

Les Cahiers de droit



Les Indiens et le droit provincial : rebondissement récent en Cour suprême du Canada

Micheline Patenaude

Volume 27, numéro 2, 1986

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/042746ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/042746ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cette note

Patenaude, M. (1986). Les Indiens et le droit provincial : rebondissement récent en Cour suprême du Canada. *Les Cahiers de droit*, 27(2), 381–399.
<https://doi.org/10.7202/042746ar>

Résumé de l'article

Section 88 of the *Indian Act* states that all laws of general application in force in any province are applicable to Amerindians, subject to certain exceptions. In a recent judgment, *Dick v. R.*, commented upon here in, the Supreme Court of Canada gives to this provision an interpretation considered by the author to be incomplete and debatable. She therefore attempts to assess the implications of such interpretation.

Les Indiens et le droit provincial : rebondissement récent en Cour suprême du Canada

Micheline PATENAUDE *

Section 88 of the Indian Act states that all laws of general application in force in any province are applicable to Amerindians, subject to certain exceptions. In a recent judgment, Dick v. R., commented upon here in, the Supreme Court of Canada gives to this provision an interpretation considered by the author to be incomplete and debatable. She therefore attempts to assess the implications of such interpretation.

	<i>Pages</i>
1. Les faits.....	382
2. Les jugements des cours	383
3. La portée de la décision de la Cour suprême.....	387
3.1 Une interprétation incomplète de l'article 88 de la <i>Loi sur les Indiens</i>	388
3.2 Une interprétation discutable.....	390
3.3 L'effet de cette interprétation.....	393
3.3.1. Si l'article 88 ne vise que les Indiens	393
3.3.2. Si l'article 88 vise à la fois les Indiens et les terres réservées aux Indiens	397
Conclusion.....	398

L'article 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* attribue au Parlement fédéral le pouvoir de légiférer sur « les Indiens et les terres réservées aux Indiens ». Cette disposition de la Constitution, comme tous les paragraphes

* Avocate : étudiante au doctorat à la Faculté de droit de l'Université Laval.

de l'article 91 qui confère au Parlement fédéral des domaines de compétence exclusive, impose forcément des limites au pouvoir de légiférer des provinces. Elle empêche en outre l'application de lois provinciales valides en certaines circonstances. Dans quelle mesure, justement, les Indiens et leurs terres sont-ils soumis au droit provincial? La jurisprudence, jusqu'à maintenant, nous dresse un tableau plutôt confus des règles qui doivent présider à la détermination de cette question. Et la décision que vient de rendre la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Dick c. R.*¹ ne simplifie pas la situation.

Il convient ici de rappeler les faits de cette affaire, de rendre compte des jugements des cours et d'analyser la portée de la décision de la Cour suprême.

1. Les faits

Dick, un Indien résidant d'une réserve de la Colombie-Britannique, est accusé d'avoir tué un cerf avec une carabine contrairement aux articles 3(1) et 8(1) du *Wildlife Act*² de cette province. Ces dispositions interdisaient qu'il tue cet animal, comme il l'a fait, en dehors de la saison de chasse et qu'il ait en sa possession ce gibier abattu. Dick chassait pourtant sur un terrain où la bande à laquelle il appartient chasse traditionnellement, terrain toutefois situé en dehors de la réserve. Il voulait, en se livrant à cette activité, fournir des aliments aux siens.

L'accusation portée contre Dick soulevait, en particulier, les questions suivantes sur lesquelles la Cour suprême fut appelée à se prononcer :

1. La pratique de se livrer toute l'année à la chasse et à la pêche pour se nourrir est-elle un élément à ce point fondamental de la vie de la bande à laquelle appartient Dick qu'on ne saurait y apporter de restrictions en vertu des paragraphes 3(1) et 8(1) du *Wildlife Act* sans porter atteinte au statut et aux droits des Indiens qui en font partie et sans empiéter sur l'article 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?
2. Le *Wildlife Act* est-il une loi d'application générale incorporée par renvoi dans la législation fédérale en vertu de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*³ qui déclare :

Sous réserve des dispositions de quelque traité et de quelque autre loi du Parlement du Canada, toutes lois d'application générale et en vigueur, à l'occasion, dans une province sont applicables aux Indiens

1. [1985] 2 R.C.S. 309. Voir également le jugement rendu par cette même Cour dans *Jack c. R.*, [1985] 2 R.C.S. 332, où l'on applique la décision rendue dans *Dick*.

2. R.S.B.C. 1979, c. 433.

3. S.R.C. 1970, c. 1-6.

qui s'y trouvent et à leur égard, sauf dans la mesure où lesdites lois sont incompatibles avec la présente loi ou quelque arrêté, ordonnance, règle, règlement ou statut administratif établi sous son régime, et sauf dans la mesure où ces lois contiennent des dispositions sur toute question prévue par la présente loi ou y ressortissant.

2. Les jugements des cours

En Cour provinciale, Dick est reconnu coupable et condamné à payer une amende de 50.00\$. Le juge Gilmour refuse de voir dans le *Wildlife Act* une loi qui a pour objet et pour effet de porter atteinte au statut et aux droits des Indiens. Ce point de vue est confirmé par le juge Andrews de la Cour de comté⁴ qui rejette l'appel logé par Dick en dépit du fait qu'une preuve considérable établit que la chasse joue un rôle important dans la culture, l'histoire et les coutumes des Indiens.

La Cour d'appel elle-même, appelée à se prononcer sur le litige, rejette le pourvoi exercé par Dick⁵. Selon le juge Seaton, la décision attaquée concerne principalement des faits et ne devrait pas donner lieu à un droit d'appel selon l'article 114 de l'*Offence Act*⁶. Il précise, toutefois, que dans la mesure où seules des questions de droit sont en cause, les jugements des cours inférieures ne lui semblent pas erronés. Le juge Macdonald, pour sa part, refuse d'accorder l'appel parce qu'aucun des moyens soulevés ne comporte une question de droit seulement. Le juge Lambert, cependant, enregistre une forte dissidence. Il rappelle le jugement rendu par la Cour suprême du Canada dans *Kruger c. R.*⁷ pour signaler les différences qui existent entre le cas présent et celui qui était en cause dans ce dernier arrêt.

Rappelons que dans *Kruger*, la Cour a décidé qu'un Indien pouvait être reconnu coupable d'avoir chassé sur des terres inoccupées, appartenant à la Couronne et étant prétendument des terrains de chasse traditionnels de sa tribu. Mais le juge Dickson, qui rendit le jugement au nom de la Cour, souligna que l'existence du titre aborigène sur les terres en question n'avait pas été prouvée. Par ailleurs, l'examen de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens* lui fit dire: « S'ils ne sont pas protégés par un traité ou par une loi, les Indiens sont assujettis à la législation et à la réglementation provinciales »⁸. Il ajouta, quant à la portée de l'article 88 relativement à l'application, aux Indiens, des lois provinciales à caractère général⁹:

4. (1982) 66 C.C.C. (2d) 180.

