souverain faisait alors présumer une concession de sa part : Joseph CHITTY, *A Treatise on the Law of the Prerogatives of the Crown and the relatives duties and rights of the subject*, London, Butterworth, 1820, p. 119; W. BLACKSTONE, *op. cit.*, note 12, vol. II, p. 37.

public qu'il devait absolument conserver<sup>22</sup>. Alors que les siècles avaient réduit comme peau de chagrin le droit de propriété de la couronne, son titre radical, au point où il n'était plus qu'une utile fiction juridique<sup>23</sup>, son monopole gouvernemental était par contre demeuré bien vivant, fut-il exercé par d'autres au nom de Sa Majesté<sup>24</sup>.

On réalise sans peine qu'une application stricte de la règle de l'inaliénabilité aurait laissé le pays conquis par Guillaume ingouvernable. L'administration du royaume requérait de fait une certaine décentralisation de l'exercice du pouvoir. Le roi y a pourvu par le moyen de la délégation, ce qui a laissé intactes ses prérogatives de souverain<sup>25</sup>. Au Moyen Âge, les principaux bénéficiaires de cette décentralisation furent les seigneurs anglais, les *lords*, auxquels se sont ajoutées les corporations urbaines, connues sous le nom de *boroughs*. Les premiers jouissaient des prérogatives normalement reconnues par le droit féodal au seigneur, alors que les seconds devaient limiter leurs prétentions aux droits énumérés dans leur charte<sup>26</sup>.

La souveraineté du roi et de ses institutions a donc eu en Angleterre un sens précis. Elle ne représentait pas tant l'affirmation d'un pouvoir politique supérieur aux autres que celle d'un pouvoir politique excluant tous les autres. Bref, le roi était, de par la common law, l'unique détenteur d'un droit inhérent de gouverner. Ceci étant dit, faut-il pour autant conclure que la common law devait s'appliquer

<sup>22</sup> Francis D. WORMUTH, *The Royal Prerogative, 1603-1649*, London/Port Washington (N.Y.), Kennikat Press, 1972, pp. 54-60.

<sup>23</sup> Encore aujourd'hui, il semble exister en common law une présomption irréfutable voulant que la couronne détienne un titre radical sur toutes les terres où elle exerce sa souveraineté, sauf que ce titre n'a plus rien à voir avec la propriété utile ou réelle : *Mabo c. District of Queensland*, précité, note 1, 416 et 417 (j. Brennan), 457 (j. Dawson, dissident pour d'autres considérations) et 483 et 484 (j. Toohey). *Contra* : Kent McNEIL, *Common Law Aboriginal Title*, Oxford, Clarendon Press, 1989, pp. 108-110, où l'auteur conteste la nécessité d'une telle présomption.

<sup>24</sup> Le solliciteur-général, sir John Milford, a tracé ce portrait de l'architecture constitutionnelle du Royaume-Uni : « Gentlemen, when it is considered what is the nature of the government of this country, there cannot be a doubt upon the subject. For, in truth, the person of the King, in name, is the state itself. All the powers of the state, legislative and executive, are nominally in him. Not really, because the King can make no law but by the advice and with the assent of the Lords and Commons in Parliament. He can execute no law but by his judges and other ministers of justice, according to a formed and regular establishment. He really does nothing, but he nominally does every thing. The consequence is, that he is, to all intent and purposes, the sole representative of the state; and in his name every act is done. » « Procès Hardy pour haute trahison », dans Thomas Bailey HOWELL, *Howell's State Trials*, vol. XXIV, London, Longman, Hurst, Rees, Orme & Brown, 1812-1826, p. 1183. Le lecteur peut aussi lire sur le sujet du pouvoir nominal du Roi : J. ALLEN, *Inquiry Into the Rise and Growth of the Royal Prerogative in England*, 1830, réédition par Burt Franklin, New York, 1849, p. 25; Henry John STEPHEN, *Stephen's Commentaries on the Laws of England*, 21<sup>e</sup> éd., vol. III, London, Butterworth, 1950, pp. 284-287; J. CHITTY, *op.cit.*, note 21, pp. 3 et 4; G.B. ADAMS, *op.cit.*, note 14, p. 41; W. BLACKSTONE, *op.cit.*, note 12, vol. I, pp. 230-270.

<sup>25</sup> H. De BRACKTON, *op.cit.*, note 19, p. 167; G. POST, *op.cit.*, note 17, pp. 281-283; P.N. RIESENBERG, *op.cit.*, note 17, pp. 18, 30, 31, 35, 36 et 172-174.

<sup>26</sup> John E. JOLIFFE, *The Constitutional History of Medieval England*, 4<sup>e</sup> éd., London, Adam & Charles Black, 1961, p. 305; W. HOLDSWORTH, *op.cit.*, note 11, p. 28 et suiv.



de la même façon dans les colonies<sup>27</sup> ? À cette question, Joseph Chitty et Arthur Berriedale Keith ont répondu qu'il n'y a aucun doute que les droits et principes sur lesquels reposent l'autorité du roi ont été étendus aux colonies, cela peu importe les lois particulières qui les gouvernent<sup>28</sup>. Nous sommes obligés de constater que leur opinion s'accorde avec la jurisprudence dont voici les grandes lignes.

## B. Le prolongement colonial des prérogatives de gouvernement de la couronne

Les règles portant sur la réception du droit anglais dans les colonies ont d'abord été esquissées par les juges en chef Coke et Holt dans leurs arrêts *Calvin*<sup>29</sup> et *Blankard c. Galdy*<sup>30</sup>, puis résumées par Blackstone dans ses *Commentaries on the Laws of England*<sup>31</sup>, mais il a fallu attendre la décision d'un autre juge en chef, lord Mansfield dans *Campbell c. Hall*<sup>32</sup>, pour les voir exposées sous une forme plus définitive<sup>33</sup>. Ces Messieurs ont distingué deux types de colonies : la colonie de peuplement et la colonie conquise ou cédée. La colonie de peuplement était un territoire inhabité jusqu'à l'arrivée des Anglais ; les nouveaux venus devaient respecter les lois de la mère patrie en autant qu'elles convenaient à leurs conditions de vie de pionniers<sup>34</sup>. La colonie conquise ou cédée était quant à elle un territoire déjà peuplé et politiquement organisé, où le roi anglais a délogé l'ancien souverain. Les lois existantes continuaient en principe de s'y appliquer, à moins que le roi, par un acte exprès,

<sup>27</sup> Car on ne doit pas se méprendre; la nature de la souveraineté du roi sur une colonie dépendait uniquement du droit de la métropole : *Madzimbamuto c. Lardner-Burke*, précité, note 4, 721 (j. Reid); *Sammut c. Strickland*, [1938] A.C. 678, 697 (C.P.) (j. Maugham). *Contra* : Brian SLATTERY, « Aboriginal Sovereignty and Imperial Claims », (1991) 29 *Osgoode Hall L.J.* 681, 691 et 692.

<sup>28</sup> J. CHITTY, *op.cit.*, note 21, p. 25; Arthur Berriedale KEITH, *The Constitutional Law of the British Dominions*, London, MacMillan, 1933, pp. 97 et 98.

<sup>29</sup> *Calvin's case*, (1609) 7 Co.Rep. 1a, 77 E.R. 377.

<sup>30</sup> (1694) 2 Salk. 411, 91 E.R. 356.

<sup>31</sup> W. BLACKSTONE, *op.cit.*, note 12, vol. I, pp. 104 et 105.

<sup>32</sup> (1774) 1 Cowp. 204, 98 E.R. 1045. L'arrêt a par ailleurs été cité avec approbation lors de l'affaire *Calder c. Procureur Général du Canada*, précité, note 2, 387-389 (j. Hall, dissident pour d'autres considérations).

<sup>33</sup> Ces ouvrages traitent de manière exhaustive du droit colonial : W. HOLDSWORTH, *op.cit.*, note 11, vol. XI, 1938, pp. 3-274; J. CHITTY, *op.cit.*, note 21, pp. 25-39; Arthur Berriedale KEITH, *Constitutional History of the First British Empire*, Oxford, Clarendon Press, 1930; Anthony STOKES, *A View of the Constitution of the British Colonies : in North-America and the West Indies*, London, Dawsons of Pall Mall, 1969; Henry JENKYNs, *British Rule and Jurisdiction beyond the Seas*, Oxford, Clarendon Press, 1902 et plus récemment, dans un contexte de droits aborigènes, K. McNEIL, *op.cit.*, note 23.