5. (1983) 2 C.N.L.R. 134.

6. R.S.B.C. 1979, c. 305.

7. [1978] 1 R.C.S. 104.

8. *Id.*, p. 112.

9. *Id.*

Bien sûr, si dans le cadre d'un autre litige, on démontre que la Province a favorisé la protection de la faune par rapport aux revendications des Indiens [...] il est fort possible que le tribunal décide alors que la législation franchit la frontière qui sépare les lois d'application générale des autres. Il faudrait dans ce cas prouver que l'objet d'une telle loi est de porter atteinte au statut et aux droits des Indiens. Dans ce cas, l'art. 88 n'aurait pas l'effet de rendre cette loi applicable aux Indiens.

Le juge Dickson refusa, d'autre part, de décider si l'article 88 incorporait, par renvoi, la législation provinciale dans le droit fédéral ou s'il ne faisait qu'exprimer une règle de droit constitutionnel¹⁰.

Pouvait-on conclure des propos du juge Dickson qu'en raison de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*, le *Wildlife Act* aurait été applicable même s'il avait eu pour effet d'éteindre des droits territoriaux aborigènes, en l'occurrence des droits de chasse et de pêche? Non, selon ce qu'indiquerait son rejet de l'idée que le *Wildlife Act* permettait de retirer aux Indiens leur droit de chasser, sans indemnisation et sans législation appropriée. Il fit remarquer, en effet, que le but de cette loi était l'exploitation rationnelle de la faune, la réglementation du temps, des lieux et façons d'exploiter le gibier. Elle ne visait pas l'acquisition de biens¹¹. Et, devait-il ajouter, « peu importe l'ampleur du droit des Indiens de chasser et de pêcher, il ne fait aucun doute qu'il peut être réglementé et restreint par l'organe législatif compétent »¹².

C'est sur la base de la décision rendue dans *Kruger* que le juge Lambert, de la Cour d'appel, conclut, dans *Dick*, que l'accusé ne peut être reconnu coupable. Il y a des éléments de preuve, souligne-t-il, qui établissent qu'on a franchi la ligne de démarcation entre les lois d'application générale et les autres lois. Dans *Kruger*, ces éléments de preuve n'existaient pas. Rien ne démontrait, en effet, que les restrictions légales apportées au droit de chasse portaient atteinte au statut et aux droits des accusés indiens. Mais ici, la preuve révèle que la bande à laquelle appartient Dick est dépendante de l'orignal et du cerf pour se nourrir et se pourvoir de vêtements traditionnels. Les membres de celle-ci ne chassent pas à titre récréatif. Tout travail qu'ils peuvent faire moyennant rémunération vise à l'acquisition des moyens de se livrer à la chasse pour se nourrir. Et, de conclure le juge Lambert¹³ :

... if the facts in this case do not place the killing of the deer within the central core of Indian-ness, if there is one, or within the boundary that outlines the status and capacities of the [...] Band, then it is difficult to imagine other facts that would do so.

10. *Id.*, p. 115-116.

11. *Id.*, p. 108.

12. *Id.*, p. 111-112.

13. *Supra* note 5, p. 147.

La Cour suprême, par l'entremise du juge Beetz, confirme la décision majoritaire de la Cour d'appel. Le juge Beetz précise d'abord que la question du titre ou des droits aborigènes n'est pas en litige. Il souligne, à cet égard, que l'appelant n'a pas essayé de prouver l'existence de ce titre et que la Cour, en conséquence, pas plus qu'elle ne l'a fait dans *Kruger*, ne se penchera sur cette question ni sur celle de savoir si le droit de chasser des Indiens est un droit personnel ou un droit immobilier visé par l'expression « terres réservées aux Indiens » plutôt que par le mot « Indiens » employés à l'article 91²⁴ de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹⁴.

Le *Wildlife Act* attaque-t-il le fondement même de la quiddité indienne ? À ce sujet, le juge Beetz rappelle que l'arrêt *Cardinal c. P.G. Alberta*¹⁵ a établi que, « indépendamment de tout élément de preuve, les lois provinciales en matière de chasse ne visent pas les Indiens en tant qu'Indiens »¹⁶. Mais, devant les preuves à l'appui des conclusions du juge Lambert selon lesquelles le *Wildlife Act* porte atteinte à la quiddité indienne, il se dit prêt à tenir pour acquis que l'appelant a raison de prétendre que le *Wildlife Act* ne pourrait s'appliquer à lui *ex proprio vigore*. On doit se demander alors si le *Wildlife Act* est une loi d'application générale incorporée par renvoi dans la législation fédérale par l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*.

Le *Wildlife Act*, aux yeux du juge Beetz, est bien une loi d'application générale. À cet égard, il le compare aux lois provinciales en matière de relations de travail que les tribunaux refusent d'appliquer aux entreprises et ouvrages fédéraux¹⁷, non pas parce que ces lois ne sont pas d'application générale mais parce qu'elles auraient pour effet, si elles leur étaient appliquées, de les réglementer sous des aspects essentiellement fédéraux¹⁸. Les cours, fait-il remarquer, ont donné aux lois provinciales en matière de relation de travail, dans ces circonstances, une « interprétation atténuée » de la même façon qu'elles l'ont fait à l'égard des lois provinciales d'application générale qui, appliquées aux compagnies constituées en vertu d'une loi fédérale, auraient eu pour effet d'affecter leur statut et leurs capacités. On a refusé, en pareils cas, de soumettre ces compagnies à de telles lois¹⁹.

14. *Supra* note 1, p. 315.

15. [1974] R.C.S. 695.

16. *Supra* note 1, p. 320.

17. Le juge BEETZ (*id.*, p. 322) mentionne les arrêts suivants : *Re the Minimum Wage Act of Saskatchewan*, [1948] R.C.S. 248 ; *Commission du salaire minimum c. The Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] R.C.S. 767 ; *Union des facteurs du Canada c. Syndicat des postiers du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 178.

18. *Id.*

19. Le juge BEETZ (*id.*, p. 325) mentionne l'arrêt *A.-G. Manitoba c. A.-G. Canada*, (1929) A.C. 260.

En tant que loi d'application générale affectant, par hypothèse, la quiddité indienne, le *Wildlife Act* pourrait bien nécessiter, dès lors, une interprétation atténuée à l'égard de l'appelant Dick. Mais elle ne cesserait pas pour autant d'être une loi d'application générale contrairement à ce qu'avait pu croire le juge Lambert, en Cour d'appel, se basant sur une interprétation erronée des propos du juge Dickson dans *Kruger*. Le juge Beetz observe que le commentaire du juge Dickson, dans *Kruger*, au sujet des lois provinciales qui n'étaient pas visées par l'article 88 de la *Loi sur les Indiens* parce qu'elles auraient franchi le cap des lois à caractère général, concernait les lois qui, directement ou indirectement, portaient atteinte au statut et aux droits des Indiens en leur réservant un traitement spécial²⁰. La preuve de l'intention et de l'effet de ces lois était nécessaire pour juger de leur invalidité en tant que législation déguisée. Mais la preuve de l'effet d'une loi comme le *Wildlife Act* sur les Indiens était non pertinente pour juger de son caractère général ou pas.

Si donc le *Wildlife Act* est une loi d'application générale susceptible d'interprétation atténuée à l'égard des Indiens, on doit se demander si l'article 88 de la *Loi sur les Indiens* l'incorpore dans le droit fédéral. À cela, le juge Beetz répond par l'affirmative. Il déclare, en effet²¹ :

Je crois qu'il faut différencier deux catégories de lois provinciales. Il y a d'une part les lois provinciales qui peuvent être appliquées aux Indiens sans qu'il soit porté atteinte à leur quiddité indienne, telles les lois régissant la circulation routière. Il y a d'autre part les lois provinciales qui ne peuvent pas s'appliquer aux Indiens sans les toucher en tant qu'Indiens.

Selon moi, les lois qui tombent dans la première catégorie continuent à s'appliquer aux Indiens *ex proprio vigore*, comme cela avait toujours été le cas avant l'adoption de l'art. 88 que l'on trouve à 1951 (Can.), chap. 29, sous l'art. 87, et indépendamment de cet article [...] Or, je suis arrivé à la conclusion que l'art. 88 vise les lois relevant de la seconde catégorie.

Sur cette interprétation de l'article 88, le juge Beetz endosse ainsi l'avis qu'avait exprimé le juge Laskin dans *Les Parents naturels c. Superintendent of Child Welfare*²² en jugeant qu'une loi provinciale de l'adoption s'appliquait aux Indiens en raison de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*. Le juge Laskin devait souligner que l'application de l'*Adoption Act*²³ à des enfants indiens inscrits « porterait atteinte à la quiddité indienne et aux biens personnels qui font partie intégrante d'une matière qui ne relève pas de l'autorité provinciale »²⁴. Mais, en raison de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*, l'*Adoption*

20. *Id.*, p. 323.

21. *Id.*, p. 326-327.

22. [1976] 2 R.C.S. 751.

23. R.S.B.C. 1960, c. 4.

24. *Supra* note 22, p. 760-761.

Act devait s'appliquer. Les mots « toutes les lois provinciales » et la finale de cette disposition dénotaient, selon le juge Laskin, l'intention claire du Parlement d'effectuer l'incorporation de cette loi par renvoi²⁵. Cette opinion, partagée par trois autres juges de la Cour, était cependant rejetée par quatre juges qui, tout en jugeant que l'*Adoption Act* devait s'appliquer aux Indiens, estimaient que l'article 88 ne faisait qu'énoncer dans quelle mesure les lois provinciales s'appliquent à eux. Le juge Beetz lui-même, participant au jugement, n'avait pas jugé bon alors d'exprimer une opinion à ce sujet. Il faut donc croire, maintenant, qu'une majorité de juges à la Cour suprême du Canada est d'avis que l'article 88 de la *Loi sur les Indiens* incorpore, dans le droit fédéral, des lois provinciales qui, sans cette disposition, en vertu du principe qu'une loi provinciale ne peut affecter d'une manière essentielle une matière qui relève de l'autorité exclusive du Parlement fédéral, ne s'appliqueraient pas normalement aux Indiens.

Soulignons, finalement, que le juge Beetz se dit loin d'être certain que les questions posées à la Cour ne soulèvent que des questions de droit. En ce cas, la Cour d'appel pourrait ne pas avoir eu compétence pour entendre le litige. Mais le juge Beetz juge inutile de dissiper le doute ayant conclu que le pourvoi doit être rejeté en tout état de cause²⁶.

3. La portée de la décision de la Cour suprême

Si la politique du cas par cas a été suivie généralement de façon rigoureuse par la Cour suprême, empêchant celle-ci de se prononcer au-delà de ce qui est nécessaire pour juger d'un litige porté à son attention, on peut dire que la Cour met cette règle en veilleuse dans l'arrêt *Dick*. En effet, elle se prononce sur la portée de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens* sans juger nécessaire, d'abord, de décider si l'appelant avait effectivement un droit d'appel sur le fond. Par ailleurs, *Dick* n'ayant pas essayé de prouver l'existence d'un titre aborigène sur les terres où il chassait et n'ayant pu établir, par le fait même, qu'il jouissait avec les membres de sa tribu d'un droit de chasser en ces lieux, il n'était nullement nécessaire, pour juger de l'applicabilité du *Wildlife Act*, de se prononcer sur les questions constitutionnelles soulevées. À moins, bien sûr, que l'on puisse prétendre que le droit de chasser pour subsister fait partie de la « quiddité indienne » et qu'un Indien a le droit de chasser partout au Canada dans ce but, que la tribu à laquelle il appartient détienne ou non un titre territorial. Nous reviendrons là-dessus.

25. *Id.*, p. 763.

26. *Supra* note 1, p. 328-330.

On ne peut reprocher à la Cour suprême, malgré tout, de tenter de répondre à certaines des questions que soulève, depuis plus de trente ans, la présence de l'article 88 dans la *Loi sur les Indiens*. Mais elle donne à cette disposition une interprétation qui ne résout pas tous les problèmes. Elle est incomplète et discutable, comme nous allons tenter de le démontrer avant d'en mesurer l'effet.

3.1. Une interprétation incomplète de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*

Depuis l'adoption, en 1951, de l'article 87 de *Loi sur les Indiens*²⁷, devenu depuis l'article 88, il n'a pas été possible de savoir si nos tribunaux appliquaient certaines lois provinciales aux Indiens en raison de cet article 88 ou plutôt parce qu'ils y voyaient là une règle de droit constitutionnel qui rendait applicables aux Indiens les lois provinciales non susceptibles de faire perdre à ces derniers leur statut et leurs droits, le législateur fédéral ayant compétence exclusive en ce domaine en raison de l'article 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*²⁸. Il n'a pas été possible non plus de savoir avec certitude si l'article 88 vise les Indiens par opposition aux terres réservées aux Indiens. Les cours ont en effet distingué, à l'article 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, deux domaines de compétence : les Indiens et les terres réservées aux Indiens²⁹. La tendance a été de ne voir dans l'article 88 qu'une règle qui concerne les Indiens et non les terres réservées aux Indiens³⁰. Il en est résulté une jurisprudence confuse rendant impossible de déterminer dans quels cas une loi provinciale peut affecter accessoirement les terres réservées aux Indiens. Selon les principes de droit constitutionnel acceptés, une loi provinciale ne peut viser une matière fédérale et ne peut, pour reprendre l'expression du juge Beetz dans *Dick*, l'affecter dans ses « aspects essentiellement fédéraux »³¹. Mais elle peut l'affecter accessoirement si elle est valide en vertu de l'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*³².