<sup>34</sup> Blackstone a mentionné les lois sur le commerce, la police et le maintien des tribunaux ecclésiastiques comme des exemples de lois ne pouvant s'appliquer : W. BLACKSTONE, *op.cit.*, note 12. Pour une application jurisprudentielle de la règle, lire *R. c. Vaughan*, (1769) 4 Burr. 2494, 98 E.R. 308, 311 (j. Mansfield); *The Lauderdale Peerage*, (1885) 10 A.C. 692, 745 (C.P.) (j. Blackburn); *Cooper c. Stuart*, (1889) 14 A.C. 286, 291 et 292 (C.P.) (j. Watson).

n'ait décidé de les remplacer par d'autres lois. C'est évidemment la dernière hypothèse qui nous intéresse car elle suppose la présence d'un gouvernement avant la venue des Anglais.

La règle de la continuité des lois d'une colonie conquise ou cédée souffrait toutefois d'un tempérament. La couronne de Grande-Bretagne, en effet, ne venait pas coiffer l'administration qui était en place, mais se substituait à elle, avec pour conséquence que tout le droit public afférent à l'exercice de l'autorité publique devait être remplacé par la common law<sup>35</sup>. Quoique les lois antérieures aient pu être différentes du droit public anglais, elles ne pouvaient donc modifier l'étendue des prérogatives de la couronne<sup>36</sup>. Or la common law reconnaissait au roi la plénitude des pouvoirs dans les colonies conquises ou cédées. Le Comité judiciaire du Conseil privé en a tiré les conséquences pour notre pays dans son arrêt *Attorney-General for Canada c. Cain*<sup>37</sup>. Il a jugé que, dès après la cession du Canada à la Grande-Bretagne par le Traité de Paris de 1763,

*the Crown of England became possessed of all legislative and executive powers within the country so ceded to it, and, save so far as it has since parted with these powers by legislation, royal proclamation, or voluntary grant, it is still possessed of them. [...] The Imperial Government might delegate those powers to the governor or the Government of one of the Colonies [...] If this delegation has taken place, the depositary or depositaries of the executive and legislative powers and authority of the Crown can exercise those powers and that authority to the extent delegated as effectively as the Crown could itself have exercised them.*<sup>38</sup>

C'est précisément ce qui est arrivé au Canada. La couronne, détentrice de tous les pouvoirs, a commencé dès 1763 à les déléguer en accordant un gouvernement civil à sa colonie<sup>39</sup>. Le Parlement de Grande-Bretagne greffa à ce

<sup>35</sup> « Even with respect to the ancient inhabitants, no small portion of the ancient law is unavoidably superseded by the revolution of government that has taken place. The allegiance of the subjects, and all the law that relates to it — the administration of the law in the sovereign, and appellate jurisdictions — and all the laws connected with the exercise of the sovereign authority — must undergo alterations adapted to the change. » *Ruding c. Smith*, (1821) 2 Hagg.Con. 371, 161 E.R. 774, 778 (j. Stowell).

<sup>36</sup> « Such questions as whether the Crown is amenable to the jurisdiction of the courts, and its constitutional position in regard to matters of government stand on a different footing, and no inference affecting them could properly be drawn from the establishment of a system of law differing from that of England. » Motifs du juge en chef Innes de l'Afrique du Sud lors de l'affaire *Union Government (Minister of Lands) c. Estate Whitaker*, [1916] A.D. 194, cités avec approbation par lord Reid dans *Madzimbamuto c. Lardner-Burke*, précité, note 4, 721. Consulter aussi A.B. KEITH, *op. cit.*, note 28, p. 98.

<sup>37</sup> [1906] A.C. 542 (C.P.).

<sup>38</sup> *Id.*, 545 et 546 (j. Atkinson). Il faut cependant prendre garde de ne pas confondre les pouvoirs des législatures coloniales avec ceux des organismes administratifs, même si les deux exercent au sens strict des pouvoirs délégués. Les législatures, par exemple, peuvent à leur tour déléguer des pouvoirs à des entités qu'elles ont créées : *Hodge c. The Queen*, (1883-1884) 9 A.C. 117 (C.P.).

<sup>39</sup> *Proclamation royale de 1763*, précitée, note 3.

gouvernement une assemblée représentative quelque 28 ans plus tard<sup>40</sup>. Assemblée et gouvernement coloniaux ont exercé ensemble les pouvoirs de la couronne en son nom, conformément aux principes constitutionnels établis en Angleterre. Il aurait d'ailleurs suffi que ces institutions soient abolies pour que la couronne, autrement dit l'autorité déléguée, jouisse à nouveau seule de la plénitude de ses pouvoirs<sup>41</sup>.

L'exemple canadien n'était ni unique, ni même remarquable. Bien au contraire, l'usage voulait que la couronne confère aux habitants de ses colonies le pouvoir de gérer leurs affaires internes. Les exceptions tenaient à ces quelques établissements faiblement peuplés ou de petite superficie, tels Gibraltar, Minorque ou Sainte-Hélène, où la couronne a jugé nécessaire de contrôler tous les leviers du gouvernement par le seul exercice de ses prérogatives<sup>42</sup>. L'usage n'a cependant pas converti en droit ce qui était un privilège à l'autonomie gouvernementale. Outre les arrêts que nous venons de citer<sup>43</sup>, il y a, pour s'en convaincre, d'autres décisions judiciaires qui portent sur les droits reconnus aux habitants des colonies conquises ou cédées<sup>44</sup>. On y apprend en effet que lorsque les habitants revendiquaient un droit, n'importe quel droit, ils devaient prouver qu'il était de la nature d'un droit privé<sup>45</sup>. Ce n'était pas là l'expression de quelque nouveau principe ; les tribunaux se sont contentés d'étendre aux colonies l'ancienne règle de common law voulant que le roi concentre tous les pouvoirs de gouvernement entre ses mains. Le monopole gouvernemental de Sa Majesté, couplé à son obligation constitutionnelle d'en préserver l'intégrité<sup>46</sup>, étaient les obstacles les plus formidables à la reconnaissance d'un droit automatique à l'autonomie gouvernementale pour les

<sup>40</sup> *Acte constitutionnel de 1791*, L.R.C. (1985), App. II, n° 3. Nous ne parlions pas alors d'un gouvernement complètement autonome, un *self-government*, puisqu'il n'était pas responsable devant l'assemblée. Ce n'est qu'en 1848 que l'institution du gouvernement responsable fut introduite au Canada-Uni.

<sup>41</sup> *Sammut c. Strickland*, précité, note 27, 704 (j. Maughan).

<sup>42</sup> A.B. KEITH, *op.cit.*, note 33, p. 170; George Cornwall LEWIS, *An Essay on the Government of Dependencies*, 1841, réédition par Clarendon Press, Oxford, 1891, p. 282, note infrapaginale 3.

<sup>43</sup> *Supra*, notes 35 à 38.

<sup>44</sup> *In re Southern Rhodesia*, [1919] A.C. 211 (C.P.) et *Amodu Tijani c. Secretary of Southern Nigeria*, [1921] 2 A.C. 399 (C.P.), ont été les décisions les plus fréquemment citées au Canada : *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, précité, note 2, 354, 355 et 387 (j. Hall, dissident pour d'autres considérations); *Guerin c. La Reine*, précité, note 2, 378 et 380 (j. Dickson); *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322, 340 (j. Wilson).

<sup>45</sup> *In re Southern Rhodesia*, précité, note 44, 233 (j. Sumner); *Amodu Tijani c. Secretary of Southern Nigeria*, précité, note 44, 407 (j. Haldane). Le vicomte Dunedin a résumé la *ratio* d'*Amodu Tijani* en ces termes : « What was laid down in that case was that the cession of the territory [...] to the British Crown in 1861 did not affect the character of the private native rights. » *Sakariyawo Oshodi c. Moriamo Dakolo*, [1930] A.C. 667, 668 (C.P.). Lire aussi la décision du Comité judiciaire du Conseil privé dans *Sammut c. Strickland*, précité, note 27, 698, où lord Maughan a refusé de voir dans une vague promesse du gouverneur anglais un droit des habitants de l'île de Malte à des institutions représentatives.

<sup>46</sup> Lire *supra*, notes 17 à 24 et le texte correspondant.

colonies, comme d'ailleurs pour qui d'autre que ce soit, y compris les peuples autochtones.