27. S.C. 1951, c. 29.

28. C'est ce que nous avons tenté de démontrer dans une thèse publiée récemment : M. PATENAUDE, *Le droit provincial et les terres indiennes*, Montréal, les Éditions Yvon Blais, coll. Minerve, 1986.

29. *Four B Manufacturing Ltd. c. Les travailleurs unis du vêtement d'Amérique*, [1980] 1 R.C.S. 1031, p. 1049-1050.

30. M. PATENAUDE, *supra* note 28, p. 111-125.

31. *Supra* note 1, p. 322.

32. *Bank of Toronto c. Lambe*, (1887) 12 A.C. 575 ; *Ladore c. Bennett*, (1939) A.C. 468 ; *A.-G. Ontario c. Barfield Enterprises Ltd.*, [1963] R.C.S. 570 ; *Morgan c. P.G. Île-du-Prince-Édouard*, [1976] 2 R.C.S. 347 ; *P.G. Québec c. Kellog's*, [1978] 2 R.C.S. 211. Voir : H. BRUN et G. TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, Cowansville, les Éditions Yvon Blais, 1982, p. 340-348.

Or, aucune décision n'a jugé applicable une loi provinciale en considérant qu'elle ne faisait qu'affecter accessoirement une terre réservée aux Indiens. Dès qu'une loi provinciale a été jugée de nature à affecter particulièrement les terres indiennes, elle a été considérée comme non visée par l'article 88 de la *Loi sur les Indiens* et non applicable. C'est ainsi que l'article 88 est pratiquement devenu le critère pour décider si une loi provinciale s'applique ou non en territoire indien.

Avant l'arrêt *Dick*, la seule véritable question ayant été réglée par les tribunaux concernant l'interprétation de l'article 88 a été celle de déterminer que cette disposition a pour effet de rendre inapplicables aux Indiens les lois provinciales venant en conflit avec les dispositions d'un traité leur garantissant des droits, en particulier des droits de chasse et de pêche³³. La Cour suprême vient d'ailleurs elle-même de donner une interprétation large et libérale à un traité reconnaissant à des Indiens de la Nouvelle-Écosse le droit de chasser et de pêcher sur certains territoires, droit que ne peut limiter la loi de chasse de cette province en raison de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*³⁴.

L'arrêt *Dick*, comme on l'a vu, décide que l'article 88 incorpore dans le droit fédéral des lois provinciales d'application générale qui autrement ne s'appliqueraient pas aux Indiens. À cet égard, l'article 88 place les Indiens dans une situation particulière par rapport à celle des compagnies à charte fédérale, des entreprises et des ouvrages fédéraux. Les principes de droit constitutionnel ont toujours empêché, comme le souligne le juge Beetz lui-même, que des lois provinciales d'application générale s'appliquent de manière à affecter ces matières dans leurs aspects essentiellement fédéraux. Mais, en raison de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*, ces derniers doivent désormais être considérés comme assujettis à des lois provinciales qui, normalement, ne pourraient être adoptées que par le Parlement fédéral pour devoir s'appliquer à eux.

L'arrêt *Dick*, cependant, ne résout pas la question de savoir si l'article 88 vaut tant pour les terres indiennes que pour les Indiens eux-mêmes. Il ne dit pas non plus ce que couvre la compétence fédérale en ces matières. Nous avons, pour notre part, défendu l'idée que seul le Parlement fédéral peut faire perdre aux Indiens leur statut, leur « quiddité » : ce serait là l'objet de sa compétence exclusive sur les Indiens. Par ailleurs, lui seul serait en mesure d'éteindre les droits que les Indiens possèdent sur leurs terres : ce serait là

33. *R. c. White and Bob*, (1966) 52 D.L.R. (2d) 481 (C.S.C.), confirmant (1965) 50 D.L.R. (2d) 613 (C.A., C.-B.). Voir aussi *Kruger*, *supra* note 7, p. 112.

34. *Simon c. R.*, [1985] 2 R.C.S. 387.

l'objet de sa compétence exclusive sur les terres réservées aux Indiens³⁵. Nous avons, par ailleurs, soutenu que l'article 88 énonce une règle de droit constitutionnel valable tant pour les Indiens que pour leurs terres³⁶. Les lois provinciales d'application générale, dans les limites précisées, doivent s'appliquer tant à l'égard des Indiens qu'à l'égard de leurs terres. Mais nous ne sommes pas allée jusqu'à prétendre que l'article 88 incorpore dans le droit fédéral des lois provinciales susceptibles de faire perdre aux Indiens leur statut et leurs droits territoriaux. Ceci nous amène à critiquer la valeur de cette interprétation donnée par la Cour suprême à l'article 88.

3.2. Une interprétation discutable

Il faut certes se réjouir de l'éclaircissement qu'apporte la Cour suprême au sujet de la règle de l'applicabilité des lois provinciales aux Indiens. En droit constitutionnel, elle ne peut signifier que toutes ces lois peuvent s'appliquer indistinctement quand elles sont de nature à affecter les Indiens dans les aspects pour lesquels on a conféré au Parlement fédéral le pouvoir exclusif de légiférer sur ces derniers. La précision qu'apporte la Cour suprême devra servir quand on aura à juger si des lois provinciales à caractère général s'appliquent aux compagnies créées en vertu d'une loi fédérale, aux entreprises et aux ouvrages fédéraux. Elle indique surtout que la règle devrait valoir pour les terres indiennes autant que pour les Indiens eux-mêmes dans les limites qu'impose la Constitution.

Toutefois, on peut reprocher à la Cour suprême de voir dans l'article 88 de la *Loi sur les Indiens* plus que l'expression de cette règle de droit constitutionnel. En jugeant que l'article 88 incorpore dans le droit fédéral des lois provinciales qui ne s'appliqueraient pas autrement aux Indiens, la Cour suprême s'éloigne, à notre avis, du principe d'interprétation large et libérale qui l'a guidée, généralement, à propos des questions indiennes. Elle a manifesté ce souci, en effet, à propos des traités indiens comme le démontre la décision qu'elle vient de rendre dans l'affaire *Simon c. R.*³⁷. Elle l'a manifesté également de façon toute particulière à l'endroit des dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1930* qui garantissent aux Indiens des Prairies des droits de chasse et de pêche pour leur subsistance, en toute saison de l'année, sur les terres inoccupées de la Couronne et sur les terres où ils peuvent avoir un droit d'accès³⁸. Or, nous avons tenté de démontrer, déjà,

35. *Supra* note 28, p. 129-130.

36. *Id.*, p. 125-132.