### C. L'adéquation entre les droits des autochtones et ceux des habitants d'une colonie conquise ou cédée

Les habitants des colonies conquises ou cédées pouvaient donc demander le respect de leurs droits privés, les tribunaux présumant que c'était le désir du roi de les protéger<sup>47</sup>. Cette règle n'était pas sans rapport avec l'autre portant sur la continuité des lois après l'avènement de la souveraineté britannique. On ne pouvait effectivement garantir des droits sans du coup assurer la continuité de leur régime juridique ; car ce sont les lois qui déterminent quels sont les titulaires des droits, comme elles définissent leur portée et la manière dont ils pourront être cédés.

C'est le syllogisme qu'a fait le juge Duval de la Cour du banc de la reine, en 1857, pour expliquer que les droits de propriété des anciens sujets français, créés sous la Coutume de Paris, ne pouvaient survivre sans la continuation de la Coutume<sup>48</sup>. Quelques années plus tard, son collègue Bagley a tenu le même raisonnement, à la différence près qu'il a disserté sur les droits des autochtones et sur les usages ou coutumes en vertu desquels ces droits existaient<sup>49</sup>. Le territoire autochtone concerné, partie de la terre de Rupert, n'avait pourtant jamais été conquis ou cédé. Cela ne semble pas avoir troublé le magistrat qui avait découvert le moyen de tenir compte des droits des autochtones. Le juge Hall de la Cour suprême du Canada adopta d'ailleurs la même attitude lors de l'affaire *Calder*<sup>50</sup>. Son homologue australien, le juge Brennan de la Haute cour, reformula dans *Mabo* la doctrine traditionnelle en conséquence : un simple changement de souveraineté par quelque moyen que ce soit ne peut éteindre le titre des autochtones, ceux-ci étant alors considérés, en regard de leurs droits,

---

<sup>47</sup> Il fallait une confiscation expresse du souverain pour renverser la présomption : *In re Southern Rhodesia*, précité, note 44, 233 (j. Sumner); *Amodu Tijani c. Secretary of Southern Nigeria*, précité, note 44, 407 (j. Haldane).

<sup>48</sup> *Wilcox c. Wilcox*, (1857) 2 L.C.J. 1, 28 (C.A.).

<sup>49</sup> « The modern usage of nations would be violated if private property should be confiscated and private rights annulled. Therefore, the relations of the (Indian) people to their ancient sovereign are dissolved, but the relations to each other, and their customs and usages remain undisturbed » : *Johnstone c. Conolly*, (1869) 17 R.J.R.Q. 266, 333 et 334 (C.A.). Le juge Bagley contredisait ainsi l'opinion du juge Monk qui, en première instance, avait cru que les autochtones avaient conservé leurs droits politiques : B. CLARK, *op.cit.*, note 10, pp. 17-19; M. WALTERS, *op.cit.*, note 10, pp. 388-390. On peut constater que la continuation des lois ou coutumes autochtones n'est pas un indice de l'existence d'un gouvernement comme semble le prétendre la COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *op.cit.*, note 2, pp. 33-35.

<sup>50</sup> *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, précité, note 2, 387-389 et 416. Dans l'arrêt *Guerin*, précité, note 2, 378, le juge Dickson s'est référé au précédent *Amodu Tijani* pour affirmer « qu'un changement de la souveraineté sur un territoire particulier n'a, en règle générale, aucune incidence sur le titre présumé de ses habitants. »

sur le même pied que les habitants d'une colonie conquise<sup>51</sup>. Notons que le plus vieux précédent sur le sujet, *Smith c. Brown*, de 1707, avait déterminé que la colonie de Virginie était une colonie conquise ; aux dépens des Indiens, était-il sous-entendu<sup>52</sup>.

Monsieur Mark Walters a néanmoins soutenu dans son article sur l'arrêt *Delgamuukw* que la situation des autochtones d'Amérique du Nord et d'Australie, relativement à leur autonomie politique, ne pouvait se comparer à celle d'une colonie conquise<sup>53</sup>. Cela tenait selon lui à la nature de leur gouvernement, au fait qu'il n'était pas un souverain au sens austinien<sup>54</sup> du terme. L'auteur aurait pu reprendre ici la description du système politique autochtone faite par le gouverneur de la colonie de New York, Thomas Pownall :

*they never had any one civil union ; and consequently they could not ever have, nor never had any government. They know no such thing as administrative or executive power, properly so called : they allow the authority of advice ; (a kind of legislative authority ;) but there is no civil coercion amongst them : they never had any one collective actuating power among the whole, nor any magistrate or magistrates to execute such power.*<sup>55</sup>

Étant donné que les autochtones ne disposaient d'aucun appareil étatique et qu'ils se gouvernaient par consensus, la Couronne se trouvait donc en pratique incapable de prendre la place de l'ancien souverain. Walters a conclu de son observation que les autochtones ont été ainsi en mesure de conserver les lois régissant le gouvernement de leurs communautés<sup>56</sup>. L'auteur aurait dû toutefois pousser plus loin la logique de son argument. Si le caractère particulier du régime politique autochtone a permis qu'il survive à l'établissement de la souveraineté de la couronne, la préservation de ce caractère devenait une condition de la perpétuation du régime politique en question. Le gouvernement traditionnel autochtone ne pouvait conséquemment se transformer en un gouvernement austinien semblable à celui d'un État moderne, d'autant plus que la common law y faisait toujours obstacle, elle qui n'a jamais reconnu d'autre

---

<sup>51</sup> *Mabo c. Queensland*, précité, note 1, p. 427 et 428 (jj. Brennan, Mason et McHugh). Les juges Deane, Gaudron et Toohey ont adopté des motifs similaires : *id.*, 440, 484 et 485.

<sup>52</sup> *Smith c. Brown*, 2 Salk. 666, 91 E.R. 566. Le tribunal a peut-être été influencé par la nature politiquement explosive du litige. Il devait effectivement se prononcer sur la légalité de l'esclavage en Virginie, une pratique interdite en Angleterre. Qualifier la Virginie de colonie conquise permettait alors au tribunal de ne pas appliquer automatiquement les lois anglaises, et ainsi permettre la continuation de l'esclavage.

<sup>53</sup> M. WALTERS, *loc. cit.*, note 10.

<sup>54</sup> De John Austin, l'un des plus influents interprètes de la doctrine du positivisme juridique. Un État austinien serait un État qui comprend une structure hiérarchique du pouvoir et où les lois sont des ordres venant d'un souverain qui en force le respect par un appareil de contrainte : *id.*, 375, note infrapaginale 75.

<sup>55</sup> Thomas POWNALL, *The Administration of the British Colonies*, 5<sup>e</sup> éd., vol. I, London, J. Walter, 1774, p. 225.

<sup>56</sup> M. WALTERS, *loc. cit.*, note 10, 366-386 et 390-392.

gouvernement que celui de Sa Majesté<sup>57</sup>. Quant au sort de ce gouvernement traditionnel, il faudrait, pour le connaître, savoir ce qu'il est advenu des structures sociales qui lui ont d'abord permis de fonctionner.

On ne peut évoquer la question de l'autonomie gouvernementale autochtone en passant sous silence la jurisprudence américaine, ne serait-ce que pour expliquer pourquoi cette jurisprudence ne s'applique pas au nord du quarante-cinquième parallèle. Il y a plus d'un siècle et demi, en effet, la Cour suprême des États-Unis a jugé que les nations autochtones jouissaient d'un droit inhérent de se gouverner<sup>58</sup>. La Cour a ensuite parlé de ce droit en termes de souveraineté résiduaire ; les tribus indiennes, a-t-elle affirmé, possèdent encore ces attributs de la souveraineté qui ne leur ont pas été enlevés par un traité, par une loi, ou en raison de leur statut de peuple dépendant<sup>59</sup>. Souveraineté divisible, pouvoir politique décentralisé, il s'agissait d'un divorce complet avec le droit constitutionnel anglais. Cela ne devrait pas surprendre puisque les Américains ont justifié leur révolution en refusant d'accepter la conception que se faisait la métropole de sa souveraineté<sup>60</sup>. Le fruit de leur révolution, la Constitution des États-Unis, a d'ailleurs été un exercice de partage de la souveraineté entre différents paliers de gouvernements<sup>61</sup>.

L'adoption de la Constitution de 1789 n'est pas la seule raison pour écarter la jurisprudence américaine, encore qu'elle suffirait. La Cour suprême des États-Unis a aussi motivé sa décision en invoquant une soi-disant pratique coloniale britannique visant le respect de l'autonomie politique interne des communautés autochtones, une pratique que la Cour a présentée comme certaine et sans aucune exception<sup>62</sup>. Elle aurait même été concrétisée, semble-t-elle dire, par

---

<sup>57</sup> *Supra*, sections I.A et I.B.

<sup>58</sup> *Cherokee Nation c. State of Georgia*, 30 U.S. (5 Pet.) 1 (1831); *Worcester c. State of Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832).

<sup>59</sup> Pour un arrêt récent, voir *United States c. Wheeler*, (1978) 435 U.S. 313, 326 (j. Stewart).

<sup>60</sup> Avant de suggérer d'en venir aux armes, des intellectuels américains influents tels Edmund Burke, John Dickinson et Richard Bland, ont prétendu que la souveraineté pouvait être divisée, que chaque gouvernement, celui de la Grande-Bretagne et sa contrepartie dans la colonie, était souverain dans sa sphère de compétence. Les colonies voulaient de la sorte conserver le contrôle de leurs affaires internes. Whitehall leur répondit inlassablement que si le gouvernement de la colonie n'était pas subordonné au Parlement, il y avait alors deux souverains dans le même État, une contradiction dans les termes, conclurent les ministres du roi : Bernard BAILYN, *The Ideological Origins of the American Revolution*, Cambridge, Harvard University Press, 1967, surtout les pp. 208-211, 223-225.

<sup>61</sup> Alors que la Cour suprême des États-Unis reconnaissait le droit souverain des autochtones, vers 1820, les théoriciens du droit n'arrêtaient pas de dissenter sur les différentes façons dont la souveraineté pouvait être partagée : Charles E. MERRIAM, *A History of American Political Theories*, 1936, réimpression par Johnson Reprint Corporation, New York et London, 1968, p. 252 et suiv.

<sup>62</sup> *Worcester c. State of Georgia*, précité, note 58, 547 (j. Marshall). La Cour suprême du Canada a fait preuve de plus de nuances lors de l'affaire *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, 1055. Le juge Lamer y a écrit que la couronne britannique reconnaissait aux Indiens « l'autonomie dans leurs affaires internes, intervenant le moins possible dans ce domaine. »

l'adoption de la *Proclamation royale de 1763*<sup>63</sup>. Des auteurs canadiens ont repris à leur compte cette description des faits, mais sans examen sérieux de leur véracité, ni critique de l'interprétation qu'on leur a donnée.

## II. LA CONFORMITE DES PRATIQUES COLONIALES AVEC LE DROIT CONSTITUTIONNEL ANGLAIS

Le professeur Brian Slattery est certainement le plus connu parmi ces auteurs canadiens. Sa thèse a d'ailleurs été reprise en substance par la Commission royale sur les peuples autochtones<sup>64</sup>. D'après le professeur Slattery, les pratiques coloniales des XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles ont à elles seules défini un régime juridique particulier applicable aux autochtones d'Amérique du Nord, ce qui inclurait pour eux un droit à l'autonomie gouvernementale<sup>65</sup>. En supposant que le professeur Slattery ait eu raison sur l'importance déterminante des pratiques coloniales, même en regard d'éventuels droits politiques<sup>66</sup>, la pratique de reconnaître l'autonomie gouvernementale autochtone a-t-elle été aussi absolue et univoque que l'a prétendu la Cour suprême des États-Unis<sup>67</sup>? Il serait trompeur de tenter de résumer la nature des relations anglo-indiennes par une interprétation aussi simple de l'histoire. Ces relations étaient d'autant complexes qu'elles dépendaient de plusieurs facteurs. Mentionnons, parmi d'autres, la force militaire respective des autochtones et des Anglais, en un lieu et à un moment donnés, et le rôle stratégique de certains autres autochtones, ceux occupant des régions tampons entre les Anglais et leurs ennemis Français ou Espagnols.

### A. Une relation anglo-indienne à géométrie variable

Après s'être assuré de leur emprise sur une contrée, les Anglais n'ont éprouvé aucun doute quant à leur capacité d'interférer avec le gouvernement interne des autochtones. Les autorités des colonies de Plymouth et de Massachusetts Bay ont ainsi mis sur pied un régime juridique pour assimiler totalement les autochtones des plantations. Ils leur imposèrent les lois anglaises,

---

<sup>63</sup> Lire *infra*, note 104 et le texte correspondant. Pour le texte de la *Proclamation royale de 1763*, voir *supra*, note 3.

<sup>64</sup> COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *op.cit.*, note 2, pp. 5-10 et 20-22.

<sup>65</sup> B. SLATTERY, *loc. cit.*, note 10, 736-741. Lire du même auteur « First Nations and the Constitution : A Question of Trust », (1992) 71 *R. du B. can.* 261. Nous ne contestons pas que les pratiques coloniales aient pu générer des règles de common law; nous soutenons toutefois que ces règles ne peuvent avoir eu pour effet de reconnaître des droits inhérents de gouvernement aux autochtones.

<sup>66</sup> Notons que le professeur Slattery concède que les pratiques coloniales n'ont pu permettre la continuation des lois aborigènes incompatibles avec la souveraineté de la couronne : B. SLATTERY, *loc. cit.*, note 10, 738. Lire aussi M. WALTERS, *loc.cit.*, note 10, 390. Or notre thèse est justement que la souveraineté de la couronne ne permet pas de reconnaître aux autochtones un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale.

<sup>67</sup> *Supra*, note 62.

et mirent des « blancs » à la tête de leurs communautés<sup>68</sup>. Plus au sud, les établissements des Carolines et de Virginie votèrent des lois obligeant les autochtones à soumettre le choix de leurs chefs à l'approbation du gouverneur anglais<sup>69</sup>. Pareilles lois auraient-elles contredit sa politique que le roi aurait pu manifester son opposition en les désavouant. C'est d'ailleurs ce qu'il a fait en d'autres occasions, notamment lorsque des colonies ont voulu restreindre à leur avantage le commerce avec les Indiens<sup>70</sup>.

Les Anglais, à l'opposé, se sont montrés très déférents envers les peuples autochtones qui représentaient une menace militaire, ou qui pouvaient jouer un rôle en tant qu'alliés ou ennemis dans les guerres contre la France et l'Espagne. Ils ont traité avec ces peuples comme avec des puissances indépendantes<sup>71</sup>. Les colonies ont tout au plus cherché à leur imposer l'équivalent du statut d'un protectorat. État partiellement souverain, le protectorat a perdu le contrôle de ses relations avec les autres États, mais a conservé la capacité d'administrer son territoire. Il bénéficie en contrepartie de la protection d'un État plus puissant<sup>72</sup>.

L'institution du protectorat correspond en plusieurs points à la description qu'a faite la Cour suprême des États-Unis de la relation unissant son pays aux nations autochtones<sup>73</sup>. Elle en a déduit que les autochtones avaient conservé

---

<sup>68</sup> Yasuhide KAWASHIMA, *Puritan Justice and the Indian : White Man's Law in Massachusetts, 1630-1763*, Middletown, Wesleyan University Press, 1986, pp. 32, 39 et 42; James P. RONDA, « Red and White at the Bench : Indians and the Law in Plymouth Colony, 1620-1691 », (1974) 110 *Essex Institute Historical Quarterly* 200, 215. Pour un exemple de ces lois, voir « AN ACT of the Province of Massachusetts Bay, passed 1693-4, for the better rule and government of the Indians in their several plantations », dans *Laws of the Colonial and State Governments, Relating to Indians and Indian Affairs, from 1633 to 1831*, Washington (D.C.), Thompson and Homans, 1832, réimpression par Earl M. Coleman, Stanfordville (New York), 1979, p. 12 (ci-après cité : « Laws of the Colonial »).

<sup>69</sup> « 1665 : An Act concerning Indians », dans *Laws of the Colonial, id.*, pp. 150 et 151; William S. ROBINSON, *The Southern Colonial Frontier, 1607-1763*, Albuquerque, University of New Mexico Press, 1979, p. 190.

<sup>70</sup> A.B. KEITH, *op.cit.*, note 33, pp. 294, 295 et 320; Oliver M. DICKERSON, *American Colonial Government 1696-1765*, Cleveland, The Arthur H. Clark Co., 1912, pp. 241, 242, 249 et 341.

<sup>71</sup> Y. KAWASHIMA, *op.cit.*, note 68, pp. 22, 23 et 231, où l'auteur a évoqué le statut des peuples du nord de la Nouvelle-Angleterre. Les traités signés avec les Creeks sont un autre exemple du respect témoigné à certaines nations autochtones : Alden T. VAUGHAN (dir.), *Early American Indian Documents : Treaties and Laws, 1607-1789*, vol. XI, Georgia Treaties (1733-1763), Washington, University Publications of America Inc., 1989, pp. 15 et 16, 63-65, et 270-272.

<sup>72</sup> H. JENKINS, *op. cit.*, note 33, p. 165.