37. *Supra* note 34. Voir aussi : M. PATENAUE, *supra* note 28, p. 108.

38. S.R.C. 1970, app. 11, 365. Voir annexe 1 (Manitoba), art. 13 ; annexe 2 (Alberta), art. 12 ; annexe 3 (Saskatchewan), art. 12. Voir : M. PATENAUE, *supra* note 28, p. 109-111.

que l'adoption de l'article 87 dans la *Loi sur les Indiens*, en 1951, visait vraisemblablement à placer tous les Indiens du reste du Canada, à l'égard des droits de chasse et de pêche garantis par traité, dans une situation similaire à celle des Indiens des Prairies³⁹. Le principe d'interprétation large et libérale aurait donc dû permettre à la Cour suprême d'écarter une interprétation de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens* défavorable à ces derniers.

Car, il faut bien le dire, ce n'est ni l'histoire de la législation sur les Indiens, ni la jurisprudence qui a précédé l'adoption de l'article 88 qui est la source de cette interprétation suggérée par la Cour suprême. Elle a son origine, en réalité, dans un article qu'a publié K.M. Lysyk, en 1967, dans la *Revue du Barreau canadien*⁴⁰. C'est Lysyk qui, le premier, a distingué à l'article 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* les deux pouvoirs fédéraux, les Indiens et les terres réservées aux Indiens⁴¹, distinction que la Cour suprême a endossée depuis⁴². C'est cet auteur qui a suggéré que l'article 87 (88) ne concernait vraisemblablement que les Indiens et non les terres réservées aux Indiens. « The effect of section 87 », devait-il écrire, « is to make certain laws in force in the province applicable to and in respect of Indians in the province ; the section does not make such laws applicable to Indian lands or reserves »⁴³. Tout en admettant, par ailleurs, que la règle de l'application des lois provinciales à caractère général comportait certaines limites à l'égard, notamment, des compagnies incorporées par le fédéral, et particulièrement à l'endroit des Indiens, il considéra que l'article 87 (88) de la *Loi sur les Indiens* rendait applicables à ces derniers des lois provinciales qui, sans cette disposition, ne se seraient pas appliquées à eux. C'est l'effet que devaient avoir les mots « toutes les lois d'application générale... »⁴⁴.

La Cour suprême endosse ce point de vue. Mais ce sont surtout les mots « sauf dans la mesure où ces lois contiennent des dispositions sur toute question prévue par la présente loi ou y ressortissant » qui sont, à ses yeux, décisifs. Assez curieusement toutefois, c'est ce même passage qui a fait croire à certains que le législateur fédéral voulait par là empêcher qu'une loi provinciale s'applique aux Indiens à l'égard d'une matière pour laquelle des

39. *Id.*, p. 108-109.

40. K.M. LYSYK, « The Unique Constitutional Position of the Canadian Indian », (1967) 45 *R. du B. Can.* 513. Voir *supra* note 1, p. 327.

41. *Id.*, p. 515.

42. *Four B.*, *supra* note 29.

43. *Supra* note 40, p. 518. Ce point de vue s'appuyait sur un *orbiter* en ce sens exprimé par la Cour d'appel de la Saskatchewan dans *R. c. Johns*, (1962) 39 W.W.R. 49, p. 52-53.

44. *Id.*, p. 539, 552.

dispositions étaient prévues dans la *Loi sur les Indiens*⁴⁵. La Cour suprême, dans *Dick*, rejette cette interprétation. « ... ce n'est pas parce que la *Loi sur les Indiens* occupe déjà le domaine », souligne-t-elle, « que le législateur fédéral pourrait invoquer la prépondérance de celle-ci sur les lois provinciales. Il faudrait à cet égard un conflit d'application »⁴⁶. Il est préférable, de conclure la Cour, d'adopter une interprétation de l'article 88 qui soit en harmonie avec les principes établis en matière constitutionnelle. Mais alors, comment la Cour suprême a-t-elle pu voir dans un passage que certains ont perçu comme une limite à l'application du droit provincial la volonté du législateur d'étendre, au contraire, l'application de celui-ci à un domaine qui ne relève que de sa juridiction ? Comment est-elle arrivée à restreindre la portée de la finale de l'article 88, eu égard à la règle de la prépondérance, et lui donner en même temps un sens extensif eu égard à la règle de l'applicabilité des lois provinciales à caractère général ?

À notre avis, l'article 88 pouvait très bien être interprété comme exprimant une règle de droit constitutionnel pour laquelle le législateur prévoyait certaines exceptions :

- les lois provinciales à caractère général ne pourraient s'appliquer aux Indiens si elles venaient en conflit avec les dispositions d'un traité indien ;
Les cours, comme on l'a vu, ont respecté ce désir du législateur.
- les lois provinciales à caractère général ne pourraient s'appliquer aux Indiens de manière à venir en conflit avec une loi fédérale ;
En cela, le législateur n'ajoutait rien à la règle de droit constitutionnel qui assure la suprématie d'une loi fédérale valide sur toute législation provinciale valide.
- les lois provinciales à caractère général ne pourraient s'appliquer aux Indiens quand elles concernent des matières pour lesquelles des dispositions sont prévues dans la *Loi sur les Indiens* ;
En refusant de donner effet à ce passage, dans *Dick*, la Cour suprême identifie cette exception à l'exception précédente.

L'intérêt de l'article 88, comme on l'a souligné⁴⁷, résidait surtout dans ses exceptions. Mais l'interprétation que vient de lui donner la Cour suprême comporte des conséquences qui pourraient être lourdes pour les Indiens. Et ceci nous amène à mesurer l'effet de cette interprétation.

45. Voir K.M. LYSYK, *supra* note 40, p. 545-547 ; P.W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswell, 1985, p. 561-562 ; P. HUGHES, « Indians and Lands Reserved for the Indians : Off-Limits to the Provinces ? » (1983) 21 *Osgoode Hall L.J.* 82, p. 93.

46. *Supra* note 1, p. 328.

47. P.W. HOGG, *supra* note 45, p. 561.

3.3. L'effet de cette interprétation

Il faut distinguer, ici, selon que l'article 88 ne vise que les Indiens ou selon qu'il concerne à la fois les Indiens et les terres réservées aux Indiens.

3.3.1. Si l'article 88 ne vise que les Indiens

On peut croire que c'est l'hypothèse que retiendra la Cour suprême parce que c'est celle que les cours inférieures ont endossée. Au surplus, les tribunaux ont déclaré à plusieurs reprises qu'une loi provinciale ne pouvait s'appliquer, du moins à l'encontre des Indiens des réserves⁴⁸, de manière à leur faire perdre leurs droits territoriaux⁴⁹. De telles lois, a-t-on conclu, n'étaient pas visées par l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*⁵⁰. Il faut en conclure que seul le Parlement fédéral a compétence pour légiférer en cette matière qui relèverait des mots « terres réservées aux Indiens » à l'article 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Mais, interpréter l'article 88 comme incorporant des lois provinciales qui autrement ne s'appliqueraient pas à l'égard des terres réservées aux Indiens, signifierait que les lois provinciales qui auraient pour effet d'anéantir des droits territoriaux aux Indiens pourraient désormais s'appliquer, du moins dans la mesure où elles ne viennent pas en conflit avec la *Loi sur les Indiens*. Il nous semble que les tribunaux n'oseront pas aller aussi loin dans l'interprétation de l'article 88.