<sup>73</sup> « No argument can be drawn against the sovereignty of these Indian nations from the fact of their having put themselves and their lands under the protection of the British Crown : such a fact is of frequent occurrence between independent nations. One community may be bound to another by a very unequal alliance, and still be a sovereign state » : Motifs du chancelier Kent dans *Jackson c. Goodell*, 20 Johns. 193, 712 (N.Y. 1823), cités par le juge Thompson lors de l'affaire *Cherokee Nation c. State of Georgia*, précité, note 58, 67. Même si le juge Thompson était dissident, son confrère, le juge en chef Marshall, a repris cette description de la relation anglo-indienne dans *Worcester c. State of Georgia*, précité, note 58, 555, 560 et 561. Le juge Marshall a toutefois précisé que les nations indiennes ne constituaient pas des États étrangers aux États-Unis.



une citoyenneté propre, qu'ils ne jouissaient pas de la citoyenneté américaine<sup>74</sup>. Le Congrès des États-Unis a dû voter une loi pour modifier cet état de choses<sup>75</sup>. À la différence du protectorat, les personnes vivant dans les colonies de Sa Majesté devenaient ses sujets<sup>76</sup>. La citoyenneté est donc un critère permettant de distinguer le protectorat de la possession. Or il appert qu'au Canada, contrairement à ce qui s'est passé en territoire américain<sup>77</sup>, les autorités britanniques ont toujours considéré les autochtones comme des sujets de la couronne, et sans le besoin d'aucune loi particulière<sup>78</sup>. Cela équivalait à toutes fins utiles à nier l'existence d'un protectorat autochtone au Canada.

L'établissement de relations avec les autochtones pouvait se faire sur d'autres bases que le protectorat ou l'assimilation. Les autorités de Virginie ont par exemple négocié des traités où les peuples autochtones acceptèrent un statut de tributaires<sup>79</sup>. Ces traités, en même temps qu'ils faisaient des

<sup>74</sup> *Elk c. Wilkins*, 112 U.S. 94 (1884), 99-100 (j. Gray); *Iowa Mut. Ins. Co. c. LaPlante*, 480 U.S. 9 (1987), 17 (j. Marshall).

<sup>75</sup> *Loi du 2 juin 1924*, 43 Stat. 253.

<sup>76</sup> Les personnes nées dans une colonie devenaient automatiquement des citoyens anglais : *Calvin's case*, précité, note 29, 398 (j. Coke). Quant à leurs parents, lorsqu'ils étaient des habitants d'une colonie conquise ou cédée, ils acquéraient ce statut dès que le roi leur promettait sa protection : *Campbell c. Hall*, précité, note 32, 1047 (j. Mansfield), cité par le juge Hall dans *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, précité, note 2, 388 et 389; W. HOLDSWORTH, *op. cit.*, note 11, vol. IX, 3<sup>e</sup> éd., 1944, p. 88; et K. McNEIL, *op. cit.*, note 23, pp. 208 et 209.

<sup>77</sup> Dans la cause *The Mohegan Indians c. Connecticut*, une affaire de 1743 où siégeaient des commissaires nommés par le roi, deux commissaires sur trois ont décidé, sur une question procédurale, que les Mohegans formaient un peuple distinct, politiquement autonome, et qu'ils n'étaient pas des sujets du roi : cité par James YOUNGBLOOD HENDERSON, dans « Unraveling the Riddle of Aboriginal Title », (1977) 5 *American Indian Law Review* 75, 98 et 99. Cette cause est le pivot de la thèse de doctorat de Bruce Clark, l'auteur s'en servant pour démontrer l'existence d'un droit constitutionnel des autochtones du Canada à l'autonomie gouvernementale : B. CLARK, *op. cit.*, note 10, pp. 37-45.

<sup>78</sup> Les juges Dalton et Mathers ont souligné cette opposition entre les droits américain et canadien dans *R. ex rel. Gibb c. White*, (1870) 5 P.R. 315, 317 (C.P. Ont.) et *Sanderson c. Heap*, (1909) 19 Man. L.R. 122, 125 (C. du B.R.). Le juge en chef Macaulay, lors de la rédaction d'un rapport en 1839, avait lui aussi émis l'opinion que les autochtones n'avaient « aucun droit à aucune nationalité distincte, qu'ils étaient justiciables des lois du pays, et pouvaient en réclamer la protection ». Les paroles du juge en chef ont été citées avec approbation dans le « Rapport des commissaires spéciaux, nommés le 8 septembre 1856, pour s'enquérir des affaires des Sauvages en Canada », *Journaux de l'assemblée législative du Canada*, 21 Vict., 1858, appendice n° 21 (non paginé). On peut aussi lire au même effet : *R. c. Phelps*, (1823) 1 Tay. 47, 52-54 (C. du B.R. du H.-C.) (la Cour); *Johnson c. Jones*, (1895) 26 O.R. 109, 114 (Chanc.) (j. Rose); *Prince c. Tracey*, (1913) 25 W.L.R. 412, 417 (C. du B.R. du Man.) (j. Prendergast); *R. c. Strongquill*, (1953) 16 C.R. 194, 211 et 212 (j. Procter), 217 (j. McNiven) (C.A. Sask.); *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, 36, (j. Dickson); K. McNEIL, *op. cit.*, note 10, p. 248; Jack WOODWARD, *Native Law*, Toronto, Carswell, 1990, pp. 143-145; et Sidney L. HARRING, « The Liberal Treatment of Indians : Native People in Nineteenth Century Ontario Law », (1992) 56 *Sask. L. Rev.* 297, 315-319.

<sup>79</sup> Cela a été fait sur l'ordre des propriétaires de la colonie : « Instructions du Conseil de la Virginie », dans A.T. VAUGHAN, *op. cit.*, note 71, vol. IV, *Virginia Treaties (1607-1722)*, 1983, pp. 6-9.

autochtones des sujets de Sa Majesté, reconnaissaient l'existence de leur gouvernement et le plaçait sous la protection de la colonie, en échange de quoi les autochtones consentaient à payer un tribut annuel à leur défenseur. Le tribut, quelques peaux de castors et des flèches, était une reconnaissance par les sachems indiens qu'ils devaient leur rang au roi anglais, en d'autres termes qu'ils exerçaient des pouvoirs délégués et non des pouvoirs inhérents<sup>80</sup>. De tous les accord signés par les tributaires, les « Articles de Paix de 1677 » ont certes fait école car le roi, après examen de ce document négocié par ses envoyés, a voulu en étendre les principes aux colonies voisines. On modifia par conséquent le traité pour y inclure les autochtones du Maryland<sup>81</sup>. Éventuellement, ceux de Caroline du Sud devaient eux-aussi assumer le statut de tributaires<sup>82</sup>.

Loin d'indiquer la présence d'une pratique coloniale uniforme, notre bref survol historique démontre plutôt la capacité d'adaptation des Anglais : ils savaient moduler leur comportement selon les circonstances ; ils savaient aussi qualifier légalement leur relation avec les autochtones d'une manière ne choquant pas la culture juridique de la mère patrie. En résumé, l'autochtone, tant qu'il vivait dans un État séparé, un protectorat, pouvait jouir d'un droit inhérent de se gouverner ; mais aussitôt que sa terre était annexée par le roi, et qu'il devenait citoyen anglais, la common law ne pouvait plus reconnaître son gouvernement<sup>83</sup>. Il fallait alors un acte exprès du souverain anglais pour le faire revivre.

## B. Le caractère déclaratoire de la Proclamation royale de 1763

Comme nous l'avons rapporté plus haut, les défenseurs du gouvernement inhérent des autochtones ont aussi invoqué à l'appui de leur thèse la *Proclamation royale de 1763*. La Proclamation était un décret royal visant à organiser politiquement les nouvelles possessions britanniques après la guerre de Sept Ans. Adoptée sous le grand sceau de la Grande-Bretagne, elle a formé,

---

<sup>80</sup> Les « Articles de Paix de 1677 » (A.T. VAUGHAN, *id.*, p. 85) signés avec les nations Pamunkey, Waonoke, Nottoways et Nancymond stipulaient : « That every Indian King and Queen [...] every year [...] pay the accustomed tribute of twenty beaver skins to the governor, and also their quitrent aforesaid, in acknowledgement they hold their Crowns and Lands of the Great King of England. » Le 29 juillet 1708, les Saponies ont réclamé le statut de tributaire sur la base des « Articles de Paix de 1677 », *id.*, pp. 158 et 159. Le « Traité de paix de Necotowance de 1646 », *id.*, p. 68, stipulait lui-aussi : « That Necotowance do acknowledge to hold his Kingdome from the King's Majestie of England ».