Selon l'hypothèse présente, donc, l'article 88 rendrait applicables aux Indiens des lois provinciales que seul, normalement, le Parlement fédéral

48. À l'égard des droits que détiennent les Indiens sur des terres que leur a réservées la *Proclamation royale de 1763* ou la common law, la situation est moins claire, bien qu'il n'y ait pas de motif constitutionnel justifiant ce traitement particulier. Voir : *A.-G. Ontario c. Bear Island Foundation*, (1985) 1 C.N.L.R. 1 (S.C., Ont.). Mais voir *The Hamlet of Baker-Lake c. Le ministre des Affaires indiennes et du Nord*, [1980] 1 C.F. 518, p. 565 (pr. inst.); *MacMillan Bloedel Ltd. c. Mullin*, (1985) 2 C.N.L.R. 58 (C.A., C.-B.). Voir aussi : N.H. MICKENBERG, « Aboriginal Rights in Canada and the United States », (1971) 9 *Osgoode Hall L.J.* 119, p. 151; H. BRUN, *Le territoire du Québec*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1974, p. 81-82; B. SLATTERY, « The Constitutional Guarantee of Aboriginal and Treaty Rights », (1982-83) 8 *Queen's L.J.* 232, p. 246; H. BRUN, « La possession et la réglementation des droits miniers, forestiers et de réversion dans les réserves indiennes du Québec », (1985) 30 *McGill L.J.* 415, p. 423-424; M. PATENAUDE, *supra* note 28, p. 64.

49. *Canadian Pacific Ltd c. Paul*, (1984) 50 R.N.-B. (2d) 126, p. 135 (C.A.); *Smith c. R.*, [1981] 1 C.F. 346, p. 404 (C.A.), confirmé par [1983] 1 R.C.S. 554.

50. *Palm Dairies Ltd. c. R.*, [1979] 1 C.F. 531, p. 538 (pr. inst.); *Re Stony Plain Indian Reserve N° 135*, (1982) 1 W.W.R. 302, p. 322. (C.A., Alta); *Smith c. R.*, *supra* note 49; *Greyeyes c. Greyeyes*, (1982) 6 W.W.R. 92, p. 95 (Q.B., Sask.); *Derrickson c. Derrickson*, (1984) 2 W.W.R. 754 (C.A., C.-B.); *Paul c. Paul*, (1985) 2 C.N.L.R. 93 (C.A., C.-B.).

pourrait adopter en vertu de sa compétence sur les Indiens. Il faudra alors distinguer premièrement, une loi provinciale qui affecte les « Indiens », dans les aspects essentiellement fédéraux qui concernent cette matière, d'une loi provinciale qui affecte les « terres réservées aux Indiens », dans les aspects essentiellement fédéraux relatifs à ce domaine.

Cette distinction n'a pas été facile à établir, jusqu'à maintenant, par les tribunaux. Lysyk lui-même, en 1967, en proposant que l'article 87 (88) ne s'appliquait qu'aux « Indiens » et non aux « terres réservées aux Indiens », n'était pas arrivé à déterminer ce que pouvait comporter cette dernière compétence fédérale. Il jugea même bon de ne pas s'attarder sur la question vu, à son avis, que les tribunaux y avaient porté peu d'attention⁵¹.

Tout le problème dans la thèse de Lysyk, à notre avis, réside dans le fait qu'en distinguant la compétence fédérale sur les « Indiens » de celle sur les « terres réservées aux Indiens », Lysyk a favorisé une dissection de l'article 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* au point de permettre une interprétation de la compétence fédérale sur les « terres réservées aux Indiens » complètement indépendante de sa compétence sur les « Indiens ». Or, selon nous, ces deux domaines de compétence sont intimement reliés. Il n'y a de terres réservées aux Indiens que s'il y a des Indiens pour profiter de certains droits. Il n'y a d'Indiens que ceux qui peuvent se réclamer de droits territoriaux ou de droits aborigènes. Voilà pourquoi, à notre avis, l'appelant Dick, dans la présente cause, ne pouvait se réclamer de droits de chasse et de pêche s'il n'était pas en mesure d'établir que sa tribu avait un titre aborigène sur les terres où il chassait.

La dichotomie « Indiens — terres réservées aux Indiens » a donc amené Lysyk à ne voir dans l'article 88 qu'une disposition qui s'applique aux Indiens et non à leurs terres. L'utilisation du seul mot « Indien » par le législateur, et non des termes « terres réservées aux Indiens », lui permit, comme on l'a vu, de justifier cette interprétation. Pourtant, comme nous l'avons déjà démontré⁵², la distinction entre ces deux pouvoirs fédéraux n'était certainement pas à l'esprit du législateur quand il adopta cette disposition.

Quoi qu'il en soit, puisqu'il y a de fortes chances que la Cour suprême retienne l'idée que l'article 88 ne vise que les Indiens, il importe de déterminer quelles lois provinciales cet article incorpore dans le droit fédéral. Et nous pensons que ce sont les lois provinciales qui sont de nature à faire

51. *Supra* note 40, p. 516-519.

52. *Supra* note 28, p. 125-126.

perdre aux Indiens leur statut sans les viser directement. À ce sujet, les tribunaux ont appliqué à ces derniers, jusqu'à maintenant, les lois provinciales de l'adoption en précisant que l'adoption par des Blancs ne faisait pas nécessairement perdre à un enfant indien son statut d'Indien et les droits qui en découlent⁵³. On peut penser qu'ils pourront les appliquer maintenant sans se soucier de savoir si, par son adoption, un enfant indien perd son statut d'Indien. Et cela, en raison de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*. Cependant, on peut se demander si en perdant son statut un enfant indien ne perdra pas en même temps les droits qu'il partageait avec les autres membres de sa tribu sur les terres que celle-ci détient. La question reste ouverte.

Quant aux lois provinciales qui ne seraient pas visées par l'article 88 parce qu'elles concernent la compétence exclusive du Parlement fédéral sur les terres réservées aux Indiens, nous pensons qu'il s'agit des lois qui seraient susceptibles de faire perdre aux Indiens des droits qu'ils détiennent sur leurs terres.

Il faudra aussi distinguer, deuxièmement, une loi provinciale qui s'applique aux Indiens *ex proprio vigore* d'une loi provinciale qui s'applique à eux en raison de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*.

Cette distinction s'impose en raison du fait que l'article 88 ne vise, selon le juge Beetz dans *Dick*, que les lois provinciales qui ne peuvent s'appliquer aux Indiens sans les toucher en tant qu'Indiens. Il fallait, dans ce cas, que le Parlement fédéral les incorpore dans le droit fédéral pour qu'elles puissent s'appliquer. Elles deviennent ainsi des lois fédérales avec les conséquences que cela comporte, vraisemblablement. Devra-t-on alors les considérer, à ce titre, comme soumises à la *Déclaration canadienne des droits*⁵⁴? Devra-t-on, dans certains cas, considérer une infraction à une telle loi comme un manquement à la *Loi sur les Indiens* ne pouvant entraîner une sanction qu'en vertu de celle-ci?⁵⁵

Quant aux autres lois provinciales d'application générale non visées par l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*, elles continueront de s'appliquer, nous dit

53. *Re Nelson*, (1975) 56 D.L.R. (3d) 567 (C.A., Man.) confirmant (1974) 46 D.L.R. (3d) 633 (Q.B.); *Les Parents naturels*, *supra* note 22 (c'était là l'opinion de quatre juges); *Re R.*, (1980) 11 R.F.L. (2d) 193 (C.C., Ont.); *Sahanatien c. Smith*, (1982) 134 D.L.R. (3d) 172 (C.F., pr. inst.); *Re the Indian Act*, (1983) 1 C.N.L.R. 9 (C.C., Ont.); *Re Ranville*, (1980) 103 D.L.R. (3d) 760 (C.C., Ont.).

54. S.R.C. 1970, app. III. Voir K.M. LYSYK, *supra* note 40, p. 543. Toutefois, la *Loi canadienne sur les droits de la personne* serait sans application en raison de l'article 63 (2) de cette Loi qui prévoit qu'elle est sans effet sur la *Loi sur les Indiens* et sur les dispositions prises en vertu de celle-ci.

55. P.W. HOGG, *supra* note 45, p. 561.

le juge Beetz, *ex proprio vigore* comme cela était auparavant. Il n'y a donc pas lieu, à leur sujet, de se demander si elles sont soumises à la *Déclaration canadienne des droits* ou si elles peuvent donner lieu à des poursuites, indépendamment de la *Loi sur les Indiens*.

Si donc l'article 88 ne vise que les Indiens, on peut se demander quelles règles prévaudront à l'égard des terres réservées aux Indiens. Les lois provinciales d'application générale s'appliqueront à elles dans la mesure où elles ne les affectent pas dans leurs aspects essentiellement fédéraux. Ceci ressort clairement, croyons-nous, de l'arrêt *Dick* qui, une fois de plus, est un rejet de la théorie de l'enclave qui voulait que les terres indiennes soient en quelque sorte à l'abri des lois provinciales⁵⁶.

Le problème, toutefois, est de reconnaître les lois provinciales qui sont de nature à affecter les terres indiennes dans leurs aspects essentiellement fédéraux. Il nous semble que seules les lois susceptibles de faire perdre aux Indiens leurs droits territoriaux sont de cette nature. Nous écartons de cette catégorie les lois qui, selon une certaine jurisprudence, sont susceptibles d'affecter l'usage des terres indiennes, telles les lois qui réglementent le zonage, la construction des édifices⁵⁷, les rapports entre locateurs et locataires⁵⁸, celles qui exigent l'obtention d'un permis pour se livrer à certaines activités⁵⁹. La notion d'usage telle qu'utilisée par les tribunaux en cette matière nous est apparue comme une manifestation de la théorie de l'enclave⁶⁰.

Nous devons souligner toutefois, que par droits territoriaux, nous n'entendons pas nécessairement des droits immobiliers. Il peut s'agir tout simplement du droit personnel et usufruitaire dont a parlé le Conseil privé dans *St. Catherine's Milling and Lumber Co. c. R.*⁶¹ et qui caractérise généralement le titre indien sur les terres que leur a réservées la *Proclamation royale de 1763* ou la common law⁶². Il se pourrait que les Indiens détiennent,

56. Théorie préconisée, notamment, par le juge Laskin dans *Cardinal*, *supra* note 15, p. 716, mais rejetée par la majorité dans cette même cause et par l'arrêt *Four B.* *supra* note 29.

57. *Corp. of Surrey c. Peace Arch Enterprises Ltd.*, (1970) 74 W.W.R. 380 (C.A., C.-B.); *Re Stony Plain*, *supra* note 50.

58. *Re A.-G. N.S. and Millbrook Indian Band*, (1979) 93 D.L.R. (3d) 230 (C.A., N.-E.), confirmant (1978) 84 D.L.R. (3d) 174 (S.C.) *A contrario*: *Re Park Mobile Homes Sales Ltd.*, (1978) 85 D.L.R. (3d) 618 (C.A., C.-B.).

59. *R. c. Sinclair*, (1978) 6 W.W.R. 37 (P.C., Man.); *District of Campbell River c. Naknakim*, (1984) 2 C.N.L.R. 85 (P.C., C.-B.)

60. *Supra* note 28, p. 122-124.

61. (1889) 14 A.C. 46, p. 54.

62. Voir H. BRUN, *supra* note 48, p. 71-72; H. BRUN note 48, p. 419-421; G.V. LA FOREST, *Natural Resources and Public Property Under the Canadian Constitution*, Toronto, University

sur les terres de réserves qu'ils occupent, des droits plus étendus⁶³. Mais quels que soient ces droits, qu'il ne s'agisse que du droit de chasser ou de pêcher pour se nourrir, ils sont visés par l'item « terres réservées aux Indiens » de l'article 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Une province ne peut donc les anéantir bien qu'elle puisse les réglementer selon ce qui se dégage de l'arrêt *Kruger*⁶⁴. Mais cette réglementation ne devrait pas avoir pour effet, à notre avis, de pratiquement les annihiler. Il en est ainsi, par exemple, quand une loi de chasse provinciale restreint de façon considérable le droit de chasser et qu'elle équivaut, pour les Indiens, à leur nier ce droit pour subsister. Les arrêts *Kruger* et *Dick* n'empêchent pas de soulever cet argument dans la mesure où, dans ces arrêts, l'existence d'un titre aborigène n'a pas été prouvée.