<sup>81</sup> W.S. ROBINSON, *op. cit.*, note 69, p. 68.

<sup>82</sup> *Id.*, p. 190.

<sup>83</sup> Le roi peut étendre unilatéralement sa juridiction sur un protectorat sans que son acte puisse être contesté devant un tribunal anglais, car il s'agit d'un acte d'État : *Sobhuza II c. Miller*, [1926] A.C. 518, 523 (C.P.) (J. Haldane). Au Canada, à supposer qu'il y ait jamais eu un protectorat autochtone, les actes d'État affirmant la souveraineté de la couronne ont été de plus confirmés par des lois : *supra*, note 3.

conjointement avec la commission du gouverneur Murray, la première constitution du Québec et de l'Ontario<sup>84</sup>.

#### 1. La Proclamation comme expression de la common law

La *Proclamation royale de 1763* contenait trois mesures affectant directement les autochtones : le tracé d'une frontière au-delà de laquelle aucun établissement européen ne serait permis, créant de ce fait une immense réserve indienne au nord et à l'ouest des colonies ; l'interdiction des achats privés de terres indiennes à l'intérieur des colonies ; et une déclaration de la liberté de commerce de tous les sujets de Sa Majesté avec les Indiens, sujette à une réglementation à venir<sup>85</sup>. La Proclamation, au total, n'annonçait rien de radicalement nouveau. La liberté de commerce préoccupait le gouvernement britannique depuis le début du XVIII<sup>e</sup> siècle<sup>86</sup>. L'interdiction faite aux particuliers de négocier la cession d'une terre indienne avait déjà été incluse, en 1753, dans les instructions des lords du commerce au gouverneur Osborne de New York<sup>87</sup>, puis reprise l'année suivante par les participants à la conférence anglo-indienne d'Albany<sup>88</sup>. Quant à la délimitation du territoire indien de la frontière, la mesure d'inspiration la plus récente, on peut la faire remonter à la signature du Traité d'Easton de 1758. Confirmé par Whitehall, ce traité interdisait tout établissement européen à l'ouest des Alleghanies (Pennsylvanie)<sup>89</sup>. Il fallut attendre 1761 avant qu'on se rende compte, dans les cercles ministériels, de la nécessité politique d'étendre la mesure à l'ensemble des colonies<sup>90</sup>.

À tous égards, la *Proclamation royale de 1763* s'inscrivait donc dans la continuité des politiques passées. Son texte consolidait pour l'essentiel les directives royales des neuf dernières années, soit durant la période où l'on a cherché, par la création des charges de surintendant des affaires indiennes, à centraliser la gestion de ces affaires entre des mains impériales<sup>91</sup>. Et même

---

<sup>84</sup> Pour mieux comprendre la relation entre la Proclamation et la commission du gouverneur, lire André ÉMOND, « Existe-t-il un titre indien originaire dans les territoires cédés par la France en 1763? », (1996) 41 *R.D. McGill* 59.

<sup>85</sup> *Proclamation Royale de 1763*, précitée, note 3, pp. 4-7.

<sup>86</sup> *Supra*, note 70.

<sup>87</sup> « When the Indians are disposed to sell any of their lands the purchase ought to be made in His Majesty's name and at the public charge. » Reproduit dans Edmund Bailey O'CALLAGHAN (dir.), *Documents Relative to the Colonial History of the State of New York*, vol. VI, Albany, Weed, Parsons and Co., 1853-1887, p. 801 (ci-après cité : « N.Y.C.D. »).

<sup>88</sup> *Id.*, vol. VI, p. 888 : « Compte rendu d'une réunion tenue le 9 juillet 1754 ».

<sup>89</sup> Clarence W. ALVORD, *Genesis of the Proclamation of 1763*, Lansing, Michigan Pioneer and Historical Society Collections, 1908, pp. 13-14.

<sup>90</sup> *Id.*, p. 16.

<sup>91</sup> *Id.*, p. 10; Robert A. HUMPHREYS, « Lord Shelburne and the Proclamation of 1763 », (1934) 69 *English Historical Review* 241, 254; John L. TOBIAS, « Protection, Civilization, Assimilation : An Outline History of Canada's Indian Policy », (1976) 6(2) *The Western Canadian Journal of Anthropology* 13, 14; Jack M. SOSIN, *Whitehall and the Wilderness : The Middle West in British Colonial Policy, 1760-1775*, Westport, Greenwood Press, 1980, p. 51.

cette centralisation ne visait pas tant à modifier le fondement de la diplomatie britannique, soit la protection du titre des autochtones attachés au roi, qu'à s'assurer au contraire de son respect<sup>92</sup>. Au chapitre du titre indien, le roi, par sa Proclamation, promettait d'ailleurs aux autochtones :

*la possession entière et paisible des 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>93</sup>

Quoique les avis divergent sur l'interprétation à lui donner concernant la nature des droits des Indiens, on s'accorde généralement sur le caractère déclaratoire en common law de la *Proclamation royale de 1763*<sup>94</sup>. Étant donné sa portée territoriale limitée, elle aurait été effectivement de peu d'utilité aux autochtones si on l'avait considérée comme une simple loi<sup>95</sup>. Le juge Hall l'a pour sa part comparée, lors de l'affaire *Calder*, au statut de la *Magna Carta*, une loi s'appliquant chaque fois que l'Angleterre étendait sa souveraineté à de nouveaux territoires<sup>96</sup>. Dans *R. c. Foreign Secretary, Ex parte Indian Association of Alberta and Others*<sup>97</sup>, Lord Denning, tout en faisant siens les motifs du juge Hall, ajouta que la Proclamation « *was equivalent to an*

<sup>92</sup> Par exemple, en confiant exclusivement à des agents gouvernementaux les négociations portant sur l'extinction du titre indien, on se démarquait d'une pratique centenaire voulant que des particuliers, munis d'un permis des autorités, remplissent cette fonction. L'exigence d'un permis avait pourtant été considérée jusque là comme suffisante pour garantir la protection des autochtones (lire le compte rendu de la réunion du 9 juillet dans le cadre de la conférence anglo-indienne d'Albany de 1754, *op.cit.* note 88, p. 888). L'apparente collusion de certains gouverneurs avec les spéculateurs fonciers a fait changer d'avis le roi, Sa Majesté s'étant dit choquée que les nombreuses lois coloniales et les instructions de ses prédécesseurs à ce sujet n'aient pas été observées (N.Y.C.D., vol. VII, pp. 478 et 479; Leonard W. LABAREE, *Royal Instructions to British Colonial Governors, 1670-1776*, vol. II, New York, Octagon Books, 1967, pp. 476-478).

<sup>93</sup> *Proclamation Royale de 1763*, précitée, note 3, p. 4.

<sup>94</sup> COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *op. cit.*, note 2, pp. 16-18; Brian SLATTERY, « First Nations and the Constitution : A Question of Trust », (1992) 71 *R. du B. can.* 261, 272; J. WOODWARD, *op.cit.*, note 78, pp. 75 et 76; Henri BRUN et Guy TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 2<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990, pp. 142 et 143; René DUSSAULT et Louis BORGEAT, *Traité de droit administratif*, 2<sup>e</sup> éd., t. II, Québec, P.U.L., 1986, p. 98; *R. c. Wesley*, (1932) 2 W.W.R. 337, 350 (j. McGillivray) (Alta. S.C.); *R. c. White and Bob*, (1965) 50 D.L.R. (2d) 61, 647 (j. Norris) (C.A. C.-B.), conf. (1966) 52 D.L.R. (2d) 481 (C.S.C.); *Delgamuukw c. British Columbia*, précité, note 7, 367 (j. Wallace), 386 (j. Hutcheon); *R. c. Issac*, (1976) 13 N.S.R. (2d) 460, 469 et 478 (j. MacKeighan), 496 et 497 (j. Cooper) (C.A.); *Adams c. La Reine*, [1993] R.J.Q. 1011, 1020 et 1021 (j. Beauregard), 1035 (j. Rothman, dissident pour d'autres considérations) (C.A.).

<sup>95</sup> La Proclamation de 1763 n'aurait pas eu d'effet au nord du Québec et de l'Ontario, ni dans les provinces de l'ouest, ou encore dans les territoires du nord non organisés en province : *R. c. Wesley*, [1932] 2 W.W.R. 337, 349 (j. McGillivray); *R. c. Sikyea*, (1964) 43 D.L.R. 150, 152 (C.A. T. d. N.-O.) (j. Johnson), conf. [1964] R.C.S. 642; *Sigeareak E1-53 c. La Reine*, [1966] R.C.S. 645, 649 et 650 (j. Hall); *Delgamuukw c. British Columbia*, précité, note 7, 153 et 154 (j. MacFarlane), 226 et 367 (j. Wallace), et 384 (j. Hutcheon); *Sawridge Band c. Canada*, C.F., n° T-66-86, 6 juillet 1995.

<sup>96</sup> *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, précité, note 2, 395.

<sup>97</sup> *R. c. Foreign Secretary, Ex parte Indian Association of Alberta and Others*, [1982] Q.B. 892.

*entrenched provision in the constitution of the colonies in North America* »<sup>98</sup>. Ses principes devaient donc être appliqués partout au Canada<sup>99</sup>.

## 2. La nature des droits reconnus par la Proclamation

Évidemment, si la Proclamation de 1763 n'était que l'expression législative de la common law, elle devait respecter le principe du monopole gouvernemental de la couronne. D'aucuns alors objecteront que le droit de l'Amérique du Nord différait<sup>100</sup>; et il leur faut gagner ce point pour écarter l'application au Canada de la jurisprudence du Conseil privé relative à l'Afrique<sup>101</sup>. À première vue, pourtant, une telle assertion contredit l'intention avouée du gouvernement britannique au lendemain de la conquête de la Nouvelle-France. Le secrétaire permanent du Board of Trade, John Pownall, avait alors préconisé que le gouvernement respecte scrupuleusement « the rights and liberties of the crown and people, [...] and every other great principle of constitution relative to the important interests of the state »<sup>102</sup>. Elle semble aussi contredire la Constitution du Canada de 1867 dont le préambule énonce qu'elle repose sur les « mêmes principes que celle du Royaume-Uni »<sup>103</sup>.

La Cour suprême du Canada n'a pas encore eu à se prononcer sur l'hypothèse d'un droit gouvernemental reconnu par la Proclamation de 1763. Celle des États-Unis, par contre, a peut-être vu dans la Proclamation un tel droit. Il est difficile d'être catégorique car la Cour a mentionné le décret impérial dans un portrait impressionniste des actions britanniques, à la suite de quoi elle a conclu à l'existence d'une politique reconnaissant l'autonomie gouvernementale indienne<sup>104</sup>.

Des auteurs n'hésitent pas quant à eux à interpréter ainsi la Proclamation. Ils insistent sur la garantie concernant le libre usage des terres en pensant démontrer l'existence d'un droit politique<sup>105</sup>, alors que la garantie pourrait tout

---

<sup>98</sup> *Id.*, 912.

<sup>99</sup> *Id.*, 913 (j. Denning).

<sup>100</sup> *Supra*, note 65.

<sup>101</sup> Lire *supra*, notes 44 et 45 et le texte correspondant.

<sup>102</sup> R.A. HUMPHREYS, *loc. cit.*, note 91, 256.

<sup>103</sup> *Loi constitutionnelle de 1867*, L.R.C. (1985), App. II, n° 5. Monsieur Slattery a répondu à cela que la doctrine anglaise de l'omnipotence du Parlement n'avait pas sa place en droit canadien. Il lui a opposé l'idée qu'il existe dans la *Loi constitutionnelle de 1867* une constitution cachée, un pacte fiduciaire unissant différentes communautés politiques dont les peuples autochtones. L'auteur, pour illustrer sa thèse, a suggéré que la province de Québec jouirait elle aussi d'une relation fiduciaire spéciale avec le Canada : B. SLATTERY, *loc. cit.*, note 94, 268 à 278. Nous pensons que la thèse d'une constitution cachée, qui réserverait entre autres un statut spécial pour le Québec, a été rejetée par la Cour suprême du Canada lors du *Renvoi sur le rapatriement de la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753.

<sup>104</sup> *Worcester c. State of Georgia*, précité, note 58, 547 et 548.

<sup>105</sup> A. LAFONTAINE, *loc. cit.*, note 10, 732 et 733; B. CLARK, *op. cit.*, note 10, p. 9 et COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *op. cit.*, note 2, pp. 18 et 19.

aussi bien être la mesure du droit généralement reconnu au propriétaire privé d'user de son bien. Le fait qu'il s'agisse d'un droit collectif n'y change rien. Ces auteurs auraient eu avantage à consulter les directives adressées aux gouverneurs dans les autres parties de l'Empire britannique. Ils auraient alors pu constater que ce n'était pas une politique propre au continent américain, mais plutôt une politique d'application générale, comme en Australie où le gouverneur avait été instruit de protéger les aborigènes « *in their persons and in the free enjoyment of their possession* »<sup>106</sup>. Cela n'a pourtant pas empêché la Haute cour de ce pays de conclure que les aborigènes ne jouissaient pas d'un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale<sup>107</sup>.

Les mêmes auteurs tirent aussi plusieurs arguments à partir du vocabulaire utilisé occasionnellement par le roi dans sa Proclamation ou les instructions l'accompagnant. Ils nous réfèrent par exemple à l'exigence de s'assurer du respect des *coutumes autochtones* lors d'une cession de leurs terres<sup>108</sup>. Celles-ci ont pourtant survécu comme la Coutume de Paris a survécu après la chute de la Nouvelle-France, c'est-à-dire en vertu du principe de la continuité des lois suite à un changement de souveraineté<sup>109</sup>. Il fallait aussi que les agents des affaires indiennes s'assurent du consentement des autochtones avant d'accepter une cession. Un droit collectif étant en cause, il était normal de se rapporter aux règles que cette collectivité s'était données. On nous parle aussi du choix du *traité* en tant que mode de transaction avec les autochtones<sup>110</sup>. Le traité indien était un accord *sui generis* qui ne se comparait pas aux traités internationaux, a décidé la Cour suprême du Canada<sup>111</sup>. Sa signification dépendait donc du contexte de son utilisation. Ainsi, durant le temps de guerre, le traité indien a eu pour objet d'établir la paix ou conclure une alliance, ce qui signifiait une reconnaissance implicite par les autorités britanniques d'une certaine indépendance des autochtones<sup>112</sup>. Il n'est pas évident que le traité ait eu la même signification au lendemain de la guerre, une fois la défaite française consommée et tout danger écarté<sup>113</sup>. De fait, on n'y parlait plus d'alliance ou de

---

*Contra* : Robert J. SURTEES, *Indian Land Cessions in Ontario, 1763-1862 : The Evolution of a System*, thèse de doctorat, Ottawa, Faculté des Études supérieures, Université de Carleton, 1982, pp. 6-9.

<sup>106</sup> *Mabo c. Queensland*, précité, note 1, 467 (j. Dawson), 446 (jj. Deane et Gaudron).

<sup>107</sup> *Supra*, note 9.

<sup>108</sup> COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *op. cit.*, note 2, p. 17; A. LAFONTAINE, *loc. cit.*, note 10, 710 et 711.

<sup>109</sup> Lire *supra*, notes 47 à 52 et le texte correspondant.

<sup>110</sup> COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *op. cit.*, note 2, p. 17; A. LAFONTAINE, *loc. cit.*, note 10, 728-730.

<sup>111</sup> *R. c. Sioui*, précité, note 62, 1056 (j. Lamer); *Francis c. La Reine*, [1956] R.C.S 618, 631 (j. Kellock); *R. c. Vincent*, (1993) 12 O.R. (3d) 397, 404-407 (j. Lacourcière) (C.A.), permission d'en appeler refusée le 14 octobre 1993 par la Cour suprême du Canada.

<sup>112</sup> *R. c. Sioui*, précité, note 62, 1052 et 1053 (j. Lamer).

<sup>113</sup> Au Canada, comme l'a noté la Cour d'appel d'Ontario dans *R. c. Vincent*, précité, note 111, 411 : « le rôle fiduciaire de la couronne est incompatible avec le statut autonome d'alliées libres revendiqué par les tribus amérindiennes. »

paix, mais uniquement de cession de terre<sup>114</sup>. Y aurait-il eu des exceptions qu'elles pourraient être expliquées par le décalage dans le temps qu'on observe à l'occasion entre le droit anglais et les faits<sup>115</sup>.