3.3.2. Si l'article 88 vise à la fois les Indiens et les terres réservées aux Indiens

Il n'y a plus la nécessité, ici, de distinguer une loi provinciale qui affecte les Indiens de celle qui affecte les terres réservées aux Indiens. Subsiste, cependant, la nécessité de distinguer la loi provinciale qui s'applique *ex proprio vigore* de celle qui s'applique en raison de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*. Par ailleurs, comme nous venons de le signaler, l'effet de l'incorporation dans le droit fédéral d'une loi provinciale, qui ne s'appliquerait pas autrement compte tenu de la compétence du Parlement fédéral sur les terres réservées aux Indiens, est de permettre qu'une loi provinciale puisse anéantir des droits territoriaux indiens.

of Toronto Press, 1969, p. 111-115. Pour certains auteurs, toutefois, ce droit personnel et usufruituaire s'apparenterait à un droit de propriété. Voir : N.H. MICKENBERG, *supra* note 48, p. 149-151; P.A. CUMMING et N.H. MICKENBERG, *Native Rights in Canada*, Toronto, General Publishing, 1972, p. 39-41; B. SLATTERY, *The Land Rights of Indigenous, Canadian Peoples, as Affected by the Crown's Acquisition of their Territories*, Université de Oxford, thèse de doctorat, 1979, p. 350-361; D.W. ELLIOT, « Baker Lake and the Concept of Aboriginal Title », (1980) 18 *Osgoode Hall L.J.* 653, 662; J. GAGNÉ, « The Content of Aboriginal Title at Common Law : A Look at the Nishga Claim » (1982-83) 47 *Sask. L. Rev.* 309, p. 327-337; B. SLATTERY, *supra* note 48, p. 264-273; N.E. AYERS, « Aboriginal Rights in the Maritimes », (1984) 2 *C.N.L.R.* 1, p. 11-12.

63. Voir W. B. HENDERSON, « Canada's Indian Reserves: the Usufruct in our Constitution », (1980) 12 *Ottawa L. Rev.* 167; R.H. BARTLETT, *Indian Reserves in Quebec*, Studies in Aboriginal Rights n° 8, Saskatoon, University of Saskatchewan Native Law Centre, 1984; H. BRUN, *supra* note 48; M. PATENAUDE, *supra* note 28, pp. 155-161. Cependant, le juge Dickson dans *Guérin c. R.*, [1984] 2 R.C.S. 335, p. 379, écarte l'idée qu'on puisse distinguer les terres traditionnelles indiennes des réserves. Il ne s'agit pas là, toutefois, d'une opinion décisive de la Cour suprême.

64. *Supra* note 7, p. 111-112.

Les provinces auraient certainement intérêt à plaider cet argument. L'histoire de la législation sur les Indiens et la jurisprudence qui a précédé l'adoption de l'article 88, en 1951, leur fournissent un appui solide. Elles pourraient ainsi trouver dans l'article 88 une justification à l'extinction qu'elles ont pu effectuer de droits territoriaux aborigènes par l'application de leurs lois depuis cette date, en particulier sur les territoires où les Indiens pourraient prétendre détenir un titre en vertu de la *Proclamation royale de 1763* ou en vertu de la common law. Car, en ce qui concerne les réserves, la *Loi sur les Indiens* a probablement pu empêcher que l'article 88 produise cet effet. La finale de cette disposition a peut-être été voulue, d'ailleurs, dans ce but.

Une telle interprétation de l'article 88 serait toutefois tragique pour les Indiens. Il est douteux que les tribunaux la retiennent d'autant plus qu'elle a contre elle le poids d'une jurisprudence établie depuis près de trente ans.

Conclusion

On peut voir que l'interprétation donnée par la Cour suprême à l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*, loin de simplifier la question de l'applicabilité des lois provinciales aux Indiens, la complique très certainement. Elle s'explique peut-être par le besoin de justifier une jurisprudence qui, sous l'influence de Lysyk, a considéré que l'article 88 concernait les Indiens et non les terres réservées aux Indiens. Il fallait bien, dans ce cas, trouver dans l'article 88 quelque chose qui permettait de dire que cette disposition comportait, à l'égard des Indiens, des conséquences que n'implique pas la règle de droit constitutionnel de l'applicabilité des lois provinciales à caractère général dont les limites vaudraient toujours, vraisemblablement, à l'endroit des terres réservées aux Indiens.

Cette interprétation est toutefois fort discutable. On peut souhaiter que la Cour suprême révise sa position, ou mieux, que le législateur abroge l'article 88. Car, sans cette disposition, les lois provinciales d'application générale devront s'appliquer aux Indiens et à leurs terres dans la mesure où elles n'affectent pas ces matières dans leurs aspects essentiellement fédéraux. Le Parlement fédéral, par ailleurs, pourrait adopter une disposition ne concernant que les traités indiens dont les droits qui y sont garantis seraient déclarés être à l'abri des lois provinciales. Les tribunaux ont respecté l'exception prévue, à l'article 88, concernant les traités indiens. Il y aurait donc lieu de prévoir dans la *Loi sur les Indiens* une disposition les concernant exclusivement.

Au sujet des traités, cependant, un certain nombre de questions demeurent non résolues sur le plan constitutionnel. Dans quelle mesure le

Parlement fédéral a-t-il pu, en vertu des pouvoirs que lui confère l'article 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, garantir certains droits aux Indiens par traité? En particulier, comment a-t-il pu leur assurer le droit de chasser et de pêcher sur les terres qu'ils ont abandonnées par traité⁶⁵? Et s'il pouvait légiférer en cette matière, le pouvait-il en vertu de sa compétence sur les Indiens ou en vertu de sa compétence sur les terres réservées aux Indiens? Si c'est en vertu de cette dernière compétence, comment l'article 88 de la *Loi sur les Indiens* peut-il ne concerner que les Indiens et non les terres réservées aux Indiens?

Ces questions auxquelles nous n'apporterons pas de réponses ici indiquent bien jusqu'à quel point cet article 88, voulu pour clarifier le droit⁶⁶, a finalement embrouillé les tribunaux qui nous ont livré une jurisprudence des plus confuses concernant l'application des lois provinciales à l'égard des Indiens et de leurs terres.

65. Un *obiter dictum* du Conseil privé, dans *St. Catherine's Milling*, *supra* note 61, p. 60, pourrait être favorable à la compétence fédérale. Cependant, on a décidé par la suite que les terres occupées traditionnellement par les Indiens et abandonnées par eux par traités cessaient d'être des terres réservées aux Indiens malgré les promesses contenues dans ces traités. On a jugé, en effet, que les promesses faites par le gouvernement fédéral aux Indiens lors de l'abandon (créer des réserves sur des portions de territoire cédé, verser certaines annuités, chasser et pêcher sur les terres abandonnées, vendre ces dernières au profit des Indiens) n'engageaient que celui-ci. Voir : *A.-G. Canada c. A.-G. Ontario*, (1897) A.C. 199; *Ontario Mining Co. Ltd. c. Seybold*, (1903) A.C. 73; *R. c. Commanda*, (1939) 72 C.C.C. 246 (S.C., Ont.); *Smith c. R.*, *supra*, note 49. Voir H. BRUN et G. TREMBLAY, *supra* note 32, supplément, 1985, p. 8.

66. C'est ce qu'affirme le juge Feir dans *R. c. Shade*, (1952) 102 C.C.C. 316, 317 (D.C., Alta).