Le professeur Francis Jennings a noté à ce propos que les Anglais avaient coutume de suspendre, sans les abandonner, des prétentions juridiques qu'ils se savaient incapables d'appliquer<sup>116</sup>. La *Proclamation royale de 1763* offre un bon exemple. Le roi y a déclaré que dans les régions cédées par la France, maintenant des possessions de la couronne, les autochtones seront sous sa « protection » et son « autorité », ce qui faisait d'eux, *de jure*, des sujets de la couronne<sup>117</sup>. Dans ses instructions au gouverneur Murray, Sa Majesté a pourtant prêché une forme d'étapisme. Elle voulait en effet transformer « graduellement » les autochtones en de bons sujets britanniques, le moyen choisi étant de leur promettre sa protection et son amitié tout en les comblant de cadeaux<sup>118</sup>. Le réalisme des instructions royales faisait pendant au dogmatisme de la Proclamation, mais sans rien changer au contexte légal ; les autochtones étaient déjà devenus des sujets britanniques, et leurs terres, des possessions de la couronne<sup>119</sup>. Il faut donc éviter de choisir ici et là des termes utilisés par le gouvernement impérial pour les interpréter hors de leur contexte.

Notre interprétation de la nature privée des droits des autochtones concorde par ailleurs avec l'attitude britannique après la chute de la Nouvelle-France. En effet, lorsque des autochtones se sont montrés inquiets que les autorités veuillent leur imposer les lois britanniques, ils ont alors fait valoir que, sous le régime français, ils pouvaient exercer leurs coutumes. Les articles de capitulation de Montréal, croyaient les autochtones, leur avaient garanti « *the enjoyment of*

---

<sup>114</sup> James Douglas LEIGHTON, *The Development of Federal Indian Policy in Canada, 1840-1890*, thèse de doctorat, Faculté des Études supérieures, University of Western Ontario, 1975, p. 42.

<sup>115</sup> Pensons aux nombreuses déclarations de souveraineté de la couronne ou du Parlement sur des terres habitées par des peuples indigènes, des déclarations que le droit admet sans considérer le pouvoir effectif de la couronne : voir *supra*, notes 3-5.

<sup>116</sup> Francis JENNINGS, *The Invasion of America : Indians, Colonialism, and the Cant of Conquest*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1975, p. 119.

<sup>117</sup> *Supra*, note 76.

<sup>118</sup> Article 60 des « Instructions au gouverneur Murray », dans Adam SHORTT et Arthur G. DOUGHTY, *Documents concernant l'histoire constitutionnelle du Canada, 1759-1791*, 1<sup>re</sup> partie, 2<sup>e</sup> éd., Ottawa, T. Mulvey, 1921, p. 174.

<sup>119</sup> Le gouverneur Haldimand a dû lui aussi gérer ce conflit entre le droit et les faits : « Haldimand felt that the Indians should be subject to the same laws as traders and settlers, and not left to prosecute their own justice, but he, like Gage, recognized the difficulties inherent in this course. » Ruth Elizabeth PULFER, *The Administration of British Policy to the Indians in the Northern District of North America, 1760-1783*, mémoire de maîtrise, Faculté des Études supérieures, Université de Saskatchewan, 1970, p. 143. L'interprétation du droit du général Haldimand devait éventuellement être confirmée par le gouvernement impérial : « lettre de Maitland à Bathurst », le 14 février 1823, et « réponse de Maitland à Bathurst », le 4 novembre 1825, reproduites dans Arthur G. DOUGHTY et Norah STORY, *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada, 1819-1828*, vol. III, Ottawa, J.O. Patenaude imprimeur, 1935, pp. 177 et 179.

*all their civil and religious rights and usages* »<sup>120</sup>. Le général Gage<sup>121</sup> les conforta dans cette opinion en déclarant que les Indiens « *are commonly left to their own usages and customs in most things* »<sup>122</sup>. Nous pensons que l'expression clé dans l'interprétation donnée aux articles de capitulation est celle de « *civil rights* », les droits civils. On la retrouve dans une résolution de 1834 de la Chambre des communes du Royaume-Uni où les députés ont prié la reine Victoria de protéger les droits civils des aborigènes de son empire<sup>123</sup>. Cette résolution, observa avec justesse le chancelier de l'échiquier lord Althorp, loin d'être l'expression de quelque nouveau principe, « *only embodies and recognizes principles on which the British Government has for a considerable time been disposed to act* »<sup>124</sup>. Or, en common law, l'expression « droits civils » réfère généralement aux droits individuels acquis de haute lutte par les Anglais : le droit à la sécurité, le droit à la liberté et le droit de propriété<sup>125</sup>. Il arrive aussi qu'on parle des « droits civils » dans un contexte plus large pour désigner les droits qu'une personne possède en tant que citoyen<sup>126</sup>. Jamais, cependant, n'a-t-on utilisé cette expression pour représenter le droit d'une collectivité à l'exercice d'une souveraineté interne.

## CONCLUSION

Le monopole gouvernemental de la couronne est peut-être le plus ancien principe de droit public en common law. Les rois des XII<sup>e</sup> et XIII<sup>e</sup> siècles se sont engagés les uns après les autres à le préserver, au point où, dès 1235, d'aucuns ont considéré que l'inaliénabilité des droits régaliens faisait partie de la coutume<sup>127</sup>. Toute la structure constitutionnelle de l'ancien royaume d'Angleterre a par la suite été édiflée sur ce monopole<sup>128</sup>. Eut-il voulu reconnaître aux

---

<sup>120</sup> « Lettre de Guy Johnson à Thomas Gage », le 26 août 1774, reproduite dans *Papers of Sir William Johnson*, vol. XIII, Albany, The University of the State of New York, 1953, p. 675 (ci-après cité : « P.S.W.J. »).

<sup>121</sup> Gage était alors le commandant en chef des forces armées britanniques en Amérique du Nord.

<sup>122</sup> Mais il précisa : « perhaps they may have been informed that in cases of murder, or robbery, they wou'd be tried agreable to english law. » « Lettre à Guy Johnson », le 18 septembre 1774, dans P.S.W.J., *op. cit.*, note 120, p. 679.

<sup>123</sup> *Journal of the House of Commons*, vol. 89, 1834, p. 449. Ce document est aussi reproduit dans les *British Parliamentary Papers, Report from the Select Committee on Aborigines (British Settlements) Together With Minutes of Evidence, Appendix and Index, 1836-1837*, vol. 2, Shannon, Irish University Press, 1968, pp. 4 et 5 (ci-après cité : « Report From the Select Committee »).

<sup>124</sup> *Report from the Select Committee, id.*, p. 5. Par ailleurs, on peut constater que ni le Parlement ni le chancelier n'ont établi de distinction entre l'Amérique et les possessions de la couronne des autres continents.

<sup>125</sup> W. BLACKSTONE, *op. cit.*, note 12, vol. I, pp. 125-135. Pour consulter un auteur contemporain des parlementaires de 1837, lire G. BOWYER, *Commentaries on the Constitutional Law of England*, 2<sup>e</sup> éd., London, V. & R. Stevens and G. S. Norton, 1846, pp. 417 et 418.

<sup>126</sup> W. BLACKSTONE, *op. cit.*, note 12, vol. IV, p. 5.

<sup>127</sup> Selon P.N. RIESENBERG, *op. cit.*, note 17, p. 123.

<sup>128</sup> *Supra*, note 24.



autochtones d'Amérique un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale que le roi en aurait été incapable, car la couronne ne peut violer la common law. La jurisprudence du Comité judiciaire du Conseil privé a d'ailleurs confirmé l'actualité en droit du monopole gouvernemental de Sa Majesté<sup>129</sup>. Il était donc inutile d'invoquer une pratique coloniale pour prouver le contraire, en supposant, ce qui est pour le moins douteux, qu'une telle pratique ait jamais existé<sup>130</sup>.

Le gouvernement inhérent des autochtones a vécu jusqu'à l'incorporation de leurs terres au domaine de la couronne. On ne peut le faire revivre de manière à déclencher le mécanisme de protection du paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, celui-ci ne couvrant que les droits ancestraux existant lors de l'adoption de la Loi<sup>131</sup>. Il ne faudrait pas conclure pour autant que l'autonomie gouvernementale des Premières Nations est une question entendue car notre article se confine au cadre du droit positif. La légitimité politique des revendications autochtones concernant leur autonomie gouvernementale n'est pas contestée, d'autant plus que la communauté internationale semble prête à la reconnaître<sup>132</sup>. Cependant, comme toute autre question politique, elle devra être résolue par la négociation plutôt que par la voie judiciaire.

---

<sup>129</sup> *Supra*, Section I.B.

<sup>130</sup> *Supra*, Section II.A.

<sup>131</sup> *R. c. Sparrow*, précité, note 6, p. 1091 (j. Dickson).

<sup>132</sup> Articles 3 et 31 à 36 du « Projet de déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones », 20 avril 1994, document n° E/CN.4/Sub.2/1994/2/Add.1.